RSD
Rivista Semestrale di Diritto

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 1/2020

Aprile 2020

Direttore

Riccardo Guarino

Vicedirettori

Simone Cedrola
Pasquale La Selva

Comitato di Direzione

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Claudia Cantone, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

Comitato scientifico

Prof. Alfonso Maria Cecere, Prof. Gianluca Bertolotti (Referente area Diritto Commerciale), Prof. Massimo Rubino De Ritis, Prof.ssa Lucia Picardi, Prof. Marco Bassini, Prof. Amedeo Arena, Prof. Avv. Carlo Rossi Chauvenet, Avv. Marco Imperiale, Prof. Laurent Manderieux, Prof.ssa Lilla' Montagnani, Prof. Roberto Zannotti, Prof.ssa Giusella Finocchiaro, Prof.ssa Clelia Iasevoli, Prof. Renato Briganti, Prof. Giovanni Sartor, Prof. Massimiliano Delfino, Prof.ssa Giovanna Petrillo, Prof.ssa Adriana Salvati, Prof. Lucio Imberti, Prof. Arturo Maresca, Prof.ssa Nicoletta Corrocher, Prof.ssa Maria Luisa Mancusi, Pres. Cinthia Pinotti, Avv. Nicola Lanna, Prof. Fulvio Palombino, Avv. Stefano Mele, Prof.ssa Ludovica Poli, Prof. Roberto Virzo, Avv. Letizia Macrì, Prof. Avv. Andrea Saccucci, Prof. Giovanni Terrano, Dott. Alessandro Milone, Prof. Francesco De Santis, Prof. Michele Tamponi, Prof.ssa Avv. Maria Beatrice Magro, Prof. Avv. Gabriele Della Morte, Prof. Elisabetta Pederzini, Prof. Giovanni Zarra, Dott.ssa Caterina Del Federico, Prof. Giovanni Ziccardi

Sede

Ius in itinere Srls, Via Toledo, 265 Napoli - Partita Iva 08593431219

Info e contatti

Sito web: www.rivistadidiritto.it

Per l'invio dei contributi scrivere a: redazione@iusinitinere.it

Per qualsiasi informazione scrivere a: info@iusinitinere.it

RSD
Rivista Semestrale di Diritto

Indice

Remo Trezza – *Atti di disposizione del proprio corpo e tutela della salute della "persona-atleta": l'influenza delle nuove tecnologie e i nuovi modelli di responsabilità del medico sportivo* p. 6

Vincenzo Iaia – *La responsabilità sociale d'impresa tra contrattualismo e istituzionalismo: il case study Enel, natura cosmetica o anima sostenibile?* p. 36

Paolo Mancini – *La recente valorizzazione legislativa del contraddittorio endoprocedimentale: una riflessione nell'ambito dei procedimenti finalizzati alla repressione delle frodi IVA* p. 54

Laura Restuccia – *Il ruolo della giurisprudenza nella riscoperta del diritto di asilo costituzionale* p. 69

Mario Mendillo – *La 'funzionalizzazione' del principio di trasparenza. Il diritto di accesso agli atti ed ai documenti amministrativi come derivazione funzionale del concetto di partecipazione: linee evolutive e profili applicativi nella disciplina interna e sovranazionale* p. 93

Bruno Balletti – *Autoriciclaggio e concorso di persone: prassi ed opzioni ermeneutiche* p. 108

Antonio Ceruso – *Il sistema e la realtà carceraria italiana: l'overcrowding ed il sovraffollamento: una questione ancora irrisolta* p. 132

Michele Gesualdi – *Spunti di riflessione sul caso ThyssenKrupp* p. 183

Alessia Strigini – *L'apolidia nei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani: America latina ed Europa a confronto* p. 208

Rossella Santonicola – *La regolamentazione delle lobbies nello scenario comparato. Il ruolo dei portatori di interessi nel pluralismo sociale dei moderni sistemi democratici* p. 228

Marco Infusino – *La responsabilità presidenziale: appunti per una ricognizione* p. 248

Francesca Sironi De Gregorio – *Attacking cultural property to destroy a community: heritage destruction as a crime against humanity and genocide* p. 269

Christian D'Orazi – *I trattamenti di dati personali effettuati dalla P.A. alla luce del Regolamento UE 679/2016* p. 302

Andrea D'Introno – *La Legge n. 219 del 2017 e le nuove frontiere del principio di autodeterminazione* p. 319

Marco De Gregorio – *Verso l'unità della giurisdizione tra giudice civile e amministrativo* p. 343

RSD
Rivista Semestrale di Diritto

Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista

Il sistema e la realtà carceraria italiana: l'overcrowding ed il sovraffollamento: una questione ancora irrisolta

A cura di **Antonio Ceruso**[1]

ABSTRACT

La questione carceraria ha rappresentato e continua a rappresentare materia di grande dibattito tra gli operatori del diritto, in particolare qualora non si assicurino tutele ai diritti dei detenuti, generando casi di "overcrowding". L'espressione designa l'incapacità dell'ordinamento giuridico di offrire uno spazio sufficientemente ampio, pari almeno a $3m^2$, a chi è sottoposto a misure di prevenzione, o, secondo giurisprudenza della Corte EDU, di assicurare elementi minimi alla detenzione come acqua calda, luce, servizi igienici, così violando l'art. 3 Cedu, che sancisce il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Sebbene le condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo fossero inizialmente circoscritte a paesi che apparivano privi dei caratteri propri dello Stato di diritto (Es. Russia), il XXI° ha sancito anche la condanna del nostro paese, la prima nel 2009 con la sentenza Sulejmanovic, la seconda nel 2013 con la sentenza Torreggiani. Quest'ultima, essendo sentenza pilota, obbligò lo Stato italiano a dotarsi di un sistema per garantire una tutela preventiva e compensativa dei diritti dei detenuti entro un anno dal suo passaggio in giudicato. Anche i giudici di merito, in particolare i tribunali di Lecce, Venezia e Milano, negli anni antecedenti, avevano espresso la necessità di una riforma del sistema carcerario per aumentare i livelli di tutela dei detenuti, valutando inadeguati gli art. 35 e 69 ord.pen. e contemporaneamente cercando soluzioni di carattere giurisprudenziale al problema. E così il legislatore varò i decreti legge n. 146/2013 e 92/2014 introducendo gli art. 35bis e ter ord.pen. La prima norma istituisce un rimedio preventivo, il c.d. reclamo giurisdizionale, uno strumento che consente al detenuto di proporre reclamo al magistrato di sorveglianza contro i provvedimenti disciplinari o gli atti/omissioni della amministrazione penitenziaria che generano un pregiudizio grave ed attuale per il detenuto. La seconda norma introduce un rimedio di carattere compensativo, consentendo al detenuto, che abbia ricevuto trattamento contrario all'art. 3 Cedu per quindici giorni consecutivi, di chiedere riduzione di pena pari ad un giorno per ogni dieci giorni di detenzione inumana o un indennizzo di euro otto per ogni giorno di detenzione. I nuovi istituti furono presto terreno di dibattito in giurisprudenza. Tra le principali sentenze ricordiamo Cass. Civ. Iª sez. n. 43722/2015 che riconosce come il requisito della attualità non sia necessario per presentare domanda, Cort. Cost. n. 204/2016 e 83/2017 che estende la richiesta di indennizzo economico ad ergastolani ed internati, Cass. Civ. Sez. Un. n. 11018/2018 che parla di responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione e Cass. Pen. Sez. Iª n. 23362/2018 che sostiene come l'onere della prova ricada

[1] Dottore in Giurisprudenza, laureato presso l'Università di Siena con 110/110 e lode. Praticante avvocato del foro di Firenze presso studio Barbafiera

principalmente sull'amministrazione penitenziaria. Tuttavia, permangono ancora dubbi, tra tutti il principale consiste nell'obbligo del magistrato di sorveglianza di applicare l'art. 3 Cedu, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, senza potersi discostare dal pensiero del giudice internazionale. Un profilo che sarà probabilmente oggetto di nuovi interventi e dibattiti in dottrina e giurisprudenza.

PAROLE CHIAVE
Overcrowding- art. 3 Cedu -art. 35bis e ter – sentenze giudici supremi- dubbi costituzionali

Sommario: 1. La tutela del detenuto tra lacune normative e disapplicazione. La prima condanna dell'Italia con la sentenza della Corte Edu *Sulejmanovic* del 2009- 2. Il piano svuota-carceri del 2010 e le manovre penitenziarie antecedenti alla sentenza Torreggiani- 2.1. Il dl. n. 221/2011 per superare il problema delle c.d. "porte girevoli". La lettera di centoventi giuristi al Presidente della Repubblica ed il messaggio alle Camere. La proposta della Commissione mista del CSM- 3. La sentenza Torreggiani. La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, per deficit strutturale- 3.1 Il reclamo al magistrato di sorveglianza, dalla sentenza n. 26/1999 alla n. 135/2013 della Consulta- 3.2 Il d.l. n. 78/2013 come prima risposta alla condanna della Corte Edu. La giurisprudenza dei Tribunali di Lecce, Venezia e Milano. La sentenza n. 279/2013 della Corte Costituzionale- 4. Il d.l. n. 146 del 2013- 4.1 La nascita del "nuovo" reclamo giurisdizionale- 5. Il d.l. n. 92/2014 ed i nuovi rimedi risarcitori per i detenuti. Il problema del pregiudizio "grave" ed "attuale" - 5.1 La natura giuridica dell'istituto, i soggetti legittimati, l'onere della prova- 5.2 Riflessioni sui nuovi istituti degli art. 35bis e ter ord.pen. alla luce dei principi costituzionali- 6. La fallita riforma Orlando sul potenziamento delle misure alternative.

1. La tutela del detenuto tra lacune normative e disapplicazione. La prima condanna dell'Italia con la sentenza della Corte Edu Sulejmanovic del 2009

La principale fonte del diritto penitenziario italiano è la legge n. 354/1975, una legge programmatica e generale creata per definire e tutelare, con la sua semplice struttura, i diritti dei detenuti, con disposizioni così generali da necessitare l'introduzione di una riserva di legge relativa, affinché la materia regolamentare di secondo grado desse esecuzione ai singoli aspetti della normativa. Prima il regolamento n. 431/1976 e poi il n. 230/2000 definirono l'organizzazione degli uffici, il personale, le ore dei pasti, il tempo per le visite ed i colloqui, i reclami ed i regimi speciali. Un testo che apparentemente colmava i vuoti della antecedente legge fascista, in quanto ispirato al rispetto della vita e della dignità umana ed incentrato sul trattamento penitenziario. Tuttavia, vi era un profilo che non era mai stato disciplinato dal legislatore:

quello dei locali (celle). L'art. 5 ord. penit. prevede che: «gli edifici penitenziari devono essere realizzati per accogliere un numero non elevato di detenuti ed internati», mentre l'art 6 ord. penit. prevede che: «i locali siano di ampiezza sufficiente, illuminati, areati e riscaldati, aventi servizi igienici ed ogni detenuto deve avere la camera con letto singolo». Ma il concetto di ampiezza sufficiente può avere qualunque significato, esistendo una capienza "tollerabile", una capienza "regolamentare" ma anche una capienza "calpestabile"2. Lo stesso regolamento non prevede una misura fissa sullo spazio delle celle. E non esistono misure precise perché la legge penitenziaria aveva il suo nucleo concentrato nel trattamento penitenziario, quindi nell'insieme di norme e di attività che regolano ed assistono la privazione della libertà per l'esecuzione della pena. La mancanza di una soglia minima, se nei primi anni successivi all'introduzione della normativa, non fu avvertita come una gravità inaudita, nell'epoca recente ha segnato una svolta negativa per il nostro paese perché nel 2009 l'Italia fu condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo con la sentenza *Sulejmanovic* per violazione dell'art. 3 Cedu, ovvero per violazione del divieto di tortura o altre pene inumani o degradanti3. Il ricorrente, il signor Izet Sulejmanovic, condannato per ricettazione e falso, doveva scontare una pena complessiva di anni 1 e 9 mesi in carcere ed era stato condotto nel carcere di Rebibbia a Roma. All'epoca, nel 2003, il carcere ospitava 1560 detenuti, a fronte di una capienza massima di 1270. Il detenuto era costretto a condividere una cella di 16,20 m^2 con altri cinque detenuti, disponendo solo di 2,70 m^2 pro capite. Il detenuto lamentava inoltre dell'impossibilità di lavorare o comunque svolgere una mansione per occupare le ore della giornata, essendo costretto a rimanere nella cella per quasi 20 ore al giorno. Una volta rimesso in libertà, il signor. Sulejmanovic ricorse alla Corte di Strasburgo per ottenere risarcimento per la lesione dei suoi diritti durante la detenzione. L'Avvocatura Generale dello Stato presentò una memoria nella quale, oltre a sostenere che la condizione di sovraffollamento era solo transitoria nel carcere di Rebibbia, affermò che non fossero vincolanti i parametri espressi dal CPT secondo cui nessun detenuto deve usufruire di uno spazio inferiore ai 7 m^2. A conferma del loro carattere non vincolante lo Stato italiano aveva rammentato alcune sentenze della Corte Edu dove tali parametri furono impiegati con elasticità dai giudici. Tuttavia, alla fine la Corte condannò il nostro paese per violazione dell'art. 3 Cedu limitatamente al primo periodo di detenzione di Sulejmanovic. La trasposizione dell'art. 3 Cedu in ambito penitenziario impone agli Stati di garantire che la detenzione intramuraria rispetti la dignità umana, senza procurare sofferenze superiori a quelle inevitabilmente connaturate alla privazione della libertà personale ed alla finalità della pena4. Riguardo ai locali di detenzione, prosegue la Corte, il rispetto dipende anche dallo spazio effettivamente disponibile per ciascuno di essi, invitando il nostro paese ad adeguare la sua legislazione per distinguere le celle dei condannati in via definitiva da quelle dei detenuti in attesa di giudizio, nonché le celle

[2] T. Padovani, *La pena carceraria,* in Giustizia Criminale, Pisa, University Press, 2014, pag. 256
[3] Corte eur.dir. uomo, 16 Luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *http://hudoc.echr.coe.int*
[4] N. Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea*, in Cassa. Pen., 2009, pag. 4931

predisposte per il giorno da quelle per il pernottamento. Il fattore spaziale, pur determinante, deve essere considerato unitamente alle altre caratteristiche del luogo (illuminazione, areazione, condizioni climatiche, uso dei servizi igienici) nonché alla durata della detenzione, all'età, al sesso, al rispetto dei servizi sanitari5. Nel suo sottile ragionamento il giudice ha sostenuto che lo spazio detentivo compreso tra i 3-4 m^2 è tale da integrare una violazione della Cedu solo in presenza di altre caratteristiche che rendono la detenzione inumana e degradante, ma in situazioni dove lo spazio vitale della cella fosse inferiore ai 3 m^2 la presenza di questa sola condizione non esclude che si possa configurare una violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani. Ed è sulla base di questo ragionamento che la Corte Edu ha condannato l'Italia limitatamente al primo periodo di detenzione del ricorrente, mentre ha escluso ogni responsabilità per il periodo successivo, in quanto lo spazio disponibile fu sempre superiore ai 3 m^2. È inoltre molto interessante leggere la *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky, che ha criticato la condanna del nostro paese. A suo giudizio la maggioranza del collegio avrebbe distorto le raccomandazioni del CPT, in quanto l'indicazione di uno spazio minimo di 7 m^2 si presenterebbe come livello auspicabile e non minimo che ogni stato europeo avrebbe il compito di raggiungere. Secondo il giudice italiano la Corte, in sentenze anteriori alla *Sulejmanovic,* avrebbe dimostrato che la violazione dell'art. 3 Cedu non potesse essere integrata esclusivamente dal numero dei detenuti presenti in una cella, bensì dal concorso di un insieme di fattori relativi alla vita dei reclusi: condizioni igieniche, rischio di malattie, mancanza di acqua e di elettricità, carenza di cure adeguate6. Proprio l'assoluzione di alcuni Stati non garantisti come la Russia o la Lituania rappresenta l'incomprensibile scelta (e forse l'errore) della Corte di condannare il nostro paese, tanto più che il ricorrente non aveva sofferto alcun disagio eccetto l'iniziale mancanza di spazio individuale nella cella. Facendo ricadere nel divieto di cui all'art. 3 Cedu non solo il trattamento "intollerabile" ma anche quello "auspicabile", si è poi costretti a valorizzare fattori e circostanze che, alla fine, porteranno a giustificare quel trattamento, che, solo in astratto, rimarrà contrario alla norma convenzionale7. Le conseguenze di una simile interpretazione generano una pericolosa deriva verso la relativizzazione del divieto, dato che, quanto più si abbassa la soglia minima di gravità, tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze. Una difesa della condizione italiana che però è rimasta inascoltata. Anche se il nostro paese fu condannato non possiamo affermare che il problema del sovraffollamento fosse sconosciuto al legislatore perché contestualmente alla sentenza si intrapresero alcune politiche riformatorie su tre fonti: 1) potenziamento dell'edilizia penitenziaria tramite il c.d piano svuota carceri del 2010; 2) ampliamento delle misure dei benefici penitenziari e delle alternative alla detenzione; 3) interventi sulla legge n. 251/2005 per diminuire il flusso di entrata nelle carceri8. Gli

