

# L'URLO DI MUNCH DELLA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA

Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario  
(nota a C. cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279)\*

Andrea Pugiotto

## ABSTRACT

Il problema del sovraffollamento carcerario ha natura costituzionale, e impone di introdurre nell'ordinamento un rimedio giurisdizionale di ultima istanza quale il differimento dell'esecuzione della pena se da scontarsi in condizioni contrarie agli standard indicati dalla Corte EDU. E' solo per l'assenza di "rime obbligate" che la Corte costituzionale non opera direttamente la manipolazione richiesta dai Tribunali di Sorveglianza di Venezia e di Milano. Il monito rivolto al legislatore affinché provveda senza indugio, fa della sentenza n. 279/2013 una dichiarazione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

\* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, fasc. 6.

## 1.

Condannando l'Italia per violazione del divieto di tortura (art. 3 CEDU), la Corte di Strasburgo chiama lo Stato – cioè *tutti* i suoi poteri – a risolvere un sovraffollamento carcerario oramai endemico<sup>1</sup>. Davanti alle iniziali e ancora insufficienti risposte del Parlamento<sup>2</sup> – che ad oggi non ha neppure discusso in Aula il relativo messaggio del Quirinale<sup>3</sup> – tocca ai giudici tentare soluzioni inedite.

I primi a farlo sono i tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano, chiamando in causa la Corte costituzionale con due ordinanze siamesi. Nell'essenziale, la loro *quaestio* sollecita un intervento additivo, affinché tra le ipotesi tassative di differimento facoltativo della pena (*ex art. 147 c.p.*) sia incluso il caso di rinvio della sua esecuzione se la detenzione è scontata in condizioni contrarie al principio di umanità. Perché una pena espiata in un carcere sovraffollato oltre l'inverosimile è – costituzionalmente – una «non pena», e dunque andrà postergata, fino a quando non si presentino le condizioni detentive per poterla eseguire legalmente. Come già accade in California, in Germania e nel nord Europa.

I due atti di rinvio s'impegnano in una descrizione delle condizioni detentive dei ristretti ricorrenti, imposta dalla necessità di dimostrare la rilevanza della *quaestio* ma anche espressione evidente di un profondo disagio. Quei giudici si percepiscono come partecipi di un sistema punitivo in cui l'esecuzione della pena è «certamente contraria al senso di umanità e avversa al principio rieducativo della pena ed al rispetto della persona», e dove nelle celle di pernottamento – dalle dimensioni «nettamente al di sotto del limite "vitale" di 3 mq» – «si svolge l'intera vita del detenuto». Non c'è dubbio alcuno che egli «stia subendo ed abbia subito per tutto il periodo della detenzione fino ad oggi un trattamento "disumano e degradante"», e ciò «a causa delle condizioni di intollerabile restrizione alla quale è sottoposto per il sovraffollamento dell'istituto»<sup>4</sup>.

Dal ruolo di spettatori a quello di aguzzini il passo è breve, giacché non impedire un'illegalità così grave equivale a cagionarla. A questo insostenibile stato di cose i giudici *a quibus* si ribellano con le armi del diritto, disegnando un rimedio estremo che rappresenta l'*Urlo* (di Edvard Munch) della magistratura di sorveglianza. La violazione della legalità dietro le sbarre, infatti, non è mai a costo zero. A pagarne i prezzi costituzionalmente fuori mercato – sia pure in quote diseguali – è tutta la comunità carceraria: detenuti, agenti di polizia penitenziaria, operatori carcerari, finanche giudici di sorveglianza.

La sentenza in commento è la risposta a quel grido di orrore e di aiuto. A dispetto del suo dispositivo d'inammissibilità, se letta nella sua totalità, rivela profili di assoluto interesse dal punto di vista della posta in gioco (il sovraffollamento carcerario), del tabellone su cui il gioco si deve svolgere (lo statuto costituzionale della pena), e delle pedine che vi si possono muovere (i rimedi al problema in esame).

## 2.

Importante, in primo luogo, è la messa a punto del disegno costituzionale della pena, per come emerge dalla dialettica tra ordinanze e sentenza sulla corretta interpretazione dell'art. 27, 3° comma, Cost.

