

# EMERGENZA COVID E CARCERE: LE SOLUZIONI NORMATIVE E LE RISPOSTE DELLA GIURISPRUDENZA

*Angela Della Bella*

*SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Gli obblighi di tutela a carico dello Stato nella situazione di emergenza pandemica. 3. La situazione del sistema carcerario al momento dell'esplosione della pandemia. 4. I provvedimenti emergenziali per la gestione dell'emergenza sanitaria in carcere. 4.1. I provvedimenti finalizzati a 'impermeabilizzare' il carcere. 4.2. I provvedimenti finalizzati a ridurre il sovraffollamento. 5. Il ruolo della magistratura di sorveglianza nella gestione della crisi pandemica. 6. I provvedimenti del Governo per 'indirizzare' la discrezionalità giudiziale dopo le 'scarcerazioni dei boss'. 7. Alcune prime riflessioni in vista di un auspicabile intervento riformatore per la gestione delle emergenze pandemiche all'interno degli istituti penitenziari.*

## *1. Premessa*

Con la relazione che mi è stata assegnata, mi si è chiesto di ripercorrere le fasi dell'emergenza sanitaria al fine di delineare il quadro dei principali interventi normativi che hanno interessato il sistema carcerario e di descrivere poi quale è stata la risposta della giurisprudenza, in *primis* ovviamente della magistratura di sorveglianza, nella gestione della pandemia all'interno degli istituti penitenziari. Prima di entrare nel merito dei temi della relazione, mi preme mettere in evidenza che, nel ripercorrere tali tappe e nel 'rileggere' gli avvenimenti della tragica esperienza pandemica, ho cercato di adottare una prospettiva che guardasse al futuro, al fine di fare tesoro dell'esperienza e di riflettere su come l'ordinamento dovrebbe attrezzarsi per non farsi trovare impreparato nell'evenienza di una nuova (e non del tutto improbabile) emergenza sanitaria.

## 2. *Gli obblighi di tutela a carico dello Stato nella situazione di emergenza pandemica*

Prima di analizzare gli interventi del legislatore nella materia che ci interessa è doveroso chiedersi se in una situazione di emergenza sanitaria, come quella determinata dalla pandemia di Covid-19, sorgano in capo allo Stato degli obblighi di tutela della salute collettiva e quali ne siano le fonti<sup>1</sup>.

In linea generale si può ritenere che, in un contesto di emergenza sanitaria, lo Stato abbia un obbligo di tutela della salute pubblica, che si traduce primariamente nel dovere di attivarsi per l'adozione di misure funzionali a contenere il contagio e a preservare la funzionalità del sistema sanitario.

Ciò è stato messo chiaramente in evidenza dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), che, a partire dal giorno in cui è stato dichiarato lo stato di emergenza sanitaria internazionale, ha esortato gli Stati a introdurre misure che garantissero il distanziamento sociale e riducessero quanto più possibile le occasioni di contatto tra le persone<sup>2</sup>. Ora, se le raccomandazioni provenienti dalla OMS non possono considerarsi vincolanti, essendo riconducibili all'area della *soft law*, veri e propri obblighi in questo senso a carico del nostro legislatore si rinven- gono tanto sul piano costituzionale, quanto su quello convenzionale.

Per quanto riguarda la Costituzione, l'obbligo di tutela della vita e della salute collettiva deriva dagli artt. 2 e 32 Cost., che qualificano tali diritti come inviolabili e che fondano il dovere dello Stato di attivarsi al fine di predisporre un sistema di cure adeguato a favore della collettività<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Su tale questione sia consentito il rinvio ad A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria*, Torino, 2023.

<sup>2</sup> Cfr. WHO Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID 19, il quale ha invitato gli Stati a reagire alla situazione in corso, affermando che "all countries must strike a fine balance between protecting health, preventing economic and social disruption, and respecting human rights. We urge all countries to take a comprehensive approach tailored to their circumstances, with containment as the central pillar".

<sup>3</sup> Nel senso che il fondamento costituzionale della legislazione emergenziale pandemica debba rinvenirsi "nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*", cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, 113.