[5] N. Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea,* cit., pag. 4932
[6] N. Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea,* cit., pag. 4933
[7] N. Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea,* cit., pag. 4933
[8] D.Chinnici, *Diritti dei detenuti e sovraffollamento carcerario. Rimedi compensativi e tutele preventive*, in Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean, Pacini Editore, 2017, pag. 237

interventi sono tutti frutti della scelta del Consiglio dei Ministri di dichiarare, con provvedimento del 12 Gennaio 2010, lo stato di emergenza nazionale derivante dall'eccessivo sovraffollamento delle carceri italiane. Le stesse parole dell'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi sottolineano la delicatezza del tema: «la predetta situazione di criticità determina un grave rischio per la salute e la sicurezza dei detenuti. Occorre la necessità di procedere al fine di assicurare la salute e la sicurezza dei detenuti*»9*. Non dissimili per contenuto le dichiarazioni che l'onorevole Alfonso Papa ha espresso nel suo intervento durante la discussione della legge n. 199/2010, sostenendo che: «questo disegno di legge tocca un tema di pressante attualità, sul quale si è drammaticamente chiusa la precedente legislatura e sul quale si è aperta quella attuale. Si tratta del tema del sovraffollamento carcerario, nonché dell'esigenza di porre in essere misure per intervenire sia sull'esecuzione della pena in termini di umanità e di rieducazione, sia su un sistema che necessita di interventi radicali. Dobbiamo ricordare a noi stessi, a questo Parlamento e all'opinione pubblica che la popolazione carceraria effettiva è oggi di quattro volte superiore alla capacità di contenimento delle strutture che abbiamo in essere. È inutile che stia qui a ricordare come tante volte sia stata messa in evidenza la situazione nella quale versa il sistema carcerario*»10*. Nelle ultime due decadi la popolazione era significativamente aumentata, in Italia e nel resto d'Europa, a causa di fattori che molti autori individuano nell'aumento della criminalità, nell'esclusione sociale e nella domanda securitaria. In Italia, inoltre, ad un diritto garantista nei libri si contrappone un diritto minimo nei fatti, in quanto tutto il sistema sembra ruotare su una generica esigenza della certezza della pena che solo la pena detentiva sembrava capace di assicurare11. La sentenza *Sulejmanovic*, anche se criticata, ha esibito una realtà che mostrava le sue crepe strutturali ed a cui occorreva una riforma urgente per affrontare il problema del sovraffollamento carcerario. Basta riflettere su un dato: secondo il Ministero della giustizia alla fine del 2009 la popolazione detenuta totale era di 64.791 unità, a fronte di una capienza regolamentare di 44.073. A questo numero già spaventoso si deve aggiungere un altro dato allarmante, ossia il numero dei suicidi. Nel solo 2010 si sono suicidati ben 66 detenuti, raggiungendo uno dei risultati più nefasti della storia repubblicana. Senza dimenticare che i tentativi avevano raggiunto il numero di 910, portando il segretario della UIL PA penitenziari Eugenio Sarno a parlare di: «conferma di un livello di degrado, disumanità, inciviltà ed illegalità che connotano l'universo penitenziario italiano*12*». Se però una critica deve essere mossa alla politica italiana, indipendentemente dalle forze politiche al potere, riguarda la scelta delle modalità e degli strumenti da adottare per affrontare il problema. In quella situazione si adoperò l'art. 5 della legge n. 225/1992 per varare lo stato di emergenza in tema di sovraffollamento carcerario, in quanto il testo della legge consente di dichiarare lo stato di emergenza non solo in presenza di calamità naturali,

[9]https://www.ilsussidiario.net/news/politica/2010/9/29/silvio-berlusconi-discorso-testo-integrale-intervento-camera-parlamento-fiducia-5-punti-diretta/116042/
[10] http://banchedati.camera.it/tiap_16/ctrStartPage.asp
[11] G. Abbadessa, *La Corte europea dei diritti sulle carceri italiane*, in Quaderni Costituzionali, 2009, pag. 953-954
[12] https://www.polpenuil.it/galleria-video-audio/2288-070710-emergenza-carceri-intervista-su-uil-web-tv.html

ma anche in presenza di situazioni che per diffusione ed intensità si affrontano solo con strumenti non ordinari. Il legislatore si è mosso nella necessità di tutelare i diritti fondamentali dei detenuti per far cessare trattamenti inumani e degradanti. Per attuare il progetto, lo stato di emergenza delle carceri è stato posto fino al 31 Dicembre del 2010, per poi essere prorogato in un primo momento fino al 31 Dicembre del 2011 con un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e poi successivamente con il decreto c.d. mille proroghe fino al 31 Dicembre 201213.La scelta non è che l'ennesimo tentativo di rattoppare una legislazione slabbrata e non autosufficiente tramite strumenti acclamati come *farmacòn* per il malato sistema penitenziario. Sarebbe stato più appropriato che il legislatore e l'Esecutivo avessero ordinato all'amministrazione di procedere, con l'aiuto della magistratura di sorveglianza, alla riduzione del numero dei detenuti sino alla soglia massima di tolleranza tramite criteri di priorità nella scarcerazione, graduati sulla lesività della condotta e sulla pericolosità del detenuto. In questo modo le esigenze costituzionali in tema di carcerazione potrebbero essere integralmente soddisfatte14. Ma si sa il legislatore non è mai un veggente e la valutazione sulle sue politiche è sempre un giudizio a posteriori.

2. Il piano svuota-carceri del 2010 e le manovre penitenziarie antecedenti alla sentenza Torreggiani

Per comprendere lo scenario entro il quale la legge svuota carceri è stata emanata, in data 17 novembre 2010, risulta utile leggere quanto enunciato nella conferenza dei direttori degli istituti penitenziari (Edimburgo, 9-11 settembre 2009) dedicata al problema del sovraffollamento carcerario. Nel testo conclusivo della conferenza la discussione circa le possibili contromisure si è innestata sulla premessa secondo cui: «*les taux de dètention varient gènèralement beaucoup plus en fonction des dècision politiques que des nivaux de criminaloitè15»*. Qui la fonte del problema. La sottolineatura è idonea a fornire una chiave di lettura del problema, permette di avere uno strumento col quale comprendere il perché l'Italia per alcuni anni ha avuto la "maglia nera" del più alto numero di detenuti, con una percentuale di sovraffollamento del 153%. Durante la XVIª legislatura il proposito è stato quello di tracciare una discontinuità rispetto al passato, puntando sulla costruzione di nuove carceri e sull'ampliamento di quelle esistenti. Una scelta che non cozzava col finalismo rieducativo della pena, anzi si sposava con quest'ultima, ma che alla fine si rivelò solo una affermazione programmatica mai realizzata. Il perché si deve alla mancanza di risorse per finanziare il progetto. Per assicurare che gli obiettivi della legge n. 199/2010 fossero attuati, nel 2009, con

[13] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., pag. 273-274
[14] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., pag. 277-278
[15] F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?* in Diritto penale e procedura, 2011, pag. 5

la conversione del dl n. 207/2009 in legge n. 14/2009, fu stabilita che le risorse dalla Cassa delle Ammende potessero essere impiegate non solo per assistere i detenuti e le loro famiglie, ma anche per realizzare "progetti di edilizia penitenziaria". La legge svuota carceri, riguardo allo sviluppo delle misure alternative, fu pensata per due categorie di soggetti, da un lato condannati a pena detentiva che attendevano l'esecuzione della pena, dall'altro condannati a pena detentiva che stanno scontando la pena. Nel primo caso la pena non doveva essere superiore ad un anno, nel secondo caso il limite massimo di un anno riguarda la pena residua. In entrambi i casi la pena poteva essere eseguita presso il domicilio del condannato se sussistevano alcuni requisiti (domicilio idoneo, buona condotta, rispetto delle prescrizioni imposte dal tribunale di sorveglianza16). L' idea che si era sviluppata era di fornire a coloro che non avevano pene eccessive di usufruire di un istituto che potesse rappresentare una alternativa al carcere. Inoltre, se si considera che la misura si applica anche sul residuo della pena, significa che anche coloro che non avevano usufruito né della liberazione condizionale né della pena sostitutiva potevano disporre di un ulteriore strumento per abbandonare il carcere17. In sede parlamentare sono stati poi eliminati tutti gli articoli in cui si richiamavano le funzioni del magistrato di sorveglianza in un ruolo puramente notarile. Infatti, questi deve esprimere sempre il suo parere relativamente alla possibilità che il detenuto usufruisca della detenzione presso il domicilio, così come deve essere considerato nel caso in cui proponga la revoca della misura. Infine, la legge aveva rivisto un aspetto della legge ex Cirielli n. 251/2005 sul tema della recidiva reiterata dell'art. 99, com. 4 c.p. In particolare, in primis è stato abrogato il com. 1.1 dell'art. 47-ter ord. pen. che prevedeva che il limite massimo per accedere alla detenzione presso il domicilio non superasse i tre anni di pena (anche residua). Infatti, si trattava di proteggere una categoria di soggetti, i recidivi reiterati, che non godevano dello stesso trattamento penitenziario, non potendo originariamente usufruire della misura alternativa. Tutto giustificato alla luce di una presunzione legislativa di una pericolosità sociale18 che non sempre era concretamente provata. L'altra novità è stata l'abrogazione del com. 1bis dell'art. 47-ter ord.pen. che inibiva la detenzione domiciliare generica per i recidivi reiterati, paragonandoli ai detenuti in regime speciale di cui all'art. 4bis ord. pen. Fu eliminata tale ipotesi, consentendo anche ai recidivi reiterati di godere della detenzione domiciliare generica, ma sempre ove vi fossero elementi che il condannato non si desse alla fuga e o che commetta nuove ipotesi di reato. Una manovra, quella dello svuota-carceri, che ha destato perplessità per più di un profilo. Sicuramente è stata molto criticata la scelta di concedere ai recidivi reiterati la facoltà di espiare la pena o il residuo di essa nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, in quanto la legge concede il diritto di abbandonare la dimora per specifici motivi quali lavoro o salute. Ma è stato molto più criticato il potere del magistrato di sorveglianza di esprimere un parere negativo sulla richiesta di detenzione domiciliare,

16 S. Turchetti, *Legge svuota-carceri ed esecuzione della pena presso il domicilio*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2010
17 F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri*, cit., pag. 7
18 F. Caprioli, L. Scomparin, *Sovraffollamento Carcerario e diritti dei detenuti,* cit., pag. 105-106

quando, ufficialmente, l'unico organo competente a disporre la misura è il Tribunale di Sorveglianza19. È stato correttamente sottolineato che la discrezionalità del magistrato di sorveglianza avrebbe creato un contrasto con il Tribunale di Sorveglianza, con la conseguenza che la giurisprudenza di un collegio non sarebbe risultata la medesima di un altro, creando un contrasto tra i 29 Tribunali diffusi sul territorio nazionale. Purtroppo, la riforma non ebbe gli effetti sperati poiché il numero dei detenuti che effettivamente beneficiò di questo strumento fu di 1500-1700, contro i quasi 8000 previsti dalle stime dell'Esecutivo. Inoltre, le statistiche del DAP mostravano che annualmente i detenuti crescevano mediamente tra le 700/800 unità20, confermando, come sostennero molti studiosi, l'inefficacia di queste misure.

2.1 Il d.l. n. 211/2011 per superare il problema delle c.d. "porte girevoli". La lettera di centoventi giuristi al Presidente della Repubblica ed il messaggio alle Camere. La proposta della Commissione mista del CSM

Constatando l'inefficienza delle misure introdotte con la legge n. 199/2010, il legislatore ha varato una nuova serie di misure per contrastare il sovraffollamento carcerario con il d.l. n. 211/2011, c.d. "Pacchetto Severino", convertito in legge n. 9/2012. Anche se l'intento era di intervenire solo sullo specifico problema della capienza eccessiva degli istituti di detenzione, la legge è intervenuta su situazioni "di contesto", quali la convalida dell'arresto dinanzi al tribunale in composizione monocratica e ampliando nuovamente il regime della detenzione presso il domicilio. Nel dichiarato intento di superare il sistema delle c.d. "porte girevoli", non disgiunto da un favor verso forme di espiazione della pena in forma extracarceraria, la legge cerca di riaffermare la funzione del carcere come extrema ratio custodiale, nell'ottica del superamento dell'ossessione carcerocentrica. Una legge salutata con favore per il rilancio di una cultura di metodi alternativi al mero custodialismo, operativa sia nell'ambito del procedimento di cognizione, sia in quello di esecuzione21. Innanzitutto, la legge ha novato l'art. 558 c.p.p. in tema di convalida dell'arresto e giudizio direttissimo, incidendo sui termini per la convalida dell'arresto e sulla individuazione del locus custodiale. Infatti, il nuovo com. 4 prevede che il pubblico ministero possa presentare direttamente in udienza l'arrestato e chiedere contestualmente la convalida dell'arresto e il giudizio direttissimo entro quarantotto ore dall'arresto (invece che entro novantasei ore). La logica era di realizzare il principio di concentrazione delle udienze, organizzando turni di magistrati e di personale in grado di garantire le udienze. Con riferimento ai luoghi della custodia, la legge richiama espressamente i

[19] F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri*, cit., pag. 8
[20] F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri*, cit., pag. 9
[21] C. Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in Diritto Penale e Procedura, 2012, pag. 410

luoghi adibiti per la misura cautelare degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), ossia l'abitazione personale, altro luogo di privata dimora, luogo pubblico di cura o di assistenza, o casa-famiglia protetta se istituita. Solo se nessuno di questi luoghi fosse disponibile e l'arrestato fosse pericoloso, il pubblico ministero dispone la sua permanenza presso strutture idonee nella disponibilità degli ufficiali o agenti della polizia giudiziaria22. In questo particolare caso il pubblico ministero emana un decreto motivato con il quale spiega al giudice i motivi per i quali l'unica misura possibile sia la custodia cautelare in carcere. La seconda grande novità del "Pacchetto Severino" è aver modificato la detenzione presso il domicilio della legge n. 199/2010, innalzando il limite dai dodici ai diciotto mesi di pena per chiedere la misura. L'aspirazione della nuova legge di ampliare il requisito oggettivo delle condizioni per l'accesso alla misura alternativa fu avvertita come il superamento della legge svuota-carceri, considerata troppo timida per affrontare il tema dell'*overcrowding*. Infatti, uno degli insuccessi si individua nell'ostracismo dei condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4bis ord. pen., trovandosi molti di loro a fine pena, ma impossibilitati a chiedere la detenzione presso il domicilio. Se si considera che a fine Dicembre 2011 il 61,8% dei detenuti doveva scontare una pena inferiore ai tre anni, e di questi il 27,43% solo di un anno, si comprende che l'applicazione del beneficio della misura alternativa ai recidivi non sia stata sufficiente23. Infine, la legge n. 9/2012 ha predisposto il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari e delle Case di cura e custodia previsti dagli art. 219 e 222 c.p., sostituendoli con le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS). La nuova figura si ispira all'esclusiva gestione sanitaria all'interno della residenza stessa, all'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna, alla destinazione delle strutture ai soggetti provenienti dal territorio regionale di ubicazione. Il termine per la loro istituzione era il 1° febbraio del 2013, ma per via dell'inefficienza del sistema ad adeguarsi a questa radicale riforma, fu posticipato il tutto fino al 31° marzo 2015. Le residenze dell'esecuzione delle misure di sicurezza rappresentano un modello valutato positivamente dagli studiosi, in quanto permettono di assicurare una tutela ed una protezione alla sicurezza ed alla salute degli internati, in condizioni migliori rispetto agli Ospedali od alle Case di custodia. Particolarmente interessante è osservare come la giurisprudenza di merito abbia interpretato le novità della legge svuota-carceri e delle modifiche introdotte dal Pacchetto Severino. Uno dei profili più discussi fu la scelta, forse arbitraria e presuntiva, di non concedere lo strumento della detenzione presso il domicilio a coloro che avevano riportato condanna ai sensi dell'art. 4bis ord.pen. In particolare, i giudici si erano chiesti se fosse possibile lo scioglimento del cumulo giuridico delle pene. Il cumulo giuridico è l'istituto che permette di calcolare la pena da irrogare al reo, partendo dalla pena prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo. Il Tribunale di Sorveglianza di Torino ha stabilito con una ordinanza del 20/03/2013 che fosse possibile applicare il meccanismo dello scioglimento del cumulo giuridico delle pene ed applicare la detta misura al condannato che, pur avendo commesso uno dei delitti di cui all'art.

