

Teoria e realtà delle misure cautelari personali: il carcere è realmente una *extrema ratio*?

1. Perché un magistrato di sorveglianza. Nel ringraziare gli organizzatori per avermi chiesto di intervenire in apertura di questo corso, che costituisce un momento di riflessione annualmente pensato dalla SSM per fare il punto sui tanti profili di novità e di possibile criticità della materia, non posso negare di essermi posto la domanda circa il tipo di contributo che un magistrato di sorveglianza, come me, da sedici anni impegnato in quel particolare settore della giurisdizione, avrebbe potuto fornire ad una platea di colleghi assai più esperti di me, sia in generale, sia in particolare su una materia che è per loro pane quotidiano.

Di qui anche qualche perplessità sul titolo dato a questo mio intervento, che sembra evocare soprattutto una riflessione sull'art. 275 cod. proc. pen. per come giurisprudenza e dottrina la indagano, vorrei dire tradizionalmente. Un tema che, in questi termini, certamente rientrerà nei vostri ragionamenti dei prossimi giorni e che, tuttavia, non giustificerebbe la mia presenza tra voi.

Ciò che posso provare ad offrirvi è piuttosto **una fotografia di ciò che il carcere appare oggi**, con lo sguardo di chi, per dovere professionale ed in attuazione, tra gli altri, degli art. 35 ord. penit. e 5 e 75 reg. es. ord. penit., lo frequenta non solamente nelle aule per le convalide o per le udienze, apprestate dentro gli istituti penitenziari, doppiate in taluni casi, in tempo di Covid19, dalle postazioni da remoto, e neppure lo conosce attraverso i pur informali, e densissimi a volte, colloqui con le persone detenute, ma che è chiamato a visitarne con frequenza tutti gli spazi, finendo spesso per **ficcarsi proprio lì dove meno, forse, lo si vorrebbe**. Nei reparti di isolamento, nei locali adibiti a cucina, o a infermeria, nei rettangoli di cemento con il buco in alto da cui si affaccia un po' di cielo, che chiamano passeggi, nelle sale per i colloqui con i familiari, dalle quali con gli anni si erano fatti scomparire i muretti, i banconi e i vetri divisorii, per consentire almeno un abbraccio, una carezza, la stretta delle mani e che oggi si son dovuti ripristinare a causa del Covid19, senza sapere quando potremo tornare a farne a meno.

Ecco, in questo contesto forse una parola sul carcere come *extrema ratio* può essere effettivamente spesa dal magistrato di sorveglianza. Vorrei dire in **una duplice accezione**: sia quella di una **riflessione sulla scelta e sulla persistenza nel tempo di quella misura**, sia su **quel che concretamente comporti**. Ed è particolarmente interessante che ciò possa avvenire superando quegli steccati per i quali i PM e i giudici che si occupano della materia cautelare ed i magistrati di sorveglianza approfondiscono le proprie tematiche con una qualche autoreferenzialità, in separate sedi che impediscono di cogliere, invece, i tanti profili in cui, pur a fronte di differenze fondamentali in tema di finalità delle misure e delle pene, i loro saperi si approssimano e possono fecondarsi vicendevolmente.

E' per altro piuttosto evidente come questi due settori, che procedono, per come si diceva, con bussole normative diverse, ma non prive di parallelismi, ed entrambi saldamente ancorati alla Costituzione, abbiano in comune innanzitutto la **materialità dei luoghi di detenzione: le carceri**, per come sono, a prescindere dalle ragioni per le quali la massima restrizione della libertà sia irrogata. E poi **lo sguardo**, attento e occhiuto, vigile ma speso disinteressato ad approfondire la complessità dei temi, **dell'opinione pubblica** che tende a porre sullo stesso piano scarcerazioni per fine pena o per concessione di misura alternativa o ancora per decorrenza termini di custodia cautelare o per concessione di arresti domiciliari a fronte di una attenuazione delle esigenze cautelari. Una confusione di prospettive che qualche volta influenza anche gli interventi normativi, imponendo un'urgenza di risposte da fornire all'opinione pubblica, che si traduce in soluzioni che di fatto frustrano le peculiarità delle diverse fasi del processo su cui si interviene. E' il grande tema delle presunzioni assolute e delle preclusioni, ma penso anche alle recenti risposte emergenziali come il d.l. 29/2020, poi convertito, previa abrogazione e riscrittura nel testo del d.l. 28/2020, in legge 70/2020 (i c.d. decreti antiboss e antiscarcerazioni).