La sussistenza di un vero e proprio dovere dello Stato di attivarsi a tutela della vita trova espressa affermazione anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove è consolidata l'interpretazione secondo cui dall'art. 2 Cedu deriva in capo allo Stato non solo un obbligo 'negativo', consistente nell'astensione da condotte che cagionino illegittimamente la morte di un soggetto, ma anche un obbligo positivo di agire, che impone l'adozione di misure a tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone. Per quanto attiene più specificamente alla 'salute pubblica', la Corte europea ritiene che essa trovi implicitamente tutela nello stesso art. 2 Cedu, dal quale pertanto deve ritenersi discendere in capo allo Stato un dovere di attivarsi per garantire cure adeguate alla popolazione: in attuazione di questo principio, i giudici di Strasburgo in più occasioni hanno ritenuto integrata una violazione dell'art. 2 Cedu in ipotesi di malfunzionamento dei servizi ospedalieri e di cure non adeguate in situazioni di emergenza<sup>4</sup>. La Corte Edu ha avuto modo di ribadire questo principio anche in relazione all'emergenza pandemica, ricavando dall'art. 2 Cedu (ma anche dagli artt. 3 e 8) la sussistenza di un obbligo 'positivo' a carico degli Stati membri di provvedere nel senso del contenimento del contagio<sup>5</sup>.

Non può poi porsi in dubbio che l'obbligo di adottare misure per il contenimento del contagio debba riguardare tanto 'il mondo dei liberi',

---

<sup>4</sup> Per i necessari riferimenti giurisprudenziali, cfr. S. ZIRULIA, *Art. 2. Diritto alla vita*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2022, II ed., 61 ss.

<sup>5</sup> Corte Edu, *Mailloux c. Francia*, 3 dicembre 2020. Nel caso *Le Mailloux c. Francia* del 3 dicembre 2020 (che è peraltro la prima pronuncia in cui i giudici di Strasburgo si sono confrontati con la legislazione emergenziale di contrasto al Covid-19 di uno Stato membro) la Corte, pronunciandosi sul ricorso di un cittadino che lamentava gravi omissioni da parte dello Stato francese nella gestione della crisi sanitaria, per il fatto che, nelle prime fasi dell'emergenza pandemica, non era stato garantito un adeguato accesso agli accertamenti diagnostici, alle misure profilattiche e ai necessari trattamenti sanitari salvavita, pur dichiarando il ricorso inammissibile, ha riconosciuto espressamente l'esistenza di un obbligo positivo dello Stato di provvedere al contenimento del contagio. Per una rassegna dei casi decisi e pendenti avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo relativi alle misure di contenimento del contagio nell'ambito della pandemia da Covid-19 cfr. i *Factsheet: COVID-19 health crisis*, periodicamente pubblicati sul sito internet della Corte.

quanto i luoghi di privazione della libertà personale e ciò a tutela sia della salute individuale di chi li abita (con riferimento agli istituti penitenziari: detenuti, agenti di polizia penitenziaria, tutti coloro che lavorano all'interno dell'istituto o lo frequentano), sia a tutela della salute pubblica (la comunità carceraria e poi di riflesso l'intera collettività). E ciò in ossequio ai principi costituzionali e sovranazionali a tutela della vita e della salute individuale e collettiva, nonché al principio della parità tra detenuti e soggetti liberi quanto ai livelli di assistenza sanitaria (principio affermato dal d.lgs. 230/99 – sul «Riordino della medicina penitenziaria» – e ora espressamente richiamato nell'art. 11 o.p.): un principio questo che deve essere sempre tenuto presente quando ci si occupi del tema che ci interessa.

### *3. La situazione del sistema carcerario al momento dell'esplosione della pandemia*

Per contestualizzare gli interventi normativi che sono stati emanati al fine di gestire l'emergenza sanitaria all'interno degli istituti carcerari è opportuno mettere in evidenza quale era lo stato del sistema penitenziario nel momento in cui la pandemia è esplosa.

Sotto questo profilo, occorre innanzitutto sottolineare che il sistema versava in uno stato di grave sovraffollamento: dai dati pubblicati sul sito del Ministero della giustizia si apprende infatti che, alla fine del mese di febbraio del 2020, i detenuti erano 61.230, a fronte di una capienza regolamentare di circa 48.000 posti. Dunque un tasso di sovraffollamento delle strutture penitenziarie superiore al 130%<sup>6</sup>. Non ci vogliono molte parole per dimostrare che, in tale stato di cose, era difficile, per non dire impossibile, garantire la praticabilità delle misure di distanziamento sociale che erano invece imposte all'esterno, come strumento principale di prevenzione dei contagi. Parimenti, all'interno di strutture così pesantemente sovraffollate era assai arduo individuare

---

<sup>6</sup> Cfr. E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto 'cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 20.03.2020.

spazi adeguati per l'isolamento cautelativo dei nuovi giunti o per la quarantena dei positivi.

