



SIMONA RAFFAELE\*

## IL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO E L'ART. 3 CEDU: NOTE CRITICHE SUL LABILE CONFINE TRA "ORDINARIA AMMINISTRAZIONE" E TRATTAMENTO INUMANO E DEGRADANTE

SOMMARIO: 1. La pluralità di significati dell'espressione "sovraffollamento carcerario". – 1.2. Rapporti *Space* e dati comparatistici sul sovraffollamento carcerario. – 2. Lo "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto nella sentenza delle Sezioni Unite n. 6551/2020. – 2.1. I fattori compensativi che escludono la violazione dell'art. 3 CEDU. – 3. Divieto di trattamenti inumani e degradanti, principio rieducativo ed esecuzione della pena. – 4. Brevi cenni sulla disciplina delle pene sostitutive introdotta dalla riforma Cartabia. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. La pluralità di significati dell'espressione "sovraffollamento carcerario"

I dati che concernono il fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia non possono ritenersi univoci, specie se vengono presi in considerazione i diversi significati attribuibili a questa espressione senza precisare a quale "tipo" di sovraffollamento si intende fare riferimento di volta in volta<sup>1</sup>.

\* Ricercatrice di tipo di B di Diritto penale, Università di Messina

<sup>1</sup> Acuto e assai preciso, in tal senso, il volume di A. ALBANO – F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, a cura di A. ALBANO – A. LORENZETTI – F. PICOZZI, Torino, 2021, p. 182 ss., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Sul carattere solo «apparentemente inequivocabile» dell'«affollamento delle carceri», v. A. ALBANO – F. PICOZZI, "Carcere per deliberare"? *Lo strano caso delle statistiche europee sul sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 1 marzo 2020, p. 1369 ss.; ID., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 7/8, p. 2400, laddove si evidenzia che la scarsa attenzione sul tema dei criteri in base ai quali un determinato sistema penitenziario può dirsi sovraffollato «... dipende dal fatto che "il dato (...) del sovraffollamento delle strutture carcerarie" è "apparente assiomatico". Il che implica la tendenza dei commentatori a prenderlo come un dato univoco ed incontrovertibile, mentre in realtà – nelle statistiche ufficiali di Stati e organizzazioni internazionali – il termine sovraffollamento viene riferito a situazioni profondamente diverse fra loro». In argomento, v. altresì E. DONINI – G.L. GATTA, *Prefazione*, in A. DELLA BELLA (a cura di), *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. XI, i quali definiscono il sovraffollamento carcerario un vero e proprio «problema endemico del nostro ordinamento»; V. MUSCATIELLO, *L'omicidio perfetto (del buon senso)*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 novembre 2015, n. 21, p. 15. Anche a livello mediatico, sovente si veicolano idee preconcepite, come, ad esempio, che l'Italia abbia «troppi detenuti» e che perciò, sul piano del congestionamento delle carceri, sia «tra i peggiori Paesi del continente»: tra i numerosi, a mero titolo

Per questa ragione, sembra opportuna una preliminare precisazione di ordine concettuale: l'espressione *sovraffollamento carcerario* è utilizzata per indicare «una situazione ove si riscontri la presenza di un numero di persone ristrette superiore alla capienza delle strutture deputate ad accoglierle<sup>2</sup>».

Sul piano della gravità, però, non sono paragonabili la situazione nella quale il sovraffollamento consiste nel mancato rispetto dei criteri regolamentari italiani e quella dove si integra una violazione dei parametri minimi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>3</sup>.

Pertanto, nella materia *de qua* – nonostante gli approdi delle note sentenze *Sulejmanovic*<sup>4</sup> e *Torreggiani*<sup>5</sup> – si rivela ancora utile sottolineare che ciascuno Stato del Consiglio d'Europa utilizza criteri *ad hoc* per calcolare la capienza delle strutture penitenziarie, finendo per favorire il rischio di valutazioni fuorvianti, soprattutto sul piano dei confronti internazionali.

In Italia, la quantificazione della superficie intramuraria da garantire a ciascuna persona detenuta non è determinata con legge, né con regolamento: tale operazione è stata compiuta con l'adozione di una decisione amministrativa adottata dal DAP<sup>6</sup>.

Così, nell'inerzia del legislatore, l'Amministrazione penitenziaria ha inviato una circolare nella quale ha indicato, come criterio idoneo per definire la capienza ottimale delle camere di pernottamento, quanto previsto da un decreto del Ministero della Sanità del 1975<sup>6</sup>.

esemplificativo, v. E. MARTINI, *Il Consiglio d'Europa avverte: Italia al top del sovraffollamento e del carcere preventivo*, in *Il Manifesto*, 3 aprile 2019; D. ALIBRANDI, *Sovraffollamento, l'Italia bocciata dal Consiglio d'Europa*, in *Il Dubbio*, 3 aprile 2019; *Carceri, Italia tra le peggiori d'Europa*, di HUFFPOST, 2 aprile 2019, consultabile all'indirizzo telematico [https://www.huffingtonpost.it/2019/04/02/carceri-italia-tra-le-peggiori-in-europa\\_a\\_23704512/](https://www.huffingtonpost.it/2019/04/02/carceri-italia-tra-le-peggiori-in-europa_a_23704512/); *Carceri sovraffollate, Italia la peggiore. Triste primato della Penisola, seguita da Belgio e Francia. Il Consiglio d'Europa esige un cambiamento*, 9 aprile 2021, consultabile all'indirizzo telematico <https://www.rsi.ch/news/mondo/Carceri-sovraffollate-Italia-la-peggiore-13981399.html>.

<sup>2</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 185, laddove si precisa che «...la valutazione del fenomeno varia a seconda dei criteri in base ai quali viene determinata la capacità degli stabilimenti detentivi (superficie regolamentare delle celle, calcolo di tale area al lordo o al netto degli arredi o dei servizi igienici, quantità di spazi per stare all'aria aperta o svolgere attività lavorative o ricreative, eccetera)». D'altro canto, è bene sottolineare che «“Sovraffollamento carcerario” (...) non è una parola astratta, non è un concetto teorico: sovraffollamento carcerario significa una reale, quotidiana *sofferenza aggiuntiva per il detenuto*, non prevista in alcun modo dalla legge quando commina uno, cinque o dieci anni di reclusione per questo o quel reato»: F. BASILE, *Funzioni e finzioni della pena carceraria. Quattro idola theatri da rimuovere urgentemente*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, I, Politica criminale e teoria della pena*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano, 2022, p. 291.

<sup>3</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>4</sup> La sentenza della Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, consultabile sul sito telematico [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), costituisce una delle prime ipotesi di concreta attuazione della regola di giudizio per cui la disponibilità di uno spazio medio inferiore alla soglia dei 3 mq, a prescindere dalla sussistenza di altri elementi negativi, può essere di per sé sufficiente a integrare un trattamento inumano e degradante e dunque una violazione della CEDU.

<sup>5</sup> La legge si limita a stabilire che i «locali nei quali» si svolge la vita» delle persone ristrette «devono essere di ampiezza sufficiente» e che i «locali destinati al pernottamento» devono consistere «in camere a uno o più posti», senza definire neppure il numero massimo di occupanti: cfr. art. 6, commi 1 e 3, ord. pen. La dottrina tradizionale tende a ricollegare l'interpretazione di tali scarni riferimenti normativi alla situazione economico-sociale del Paese, e, dunque, a seconda del periodo storico di riferimento, il fenomeno del sovraffollamento tende ad essere sovrastimato (ad esempio, nei momenti di crisi economica) oppure ridimensionato (si pensi ai periodi di maggiore benessere). Così A. SBRACCIA, «*Tutti portano le proprie vacche a pascolare sui prati del penale*»: *versatilità e strategia nella didattica di Massimo Pavarini*, in *Studi sulla questione criminale*, 2017, 1-2, p. 65. Sul punto, v., tra i primi, F. VITELLO, *Art. 6*, in V. GREVI- G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 1997, p. 75.

<sup>6</sup> DAP, circolare 17 novembre 1988, n. 649773/1.5.28, *Rilevamento dati istituti penitenziari*, consultabile sul sito telematico [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Tale decreto stabilisce che le camere da letto singole debbano avere una superficie di 9 mq, mentre quelle doppie di 14 mq<sup>7</sup>. In verità, si tratta di criteri elaborati per le camere da letto delle civili abitazioni, utilizzati dall'autorità amministrativa in via convenzionale.

Da qui l'impiego di sistemi che oscillano tra il concetto di *capacità tollerabile* e quello di *capacità regolamentare*, calcolata secondo il criterio dei 9 mq per una cella singola, più 5 mq per ogni ulteriore persona detenuta: è con questo criterio che si computa la capienza complessiva del sistema penitenziario italiano, il cui risultato viene periodicamente pubblicato dal Ministero della giustizia, mentre il *surplus* di presenze rispetto a questo tipo di capienza è ciò che normalmente nel nostro Paese è definito "sovraffollamento"<sup>8</sup>.

Orbene, l'Amministrazione penitenziaria è ancora oggi ferma nell'applicazione degli anzidetti parametri stabiliti dal decreto ministeriale del 1975, nonostante la circolare del DAP del 2009, nella quale si richiamava «quale *standard* minimo di spazio disponibile per detenuto i 3 mq<sup>9</sup>».

Il termine *sovraffollamento* è utilizzato anche per indicare ipotesi differenti dal mancato rispetto delle capienze regolamentari nelle carceri italiane: il riferimento è, in particolare, alle situazioni di "*sovraffollamento carcerario grave*", che integrano gli estremi di un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Art. 2, comma 2, d.m. *Sanità*, 5 luglio 1975. La superficie regolamentare *pro capite* è determinata in 9 mq per le singole, 7 mq per le doppie, 6, 33 mq per le triple, 6 per le quadruple, etc. In altre parole, la superficie diminuisce con l'aumentare dei posti nella cella, non potendo scendere sotto i 5 mq.

<sup>8</sup> Tra il 1987 e il 1988 la capacità ufficiale del sistema penitenziario scese di quasi 10.000 posti, determinando una situazione di sovraffollamento dovuta alla modifica del criterio di computo della capienza: i dati in parola sono tratti da A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 189, cui si rinvia anche per i puntuali approfondimenti sul tema. Sul punto, v. anche M. MARIOTTO, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, p. 311 ss. In giurisprudenza, v., in particolare, Cass. pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, Pres. M. Vecchio, Est. R. Magi, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, p. 311 ss.

<sup>9</sup> Circolare GDAP - 0308424 – 200, consultabile all'indirizzo telematico [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), p. 3.

<sup>10</sup> Per "trattamento inumano o pena degradante" si intende un «trattamento che umilia o svilisce un individuo, mostrando mancanza di rispetto per la sua dignità umana, o diminuzione della stessa, o quando esso suscita sentimenti di paura, angoscia o inferiorità capaci di infrangere la resistenza morale e fisica di un individuo»: ECtHR *Svinarenko and Slyadnev v. Applicazioni da parte della Russia* numero 32541/08 e 43441/08 sulla base di *M.S.S. v. Beglio e Grecia* [GC], Applicazione numero 30696/09, § 220, ECHR 2011 e *El-Masri v. l'ex Ministro della Repubblica di Macedonia*, Applicazione numero 39630/09, § 202, ECHR 2012. 1. Il divieto di tortura e di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti è riconosciuto come un diritto di fondamentale importanza ai sensi del diritto internazionale sui diritti umani e stabilito in tutti i principali strumenti internazionali che si occupano di diritti civili e politici, come nel citato art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il divieto di cui art. 3 della CEDU è l'unico divieto della Convenzione non soggetto ad alcuna limitazione o deroga. Sebbene la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti crudeli, disumani o punitivi (UNCAT) fornisca una definizione di tortura, non esiste una definizione di trattamento disumano o degradante o di punizione che sia accettata a livello universale. La giurisprudenza della CEDU fornisce almeno una linea guida sebbene la prassi decisionale della Corte sia cambiata nel tempo. Sulla base del livello di gravità del maltrattamento, la Corte distingue tre concetti vietati dall'art. 3: (i) tortura, (ii) trattamento disumano o punizione e (iii) trattamento inumano o punizione. Inoltre, la Corte pone l'accento sulla sentenza *Selmouni* contro la Francia del 28 luglio 1999 che la gerarchia che distingue le tre categorie di maltrattamento è di natura fluida e deve essere valutata in armonia con il progresso sociale. La definizione utilizzata è estrapolata dal riferimento più recente al termine nella giurisprudenza della CEDU. Le prime definizioni del termine furono stabilite nella giurisprudenza a partire dagli anni '60: Danimarca, Francia, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi rispetto alla Grecia, nel 1969. La sofferenza e l'umiliazione che implicano devono in ogni caso andare oltre l'elemento inevitabile di sofferenza e umiliazione che deriva dal trattamento legittimo o dalla punizione (*Soering contro il Regno Unito* par. 100). Le sentenze citate sono tutte consultabili sulla banca dati giuridica *dejure.it*.

In realtà, i principi fissati dalla Corte di Strasburgo sono stati impiegati come regole di giudizio nei singoli casi concreti, rappresentando uno *standard* minimale – individuato nei richiamati 3 mq – suscettibile di essere generalizzato<sup>11</sup>.

Nella materia *de qua*, si possono, quindi, distinguere due diversi criteri di calcolo della capienza delle strutture carcerarie e dell'eventuale sovraffollamento: uno incentrato sui 3 mq *pro capite*, elaborato dalla giurisprudenza sovranazionale, l'altro sviluppato dall'Amministrazione penitenziaria nei termini dei "9 + 5" mq: entrambi i criteri si riferiscono alla superficie delle singole camere detentive, senza attribuire alcun rilievo agli spazi comuni.

Così, l'interessato potrebbe agire in giudizio per violazione dell'art. 3 CEDU, senza considerare che per il "*criterio italiano*" una cella di 18 mq è sufficiente per ospitare 2 persone; secondo la giurisprudenza convenzionale, invece, la medesima cella potrebbe ospitarne 6, senza integrare un'ipotesi di trattamento inumano e degradante.

Vi sono, poi, altri due criteri di misurazione della capienza delle strutture detentive meritevoli di essere menzionati, proposti, rispettivamente, dal *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti*<sup>12</sup> e dal *Comitato internazionale della Croce Rossa*<sup>13</sup>. Il primo, nel 2015, ha deciso di promuovere uno *standard* superiore a quello che considerava adeguate superfici di 6 mq per una cella singola e 4 mq per ogni persona nelle celle a più posti, proponendo di aggiungere 4 mq per ogni ulteriore persona assegnata alla cella. Ne deriva una superficie di 10 mq (6 mq per il posto singolo più 4 mq per la seconda persona) per una camera doppia, 14 mq (6 mq più 4 mq per la seconda persona più 4 mq per la terza) per una camera tripla e 18 mq per una camera quadrupla, con l'esclusione di "dormitori" che ospitino più di quattro persone e senza computare in queste superfici l'area dei servizi igienici<sup>14</sup>.

Secondo la Croce Rossa, su scala globale, «lo spazio minimo raccomandabile per detenuto nei dormitori è 3, 4 mq», mentre per cella singola è 5, 4 mq<sup>15</sup>.

Sulla base di queste prime riflessioni di carattere prevalentemente "numerico", si può dunque affermare che l'utilizzo del termine *sovraffollamento*, inteso come espressione di un concetto monodromo, non soltanto è scorretto – poiché può essere riferito a situazioni anche molto differenti tra loro – ma si presta ad ambiguità e ad inevitabili fraintendimenti.

<sup>11</sup> Cfr., Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., *supra*, nota 4; Corte EDU, Sez. IV, 22 ottobre 2009, n. 17588/04, *Orchowski c. Polonia*, consultabile sul sito telematico [hudoc.echr.co.e.int](http://hudoc.echr.co.e.int): in tali arresti, la Corte, da un lato, riconobbe la natura sistemica del problema del sovraffollamento in Polonia, dall'altro ribadì la regola di giudizio secondo cui la disponibilità di uno spazio personale inferiore a 3 mq costituisce di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU. Ciononostante, però, precisò che in presenza di una detenzione prolungata in una cella in cui non si dispone di uno spazio personale di almeno 3 mq avrebbe ritenuto sussistente una "forte presunzione" di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti. Si trattò di un'affermazione di rilevante importanza, perché tesa ad affermare una «presunzione internazionale dello Stato».

<sup>12</sup> Il CPT ha adottato un documento sullo "spazio vitale" minimo da garantire a ciascuna persona ristretta all'interno delle celle: CPT, *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, consultabile all'indirizzo telematico <https://rm.coe.int/>.

<sup>13</sup> In realtà, tali criteri assumono un valore meramente teorico, poiché non risultano statistiche ufficiali realizzate sulla base della loro applicazione in Italia.