Il magistrato di sorveglianza non è d'altra parte una figura cui sia estranea la concreta realtà detentiva di chi si trovi in stato di custodia cautelare tra le mura del carcere. Già "storicamente", visto che l'art. 69 comma 2 ord. penit. prevede da sempre che lo stesso eserciti "la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti", con una lettura che in dottrina è pacificamente estesa al soggetto sottoposto ad indagini preliminari. A maggior ragione oggi, dopo l'introduzione, a seguito della nota condanna CEDU nel caso Torreggiani c. Italia (8.01.2013), che tante modifiche ha innescato nella nostra normativa, anche in materia cautelare, del rimedio giurisdizionale di tipo inibitorio di cui agli art. 35 *bis* e 69 co. 6 lett. b) ord. penit. e di quello riparativo (indennitario, secondo la ricostruzione offerta dalle SU Tuttolomondo) di cui all'art. 35 *ter* ord. penit., che attribuiscono la competenza a decidere dei reclami in materia di tutela dei diritti provenienti da qualsiasi detenuto al magistrato di sorveglianza, offrendogli, a fronte di una amministrazione eventualmente renitente ad eseguire, lo strumento, inedito in ambito penale, del giudizio di ottemperanza, corredato dalla possibilità di nominare persino un commissario *ad acta*.

Si tratta di importanti momenti di conoscenza del concreto agire dell'amministrazione anche nei confronti delle persone in custodia cautelare e possono condurre a significativi interventi della magistratura di sorveglianza in un campo nel quale, d'altra parte, il pubblico ministero ed il giudice della cautela correrebbero il rischio di trovarsi in comprensibili difficoltà operative, non coincidendo, spesso, il luogo della detenzione con quello presso il quale il processo è incardinato. Penso ai detenuti nei circuiti AS, che per la tipologia di reati di criminalità organizzata vengono collocati in luoghi detentivi lontani da quelli in cui operano le organizzazioni che si ritengono di riferimento, ma anche agli stranieri che, a fronte di una continua necessità di tener conto dei tassi di sovraffollamento, finiscono per subire frequenti trasferimenti, attingendosi ove necessario spesso proprio dal bacino di chi abbia un meno solido radicamento con il territorio nazionale.

2. Sovraffollamento e mancata differenziazione. Dall'angolo visuale del magistrato di sorveglianza emergono **significative criticità** che il sovraffollamento prima e l'emergenza pandemica poi, hanno da tempo posto in primo piano. L'insegnamento del Giudice delle leggi e le conseguenti modifiche normative, sulla scorta dei principi rinvenibili negli art. 13 co. 1 e 2 e 27 co. 2 e 3 Cost., hanno condotto ad un **sistema che sul cardine della presunzione di innocenza disegna una cautela che sacrifica al minimo la libertà personale in funzione delle concrete esigenze del caso, e che guarda dunque al carcere come una *extrema ratio***, con presunzioni assolute ridotte al minimo (ma non anche quelle relative). Tuttavia sia consentito un brevissimo riepilogo dei numeri. Dalla statistiche fornite dal Ministero della Giustizia al 31.05.2021, sono complessivamente 53.660 i detenuti nei nostri istituti penitenziari (la soglia regolamentare, che per altro non tiene conto del fatto che alcuni reparti sono in ristrutturazione, e quindi non disponibili, si attesta intorno a teorici 50.000), dunque permane una condizione di significativo sovraffollamento delle strutture. E' di questi giorni la pubblicazione della **relazione finale della Commissione Lattanzi**, che in un quadro di interventi complesso e meritevole di speciale approfondimento, propone importanti correttivi in tema di "rivitalizzazione" della pena pecuniaria, sanzioni sostitutive e giustizia riparativa, profili che, ove i suggerimenti fossero seguiti, potrebbero contribuire ad una riduzione, occorrerà vedere quanto consistente, di questi elevati tassi.

Dei citati 53.660, sono **in custodia cautelare 16.362 detenuti** (di cui circa 7000 appellanti o ricorrenti). La percentuale si attesta a circa il 30,5 %, un tasso ancora molto alto, anche se inferiore a quello che si riscontrava ad esempio intorno all'anno 2010, quando si parlava di circa il 43% (cfr. G. Illuminati, *Carcere e custodia cautelare*, in Cass. Pen. n. 7/2012).

L'art. 1 ord. penit., nel riprendere principi costituzionali fondamentali, impone al suo ultimo comma che il trattamento penitenziario degli imputati sia "rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva". E ciò trova un immediato fondamentale corollario **nell'art. 14 co. 4**, che prevede che sia assicurata la separazione degli imputati dai condannati. Come noto, si tratta di una delle disposizioni meno in concreto rispettate dell'ordinamento penitenziario, per la difficoltà pratica di realizzare questa separazione logistica e per gli alti numeri sopra riportati. Eppure si tratta di un elemento in grado di incidere in modo assai significativo sulla concreta quotidianità penitenziaria. L'intero apparato penitenziario corre il rischio di perdere di vista il significato della restrizione cautelare in carcere, che non è e non può diventare anticipazione della pena.