[22] C. Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in Diritto Penale e Procedura, 2012, pag. 411-412
[23] C. Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in Diritto Penale e Procedura, 2012, pag. 413

4bis ord.pen., abbia già scontato, al momento della richiesta, la pena riferibile al reato ostativo e si trovi in espiazione di una pena, o di una parte di pena, riferita ad ipotesi delittuose non ostative alla concessione del beneficio richiesto24. La popolazione detenuta non accennava a diminuire nonostante gli interventi emergenziali. A fine 2012, secondo i dati ISTAT e del Ministero della Giustizia, la popolazione reclusa totale ammontava a 65.701 detenuti. Pochissimi mesi prima di questi dati centoventi giuristi, guidati dal professor Andrea Pugiotto, avevano inviato una lettera al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, chiedendo di esercitare i suoi poteri di inviare messaggi alle Camere25 e sollecitarle per una seria riforma del sistema penitenziario italiano. Nella lettera si parlava espressamente di una «tragedia senza fine delle carceri italiane*»,* della necessità di modificare l'intero sistema, dichiarato non rispettoso dei diritti umani dalla Corte Edu nelle sue sentenze, di ridare centralità alla funzione umanizzante e risocializzante della pena. Richiamando il ruolo di istituzione super partes e difensore dei valori di legalità e democrazia, i firmatari invocavano a gran voce un intervento delle forze politiche per una riforma razionale e non emergenziale, capace di superare le inefficienze del sistema giustizia. Nell'espressione «Se non ora quando?*»* si coglieva tutta l'urgenza e la drammaticità di una riforma che non doveva più essere posticipata. Il Presidente ha esercitato il suo potere di rivolgere messaggi alle Camere in data 08/10/2013 (quando era già stata emanata la sentenza Torreggiani) e nel suo intervento ha sottolineato la grave situazione delle carceri italiane, la presa di coscienza piena del fenomeno e un'auspicabile rapida soluzione al problema. Per non essere più il paese europeo con la maggior popolazione detenuta, Il Presidente Giorgio Napolitano indicava quali possibili soluzioni: a) la riduzione complessiva dei detenuti tramite strumenti di *probation* od altre forme restrittive della libertà di tipo non detentivo; b) aumentare la capienza complessiva degli istituti detentivi attraverso un programma di ampliamento dei posti disponibili; c) l'impiego di provvedimenti straordinari di estinzione della pena o parte di essa quali l'amnistia e l'indulto. La grave situazione ha motivato il CSM ad istituire, con delibera del 26 luglio 2010, una "Commissione mista", presieduta dal professore emerito Glauco Giostra e composta da tre membri nominati dal Ministero della Giustizia e da sei magistrati, per elaborare proposte di intervento sul piano ordinamentale, organizzativo e normativo, idonee ad affrontare il tema dell'*overcrowding*. Il documento elaborato dalla Commissione proponeva una serie di interventi normativi ed organizzativi, diretti a favorire il deflusso delle strutture carcerarie, diminuire gli ingressi ed incidere sulla durata dei procedimenti. La prima parte di questa proposta, relativa agli interventi normativi, era basata sull'eliminazione delle preclusioni per l'accesso ai benefici penitenziari, poste per i detenuti in regime di art. 4bis ord.pen., recidivi reiterati ex art. 99 c.p. e sottoposti a misure di carattere cautelare ex art. 275 c.p.p. Nella sua esposizione, la Commissione sosteneva che l'abrogazione di questi limiti sarebbe compatibile con la logica costituzionale che vuole il carcere come extrema ratio e la pena individualizzante, adatta alle singolarità e specificità del

[24]Trib. Sorv. Torino, ord. 20 Marzo 2013, in www.cortediappellodiTorino.it
[25] Art. 87, com. 2 Cost

reo, per assicurare la sua risocializzazione. Inoltre, si criticava il sistema delle preclusioni assolute perché esse esprimono la sfiducia del legislatore nei confronti della magistratura di sorveglianza26. La loro soppressione si traduceva in una maggiore libertà ed operatività dei magistrati nell'accogliere o respingere le proposte avanzate dai detenuti. A sostegno delle sue posizioni la Commissione sosteneva che un effetto positivo de futuro sarà la riduzione degli ingressi in carcere, atteso che il tasso di recidiva era notevolmente più alto tra i condannati che hanno espiato la pena solo in forma detentiva. Sul versante organizzativo, invece, si tenda a realizzare protocolli di intesa a livello distrettuale e locale, che prevedessero modalità organizzative per accelerare la trattazione dei procedimenti, il passaggio di competenze dalla magistratura di sorveglianza alle amministrazioni penitenziarie, la creazione di nuovi istituti, l'ampliamento del personale delle amministrazioni penitenziarie e della magistratura di sorveglianza, l'introduzione di un rimedio giurisdizionale per una effettiva tutela dei diritti dei detenuti. La relazione della Commissione, presentata al Salone della Giustizia di Roma il 21 novembre del 2012, rappresentava un documento importante, redatto da esperti del diritto penale e processuale, e capace di evidenziare profili su cui si concentreranno negli anni successivi gli interventi successivi del legislatore.

3. La sentenza Torreggiani. La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu per deficit strutturale

L'8 gennaio 2013 la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha emesso una nuova condanna contro il nostro paese con la sentenza Torreggiani e altri c. Italia*27*. L'oggetto del ricorso riguardava un caso di sovraffollamento carcerario, in cui il ricorrente ed altri detenuti, rinchiusi nel carcere di Busto Arsizio, lamentavano di essere costretti a vivere in una cella di 9 m^2 ed ognuno disponeva solo di 3 m^2. Inoltre, altro motivo di doglianza era l'accesso alla doccia dell'istituto, limitato a causa della penuria di acqua calda. Le medesime condizioni detentive erano presenti anche nel carcere di Piacenza, al cui interno si trovavano altri ristretti che parteciparono al ricorso contro lo Stato italiano. Infatti, furono propri i detenuti del carcere piacentino ad adire il competente Tribunale di Reggio Emilia per sovraffollamento carcerario e per violazione dell'art. 3 ord. pen. Il collegio constatò che la struttura di Piacenza poteva ospitare circa 376 detenuti (mentre all'epoca il numero complessivo era di 415) e che i ricorrenti si trovavano in celle concepite per ospitare solo un detenuto. Richiamando il precedente della giurisprudenza *Sulejmanovic*, il Tribunale concluse che si trattava di un comportamento contrario alla Cedu, invitando l'amministrazione

[26] G. Giostra, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2013, pag. 55-56

[27] Corte eur.dir. uomo, 8 Gennaio 2013, Torreggiani e altri c.Italia, in *http://hudoc.echr.coe.int*

penitenziaria a prendere provvedimenti urgenti28. Successivamente anche il signor Torreggiani e gli altri compagni di cella proposero un reclamo contro le condizioni della loro detenzione. Alla fine, la questione fu posta davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo e i giudici di Strasburgo accolsero le richieste dei ricorrenti. In particolare, i giudici hanno osservato come il malfunzionamento dei rimedi preventivi in situazioni di sovraffollamento carcerario dipende ampiamente dalla natura strutturale del fenomeno. Gli istituti di Busto Arsizio e di Piacenza sono abbondantemente sovraffollati, cosi un gran numero di carceri italiane, al punto che il sovraffollamento carcerario in Italia ha assunto le dimensioni di un fenomeno strutturale e non riguarda il caso particolare dei ricorrenti. Di conseguenza, sostiene la Corte, è logico constatare che le autorità penitenziarie italiane non siano in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni detentive conformi alla Convenzione29. I giudici enunciano il principio per il quale, se la privazione della libertà personale comporta per i detenuti alcuni inconvenienti, la carcerazione non elimina i diritti sanciti nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il menzionato art. 3 Cedu pone a carico delle autorità nazionali l'obbligo positivo di assicurare ai detenuti condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, evitando loro inutili sofferenze durante lo stato di detenzione. La Corte ha sostenuto, già in precedenti pronunce, che un comportamento lesivo dell'art. 3 Cedu si configura sia quando l'assenza di spazio minimo raggiunge da solo un livello di insostenibilità tale da essere valutato come tortura sia quando la mancanza di spazio è valutata in riferimento ad altri aspetti della detenzione (assenza di luce, percosse, sporcizia del luogo). Riflettendo sulle condizioni dei ricorrenti nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza, ha constatato che lo spazio individuale delle celle fosse non conforme ai parametri internazionali e che fosse stata ulteriormente aggravata da ulteriori situazioni, quali la mancanza di acqua calda, di illuminazione e di ventilazione. Tutti i ricorrenti sarebbero così stati sottoposti ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione. Ma la differenza principale tra questa sentenza e la *Sulejmanovic* riguarda la natura della pronuncia, poiché la sentenza Torreggiani è una sentenza pilota. Lo schema che generalmente si adotta è il seguente: si parte dall'accertamento della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione, poi separatamente la Corte enuclea un macro-evento che ostacola l'esecuzione di quel giudicato e stabilisce che solo attraverso l'eliminazione di questa situazione lo Stato potrà venire incontro positivamente ai suoi obblighi di matrice convenzionale ed infine lo Stato ha l'obbligo di adottare misure adeguate affinché si ponga fine a quel macro eventi30 In alcuni casi la Corte di Strasburgo abbandona la connotazione di "giudice del caso concreto", riguardo al quale limitarsi a riscontrare la violazione di uno dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione, per avviarsi verso una prospettiva più specifica ed incisiva, nel cui ambito andare oltre la mera segnalazione dell'avvenuta violazione e indicare nella sentenza, allo Stato

[28] Punti A e B delle circostanze in fatto della sentenza
[29] §54 delle circostanze di diritto
[30] C.L. Volino, *La protezione diretta ed indiretta dei diritti del detenuto*, in Diritto Penale Contemporaneo, marzo 2013, pag. 6

membro responsabile della violazione, le "lacune" normative e strutturali interne all'origine della inosservanza31. La Corte può adottare una procedura di sentenza pilota che le consenta di mettere in luce l'esistenza di problemi strutturali all'origine delle violazioni di indicare le misure od azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio32. La Corte ha appena constatato che il sovraffollamento carcerario in Italia non riguarda esclusivamente i casi dei ricorrenti. Essa rivela, in particolare, che il carattere strutturale e sistematico del sovraffollamento carcerario in Italia emerge chiaramente dai dati indicati in precedenza nonché dai termini della dichiarazione dello stato emergenziale proclamata dal Presidente del Consiglio dei ministri italiano 201033. La situazione lamentata dai ricorrenti trae origine da un malfunzionamento cronico del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone. La Corte ne conclude che le autorità nazionali devono creare senza indugio un rimedio o una serie di rimedi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Così quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 Cedu, il rimedio riparatorio si identifica con la rapida cessazione della violazione a non subire trattamenti inumani e degradanti, mentre, sul piano compensativo, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità ottiene una riparazione per la violazione subita. Tale o tali rimedi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione e posti in essere entro un anno dalla data in cui essa sarà divenuta definitiva34. Da menzionare anche l'opinione del giudice Jočienè, uno dei membri del collegio nella sentenza Torreggiani, il quale ha aderito all'opinione degli altri componenti per due ordini di ragioni: da un lato il prorogare lo stato di emergenza delle carceri italiane senza che fosse adottata una soluzione definitiva, dall'altro che lo spazio vitale minimo stabilito dalle raccomandazioni del CPT non fossero state rispettate dalle amministrazioni penitenziarie italiane.

Questa sentenza fa emergere un ulteriore profilo dell'attività della Corte di Strasburgo, quello di organo capace di raccomandare, guidare, esortare gli Stati verso un miglioramento della propria legislazione. Qualora uno Stato non sia in grado di assicurare a ciascun detenuto condizioni conformi all'art. 3 Cedu, la Corte lo esorta ad intervenire per ridurre la popolazione detenuta o tramite un più ampio ricorso a misure privative della libertà personale o a una riduzione della custodia cautelare in carcere. Ed allora l'attenzione dovrà essere puntata su una nuova legislazione penale in cui il ricorso alla esecuzione della pena detentiva sia ridotto, potenziando gli strumenti alternativi alla detenzione35. Sulla scia di tale auspicio si innesta la circolare del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano (15 Gennaio

[31] M. Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in www.Federalismi.it, 2013, pag. 5
[32] §84 delle circostanze di diritto
[33] §87 delle circostanze di diritto
[34] §99 delle circostanze di diritto
[35] M. Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario*, cit., pag. 15

2013) Edmondo Bruti Liberati che invitava i colleghi magistrati ad applicare, sia in tema di misure cautelari sia in fase di esecuzione, gli auspici della Corte Edu per riorientare la politica penale verso il minimo uso della carcerazione allo scopo di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria36. Infine, da ricordare anche un ulteriore messaggio che il Presidente emerito Giorgio Napolitano rivolse alle istituzioni parlamentarie dopo la visita al carcere di San Vittore nello stesso anno della Torreggiani, auspicando che fossero seguite ed attuate le direttive della Corte. La decisione di condannare il nostro paese per lesione dei diritti dei detenuti è stata particolarmente forte poiché il sovraffollamento è considerato *contra ius* a prescindere dalla valutazione del caso concreto, non tanto quanto condotta dello Stato nei confronti di un singolo, quanto quale pratica generale dello Stato, in una dimensione soggettivamente indeterminata. La Corte trascende la dimensione semplicemente individuale e riqualifica in termini di contraddittorietà al dettato convenzionale il livello di popolazione carceraria imponendone allo Stato convenuto la riduzione37. Ora se si commette un illecito o peggio un reato, bisogna punire, non si può non rispettare la Costituzione, la Cedu, l'ordinamento penitenziario ed il suo regolamento di esecuzione. Ma siamo in Italia, anzi siamo l'Italia, dove ciò che non è cosa da paese normale, è cosa normale nel nostro paese. Perciò occorreva un impulso esterno per recuperare la legalità smarrita. Solo che non è bastata la sentenza *Sulejmanovic* che ci ha svelati come bugiardi rispetto ai nostri obblighi, interni e sovranazionali, ma abbiamo atteso la sentenza Torreggiani, che ci ha condannati come crudeli seriali, per decidere di correre ai ripari38. Il punto più vergognoso di questa vicenda, di questo "caso Italia" è che il metodo della sentenza pilota la Corte lo ha adottato anche per denunciare le difficoltà strutturali di paesi come Polonia, Russia, Belgio, Ungheria, Bulgaria. Senza dimenticare che sono osservati speciali anche paesi come Lettonia, Slovacchia, Bosnia. Però il nostro paese è uno dei fondatori dell'Unione Europea, è la patria di importanti giuristi come Calamandrei, Mantovani, Cordova, Bricola, è uno Stato di diritto. Essere affiancati a paesi di minore tradizione giuridica non è una nota positiva per l'intero Stato-apparato. Però da questa vicenda sono emersi anche aspetti importanti, quali la necessità di colmare il vuoto normativo, spingere la giurisprudenza a sentenze più coraggiose per la tutela dei diritti dei detenuti, creare un modello per risolvere *l'overcrowding prisons*. Dopo che la sentenza Torreggiani è divenuta definitiva, per il nostro paese si è palesata come unica strada quella di recepire ed attuare le direttive della sentenza, riformando il sistema detentivo nel suo quadro generale e creando quegli strumenti di tipo «preventivo e compensativo*39*» non rinviabili per proteggere i diritti dei detenuti da trattamenti inumani e degradanti.

---

[36] G. Leo, *Emergenza carceri: La circolare del procuratore della Repubblica di Milano dopo la sentenza della Corte Edu nel caso Torreggiani v. Italia, https://www.penalecontemporaneo.it/d/2019-emergenza-carceri-la-circolare-del-procuratore-della-repubblica-di-milano-dopo-la-sentenza-della-co*

[37] C.L. Volino, *La protezione diretta ed indiretta dei diritti del detenuto*, cit., pag. 1-2

[38] A. Bernardi, M. Venturoli, *La lotta al sovraffollamento carcerario in* Europa, cit., pag. 103

[39] §99 delle circostanze di diritto

3.1 Il reclamo al magistrato di sorveglianza, dalla sentenza n. 26/1999 alla n. 135/2013 della Consulta

Riflettendo sul contenuto della sentenza Torreggiani, notiamo che la Corte ha invitato lo Stato italiano a predisporre degli strumenti idonei per tutelare i diritti dei detenuti. Sarebbe sicuramente fuorviante pensare che nell'ordinamento penitenziario non esistesse nessun mezzo per accogliere le lamentele dei detenuti. In realtà questi strumenti esistevano, solo che non erano considerati, a giudizio della Corte, idonei a raggiungere un elevato grado di protezione. Le disposizioni da richiamare sono gli art. 35 e 69 ord. pen. nella versione anteriforma. La prima indica quali sono i soggetti legittimati a ricevere i reclami (scritti od orali), tra cui il direttore dell'istituto carcerario, il magistrato di sorveglianza ed il Garante dei diritti dei detenuti. La seconda disposizione inserisce alle funzioni del magistrato di sorveglianza, tra cui vigilare sull'organizzazione degli istituti penitenziari, assicurare l'esecuzione delle misure di sicurezza personali, valutare la pericolosità sociale del reo nonché la sua abitualità e la tendenza a delinquere. Molto importante è il com. 6 dell'art. 69 ord. pen. che disciplina i casi in cui è ammesso il reclamo giurisdizionale, ossia: a) le condizioni concernenti l'esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa. In particolare, se l'oggetto del reclamo fosse la sanzione dell'isolamento all'aria aperta per non più di dieci giorni e l'esclusione delle attività in comune per non più di quindici giorni, il sindacato del magistrato di sorveglianza non si limita ai profili di legittimità ma si estende anche al merito del provvedimento. Quindi in questi casi il giudice valuterà non solo la logica del provvedimento ma anche se la congruità e la correttezza della sanzione; b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti40. In origine il magistrato aveva competenza pure in materie quali la remunerazione, le il lavoro intra ed extramurario, le assicurazioni previdenziali, ma poi la sentenza della Consulta n. 241/2006 ha dichiarato illegittimo questo articolo perché non devolveva la competenza al giudice del lavoro41. Il procedimento si svolge ex art. 666 e 678 c.p.p. su richiesta del p.m., dell'interessato o del suo difensore. Il magistrato fissa la data dell'udienza, dando avviso pure all'amministrazione interessata, la quale ha diritto di intervenire o trasmettere osservazioni e richieste. Se durante la fase istruttoria l'amministrazione produce una documentazione, il reclamante ne può prendere visione per integrare i motivi del reclamo, se tali elementi risultassero decisivi per la pronuncia. La decisione del magistrato può essere di rigetto o di accoglimento. In quest'ultimo caso il giudice, se l'oggetto è una sanzione disciplinare, ordina