<sup>14</sup> CPT/Inf (2015)4: <https://rm.coe.int/>.

<sup>15</sup> UNODC, *Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*, New York, 2012: [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Prevention\\_of\\_Recidivism\\_and\\_Social\\_Reintegration\\_12-55107\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Prevention_of_Recidivism_and_Social_Reintegration_12-55107_ebook.pdf).

## 1.2. Rapporti Space e dati comparatistici sul sovraffollamento carcerario

Nella materia oggetto di indagine rivestono rilevante utilità i rapporti statistici periodici commissionati dal Consiglio d'Europa all'Università di Losanna, denominati *Space*<sup>16</sup>. In linea con i dati riportati da tali rapporti, infatti, periodicamente sono presentate delle classifiche degli Stati con i sistemi più sovraffollati, nelle quali l'Italia si colloca costantemente nelle peggiori posizioni.

Ad accendere il dibattito sul tema della sovrappopolazione nelle strutture carcerarie italiane fu, in particolare, il Rapporto *Space I 2012*, poiché riportava le statistiche aggiornate all'anno 2012, indicando il tasso di sovraffollamento del nostro Paese nel 145,4%, vale a dire una misura tale da porre l'Italia al ventesimo posto di una classifica che vedeva in ventunesima e ultima posizione la Serbia, la cui densità detentiva si attestava al 159,3%<sup>17</sup>.

Con il successivo rapporto *Space I 2013*, il nostro Paese scende all'ultima posizione della classifica continentale dei sistemi penitenziari maggiormente afflitti dal sovraffollamento, nonostante la progressiva riduzione del numero dei detenuti ottenuta grazie alle prime misure deflattive del 2010, con un tasso di circa 148 detenuti ogni 100 posti regolamentari disponibili; l'Italia aveva dunque peggiorato la penultima posizione ottenuta nel precedente rapporto del 2012.

Nel 2018, la situazione rimane immutata e ciò ha contribuito alla diffusione di notizie tese ad evidenziare il congestionamento delle strutture carcerarie italiane.

Anche nel 2019 sono più di 10 gli Stati membri del Consiglio d'Europa che risultano avere sistemi penitenziari sovrappopolati. Tra quelli in relazione ai quali si riscontrano i dati peggiori figura l'Italia che, con 119 detenuti per 100 posti disponibili, risulta seconda soltanto alla Turchia e al Belgio.

Ancora, nel rapporto *Space I 2020* si legge che sono quattro gli Stati con più di 100 detenuti per 100 posti e l'Italia con 120,3 detenuti supera soltanto la Turchia che ne ha 127,4.

Orbene, gli stessi rapporti dell'Università di Losanna hanno sempre rivolto al lettore un monito alla cautela nell'analisi dei dati riferiti, in considerazione della circostanza che le regole per stabilire la capienza degli istituti penitenziari variano da Paese a Paese.

Tali espresse raccomandazioni non sono state tuttavia tenute in debito conto nella divulgazione delle statistiche: ciò non soltanto ha aggravato la confusione sul sovraffollamento carcerario italiano, ma ha contribuito a generare equivoci che mal si prestano ad un'autentica ricerca di strumenti di contrasto del fenomeno<sup>18</sup>.

E proprio con riferimento alla situazione italiana, è utile analizzare alcuni aspetti descritti, in particolare, dal rapporto *Space I 2018*: i dati centrali in tema di confronti statistici sono rappresentati, rispettivamente, dal numero delle persone ristrette presenti e dalla capienza complessiva degli istituti penitenziari. È in relazione a questi due elementi fondamentali che occorre analizzare le cause concrete del sovraffollamento italiano e, a questi fini, è utile fare riferimento al *tasso di detenzione*, indicatore sulla base del quale si stabiliscono solitamente le comparazioni tra i vari Paesi, tenendo conto del numero di detenuti presenti

<sup>16</sup> *Space (Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe)* è il report che, dal 1983, viene aggiornato annualmente, mappando la realtà degli istituti penitenziari negli Stati membri del Consiglio d'Europa: [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>17</sup> *SPACE I 2012 Report*, consultabile all'indirizzo telematico: [https://wp.unil.ch/space/files/2014/05/Council-of-Europe\\_SPACE-I-2012-E\\_Final\\_140507.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2014/05/Council-of-Europe_SPACE-I-2012-E_Final_140507.pdf). All'indirizzo <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/> sono reperibili i testi integrali dei rapporti *SPACE* dall'anno 1998 (allo stato) all'anno 2021.

<sup>18</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 190.

in uno Stato in proporzione alla sua popolazione. Questo calcolo più spesso viene fatto in base al numero di detenuti ogni 100.000 abitanti: a dispetto delle apparenze, l'Italia non ha – sotto questo punto di vista – un'elevata quantità di persone ristrette in carcere<sup>19</sup>.

Ebbene, anche se il valore del sovraffollamento varia negli anni, non si può affermare che le criticità del sistema dipendano dal numero eccessivo di persone ristrette: pertanto, se rispetto agli altri Paesi europei l'Italia presenta un numero inferiore di detenuti, non si può ritenere che lo Stato italiano, per le sue risorse economiche e strutturali, non possa dare una dignitosa ospitalità al numero di detenuti presente<sup>20</sup>.

Si potrebbe ritenere allora che questo tasso dipenda dalla poca capienza delle strutture carcerarie: il richiamo, questa volta, è al c.d. *tasso di ricettività*, vale a dire all'indicatore del numero di posti nelle strutture carcerarie in relazione ai suoi abitanti<sup>21</sup>.

Nel 2020 l'Italia risultava averne 83, 5 meno di tutti gli altri Paesi europei, di più solo dei Paesi scandinavi: anche questo dato, dunque, non sembra chiarire i termini della questione<sup>22</sup>.

Infine, con riferimento al *Rapporto Space I 2021*<sup>23</sup>, la prima rilevazione statistica che merita di essere segnalata è quella che fa riferimento al numero di detenuti negli istituti penitenziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa: al 31 gennaio 2021 questi risultavano ospitare 1.414.172 persone. Ciò equivale a dire che, nell'area del Consiglio d'Europa, su 100.000 abitanti erano 102 quelli privati della libertà personale nelle carceri europee (erano 106 nel 2019, prima della pandemia)<sup>24</sup>. È stato osservato un generale *trend* decrescente nel numero dei detenuti, dovuto, in parte, anche alle misure di contenimento introdotte nel 2020 al fine di arginare la diffusione della pandemia da COVID-19<sup>25</sup>. Come già rilevato nel 2019, mantengono comunque le prime tre posizioni, ben oltre la media europea, Russia, Turchia e Georgia, che, rispettivamente, contano, su 100.000 abitanti, 328,1, 325,4 e 231,9 detenuti; i numeri più esigui si registrano, invece, in Germania, Olanda, Svizzera e nei cinque Paesi

<sup>19</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, “*Carcere per deliberare?*”, cit., p. 1369.

<sup>20</sup> Tale analitica ricostruzione si deve alla pregevole opera di Autore A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>21</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> Cfr., sul punto, i dati riportati da A. ALBANO – F. PICOZZI, “*Carcere per deliberare?*”, cit., p. 1369. Analogamente, G. TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 ottobre 2016, p. 3.

<sup>23</sup> In tema, assai utile si è rilevata la disamina critica di G. FILOCAMO, *Il carcere in Europa: pubblicato il rapporto SPACE I 2021*, in *Sist. pen.*, 1 luglio 2022.

<sup>24</sup> Il dato è rinvenibile nel rapporto SPACE I relativo al 2019. Per un commento puntuale dei dati relativi al rapporto SPACE I 2019, v., in particolare, C. PAGELLA, *Il carcere in Europa: pubblicato il rapporto SPACE I 2019*: *www.sistemapenale.it/it/documenti/carcere-consiglio-europa-space-i-2019*.

<sup>25</sup> Sul tema dell'emergenza carceraria per rapporto alla diffusione dell'epidemia da Covid19, v. tra i molti, C. MINNELLA, *Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *Sist. pen.*, 15 maggio 2020; M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020; E. DOLCINI – G. L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto ‘cura Italia’: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 20 marzo 2020; V. MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19: le prime applicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza Penale*, 14 aprile 2020, p. 1 ss.; ID., *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)risforma*, in *Giurisprudenza penale*, 2 maggio 2020; F. GIANFILIPPI, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, in *Giurisprudenza penale*, 3 maggio 2020, p. 2 ss.; A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit.; ID., *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020; F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 gennaio 2017.

nordici. L'Italia si mantiene al di sotto della mediana, con un totale di 53.329 detenuti e cioè 90 su 100.000 abitanti; il dato conferma una diminuzione pari all'11.1% delle presenze negli istituti penitenziari italiani rispetto al 2020<sup>26</sup>.

Altro dato fondamentale è quello relativo alla durata media della detenzione, che diviene chiave interpretativa essenziale per raccordare i dati concernenti il numero totale di detenuti nei vari Stati membri e gli ingressi annuali nelle rispettive carceri. La durata media della detenzione in Europa, nel 2020, è pari a 8-9 mesi: più nello specifico, essa si attesta intorno ai 4-5 mesi per le persone sottoposte a carcerazione preventiva ed intorno ai 20 mesi per coloro che hanno già riportato una condanna. In tal caso, il dato italiano è di molto superiore alla media europea, individuandosi la durata media in 18,1 mesi<sup>27</sup>.

Con specifico riferimento al tasso di densità della popolazione carceraria negli Stati membri del Consiglio d'Europa: sono 10 quelli in relazione ai quali si rilevano condizioni di sovraffollamento e tra di essi, ancora una volta, figura l'Italia, che risulta ospitare 105, 5 detenuti ogni 100 posti disponibili. Il dato, tuttavia, deve esser analizzato senza trascurare che alcuni Stati non fanno riferimento al numero di detenuti che la struttura è stata progettata per ospitare, bensì al numero maggiore di detenuti che gli istituti di pena possono accogliere senza che se ne compromettano le funzionalità.

Inoltre, come descritto in precedenza, il CPT prevede il criterio del "6 + 4 mq" per cella singola, ai fini della determinazione dei tetti massimi, cui aggiungere 4 mq per ogni ulteriore detenuto. Fra i Paesi europei, dunque, emerge una certa disomogeneità: l'Italia adotta un criterio di 9 + 5 mq per ogni persona ristretta in più, vale a dire uno standard più elevato degli altri Paesi.

Alla luce dei dati fin qui rilevati, sembra quanto mai opportuno sollecitare una maggiore attenzione sul significato del concetto di sovraffollamento: è vero che la diatriba non si può esaurire in una *querelle* incentrata su cm e mq, ma sembra altrettanto ragionevole sottolineare che si tratta di un fenomeno di carattere innanzitutto *quantitativo*. In altri termini, come le più recenti ricerche scientifiche dimostrano<sup>28</sup>, bisogna "saper leggere" le statistiche, esaminando le situazioni concrete delle strutture carcerarie e prestando attenzione, in primo luogo, alle condizioni delle singole sezioni che compongono gli istituti<sup>29</sup>.

Il modello organizzativo che sembra maggiormente meritevole di considerazione è quello di tipo *preventivo*, poiché si rivela l'unico espressivo di un'impostazione in grado di emanciparsi dal *totem* della "repressione", che, invece, caratterizza una gestione di tipo

<sup>26</sup> Del Report del 2021 è interessante segnalare anche i dati relativi ai flussi in entrata ed in uscita dei detenuti nel 2020: le persone che hanno fatto ingresso in carcere in Europa nel 2020 sono 1.252.761, ossia un tasso di 135.7 ogni 100.000 abitanti. Per quel che concerne l'Italia, i nuovi accessi registrati nello stesso anno sono 35.280, pari a 59.5 ogni 100.000 abitanti. Il dato europeo relativo ai detenuti in uscita dal carcere, nel 2020, invece, è pari a 1.146.994 e cioè 115 ogni 100.000 abitanti: di questi più del 99% corrisponde a persone rilasciate, mentre lo 0.3% è riconducibile ai casi di morte negli istituti penitenziari (tra i quali si stima che siano 5.7 ogni 10.000 i detenuti suicidatisi; in Italia, invece, si registra un tasso più alto di suicidi, pari a 11.4 ogni 10.000 detenuti) e solo lo 0.05% ad evasioni.

<sup>27</sup> In generale, il numero di persone che in Europa scontano condanne per pene detentive brevi si conferma ancora alto: il 23.5% dei detenuti è stato condannato ad una pena che va da 1 a 3 anni (in Italia 16.3%), il 17.2% deve scontare una pena detentiva tra i 3 e i 5 anni (in Italia 22.3%) e il 20.8% una da 5 a 10 anni (in Italia 29.1%). Le persone condannate all'ergastolo sono l'1.7% del totale (in Italia 4.9%), mentre quelle sottoposte a misure di sicurezza detentive sono meno dell'1% (in Italia 0.9%).

<sup>28</sup> A. ALBANO – F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 213 ss.

<sup>29</sup> Non si deve, infatti, dimenticare che non si potrà mai compensare il sovraffollamento della sezione di media sicurezza spostando, ad esempio, le persone nella sezione del 41-*bis*, così da mantenere la soglia al di sotto della soglia di piena occupazione.

disciplinare della vita penitenziaria, proponendo una reazione esclusivamente repressiva degli episodi che possono verificarsi nelle strutture carcerarie, sulla base di una schema trattativo che amplifica il conflitto e ne impedisce la decostruzione.

2. Lo “spazio minimo disponibile” per ciascun detenuto nella sentenza delle Sezioni Unite n. 6551/2020

Le Sezioni Unite penali hanno definitivamente affrontato alcuni nodi controversi che avevano determinato contrasti nella giurisprudenza di legittimità, relativi proprio alle modalità di calcolo dello spazio minimo di tre metri quadri che deve essere messo a disposizione di ciascun detenuto e al ruolo che possono ricoprire i c.d. *fattori compensativi* – ovvero, la *brevità della detenzione*, la presenza di *condizioni carcerarie dignitose*, lo svolgimento di *adeguate attività trattamentali al di fuori della cella* – per superare la presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU nel caso in cui lo spazio concesso al detenuto sia inferiore ai tre metri quadri<sup>30</sup>.

In relazione al primo dei due quesiti, il Supremo Collegio ritiene che nella determinazione dello spazio minimo di tre metri quadri si debba tenere in considerazione la superficie che assicura il normale movimento, dal cui calcolo devono essere detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello<sup>31</sup>.

Per quel che concerne, invece, l’ambito di applicazione dei fattori compensativi, la Corte ritiene che essi possano consentire di superare la presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU in caso di spazio minimo inferiore ai tre metri quadri solo se ricorrano congiuntamente. Tali fattori andranno invece valutati unitamente ad altri di carattere negativo, e con essi eventualmente bilanciati, nel caso in cui lo spazio individuale sia compreso fra i tre e i quattro metri quadrati<sup>32</sup>.

Sullo sfondo di tale pronuncia, si pone la giurisprudenza della Corte EDU che, in diverse occasioni, è stata chiamata a valutare l’incidenza del sovraffollamento carcerario sulle condizioni detentive, ed in particolare la sua idoneità ad integrare un *trattamento inumano e degradante*, in contrasto con il divieto di cui all’art. 3 CEDU<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2021, 2, p. 603 ss.

<sup>31</sup> Cfr. par. 18 del considerato in diritto, Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30, in cui viene affermato che «nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall’art. 3 della CEDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello».

<sup>32</sup> Cfr. par. 22 del considerato in diritto, Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30, in cui si afferma che: «i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all’istanza presentata ai sensi dell’art. 35-ter ord. pen.».

<sup>33</sup> Come anticipato, *supra*, § 1, si tratta di un tema rispetto al quale il sistema penitenziario italiano ha mostrato tutta la sua fragilità, così come rilevato dai giudici di Strasburgo, una prima volta, nella sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009 e, di nuovo, nel caso *Torreggiani c. Italia* del 2013, entrambe citate, *supra*, rispettivamente, nelle note 4 e 5.

Com'è noto, i profili di cui si è occupata la giurisprudenza convenzionale con riferimento al sovraffollamento carcerario sono essenzialmente due: da un lato, la possibilità di ritenere integrata la violazione dell'art. 3 CEDU in presenza di uno spazio minimo disponibile al di sotto dei tre metri quadri, ovvero la necessità di considerare, insieme a quest'ultimo, l'eventuale ricorrenza di alcuni fattori compensativi; dall'altro, le modalità con cui deve essere calcolato lo spazio a disposizione di ciascun detenuto.