L'approccio disincantato dei giudici *a quibus* rispetto al mito della rieducazione<sup>5</sup> si traduce in una lettura del parametro invocato che separa il divieto di pene contrarie al senso di umanità dal vincolo di scopo della risocializzazione del reo, differenziandone la forza cogente: mentre il primo si collocherebbe sul «piano ontico» della sanzione, il secondo opererebbe esclusivamente su quello «deontico». Ne deriverebbe che la pena perde la sua legalità solo quando è inumana, non anche quando sia priva di finalità rieducativa.

È un approdo interpretativo che la sentenza respinge, ponendo in luce «il contesto unitario, non dissociabile» in cui si muovono i due principi delineati dall'art. 27, 3° comma, Cost.,

<sup>1</sup> Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, divenuta definitiva il 28 maggio 2013.

<sup>2</sup> Una rassegna delle misure adottate è in DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2013, 4-9, cui adde il d.l. n. 146 del 2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 10 del 2014.

<sup>3</sup> Il messaggio risale all'8 ottobre 2013 e, peraltro, richiama la *quaestio* ora risolta dalla sentenza in commento, segnalando che il suo accoglimento «avrebbe consistenti effetti sulla esecuzione delle condanne definitive a pene detentive».

<sup>4</sup> Le citazioni sono del tribunale di sorveglianza di Venezia.

<sup>5</sup> Apprezzato da PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadri*, in *www.ristretti.it*, 27 febbraio 2013, perché «inusitato nel tradizionale lessico giurisprudenziale».

«in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro». Sottoscrivo. Da tempo la giurisprudenza costituzionale – con terminologia analoga a quella dei remittenti, ma orientata diversamente – riconosce la finalità rieducativa come connotazione ontologica della pena, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sentenza n. 313/1990). È un approdo ermeneutico messo in sicurezza dalla l. cost. n. 1 del 2007 che, sopprimendo la pena capitale, segna il definitivo ritorno al paradigma della rieducazione<sup>6</sup>. Errato, di conseguenza, è il corollario del ragionamento dei giudici *a quibus*, perché anche una pena che sia esclusivamente retributiva non rientra nell'orizzonte costituzionale, per quanto umane siano le condizioni in cui viene scontata.

Non c'è dubbio che l'approccio disincantato dei giudici *a quibus* abbia una forte carica persuasiva, derivante dalla realtà di un carcere che – tanto più se sovraffollato – è escludente e degradante, mentre si finge risocializzante e mai contrario al senso di umanità. Così, «messa tra parentesi la finalità rieducativa della pena»<sup>7</sup>, finalmente cadrebbe ogni ipocrisia. Inviterei a non cedere alla tentazione. Farlo, ci priverebbe di una delle armi costituzionalmente più affilate che va rivolta contro «quelle preclusioni normative che oggi, sulla base del tipo di autore, non consentono a molti detenuti l'accesso alle misure alternative alla detenzione»<sup>8</sup>, come pure contro quelle pene (l'ergastolo, in tutte le sue varianti ordinamentali) e talune loro modalità esecutive (come il regime del carcere duro, *ex art. 41-bis ord. penit.*), equivalenti a «una saracinesca abbassata sul trattamento rieducativo del condannato»<sup>9</sup>.

C'è dell'altro, ben al di là delle intenzioni dei giudici *a quibus*. Il problema della legalità della pena, se circoscritto al rispetto del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, potrebbe rischiare risposte via via sempre più semplificate. Fino a risolversi nella sola fissazione di uno *standard* minimo, necessario e sufficiente, di spazio vitale calcolato in metri quadri, suscettibile peraltro di progressive erosioni<sup>10</sup>. Ridimensionato così in larga parte l'art. 27, 3° comma, Cost. a formula ottativa, tutto il resto (l'affettività negata, l'istruzione compromessa, la salute minacciata, l'annichilito residuo di libertà personale del detenuto) potrà essere denunciato sul piano politico, auspicandone il superamento, ma senza conseguenze ordinamentali giuridicamente rilevanti.

Bene ha fatto, dunque, la sentenza a confermare il contesto «non dissociabile» di quanto previsto dallo statuto costituzionale della pena, dove «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato» (§ 7).