[40] La dottrina, tra cui S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* cit., pag. 8, concorda nel sostenere che l'espressione si riferisca ad ambiti normativi differenti da quello penitenziario.
[41] Cort. Cost. n. 241 del 2006, in www.consulta.it

l'annullamento del provvedimento, se invece si tratta di una lesione dei diritti dei detenuti, ordina all'amministrazione di porvi rimedio. L'ordinanza del magistrato di sorveglianza è a sua volta impugnabile nel termine di quindici giorni presso il Tribunale di Sorveglianza. La decisione del Tribunale è ricorribile in Cassazione per violazione di legge. Per poter dare esecuzione all'ordine del magistrato di sorveglianza, il legislatore ha previsto la facoltà per l'interessato di esperire il giudizio di ottemperanza42. Introdotto con la legge n. 5992/1889, il giudizio di ottemperanza è un istituto finalizzato ad ottenere l'adempimento da parte dell'amministrazione soccombente di conformarsi al giudicato, vale a dire porre in essere quella attività materiale e provvedimentale per adeguare la realtà concreta alla realtà di diritto e porre rimedio alla lesione del diritto. L'ottemperanza è attualmente disciplinata dall'art. 112 e ss. del codice del processo amministrativo43 ed è uno dei rari casi in cui il sindacato del giudice amministrativo è esteso al merito. La competenza aspetta al medesimo organo che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta. Se la decisione fosse ribaltata dal Tribunale di Sorveglianza allora la competenza spetterebbe a quest'ultimo. I presupposti dell'ottemperanza sono due: 1) L'ordinanza sia passata in giudicato, cioè non più suscettibile di impugnazione; 2) L'amministrazione non deve avere dato esecuzione all'ordinanza. La mancata esecuzione può constare della pura e semplice inerzia dell'amministrazione oppure nella violazione o nella elusione del giudicato. Dottrina e giurisprudenza amministrativa sono unanimi nel sostenere che questi vizi, disposti nell'art. 21septies della legge 241/1990, sono tra i casi principali in cui il diretto interessato deve ricorrere al giudice competente. La violazione di giudicato ricorre quando il nuovo atto emanato dalla pubblica amministrazione riproduce i medesimi vizi già censurati o comunque si pone in contrasto con la decisione del giudice, l'elusione sussiste quando l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti del giudice, vuole aggirarli sul piano sostanziale. Questo vizio sussiste laddove l'amministrazione, invece che esercitare i suoi poteri in contrasto col contenuto del giudicato, cerca di realizzare il medesimo risultato con una azione connotata da un manifesto esercizio del potere, in palese assenza dei presupposti che la giustificano44. In particolare, la elusione del giudicato si potrebbe profilare nel caso dell'art. 69, com.6, lett. b) ord. pen. perché il magistrato di sorveglianza deve ordinare all'amministrazione di porre rimedio alla situazione che ha leso i diritti dei detenuti e nell'agire l'amministrazione potrebbe fingere di accogliere la decisione del giudice. La giurisprudenza ha negli anni cercato di elaborare soluzioni per contrastare la cattiva prassi di provvedimenti aventi i medesimi profili di illegittimità. Tra le sentenze recenti vi è la n. 660 del 2017 della III[ª] Sezione del Consiglio di Stato sul tema del "*one shot temperato*": l'Amministrazione, a seguito dell'annullamento del proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, dovendo riesaminare l'affare nella sua interezza e sollevando, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza poter tornare a

42 S. Ardita, L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *Diritto Penitenziario*, cit. pag. 334-336
43 Decr. Legsl. n. 104/2010
44 A. Travi, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018, pag. 386-387

decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati45. In questo modo si tende a circoscrivere il margine di discrezionalità dell'amministrazione ed assicurare che l'interessato disponga di una tutela piena ed effettiva dei suoi giudizi. Nel caso in cui la domanda di ottemperanza fosse accolta il magistrato può ordinare : i) le modalità ed i tempi, tenendo conto del programma attuativo dell'amministrazione, per dare esecuzione all'obiettivo dell'amministrazione, sempre che sussista compatibilità tra programma ed attuazione del diritto; ii) la nullità degli atti emanati dall'amministrazione in violazione od elusione del provvedimento rimasto ineseguito; iii) nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*, organo che dovrà adottare gli atti, sostituendosi all'amministrazione inadempiente, per dare esecuzione alla sentenza di ottemperanza del giudice. Inoltre, il giudice ha competenza a decidere sui reclami contro gli atti del commissario in quanto questi dipende funzionalmente dall'organo giurisdizionale. Quello che possiamo notare è l'esistenza di istituti e procedimenti amministrativi-giurisdizionali che coinvolgono più di un apparato e che dovrebbero assicurare protezione ai detenuti. Usiamo il condizionale perché la stessa giurisprudenza sostenne già da diversi anni che l'istituto del reclamo non fosse sufficiente per tutelare i diritti dei detenuti. A questo proposito una conferma si rinviene nella sentenza della Consulta n. 26/1999. L'oggetto del giudizio riguardava la compatibilità dell'istituto del reclamo con gli art. 3 e 24 Cost. Il punto controverso era se il reclamo giurisdizionale fosse uno strumento idoneo a garantire una tutela piena ed effettiva di diritti costituzionalmente garantiti. Nella sentenza in primis si sottolinea che la restrizione della libertà personale comprime la sfera individuale dei diritti del detenuto, ma l'assoggettamento alla realtà carceraria non si traduce mai in un assoluto disconoscimento di tali libertà. Infatti, la restrizione della libertà personale, teorizza la Consulta in precedenti sentenze (cfr. sent. n. 114/1979 e n. 212/1997), non comporta una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione46. Se il sistema penale è improntato alla rieducazione del reo e si vietano forme di tortura e trattamenti inumani e degradanti, allora la condizione di detenzione non comporta una limitazione alla tutela giurisdizionale contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione. La questione di legittimità costituzionale riguarda la tutela dei diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione ad essa proposta. Accertato che si distingua tra profili amministrativi e profili giurisdizionali, per la Corte Costituzionale il reclamo ex art. 69 ord. pen. è privo dei requisiti minimi necessari perché lo si possa ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale, in quanto nulla è previsto circa le modalità di svolgimento della procedura o dell'efficacia delle decisioni47. Davanti a queste lacune normative la soluzione pretoria fu ricorrere per analogia all'art. 14ter ord. pen. per i casi speciali di detenzione, come affermato anche qualche anno dopo dalla sentenza

45 Cons. Stato, IIIª sez., n. 660 del 2017, in www.gazzettaamministrativa.it
46 Punto 3.2
47 Punto 3.3

della Cass. Sez. Un. n. 5079/2003. La Corte costituzionale conclude sostenendo che un conto è privare un soggetto della libertà personale e dei diritti direttamente connessi allo status di detenuto, un altro è aggiungere a questa libertà restrizioni ulteriori che non sono immanenti al contenuto che la sanzione presenta, ma dipendono da una decisione che l'amministrazione non è libera di adottare, perché i diritti non si cancellano48. Alla fine, il giudice delle leggi accoglie i ricorsi e dichiara l'illegittimità costituzionale degli art. 35 e 69 ord. pen. nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale, riconoscendo, contestualmente, la natura giurisdizionale del procedimento davanti al magistrato di sorveglianza. Da questa decisione emerge che il quadro di rimedi alle lesioni dei diritti dei detenuti non era ritenuto sufficiente, il che obbligava a varare leggi per assicurare rimedi pieni ed effettivi ai ristretti. Ma l'inerzia del legislatore si prorogò per molti anni, fino a portare la condanna del nostro paese nella sentenza *Sulejmanovic*. Solo successivamente qualcosa si è mosso, non solo sul versante legislativo. Con la sentenza della Consulta n. 266/2009 si è ritornati sul tema dei poteri del magistrato di sorveglianza nel caso di reclamo contro atti dell'amministrazione penitenziaria49. Il magistrato di sorveglianza di Nuoro, adito dai ricorrenti sulla richiesta di declassificazione dal regime dell'E.I.V (Elevato Indice di Vigilanza), sostenne che gli art. 35, 14ter e 71 ord. pen. non fossero compatibili con i principi della Costituzione. La Consulta dichiarò i ricorsi inammissibili per eccessiva generalità e vaghezza del petitum, ma contemporaneamente sostenne che le "disposizioni" impartite dal magistrato all'amministrazione fossero sempre vincolanti50. Tra le linee della sentenza emerge un profilo importante, quello della funzione del magistrato di sorveglianza. Egli dispone di facoltà di supervisionare il comportamento dell'amministrazione penitenziaria, la sua pronuncia è tale che l'amministrazione deve agire come se la sua attività fosse per natura vincolata alla disposizione del giudice. Nella pratica si registrano ancora numerose denunce di amministrazioni che non eseguono i provvedimenti del giudice, però la decisione della Consulta nel riconoscere il carattere vincolante delle prescrizioni del magistrato di sorveglianza non è rimasta priva di conseguenze. Possiamo citare l'ordinanza n. 3031 del 9 Maggio 2011 del magistrato di Sorveglianza di Roma51 in tema di art. 41bis ord. pen. Il caso trattava della limitazione all'accesso ai canali televisivi Rai Sport e Rai Storia per i detenuti rinchiusi nella casa circondariale di Roma Rebibbia in regime di 41bis. Secondo il giudice il decreto del direttore dell'istituto ledeva il diritto soggettivo del detenuto all'informazione, sancito negli art. 21 Cost. e 18 e 18bis ord. pen. Con la sua decisione l'amministrazione era obbligata a rispettare la volontà del magistrato e quindi a ripristinare i programmi televisivi. Nell'ordinanza, tra i motivi che giustificano la pronuncia, si cita anche la sentenza della Consulta n.

48 T. Padovani, *La pena carceraria*, cit. pag. 355-356

49 Cort. Cost. n. 266 del 2009, in www.consulta.it

50 Punto 6.3: «*il carattere "vincolante" è intrinseco alle finalità che la norma stessa persegue*»

51 Mag. Sorv. Roma, ordinanza n. 3031 del Maggio 2011, richiamata in Cort. Cost. n. 46 del 2012, in https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1332224376Ordinanza%20n.%2046%20del%202012.pdf

266/2009 sul carattere vincolante del magistrato di sorveglianza. Sfortunatamente l'amministrazione non eseguì l'ordine, portando il ricorrente ad un ulteriore richiamo ex art.69 ord. pen. Dalla nuova istruttoria emerse che il Ministero della Giustizia dispose con decreto del 14 luglio 2011 la non esecuzione del provvedimento giudiziale adottato in esito al primo reclamo. Precisamente il Ministero non concordava con quella interpretazione, sostenendo che i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, resi in materia di tutela dei diritti dei detenuti, si eseguono a discrezione dell'amministrazione penitenziaria. Si erano delineate così due posizioni antitetiche. Da un lato coloro che ipotizzavano il carattere vincolante della pronuncia del magistrato di sorveglianza, dall'altro il Ministero della Giustizia che profilava la natura discrezionale dell'attività dell'amministrazione. Risolvere questa diatriba appariva necessaria per profilare una tutela piena ed effettiva ai diritti del detenuto. Nel novembre del 2011 il magistrato di sorveglianza di Roma sollevò un conflitto di attribuzione davanti alla Corte, lamentando la lesione delle competenze costituzionalmente riconosciute al magistrato di sorveglianza quale giudice naturale della tutela dei diritti dei detenuti. La Corte, con ordinanza n. 46 del 7 marzo 2012, ha ammesso il conflitto riconoscendo la sussistenza del requisito oggettivo e soggettivo. Per un verso ha riconosciuto la legittimazione del magistrato di sorveglianza, sulla scorta della natura giurisdizionale della funzione riconosciuta al magistrato di sorveglianza nell'ambito delle procedure di reclamo ex art. 69 e 14ter ord. pen. Per l'altro ha riconosciuto la legittimazione esclusiva del Ministero della Giustizia quale titolare della esecuzione delle pene detentive. Infine, la Corte ha riconosciuto la rilevanza costituzionale del conflitto52. Il giudice delle leggi ha emanato la sua pronuncia circa un anno dopo, con sentenza n. 135/2013, definendo la questione a favore della magistratura di sorveglianza53. La Consulta ha enunciato il principio per cui: «le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti dai detenuti a tutela dei propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art.14ter ord. pen., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità. Qualunque atto o provvedimento che abbia come risultato quello di rendere praticamente in effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti non solo garantita dalla legge ma considerata "costituzionalmente necessaria, è da ritenersi illegittimo e lesivo delle prerogative della magistratura di sorveglianza». La sentenza ha stabilito che non spetta all'amministrazione disporre la non esecutività dei provvedimenti giurisdizionali e quindi non spetta neanche al Ministro della Giustizia in persona disattendere l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale che accerti la lesione di un diritto fondamentale. Inoltre, era destinata a produrre effetti anche al di fuori della materia del 41bis perché lo strumento processuale dell'art. 14ter ord.pen. delineato dalla corte è il mezzo giurisdizionale generale di

52 M. Gialuz, *Tutela dei diritti dei detenuti: ammesso il conflitto di attribuzione tra magistratura di sorveglianza e Ministero della Giustizia*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/1363

53 A. Della Bella, *La Corte costituzionale stabilisce che l'amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2353-la-corte-costituzionale-stabilisce-che-l-amministrazione-penitenziaria-e-obbligata-ad-eseguire-i-pr

garanzia dei diritti dei detenuti. Una decisione che all'interno germina un *overruling* significativo, ossia abbandonata la concezione che il magistrato di sorveglianza trovasse un limite nel sindacare nel merito le decisioni dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni discrezionali, si giunge a considerare che l'ingiustificato rifiuto di eseguire la decisione a seguito del reclamo configurasse il reato di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.). Da segnalare il richiamo alla sentenza Torreggiani, emanata pochi mesi prima, in merito al problema del sovraffollamento carcerario ed alla macroscopica violazione dei diritti dei detenuti. In questo senso la progressiva valorizzazione del ruolo del magistrato di sorveglianza quale garante della legalità della detenzione operata dalla Corte Costituzionale è apprezzabile positivamente, anche alla luce della sentenza pilota della Cedu. Tuttavia, non è sufficiente riconoscere il ruolo di giudice naturale dei detenuti al magistrato di sorveglianza, ma occorre anche predisporre un reticolo di strumenti che consentano l'interruzione della detenzione in ragione del sovraffollamento carcerario54 e permettano di ripristinare la legalità violata all'interno delle carceri.