In un primo tempo, la Corte EDU aveva rinunciato ad individuare uno specifico dato spaziale, al di sotto del quale si potesse ritenere violato l'art. 3 CEDU, ritenendo piuttosto che l'esiguità dello spazio libero a disposizione di ciascun detenuto dovesse essere valutata insieme ad altri fattori, quali le condizioni igieniche, il rischio di diffusione di malattie, l'insufficiente accesso all'aria e alla luce naturali, servizi igienici all'interno della cella e visibili, e altri<sup>34</sup>.

A partire dalla sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009<sup>35</sup>, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la presenza di uno spazio inferiore ai tre metri quadri integrasse *di per sé* una violazione dell'art. 3 CEDU, indipendentemente quindi dall'esistenza o meno di altri fattori, positivi o negativi.

L'idea di valutare, insieme al mero dato quantitativo, ulteriori fattori ai fini dell'accertamento della sussistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU si fa strada a partire dalla sentenza *Ananyev c. Russia* del 2012, che rappresenta un punto di svolta significativo nella giurisprudenza CEDU, per l'elaborazione, da parte della Corte, di una griglia utilizzata per valutare la compatibilità con l'art. 3 delle condizioni detentive oggetto di ricorso (c.d. *Ananyev test*), relativo allo spazio personale minimo disponibile in carcere. Il test di *Ananyev* si fonda non solo sullo *spazio personale minimo disponibile* in carcere ma anche sull'idea di uno *spazio vivibile*, generando l'assenza di uno solo di essi una "forte presunzione" di trattamento inumano o degradante in violazione dell'art. 3 CEDU che spetta poi allo Stato resistente ribaltare<sup>36</sup>.

Successivamente, con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* del 2013<sup>37</sup>, la disponibilità di uno spazio inferiore ai tre metri quadri continua ad essere ritenuta di per sé sufficiente ad integrare un trattamento inumano e degradante. Trattandosi di una sentenza pilota, si chiedeva al nostro legislatore di predisporre rimedi preventivi e compensativi che consentissero di riparare alla lesione della dignità dei detenuti che si trovavano sottoposti a trattamenti inumani e degradanti a causa della condizione di sovraffollamento strutturale del sistema penitenziario italiano, ritenendo a tal fine insufficiente anche lo strumento del reclamo di cui all'art. 35 ord. pen.<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov c. Russia*; Corte EDU, 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*; Corte EDU, 19 luglio 2007, *Trepachkine c. Russia*; Corte EDU, 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia*; Corte EDU, 24 luglio 2001, *Valašinas c. Lituania*, § 92 e ss.: tutte consultabili sulla banca dati giuridica *dejue.it*.

<sup>35</sup> Citata, *supra*, nota 4.

<sup>36</sup> Corte EDU, *Ananyev e altri c. Russia*, 10 gennaio 2012, consultabile all'indirizzo telematico <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>37</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., *supra*, nota 5.

<sup>38</sup> Come riconosciuto dalle Sezioni unite nella pronuncia in commento, prima dell'introduzione dell'art. 35-ter ord. pen., veniva comunque riconosciuto il potere di ordinare alle autorità penitenziarie le misure necessarie per garantire al detenuto reclamante uno spazio individuale minimo coerente con l'art. 3 CEDU ai sensi dell'art. 35 ord. pen. Contro la decisione del magistrato di sorveglianza era ammesso ricorso per cassazione solo per violazione di legge, con la conseguenza che qualora la motivazione non fosse apparente o mancante il ricorso veniva dichiarato inammissibile, cfr. par. 6 del considerato in diritto, Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30. In ottemperanza alle richieste espresse dalla Corte EDU, il legislatore italiano ha introdotto l'art. 35-bis ord. pen., che disciplina il procedimento per il reclamo giurisdizionale, nonché l'art. 35-ter ord. pen.,

L'idea dell'equivalenza tra spazio inferiore ai tre metri quadri e sussistenza di un trattamento inumano e degradante inizia a vacillare a partire dalla pronuncia del 2016 della *Grande Camera Mursic c. Croazia*<sup>39</sup>, in cui si afferma che la disponibilità di uno spazio al di sotto della soglia minima determini solo una forte *presunzione* di violazione dell'art. 3 CEDU, che potrà però essere superata tramite la dimostrazione della contestuale presenza di alcuni *fattori compensativi*. Nel caso in cui lo spazio sia compreso tra tre e quattro metri quadri, ai fini della violazione, dovrà invece essere valutata la presenza di ulteriori fattori di inadeguatezza.

Tale sentenza si rivela decisiva nella materia *de qua*, poiché, per la prima volta, affronta il tema relativo alle modalità per calcolare lo spazio minimo, affermando espressamente che, nel computo della superficie totale, non debbano essere ricompresi i sanitari, ma debba essere incluso lo spazio occupato dai mobili, aggiungendo inoltre che la verifica di maggiore importanza concerne la possibilità per il detenuto di muoversi normalmente nella cella.

Si tratta quindi di una pronuncia che, nell'accertamento della sussistenza di un trattamento inumano e degradante e della conseguente violazione dell'art. 3 CEDU, sostituisce il criterio quantitativo dei tre metri quadri con una *valutazione multifattoriale*, in cui entrano in gioco *fattori compensativi*, e opera il riferimento alle modalità di calcolo dello spazio minimo, imponendo al giudice, vincolato in tal senso dalla formulazione dell'art. 35-ter ord. pen., di adattarsi a tale mutamento. È questo il contesto in cui si inseriscono i dubbi degli interpreti su cui sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite con la sentenza in parola<sup>40</sup>.

---

che prevede i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU. Il legislatore è intervenuto dapprima con il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014 n. 10, con cui ha introdotto l'art. 35-bis ord. pen., che prevede che il procedimento per il reclamo giurisdizionale si svolga nelle forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., e che ha al contempo modificato le attribuzioni del magistrato di sorveglianza stabilite dall'art. 69 ord. pen.; secondariamente, è intervenuto con il d.l. 26 giugno 2014 n. 92 convertito in l. 11 agosto 2014 n. 117, con cui è stato introdotto l'art. 35-ter ord. pen. In particolare, tale ultima norma contempla, tra i presupposti per esperire il rimedio, la sussistenza di condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU "così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", per un periodo superiore a 15 giorni. In particolare, il primo comma prevede che «quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio».

<sup>39</sup> Corte EDU, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, consultabile all'indirizzo telematico: <http://hudoc.echr.coe.int>. In tema, v. l'accurata analisi di A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE e G.L. GATTA, II, Milano, 2018, segnatamente, p. 793 ss.

<sup>40</sup> A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, cit., p. 798 s., la quale sottolinea, da un lato, che «l'individuazione di fattori compensativi, in grado di scongiurare la violazione dell'art. 3 pur in una situazione di grave sovraffollamento, consente agli Stati membri di adottare strategie di 'salvataggio' non necessariamente coerenti con l'obiettivo di migliorare la qualità del trattamento: si pensi all'ipotesi di continui trasferimenti del detenuto, funzionali ad evitare che la detenzione sotto i tre m<sup>2</sup> si prolunghi per un numero significativo di giorni consecutivi o all'apertura delle celle per un numero considerevole di ore, in assenza di attività per riempire utilmente il tempo da trascorrere negli spazi comuni» e, dall'altro, che «se (...) è certamente vero che la disponibilità di un certo numero di metro quadrati *pro-capite* non risolve di per sé il problema dell'umanità del trattamento, è però altrettanto vero che la sussistenza di uno spazio vitale ne rappresenta una *condicio sine qua non*, poiché (...) la coabitazione forzata all'interno di uno spazio estremamente ristretto, qualunque siano le altre condizioni detentive, genera situazioni di degrado e di umiliazione, che offendono la dignità della persona». Con particolare riferimento, poi, all'art. 35-ter o.p., l'Autrice segnala «il

La vicenda giudiziaria che conduce alla rimessione della questione alle Sezioni Unite muove dall'impugnazione, da parte del Ministero della Giustizia, del provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza di L'Aquila aveva parzialmente accolto l'istanza di un detenuto, presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., riconoscendo che la detenzione da lui subita nei penitenziari di Pianosa, Palmi, Reggio Calabria, Carinola, Napoli-Poggioreale e Larino, per un periodo di 4571 giorni, fosse in contrasto con l'art. 3 CEDU. Secondo il Ministero, in particolare, dalla sentenza del 20 ottobre 2016 della Grande Camera pronunciata nel caso *Mursic c. Croazia* si evincerebbe un diverso criterio di calcolo, in base al quale lo spazio a disposizione di ogni detenuto deve essere determinato includendo quello occupato dagli arredi, con la conseguenza che il magistrato di sorveglianza avrebbe dovuto respingere la richiesta risarcitoria in relazione ai periodi detentivi trascorsi negli istituti di Palmi e Carinola.

Il Tribunale di Sorveglianza rigettava il reclamo proposto dal Ministero della Giustizia, richiamando la sentenza della Corte EDU *Sulejmanovic c. Italia*, secondo cui uno spazio inferiore ai tre metri quadri costituisce di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU, senza che abbiano rilievo altri fattori<sup>41</sup>.

Contro questa decisione, il Ministero ricorreva per Cassazione, adducendo, da un lato, che la sentenza *Mursic c. Croazia* della Grande Camera adotta un criterio diverso da quello enunciato dal Magistrato e dal Tribunale di Sorveglianza e, dall'altro, che in base alla circolare DAP del 18 aprile 2014 nel calcolo della superficie minima disponibile devono essere computati sia i servizi igienici che lo spazio occupato dall'arredamento<sup>42</sup>.

La Prima Sezione penale ritiene sussistente il contrasto giurisprudenziale segnalato e con ordinanza del 21 febbraio 2020 decide di rimettere gli atti alle Sezioni Unite per la decisione di due diverse questioni: *in primis*, la definizione delle modalità di calcolo dello spazio minimo disponibile, secondariamente, quella relativa al ruolo dei fattori compensativi.

Con riferimento al primo dei due quesiti, le Sezioni Unite, dopo aver ricostruito, sul piano sistematico, i rimedi preventivi e compensativi di cui agli artt. 35-bis e 35-ter ord. pen., rimarcano la tecnica legislativa utilizzata per la formulazione di quest'ultima disposizione, che

---

carattere mobile del rinvio che la norma nazionale fa alla giurisprudenza europea. È chiaro infatti (...) che gli indici elaborati dai giudici di Strasburgo operano quali elementi integrativi della fattispecie legale, con la conseguenza che i mutamenti della giurisprudenza europea si riflettono in modo immediato sull'ambito di operatività del rimedio risarcitorio, dando luogo a gravi incertezze applicative e costringendo il giudice a seguire le oscillazioni della Corte di Strasburgo, anche quando queste abbiano comportato un arretramento nei livelli di tutela» (p. 815). Sottolinea le ricadute negative del «rinvio mobile» «in termini di uniformità di trattamento e (...) di certezza del diritto» anche A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 798, la quale evidenzia altresì che i c.d. fattori compensativi possono essere integrati da «elementi che dovrebbero costituire la regola nell'esecuzione di una pena rispettosa dell'art. 3 Cedu e, per quanto ci riguarda, dei canoni previsti all'art. 27, comma 3, Cost.». In tema, anche F. FIORENTIN, *Il vaso di pandora scopercchiato: la violazione dell'art. 3 CEDU (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza della Corte EDU*, 12 marzo 2015, *Mursic c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 2015, 3 p. 8.

<sup>41</sup> Il Tribunale ritiene che il calcolo dello spazio minimo disponibile debba essere effettuato escludendo gli arredi fissi presenti in cella, che costituiscono un ingombro che impedisce il libero movimento, confermando di conseguenza l'accoglimento dell'istanza anche rispetto ai periodi contestati dal Ministero reclamante.

<sup>42</sup> Circolare DAP, 18 aprile 2014, reperibile sul sito telematico *ristretti.it*. In altre parole, il Ministero contesta l'orientamento espresso in sede di legittimità a partire dal 2016 che, escludendo dal calcolo della superficie gli arredi fissi, si pone in contrasto con la giurisprudenza convenzionale affermatasi a partire dal caso *Mursic c. Croazia*.

contiene una “*clausola mobile*” di rinvio all’interpretazione dell’art. 3 CEDU fornita dalla giurisprudenza della Corte EDU, che, di conseguenza, diventa parte integrante della norma<sup>43</sup>.

I diversi orientamenti che si sono contrapposti in relazione alle modalità di calcolo dello spazio minimo disponibile e che hanno dato luogo all’ordinanza di rimessione riflettono quindi le distinzioni della giurisprudenza della Corte EDU e la diversa interpretazione, di volta in volta, fornita dai giudici nazionali. Secondo la Corte, infatti, occorre tener distinto il periodo corrispondente alla pronuncia *Torreggiani e altri c. Italia* del 2013, in cui non era ancora stato introdotto l’art. 35-ter ord. pen., dal periodo successivo alla sentenza *Mursic c. Croazia* del 2016, in cui il rimedio era già vigente. Se, infatti, a seguito della pronuncia *Torreggiani*, era pacifico che gli arredi in generale – mobili compresi – andassero sempre esclusi dal calcolo della superficie minima<sup>44</sup>, dopo la sentenza *Mursic* inizia a farsi strada nella giurisprudenza la distinzione tra arredi mobili, computabili nel calcolo, e arredi fissi, tendenzialmente da escludere<sup>45</sup>.

Nel silenzio della sentenza *Mursic* sul punto, uno dei profili più dibattuti nella giurisprudenza di legittimità riguarda l’inclusione o meno della superficie occupata dal letto nel calcolo dello spazio minimo, tenendo in considerazione in particolare la distinzione tra letti singoli e letti a castello. In applicazione dei principi espressi a livello sovranazionale, alcune sentenze hanno affermato che i letti vadano esclusi in ogni caso<sup>46</sup>, altre solo se si tratta di letto a castello<sup>47</sup>; secondo ulteriori pronunce, entrambi i tipi di struttura devono essere inclusi nel calcolo della superficie che deve essere disponibile per ciascun detenuto<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> In particolare, il comma 1 dell’art. 35-ter ord. pen., prevede che, qualora il detenuto abbia subito un trattamento inumano e degradante per un periodo superiore a 15 giorni, il magistrato di sorveglianza possa disporre una riduzione della pena detentiva ancora da espiare, eliminando un giorno di pena per ogni dieci in cui si è accertata l’esistenza del pregiudizio subito dal reclamante. Qualora il periodo di pena ancora da scontare non permetta la detrazione prevista dal comma 1 o nel caso in cui il periodo in condizioni non conformi sia stato inferiore ai 15 giorni, ai sensi del comma 2, il magistrato di sorveglianza provvede a liquidare al detenuto una somma di denaro pari ad 8 euro per ciascuna giornata in cui è stato subito il pregiudizio. L’ultimo comma della norma prevede, infine, la possibilità di rivolgere la richiesta risarcitoria al tribunale civile se il danneggiato ha subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare o non si trovi più ristretto in carcere.

<sup>44</sup> Si inscrivono in questo filone, Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728, *Berni*, in *Cass. pen.*, 2014, 4, p. 1197; Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5729, *Carnoli*; Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 2014, n. 53011, *Min. Giustizia*: entrambe consultabile sulla banca dati giuridica *dejure.it*.

<sup>45</sup> Ritengono che, alla luce dei principi espressi nella sentenza *Mursic*, la superficie dei tre metri quadri debba essere determinata escludendo soltanto gli arredi fissi, Cass. pen., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, *Morello*; Cass. pen., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 12338, *Agretti*; Cass., Sez. F., sentenza 17 agosto 2017, n. 39207, *Gongola*; Cass., Sez. I, sent. 26 maggio 2017, n. 41211, *Gobbi*: tutte reperibili per esteso su *dejure.it*.

<sup>46</sup> Si veda, in particolare, Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, *Sciuto*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-08, p. 2875, in cui la Cassazione ritiene che il letto nelle celle comuni “per comune esperienza è tipologicamente un letto a castello dal peso consistente”, da considerarsi quindi come un ingombro idoneo a restringere la quota spaziale a disposizione del singolo detenuto, senza che possa avere rilevanza la finalità di riposo cui è deputato, che non soddisfa in alcun modo l’esigenza di movimento che è destinata a garantire la disponibilità di uno spazio minimo.

<sup>47</sup> Cfr., Cass., Sez. VII, sent. 18 novembre 2015, n. 3202, *Borrelli*; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 16418, *Lorefice*; Cass., Sez. I, 16 novembre 2016, n. 40520, *Triki*: *dejure.it*.