### 3.

La sentenza ha anche il merito d'inquadrare il sovraffollamento carcerario come problema di legalità costituzionale, in opposizione alle incredibili argomentazioni negazioniste dell'avvocatura dello Stato. In piena sintonia con le valutazioni già espresse dalla Corte di Strasburgo e dal Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale qualifica il fenomeno in esame come un «fatto notorio», una situazione dal carattere «strutturale e sistemico» che «non può protrarsi» ulteriormente (§ 6): sono istantanee eloquenti come le fotografie sulle condizioni di vita nelle carceri californiane allegate alla motivazione della relativa decisione della Corte suprema degli Stati Uniti<sup>11</sup>.

Di più, la sentenza n. 279/2013 riconosce «l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale» (§ 6), «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costret-

<sup>6</sup> Cfr. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2011, 573 ss.

<sup>7</sup> ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2013, 94. L'Autore valorizza la giurisprudenza emergente che impone il rispetto del divieto di trattamenti disumani preteso da tutte le Carte dei diritti, da anteporsi a una finalità rieducativa ormai «derubricata dall'obsolescenza del modello di welfare state novecentesco, di cui era un prodotto tipico».

<sup>8</sup> GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium iuris*, 2013, 1337, che ne fa l'inventario: le preclusioni introdotte dalla legge Cirielli per i recidivi, dai pacchetti sicurezza succedutisi nel tempo, dall'originariamente emergenziale art. 4-bis ord. penit.

<sup>9</sup> GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 60.

<sup>10</sup> Com'è già accaduto: dai 9 mq regolamentari a detenuto (stabiliti dal d.m. 5 luglio 1975) si è scesi ai 7 mq (raccomandati per le celle di polizia dal Comitato di Prevenzione della Tortura), agli auspicati 4 mq in cella multipla, fino ai 3 mq (sotto i quali, per la Corte di Strasburgo, la violazione dell'art. 3 CEDU è automatica) da calcolarsi al netto dello spazio occupato dagli arredi (così Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728).

<sup>11</sup> Corte Suprema, 23 maggio 2011, Governatore della California v. Coleman e altri. e v. Plata e altri, in *Quest. giust.*, 2011, n. 6, 205 ss., con nota di SALVI, «La Costituzione non permette questo torto»: la Corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario. Vedi pure GRANDE, *I danni delle carceri. Una pronuncia della Corte suprema degli Stati Uniti: una lezione da seguire*, in *Historia magistra*, 2012, vol. 9, 72 ss.

to a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità» (§ 8). Siamo, dunque, davanti a un caso d'incostituzionalità accertata, anche se non dichiarata<sup>12</sup>: per violazione di quali parametri?

Naturalmente, i giudici *a quibus* indicano il combinato disposto degli artt. 2 e 27, 3° comma, Cost., assumendo il principio personalistico a premessa del disegno costituzionale della pena.

Più innovativo è il richiamo all'art. 3 CEDU per il tramite dell'art. 117, 1° comma, Cost., perché apre la strada all'uso del divieto di tortura nell'ambito del sindacato costituzionale delle leggi. Merita di essere valorizzata, in tale direzione, la strategia dei giudici *a quibus* capace di superare un possibile ostacolo all'operatività del parametro invocato. La nozione internazionale di tortura, infatti, «non comprende il dolore o la sofferenza che risultino esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*»<sup>13</sup>. E la detenzione, a seguito di condanna definitiva pronunciata dopo un regolare processo, è una sanzione lecita. Ma *non lo è più*, se scontata in condizioni disumane lesive della dignità personale: fuoriuscendo dal perimetro costituzionale – si legge nelle ordinanze di rinvio – «la pena inumana è “non pena”» e perde con ciò la sua liceità. Così argomentando, il divieto di tortura può ben operare da norma interposta<sup>14</sup>.

Tra i possibili parametri in gioco manca, invece, l'art. 25, 2° comma, Cost., benché ricorrano gli estremi per chiamarlo in causa. Che il principio di legalità penale sia «speculare» al divieto di trattamenti inumani è la giusta osservazione presente nei due atti di promovimento, da cui discende «l'esigenza che il soggetto non venga sottoposto ad una pena più grave di quella comminata». Tale esigenza è, invece, contraddetta da una carcerazione che, scontata in prigioni sovraffollate, si traduce in un “di più” di punizione priva di base legislativa e di titolo esecutivo. Tanto basta, per considerare violato anche il parametro omissso dal *thema decidendum* sottoposto alla Corte costituzionale.