Si tratta, per altro, di una condizione che si fa più evidente rispetto a particolari detenuti. Penso ai **recidivi**, che abbiano già sperimentato il carcere, e che il carcere stesso considera inquilini abituali a prescindere dalle ragioni della loro attuale collocazione, oppure quelli che **da lungo tempo vi si trovino in esecuzione di misure cautelari**, i quali spesso, per altro, cominciano ad un certo punto ad attendere con impazienza che il loro titolo diventi definitivo e, persino nonostante espresse rinunce ai termini per l'impugnazione in cassazione, non vedono invece sopraggiungere quella attestazione grazie alla quale possono ottenere almeno il beneficio della liberazione anticipata ex art. 54 ord. penit., qualche volta così copiosa da fargli raggiungere il traguardo del fine pena, e comunque possono accedere ad opportunità di trattamento rieducativo che, altrimenti, sono ovviamente precluse dalla pur sacrosanta presunzione di innocenza.

Ecco, si tratta di meri esempi che però mostrano come **la custodia cautelare in carcere, ove a lungo protratta, finisca inevitabilmente per tradursi in una pena, che non può contare sui contenuti rieducativi della stessa e deve accontentarsi al massimo di qualche briciola di trattamento**. Penso all'art. 15 co. 3 dell'ord. penit. che descrive gli elementi che sostanziano il trattamento rieducativo, fondandolo tra l'altro sull'accesso al lavoro, alla formazione professionale, alle attività culturali (...) e poi aggiunge che gli imputati, a loro richiesta, possono partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa o di formazione professionale, "possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica". Si tratta di una formula che opportunamente consente di riempire di minimi contenuti giornate altrimenti destinate ad una stasi particolarmente nociva, specialmente in una fase della propria vita, indubbiamente drammatica, come comunque è quella del processo penale in corso. E tuttavia, con la residualità che le è propria, inevitabilmente confinata ad eccezioni, in un mondo penitenziario che è già così carente di simili opportunità per i condannati.

Una lunga permanenza in misura cautelare, poi, finisce inevitabilmente per **frustrare i profili rieducativi della stessa pena**, soprattutto quando la prima fase perduri ben più a lungo di quanto non resterà per l'esecuzione penale.

3. Il ponte tra misura cautelare e pena. Viene sotto questo profilo in rilievo, in termini di limite posto a questa tendenza, la disposizione **dell'art. 275 co. 2 bis cod. proc. pen.**, che esclude l'applicazione della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che all'esito del giudizio la pena irrogata non sarà superiore a tre anni, di fatto una concretizzazione del principio di proporzionalità delle misure cautelari alle pene irrogabili all'esito del giudizio, già indicato nell'art. 275 al co. 2. E' noto come il meccanismo sia stato introdotto con finalità di decongestionamento degli istituti penitenziari, ma interessa in questo contesto anche per questa proiezione sulla fase di esecuzione della pena, in cui quanto comincia con la misura disposta in sede cautelare è richiesto che si armonizzi con ciò che accadrà dopo la definitività della condanna.

Segnalo qui soltanto, rimettendolo ad ulteriori approfondimenti che certamente toccheranno il tema nei prossimi giorni, il significativo **contrasto giurisprudenziale** insorto in cassazione circa il momento in cui debba essere svolto il giudizio prognostico e cioè se soltanto in sede di iniziale irrogazione oppure anche all'esito di una condanna, non definitiva evidentemente, a pena in effetti poi inferiore ai tre anni (per quest'ultima opzione vd. cass. 26542/2020 e 4948/2021). Il secondo indirizzo valorizza la necessità di vagliare che sempre permanga la minor compressione possibile della libertà personale, in adesione ai principi di proporzionalità ed adeguatezza, e quindi impone una costante verifica. Un profilo che, come è stato già notato (cfr. L. Fidelio, *Custodia in carcere e prognosi sanzionatoria: la proporzionalità delle misure tra predizione e realtà*, QG 10.05.2021), è in linea di coerenza con la giurisprudenza formatasi in ordine alla disposizione dell'art. 275 co. 4 circa il detenuto ultrasettantenne, in cui il dato dell'età deve essere preso in considerazione non appena lo stesso sopravenga. Si tratta comunque di operare scelte che poggino su un apprezzamento in concreto delle esigenze cautelari, senza prescindere quindi dall'insegnamento delle SU Khalil 2011.

La disposizione ha avuto ed ha una portata significativa eppure, con il suo riferimento al limite della pena da irrogarsi non superiore ai tre anni, di nuovo (fu modificata con l'obiettivo di rendere le due norme coerenti) la stessa **non è allineata con l'art. 656 co. 5 cod. proc. pen.** poiché, come noto, a seguito della **sent. 41/2018**, quella norma è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui prevede che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, soltanto se la pena non è superiore a tre anni, anziché a quattro anni (cfr. **sent. cass. 9438/2019**, che ha però dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità in relazione alla sopravvenuta mancanza di corrispondenza del limite di pena previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva con il limite di pena previsto per l'applicazione della custodia cautelare in carcere, da considerarsi "al più l'effetto di un mero difetto di coordinamento, cui il legislatore non ha inteso porre rimedio, ma non anche lesivo dell'art. 3 Cost." non sussistendo irragionevolezza di sorta, trattandosi di norme che hanno finalità diverse, l'una legata alla risocializzazione, l'altra le garanzie apprestate a tutela della libertà personale dell'imputato, che vanno temperate con le opposte esigenze di cautela proprie delle misure cautelari).