<sup>48</sup> Adottano una concezione lorda della superficie, senza scomputare né gli spazi occupati dai letti, singoli o a castello, né quelli ove risultano allocati gli arredi mobili, purché sia assicurata a ciascun detenuto la possibilità di muoversi normalmente nella cella: cfr. Cass. pen., Sez. Fer., 31 luglio 2018, n. 37610, *Ibra*, in *Cass. pen.*, 2018, 11, p. 3641, con nota di A. Albano, F. Picozzi; Cass. pen., Sez. V, 07 giugno 2018, n. 53731 *Lopane*, in *CED Cass. pen.* 2019.

La Corte puntualizza che si tratta di valutazioni efficaci in tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione dell'art. 3 CEDU, e quindi un trattamento inumano e degradante, non solo come conseguenza della situazione di sovraffollamento.

Le Sezioni Unite ritengono, infine, determinante individuare quali pronunce della Corte EDU costituiscano “*diritto consolidato*”, poiché solo in tal caso sussiste in capo al giudice nazionale l'obbligo di porlo a fondamento dell'applicazione concreta.

In questo senso, la Corte Costituzionale ha esposto i rapporti tra giurisprudenza sovranazionale e giudici nazionali e descritto i criteri in base ai quali distinguere le ipotesi di giurisprudenza convenzionale consolidata<sup>49</sup>.

Alla luce della formulazione dell'art. 35-ter ord. pen., che consente alla giurisprudenza sovranazionale di operare quale parametro normativo vincolante *erga omnes* per l'interpretazione e qualificazione della condotta, gli orientamenti della Corte di Strasburgo non assolvono soltanto all'ordinaria finalità di orientamento dell'interpretazione, ma integrano una fonte cui è demandata la determinazione della fattispecie. La Corte ritiene, quindi, che l'orientamento consolidato da tenere in considerazione, tanto per quel che riguarda il calcolo dello spazio minimo disponibile, che per quel che concerne il ruolo dei fattori compensativi, sia quello espresso nella sentenza *Mursic c. Croazia* del 2016<sup>50</sup>.

Sebbene quindi vi siano pronunce che hanno applicato criteri differenti e più favorevoli per i diritti dei detenuti, la Corte chiarisce che la formulazione della norma impedisce di adottare interpretazioni diverse da quelle prospettate dalla giurisprudenza convenzionale consolidata<sup>51</sup>. Tale operazione, infatti, risulta in contrasto con l'art. 35-ter ord. pen. che richiama la giurisprudenza della Corte EDU quale fonte normativa, con l'obbligo di interpretazione conforme in capo al giudice. Quanto fin qui affermato, però, non esclude che vi possano essere casi in cui un orientamento, sebbene consolidato, si presti ad interpretazioni differenti che l'organo nomofilattico sarà chiamato a comporre<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Tra i criteri per riconoscere la natura non consolidata di un orientamento, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 49 del 2015, indica 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 promani da una sezione semplice, e non abbia 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: Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, consultabile all'indirizzo telematico: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>50</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Corte EDU, 25 aprile 2017, *Rezmives c. Romania*; Corte EDU, 16 maggio 2017, *Sylla e Nollormont c. Belgio*, Corte EDU, 30 gennaio 2020, *J.M.B. c. Francia*: [wclan.eu](http://wclan.eu). V., altresì, il par. 14 del considerato in diritto, della sentenza della Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30. Si tratta di una considerazione sostenuta anche dalla Corte di Giustizia UE, nel caso *Dumitru Tudor Dorobantu* del 15 ottobre 2019<sup>50</sup>, che richiama espressamente la pronuncia *Mursic* della Corte EDU (reperibile sul sito [wclan.eu](http://wclan.eu)).

<sup>51</sup> In termini critici, A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, cit., p. 804, la quale evidenzia che «se la funzione della Corte di Strasburgo nell'interpretare le disposizioni della Cedu è (...) quella di fissare uno *standard* minimo, salva la possibilità per gli Stati membri di apprestare tutele maggiori, nemmeno il rinvio mobile di cui all'art. 35-ter ord. pen. potrebbe operare ove foriero di una diminuzione di tutela».

<sup>52</sup> Viene così in rilievo il duplice ruolo della Corte di Cassazione nei procedimenti promossi ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., chiamata non solo ad interpretare la normativa nazionale e la giurisprudenza sovranazionale che la integra, ma anche ad annullare i provvedimenti adottati dalla giurisprudenza di merito in contrasto con la giurisprudenza convenzionale consolidata. Su questa linea, la Corte richiama i principi espressi dalla sentenza della Corte EDU *Mursic* del 2016, in cui si afferma espressamente che «il calcolo della superficie disponibile

Lo scenario che si apre innanzi alla Corte è, dunque, il seguente: o seguire l'impostazione del Ministero ricorrente, che ritiene che le due proposizioni debbano essere considerate autonomamente, con la conseguenza che la superficie dovrebbe essere calcolata utilizzando le lunghezze dei lati e detraendo i soli servizi igienici, per poi verificare, solo in un secondo momento, la possibilità per il detenuto di muoversi all'interno della superficie lorda della cella; oppure prediligere una lettura sistematica delle due proposizioni, calcolando lo spazio disponibile al netto non solo dei servizi igienici ma anche dei mobili, per poter valutare se il detenuto goda di un'effettiva libertà di movimento in cella. In tal caso, ai fini del calcolo, assumerebbe rilievo un armadio fisso o un pesante letto che, impedendo il normale movimento all'interno della cella, andrebbero esclusi dal computo. Diversamente, andrebbero inclusi gli arredi mobili – quali tavolini o sgabelli – che possono essere, invece, facilmente spostati.

La Corte ritiene che tale ultima impostazione sia quella maggiormente corrispondente all'interpretazione fornita dalla Corte EDU nella sentenza *Mursic*, in cui si usa espressamente il termine «*meuble*», che nella lingua italiana corrisponde a “mobile”, quindi un oggetto amovibile.

Tale interpretazione risulta la più favorevole per il detenuto e si pone in linea con la sentenza pilota *Torreggiani*, in cui la Corte EDU, accertando che lo spazio a disposizione dei ricorrenti fosse al di sotto dei tre metri quadri, ha espressamente fatto riferimento alla circostanza che tale condizione, già di per sé contrastante con l'art. 3 CEDU, fosse stata aggravata dalla presenza di arredi che riducevano ulteriormente la possibilità di movimento.

La Cassazione allora precisa, da un lato, che le istanze avanzate ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. si riferiscono nella maggior parte dei casi a periodi detentivi già trascorsi, rispetto ai quali il dato spaziale risulta oramai imm modificabile; dall'altro, che di fronte all'accertamento di un pregiudizio attuale, secondo quanto disposto dall'art. 35-bis, comma 3, ord. pen., il magistrato di sorveglianza potrà ordinare all'amministrazione di porvi rimedio entro un determinato termine. Concludendo, la Corte valuta che l'impostazione adottata dal Ministero sia basata su un'erronea modalità di calcolo.

Chiarito che nel calcolo dello spazio minimo a disposizione di ciascun detenuto si debba tenere in considerazione la superficie che assicura il normale movimento, escludendo gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, le Sezioni Unite si concentrano sui c.d. *fattori compensativi*<sup>53</sup>.

### 2.1. I fattori compensativi che escludono la violazione dell'art. 3 CEDU

Come anticipato *supra*, il Supremo Collegio è chiamato a stabilire se, nel caso in cui lo spazio minimo sia inferiore ai tre metri quadri, possa escludersi la violazione dell'art. 3 CEDU, qualora concorrano alcuni elementi positivi quali la brevità del periodo in cui perdura la riduzione dello spazio personale, la sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella

---

nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili», considerando inoltre che occorre tenere conto della possibilità per i detenuti di muoversi normalmente all'interno della cella.

<sup>53</sup> A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, cit., p. 805, segnala che «ragionare in termini di amovibilità (...) rischia (...) di contribuire a creare ulteriore confusione perché il fatto che un mobile sia facilmente spostabile dal detenuto nulla dice ancora rispetto all'unico parametro che dovrebbe essere tenuto in considerazione, quello cioè della superficie calpestabile, la sola a garantire quella libertà di movimento considerata fondamentale dalla Corte di Strasburgo (...)».

e lo svolgimento di adeguate attività trattamentali, oltre alla sussistenza di condizioni igienico-sanitarie idonee<sup>54</sup>.

L'idea di una valutazione multifattoriale delle condizioni detentive ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU è nata con la sentenza della Grande Camera *Mursic c. Croazia* che – si ripete – afferma, per la prima volta, che la mancanza di uno spazio di almeno tre metri quadri pro-capite non determina automaticamente una violazione dell'art. 3 CEDU, ma solo una forte presunzione di violazione, superabile appunto in presenza di altri fattori positivi che operano congiuntamente.

Secondo le Sezioni Unite è pacifica, nella giurisprudenza di legittimità, la distinzione tra detenuti sottoposti al regime chiuso e regime “semiaperto”: rispetto ai primi vi è la necessità di assicurare uno spazio minimo di tre metri quadrati, determinato detrando quello impegnato da strutture sanitarie e arredi fissi, nel caso di detenuti sottoposti al regime “semiaperto” con uno spazio personale a disposizione inferiore al minimo, per escludere la violazione dell'art. 3 CEDU, dovranno essere presi in considerazione altri fattori quali la brevità della detenzione, la sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella, la possibilità di svolgere adeguate attività e di usufruire di dignitose condizioni igienico-sanitarie<sup>55</sup>.

L'onere di dimostrare la sussistenza di tali elementi positivi grava sull'amministrazione, che, in queste ipotesi, dovrà superare la forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU.

Tenendo in considerazione gli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza convenzionale e la formulazione dell'art. 35-ter ord. pen., in cui il legislatore ha dato espresso rilievo al fattore tempo, le Sezioni Unite riconoscono che l'accertamento circa la sussistenza di un trattamento inumano e degradante non può che essere frutto di una valutazione delle complessive condizioni in cui si trova ristretto il detenuto in una cella collettiva, che abbia a disposizione uno spazio inferiore ai tre metri quadri.

Nel caso in cui lo spazio sia compreso tra tre e quattro metri quadri, ai fini di tale valutazione, oltre ai fattori positivi, devono essere presi in considerazione ulteriori fattori negativi, che potranno portare a ritenere violato l'art. 3 CEDU anche se non ricorrono congiuntamente<sup>56</sup>.

Per tutte queste ragioni, il Supremo Collegio rigetta il ricorso proposto dal Ministero, in quanto basato su un'erronea modalità di calcolo, che includendo nella valutazione dello spazio minimo disponibile anche gli arredi fissi, si pone in contrasto con la corretta interpretazione della giurisprudenza convenzionale consolidata.

<sup>54</sup> Si tratta di una tematica che ha rilievo, in particolare, nell'ambito dei rapporti con le autorità giudiziarie straniere, in particolare per quel che riguarda la procedura di consegna di persone arrestate in forza di un mandato d'arresto europeo.

<sup>55</sup> In senso critico, A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, cit., p. 806, sottolinea che ritenere che in ipotesi di violazione dell'art. 3 Cedu inferiore ai 15 giorni non vi sia spazio per l'apprezzamento di condizioni deteriori legate alla situazione di sovraffollamento si ponga in aperto contrasto con la lettera della legge, «in particolare con quanto espressamente previsto dalla giurisprudenza di Strasburgo formata relativamente all'interpretazione dell'art. 3 Cedu con riferimento specifico alle condizioni detentive da considerarsi disumane o degradanti, ove la Corte non ha mai fornito indicazioni precise quanto al numero di giorni da considerarsi breve periodo e ha sempre espressamente richiesto la prova concorrente dei tre fattori compensativi». In questo senso, dunque, l'assunto delle Sezioni Unite provoca una frustrazione della portata applicativa del rimedio compensativo.

<sup>56</sup> La Corte individua alcuni fattori negativi nella mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, nella cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, nell'assenza di riservatezza nelle *toilette*, nelle cattive condizioni sanitarie e igieniche: v., in particolare, par. 21 del *considerato in diritto*, Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30.

Sono fattori compensativi, idonei a superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU – derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati – la breve durata della detenzione, le dignitose condizioni carcerarie e la sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se congiuntamente ricorrenti. Diversamente, nel caso di disponibilità di uno spazio individuale compreso fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi concorrono, unitamente ad altri di carattere negativo, alla valutazione unitaria delle condizioni complessive di detenzione.

I meriti della pronuncia in parola sono evidenti: grazie alla definizione dei presupposti per accedere al rimedio di cui all'art. 35-ter ord. pen., in linea con l'interpretazione dell'art. 3 CEDU fornita dalla Corte EDU, il giudice italiano è vincolato ad un'applicazione conforme alla giurisprudenza sovranazionale, che rafforza il precetto in relazione alla nozione di trattamento inumano e degradante, scongiurando applicazioni discrezionali.

Ben presto la giurisprudenza italiana si è trovata a confrontarsi con l'impatto che provoca un *revirement* della giurisprudenza convenzionale sulla fisionomia dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza proposta ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., una volta che la pronuncia della Grande Camera *Mursic c. Croazia* dell'ottobre 2016 ha scardinato l'equazione – stabilita nella pronuncia *Torreggiani e altri c. Italia* del 2013 – secondo cui la disponibilità per il detenuto di uno spazio minimo inferiore ai tre metri quadri costituisca di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU.

In altre parole, la presunzione di sussistenza di un trattamento inumano e degradante è stata trasformata da assoluta a *relativa*, vale a dire superabile in caso di compresenza di alcuni fattori compensativi.

Così, nella prima circostanza in cui è stata chiamata a confrontarsi con il nuovo orientamento della giurisprudenza convenzionale, la Corte di Cassazione ha affermato che: «ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso *Torreggiani c. Italia*, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili». In questa ottica, il famigerato letto a castello va considerato un «ingombro» in grado di restringere lo «spazio vitale minimo» all'interno della cella, e non una superficie utile per «finalità di riposo o di attività sedentaria<sup>57</sup>».

La circostanza che la Corte EDU non avesse espressamente dettato le modalità con cui operare il calcolo dello spazio minimo – ovvero se al lordo o al netto degli arredi ingombranti – ha, però, favorito nuovi dubbi, soprattutto, a proposito della possibilità per il giudice nazionale di riconoscere al detenuto una tutela maggiore di quella garantita dalla

---

<sup>57</sup> Cassa. Pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p. 1180, con nota di F. FIORENTIN; in merito, v. anche a M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? la Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2017. I principi espressi nella sentenza *Mursic* sono stati in seguito ribaditi nelle sentenze CEDU *Rezmives e altri c. Romania* del 2017 e *Nikin e altri c. Estonia* del 2019: in *dejure.it*. In tema, cfr. altresì i rilievi critici di D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter dell'ordinamento penitenziario*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, p. 108 ss.

Corte EDU o di esprimersi su questioni non ancora affrontate dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Le Sezioni Unite sostengono che il giudice nazionale non possa discostarsi dall'interpretazione consolidata fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>58</sup>: di conseguenza, il giudice nazionale non potrà accogliere un'istanza presentata ai sensi dell'art-35-ter ord. pen. qualora il detenuto abbia vissuto in condizioni detentive al di sotto dei 3 metri quadri, ma tale condizione sia perdurata per un breve periodo di tempo, in cui abbia avuto comunque la possibilità di svolgere attività trattamentali adeguate, nonché di fruire di idonee condizioni igieniche, e sempre che gli sia stata garantita la possibilità di libero movimento all'interno della cella.

E, da ultimo, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha ribadito che: «sono fattori compensativi, cioè idonei a superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati, la breve durata della detenzione, le dignitose condizioni carcerarie, la sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se congiuntamente ricorrenti. Diversamente, nel caso di disponibilità di uno spazio individuale compreso fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi concorrono, unitamente ad altri di carattere negativo, alla valutazione unitaria delle condizioni complessive di detenzione<sup>59</sup>».

Ciò nonostante permangono perplessità sulla coerenza delle future applicazioni concrete, oltre che sull'efficienza di tale soluzione sul piano del sovraffollamento e delle garanzie dei detenuti nelle case circondariali italiane<sup>60</sup>.

*De iure condendo*, sembra, dunque, ancora auspicabile un intervento decisivo da parte del legislatore interno, non potendosi rimettere interamente all'interpretazione della Corte EDU la disciplina di una materia così delicata, che interessa i diritti e le libertà fondamentali del detenuto- persona umana.

In questo senso, riprendendo la prospettiva originaria del presente contributo, tesa a valutare il problema concreto del calcolo dello spazio minimo delle celle in relazione al più ampio fenomeno del sovraffollamento carcerario, vale la pena evidenziare la *ratio* ispiratrice della recente riforma Cartabia nel settore del sistema sanzionatorio<sup>61</sup>: essa, infatti, muove

---

<sup>58</sup> Secondo le Sezioni unite, il giudice può sempre ricorrere alla Corte costituzionale nel caso in cui ritenga che l'applicazione dell'art. 35-ter ord. pen. alla luce dell'interpretazione convenzionale, sia in contrasto con l'art. 27, comma 3 Cost., rilevando al contempo che si tratta di un'ipotesi piuttosto astratta: cfr. par. 10 del considerato in diritto, Cass., Sez. un., sent. 24 settembre 2020, n. 6551, cit., *supra*, nota 30.