## 4.

L'attuale condizione di *overcrowding* penitenziario, dunque, è un problema di legalità, e già ora i suoi effetti pongono l'ordinamento in una condizione di incostituzionalità accertata (ancorché non dichiarata). Risolverlo non è allora una scelta politica. È, semmai, un obbligo costituzionale.

Lo sa bene il Quirinale, nel cui messaggio alle Camere le parole «imperativo», «dovere», «obbligo» ricorrono dieci volte, spesso accompagnate dall'aggettivo «costituzionale». Sul punto l'empatia tra Capo dello Stato e Corte costituzionale è assoluta, anche nella consapevolezza della necessità di una preliminare legge di clemenza per recuperare una legalità tradita da troppo tempo. Ragionando sulla possibile *exit strategy*, infatti, è la stessa sentenza in commento a riconoscere che «un intervento combinato sui sistemi penale, processuale e dell'ordinamento penitenziario richiede del tempo mentre l'attuale situazione non può protrarsi ulteriormente e fa apparire necessaria la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare» (§ 6). È un modo diverso per dire ciò che anche il Capo dello Stato ha scritto: solo l'effetto deflattivo conseguente a una clemenza generale «consentirebbe di ottenere il risultato di adempiere tempestivamente alle prescrizioni della Corte europea, e insieme, soprattutto, di rispettare i principi costituzionali in tema di esecuzione della pena».

Il problema, dunque, non è *se* approvare una legge d'indulto (e di amnistia), ma *come* congegnarla<sup>15</sup>. Con l'approssimarsi del 28 maggio 2014, termine ultimo stabilito dalla Corte di Strasburgo nella messa in mora dell'Italia, sarà bene che il Parlamento ascolti le lungimiranti parole dei due custodi della Costituzione.

## 5.

Rispetto al problema del sovraffollamento carcerario, il differimento della pena non è una soluzione strutturale, né una tutela compensativa per i suoi danni. Prefigura, semmai, una

<sup>12</sup> Come segnalato da RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta online*.

<sup>13</sup> Art. 1, Convenzione ONU contro la tortura, adottata il 10 dicembre 1984 (entrata in vigore il 26 giugno 1987). Va, però, segnalato che altre fonti internazionali (e tra queste l'art. 3 CEDU) non contemplano una simile clausola.

<sup>14</sup> Per maggiori svolgimenti cfr. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2013, 31-36.

<sup>15</sup> In tema, dialetticamente, PULITANO, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2013; PUGIOTTO, *La clemenza necessaria, ivi*, 10 dicembre 2013.

clausola di salvaguardia che mira a evitarne gli effetti sul singolo detenuto.

La sentenza ne parla come di «un rimedio “preventivo” per i casi in cui l’Amministrazione penitenziaria non sia in grado di assicurare condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità» (§ 4). Rappresenta, dunque, un’*extrema ratio*, cui ricorrere solo quando ogni altra via è giuridicamente preclusa o inefficace. Non a caso se ne chiede l’innesto in una «norma “di chiusura” del sistema» (l’art. 147, c.p.) che prevede altre ipotesi di differimento possibile, tutte egualmente connotate da ragioni umanitarie<sup>16</sup>.

Come si dirà a breve, saranno ostacoli di natura processuale a precludere l’accoglimento della *quaestio*. Va tuttavia segnalato che la Corte costituzionale ammette la necessità di un «rimedio estremo» che consenta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario (§ 7.2), e nella pluralità di soluzioni possibili include espressamente anche il rinvio dell’esecuzione penale (§ 8). Si tratta, dunque, di un istituto non incompatibile con il disegno costituzionale della pena<sup>17</sup>.