Si apprezzano inoltre **numerosi eccezioni**, in analogia sotto questo profilo ancora una volta con i contenuti dell'art. 656 cod. proc. pen., e dunque in effetti spesso oggi l'effetto di durata soverchiante della misura cautelare rispetto all'esecuzione penale si verifica per chi è sotto processo per fatti di reato compresi negli ipertrofici elenchi di cui all'art. 4 bis ord. penit.

Ed è un fenomeno che si replica ancora, ad esempio, anche quando manchi uno dei luoghi in cui potrebbe eseguirsi una misura di arresti domiciliari, se ritenute inadeguate diverse misure, e ciò frequentemente accade per particolari categorie di persone caratterizzate da uno o più profili di **marginalità sociale**: gli stranieri, prima di tutto, le persone senza fissa dimora, le persone con problematiche psichiatriche. Si tratta di categorie che affollano le sezioni comuni dei nostri istituti penitenziari e che, specialmente nella fase cautelare, dal carcere non ottengono altro che una branda e un vitto, ma con estrema difficoltà un supporto psicologico e una prospettiva di superamento delle proprie fragilità. Il trattamento penitenziario per queste categorie di persone finisce spesso per limitarsi al **regime di sanzioni disciplinari** che inevitabilmente si accompagna alla loro possibile incapacità di adattarsi alle regole penitenziarie. Regole che sono costruite intorno a un detenuto modello, che non esiste nella realtà: maschio, per lo più giovane, sano fisicamente e psichicamente, eterosessuale, italiano. Una congerie di elementi che non di frequente si ritrovano tutti insieme nella stessa persona.

4. La quotidianità penitenziaria della persona in misura cautelare. Cos'è dunque in concreto vivere il carcere dalla custodia cautelare? Non è solo il tema della necessità di contenere all'indispensabile il ricorso a questa

misura, ma quello del trattamento penitenziario. L'esperienza concreta mi suggerisce che la condizione del non definitivo in carcere sia per molti profili peggiore rispetto a quella del condannato. Alcuni elementi sono quelli cui ho già fatto cenno, riferiti all'assenza di un trattamento. La quotidianità penitenziaria è però fatta di molto altro e nei passaggi nodali, specialmente dopo la riforma intervenuta in materia di ordinamento penitenziario con il **d.lgs. 123/2018**, la **competenza a prendere le decisioni essenziali è ripartita tra il magistrato di sorveglianza per chi rivesta la posizione giuridica di condannato o internato, e l'autorità giudiziaria procedente, per tutti gli altri. Ciò comporta rilevanti ricadute pratiche.**

L'ordinamento prevede riferimenti espressi a questa ripartizione di competenza per una pluralità di importanti elementi del trattamento penitenziario: nell'art. 11 (per quanto concerne l'autorizzazione a svolgere cure o accertamenti sanitari in luogo esterno, con la correlativa decisione circa l'eventuale necessità di piantonamento), nell'art. 15 (per l'eventuale accesso ad attività culturali o formative), nell'art. 18 (per i permessi di colloquio, le autorizzazioni alla corrispondenza telefonica e agli altri tipi di comunicazione, in relazione ai soli imputati in attesa di primo giudizio, poiché dopo la sentenza di primo grado provvede il direttore), nell'art. 18 ter (per le limitazioni e controlli sulla corrispondenza o la stampa, con facoltà di delegare la censura al direttore), nell'art. 21 (per il lavoro all'esterno), nell'art. 30 (per i permessi per gravi motivi: imminente pericolo di vita di un familiare o evento familiare di particolare gravità).

Il legislatore ha invece previsto che sia **il giudice di prossimità**, il magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo in cui la persona è detenuta, lo abbiamo già accennato, ad occuparsi dei **reclami giurisdizionali** in cui l'interessato si lamenta dell'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario o dal regolamento di esecuzione, dalle quali derivi al detenuto o all'internato un attuale grave pregiudizio all'esercizio dei diritti. Si tratta di un vastissimo arcipelago che è continuamente alimentato dalle doglianze che il magistrato di sorveglianza riceve dall'interessato o dalla sua difesa, ma che anche raccoglie direttamente a colloquio, compiendo un'opera non sempre scontata di sussunzione delle problematiche quotidiane che gli vengono rappresentate in allegazioni di violazione di diritti fondamentali che la detenzione non può compromettere.