3.2 Il d.l. n. 78/2013 come prima risposta alla condanna della Corte Edu. La giurisprudenza dei Tribunali di Lecce, Venezia e Milano. La sentenza n. 279/2013 della Corte Costituzionale

Se si tracciasse un primo quadro della situazione carceraria italiana alla luce della sentenza pilota Torreggiani, emergerebbero immediatamente alcuni profili critici: a) un sistema che rinnega i principi costituzionali e convenzionali; b) un sistema che si basa su una legge, la n. 354/1975, innovativa per quegli anni ma non coordinata con il codice penale e di rito; c) un sistema che alimenta scollature tra teoria e prassi55. Il carcere italiano ha anche un altro "titolo" di cui vantarsi, ossia l'essere stato condannato in più occasioni davanti alla Corte Edu per palese violazione dell'art. 3 Cedu. Infatti, se da un lato esistono delle piccole aree in Italia dove si cerca di attuare i principi costituzionali (Sardegna e Piemonte), il restante panorama sembra ispirarsi alla tolleranza zero, all'ossessione della sicurezza, nonché al disinteresse per la salute, sovraffollamento carcerario ed elevato numero dei suicidi (non solo tra detenuti). Quando divenne definitiva la sentenza Torreggiani, il capo del DAP non esitò a parlare di una situazione inaccettabile perché le condizioni delle celle non sarebbero adatte neppure per gli animali. Le costanti immagini delle carceri italiane con detenuti costipati in piccole celle, inoperosi, con lo sguardo perso nel vuoto, sono, ancora attualmente, lo specchio della società. Né può essere invocata come causa di giustificazione la grave crisi economica che ha colpito il nostro paese dal 2008 in poi perché le risorse

54 A. Della Bella, *La Corte costituzionale stabilisce che l'amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, cit.
55 S. Buzzelli, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2200-il-carcere-tra-eccessi-e-vuoti-troppe-risposte-nessuna-risposta

vi sono ma sono state sprecate negli anni. Basti riflettere sull'impiego di circa dieci milioni di euro per l'acquisto di braccialetti elettronici, a fronte di poco più di un centinaio di detenuti che hanno "usufruito" di questa modalità di attuazione della misura cautelare degli arresti domiciliari. Il carcere italiano è destinato ad esplodere sotto il peso dell'insostenibilità di alcuni suoi profili, tra cui quello umano/ambientale (la bulimia penitenziaria non può crescere all'infinito) e quello economico (una stima sui costi e sulle ricchezze da impiegare risulterebbe necessario). Una situazione che non è passata sotto silenzio perché le tematiche penitenziarie si trascinano, per loro natura, dietro questioni limite che causano eccessi o vuoti. In altre parole, tante risposte, nessuna risposta56. La situazione ha portato a numerose proposte, come quella della Commissione Giostra, del capo del DAP e degli studiosi, che hanno avanzato l'idea di ispirarsi al modello tedesco del rinvio della pena. Ma il punto è che per anni il problema si è palesato alle istituzioni senza che fossero varate misure adeguate, scarseggiando delle politiche capaci di fornire una alternativa alla detenzione intramuraria. Per capire quanto fosse importante "la posta in gioco", l'Italia ha atteso due sentenze di condanna per correggere la legislazione penitenziaria, per varare un piano di interventi che proteggesse effettivamente il detenuto ed i suoi diritti, predisponendo strumenti che limitassero l'impiego della pena carceraria in funzione di riduzione del *prison overcrowding*. È stato così varato il d.l. n. 78/2013 contenente "Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena", convertito nella legge n. 94/2013. La rubrica della legge sancisce il finalismo verso cui muove, la riduzione della popolazione detenuta negli istituti italiani per adeguarsi alla decisione della sentenza Torreggiani ed impedire nuove violazioni dell'art. 3 Cedu. La legge modifica le disposizioni del codice penale (per il solo reato di stalking ex art. 612bis), del codice di procedura penale, dell'ordinamento penitenziario e del testo unico degli stupefacenti. Le direttive a cui si ispira il legislatore sono due, cioè la riduzione del flusso dei soggetti in ingresso negli istituti penitenziari e l'eliminazione degli automatismi che impediscono l'accesso ai benefici penitenziari a categorie di condannati sulla base di presunzioni assolute di pericolosità. Tra le novità della legge segnaliamo l'innalzamento da quattro a cinque anni del limite di pena per applicare la custodia cautelare in carcere, l'applicazione della custodia cautelare per delitti della stessa specie puniti con la reclusione non inferiore ai cinque anni, l'innalzamento della punibilità del reato di stalking con pena dai sei mesi ai cinque anni di reclusione. Sul versante penitenziario, per ridurre il flusso dei detenuti in ingresso, è stata ulteriormente ampliata la sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive ex art. 656, com. 5 c.p.p. In particolare, è prevista la possibilità di sospendere le condanne fino a quattro anni nei casi previsti ex art. 47ter com.1, quindi nei confronti di donna incinta, madre o padre di prole convivente di età inferiore ai dieci anni, persona in gravi condizioni di salute, ultrasessantenne se inabile anche parzialmente, minore di anni ventuno57. Ad

56 S. Buzzelli, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, cit., pag. 9-10

57 A. Della Bella, *Convertito in legge il decreto carceri 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2471-convertito-in-legge-il-decreto-carceri--782013--un-primo-timido-passo-per-sconfiggere-il-sovraffoll

oggi il meccanismo di sospensione della pena si applica per: i) condanne brevi fino a tre anni; ii) nei casi dell'art. 47ter ord.pen. per pene fino ai quattro anni; iii) nei confronti dei tossicodipendenti condannati a pene detentive fino a sei anni. Un ulteriore ampliamento dell'operatività del meccanismo sospensivo dell'art. 656 c.p.p. deriva dalla possibile anticipazione, al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione, dell'applicazione della liberazione anticipata ex art.54 ord.pen. (pari a quarantacinque giorni per ogni sei mesi di detenzione). La legge ha creato un com. 4bis dove si prevede che il p.m., qualora valuti che il reo ha scontato periodi di pena sufficienti tali da rientrare nei limiti del com. 5, sospende la propria attività, rinviando gli atti al magistrato competente. A seguito dell'ordinanza di quest'ultimo, il p.m. sospenderà l'esecuzione della pena, se i livelli siano scesi al di sotto del limite previsto nel com. 5 dell'art. 656 c.p.p., oppure emetterà l'ordine di esecuzione se i livelli siano superati58. Il legislatore non ha inciso sull'istituto della liberazione anticipata, ha solamente anticipato il giudizio del magistrato di sorveglianza prima dell'ordine di esecuzione del p.m., per evitare inutili passaggi a chi potrebbe essere scarcerato in tempi brevi. Sempre sul versante processuale il legislatore ha completato quel percorso di politiche a favore del recidivo reiterato ex art. 99 c.p., prevedendo l'abrogazione del divieto dell'ordine di esecuzione della pena per questa categoria di soggetti. In particolare, nella Relazione di accompagnamento al d.l. 78/2013 si legge che il Parlamento ha cercato di rimediare agli effetti devastanti che le norme sui recidivi hanno avuto sul sovraffollamento carcerario, riscontrando che esse non avevano prodotto alcun effetto in termini di protezione sociale. Si tratta di un cambio di orientamento delle istituzioni, auspicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per contenere il numero eccessivo di recidivi reiterati detenuti nelle carceri italiane. Sul versante dell'ordinamento penitenziario la legge ha previsto l'abolizione di alcuni automatismi, quali il divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i tre ed i quattro anni di pena (art. 47ter. com. 1.1 ord.pen.) ed il divieto di accesso alla detenzione domiciliare infra-biennale (art. 47ter. com. 1bis ord.pen.). Fu poi precisata l'area di operatività dell'art. 47ter. com. 9 ord.pen. che attualmente prevede che la sospensione della detenzione domiciliare e la successiva revoca scattino solo in caso di condanna per evasione (mentre prima era sufficiente anche la semplice denuncia). La legge di conversione del decreto ha interessato anche il profilo del lavoro del detenuto in chiave trattamentale. Infatti, si sono potenziati gli incentivi fiscali e sgravi contributivi alle imprese che assumono detenuti ed internati. In secondo luogo, si è introdotto il com. 4ter all'art. 21 ord.pen. che prevede la possibilità dei detenuti e degli internati di essere impiegati in lavori di pubblica utilità in favore della collettività. La ratio dell'intervento è permettere a coloro che sono sottoposti a una misura di sicurezza od a una pena detentiva di reinserirsi all'interno della società e provare a riscattare la loro condizione. La stessa possibilità potrà essere concessa ai detenuti tossicodipendenti che abbiano commesso un reato la cui pena edittale sia non superiore ad un anno di reclusione e che tale illecito sia stato commesso una sola

[58] A. Della Bella, *Convertito in legge il decreto carceri 78/2013*, cit.

volta in dipendenza delle condizioni di dipendenza o di assunzione abituale. Infine, il legislatore ha previsto la nomina di un Commissario straordinario per le infrastrutture carcerarie, i cui poteri erano prorogati fino al 31 dicembre del 2014. La dottrina ha espresso un mite apprezzamento per questi interventi perché rappresentavano un primo piccolo sforzo di risolvere il sovraffollamento ed adeguarsi alla sentenza Torreggiani. In particolare, il d.l. 78/2013 ha riguardato le disposizioni sulla custodia cautelare in carcere, predisponendo delle valide forme alternative ad essa. Inoltre, si sono soppressi vari automatismi applicativi, basati su presunzioni assolute di pericolosità, molte delle quali si sono rivelate in contrasto col dettato degli art. 3 e 27 Cost.

Se da un lato osserviamo che, dopo la condanna della Corte Edu, il legislatore nazionale ha finalmente affrontato il tema dell'*overcrowding*, varando interventi reputati idonei a ridurre il numero della popolazione complessiva detenuta, dall'altro sarebbe un errore tralasciare l'importante ruolo che ha rivestito la giurisprudenza nazionale durante gli anni di silenzio legislativo. Infatti, furono i giudici a sollevare dubbi ed a proporre soluzioni su aspetti non sufficientemente sviluppati in quegli anni. In particolare, uno di questi fu la possibile risarcibilità del danno derivante dalla violazione dei diritti dei detenuti riconosciuti dalla legge del 1975. Tra i primi ad occuparsi del tema, il magistrato di sorveglianza di Lecce con l'ordinanza 9 Giugno 201159. Il ricorrente, un detenuto tunisino ristretto nel carcere di Lecce, propose reclamo contro le pessime condizioni di detenzione. Egli viveva in una cella di 11,5 m^2 da condividere con altri due detenuti, servizio igienico senza finestra, con il suo letto distante appena 50 cm dal soffitto. Inoltre, lamentava di non aver potuto usufruire di nessuna attività ludica/formativa predisposta dall'istituto, essendo quindi costretto a trascorrere circa diciotto ore nella cella. A giudizio del suo legale la condizione configurava lesione dell'art. 3 Cedu, tale da richiedere un risarcimento di circa 7000€ per gli undici mesi di detenzione. Il giudice, la cui ordinanza è a cavallo tra le sentenze *Sulejmanovic* e Torreggiani, sottolinea come la Corte europea abbia ribadito che, in materia di sovraffollamento, l'approccio debba essere multifattoriale, nel senso che si valutano ulteriori standard di vivibilità all'interno del carcere, oltre quello relativo allo spazio minimo, tranne nell'ipotesi in cui, come detto, la superficie all'interno della cella sia così esigua da rappresentare essa stessa una violazione dell'art. 3 Cedu e dell'art. 27 Cost. Nei casi sottoposti al suo esame, il magistrato ha concluso per l'insussistenza della violazione dell'art. 3 Cedu e del divieto dei trattamenti contrari al senso di umanità60. Il giudice era consapevole che la differenza tra un trattamento disumano ed uno rispettoso dei principi costituzionali è non sempre chiaro: «È evidente che si è in presenza di una situazione limite, nel senso che il venir meno di anche uno degli elementi positivi sopra indicati potrebbe condurre la situazione a tracimare, tanto da evocare la presenza di trattamenti inumani e degradanti». Il sovraffollamento, se non avesse costituito un

[59] Mag. Sorv. Lecce, ordinanza 9 Giugno 2011, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/856-magistrato-di-sorveglianza-di-lecce-9-giugno-2011-giud-tarantino-sovraffollamento-dei-luoghi-di-det

[60] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., pag. 285-286

trattamento inumano, sarebbe stato tuttavia elemento essenziale nella violazione del principio di rieducazione. Per il magistrato di sorveglianza l'eccessivo numero di detenuti nel carcere (capienza regolare di 700 detenuti, presenza complessiva di quasi 1400) ledeva quel principio, perché un numero in costante aumento imporrebbe mezzi e strumenti adeguati alla risocializzazione del detenuto. Se a fronte di una crescita esponenziale dei ristretti non si registra l'accrescimento delle risorse e delle dotazioni organiche del personale, allora si verifica, *ipso facto*, un decadimento della qualità e dell'efficacia dei servizi erogati. Il danno patito per la lesione del diritto all'offerta trattamentale e al percorso rieducativo deve essere ricondotto al danno esistenziale ex art. 2059 c.c., che identifica il pregiudizio che deriva dalla lesione dei diritti costituzionali della persona e non avente rilievo economico. Infatti, la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria deriverebbe dalla violazione degli obblighi ex legge, imposti dalla Costituzione e dalle Carte Internazionali, nonché dall'ordinamento penitenziario. Il giudice ha così liquidato il danno per violazione dell'art. 27 Cost. in euro duecentoventi. Non convince la scelta di scartare nella quantificazione del danno non patrimoniale il riferimento alle tabelle di liquidazione del Tribunale di Milano e di ancorarlo ad una valutazione equitativa che tenga conto della sentenza *Sulejmanovic61*. Infatti, il magistrato avrebbe commesso l'errore di trasformare un risarcimento in un indennizzo. Giuridicamente è possibile, ma solo se il risarcimento integrale non sia una strada più percorribile e l'unica soluzione residuale sia quella dell'equa riparazione. L'ordinanza del giudice leccese ha destato un forte dibattito in tema di tutela risarcitoria, tanto che altri giudici svilupparono le loro teorie su quali poteri dovevano essere concessi al magistrato di sorveglianza. Accanto al filone che sposò l'ampliamento delle funzioni giurisdizionali del magistrato, vi fu, di contro, chi negò che il potere del magistrato si estendesse anche alle vertenze risarcitorie. Si ricorda, a tal proposito, l'ordinanza 18 Aprile 2012 del magistrato di sorveglianza di Vercelli62, che ha dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria di un detenuto, in merito alla lesione dei suoi diritti fondamentali durante la detenzione (mancato avviamento alle attività lavorative, nessun dialogo col Garante dei detenuti, esposizione al "fumo passivo" ecc..): «al magistrato di sorveglianza è espressamente riconosciuto dall'ordinamento il potere di dettare all'amministrazione le disposizioni necessarie a far cessare la violazione dei diritti, ma non quello di pronunciare anche una condanna al risarcimento del danno, approdo a cui non si può giungere interpretativamente, in quanto la disposizione dello strumento di tutela appartiene alla discrezionalità legislativa ». Di conseguenza il reclamo di cui agli art. 14ter, 35 e 69, com.5 ord.pen. non consentirebbe una tutela risarcitoria ai fini civilistici. La questione investì la Cassazione, che risolve il conflitto con la

[61] A. Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, cit., pag. 290

[62]Mag. Sorv. Vercelli, ordinanza 18 Aprile 2012, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/1518-inammissibile-la-domanda-di-condanna-dell-amministrazione-penitenziaria-al-risarcimento-dei-danni-d

sentenza n. 4772/201363. Nel Paragrafo n. 3 la Cassazione riconosce che in materia risarcitoria ed indennitaria la regola generale è attribuire la competenza al giudice civile, ex art. 1 c.p.c. e c.p.p. Di conseguenza le disposizioni che consentono al giudice penale di disporre il risarcimento sono delle deroghe alla regola generale, come nei casi di risarcimento alla parte civile (art. 74 c.p.p) o di ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p). Il dato testuale dell'art. 69, com.5: «*disposizioni dirette ad eliminare le violazioni dei diritti dei detenuti*» ammette una tutela solamente preventiva e non anche riparatoria, e analoga considerazione per l'art. 35 ord. pen: «il detenuto ha diritto di rivolgere istanze o reclami» che esclude la dilatazione del reclamo tale da includere una domanda di risarcimento danni. Nel Punto 5 il giudice di legittimità osserva che il magistrato di sorveglianza non ha competenze generali di cognizione, ma resta un giudice che sovrintende alla esecuzione della pena. Pertanto, si dovrebbe concludere che l'ordinamento non riconosce un potere di ius dicere per qualsiasi questione attinente ai diritti dei detenuti. Pertanto, allo stato dell'allora normativa si escludeva la competenza della Magistratura di sorveglianza a decidere su questioni risarcitorie, essendole riconosciuta esclusivamente il potere di impartire disposizioni all'Amministrazione penitenziaria. Infine, al Punto n. 7 la Cassazione, ricordando le condanne della Corte di Strasburgo, ha invitato il legislatore a predisporre una serie di misure preventive e compensative ah hoc. Con questa sentenza era tramontato l'orientamento di quei giudici, quello di Lecce in primis, che prospettavano una tutela risarcitoria di competenza del magistrato di sorveglianza. La giurisprudenza avvertiva l'esigenza di una strumentazione adeguata a colmare il vuoto delle tutele che il legislatore aveva lasciato scoperto e per cui il nostro paese tante volte è stato sanzionato nelle sedi internazionali.