In secondo luogo, occorre tenere in mente quale fosse la composizione della popolazione carceraria che, al momento della pandemia (ma a dire il vero ancora oggi), era costituita in gran parte da tossicodipendenti, soggetti con problemi psichiatrici, da un numero tutt'altro che esiguo di persone anziani e di soggetti con quadri patologici estremamente complessi e in condizioni di non autosufficienza: quindi soggetti particolarmente esposti a conseguenze gravi per la salute nel caso di contagio con il virus Sars-CoV-2<sup>7</sup>.

Sotto questo profilo, non si può non osservare – per inciso – che l'esperienza pandemica ci ha mostrato una popolazione carceraria fatta di anziani, di malati, di persone fragili: soggetti che espiano la pena in forma intramuraria in spregio ai principi costituzionali e convenzionali che ne imporrebbero la sospensione, qualora la sua esecuzione sia incompatibile con le condizioni di salute del detenuto<sup>8</sup>.

#### *4. I provvedimenti emergenziali per la gestione dell'emergenza sanitaria in carcere*

I provvedimenti normativi per la gestione dell'emergenza Covid sono sparsi in una pletora di decreti legge e decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Più che una ricostruzione dettagliata dei vari interventi mi pare interessante tentare di individuare gli obiettivi che il Governo ha ritenuto di dover perseguire durante la fase emergenziale. Sotto questo profilo, i provvedimenti possono essere raggruppati in due categorie: provvedimenti finalizzati a 'impermeabilizzare' il carcere, ossia a evitare quanto

---

<sup>7</sup> Secondo quanto riportato da P. Gonnella, presidente di Antigone, al momento della pandemia, il 67% dei detenuti soffriva di patologie pregresse tali per cui l'eventuale contagio ne avrebbe comportato il ricovero in una terapia intensiva. Cfr. *Coronavirus. Sulle carceri insufficienti le norme previste nel decreto del governo. Sono necessari altri provvedimenti, altrimenti a rischio la salute pubblica*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it).

<sup>8</sup> Nella giurisprudenza europea il principio trova espressa affermazione nel *leading case* *Xiros c. Grecia*, 9 settembre 2010.

più possibile il via vai dei detenuti dentro e fuori dal carcere e quindi a ridurre le possibilità di ingresso del virus all'interno degli istituti penitenziari e provvedimenti finalizzati a ridurre il livello di sovraffollamento, così da consentire l'adozione delle misure di prevenzione del contagio all'interno degli istituti.

A ciò deve poi aggiungersi una terza categoria di provvedimenti (che saranno presi in esame nel par. 6), finalizzati a 'indirizzare' la discrezionalità giudiziale nel contemperamento delle esigenze di salute con le esigenze di prevenzione, in relazione ai detenuti più pericolosi.

#### *4.1. I provvedimenti finalizzati a 'impermeabilizzare' il carcere*

Cominciando con l'analisi dei provvedimenti finalizzati a 'impermeabilizzare' il carcere, occorre innanzitutto segnalare che, nella primissima fase dell'emergenza, il Governo è intervenuto con un decreto legge (il d.l. 8 marzo 2020, n. 11)<sup>9</sup> con il quale si è disposta la sospensione dei colloqui dei detenuti con i congiunti (o con le altre persone con le quali essi avevano diritto di farli) e la loro sostituzione, "laddove possibile", con colloqui svolti 'a distanza', ossia mediante le apparecchiature e i collegamenti a disposizione dell'amministrazione penitenziaria o mediante corrispondenza telefonica.

Con lo stesso decreto e sempre al fine di evitare le occasioni di contagio della popolazione penitenziaria, si è disposta la possibilità per il magistrato di sorveglianza di sospendere la concessione dei permessi premio e del regime di semilibertà, "tenuto conto – così stabilisce la norma – delle evidenze rappresentate dall'autorità sanitaria".

Come noto, a seguito dell'introduzione di queste misure, negli istituti penitenziari si sono accese drammatiche e violente proteste tra i detenuti, spaventati per quello che stava succedendo e d'altro canto consapevoli che all'interno degli istituti difficilmente si sarebbero potuto attuare efficaci misure di prevenzione del contagio<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sulle novità introdotte da tale decreto legge, cfr. F. LAZZERI, *Il decreto-legge 11/2020 su coronavirus, attività giudiziaria e carcere: le nuove misure a livello nazionale*, in *Sist. pen.*, 09.03.2020.

<sup>10</sup> Secondo i dati pubblicati nei bollettini del Garante nazionale delle persone private della libertà personale, le rivolte del marzo 2020 hanno coinvolto – seppure con in-

I provvedimenti restrittivi, tutti di natura temporanea e inizialmente destinati a durare per poche settimane, sono stati prorogati più volte dai vari decreti legge emergenziali e sono rimasti in vigore per tutta la durata della prima ondata pandemica.