Questa competenza è armonica con le autorizzazioni che sopra ho richiamato, quando riguarda i condannati e gli internati. Si spezza, evidentemente, per le competenze diversamente ripartite rispetto ai detenuti ristretti in carcere in custodia cautelare. Si tratta, d'altra parte, di una scelta legislativa corretta dal punto di vista sistematico, perché soltanto il giudice che procede è in grado di apprezzare in concreto la sussistenza di ragioni di pericolo che militino per un eventuale rigetto della richiesta di colloquio o di accesso ad un luogo esterno, o anche soltanto per modalità concessive più controllate. E' però inevitabile che **la maggiore distanza e la pluralità delle autorità giurisdizionali chiamate ad interloquire con l'ufficio matricola** di ogni istituto penitenziario moltiplichino le possibili incognite al buon esito di ogni istanza, che incontra ritardi, possibili incomprensioni, prassi difformi, linguaggi da rodare ogni volta. Immagino che si tratti di un problema che, tra le molte complesse incombenze che gravano i giudici di cognizione, li affanna particolarmente, perché si tratta sempre di interlocuzioni complesse, in cui per altro il fattore tempo riveste una importanza cruciale.

Ho dovuto riscontrare più volte come, purtroppo, siano rimasti **vanificati appuntamenti che una Asl aveva preso da molto tempo in ragione del mancato arrivo dell'autorizzazione** ad effettuare la visita in luogo esterno di cura. Una ragione che non giustifica, ahimé, alcun canale privilegiato rispetto alle lunghe liste di attesa della sanità pubblica, e che può perciò tradursi in uno slittamento di molti mesi ad esempio di un esame specialistico da cui dipendono le successive cure della persona.

Il **rapporto con le Asl**, sia detto qui soltanto per inciso, non essendovi maggior tempo per una più ampia trattazione di questo tema così fondamentale, per come per altro tutti abbiamo imparato nel tempo dell'emergenza pandemica, è infatti uno dei profili più critici della realtà penitenziaria, sui quali la magistratura di sorveglianza tenta periodici tavoli di confronto e protocolli a livello locale ed anche in sede di Conferenza Stato – Regioni. Ai giudici delle misure cautelari queste criticità non sfuggono di certo, poiché l'art. 275 impone anche a loro la verifica circa la compatibilità delle condizioni di salute del detenuto con la restrizione in carcere.

Particolarmente sensibile, ad esempio, è anche la materia delle **autorizzazioni ai colloqui**. La riforma intervenuta mediante d.lgs. 123/2018 ha definitivamente chiarito che non vi è bisogno di alcuna autorizzazione da parte del giudice competente in merito ai colloqui del detenuto **con i propri difensori**. Dice la disposizione contenuta nel co. 2 che: i detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall'articolo 104 del codice di procedura penale (e dunque in quegli strettissimi limiti, anche temporali), sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena. Si tratta del precipitato normativo di un insegnamento risalente della Corte Cost. (sent. 212/1997 e 143/2013). Eppure **ancora accade che taluni istituti penitenziari limitino in vario modo il numero di colloqui visivi e telefonici con il difensore**, particolarmente, occorre dirlo, quando gli stessi rivestano ormai una posizione di definitivo. E' però evidente come il diritto a non vedersi limitati questi fondamentali momenti di contatto con la difesa sia specialmente importante durante il processo di cognizione. In tal senso le **richieste di autorizzare il colloquio con il difensore, spesso per altro reiterate per ogni singola telefonata o colloquio visivo, non possono condurre a provvedimenti autorizzativi, ma più correttamente a ribadire che quei colloqui sono un diritto** e che non possono essere limitati né per durata né per numero, salvo appunto per quanto espressamente indicato nell'art. 104 cod. proc. pen.

Ulteriormente complessa, per questi profili, si rivela poi la situazione di quei detenuti che abbiano una **posizione giuridica mista**, espressione penitenziaria che riguarda chi sia per un titolo condannato e per l'altro in custodia cautelare. Viene qui in rilievo **la necessità di un maggior dialogo**, proprio come oggi si tenta, tra giudici della cognizione e magistratura di sorveglianza, al fine di costruire una giurisprudenza comune almeno sugli aspetti che incidano più direttamente sui diritti fondamentali (salute, rapporti con i familiari nei casi di cui all'art. 30 ord. penit.). In taluni casi, poi, un ristretto può trovarsi di fatto a **dipendere anche da tre o quattro autorità giudiziarie diverse**, con conseguente esponenziale difficoltà di ottenere in tempo tutte le autorizzazioni che sono necessarie rispetto anche ad una singola istanza concernente un fatto così fondamentale, ma in fondo così semplice, come l'effettuazione di una ecografia addominale presso il vicino presidio ospedaliero.