Eppure – a prima vista – le criticità non mancano, alcune evidenziate in sentenza, altre in dottrina a commento delle ordinanze di rinvio e della relativa pronuncia. Se ne può tentare una rapida antologia: il meccanismo [1] risponderebbe a mera casualità, determinando disparità di trattamento tra detenuti; [2] non terrebbe conto della possibile contrarietà del detenuto a un differimento che posticiperebbe anche il fine pena; [3] comprometterebbe la finalità rieducativa della sanzione; [4] metterebbe a repentaglio le esigenze di difesa sociale; [5] provocherebbe un intervallo indeterminato tra commissione del reato ed esecuzione della pena, a scapito della certezza e tempestività della punizione. Tenuto conto, inoltre, delle dimensioni del sovraffollamento carcerario e delle sue cause, [6] l’applicazione necessariamente massiccia del differimento della pena celerebbe una clemenza di massa, rivelando nel contempo [7] tutta la sua inadeguatezza, non potendo operare nei confronti dei tantissimi detenuti in attesa di giudizio.

Sono obiezioni verosimili, ma non tutte sono vere.

Volendo replicare, è proprio la sentenza in commento a dimostrare che a negare la risocializzazione del singolo detenuto è una detenzione disumana, cui il differimento della pena intende rimediare: sostenere il contrario significa scambiare la patologia con il suo farmaco<sup>18</sup>. Quanto alle sacrosante esigenze di difesa sociale, troverebbero adeguata soddisfazione surrogando l’esecuzione della pena in carcere, ad esempio, con una detenzione domiciliare rimessa – come negli altri casi di differimento facoltativo – alla prudente decisione del giudice, che può sempre negare il provvedimento «se sussiste il concreto pericolo della commissione di delitti» (art. 147 c.p.): il rimedio proposto, dunque, non esprime un improprio permissivismo giudiziario. E’ poi nella logica del differimento della pena postergarne l’esecuzione rispetto al momento del reato, in ragione di cause – tipizzate nel codice penale – dall’incerta durata: l’obiezione, dunque, si risolve in una contestazione al meccanismo complessivo degli artt. 146 e 147 c.p., più che all’innesto normativo richiesto dai giudici *a quibus*. Né lo si può assimilare a un provvedimento d’indulto camuffato: di un atto di clemenza il meccanismo del differimento giudiziario della pena non ha l’automatismo, non opera *erga omnes*, non estingue la pena spostandone semmai l’esecuzione nel tempo, senza con ciò abdicare all’obbligatorietà del giudicato.

Ma è sul piano sistematico che le criticità ipotizzate paiono appianabili. È evidente a tutti che la soluzione al problema di prigionie colme fino all’orlo passa attraverso misure (innanzitutto) legislative, che non sono nella disponibilità del potere giudiziario. Ma non è questa l’ambizione del rimedio prospettato dai tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano: in quanto misura individuale è, più semplicemente, finalizzata a riparare la violazione di un diritto fondamentale del singolo detenuto, mirando ad assicurarne una rapida cessazione. Ed è proprio la sua natura di rimedio preventivo e di ultima istanza a renderlo complementare (e non alternativo) agli altri possibili fusibili del sistema, indicati dalla sentenza in esame – oltre che nei rimedi interni al sistema penitenziario<sup>19</sup> – nell’ampio ricorso alla detenzione domici-

<sup>16</sup> Come dimostra ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 425.

<sup>17</sup> Non ravviso, dunque, in sentenza alcuna contrarietà al rimedio, diversamente da DELLA BELLA, *op. cit.*, 11-12.

<sup>18</sup> Di un obbligo di scarcerazione del detenuto ristretto in condizioni disumane, a fronte di un’inerzia dell’amministrazione penitenziaria, ragiona TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 262-268, ritenendolo compatibile con tutte le funzioni costituzionali della pena.

<sup>19</sup> Il riferimento (§ 7.1) è ai trasferimenti e al meccanismo del reclamo – generico e ora anche giurisdizionale – del detenuto (cfr. artt. 35 e 35-bis ord. penit., introdotto con d.l. n. 146 del 2013).

liare, e nell'introduzione di misure di carattere sanzionatorio o di controllo diverse da quelle attualmente previste (§ 8).

Non stupisce, quindi, che la sentenza n. 279/2013 annoveri l'istituto del differimento della pena tra i rimedi preventivi costituzionalmente possibili, previa «definizione di criteri in base ai quali individuare il detenuto o i detenuti nei cui confronti il rinvio può essere disposto». Tocca al legislatore, dunque, raccogliere il testimone<sup>20</sup>.