È bene peraltro precisare che, al di là della sospensione dei colloqui, dei permessi e della semilibertà, l'obiettivo di impedire l'ingresso del virus negli istituti ha comportato anche la chiusura delle porte del carcere a tutti coloro che vi entravano quotidianamente per svolgere attività trattamentali o culturali; anche il lavoro è cessato da un giorno all'altro: tanto quello intramurario, quanto quello svolto all'esterno ai sensi dell'art. 21 o.p.<sup>11</sup>.

Pur senza mettere in discussione l'opportunità e la ragionevolezza di restrizioni, che sono apparse da subito necessarie al fine di ridurre le occasioni di contagio all'interno degli istituti, appare tuttavia importante evidenziare le criticità della normativa emergenziale, al fine di riflettere sui correttivi che sarebbe necessario apportare per attrezzare l'ordinamento penitenziario in vista di future evenienze pandemiche.

La prima considerazione riguarda il *deficit* di legalità che, soprattutto nelle prime fasi della pandemia, ha caratterizzato i provvedimenti emergenziali anche nella materia penitenziaria: limitazioni di diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati, sono state introdotte con fonti amministrative, quali per esempio i d.P.C.M., o sono avvenute in via di mero fatto, violando le riserve di legge prescritte dalla stessa Costituzione.

La seconda considerazione riguarda invece il profilo della proporzionalità dei sacrifici imposti. Si consideri in questo senso la disposizione con cui sono stati sospesi per un lungo periodo di tempo i colloqui in presenza tra detenuti e familiari: se la *sostituzione* dei colloqui in presenza con quelli a distanza appare un sacrificio proporzionato del

---

tensità diversa – ben 49 istituti penitenziari sul territorio italiano e hanno portato alla morte di 14 detenuti e al ferimento di 59 agenti di polizia penitenziaria, oltre alla devastazione di numerosi istituti e all'evasione di diverse decine di detenuti.

<sup>11</sup> Nella seconda fase della pandemia, la sospensione dei colloqui in presenza e la sostituzione con quelli a distanza avveniva su richiesta dell'interessato o quando la misura risultasse indispensabile per salvaguardare la salute delle persone detenute o internate.

diritto al mantenimento dei legami familiari, in vista della tutela della salute individuale e collettiva, la *soppressione* dei colloqui in presenza senza che sia data al detenuto la possibilità di effettuare colloqui a distanza integra un sacrificio totale (e quindi intollerabile) del diritto messo in bilanciamento<sup>12</sup>.

Come si è detto, il citato d.l. 11/2020 prevedeva la sostituzione dei colloqui visivi con quelli a distanza “mediante, *ove possibile*, apparecchiature e collegamenti di cui dispone l’amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica”: l’inciso rivela la realistica presa d’atto da parte dell’amministrazione penitenziaria dell’impossibilità di garantire l’accesso ai collegamenti a distanza a tutti i detenuti. Nei fatti, il risultato in molti casi si è potuto raggiungere grazie all’encomiabile impegno delle direzioni e degli operatori penitenziari, ma in altri casi l’isolamento dei detenuti è stato pressoché totale.

Laddove il detenuto non ha potuto fruire dei colloqui a distanza non c’è stata una compressione legittima del diritto al mantenimento delle relazioni familiari, ma una sua illegittima violazione (per la quale si potrebbe anche porre un tema di giustiziabilità attraverso i rimedi giurisdizionali previsti dall’ordinamento penitenziario a tutela dei diritti dei detenuti). È questo, ci pare, uno dei profili su cui occorre riflettere, nella prospettiva *de iure condendo* che a mio avviso occorrerebbe assumere.

#### 4.2. *I provvedimenti finalizzati a ridurre il sovraffollamento*

Nell’imperversare della pandemia, il Governo si è poi reso conto della necessità di intervenire al fine di ridurre il sovraffollamento, per

---

<sup>12</sup> Con riferimento al principio di proporzionalità, al quale il legislatore deve attenersi allorché, con l’esercizio dei suoi poteri, interferisca nella sfera individuale dei cittadini, osserva M. Cartabia che “l’esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale”, cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, pubblicato sul sito internet della Corte costituzionale. Sulla declinazione del principio di proporzionalità nelle scelte del legislatore dell’emergenza pandemica sia consentito rinviare ad A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria*, cit., 155 ss.