5. L'isolamento per ragioni di cautela processuale. Un tema, cui pure non può che accennarsi in questa sede, concerne l'isolamento continuo, ammesso dall'art. 33 ord. penit., per quanto concerne il limitato spazio di questo intervento, per ragioni di cautela processuale per gli indagati e gli imputati, nei termini seguenti: "il provvedimento dell'autorità giudiziaria competente indica la durata e le ragioni dell'isolamento. Il regolamento specifica le modalità di esecuzione dell'isolamento. Durante la sottoposizione all'isolamento non sono ammesse limitazioni alle normali condizioni di vita, ad eccezione di quelle funzionali alle ragioni che lo hanno determinato.". Si tratta di espressioni perspicue, che sono state introdotte ancora una volta con la novella del 2018. Vi si legge un riferimento espresso ai **limiti di durata** e lo si fa superando la precedente dicitura per la quale lo stesso poteva durare "fino a quando ciò sia ritenuto necessario dall'autorità giudiziaria", che la dottrina considerava come una pesante spada di Damocle sulla libertà di autodeterminazione del detenuto indagato. La Commissione di riforma aveva proposto che se ne limitasse il ricorso alla sola fase della sottoposizione alle indagini, poiché dopo il rinvio a giudizio pareva che potessero

applicarsi, ed essere sufficienti, i più blandi divieti come quello rispetto a certi tipi di colloquio (limitabili dall'a.g. competente ai sensi dell'art. 18) o il divieto di incontro tra detenuti (art. 96 disp. att. cod. proc. pen.), ma l'opzione legislativa è rimasta più aperta. **Si tratta comunque di strumento che, all'evidenza, il legislatore contiene nel minimo indispensabile a garantire una specifica esigenza cautelare.** E' poi l'art. 73 reg. es. che prevede che sia l'autorità giudiziaria a indicare quali limitazioni debbano essere imposte all'isolato, ma oggi ciò può avvenire soltanto nei limiti indicati dall'art. 33. A prescindere dall'eventuale impugnazione del provvedimento impositivo dell'isolamento, sembra che comunque permanga un diritto dell'interessato ad adire il magistrato di sorveglianza ex art. 35 *bis* ord. penit. rispetto alle modalità attuative con le quali l'amministrazione opera sulla base del provvedimento dell'a.g.

Nella prassi occorre segnalare che, in ottemperanza ad una indicazione contenuta nell'art. 22 reg. es. per la quale: "in caso di mancata indicazione dei predetti elementi la direzione richiede all'autorità giudiziaria competente le integrazioni necessarie", accade che **gli istituti penitenziari trasmettano all'autorità giudiziaria emittente un elenco di restrizioni standard che applicano a tutti coloro che siano sottoposti ad isolamento giudiziario.** In tal caso starà all'a.g. verificare che non vi siano limitazioni non necessarie rispetto agli scopi cautelari perseguiti. D'altra parte, invece, encomiabile è ogni sforzo di attenzione che l'amministrazione penitenziaria riesca a mantenere rispetto ai primi ingressi delle persone in istituto penitenziario, essendo ormai fatto tristemente notorio come si tratti di un momento di passaggio delicato e drammatico, per il quale è lo stesso art. 73 co. 7 reg. es. a prevedere adeguati controlli sanitari e del gruppo di osservazione e attenta vigilanza della polizia penitenziaria. Ancora una volta, purtroppo, occorre constatare come **spesso le camere detentive adibite a queste fasi di primo ingresso, proprio perché pensate per brevi iniziali periodi, si rivelino però le più traumatiche dei penitenziari e quelle in cui le condizioni di mantenimento, proprio per il *turn over* ed anche per le caratteristiche di chi vi accede, sono maggiormente soggette a rapido scadimento.**

6. La salute mentale e i ricoveri in misura provvisoria in REMS. Un tema particolarmente dolente è, infine, quello della salute mentale. Ancora una volta non può in questa cornice che accennarsene brevemente. Lo sguardo del magistrato di sorveglianza non può non evidenziare una condizione di grave difficoltà gestionale, che concerne tutti i detenuti, in ragione delle carenze strutturali degli istituti penitenziari rispetto alla presenza di personale medico psichiatrico. Un quadro aggravato dalla diffusione ormai sempre più ampia di patologie di rilevanza psichiatrica, che le preesistono e si slatentizzano o si aggravano nel corso della detenzione oppure che sopraggiungono, in tutti i casi con una drammatica incidenza negativa che deriva dalle condizioni di sovraffollamento carcerario.

A questo scenario si aggiunge l'ormai annosa stagione di transizione successiva alla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari, un passaggio che ha encomiabilmente posto fine ad un approccio manicomiale-custodiale, non funzionale alla costruzione di percorsi terapeutici individualizzati nei territori di radicamento socio-familiare degli interessati. Ancora oggi occorre confrontarsi con la realtà delle REMS, grandemente limitate nei posti disponibili, ed insieme e forse soprattutto di **territori che non si sono ancora fatti carico dell'accoglienza in strutture terapeutiche dei pazienti che non abbiano bisogno del contenimento nelle residenze per misure di sicurezza.** Il ricovero in queste ultime è davvero ormai *extrema ratio* del sistema, da utilizzarsi soltanto quando sono acquisiti elementi dai quali risulti che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla pericolosità sociale dell'interessato, con accertamento della pericolosità sociale effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tener conto delle condizioni di cui all'articolo 133 secondo comma numero 4 cod. pen. (condizioni di vita individuale, familiare e sociale) e senza che costituisca elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali.