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2022, n. 29010, Redazione Giuffrè 2023.

<sup>60</sup> Un'opportunità concreta si era presentata con la riforma penitenziaria promulgata dal legislatore delegato nel 2018: Riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nei d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 121, 123 e 124, di attuazione della l. delega 23 giugno 2017, n. 103, volta a modificare, rispettivamente, sia la disciplina dell'esecuzione penitenziaria per gli adulti (d.lgs. 123 e 124), sia quella concernente minorenni e giovani adulti (d.lgs. 121). Da più parti, tale novella è stata definita "un'occasione mancata", poiché l'art. 6, comma 1, ord. pen. ha mantenuto il generico concetto di "ampiezza sufficiente", in relazione ai locali di soggiorno e pernottamento: cfr. A. MONACELLI, *L'edilizia penitenziaria*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, p. 71. Non è stata, dunque, accolta nella novella la proposta proveniente dalla Commissione istituita per la riforma, presieduta dal Prof. Giostra, in cui veniva individuato un preciso coefficiente dimensionale minimo della camera di detenzione (con indicazione del relativo criterio di calcolo), in grado di conferire adeguata certezza nella materia della tutela ex art. 35-ter della legge penitenziaria.

<sup>61</sup> Legge 27 settembre 2021, n. 134, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021. Per un'illustrazione dei tratti essenziali della riforma, nelle componenti di diritto sostanziale e processuale, cfr. G.L.

dall'idea della *sussidiarizzazione* del pena carceraria<sup>62</sup>, nella consapevolezza degli elevati costi economici, umani e sociali di quest'ultima, a fronte di una perdurante “inflazione penalistica” e della costante corsa al rialzo dei limiti edittali delle pene detentive che ha contraddistinto le politiche criminali degli ultimi decenni<sup>63</sup>.

### 3. *Divieto di trattamenti inumani e degradanti, principio rieducativo ed esecuzione della pena*

L'esigenza che le pene non si traducano in trattamenti inumani o degradanti nei confronti del reo – sancita, rispettivamente, dagli artt. 27, comma 3, Cost. e 1 ord. pen., nella dimensione interna, e dall'art. 3 CEDU, a livello sovranazionale – opera, in termini di clausola di protezione, «in tutti i luoghi in cui il monopolio statale si manifesta» e non si indirizza solo al momento dell'esecuzione, ma, in ragione della sua funzione di garanzia, «s'impone da subito, a cominciare (...) dal momento in cui il legislatore sceglie *come e quanto* limitare la libertà personale<sup>64</sup>» di un individuo.

Con particolare riferimento alla fase dell'esecuzione della pena, si è avuto modo di evidenziare che tra le condizioni detentive che ciascuno Stato deve assicurare ai propri detenuti, al fine di non perpetrare trattamenti penitenziari inumani e degradanti, vi è certamente l'attribuzione di uno spazio vitale adeguato. Su questo tema, si è avuto modo di mostrare il ruolo cruciale esercitato dalla giurisprudenza sovranazionale nella valutazione dell'entità e della portata del sovraffollamento quale causa che integra una violazione dell'art. 3 CEDU, anche rifacendosi alle raccomandazioni evidenziate nei rapporti del *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)*<sup>65</sup>.

Orbene, se sul versante della tutela dei diritti, e correlativamente riguardo alla definizione dei poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria, la legalità, ed in particolare la riserva di legge ed il principio di determinatezza, esigono piena realizzazione, sul fronte della giurisdizione rieducativa, la necessità di individualizzare il

---

GAITA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2021; G. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1155 ss.

<sup>62</sup> In questo senso, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 7 ss.; in proposito, v. altresì, fra i molti, M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, *Politica del diritto*, p. 591 ss., il quale avvisa che, nel corpo complessivo della riforma Cartabia, non è determinante «l'obiettivo di una accelerazione dei procedimenti, ma semmai di renderli efficienti in un quadro di attenzione a una strategia sanzionatoria differenziata e non simbolico-retributiva»; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sist. pen.*, 21 febbraio 2022, p. 2.

<sup>63</sup> Così F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 3, il quale sottolinea che la riforma Cartabia persegue «un obiettivo comune ed unitario che è l'alleggerimento del sistema complessivo, prima di tutto sul versante processuale, dei tempi e della quantità dei processi, ma poi anche su quello sostanziale della riduzione del primato detentivo: ed è proprio questo versante sostanziale della riforma che consente di affermare (...) che la riforma non ha l'unico obiettivo dell'“efficientamento” del sistema ma segna anche un passo in avanti nel senso della sua modernizzazione».

<sup>64</sup> A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista* n. 2/2014 Seminario A.I.C – “*Il significato della pena*”, Roma, 28 maggio 2014: reperibile sul sito telematico: [rivistaaic.it](http://rivistaaic.it).

<sup>65</sup> V., *supra*, in particolare, §§ 1.2. e 2.

trattamento rieducativo sulla base delle esigenze del singolo detenuto sembra recare con sé un «margine di indeterminatezza in qualche misura “fisiologico”<sup>66</sup>».

Com'è noto, nel nostro sistema penale, il principio rieducativo<sup>67</sup> della pena trova pieno riconoscimento soltanto con l'entrata in vigore della l. n. 354/1975 e con l'attuazione del corollario della c.d. *flessibilizzazione* della risposta sanzionatoria, grazie all'introduzione delle misure alternative alla detenzione; da qui l'esigenza di *giurisdizionalizzare* la fase esecutiva, affidandola alla Magistratura di Sorveglianza<sup>68</sup>. La giurisdizione si definisce *rieducativa* proprio perché caratterizzata da una fisiologica discrezionalità riconosciuta in sede di concessione e revoca delle misure alternative, che discende dell'esigenza «di valutare l'uomo e non il fatto», valorizzando così la tensione special-preventiva positiva<sup>69</sup>.

Se dunque specifiche istanze special-preventive possono condurre all'applicazione di una pena nei limiti della colpevolezza per il fatto, incidendo *in bonam partem*, un percorso personologico successivo ad esso deve poter essere adeguatamente valutato e consentire al giudice di rimodulare la risposta sanzionatoria influenzando la qualità e la quantità della pena. In altre parole, il riferimento è ad una reazione sanzionatoria che veda nella sentenza del giudice di cognizione il punto di partenza per una eventuale rideterminazione della pena in base alle esigenze e dei progressi compiuti dal condannato<sup>70</sup>.

È l'essenza del giudizio prognostico di tipo predittivo relativo alla pericolosità sociale a legittimare la «*discrezionalità suppletiva*» propria della giurisdizione rieducativa<sup>71</sup>. Per queste ragioni, la Magistratura di Sorveglianza ha sostenuto una graduale oggettivizzazione del

<sup>66</sup> A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti*, Napoli, 2022, p. 475.

<sup>67</sup> Nel 1982, Giuliano Vassalli con chiarezza adamantina sottolineava che il principio rieducativo comporta: «a) l'eliminazione delle pene incompatibili con la rieducazione del condannato intesa come possibilità di recupero dello stesso alla vita sociale (pena capitale, ergastolo senza ammissione alla liberazione condizionale, ecc.) (...); b) la riduzione massima possibile degli spazi occupati dalle pene più difficilmente conciliabili con la funzione rieducativa, tra cui emerge, per i motivi a tutti noti e mille volte illustrati, il carcere, soprattutto nelle sue forme ed organizzazione sinora sperimentate; (...) c) infine il trattamento rieducativo stabilito dall'ordinamento penitenziario per tutti i condannati a pena detentiva», e che «nessun soggetto può essere escluso, nel nostro diritto vigente, dall'applicazione del principio rieducativo. Non i condannati a brevi pene detentive perché anche per loro, anzi soprattutto per loro, scatta il meccanismo dell'affidamento in prova; non i condannati all'ergastolo perché anche per essi è possibile, sia pure dopo una lunghissima espiazione, la liberazione condizionale (e debbono dunque essere utilizzati anche nei loro confronti tutti i criteri e gli istituti sanciti dalle leggi per l'opera rieducativa)»: G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, fasc. 3-4, 1982, p. 471 ss.

<sup>68</sup> A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 475, la quale richiama F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, p. 281.

<sup>69</sup> Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 476. Il procedimento di determinazione della pena, che prevede la possibilità per la Magistratura di Sorveglianza di concedere le misure alternative alla detenzione, appare sostanzialmente *bifasico*: definita la pena in fase di cognizione, il giudice preposto alla valutazione personologica del condannato potrà orientare la sanzione, a seconda di quanto risultino ancora attuali le istanze di sicurezza sociale, in rapporto ai traguardi rieducativi eventualmente già realizzati. Infatti, «la pena non può perseguire la sua finalità rieducativa, costituzionalmente riconosciuta, ove non si adegui per specie e quantità alla personalità dell'agente»: F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale: nozione e aspetti costituzionali*, I, Milano, 1926, p. 356 ss. Su modello bifasico, con particolare riferimento al procedimento per la sostituzione alla luce della riforma Cartabia, v. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *Sist. pen.*, 30 agosto 2022, p. 18 ss.

<sup>70</sup> «Guardando all'uomo e alla sua evoluzione, alla giurisdizione rieducativa non può non corrispondere un potere di rideterminazione della sanzione nella misura in cui risulti appurato che la pena ha già raggiunto l'irrinunciabile obiettivo rieducativo che la Costituzione le riconosce»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 477.

<sup>71</sup> A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 478.

giudizio affidatole, introducendo nelle valutazioni prognostiche importanti elementi fattuali. Ciò nonostante, nel nostro sistema penale, residua una progressiva perdita di identità delle misure alternative, che hanno risentito della progressiva funzionalizzazione ad istanze meramente deflattive, perdendo l'originaria vocazione special-preventiva che consentiva di giustificare un parziale *vulnus* al principio di legalità<sup>72</sup>.

Ci si chiede allora se ai fini del giudizio di proporzionalità debbano rilevare solo la *species* e la durata della sanzione penale o, invece, debbano essere tenute in considerazione anche le modalità concrete di esecuzione della pena detentiva, attraendo nel giudizio di proporzionalità il profilo del possibile accesso a misure alternative<sup>73</sup>.

In verità, però, le modalità esecutive sono variabili estranee al giudizio di cognizione, poiché discendono da decisioni successive alla sentenza di condanna, che promanano dalla Magistratura di Sorveglianza, dall'Amministrazione penitenziaria o comunque da organi facenti parte del potere esecutivo. Secondo questa ricostruzione, dunque, gli unici parametri di valutazione della legalità della pena in fase esecutiva sarebbero quelli relativi ai due principi enucleati all'art. 27, comma 3, Cost.: umanità della pena e principio rieducativo<sup>74</sup>.

Il divieto di pene che integrano trattamenti disumani – confermato nella previsione di cui all'art. 3 CEDU – mantiene una sua autonomia rispetto al principio di proporzionalità, poiché, prescinde dalla gravità del fatto commesso e rappresenta la roccaforte della dignità del condannato, intesa quale valore universale ed assoluto<sup>75</sup>.

Il principio di *umanità* della pena è, invece, un parametro generale, valido per tutti i detenuti, da intendere come confine invalicabile<sup>76</sup>: esso evoca oltre all'art. 27, comma 3, prima parte, Cost. e all'art. 3 CEDU, l'art. 2 Cost. e la tutela dei diritti inviolabili ivi prevista, interessando, in fase esecutiva, l'illegittimità di qualsiasi prescrizione in grado di sacrificare uno o più diritti fondamentali dei soggetti ristretti<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> La scelta della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art.* 656, comma 5, c.p.p., nel 1998, ha rivoluzionato il sistema di accesso alle misure alternative, da un lato, contribuendo a deflazionare il ricorso al carcere, ma, dall'altro, diluendo il giudizio prognostico, impoverendolo di quella che fino a quel momento era stata la sua cifra definitoria: la possibilità di apprezzare il percorso rieducativo e di evoluzione personologica del condannato: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 478. In tema, v. anche M. MIEDICO – A. MENGHINI – P. POJER, *Le misure di probation nel Regno Unito. Spunti per una riforma in Italia*, in E. DOLCINI – A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020, p. 92 ss.

<sup>73</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e Costituzione*, Torino, 2021, p. 195 ss., citato anche da A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 479.

<sup>74</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e Costituzione*, cit., p. 197, il quale aggiunge che, secondo questo approccio, la legittimità del regime del “carcere duro” andrebbe verificata alla luce del principio del divieto di trattamenti disumani e degradanti e del principio rieducativo.

<sup>75</sup> «La dignità umana si sostanzia nel diritto al “rispetto”, sintesi di riconoscimento e di pari considerazione delle persone; in essa libertà ed eguaglianza si fondono. Entrambe le componenti della dignità potranno subire, per motivi di sicurezza, limitazioni, ma non si potrà mai accettare che il valore della persona, nel suo complesso, possa essere sminuito per effetto della restrizione in carcere. Né potrebbe essere invocato in contrario il disvalore degli atti delittuosi compiuti dal detenuto. Di fronte a questa possibile obiezione, si deve affermare con chiarezza un principio, che potremmo definire intrinseco allo stesso concetto di dignità umana: essa non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. Dignità e persona coincidono: eliminare o comprimere la dignità di un soggetto significa togliere o attenuare la sua qualità di persona umana. Ciò non è consentito a nessuno e per nessun motivo»: G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Rivista n. 2/2014, Seminari A.I.C. – “Il significato della pena”, Roma, 28 maggio 2014, reperibile sul sito telematico <https://www.rivistaaic.it/>.

<sup>76</sup> In tema, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e Costituzione*, cit., p. 245 s.; F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo giudiziario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 590 ss.; A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 481.

<sup>77</sup> Così A. MENGHINI, *op. loc. ult. cit.* In tema, v. anche F. GIUNTA, *op. ult. cit.*, con particolare riferimento al principio di umanizzazione della pena nell'impianto complessivo della legge sull'esecuzione penitenziaria.

In un ideale percorso di apprezzamento della legalità delle pene, se il principio di proporzione si colloca idealmente nei due momenti di previsione astratta della sanzione rispetto ad un determinato precetto e di commisurazione in concreto, il principio rieducativo, in fase esecutiva, dovrebbe consentire di valutare il percorso trattamentale intrapreso dal singolo, inducendo a censurare previsioni che ne impediscano o frustrino l'apprezzamento, sulla scorta di presunzioni assolute di pericolosità.

Anche nella fase esecutiva è, dunque, insita quella istanza di giustizia sostanziale tipica tanto della fase di formulazione del precetto e della sanzione quanto del momento della commisurazione giudiziale<sup>78</sup>. In *executivis*, però, le ragioni di giustizia sostanziale devono essere collegate sia al *finalismo rieducativo della pena* ed al *principio di umanità* – saldamente armonizzati tra loro –, sia al *divieto di trattamenti inumani o degradanti*, che si traducano, per il condannato, in una sofferenza *ulteriore ed estranea* rispetto a quella connaturata alla pena criminale. D'altronde, è assodato che la funzione della pena – e quindi il buon esito percorso rieducativo – si fondi sulle condizioni minime perché questo possa realizzarsi, «mentre condizioni disumane rendono di per sé non realizzabile oggettivamente qualsiasi offerta trattamentale né presumibilmente desiderabile e liberamente eleggibile detto percorso rieducativo<sup>79</sup>». In altre parole, l'esito del programma rieducativo è strettamente legato alla *progressività trattamentale*: solo nella misura in cui il detenuto vedrà riconosciuto il proprio impegno – anche nell'ottica della “riconquista” della libertà – aderirà intimamente al percorso rieducativo, facendolo proprio<sup>80</sup>.

È invece il diverso principio di umanità della pena a reclamare una rideterminazione della stessa allorché il detenuto patisca una sofferenza aggiuntiva rispetto a quella intrinseca alla pena, per effetto delle condizioni detentive inumane. A venire in oggetto in questo caso è una proporzionalità diversa ed *ex post*, predeterminata legislativamente, cui è chiamato il Magistrato di Sorveglianza allorché venga investito di un reclamo *ex art. 35-ter o.p.*<sup>81</sup>

Quando sono richiamate condizioni detentive inumane e degradanti, il collegamento con il *fatto* concreto sembra, dunque, ripresentarsi, poiché il sistema riconosce una decurtazione di pena corrispondente all'afflittività suppletiva sofferta, considerando che la durata dell'originaria pena inflitta risulti sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto commesso.