## 6.

La pluralità di possibili soluzioni normative, e la necessità di una regolamentazione legislativa del meccanismo proposto, rendono inammissibile l'addizione prospettata dai giudici *a quibus*.

Lesito era prevedibile, ma – a mio avviso – per una ragione taciuta in sentenza, eppure decisiva: è lo stesso codice penale ad essere dilemmatico, nella sua previsione di un differimento della pena sia *facoltativo* che *obbligatorio*. La circostanza che i giudici *a quibus* avessero innestato la loro domanda sull'art. 147 c.p. (e non sull'art. 146 c.p.) non azzerava l'alternativa perché – com'è noto – la Corte costituzionale non si ritiene vincolata al verso dell'addizione richiesta; semmai, proprio la scelta compiuta dai remittenti offriva un argomento ostativo in più alla Consulta. Ed era un argomento di pregio: nel sistema CEDU il divieto di tortura è assoluto e non ammette alcuna deroga o sospensione ai sensi dell'art. 15 della Convenzione; parimenti la giurisprudenza della Corte di Strasburgo lo sottrae a ogni operazione di bilanciamento. Viceversa, l'innesto nell'art. 147 c.p. dell'inedita ipotesi di differimento *facoltativo* della pena avrebbe indebolito l'inderogabilità assoluta del parametro interposto<sup>21</sup>.

L'impossibilità di sostituirsi al legislatore induce la Corte costituzionale a formulare un monito agli organi della normazione<sup>22</sup>, già anticipato – in toni ancor più perentori – dal comunicato stampa del 9 ottobre 2013 che preannunciava la decisione assunta: dato che al problema esaminato si «dovrà porre rimedio nel più breve tempo possibile», «nel caso di inerzia legislativa la Corte si riserva, in un eventuale successivo procedimento, di adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità». Cartellino giallo, dunque. Edificato su un «fine costituzionalmente necessario»<sup>23</sup>, è un monito grande come una casa, segnale di una decisione probabilmente assunta a strettissima maggioranza.

Quel monito, tuttavia, introduce un elemento di evidente contraddizione all'interno della *ratio decidendi*, preconizzando una declaratoria d'incostituzionalità nel momento stesso in cui se ne esclude l'agibilità processuale: «un intervento (additivo, siccome a rima obbligata, e non già ablativo) che dunque poteva, e doveva, essere adottato sin da subito»<sup>24</sup>.

La contraddizione si rivela, invece, solo apparente, ipotizzando per il futuro una sentenza additiva c.d. di principio, secondo una successione di pronunce già sperimentata in altra vicenda per molti aspetti analoga a quella in esame: il «caso Dorigo». Anche allora il detonatore della *quaestio* era una condanna della Corte di Strasburgo, e anche allora la norma impugnata era formulata in termini tassativi. All'iniziale rigetto (sentenza n. 129/2008) seguì poi la declaratoria d'illegittimità (sentenza n. 113/2011) con l'introduzione del principio secondo cui l'art. 630 c.p.p. è incostituzionale nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione del giudicato di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. Con ciò permettendo ai giudici di non dare esecuzione al giudicato penale nazionale, in attesa della novella della disciplina codicistica dell'istituto della revisione<sup>25</sup>.

Inviterei allora i tribunali di sorveglianza a fare affidamento sulla dichiarata disponibilità dei giudici costituzionali a rovesciare di segno l'attuale decisione. Fossi in loro, attenderei la

<sup>20</sup> In una prospettiva di riforma, ORLANDI, *op. cit.*, 427-428, ripercorre la soluzione adottata dal legislatore tedesco.

<sup>21</sup> L'aporia è segnalata anche da DODARO, *Rinvio della pena per sovraffollamento carcerario, come rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, 2013, 431, e da VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2013, 21.

<sup>22</sup> «Nel dichiarare l'inammissibilità questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (§ 8).

<sup>23</sup> MALFATTI, «Oltre le apparenze»: *Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum QC*, 16 dicembre 2013, 2.

<sup>24</sup> PASSIONE, *Malgrado tutto*, in *www.camerepenali.it*, 4 (documento dell'Osservatorio Carcere, 10 dicembre 2013).