Tale novità normativa d'altra parte raccoglie e porta a più pregnanti conseguenze il principio già pacifico in giurisprudenza secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale.

Particolarmente rilevante, proprio in relazione alla residualità dell'internamento in REMS, è il numero, a quanto parte piuttosto significativo, di **misure di sicurezza di questo tipo disposte in via provvisoria**, e dunque in relazione a procedimenti penali in corso. Qui d'altra parte la vicinanza a fatti che sotto il profilo materiale sono di rilevanza penale sembra imporre una particolare urgenza di intervento custodiale, ma l'offerta di posti disponibili è esigua. Il **GIP Tribunale Tivoli ha sollevato questione di legittimità costituzionale con ord. 11.05.2020** circa gli art. 206 e 222 cod. pen. e art. 3 ter dl 2111/2011, nella parte in cui escludono la competenza del Ministro di Giustizia nell'esecuzione delle misure di sicurezza provvisoria del ricovero in REMS, transitata come noto alla sanità regionale. La vicenda concerne un soggetto che minaccia il sindaco del suo paese, con un cartoccio di vino, che gli scaglia contro, pur senza colpirlo, perché vuole ottenere degli assegni alimentari. Viene descritto come persona con psicosi schizoaffettiva e non in compenso farmacologico. L'assenza di compliance alle cure è ritenuta dal giudice ragione per valutarne una elevata pericolosità sociale e derivarne la necessità di cure in un contesto terapeutico contenitivo. Disposta la Rems provvisoria, la misura non viene eseguita per mancanza di posti liberi. Il giudice ritiene che la gestione sanitaria aumenti i rischi per l'incolumità dei cittadini e degli stessi infermi di mente, poiché in assenza di posti letto in Rems è impossibile applicare misure di sicurezza anche per lunghi periodi di tempo, mentre il DAP, ove competente, di certo ne disporrebbe comunque il ricovero. La Corte Cost. ha trattato il caso all'udienza del 26.05.2021, e si è in attesa del deposito delle motivazioni. E' certo che tale spostamento di competenza potrebbe portare a deroghe rispetto ai **principi di territorialità e numero chiuso, che stanno a fondamento della riforma** e che sono posti a presidio proprio di quella finalità di cura individualizzata di cui le persone con patologie mentali hanno bisogno.

Si tratta comunque di un problema particolarmente spinoso, che **non appare di certo risolvibile mediante la permanenza in attesa di posto letto nelle strutture carcerarie di chi, dovendo subire l'internamento in REMS, ha bisogno di cure appunto, poiché tale permanenza sarebbe illegittima** (nel caso SY c. Italia 2020 e Ciotta c. Italia 2021, la CEDU ha emesso provvedimenti cautelari ex art. 39 Reg., e nel secondo sappiamo che l'intervento era volto a rimuovere immediatamente simili condizioni in cui si trovavano due pazienti psichiatrici detenuti in istituti penitenziari romani). Neppure però può essere una risposta efficace l'accettazione di un sovraffollamento delle Rems che finirebbe per farne tanti miniOpg, ugualmente non funzionali agli scopi. Ancora una volta sembra che l'unica strada, insieme ad un pur necessario incremento delle residenze, in grado però di mantenerne le caratteristiche sanitarie fondamentali, sia quella di una ulteriore condivisa riflessione, già a partire dalla magistratura, ma soprattutto delle strutture sanitarie sui territori, spesso deficitarie rispetto agli interventi che sarebbero necessari, volte a rendere **del tutto residuale il ricorso alla più contenitiva delle misure di sicurezza psichiatriche**.

7. La stagione del COVID19. Su tutte le criticità che ho qui provato a succingere, si è riversata, con il suo portato destabilizzante, la drammatica emergenza pandemica da COVID19. La chiusura del carcere ai contatti con l'esterno, l'interruzione dei percorsi di istruzione per lunghissimi periodi di tempo, l'interruzione di molti percorsi di cura in strutture esterne, anche per patologie gravi, il mancato accesso del volontariato e dei servizi specialistici per le tossicodipendenze, il blocco sostanziale dei trasferimenti non assolutamente necessari dei detenuti. Un quadro che ha aumentato il disagio delle condizioni detentive più degradate ed ha