<sup>78</sup> F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazioni, contratti, obbligazioni, famiglia e successioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, I, Mantova, 2017, p. 311 ss.

<sup>79</sup> A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 482.

<sup>80</sup> *Ibidem*. Ciò implica che la pena possa essere, quantomeno in astratto, rimodulata *in itinere*, sulla scorta degli esiti del percorso rieducativo intrapreso *medio tempore* dal condannato, che devono poter essere apprezzati dalla Magistratura di Sorveglianza. «La rimodulazione, nel sistema definito dalla l. n. 354/1975, può essere *qualitativa*, nella misura in cui le modalità esecutive della pena detentiva permettano un assaggio di libertà più o meno ampio: è il caso dei permessi premio, del lavoro all'esterno e dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà, o quantitativa, allorché venga in oggetto la liberazione anticipata. A far da padrone è qui il principio rieducativo, che assurge, in materia di esecuzione della pena, a vero e proprio diritto fondamentale del condannato, fissando un ulteriore limite inferiore al di sotto del quale non è possibile scendere neppure quando a venire in oggetto siano diverse esigenze di tutela di pari rilevanza costituzionale, prime fra tutte quelle di sicurezza sociale». Importante a questo proposito il filone della giurisprudenza costituzionale relativo all'art. 4-*bis* ord. pen., che ha portato alla cristallizzazione del c.d. principio di non regressione nel trattamento, ma anche quello relativo al regime del “carcere duro”, in si afferma che il principio rieducativo non è mai interamente rinunciabile: Corte cost. n. 376/1997; Corte cost. n. 149/2018 (entrambe reperibili sul sito telematico *giurcost.org*).

<sup>81</sup> Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 483.

Su questa linea, appare condivisibile l'orientamento sostenuto da quella parte della dottrina che, seppur in una "prospettiva *ex post*", conferma un approccio che vorrebbe poter valutare in termini di proporzionalità vicende dell'esecuzione della pena in grado di incidere sul livello di afflittività della pena e dunque sulla libertà personale<sup>82</sup>.

La potenziale operatività delle condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione, com'è noto, oggi dipende sempre di più dai meccanismi sospensivi e preclusivi della pena: a venire in oggetto è ancora il fatto di reato, che funziona da riferimento unico per l'operatività degli istituti citati, creando una *summa divisio* tra fatti di reato per cui, a parità di pena, è possibile accedere alle misure alternative e fatti di reato per cui ciò non è possibile<sup>83</sup>.

Il senso di giustizia derivante dall'umanità della pena, oltre che dall'ossequio al canone di giusta proporzione, applicato non solo con riferimento alla previsione astratta e alla pena commisurata al fatto concreto, ma anche alle modalità applicative della stessa, si riflette sull'istanza rieducativa, gettando le basi per la formazione di un libero consenso del condannato ad intraprendere un percorso trattamentale. Recente dottrina, a questo proposito, segnala la correlazione tra umanità e proporzionalità della pena, da un lato, e finalità rieducativa, dall'altro, legittimando la rilevanza del collegato canone di giusta proporzione anche rispetto alle modalità esecutive della pena<sup>84</sup>.

Il collegamento con il *fatto* assume una diversa valenza in rapporto alle misure alternative che sono attratte nella competenza del giudice di cognizione, aprendo ad un giudizio complesso sulla sostituibilità della pena in cui il canone rieducativo acquista un rilievo centrale, legittimando così una più evidente commistione tra giudizio di proporzionalità e istanze rieducative della pena.

Su questa linea, l'idea della fungibilità tra misure alternative alla detenzione applicabili dal giudice di cognizione e da quello di esecuzione, seguita anche dalla riforma Cartabia deve

---

<sup>82</sup> F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., p. 197, nota 295.

<sup>83</sup> «È l'indicazione di un certo fatto di reato a rendere (...) operativo o meno il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. (cfr. i reati per cui lo stesso è escluso *ex art.* 656 co. 9 c.p.p.): a quel fatto di reato, ed alla presunta pericolosità sociale che ne discende per il condannato, consegue o meno un necessario assaggio di carcere con possibilità di accesso eventuale alle misure alternative e ai benefici solo dalla condizione detentiva. Allo stesso modo, a un certo titolo di reato, corrisponde o meno la possibilità di accedere in astratto alle misure alternative alla detenzione (*rectius* di accedervi solo in momento successivo a quello normalmente previsto per altre fattispecie o a certe condizioni), aspetto questo che concorre a comporre il trattamento sanzionatorio inteso in senso lato»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 485.

<sup>84</sup> Così A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 486. Su questa linea, N. PISANI, *Le pene sostitutive*, in *Giur. it., Speciale di dottrina e attualità giuridiche sulla Riforma Cartabia*, a cura di L. Riscato, 4/2023, p. 5, in corso di pubblicazione, evidenzia che risulta smentita *ex lege* la fondatezza delle tesi sulla estraneità della rieducazione dalla struttura delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e che «l'immanenza del finalismo rieducativo ha due dirette conseguenze: da una parte le esigenze di rieducazione e di reinserimento sociale devono/possono coesistere con quelle di prevenzione del pericolo di reiterazione; la funzione special-preventiva potrà essere soddisfatta con l'impiego delle prescrizioni specifiche e comuni di cui all'art. 56 ter, accessorie alle pene sostitutive diverse dalla pena pecuniaria, dotate di una spiccata efficacia in termini di prevenzione della pericolosità del condannato anche attraverso modalità di controllo a distanza (art. 282 *ter* c.p.p.) applicabili anche rispetto al lavoro di pubblica utilità». *Contra*, A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in ID. (a cura di), *La tutela nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, Rems, e CPR*, Roma, 2017, p. 82, la quale manifesta perplessità rispetto all'estensione, in particolare, del giudizio di proporzionalità alle modalità esecutive della pena, su presupposto che, nella fase esecutiva, il principio di proporzione si debba riferire ai diritti dei detenuti.

essere accolta positivamente: sono evidenti, infatti, sia gli effetti deflattivi sul procedimento di sorveglianza, sia l'incentivo ai riti speciali, con conseguente deflazione processuale<sup>85</sup>.

Si tratta di una scelta in linea anche con la maturata consapevolezza del fallimento rieducativo della pena detentiva "tradizionale", dalla quale scaturisce l'urgenza di superare l'ossessione carcerocentrica del nostro ordinamento: «è il minimo richiesto a quanti prendano sul serio il problema della devianza e della criminalità, delle loro cause e dei loro effetti... Realismo e misura impongono di trovare alternative alla pena detentiva oggi così come all'istituzione carceraria domani»<sup>86</sup>.

In conclusione, solo un ordinamento giuridico in cui il memento del carcere quale *extrema ratio* assuma effettività può sperare di realizzare le premesse oggettive necessarie per offrire un adeguato trattamento rieducativo a quanti si troveranno ad eseguire la pena all'interno delle sue mura carcerarie.

#### 4. Brevi cenni sulla disciplina delle pene sostitutive introdotta dalla Riforma Cartabia

Come anticipato *supra*, sulla linea di una concreta restaurazione dell'idea della pena come *extrema ratio* del nostro ordinamento giuridico si è mossa la recente riforma Cartabia<sup>87</sup>,

<sup>85</sup> «Patteggiare la pena sostituita con la detenzione domiciliare o con il lavoro di pubblica utilità consente all'imputato di non entrare in carcere, evitando gli effetti desocializzanti delle pene detentive brevi e l'attesa dell'eventuale concessione di una misura alternativa, da parte del Tribunale di Sorveglianza, magari dopo molto tempo (restando il condannato, oltretutto, nella scomoda posizione del c.d. libero sospeso)»: L. RISICATO, Relazione tenuta durante l'incontro di studio, codice n. D. 22377, sul tema "La riforma Cartabia e il sistema sanzionatorio", organizzato dalla Scuola Territoriale della Magistratura – Struttura di Messina, il 18 novembre 2022, presso l'aula magna della Corte d'Appello di Messina. Nello stesso senso, v. A. MENGHINI, *op. loc. ult. cit.*; M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in Aa. Vv., *La rieducazione oggi*, cit., p. 29. Contra A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., p. 3, il quale paventa il rischio di una possibile sovrapposizione funzionale tra le sanzioni sostitutive e le omologhe misure alternative.

<sup>86</sup> L. MANCONI, in L. MANCONI – S. ANASTASIA – V. CALDERONE – F. RESTA, *Abolire il carcere*, 2ª ed., 2022. «Chi parla di pene alternative sta pensando il carcere, per lui un complesso ossessivo che sa insuperato e forse insuperabile»: C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 511 ss. Da queste parole di C.E. Paliero, E. Dolcini prende le mosse per evidenziare che, a distanza di trent'anni, «il carcere domina ancora sovrano nel nostro sistema sanzionatorio», mentre dottrina e legislatore sono «alla perenne ricerca (...) di "alternative", in grado di intaccare il primato del carcere, un primato che rasenta il monopolio»: E. DOLCINI, *Alternative: alla pena detentiva breve, alla pena detentiva, alla pena. I progressi segnati dalla riforma Cartabia*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, I, Politica criminale e teoria della pena* (a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich), Milano, 2022, p. 369.

In realtà, «che la risposta sanzionatoria dello Stato alle violazioni delle leggi penali debba consistere (solo) nella privazione della libertà per un determinato lasso di tempo non lo dice espressamente neanche la Costituzione, che al terzo comma dell'art. 27 precisa, anzi, che le pene *non devono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*. Questo vale, a maggior ragione, per le pene edittali di piccola e media entità, la cui trasfigurazione avrebbe importanti effetti deflattivi del tutto coerenti con la finalità rieducativa stabilita dalla nostra Carta come obiettivo tendenziale, ma principale»: L. RISICATO, *Relazione*, cit., *supra*, nota 85. Denunciano l'inutilità e l'intollerabilità della «"monocoltura" carceraria»: S. CECCHI – G. DI ROSA – T. E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, con prefazione di L. Eusebi, liberilibri, 2015; L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1315 ss.

<sup>87</sup> Cfr. d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in *G.U., Serie generale n. 245 del 19 ottobre 2022, Supplemento straordinario n. 5*. Il testo coordinato delle disposizioni modificate e introdotte dal citato d. lgs. n. 150/2022 è pubblicato in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 18 ottobre 2022. In verità, una revisione radicale del sistema sanzionatorio, che incida su tipo e consistenza delle pene principali trasformando il carcere in *extrema ratio* si è finora rivelata una strada

che, nel quadro di un'ampia rivisitazione del sistema processualpenalistico italiano, ha avviato una (parziale) riforma del sistema sanzionatorio nell'ottica di quello che è stato definito un vero e proprio «percorso di civilizzazione della pena»<sup>88</sup>.

In questa prospettiva, vengono emendati alcuni istituti centrali nella materia *de qua*: si pensi all'esclusione della punibilità per speciale tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.)<sup>89</sup>, per la cui applicabilità, in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni, si è prevista una pena non superiore nel minimo a 2 anni, sola o congiunta a pena pecuniaria, alla sospensione del procedimento con messa alla prova, che può oggi trovare applicazione anche con riferimento ad ulteriori reati con pena edittale non superiore nel massimo ai 6 anni, o ancora alla disciplina della pena pecuniaria, modificata sia sul piano delle modalità di conversione sia per quanto concerne la riscossione<sup>90</sup>.

La ristrutturazione della disciplina delle sanzioni sostitutive segna, poi, un netto passo verso il superamento del primato del carcere<sup>91</sup>. D'altronde, nell'attuale fase storica, la valorizzazione di “sostitutivi penali” efficaci appare innanzitutto «un'esigenza di proporzionamento del trattamento sanzionatorio<sup>92</sup>», poiché la pena criminale, non soltanto si rivela sovente sproporzionata rispetto alla gravità del reato, ma si palesa in evidente tensione con le garanzie fondamentali su cui si regge l'intero sistema costituzionale<sup>93</sup>.

Così, nella prospettiva di restituire vitalità alla disciplina delle sanzioni sostitutive<sup>94</sup>, il legislatore ne ha fortemente modificato la disciplina: vengono abrogate la semi-detenzione e la libertà controllata – che hanno conosciuto modesta applicazione a causa della sostanziale sovrapposizione con l'ambito di operatività della sospensione condizionale della pena (2 anni

sostanzialmente impercorribile: così M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in Aa. Vv., *La rieducazione oggi*, cit., p. 29. In tema, v. anche A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *lalegislazionepenale.eu*.

<sup>88</sup> Così F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 1.

<sup>89</sup> In tema, v. D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2022; L. VALOTTI, *L'art. 131 bis c.p. e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 24 febbraio 2023; S. RICCARDI, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis nel quadro della riforma Cartabia*, consultabile all'indirizzo telematico [https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2023/03/La-riforma-dellart.-131-bis.-Riccardi\\_def.pdf](https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2023/03/La-riforma-dellart.-131-bis.-Riccardi_def.pdf);

<sup>90</sup> A proposito della modifica della disciplina della pena pecuniaria nello schema della riforma Cartabia, v. i primi commenti di F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 3; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa nella riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 settembre 2021, par. 5; ID., *Alternative: alla pena detentiva breve, alla pena detentiva, alla pena*, cit. p. 382 ss.

<sup>91</sup> V. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 settembre 2021, par. 1 ss.; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 9 ss.

<sup>92</sup> V. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive*, cit., p. 2.

<sup>93</sup> Così F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>94</sup> Da analoghe premesse muove anche la compiuta analisi di N. PISANI, *Le pene sostitutive*, cit., p. 1. L'Autore sottolinea che, nella materia *de qua* «il fine esplicito è quello della deflazione delle pene carcerarie e, al contempo dell'attuazione del principio rieducativo e di risocializzazione “in positivo”, attraverso uno spettro di sanzioni che varia lungo un gradiente di afflittività, che va dalle pene non detentive (sostitutivi penali in senso stretto), quali la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità, sino alle “pene detentive attenuate” come la semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare, da intendersi (...) come specie di pene detentive risocializzanti (restrittive della libertà personale)».

<sup>94</sup> Lo Schema di d. lgs. – già nella rubrica dell'art. 20-bis c.p., introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a dello Schema di d. lgs. – rinomina le *sanzioni sostitutive* come “*pene sostitutive delle pene detentive brevi*”, sottolineando che si tratta di vere e proprie “pene” ancorché non carcerarie (o non integralmente destinate ad essere eseguite in carcere): *Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134*, in *Sist. pen.*, 10 agosto 2022, p. 184. In dottrina, v. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, *ivi*, 15 ottobre 2021, p. 5.

di pena irrogata)<sup>95</sup>, e sono inserite, nel novero delle sanzioni sostitutive, accanto alla pena pecuniaria, alcune misure alternative – la detenzione domiciliare e la semilibertà – ed il lavoro di pubblica utilità. Di rilevante importanza è anche l'innalzamento del limite per la sostituzione da 2 a 4 anni, previsto proprio per evitare una completa sovrapposizione con l'operatività del beneficio della sospensione condizionale, che rimane, seppur solo parzialmente, per le pene irrogate nel limite dei 2 anni<sup>96</sup>.

La scelta del legislatore è, dunque, tesa a valorizzare la tensione rieducativa nella ricerca di alternative al carcere, nella prospettiva «di una pena intesa finalmente come “progetto”, anche nell'ottica di limitare il fenomeno oggi frequente dell'esecuzione *intra-moenia* di pene effettivamente contenute nella durata<sup>97</sup>».

Il catalogo delle pene principali non è stato modificato, poiché si è preferito privilegiare la discrezionalità del giudice nella scelta di sostituire o meno la pena detentiva<sup>98</sup>. La sostituzione sarà subordinata ad una prognosi di funzionalità alla rieducazione ed alla «prevenzione del pericolo» di futuri reati, «anche attraverso opportune prescrizioni». Si introduce pertanto un forte elemento di discrezionalità, che caratterizza non solo il momento della scelta della sanzione sostitutiva da applicare al caso concreto, ma, ancora prima, la possibilità di sostituzione, riportando al centro del sistema la finalità rieducativa e l'idea dell'*extrema ratio* della pena criminale<sup>99</sup>. In altre parole, «muta (...) la cifra della discrezionalità

<sup>95</sup> Cfr., sul punto, C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 536; A. MENGHINI – E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, 35. Nei primi anni di applicazione della l. n. 689 del 1981, E. Dolcini e C.E. Paliero già sottolineavano la «funzionale estraneità al *campus* delle sanzioni sostitutive brevi» della semidetenzione, sul presupposto che «comporta la privazione, sia pure per una parte del giorno, della libertà personale, realizzata nell'ambito di veri e propri istituti penitenziari»: E. DOLCINI – C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 176; ID., *Sanzioni sostitutive (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 488 ss.