Contestualmente un altro tema aveva sollevato l'attenzione dei giudici, in quanto collegato al problema del sovraffollamento carcerario, ossia quello dell'art. 147 c.p sul rinvio facoltativo della pena. La disposizione prevede che il giudice possa rinviare la pena nei casi di: i) provvedimenti di grazia, ii) persona in grave condizione fisica, iii) madre di prole inferiore a tre anni. Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, con ordinanza 13 Febbraio 201364, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p nella parte in cui la legge non prevede il differimento facoltativo della pena nelle ipotesi in cui la pena debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Il Tribunale invitò la Consulta ad una pronuncia additiva per estendere l'ambito applicativo della norma codicistica, non potendo superare il dettato testuale della legge che non completava nessun'altra ipotesi. A giudizio del Tribunale la questione era rilevante perché il caso concreto riguardava un detenuto costretto a condividere una cella di 9 m^2 con altri due detenuti, vivendo, perciò, ai limiti di un trattamento inumano. La questione era poi non

[63] F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza,* in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2096-alla-ricerca-di-un-rimedio-risarcitorio-per-il-danno-da-sovraffollamento-carcerario-la-cassazione-e

[64] F. Viganò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri:una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio di esecuzione della pena*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2095-alla-ricerca-di-un-rimedio-giurisdizionale-preventivo-contro-il-sovraffollamento-delle-carceri-una

manifestamente infondata perché, sulla scorta dell'art 117 Cost. che impone allo Stato di conformarsi alle fonti internazionali, e quindi anche all'art. 3 Cedu, l'obbligo di adottare un rimedio preventivo e risarcitorio incombe su tutti gli organi dello Stato, compresa tutta la Magistratura. L'idea del Tribunale era quella di creare, in via pretoria, un rimedio effettivo contro le violazioni del diritto del detenuto a un trattamento umano e non degradante. Un rimedio che non può che essere ricercato in metodi alternativi alla carcerazione, in quanto, osserva il Tribunale, l'art. 35 ord. pen. non permette una vera riparazione dei diritti dei detenuti. Nemmeno un mese dopo il Tribunale di Sorveglianza di Milano, con ordinanza 12 Marzo 2013, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p nella parte in cui non prevedeva il rinvio della pena qualora questa si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità65. La questione appariva rilevante perché il detenuto viveva in uno spazio pari a 3 m^2, in contrasto con i limiti minimi dello spazio individuale, e non poteva sottrarsi alla detenzione essendo stato condannato per uno dei delitti dell'art. 4bis ord. pen. Inoltre, appariva non manifestamente infondata in quanto l'art. 147 c.p sembrava violare gli art. 27 e 117 Cost. nella parte in cui recepisce l'art. 3 Cedu. Come l'ordinanza del Tribunale di Venezia, anche l'ordinanza del Tribunale di Milano sottolineava il ruolo attivo della Magistratura, non solo quello di sorveglianza, a predisporre in prima persona rimedi preventivi per tutelare i diritti dei detenuti. Interessante osservare che in entrambe le ordinanze di rimessione della questione è presente un riferimento alla sentenza *Torreggiani* come argomentazione a sostegno della importanza di una riforma strutturale del sistema. La Consulta prese la sua decisione con la sentenza di rigetto del 22 Novembre 2013, n. 27966. Il giudice delle leggi osservò che: «il sovraffollamento carcerario non può essere contrastato dallo strumento indicato dai ricorrenti, che, se pure riuscisse a determinare una sensibile diminuzione del numero delle persone recluse, giungerebbe a questo risultato in modo casuale, determinando una disparità di trattamento tra i detenuti, in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio dell'esecuzione della pena fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie*67»*. La Corte prosegue sottolineando che il problema, come ricordato dalla Corte Edu, è di tipo strutturale e necessita di un intervento generale che permetta vari strumenti preventivi e compensativi per ogni situazione. Lapidarmente La Consulta rigetta le soluzioni dei Tribunali di Venezia e Milano in quanto le proposte predispongono un sistema con una pluralità di soluzioni, incompatibili con il carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo dell'art. 147 c.p. Ma nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni la Corte Costituzionale invita le istituzioni a intervenire perché non è tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia del legislatore in ordine alla grave questione individuata dalla pronuncia. Se da un lato si era riconosciuto che l'art. 146 c.p. non poteva

65 A. Della Bella, *Sollevata ancora legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p: il Tribunale di Sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2170-sollevata-ancora-questione-di-illegittimita-costituzionale-dell-art-147-cp-il-tribunale-di-sorvegli

66 Cort. Cost. , n. 279 del 2013, in www.consulta.it

67 Paragrafo 6

essere un rimedio di carattere generale, perché alto il rischio di una eccessiva discrezionalità del magistrato, dall'altro era accertato l'inutilità di procrastinare la riforma strutturale delle carceri, invocata anche dalla Corte di Strasburgo con la Torreggiani. La dottrina68, nel commentare questa sentenza, ha osservato che forse sarebbe stato più opportuno sollevare questione di costituzionalità dell'art. 146 c.p sul differimento obbligatorio della pena, ma forse non si optò per questa scelta in quanto la possibile decisione di incostituzionalità di quest'ultima norma avrebbe avuto l'effetto dirompente di inibire l'intera esecuzione della pena. Apprezzabile e comprensibile, invece, la scelta della Corte Costituzionale di non aver proposto essa la soluzione, poiché un giudice non può mai sostituirsi al legislatore, anche se questi è invitato a varare disposizioni che assicurino l'effettività della tutela dei diritti del detenuto in ogni condizione e situazione.

4. Il dl n. 146 del 2013

Dopo la sentenza Torreggiani, il legislatore si prodigava verso una riforma strutturale delle carceri, varando strumenti per tutelare giudizialmente i detenuti, garantendo in particolare la protezione dei diritti violati dalle condizioni di sovraffollamento carcerario. Era indispensabile intervenire prontamente, sia perché il nostro paese aveva solo un anno per adeguarsi alla volontà delle Istituzioni internazionali, sia perché non si poteva correre il rischio di una nuova condanna sul tema del sovraffollamento carcerario.
Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Guardasigilli Cancellieri, varò una proposta di legge per contrastare *l'overcrowding* e porre un freno alla grave situazione. Il testo definitivo, noto come Pacchetto Cancellieri, era il decr. leg. n. 146/2013, rubricato "Misure Urgenti in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria". Questo decreto, poi convertito nella legge n. 10/2014, non prevede alcun provvedimento clemenziale (amnistia o indulto) né alcun automatico sconto di pena per detenuti ed internati, ma un progressivo potenziamento degli istituti del diritto penitenziario e della procedura penale. La prima significativa novità consiste nella creazione della liberazione anticipata speciale, caratterizzata da una detrazione di pena pari a 75 giorni di detenzione ogni sei mesi, contro i "soli"45 della detenzione ordinaria dell'art. 54 ord. pen. Il beneficio ebbe una durata pari a due anni (fino al 31 dicembre del 2015) ed ebbe anche un effetto retroattivo, in quanto applicato ai detenuti che, a partire dal 1° gennaio 2010, avessero usufruito della liberazione anticipata e avessero dimostrato di aver continuato l'opera di rieducazione sociale. Quindi un detenuto che avesse goduto di una riduzione pari a trenta giorni, avendo richiesto la liberazione speciale, avrebbe ottenuto una aggiunta di altri trenta giorni,

68 A. Della Bella, *Sollevata ancora legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p: il Tribunale di Sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, cit.

ma solo se il magistrato di sorveglianza fosse convinto della rieducazione del detenuto. Erano escluse alcune categorie di detenuti, quali coloro che erano in regime di 4bis ord. pen. che non avessero dato prova, durante la detenzione, di un recupero sociale, i detenuti in regime di affidamento in prova al servizio sociale e quelli in regime di detenzione presso il domicilio. La Cassazione ha sostenuto che la liberazione anticipata speciale non sia tout court preclusa per alcune categorie di reati, bensì anche la presenza di un reato ostativo, congiunto ad uno comune tramite la continuazione o una riunione di sentenze o decreti penali di condanna diversi tra loro, consente di richiedere la nuova misura perché trova applicazione lo scioglimento in bonam partem.

Sul versante delle misure alternative, fu modificato l'art.47 ord. pen. in materia di affidamento in prova al servizio sociale, prevedendo che si applicasse ai detenuti con pena alla reclusione di 4 anni (invece che di 3 anni). Per concedere la misura, il detenuto deve essere sottoposto ad un periodo di osservazione, quantomeno nell'anno precedente alla richiesta. Inoltre, al magistrato di sorveglianza è stato riconosciuto il potere di concedere l'affidamento in prova (che è competenza del Tribunale di Sorveglianza) nell'eventualità che il detenuto dimostri la sussistenza dei presupposti per ottenerla e sussista il pregiudizio della lesione dei diritti derivanti dalla ingiusta detenzione, ma non vi sia pericolo di fuga. La decisione è valida per 60 giorni, fino alla conferma del Tribunale di Sorveglianza. Completa il quadro la sentenza della Corte Costituzionale n. 41/201869 con la quale la Consulta ha recentemente ricucito il rapporto tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova. Secondo il giudice delle leggi: «si palesano profili di incoerenza sistematica ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena alla possibilità di riconoscere al condannato un percorso di risocializzante tale da non includere il trattamento carcerario». Esiste un parallelismo tra pena ex art. 656, com.5 c.p.p e affidamento in prova al servizio sociale. Le soglie di pena fissate dall'art. 656 c.p.p devono essere calibrate proprio su quelle che permettono di beneficiare delle misure alternative. La sequenza di questa relazione è chiara: sono sempre le disposizioni sostanziali ad influenzare quelle processuali. Sarebbe irragionevole non sospendere l'esecuzione della pena ove la sua entità consentirebbe di espiarla extramoenia70. E sempre nell'ottica di rinforzare le misure alternative, il Governo aveva previsto la stabilizzazione delle misure dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi, abrogando la disposizione che manteneva la misura solo fino al dicembre del 2013. La spiegazione di questa scelta dipese dagli effetti che la stabilizzazione avrebbe prodotto, ossia la scarcerazione di circa 12.000 detenuti, ma in realtà il numero complessivo dei beneficiari è stato solamente di 6230 detenuti. A livello processuale il legislatore ha modificato l'art. 275bis c.p.p sulle procedure di controllo elettronico nei confronti delle

[69] Cort. Cost. n. 41 del 2018, in www.consulta.it

[70] D. Vicoli, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/5975-sospensione-dell-ordine-di-esecuzione-e-affidamento-in-prova-la-corte-costituzionale-ricuce-il-filo

persone sottoposte alla detenzione ed alla detenzione domiciliare. Il giudice, stabilendo la misura degli arresti domiciliari, impone il controllo a distanza mediante strumenti elettronici, salvo che non la ritenga necessaria in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da realizzare. La platea dei soggetti comprende sia coloro che sono in regime di detenzione "ordinaria" presso il domicilio sia quelli ex legge 199/2010, dimostrando l'intenzione del legislatore di sostituire la reclusione con misure extracarcerarie nella logica della lotta al sovraffollamento. Per attuare questo scopo il Parlamento ha disposto una copertura finanziaria per l'acquisto dei braccialetti elettronici. Ma la vera novità consiste nella tutela dei diritti dei detenuti, tramite una distinzione tra il reclamo c.d. generico dell'art. 35 ord. pen. e il reclamo giurisdizionale dell'art. 35bis ord. pen. Per quanto riguarda il reclamo ordinario la legge ha predisposto alcune piccole modifiche, tra cui l'introduzione del Garante Nazionale dei detenuti tra i destinatari delle doglianze.

4.1 La nascita del "nuovo" reclamo giurisdizionale

Ben più rilevanti le modifiche in materia di reclamo giurisdizionale, fino ad allora mancante di una normativa di dettaglio, ma comunque operante nella prassi per via della sentenza n. 26/1999. Il nuovo istituto, disciplinato ora dall'art. 35bis ord. pen., stabilisce i casi in cui può essere utilizzato, con un esplicito richiamo all'art. 69 ord. pen. Sono due le ipotesi in cui il reclamo può essere attivato: la prima concerne i provvedimenti di tipo disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria (art.69, com. 6, lett. a), la seconda l'inosservanza da parte delle amministrazioni penitenziarie delle disposizioni previste dalla legge o dal regolamento penitenziario, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (art.69, com.6, lett. b). Proprio questa seconda ipotesi affronta la spinosa questione del pregiudizio dei diritti dei detenuti derivante dal sovraffollamento carcerario, un problema generale e strutturale, come evidenziato sia dalla Corte di Strasburgo sia dalla Corte Costituzionale. L'articolo 35bis ord. pen. rappresenta la risposta del Governo italiano alla sentenza Torreggiani, introducendo un insieme di strumenti preventivi e compensativi che permettano di tutelare il detenuto. Il legislatore ha disposto che il procedimento segue le disposizioni degli art. 666-678 c.p.p (procedimento di sorveglianza) che permettono di fissare una udienza di discussione alla quale partecipano, oltre al p.m, al detenuto ed al suo avvocato, anche i rappresentanti dell'amministrazione penitenziaria. Inoltre, il decreto-legge non ha previsto alcun termine entro il quale il detenuto deve esperire il reclamo, essendo necessario che si possa sempre assicurare una forma di tutela contro il pregiudizio "grave" ed "attuale" contro i propri diritti. Se tale pregiudizio è privo dei seguenti requisiti, il magistrato di sorveglianza dichiara l'inammissibilità della richiesta. L'amministrazione dovrà poi

ottemperare alla decisione del giudice, pena l'instaurazione del giudizio di ottemperanza. La previsione di un reclamo giurisdizionale in capo al magistrato di sorveglianza, che diviene garante della legalità dei diritti dei detenuti, è da valutare positivamente, rappresentando un indubbio passo in avanti nella tutela dei ristretti. Su di un piano generale, una volta riconosciuto al magistrato di sorveglianza il compito di accertare e dichiarare il pregiudizio dei diritti dei detenuti derivanti dall'inosservanza delle leggi e dei principi che regolano l'esecuzione delle misure privative della libertà e, nello specifico, derivanti dalla situazione di sovraffollamento carcerario, forse il legislatore avrebbe potuto osare di più, attribuendo al giudice un potere di intervento più incisivo rispetto a quello di ordinare all'amministrazione penitenziaria lo spostamento del detenuto in un'altra cella. Infatti, la redistribuzione dei detenuti all'interno degli istituti penitenziari non può rappresentare di per sé la soluzione definitiva al problema dell'*overcrowding*71. Con tale strumento di tutela mutano i rapporti di forza negli ambiti della più dura repressione pubblica quale quella punitiva, si pone un freno al potere regolamentare e disciplinare dell'amministrazione incaricata di provvedere all'esecuzione della pena criminale. Viene altresì contrastata la tendenza tipica delle prigioni ad affrancarsi dal controllo dell'autorità giudiziaria, introducendosi, in definitiva, un rapporto di democratizzazione del potere punitivo: aumentando le capacità di controllo del potere disciplinare dall'autorità preposta alla gestione dei prigionieri, muta la relazione Stato-prigionieri che non è più unilaterale, ma diventa bilaterale e conflittuale72. Oggetto della tutela preventiva è il fatto illecito penitenziario posto in essere dall'amministrazione, incarnata ora nei vertici del Ministero della Giustizia o del DAP, ora nel direttore dell'istituto. Per esservi il reclamo occorrono una serie di presupposti, quali: i) una violazione della norma dell'ordinamento, ii) un grave ed attuale pregiudizio all'esercizio del diritto di un detenuto o di un internato, iii) il nesso logico-conseguenziale tra condotta ed evento. Il fatto illecito consiste sia in una azione sia in una omissione di quello che dovrebbe essere il corretto agire dell'amministrazione penitenziaria sul versante della regolamentazione della vita carceraria, dalle regole di comportamento alla disponibilità di effetti personali del detenuto. Il comportamento dell'amministrazione risulta illecito se l'agire pubblico viola le disposizioni della legge e del regolamento penitenziario, ma anche qualora siano violati i principi costituzionali da cui l'ordinamento penitenziario trae la sua ispirazione, e precisamente la rieducazione del detenuto ex art. 27 Cost. ed il principio di proporzionalità immanente al sistema giustizia. L'aver violato una norma non è sufficiente, occorre anche un grave ed attuale pregiudizio all'esercizio di un diritto. Come ha sottolineato la dottrina, è come se il legislatore avesse scelto di tutelare i diritti dei detenuti non in sé per sé ma nella loro fase dinamica, in quanto il riferimento è "all'esercizio di un diritto". La legge, collegando il pregiudizio non solo e

[71] A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri:un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/2744-un-nuovo-decreto-legge-sull-emergenza-carceri-un-secondo-passo-non-ancora-risolutivo-per-sconfigger

[72] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* in https://www.penalecontemporaneo.it/d/4641-l-effettivitadella-tutela-preventiva-dei-diritti-dei-detenuti-e-degli-internati

semplicemente al diritto in fase statica, ma al suo esercizio, dovrebbe aver voluto collegare l'intervento del giudice, non tanto alla lesione in sé dell'interesse sostanziale, sotteso al diritto, quanto piuttosto alla pretesa giuridica che è manifestazione esplicita del diritto. La tutela non appare al di fuori di un rapporto dialettico detenuto-pubblica amministrazione, anzi il presupposto della tutela sembra essere la crisi di tale rapporto, ossia la mancata corrispondenza tra l'affermazione dei propri diritti o della propria personalità in carcere e la decisione o il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria. In questi casi la legge consentirebbe al detenuto di appellarsi ad un arbitro imparziale, il magistrato di sorveglianza, cui è affidato il compito di controllare se l'agire dell'amministrazione penitenziaria sia o meno legittima ed impartire le conseguenti disposizioni73. Questo simile atteggiamento dimostra che nella concezione dell'esecuzione della pena, pur essendovi una dimensione pubblicistica, non vi sarebbe più spazio per una condizione di assoluto assoggettamento del detenuto all'amministrazione penitenziaria, bensì una dimensione bilaterale, di dialogo, tra potere e detenuto. Quando la legge parla di pregiudizio, inoltre, volontariamente si riferisce alla tutela sia del danno evento sia del danno conseguenza. L'importante è assicurare una tutela contro l'illecito. Il legislatore ha creato una forma di tutela preventiva che si affianca a quelle ordinarie previste dai vari codici di rito, così da aumentare gli strumenti a protezione delle persone private della libertà personale. Infatti, il detenuto ha il diritto di rivolgersi al giudice in sede civile, penale, amministrativo, ed in aggiunta dispone di uno strumento ulteriore per proteggere la sua posizione. Tuttavia, permangono dubbi circa il rapporto tra tutela ordinaria e tutela preventiva perché in mancanza di norme di coordinamento, sebbene non sorgano dubbi sul carattere aggiuntivo della tutela preventiva rispetto a quella ordinaria, sorge il dubbio circa l'ordine logico e naturale tra le due forme. Infatti, si nota che la competenza del magistrato di sorveglianza è speciale e tende a sostituirsi a quella di ogni altro giudice, e di conseguenza una azione civile o amministrativa non potrebbe non esserne influenzata. In altre parole, non appare così scontata la possibilità di ricorrere immediatamente all'azione civile o amministrativa nei casi in cui sia configurabile un grave ed attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti, mentre una tale azione si ammette dopo la pronuncia del magistrato di sorveglianza74. Mentre il detenuto adirà il giudice civile o amministrativo nei casi di fatto illecito o nei casi di pregiudizio già generato e un danno conseguenza. Infine, relativamente all'oggetto della tutela, si parla di diritti, ma occorre una precisazione: il detenuto è privo della sua libertà personale, non risulta perciò nella piena disponibilità di tutti i diritti che la Repubblica gli riconosce. Il rapporto con l'amministrazione non è occasionale, ma permanente o immanente nella stessa condizione di privazione della libertà personale e per queste ragioni non si parlerebbe di diritti riguardo a colui che diviene oggetto di governo altrui e si trova nella condizione di assoluta dipendenza dal consenso o dalla iniziativa di chi ha l'onere di custodirlo. La condizione del detenuto è tale che sussistono dubbi sulla possibilità di configurare un vero e proprio diritto. Infatti, è