<sup>25</sup> Il precedente è evocato nell'atto d'intervento dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti, peraltro escluso perché depositato oltre i termini legali (cfr. § 3).

già ricordata *dead line* del 28 maggio 2014; davanti all'inerzia legislativa, riproporrei alla prima occasione utile la *quaestio* prospettando alla Corte costituzionale la soluzione di un'additiva di principio, di cui la sentenza n. 279/2013 preconizza già la formulazione<sup>26</sup>. Introdotto così un vincolo di risultato per il legislatore, quel principio nel frattempo guiderà i giudici nella risoluzione dei singoli casi di propria competenza.

## 7.

Del resto, già ora tutti i giudici sono nelle condizioni di agire, attraverso gli strumenti della doverosa interpretazione conforme applicata a disposizioni diverse dall'art. 147 c.p. La strategia possibile ha la forza e la coerenza delle cose semplici: tratteggiamola<sup>27</sup>.

Una pena eseguita in un istituto penitenziario sovraffollato presenta i connotati della *illegalità*, costituzionale e convenzionale. Viceversa, l'unica pena che lo Stato può legittimamente eseguire è quella *legale*, cioè coerente alla Costituzione e all'art. 3 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Sia la sentenza n. 279/2013 che la sentenza *Torreggiani* non certificano l'esistenza di norme interne che impongono una pena illegale, semmai l'esistenza di una situazione di fatto incompatibile con le norme della Costituzione e della CEDU. Vi è, dunque, la necessità da parte dei giudici di interpretare le disposizioni nazionali sull'esecuzione della pena (e della custodia cautelare) alla luce di quanto affermato in quelle pronunce, per evitare di sottoporre il detenuto a una reclusione incondizionatamente vietata.

Concretamente, ciò significa che l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena da parte del pubblico ministero competente non può prescindere da un accertamento preventivo e officioso (*ex art. 655, 1° comma, c.p.p.*) circa l'effettiva disponibilità di posti in carcere conformi agli *standard* minimi individuati dalla Corte europea. In caso contrario, è suo dovere costituzionale (*ex artt. 13, 4° comma; 27, 3° comma; 117, 1° comma, Cost., integrato dall'art. 3 CEDU*) paralizzare provvisoriamente l'emissione dell'ordine di esecuzione della pena, andando esente da qualsivoglia responsabilità penale per reato omissivo (in quanto scriminato dall'esercizio di un dovere, *ex art. 51 c.p.*).

Analogamente, anche il giudice delle indagini preliminari, richiesto dal pubblico ministero di emettere un ordine di custodia cautelare in carcere, dovrà preliminarmente verificarne le condizioni di vivibilità. E, se sovraffollato, sarà tenuto ad applicare una differente misura cautelare (ad esempio, gli arresti domiciliari).

Come in natura, così anche nella tutela dei diritti fondamentali non esiste il vuoto. Le inadeguate e tardive risposte legislative sono destinate ad essere supplite dall'attivismo giurisdizionale, spronato sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte EDU. È infatti la prima a riconoscere la necessità di una «effettiva tutela giurisdizionale» (sentenza n. 279/2013, § 7.1) a garanzia della preminenza dei principi costituzionali ai quali deve conformarsi l'esecuzione della pena. Così come è la Corte di Strasburgo a ricordare a procuratori e giudici che «la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani», auspicando «il minimo ricorso alla carcerazione» (sentenza *Torreggiani*, §§ 95-96). Se il diritto è violenza domata e i diritti vanno tutelati per evitare la catastrofe, ci sarà sempre un giudice cui chiedere giustizia nel caso concreto. Anche per l'ultimo dei ristretti in galera, obbligato a vivere in un formicaio di sbarre e cemento armato.

<sup>26</sup> Laddove afferma a chiare lettere «la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità» (§ 8).

<sup>27</sup> La sua elaborazione si deve all'iniziativa del Partito Radicale, tradottasi nell'invio di 675 atti di significazione e diffida a tutti i Presidenti di Tribunale, Procuratori Capo, Presidenti degli Uffici del GIP, Direttori di Case di reclusione e circondariali, Magistrati di sorveglianza della Repubblica italiana (nonché al Presidente del CSM e al Ministro della Giustizia, titolari dell'azione disciplinare; al Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e alla Corte EDU, per le relative valutazioni). L'atto, datato 18 settembre 2013, è consultabile nel sito *www.radicali.it*.