<sup>96</sup> La scelta è stata quella di allineare il termine con quello previsto nel 656 co. 5 c.p.p. Sul punto, v. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*. Legge 27 settembre 2021, n. 134 (G.U. n. 237 del 4 ottobre), in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, p. 17.

<sup>97</sup> A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 490.

<sup>98</sup> Si tratta di una scelta che ridimensiona la portata della riforma nella materia *de qua*, poiché non è stata in grado di rivedere, attraverso la deflazione delle pene detentive, anche la tipologia delle pene principali ed il loro rapporto con l'esecuzione, come variamente – e invano – auspicato dai diversi progetti di riforma degli ultimi anni e dalla Commissione Palazzo. Come è stato autorevolmente sottolineato, «le forze politiche non sono evidentemente pronte ad abbandonare la funzione simbolica della minaccia della pena detentiva e a contrarre a livello di pene edittali la centralità del carcere»: M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in Aa. Vv., *La rieducazione oggi*, cit., p. 29. Sul punto v. anche A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., p. 16 secondo cui «l'opzione a favore della previsione edittale di pene principali diverse da quelle detentive e pecuniaria, adottata dalla delega legislativa di cui all'art. 1, l. 67/2014, è rimasta inattuata, vuoi per la maggiore duttilità del meccanismo sostitutivo, vuoi per il timore di un'accoglienza negativa da parte dei consociati, anche – e soprattutto – sul piano elettorale». «Questo ha prodotto una ricaduta anche in termini di incentivazione dei riti speciali, tra cui in particolare il patteggiamento, e di ampliamento della portata applicativa del procedimento per decreto grazie al raddoppio del limite di pena detentiva sostituibile con la pena pecuniaria, portata da 6 mesi ad un anno, e della previsione di una possibile applicazione all'esito di questo rito anche del lavoro di pubblica utilità»: A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 491. Sul punto, cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021. N. 134, c.d. riforma Cartabia*, p. 60; E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sist. pen.*, 30 agosto 2022, p. 3 ss.

<sup>99</sup> Così, F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale*, cit., p. 12. Nel contesto della riforma Cartabia, secondo E. Dolcini, «la soluzione appare ragionevole, quanto meno per pene detentive quantificate dal giudice in misura superiore ad un anno: in queste ipotesi è in gioco il trattamento sanzionatorio di reati che possono presentare

sostitutiva che deve nutrirsi di un'attenta osservazione della personalità del reo in vista di un trattamento marcatamente individualizzato, con finalità di rieducazione/risocializzazione del condannato<sup>100</sup>».

Nel caso delle sanzioni sostitutive è previsto, inoltre, che la sostituzione intervenga in termini di mera “possibilità”, vale a dire solo allorché il giudice abbia considerato il condannato non meritevole di sospensione condizionale<sup>101</sup>.

Quanto infine ai presupposti per l'irrogazione delle nuove sanzioni sostitutive, sono necessarie alcune valutazioni. La nuova norma che declina i presupposti per la sostituzione è limpida nel richiedere un duplice giudizio: non solo la tradizionale prognosi di pericolosità sociale, propria sia della giurisdizione rieducativa di Sorveglianza sia del procedimento applicativo delle misure di sicurezza, ma anche un giudizio sulla maggiore idoneità alla rieducazione della sanzione sostitutiva rispetto alla pena detentiva sostituita.

Più nello specifico, il nuovo art. 58 della l. 689/1981 riconosce un'ampia discrezionalità del giudice di cognizione circa la sostituibilità della sanzione, non senza indicare però i criteri cui attenersi sia nel momento della decisione sulla sostituibilità sia in quello successivo relativo alla scelta delle sanzioni sostitutive<sup>102</sup>. Allorché la pena irrogata sia contenuta nel massimo di 4 anni di reclusione, viene richiesto al giudice di valutare l'eventuale sospensibilità ove ne sussistano i requisiti oggettivi, e, solo nel caso in cui decida per la non concessione del beneficio o in quello in cui la pena irrogata sia superiore ai limiti previsti dall'art. 163, comma 1, c.p., seguirà la decisione sulla possibile sostituzione. Ai fini della decisione vengono richiamati i criteri di cui all'art. 133 c.p., relativi alla gravità del fatto e alla c.d. capacità a delinquere<sup>103</sup>, e il duplice criterio della maggiore idoneità della pena sostitutiva alla rieducazione rispetto alle pene detentive “brevi” e della adeguatezza delle stesse ad assicurare, anche tramite prescrizioni mirate, la prevenzione del pericolo di commissione di futuri reati.

A chiusura del sistema, si prevede che la sostituzione non sarà possibile tutte le volte in cui il giudice abbia fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non verranno rispettate, rinnegando di tal guisa il requisito della maggiore idoneità a perseguire l'istanza rieducativa.

Altrettanto puntuale l'art. 58 allorché indica i criteri cui il giudice di cognizione dovrà attenersi nella scelta della sanzione sostitutiva tra quelle astrattamente applicabili al caso concreto: al criterio che porta a dover preferire quella maggiormente idonea alla rieducazione

---

una gravità nient'affatto bagatellare»: E. DOLCINI, *Alternative: alla pena detentiva breve, alla pena detentiva, alla pena*, cit., p. 387.

<sup>100</sup> N. PISANI, *Le pene sostitutive*, cit., p. 4.

<sup>101</sup> A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 12, manifesta perplessità sulla perdurante sovrapposizione parziale tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena: «avuto riguardo all'ambito delle pene detentive inflitte in misura non superiore a due anni (e, soprattutto, nella fascia da uno a due anni di detenzione), la sospensione condizionale... rimane la soluzione più conveniente ed appetibile. La concorrenza di quest'ultima causa sospensiva potrebbe, dunque, incidere negativamente sull'effettività del nuovo regime sostitutivo».

<sup>102</sup> In merito alla scelta di mettere a disposizione del giudice di cognizione sanzioni che riproducono nei contenuti le misure alternative è apprezzata da E. DOLCINI, *Alternative: alla pena detentiva breve, alla pena detentiva, alla pena*, cit., p. 378, il quale sottolinea che «scongiora il passaggio del condannato attraverso il carcere, ma promette anche di ridimensionare il fenomeno patologico dei c.d. liberi sospesi (...)». Nello stesso senso, R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1168; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 2021, p. 6.

<sup>103</sup> Il rinvio alla criteriologia dell'art. 133 c.p. non sembra aver altro senso che quello di fornire degli indici fattuali che operino in simbiosi con il criterio finalistico della risocializzazione: N. PISANI, N. PISANI, *Le pene sostitutive*, cit., p. 6.

e alla risocializzazione del condannato, si aggiunge quello del «minor sacrificio alla libertà personale»<sup>104</sup>, requisito, quest'ultimo, che mette bene in evidenza l'intento di riconoscere alle sanzioni sostitutive privative della libertà personale (semi-libertà e detenzione domiciliare) il ruolo di *extrema ratio*.

La residualità, nel sistema delle pene sostitutive, di quelle privative della libertà è poi confermata anche dall'art. 58, comma 3, laddove si prevede che, allorché la pena sia contenuta nel limite dei 3 anni, il giudice dovrà adeguatamente motivare la propria scelta, ove abbia optato per le misure maggiormente contenitive della detenzione domiciliare e della semilibertà, fornendo le ragioni che lo hanno portato a ritenere non idonee alla rieducazione le sanzioni non privative della libertà. Inoltre, si prevede che eventuali esigenze umanitarie o di carattere familiare possano e debbano essere tenute in adeguata considerazione da parte del giudice nella scelta tra pene sostitutive privative della libertà e lavoro di pubblica utilità<sup>105</sup>.

Il sistema delineato dalla riforma Cartabia vede però il necessario innesto del consenso del condannato, dapprima previsto solo con riferimento alla sostituzione in lavoro di pubblica utilità e oggi invece esteso a tutte le pene sostitutive, cosa che, come già chiarito, potrebbe fortemente depotenziare la portata della riforma, quantomeno con riferimento alle pene sostitutive privative della libertà personale.

In questo senso, autorevole dottrina ha osservato che la riforma risulta intrisa da un inequivocabile carattere personalistico che, nel caso delle sanzioni sostitutive, così come della giustizia riparativa, si caratterizza in senso marcatamente umanistico-rieducativo<sup>106</sup>. Questa soluzione ipergarantista, però, si pone in marcata controtendenza rispetto al dichiarato obiettivo di “diversificare e rendere più effettive e tempestive le pene”<sup>107</sup>, rendendo la discussione sull'effettiva necessità del consenso di pressante attualità<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Sul punto, v. le attente riflessioni di E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 17.

<sup>105</sup> Allo stesso modo, si è espressamente previsto che il giudice, nella scelta della sanzione sostitutiva, debba valutare anche le condizioni di dipendenza da alcool, droga e gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblico o privati autorizzati indicati dall'art. 94 co. 1 d.P.R. n. 309/1990, nonché le condizioni di persona affetta da HIV conclamata o da grave deficienza umanitaria, sdoganandosi così definitivamente la prassi già invalsa di concepire anche una detenzione domiciliare associata ad un programma riabilitativo.

<sup>106</sup> F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, Congresso nazionale AIPDP, Milano 23-24 settembre 2022. In questo senso, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 499, la quale aggiunge che «il consenso, che in astratto avrebbe potuto anche essere funzionale ad un perfetto recepimento del carattere squisitamente rieducativo delle sanzioni sostitutive, si rende in realtà necessario anche per prevenire eventuali questioni di legittimità costituzionale, di fatto rimettendo al condannato l'opzione di una disciplina che per certi versi si profila peggiore rispetto a quella “ordinaria”».

<sup>107</sup> Così si legge nella *Relazione Illustrativa* allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, p. 8, in [www.gnensonline.it](http://www.gnensonline.it).

<sup>108</sup> «Una soluzione differente, alla luce dei principi ispiratori della legge delega, sarebbe stata agevolmente percorribile, in primo luogo non estendendo il requisito del consenso alle sanzioni sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, e restringendo poi il ruolo della “non opposizione” del condannato anche sul versante della pena lavoro. Senza alcun pregiudizio delle garanzie dell'imputato, la non opposizione o addirittura il dissenso esplicito di quest'ultimo avrebbero potuto collocarsi in una fase successiva, senza limitare il potere discrezionale del giudice di cognizione nella scelta di sanzioni diverse da quella carceraria e dotate di spiccate finalità rieducative». Questo assetto ci riporta, non senza grosse perplessità di fondo, alla mancanza di coraggio che caratterizza anche questo intervento di riforma: il legislatore delegato perde, ancora una volta, l'occasione di ampliare il novero delle sanzioni applicabili dal giudice di cognizione, declinando il sistema delle sanzioni in una chiave che non si smarca da una impostazione, sostanzialmente, carcerocentrica.: L. RISICATO, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Giur. it., Speciale di dottrina e attualità giuridiche sulla Riforma Cartabia*, a cura di L. Risicato, 4/2023, p. 8, in corso di pubblicazione. Sulla necessità di superare l'idea del carcere quale carattere identificativo del diritto e della giustizia penale, v. anche F. PALAZZO, *Presente, futuro e*

Potrebbe sembrare scontato che la riforma Cartabia, attribuendo un ruolo assai più rilevante a pene non privative della libertà personale sia destinata a produrre una sensibile riduzione della popolazione carceraria. In realtà, parte della dottrina ha già evidenziato che non mancano esperienze di altri Paesi nei quali un più ampio ricorso a pene non privative della libertà personale ha prodotto, all'opposto, un incremento della popolazione penitenziaria. È il caso degli Stati Uniti d'America, dove l'ampio uso del *probation* rappresenta non un rimedio ma una delle principali cause della sovrappopolazione carceraria<sup>109</sup>.

Si tratta di un esito che, però, non dovrebbe interessare anche l'Italia, poiché la disciplina della revoca delle pene sostitutive, introdotta dalla riforma, attribuisce un ruolo centrale alla discrezionalità del giudice che, in questo senso, potrebbe rappresentare un valido deterrente<sup>110</sup>. Il meccanismo di revoca/conversione delle pene sostitutive, infatti, viene sensibilmente “flessibilizzato”, da un lato, escludendo ogni automatismo tra violazione delle prescrizioni integrative delle sanzioni e caducazione di queste ultime, dall'altro, consentendo la conversione della pena sostitutiva revocata “in altra pena sostitutiva”.

In conclusione, pur non essendoci avventurati nella descrizione puntuale delle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia alla disciplina delle misure alternative alla detenzione – che avrebbe inevitabilmente richiesto anche un'attenta disamina delle relative criticità<sup>111</sup> –, sul piano “ideale”, sembra di poter condividere quanti hanno sottolineato che il baricentro della disciplina delle pene sostitutive si è spostato verso una logica autenticamente specialpreventiva: «le pene sostitutive superano il ruolo di strumento alle pene detentive brevi incentrato sulla deterrenza e l'intimidazione speciale e si proiettano verso più onerose finalità di prevenzione speciale mediante risocializzazione (attiva) e mediante neutralizzazione delle fonti del rischio di recidiva (...)»<sup>112</sup>.

Se questo appare il *leitmotiv* della riforma, non resta che attenderne l'applicazione concreta per poter valutare se e in che misura sia in grado di incidere sull'attuale sistema sanzionatorio penale, limitandone gli intollerabili effetti collaterali, e ciò consapevoli che non esistono soluzioni inappuntabili e dovrà essere compiuto un grande sforzo da parte degli interpreti per garantire attuazione alla finalità portante di riduzione del carcere che non può più essere rimandata.

## 5. Riflessioni conclusive

Alla luce dei rilievi esposti nei paragrafi precedenti, sembra opportuno offrire al lettore alcuni spunti di riflessione di carattere generale sul tema del sovraffollamento e, prima ancora, sulla situazione che caratterizza il sistema carcerario italiano.

---

*futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE E G.L. GATTA, II, Milano, 2018, p. 521 ss.

<sup>109</sup> Circa un quarto della popolazione carceraria di quel Paese è costituito da persone che hanno fatto ingresso in carcere a seguito della revoca della *probation* e la percentuale è assai elevata per rapporto anche alle revoche della *parola*. E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie nell'ordinamento italiano*, cit. p. 363.

<sup>110</sup> E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 25, cui si rinvia anche per i puntuali comparatistici.

<sup>111</sup> Per puntuali rilievi critici, v., tra i molti, E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto della questione dell'ergastolo*, in *Sist. pen.*, 15 novembre 2021; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive, la legislazione penale*, 20 gennaio 2022, pp. 1-18; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive*, cit., p. 7 ss.

<sup>112</sup> D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive*, cit., p. 7.

Le cronache giornalistiche riferiscono le questioni legate a questa dimensione, descrivendo gli istituti di pena, sostanzialmente, come luoghi “che contengono corpi”, *rectius* persone; in realtà, però, sarebbe opportuno tenere sempre presente che le strutture carcerarie sono, in primo luogo, macchine amministrative e, pertanto, devono attenersi alle regole ed ai principi che governano la pubblica amministrazione.

Ciò posto, quando si parla di carcere e di sovraffollamento non si fa riferimento solo ad un problema di “spazi”, ma anche (o soprattutto) di garanzie e di diritti, basti pensare al diritto alla salute o a quello all'istruzione: tutti inevitabilmente compressi in conseguenza della limitazione della libertà personale, ma che, per contro, proprio in questa dimensione, dovrebbero essere pienamente riconosciuti e rispettati<sup>113</sup>, sul presupposto che le persone private della libertà personale devono essere *accolte* in un programma di trattamento che ne metta al centro, in primo luogo, la *cura*.

Nella collettività, invece, sembra prevalere l'idea del carcere come luogo di sofferenza e afflizione<sup>114</sup>, dimenticando che «si va in carcere perché si è puniti e non per essere puniti<sup>115</sup>»; l'esercizio di giustizia non può prescindere dall'offrire a ogni autore di reato una prospettiva di speranza verso cui orientare il proprio sguardo<sup>116</sup>.

Allora, si potrebbe provare a “rovesciare la prospettiva tradizionale” e considerare che, nella dimensione della restrizione della libertà personale, si acquistano dei diritti che da persona “libera” non si possiedono: si pensi, ad esempio, al c.d. diritto al “trattamento”, che trova riconoscimento, innanzitutto, nell'art. 27, comma 3, Cost.

In altre parole, da un lato, permane (e non può non registrarsi) un problema di emergenza, ma dall'altro, non si può negare un vizio di fondo nell'approccio alla materia *de qua*, poiché continua a sfuggire una visione in grado di mettere a tema “il prima” e “il dopo” l'esperienza della pena, che, invece, sono due elementi strettamente collegati tra loro ed al

<sup>113</sup> Corte cost., sent. n. 261/1999, consultabile sul sito telematico *giurcost.it*.