[73] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,*cit., pag. 7-10
[74] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,*cit., pag. 14

vero che il detenuto ha il diritto all'alimentazione, al culto, all'istruzione e formazione, però tutte queste condizioni sono sempre subordinate alla volontà dell'amministrazione penitenziaria. Ne deriva che gli interessi sostanziali alla base delle posizioni giuridiche dei detenuti, pur essendo qualitativamente le stesse dei soggetti in condizione di libertà, hanno una dimensione contenutistica diversa, poiché non possono espandersi in tutte le direzioni, bensì trovano una perimetrazione corrispondente alla esigenza della detenzione che, per sua natura, costringe o limita le posizioni che vi sono sottoposti75. Chiaramente la detenzione non può cancellare il nucleo dei diritti spettanti all'uomo. Solo la legge limita i diritti dei detenuti, e sempre e solo la legge assicura che questi diritti siano esercitabili entro determinati spazi. Il che significa che ove l'amministrazione penitenziaria dovesse ledere questo spazio allora potranno scattare le disposizioni per la tutela preventiva dei diritti dei detenuti, mentre se quella situazione non fosse determinata dalla legge, la situazione sarebbe valutata dal magistrato di sorveglianza per comprendere se nel conflitto tra detenuto ed amministrazione si stia parlando di un diritto oppure no. Il detenuto o l'internato sono sempre portatori di diritti incomprimibili ed inviolabili e chi si trova in stato di detenzione ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale. I diritti subiscono limitazioni in ragioni delle esigenze di sicurezza sociale, ma in assenza di queste esigenze la limitazione consisterebbe solo un valore afflittivo supplementare, rispetto alla libertà personale, non compatibile con l'art. 27 Cost. I diritti a cui si riferisce il legislatore sono principalmente quelli che consistono nelle manifestazioni della personalità individuale del detenuto, che sono lesi o dai regimi speciali che modificano la condizione di detenzione o per effetto di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere. Inoltre, questi diritti hanno un loro fondamento, prima che nella legge penitenziaria, nella Costituzione, nella Cedu e nei Trattati europei76. Dalla categoria dei diritti protetti mediante il reclamo giurisdizionale dobbiamo escludere alcuni: a) diritti che sono estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio, ad es. la tutela del detenuto lavoratore presso l'amministrazione penitenziaria; b) diritti considerati nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, incidendo sulla misura e sulla quantità della pena, ad es. sorveglianza particolare, permessi, misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata77. Per quest'ultima tipologia si applica il procedimento *de plano* senza presenza delle parti e regolamentato dagli art. 127, 666 e 678 c.p.p. Sussistono dubbi invece circa la configurabilità del metodo in relazione all'area degli interessi legittimi. Nonostante vi sia una parte della dottrina che avanza tale ipotesi78, sostenendo che l'espressione impiegata dal legislatore si riferirebbe anche a questa posizione soggettiva, la restante parte ne esclude la configurabilità. Infatti, il quesito iniziale da cui partire è se si possa parlare di un

[75] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* cit., pag. 18
[76] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* cit., pag. 22-24
[77] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* cit., pag. 26
[78] Tombolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in Archivio Penale, 2014, pag. 576-577

procedimento amministrativo, e quindi di interesse legittimo, una volta che il detenuto abbia presentato una istanza od un reclamo all'amministrazione carceraria. L'interesse legittimo è una posizione giuridica "differenziata" e "qualificata", in quanto la situazione giuridica in gioco riguarda solamente quel soggetto e non gli altri consociati e tale posizione deve essere riconosciuta dall'ordinamento come passibile di tutela. Inoltre, è una posizione "relativa", ossia non capace di espandersi al pari degli altri diritti assoluti (Es. diritto di proprietà) ma subordinata alla volontà di un altro soggetto, la P.A. Il soggetto portatore dell'interesse legittimo non ha mai la certezza di conseguire il bene della vita, perché tale bene (o substrato economico), sarà nella sua disponibilità solo dopo che l'amministrazione penitenziaria avrà esercitato il suo potere79. Il singolo, tramite la partecipazione al procedimento amministrativo, ha diritto di dialogare con i responsabili della P.A ma il suo potere è solo quello di influenzarli tramite memorie o scritti, ma non saprà mai se l'amministrazione accoglierà la sua domanda oppure no. Anche se potenzialmente un detenuto sembrerebbe titolare di un interesse legittimo, ma di fatto non si scorge in quale caso effettivamente lo sia. Salvo i casi di alcuni regimi speciali, come il 4bis e il 41bis ord. pen. che sono procedimenti ad iniziativa di ufficio, non appaiono all'interno dell'ordinamento penitenziario altre norme che trattino del procedimento amministrativo. Durante la detenzione il detenuto non dispone di interessi oppositivi, sia perché l'amministrazione non ha poteri di tipo costitutivo sia perché non sembra essere configurabile la teoria della degradazione dei diritti (il detenuto rimane titolare di diritti soggettivi, solo perimetrati). Allo stesso modo il detenuto non dispone di interessi legittimi pretensivi perché le decisioni dell'amministrazione di accogliere le istanze ed i reclami, ed i contestuali riconoscimenti, quali libertà di movimento, corsi di formazione, occupare una cella più grande, non accrescono o creano diritti, in quanto solo manifestazione del potere regolamentare dell'amministrazione. È evidente la differenza tra chi è libero e richiede alla P.A l'autorizzazione a esercitare un suo diritto e chi invece è detenuto e richiede all'amministrazione di riempire gli spazi di libertà che gli sono stati privati a causa della detenzione. Davanti all'amministrazione penitenziaria si stagliano posizioni che non dialogano con il potere, bensì lo subiscono. Di conseguenza si afferma che il detenuto non è portatore di un interesse legittimo durante l'espiazione della pena, egli è generalmente l'oggetto e non il soggetto del provvedimento amministrativo. Allora quando il legislatore, nel configurare il reclamo giurisdizionale dell'art. 35bis ord. pen., ha fatto riferimento "all'esercizio di un diritto", non ha usato l'espressione in maniera ampia, ma ha circoscritto l'area di operatività dell'istituto ai soli diritti di cui i detenuti sono portatori durante il periodo di detenzione80. Ma davanti a situazioni caratterizzanti il potere discrezionale dell'amministrazione, il legislatore non ha lasciato senza tutele il detenuto; davanti agli inadempimenti dell'amministrazione, soprattutto a livello comportamentale, il magistrato di sorveglianza, accertata l'irregolarità, non si limita ad ordinare all'amministrazione di provvedere, ma verifica la portata di quegli obblighi comportamentali

[79] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, pag. 103-104
[80] S. Romice, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati,* cit., pag. 27-32

che concorrono a definire lo specifico e concreto rapporto tra amministrazione e persona ristretta81. Prima di approdare in udienza l'istanza deve superare un vaglio preliminare della manifesta inammissibilità della domanda. Il magistrato rigetterà la richiesta nella eventualità che essa sia manifestamente infondata per difetto di condizioni di legge oppure qualora rappresenti riproposizione di una richiesta già rigettata. Il giudice, inoltre, respingerà la richiesta se questa verterà su *petitum* e *causa petendi* già giudicati, in applicazione del principio *ne bis in idem*. Quando il magistrato, viceversa, accoglie la domanda del detenuto, a seguito di udienza pubblica, può: a) annullare il provvedimento disciplinare dell'amministrazione penitenziaria, b) ordinare all'amministrazione di porre rimedio al pregiudizio, purché questo sia ancora attuale, entro un determinato termine, anche esso fissato dal giudice82.

5. Il d.l n. 92/2014 ed i nuovi rimedi risarcitori per i detenuti. Il problema del pregiudizio "grave" ed "attuale"

Oportet ut scandala eveniant. La funzione caratterizzante l'epocale pronunzia della Corte Edu Torreggiani e altri c. Italia volgeva proprio a questo obiettivo: rendere immediata alla platea dei non addetti ai lavori la costante de-umanizzazione del vissuto carcerario, dove la dimensione affettivo relazionale dell'essenza umana viene quotidianamente a piegarsi alla morsa del sovraffollamento carcerario[83]. A metà maggio dell'anno 2014, a fronte di una capienza di 49.588 posti disponibili per 205 istituti, la popolazione reclusa era pari a 58.861 detenuti, scesi poi a fine anno a 53.623. La situazione carceraria appariva ancora lontana da una soluzione, come auspicata nelle sedi internazionali. Se da un lato il decreto-legge n. 146/2013 aveva avuto il merito di attuare la creazione dei rimedi preventivi per proteggere i diritti dei detenuti, dall'altro rimaneva ancora scoperta l'area del risarcimento dei diritti dei detenuti, cioè mancavano ancora degli strumenti che assicurassero risarcimento al detenuto per il periodo della detenzione. In verità già nel decreto-legge 146/2013 vi era un com. 6 all'art. 35bis ord. pen. che disponeva: «se non sussistono gravi ragioni ostative, il magistrato di sorveglianza determina, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nel provvedimento, entro il limite minimo di 100 euro per ogni giorno. La statuizione costituisce titolo esecutivo». Purtroppo, in sede di conversione fu abrogato questo comma, ma la predisposizione di questa ipotesi confermava il *leitmotiv* di una misura economica a favore del detenuto qualora l'amministrazione carceraria fosse inadempiente nel suo agire. Fu così che le istituzioni parlamentarie intervennero

81 G.M. Napoli, *La natura giuridica delle pretese della persona detenuta azionabili avanti al magistrato di sorveglianza*, in La Tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 169
82 F. Fiorentin, F. Siracurano, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019, pag. 457-458, 463-464
83 F. Caprioli, L. Scomparin, *Sovraffollamento Carcerario e diritti dei detenuti,* cit., pag. 257

nuovamente sul versante risarcitorio. Gli sforzi diedero vita al d.l 26 giugno n. 92/2014, convertito in legge 11 agosto n. 117/2014, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario". Prima di analizzare il nucleo della legge, interessante anche indicare le altre tematiche su cui ha inciso. Innanzitutto, nell'art. 678 c.p.p è stato aggiunto il com. 3bis che prevede l'obbligo per il magistrato di sorveglianza ed il Tribunale di sorveglianza, quando provvedono su richieste di provvedimenti incidenti sulla libertà personale di condannati da Corti Internazionali, devono comunicare la data dell'udienza al Ministero della Giustizia, che ne informa tempestivamente il Ministero degli Esteri. L'intento era quello di rafforzare la cooperazione tra lo Stato italiano e la Corte Penale Internazionale, come confermato anche dallo statuto di questa istituzione internazionale. È stato modificato il com. 2bis dell'art. 275 c.p.p, sancendo la non applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere se il giudice, salvo i casi in cui il reo non abbia accettato il braccialetto elettronico o abbia trasgredito le disposizioni impartite dal giudice in tema di arresti domiciliari, accerta che la pena detentiva non superi i tre anni. Inoltre, la presente disposizione non si applica per alcuni reati quali incendio doloso boschivo (art. 423bis c.p), maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), stalking (art. 612bis c.p.), nonché nei casi dell'art. 4bis ord. pen., quindi delitti contrassegnati da una elevata pericolosità sociale. Si modificò l'art. 97bis disp. att. c.p.p. predisponendo che l'imputato abbia diritto di recarsi, senza accompagnamento, in caso di arresti domiciliari, nel luogo di esecuzione della misura individuato dal giudice. Solo se vi sono specifiche esigenze processuali o di sicurezza, il giudice ha potere di ordinare l'accompagnamento coattivo dell'imputato. Il cuore pulsante del provvedimento è però rappresentato, come si intuisce dalla rubrica, dall'introduzione di un rimedio di carattere risarcitorio per proteggere diritti che sono stati resi durante il periodo di detenzione e disposto dal nuovo art. 35ter ord. pen. Al com. 1 è disposto che: «il pregiudizio di cui all'art. 69, com. 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 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». Il com. 2 dispone poi che: «Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al com. 1, il magistrato liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio». Infine, dispone il com. 3 che: «Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al com.1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella

determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L' azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o dalla custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide secondo le forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2». Le novità predisposte dal decreto-legge sono numerose. Innanzitutto, merita attenzione il tentativo del legislatore italiano di conferire al magistrato di sorveglianza una nuova facoltà, risarcire i detenuti che durante l'esecuzione della pena abbiano subito pregiudizi ai loro diritti, disattendendo l'orientamento della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che, in assenza di una normativa specifica sul punto, riconosceva poteri risarcitori al solo giudice civile. I rimedi previsti sono sostanzialmente due: i) il primo, disciplinato nei com. 1 e 2, è destinato ai detenuti ed agli internati che stiano subendo un pregiudizio grave ed attuale ai loro diritti. Costoro possono rivolgersi al magistrato di sorveglianza per ottenere uno sconto di pena (risarcimento in forma specifica), pari ad 1 giorno ogni 10 di pregiudizio subito o in alternativa, qualora il pregiudizio sia inferiore ai 15 giorni o lo sconto di pena sia superiore alla pena complessiva od al residuo di essa, un risarcimento pari ad € 8 per ogni giorno di pregiudizio subito; ii) il secondo rimedio, predisposto nel com. 3, si rivolge a coloro che abbiano finito di scontare la pena detentiva o abbiano subito un pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare. Gli ex detenuti possono rivolgersi, entro sei mesi, al tribunale civile al fine di ottenere sempre il risarcimento di € 8 per ogni giorno di pregiudizio subito. Sottolineiamo che i due nuovi istituti hanno immediatamente suscitato dubbi sul piano ermeneutico e nette contrapposizioni tra gli interpreti, divisi tra quanti valorizzano la ravvisata volontà del legislatore di sancire l'autonomia dei due istituti, ed altra posizione per cui i due rimedi, benché formalmente distinti, sarebbero due facce della stessa medaglia. Una delle questioni interpretative più dibattute si concentra sul dubbio se la praticabilità del rimedio sia influenzata dal requisito della "attualità" del pregiudizio sofferto dal detenuto. Il preciso richiamo all'art. 69, com. 6, lett. b) ha dato luogo a due letture divergenti con riguardo alla natura e alla portata del rinvio. Secondo una prima interpretazione il concetto di attualità vale ad identificare un presupposto o una condizione della richiesta risarcitoria, sussistente al momento della presentazione del ricorso da parte del detenuto. Per questa rilevante dottrina il pregiudizio grave ed attuale sembra legittimare solo coloro che stanno subendo condizioni detentivi inumani e degradanti al momento della richiesta di accertamento[84]. Ne deriva che fuoriescono dal perimetro dell'attualità del pregiudizio tanto i trattamenti detentivi inumani e degradanti subiti da un