compromesso alcuni percorsi rieducativi in corso. Da subito ci si è resi conto della necessità di interventi di decongestionamento del mondo penitenziario, per altro domandati dagli organismi sovranazionali (Oms e Comitato di prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa). Il legislatore si è mosso con interventi che si sono contraddistinti per i limitati effetti concreti, mentre la **magistratura ha dato un contributo assai più significativo, soprattutto a tutela della salute dei più fragili e ciò tanto nel momento cautelare quanto a fronte di condanne ormai definitive**. Una campagna stampa che ha confuso molto i piani ed i numeri ha poi condotto a misure, i già citati d.l. antiboss e antiscarcerazioni, che avevano il dichiarato intento di limitare i provvedimenti di concessione di misure domiciliari in favore di imputati o condannati in particolare per gravi reati di mafia, in realtà attinti soltanto in casi numericamente limitati da quei provvedimenti. Il **Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione è intervenuto con un importante documento di indirizzo** dal titolo: "Pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus" del 1.04.2020 che, per quanto concerne il tema cautelare, ha richiesto di tener conto dell'emergenza come causa impeditiva della misura alla stregua di quelle che, per ragioni sanitarie, di età o familiari, impongono di evitarla salvo sussista una motivata eccezionalità nelle esigenze cautelari. Ne derivava la richiesta di privilegiare la misura degli arresti domiciliari, anche con braccialetto elettronico, e di rinnovare con particolare acribia lo scrutinio relativo alla permanenza delle massime esigenze cautelari.

La cassazione da parte sua ha progressivamente iniziato a fornire parametri utili alle valutazioni necessarie (cfr., tra le altre, sent. 35012/2020, secondo cui il pericolo di contrarre il virus può concretizzare una situazione da valutarsi come di incompatibilità con il carcere se l'interessato sia affetto da patologie tali che in caso di contagio sia almeno altamente probabile il rischio di gravi complicanze o morte e sussista un rischio concreto per il detenuto di contrarre il virus in carcere perché vi sono già dei casi dentro oppure il virus è capillarmente diffuso nel relativo territorio, mentre non sia possibile adottare misure precauzionali, che invece potrebbero realizzarsi al domicilio).

Oggi l'emergenza pandemica pare arretrare, mentre le vaccinazioni hanno riguardato una buona parte, ma non certo la totalità, del mondo penitenziario. Occorre però una **progressiva ripresa delle attività degli istituti penitenziari e una necessaria messa a punto delle regole del trattamento penitenziario di fatto pretermesse nel corso di questi quindici mesi di sospensione**. Non a caso il disagio psichico si è acuito, non si sono poste a regime le novità normative derivate dalla riforma del 2018, sono ancora sul campo tutte le problematiche, innanzitutto quelle relative alla tutela della salute delle persone detenute, che da tempo sono sul tappeto. Si tratta della sfida dei prossimi mesi.

8. Con le parole di un detenuto. Sandro Bonvissuto, uno scrittore romano che conosce il carcere, ha scritto in *"Dentro"* (Einaudi, 2012), pagine decisamente evocative sui passaggi, rituali, che il detenuto compie al suo primo ingresso in un istituto penitenziario.

Si tratta di un momento estremamente difficile, come è del tutto intuitivo. Una persona, accusata di un reato, sa se lo ha commesso oppure no, ma è comunque strappata, ed a buona ragione, alla sua vita. Difficilmente ci si interroga su cosa altro stesse facendo, però. Se a casa ci fosse un cane, che non ha nessuno che lo porti a spasso, o un appuntamento con la banca per un mutuo da rinegoziare. Sono cose molto concrete, che qualche volta diventano problemi che lo stesso pubblico ministero e il giudice della cautela saranno in qualche modo chiamati ad affrontare.

Bonvissuto però si concentra su quel che c'è dentro. Arriva nella sua camera di notte, e vede solo che ha due compagni di stanza e si domanda come si faccia a dormire con qualcuno di cui non sai neppure il nome. Non si può, è la risposta e qualche gli accade. Il giorno successivo visita i passeggi, un posto dal quale "avevano tolto tutto e poi ci avevano messo il nulla. Col nulla ci avevano rivestito il pavimento, Ci avevano impastato il

cemento delle mura.” E poi la biblioteca che, però, dispone di un solo libro, il *Don Chisciotte*. Col tempo il suo stupore si riduce. **Sopravviene una specie di assuefazione.** Già, perché il fattore tempo, nelle misure cautelari, come nell’esecuzione penale, è sempre decisivo. Il tempo cambia le persone e per fortuna il trattamento rieducativo offre, al magistrato di sorveglianza, segnali di cambiamento positivo che danno la forza di continuare a fare questo mestiere. Però il tempo può remare anche contro. Bonvissuto dice che **nessun detenuto, all’inizio, somiglia al reato che ha commesso. Questo succede con il tempo.** Ecco, una simile trasformazione, che finisce per far identificare la persona nel suo errore, è proprio quello che l’istituzione carceraria non dovrebbe mai consentire e che, purtroppo, accade. Anche per questo il carcere è bene che resti una *extrema ratio*.

Fabio Gianfilippi