<sup>114</sup> «Il fatto è che dietro il carcere e il suo ruolo nei sistemi di giustizia penale vi è una specie di *irrazionalità assiologica*, che ne legittima una convinzione sociale quasi di inevitabilità»: F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 525. Nello stesso senso, S. MOCCIA, *Per una riforma del sistema sanzionatorio. Qualche considerazione*, in *Studi in onore di M. Ronco*, a cura di E. M. AMBROSETTI, Torino, 2017, p. 416.

<sup>115</sup> Garante nazionale dei detenuti, Mario Palma, citato da *Il Dubbio*, 27 giugno 2020: *ildubbio.news*. Su questa linea, sembrano molto pertinenti le affermazioni di D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Sist. pen.*, 3, 2019, p. 250, secondo cui «l'irriducibile discutibilità dei modelli punitivi dovrebbe essere tematizzata dalle teorie sulla pena, come premessa uno stile di riflessione e discussione che tenga conto delle differenze fra le concezioni di giustizia penale presenti nella società, e della differenza concettuale (e del possibile scarto concreto) fra diritto e giustizia».

<sup>116</sup> Su questo tema, si veda, in particolare, A. PUGIOTTO – F. FIORENTIN – E. DOLCINI, *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; questo testo, attraverso i diversi contributi che lo compongono, è innanzitutto *livre de chevet* sul senso costituzionale delle pene, anche come antidoto a vecchie tentazioni carcerocentriche e al sempre nuovo populismo penale, incapace di leggere nell'individualizzazione del trattamento e nella discrezionalità rimessa alla magistratura di sorveglianza la formula in grado di invertire l'art. 27 della Costituzione e di garantire perciò anche la sicurezza della collettività. Sul valore della speranza nell'economia dell'esperienza della pena, preziose sono anche le parole di Marta Cartabia, la quale spesso ha ribadito che «chi sbaglia può sempre correggersi; sicché, come esigono i principi costituzionali, la pena deve sempre guardare al futuro»: M. CARTABIA – A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Firenze-Milano, 2020, p. 55. È significativo che anche Papa Francesco abbia ritenuto di affermare che c'è un futuro di speranza, sempre, ed è compito di tutti tenere accesa questa fiammella: «sta ad ogni società alimentarla, fare in modo che la pena non comprometta il diritto alla speranza, che siano garantite prospettive di riconciliazione e di reinserimento. Mentre si rimedia agli sbagli del passato, non si può cancellare la speranza nel futuro» (Papa Francesco, Incontro con una rappresentanza dei cappellani delle carceri italiane e delle associazioni di volontariato, assieme a polizia e personale dell'amministrazione penitenziaria, tenuto a Città Nuova, il 18 settembre 2019, consultabile sul sito telematico *ristretti.org*).

fenomeno punitivo complessivamente considerato. Difetta il necessario collegamento tra il carcere e la dimensione sociale di riferimento: non si può (e non si deve) negare la forte caratterizzazione sociale della composizione dei nostri istituti di pena, che in un ideale rapporto di causa-effetto chiederebbe all'amministrazione pubblica un intervento innanzitutto nella fase che precede la restrizione della libertà, vale a dire un'azione sul fronte delle misure di sostegno alla c.d. *marginalità sociale*, che presti attenzione privilegiata a coloro che si trovano in una prospettiva di maggiore "continuità" con situazioni maggiormente suscettibili di sfociare in fattispecie criminose (si pensi, ad esempio, all'ampio tema delle dipendenze e/o delle devianze).

E, ancora, in una dimensione che tenga insieme, come in un ipotetico filo rosso, anche la fase posteriore alla pena, non si può evitare di chiedersi se sia davvero possibile affrontare la questione del sovraffollamento senza considerare adeguatamente il fenomeno delle c.d. *porte girevoli*, cioè dell'elevato tasso di recidiva che si connette alla non sempre efficace capacità dell'amministrazione pubblica di rispondere a cosa succede dopo la detenzione intramuraria. Emerge un estremo bisogno di "misure di accompagnamento", di sostegno al lavoro, di attenzione all'esigenza abitativa di chi esce dal carcere, poiché si tratta di soggetti *fragili*, la cui condizione non di rado è complicata dall'assenza di una rete familiare o sociale sul territorio: tutte circostanze che possono indurre la persona a fare nuovamente ingresso negli istituti.

Il punto allora è quello di fornire una critica al meccanismo carcerario per renderlo meno marginale rispetto al resto della società<sup>117</sup>. Esistono prigioni migliori di quelle a cui siamo abituati: il Justice Center Leoben, in Austria, è stato progettato dall'architetto e designer Joseph Hohensinn – che ha voluto apporre due iscrizioni all'ingresso, ognuna delle quali afferma il diritto dei detenuti alla dignità e all'umanità – è ritenuta una delle carceri migliori del mondo. Il centro di detenzione giovanile di Overloon, nei Paesi Bassi, ha un intero piano di laboratori di progettazione e del legno per mantenere i detenuti impegnati in vista del reinserimento nel mondo esterno.

Pur consapevoli che le dimensioni dei Paesi citati non consentono confronti paritetici con il nostro, riteniamo che esperienze del tipo indicato consentano di coltivare la speranza di un autentico cambiamento (almeno) sul piano del modello di riferimento.

Il tema del sovraffollamento troppo spesso è osservato solo come una questione di cm e mq, oltre che di numeri e di risorse: certamente si tratta di aspetti con cui le strutture penitenziarie devono fare i conti quotidianamente, ma che non esauriscono i termini del problema.

In questo senso, bisogna ammettere che la giurisprudenza di merito e di legittimità, oltre che la Corte costituzionale, nel nostro Paese, sono state artefici di una vera e propria opera di supplenza del legislatore<sup>118</sup>. Questo probabilmente si deve alla difficoltà di

<sup>117</sup> Vale la pena di ricordare che già Michel Foucault si chiedeva da dove derivasse la singolare pretesa di rinchiudere per correggere. Attraverso questa domanda si è articolato lo studio di Foucault sulle società disciplinari che raccolgono le persone, le smistano e ovviamente le controllano, pretendendo di restituirle come individui depurati, nuovi, "normali". In realtà i dati presentati nel saggio mostrano come il fallimento sia stato immediato: fin dal 1820 si consta che la prigione, nata per trasformare gli individui criminali, non serve che a fabbricarne di nuovi o a farli sprofondare ancora di più nella criminalità, e che la funzione di "reinserimento" è venuta meno ancora prima di essere effettivamente messa in atto: M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. di A. Tachetti, Torino, 2014.

<sup>118</sup> È significativa l'immagine di un Parlamento in "arresto cardiaco", descritta da offerta da A. PUGIOTTO, *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in Aa. Vv., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del seminario Ferrara, 26 novembre 2021, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, fasc. n. 1/2022, p. 179.

raggiungere un consenso autentico su temi ancora oggi sentiti come “divisivi”, nonostante, in realtà, riguardino lo statuto costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali della persona<sup>119</sup>. Da qui, tutti i problemi che concernono l’attuazione della tensione rieducativa della pena e quello che oggi viene definito il suo carattere *polifunzionale*<sup>120</sup>.

In conclusione, sarebbe opportuno che la pena fosse finalmente intesa come uno spazio di *cura*: uno luogo in cui la persona è privata della libertà personale per una finalità che non è strettamente punitiva e che ricomprende tutto l’assetto delle garanzie, dei diritti e delle libertà fondamentali che nel tema della detenzione sono chiamate in causa<sup>121</sup>.

Infine, una riflessione sui possibili strumenti per affrontare e risolvere il problema del sovraffollamento: si pensi, ad esempio, all’opportunità di incrementare l’edilizia carceraria, salutata da molti come l’unica soluzione possibile per contenere questo fenomeno.

---

<sup>119</sup> La Corte costituzionale, negli ultimi anni, è stata chiamata a comporre questioni di particolare complessità, ad esempio, nei giudizi di legittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 242/2019, quest’ultima successiva, nel medesimo procedimento, alla nota ordinanza n. 207/2018 (si tratta di pronunce relative al c.d. Caso Cappato, entrambe consultabili sul sito telematico *giurcost.it*. Sul tema dell’istigazione o aiuto al suicidio, nella copiosissima letteratura, cfr., per tutti, D. PULITANÒ, *L’aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in Aa.Vv., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, 277). Anche in tema di ergastolo ostativo, si possono compiere riflessioni analoghe con riferimento al ruolo assunto dalla Corte costituzionale: v., per tutti, L. RISICATO, *L’incostituzionalità riluttante dell’ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 653 e ss., e agli Autori *ivi* citati. La Corte, nelle pronunce citate, ha assunto senz’altro un ruolo che va oltre quello di giudice della legittimità costituzionale affidatole dalla Costituzione. Si pone sempre più quale parte attiva del processo legislativo, sollecitando il legislatore ad avviare rapidamente una complessa riforma legislativa (coinvolgente, peraltro, implicazioni etiche non poco rilevanti). Alla luce di tali pronunce e della sua più recente attività, la Corte ha acquisito un ruolo ancor più ampio di quello proprio del Giudice delle leggi, mostrando, da un lato, una certa capacità di adattamento al complessivo scenario politico e, dall’altro, muovendosi con estrema decisione nella sua veste istituzionale, al fine di poter adempiere al suo ruolo costituzionale, consapevole dell’impatto delle sue decisioni sul dibattito sociale e politico e sulla stessa realtà sociale. Nel corpo di una riflessione critica intorno al rapporto tra Corte costituzionale e opinione pubblica, Luigi D’Andrea sottolinea che «è precisamente in ragione dell’esigenza di offrire garanzia ai valori positivizzati nell’atto normativo fondante l’ordinamento repubblicano che la Corte costituzionale non può che autenticamente essere (ed esercitare le sue funzioni come) un giudice; ed è soltanto in forza di una simile connotazione – strutturale e funzionale – che alla Corte è concesso assicurare le prestazioni di garanzia costituzionale senza un’irreparabile compromissione dei delicati equilibri nei quali riposa la fisiologia di un sistema liberal-democratico»: L. D’ANDREA, *Il dialogo tra Corte Costituzionale e opinione pubblica come valore costituzionale: brevi cenni*, in corso di pubblicazione.

<sup>120</sup> La Corte costituzionale giunge all’affermazione della *concezione polifunzionale* della pena, accompagnandola con la massima secondo cui il principio rieducativo si riflette sulle stesse «qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»: Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313: *www.giurcost.org*.

<sup>121</sup> Le scelte in materia sanzionatoria, nel sistema penale, sembrano condizionate, da un lato, dagli “umori politici contingenti”, dall’altro, dalla persistente tentazione di un nuovo diritto penale per tipo d’autore, che incide su scelte normative ed effettività del percorso rieducativo: M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in Aa. Vv., *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, a cura di A. Menghini ed E. Mattevi, Trento, 2022, 29. Pur consapevole che «il riconoscimento dei diritti e il loro rafforzamento è il principale fattore che incide sull’ “umanità” della pena detentiva e dunque sull’eventuale violazione del divieto costituzionale e convenzionale di pene *inumano*», parte della dottrina sottolinea che «una politica sanzionatoria che si attestasse *unicamente* sulla linea dei diritti finirebbe oggi per essere una scelta di retroguardia. Anzi, potrebbe essere addirittura controproducente se considerata nel lungo periodo in quanto destinata a fungere da “alibi” rispetto alla rinuncia al più impegnativo contenuto del programma di ridimensionamento complessivo della pena carceraria»: F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 531.

In realtà, i rilievi che precedono inducono ad invocare una certa cautela su questo tema: sembra, infatti, da preferire un approccio che tenga conto delle reali caratteristiche della popolazione carceraria in una visione quanto più possibile sistemica. L'idea di costruire nuove prigioni deve essere esaminata, in primo luogo, tenendo conto delle località in cui possono essere collocate le nuove strutture<sup>122</sup>; poiché in una logica di bilanciamento tra interessi contrapposti occorre valutare, innanzitutto, l'impatto territoriale di una simile scelta: il detenuto deve poter scontare la pena in luogo quanto più prossimo a quello in cui si trova il suo centro relazionale prevalente, e ciò in linea proprio con la finalità rieducativa della pena. In altre parole, la costruzione di nuove carceri, anche di notevole capienza, certamente consentirebbe una risoluzione del problema del sovraffollamento nel breve periodo, ma non sarebbe comunque in grado di intervenire sugli aspetti sostanziali della questione.

E allora, forse, come accennato pocanzi, gli interrogativi da porsi prioritariamente sono altri: perché accade che chi potrebbe godere della libertà finisce in detenzione e chi, invece, potrebbe godere di misure alternative alla detenzione rimane ristretto pur raggiungendo i requisiti previsti dalla legge? Tecnicamente le ragioni sono molteplici: si pensi, ad esempio, a coloro che non hanno la disponibilità di un alloggio presso il quale eseguire la misura della detenzione domiciliare, oppure a chi non riesca ad avere l'opportunità di un'attività lavorativa da rappresentare all'Autorità per accedere all'annesso beneficio o ancora a chi abbia reciso tutti i collegamenti con il territorio di appartenenza, inclusi quelli con la famiglia.

Da qui il timore che concentrarsi sull'edilizia carceraria come "panacea di tutti mali" del sistema carcerario italiano sia una sorta di "specchietto per le allodole": il sovraffollamento carcerario si rivela, infatti, l'ennesima questione costretta a lasciare il passo a quel margine, non comprimibile, di scelta politica che caratterizza l'amministrazione del Paese<sup>123</sup>; più volte le stesse istituzioni del Consiglio d'Europa hanno esortato gli Stati a non individuare nella costruzione di nuove carceri l'unica soluzione del problema-sovraffollamento, considerandola una strada certamente da valorizzare, ma nell'ottica della manutenzione e del miglioramento complessivo del patrimonio edilizio carcerario.

Anche in Italia, pertanto, si potrebbe valutare una prospettiva tesa a comprendere la reale capacità delle strutture carcerarie, lavorando per migliorare e modernizzare le strutture penitenziarie esistenti, senza, però, trascurare l'importanza delle dimensioni anteriori e successiva all'esperienza della pena per ciascun detenuto.

Infine, la "riconsiderazione" dell'idea del carcere come *extrema ratio*, sostenuta fortemente dalla riforma Cartabia, anche attraverso le modifiche introdotte alla disciplina

<sup>122</sup> Non sono neppure da sottovalutare i tempi lunghi e soprattutto gli ingenti costi. Secondo il *Pre-rapporto Antigone 2020 sulle carceri*, «un detenuto costa in media 150 euro al giorno circa (costi che comprendono la retribuzione dello staff), mentre una persona in misura alternativa dieci volte di meno»: [www.antigone.it/upload2/uploads/docs/PreRapporto2020.pdf](http://www.antigone.it/upload2/uploads/docs/PreRapporto2020.pdf). Tale stima risultava già in una tabella pubblicata dal Ministero della Giustizia in cui si evidenzia il costo medio per detenuto nella serie di anni 2001-2010, con una punta minima di euro 113,04 nel 2010 e una punta massima di euro 198, 44 nel 2007: [www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_14\\_1&contentId=SST171342#](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?previousPage=mg_1_14_1&contentId=SST171342#).

<sup>123</sup> Nelle scelte relative alla pena l'aspetto politico appare dominante «e meno razionalizzabile. Le teorie sulla pena sono state definite un *esempio di dogmatica priva di conseguenze*. Di fatto vengono invocate a fondamento di scelte normative e pratiche punitive le più diverse, tramite il riferimento a diverse concezioni della giustizia, a valutazioni diverse sulla gravità dei reati (...) e a valutazioni diverse sulla congruità delle pene, vuoi quanto a giustizia, vuoi (nell'ottica della prevenzione) quanto a prognosi sugli effetti, per loro natura opinabili e incerte»: D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 247 s. Sul punto, v. anche M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166, il quale sottolinea assai efficacemente che «la spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente».

delle misure alternative alla detenzione ed alla giustizia riparativa, nell'essenza, non può che essere salutata positivamente, dovendo rinviare ad altri tempi (e luoghi) per osservazioni puntuali sulla sua reale efficienza<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Su questa linea, acutamente, F. Basile evidenzia che «costruire – e poi gestire adeguatamente – nuove carceri è operazione complessa, lunga e estremamente costosa: perché allora non puntare sulle misure alternative al carcere che costano meno e che (...), in termini di abbattimento della recidiva 'rendono' di più?»: F. BASILE, *Funzioni e finzioni della pena carceraria*, cit., p. 292.