[84] A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l 92/2014*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovraffollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdot

soggetto detenuto in relazione ad esecuzioni penali pregresse rispetto all'attualità del pregiudizio, nonché i pregiudizi che, pur riferibili alla detenzione in corso di esecuzione, non siano più attuali al momento della presentazione del ricorso o della decisione del giudice, poiché generati da una situazione medio tempore sanata dall'amministrazione penitenziaria nell'esercizio dei suoi poteri. L'approdo ermeneutico poggia sulla esigenza di una interpretazione stretta del disposto normativo, stante l'eccezionalità dello strumento risarcitorio nell'ambito della giurisdizione del magistrato di sorveglianza. Una lettura rigorosa della giurisdizione di sorveglianza pare imporsi non soltanto alla luce della eccezionalità dell'istituto, ma anche sulla considerazione che, ad accogliere una differente concezione, si verrebbe a creare un foro speciale a favore esclusivo dei soggetti detenuti, che non pare coerente con il canone della uguaglianza di tutti i soggetti davanti alla legge. La più significativa ricaduta applicativa di tale ricostruzione si condensa nell'assunto che, in tutti i casi in cui la violazione dell'art. 3 Cedu non possegga i requisiti della attualità, essa fuoriesca dalla giurisdizione della magistratura di sorveglianza per ricadere nella giurisdizione generale del giudice civile. Non si tratta, però, di approdo esente da alcuni profili problematici, che sono stati individuati da una contrapposta posizione, il cui sforzo interpretativo è diretto a superare l'ostacolo posto dal dato testuale dell'art. 35bis ord. pen., esaltando la massima potenzialità deflattiva della modalità risarcitoria in forma specifica prevista dal medesimo articolo. Secondo questa seconda interpretazione l'attualità delle condizioni disumane e degradanti condurrebbe a vanificare sul pino pratico la tutela risarcitoria, rendendo i rimedi preventivi e compensativi tra loro incompatibili, in quanto l'attivazione dell'art. 35bis determinerebbe il venire in meno dell'attualità del pregiudizio, e costringerebbe il detenuto ad optare per l'uno o l'altro. Inoltre, vi sarebbe anche un ulteriore elemento a favore di questa tesi, ossia quanto espresso nella sentenza Torreggiani, ovvero che in capo ai ricorrenti permaneva la qualità di vittima anche se, a seguito del ricorso, alcuni detenuti erano stati trasferiti in celle più ampie e confortevoli, in quanto l'attualità del pregiudizio sarebbe tale fino a che non interviene una decisione giudiziale che ne determini il risarcimento. Infine, individuare l'attualità del pregiudizio come criterio di individuazione del giudice, attribuendo le questioni di non attualità al giudice civile, contrasterebbe con lo schema dell'art. 35ter, com. 3 in quanto è questa la disposizione che individua la competenza del tribunale civile in riferimento a due ipotesi precise (espiazione della pena o custodia cautelare non computabile in carcere). Tuttavia, anche la seconda teoria offre il fianco ad alcune critiche. In primis non sembrerebbero incompatibili art. 35bis e ter, potendo il ricorrente adire prima la tutela preventiva (chiedendo alla amministrazione penitenziaria di rimuovere la violazione) e poi quella risarcitoria. Anzi dalla lettura della legge sembrerebbe proprio che il ricorrente sia nella condizione di ottenere sia la tutela preventiva sia quella risarcitoria. Inoltre, il principio enunciato dalla Corte di Strasburgo (qualità vittima del ricorrente) conferma, a riprova, la tesi della contestuale esperibilità delle formule gemelle degli art. 35bis e 35ter ord. pen. in quanto proprio mediante il ricorso preventivo si perviene all'accertamento della violazione commessa nei confronti del soggetto detenuto, dunque dell'illiceità dell'amministrazione

penitenziaria[85]. La stessa Corte di Cassazione ha riconosciuto, con la relazione dell'ufficio del Massimario del 13 aprile 2015, l'esistenza di questi due contrapposti orientamenti. Ma ancora più interessante è evidenziare come la giurisprudenza di merito ha interpretato il concetto della "attualità". Il magistrato di sorveglianza di Bologna, con ordinanza del 26 settembre del 2014, dopo aver riscontrato l'autonomia dell'art. 35ter ord. pen. e non la natura di norma corollaria dell'art. 35bis ord. pen., si orientò per non riconoscere il carattere assoluto della "attualità" come condizione per proporre la domanda di risarcimento. A conferma di ciò: «se l'applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 35ter ord. pen. individuerà in modo consistente nella "attualità" della lesione e non del titolo detentivo il criterio distributivo della competenza tra magistrato di sorveglianza e tribunale civile, è probabile che venga circoscritta la vera innovazione normativa, costituita dall'introduzione del rimedio della riduzione della pena e dell'aver fornito per la prima volta al magistrato di sorveglianza un fondamento per risarcire il danno non patrimoniale da inumana detenzione[86]». Di tutt'altro avviso il magistrato di sorveglianza di Alessandria con una ordinanza del 31 ottobre del 2014 dove leggiamo che: «i rimedi risarcitori previsti dall'art. 35ter, com. 1 e 2, possono essere azionati davanti al magistrato di sorveglianza solo in presenza dei due presupposti, costituiti dallo stato detentivo e dalla attualità del pregiudizio. In mancanza essi vanno azionati davanti al giudice civile[87]». Davanti a questi contrasti giurisprudenziali intervenne la Iª Sezione della Cassazione con la sentenza n. 43722/2015 (sentenza Salierno)[88]. Scrivono i giudici di palazzo Cavour: «è del tutto evidente che il rimedio di cui all'art. 35ter ord. pen. non si pone in contrasto con la ordinaria tutela di inibizione alla protrazione della condotta illecita con rimozione del comportamento lesivo, ove la stessa sia ancora al momento in atto in attesa della decisione, con possibile esercizio da parte del soggetto detenuto di una azione che miri ad ottenere la duplice forma di tutela offerta dall'ordinamento (tutela risarcitoria e contestuale rimozione del limite posto all'esercizio del diritto). Ma è al contempo evidente che nell'ipotesi di lesione già subita ma insussistente alla attualità, il soggetto detenuto resta titolare della tutela speciale fornitagli dal legislatore all'art. 35ter da realizzarsi innanzi al magistrato di sorveglianza... Ciò perché la necessaria "attualità" del pregiudizio è condizione necessaria nel reclamo ordinario proprio in ragione della correlazione con la tipologia di tutela che il sistema offre rispetto alle conseguenze dell'illecito, lì dove non diventa requisito essenziale dell'azione quando la domanda, data la particolare condotta violatrice, è tesa ad ottenere tutela risarcitoria». La Cassazione ha così avallato l'interpretazione della "attualità" come condizione non necessaria del reclamo.

[85] F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu:le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/3420-i-nuovi-rimedi-risarcitori-della-detenzione-contraria-all-art-3-cedu-le-lacune-della-disciplina-e-l

[86] Mag. Sorv. Bologna, ordinanza del 26 Settembre 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

[87] Mag. Sorv. Alessandria, ordinanza del 31 ottobre 2014, in Cass. Pen, 2015, pag. 2012

[88] Cass. Sez. Iª, n. 43722 del 2015, in www.dirittoegiustizia.it

Per quanto riguarda il secondo elemento del pregiudizio, la "gravità", si dovrebbe intendere come pregiudizio tale da non integrare un mero disagio o un fastidio, valutandolo caso per caso in relazione sia agli aspetti oggettivi (entità e durata della lesione) e soggettivi (età, sesso, condizioni di salute)[89]. Inoltre, questo elemento rinvia espressamente alla violazione dell'art. 3 Cedu interpretato dalla Corte di Strasburgo. Quindi si avrà pregiudizio "grave" quando la detenzione non ha rispettato in primis i limiti di spazio minimo vitale (pari a $3m^2$) ed anche qualora lo spazio della cella fosse sporco, privo di luce, acqua, servizi igienici, mancante del corredo ecc. Da menzionare, tra le tante, la sentenza Khlaifa c. Italia del Dicembre del 201690: «per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3 Cedu, un maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità. La valutazione di questo minimo è relativa, dipende nel complesso dagli elementi della causa, in particolare dalla durata del trattamento, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute. Inoltre, si deve valutare se lo scopo era quello di umiliare e denigrare l'interessato. Tuttavia, anche in mancanza di tale scopo non si può escludere in maniera definitiva una violazione dell'art. 3. Così anche se lo spazio detentivo era comprensivo tra i 3 ed i 4 m^2, la Corte ha concluso per una violazione dell'art. 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata dalla mancanza da una mancanza di spazio e ventilazione, da un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta o da una totale mancanza di intimità nella cella».

5.1 La natura giuridica dell'istituto, i soggetti legittimati, l'onere della prova

Se il tema della gravità e della attualità del pregiudizio ha suscitato un vivace dibattito nella giurisprudenza, ancora più problematica appare l'inquadramento della natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria, oscillante tra la teoria della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c e quella del "contatto sociale qualificato"[91]. Due teorie che hanno dirette ripercussioni sul tema dell'onere della prova e della prescrizione. In materia si possono leggere interessanti pronunce. Il magistrato di sorveglianza di Bologna, con ordinanza del 26 novembre del 2014[92], ha sostenuto la tesi della natura contrattuale della responsabilità della p.a: «La norma, di che trattasi, ha semplicemente previsto una forma di ristoro, predeterminato e tipizzato, per i detenuti e gli internati che si siano trovati in condizioni tali da violare l'art. 3 Cedu, abbiano gli stessi subito un danno effettivo. Il rimedio introdotto dall'art. 35ter ord. pen. pare configurare un indennizzo da c.d. atto lecito dannoso». Di diverso avviso è

[89] A. Ciavola, *L'area di applicazione del nuovo rimedio preventivo,* in La Tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 141
[90] Corte eur. dir. uomo, 15 Dicembre 2016, Khlaifa c. Italia, in *http://hudoc.echr.coe.int*
[91] F. VenostraA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezioni "autonomi"*, in Studi in onore di Giorgio De Nova, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 3120-3121
[92]S. Ardita, L. Degl'Innocenti., F. Faldi, *Diritto penitenziario,* cit, pag. 341

il Tribunale di Sorveglianza di Palermo, che, con ordinanza del 9 Febbraio 2015[93], condivide la tesi della responsabilità extracontrattuale: «Le doglianze esposte dal ricorrente sono annoverabili alle concrete modalità di gestione della vita carceraria. La domanda proposta è riconducibile allo schema dell'art. 2051 c.c, che sancisce la responsabilità del soggetto che eserciti sulla cosa un effettivo potere fisico tale da implicare il governo, l'uso e il potere di escludere i terzi dal contatto con la stessa. Tale disposizione si applica anche agli enti pubblici. Nel caso in esame i convenuti sono qualificabili come custodi della struttura penitenziaria in quanto il DAP costituisce articolazione del Ministero della Giustizia deputata alla gestione del sistema carcerario». Protende per la responsabilità contrattuale anche il magistrato di sorveglianza di Venezia con ordinanza del 9 Luglio 2015[94]: «Con l'espressione contatto sociale qualificato si vuole indicare un rapporto sociale idoneo ad ingenerare l'affidamento dei soggetti coinvolti in virtù del fatto che si tratta di un rapporto "qualificato" dall'ordinamento giuridico, che vi collega una serie di rapporti di collaborazione e protezione volti alla salvaguardia di determinati beni giuridici. È in questa prospettiva che deve essere considerato il rapporto tra detenuto ed amministrazione penitenziaria, sulla quale grava l'obbligo (minimo) di assicurare condizioni di restrizione che non siano inumane e degradanti». La presenza di due orientamenti divergenti comporta anche dubbi sul tema della prescrizione (cinque anni se si accoglie la tesi della responsabilità aquiliana oppure dieci anni se si accetta la tesi del contatto sociale qualificato). Altro problema riguarda coloro che possono presentare domanda di reclamo davanti al magistrato di sorveglianza, poiché il legislatore distingue tra richiedenti che si trovano in condizione di detenzione, cui riconosce il risarcimento in forma specifica (pari alla riduzione di un giorno di pena da espiare per ogni dieci giorni di pregiudizi patito) e coloro che hanno subito pregiudizio, in stato cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero hanno terminato di espiare la pena detentiva, cui viene riconosciuto il risarcimento in forma pecuniaria nella misura di € 8 per ogni giorno di detenzione. Nonostante la chiarezza del contenuto, vi sono problemi relativi ad alcune situazioni in cui potrebbe trovarsi l'istante. Quando il legislatore parla di "detenuto", sembra aver escluso volontariamente la figura dell'"internato". I due termini non sono sinonimi, ma esprimono situazioni profondamente diverse tra loro: col primo si fa riferimento all'imputato ed al condannato in stato di privazione della libertà personale, con il secondo il soggetto che sottoposto a misura di sicurezza. La dottrina ha sostenuto che il legislatore avrebbe solo commesso una dimenticanza nel momento della conversione del decreto legge, e quindi bisognerebbe estendere la legittimazione anche a quest'ultima categoria, come confermerebbe la rubrica dell'art. 35ter ord. pen. Per quanto riguarda il soggetto sottoposto a misura cautelare, la disciplina riconosce al magistrato di sorveglianza la competenza a giudicare sul pregiudizio patito dal richiedente in custodia cautelare, quando questa è imputabile alla pena successivamente comminata, mentre nel caso contrario la competenza spetta al giudice civile ex art. 35ter,

[93]S. Ardita, L. Degl'Innocenti., F. Faldi, *Diritto penitenziario,* cit, pag. 342
[94]S. Ardita, L. Degl'Innocenti., F. Faldi, *Diritto penitenziario,* cit, pag. 343

com. 3 ord.pen. Il rimedio è immediatamente esperibile dal soggetto interessato, il quale può o differirne l'azionamento ad un secondo momento, o, se intende agire immediatamente, in regime di detenzione cautelare, è legittimato ad adire il magistrato di sorveglianza per l'immediata cessazione della situazione di "gravità" ed "urgenza", anche ai fini risarcitori[95]. Se si sposta l'attenzione ai soggetti che sono beneficiari di una misura alternativa, (affidamento in prova, detenzione presso il domicilio, semilibertà) seguendo una interpretazione letterale del testo, questi sarebbero esclusi dal novero dei legittimari in quanti manca la condizione di carcerazione, potendo chiedere esclusivamente un risarcimento in forma pecuniaria. Per evitare una situazione che non rappresenterebbe la ratio dell'istituto, si preferisce una interpretazione che consenta l'accesso al rimedio "premiale" per l'intero corso di esecuzione della pena, compreso, dunque, l'eventuale periodo espiato in misura alternativa alla detenzione. Infatti, il soggetto che gode di una qualunque delle misure alternative non ha tecnicamente finito di espiare la pena detentiva in carcere, perché in ogni momento può intervenire la revoca della misura alternativa, con il contestuale ripristino del regime detentivo inframurario. Il beneficiario di una misura alternativa, che lamenti di aver ricevuto una lesione dei suoi diritti durante il periodo di detenzione antecedente alla richiesta di una misura alternativa, non è più nelle condizioni di patire un pregiudizio grave ed attuale. A seconda di quale orientamento si segua, la competenza apparterà o al magistrato di sorveglianza oppure al tribunale civile. Sul versante processuale il soggetto legittimato a proporre reclamo al magistrato di sorveglianza è il detenuto che ha subito una condanna con sentenza passata in giudicato, quindi il soggetto condannato a pena carceraria in modo definitivo. L' imputato è escluso da i legittimati, potendo chiedere tutela solo dopo che la sentenza sia passata in giudicato o proponendo reclamo ex art. 35bis ord. pen. per chiedere all'amministrazione penitenziaria di eliminare la condizione lesiva dei suoi diritti. Il soggetto passivo è sempre l'amministrazione penitenziaria, nelle vesti del direttore dell'istituto o del capo del DAP, quali articolazioni del Ministero della Giustizia. Il ricorrente dovrà specificare, a pena di inammissibilità della richiesta, quali sono gli istituti di pena ed il periodo di detenzione illegittima che ha scontato, motivando sul perché quel trattamento viola i suoi diritti fondamentali. Contro il decreto che dichiara inammissibile la richiesta o la rigetta si può proporre ricorso in Cassazione. Sembra gravare sull'amministrazione, invece, l'onere di dimostrare l'insufficienza e la contraddittorietà dei fatti costitutivi proposti dal ricorrente. Tale ripartizione dell'onere della prova, sostengono gli studiosi[96], confermerebbe la natura contrattuale dei nuovi istituti. Il magistrato di sorveglianza decide con una ordinanza motivata, impugnabile entro quindici giorni dalla notificazione del deposito davanti al Tribunale, la cui decisione, a sua volta, è ricorribile per Cassazione, ma solo per vizio di violazione di legge, da esperire sempre nel termine di quindici giorni[97]. Il quadro delineato manifesta i molteplici dubbi della dottrina. Fu la Corte Costituzionale a risolvere

[95] F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu*, cit., pag. 13-15
[96]S. Ardita, L. Degl'Innocenti., F. Faldi, *Diritto penitenziario,* cit, pag. 354-355
[97]S. Ardita, L. Degl'Innocenti., F. Faldi, *Diritto penitenziario,* cit, pag. 356-357

alcune questioni interpretative, con la sentenza n. 204 del 2016[98] fu riconosciuto il diritto degli ergastolani di avere titolo al risarcimento del danno ex art. 35ter, com.2 ord.pen. In particolare la questione, rimessa alla Corte dal magistrato di sorveglianza di Padova, non fu inizialmente valutata come fondata in quanto: «sarebbe fuori da ogni logica di sistema, oltre che in contrasto con i principi costituzionali, immaginare che durante la detenzione il magistrato di sorveglianza debba negare alla persona condannata all'ergastolo il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizione disumana, per la sola ragione che non vi è alcuna riduzione di pena da operare». Solo l'anno successivo la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 83 del 2017[99], sollevata nuovamente dal magistrato di sorveglianza di Padova, sostenne che anche gli internati (soggetti sottoposti a misura di sicurezza) avessero diritto di adire il magistrato di sorveglianza per ottenere un ristoro economico: «posto che ad oggi tutte le misure di sicurezza detentive hanno una durata massima, sarebbe astrattamente possibile, nell'approssimarsi del termine di tale durata, operarne, a norma dell'art. 35ter., com. 1, una riduzione a titolo di risarcimento del danno subito per i giorni trascorsi dall'internato per condizioni disumane. L'internato che non può godere di alcuna riduzione della durata della misura di sicurezza è perciò legittimato a domandare il risarcimento integrale del danno in forma specifica». Anche il tema della natura giuridica dell'istituto (e del contestuale problema della prescrizione) sembra aver trovato una soluzione giurisprudenziale soddisfacente sotto il profilo argomentativo e dogmatico. Le Sezioni Unite Civili della Cassazione hanno risolto questi dubbi con la sentenza n. 11018 del 2018[100]: Nonostante la lettera della legge si riferisca al "risarcimento dei danni", il Collegio sostiene che il rimedio sia un indennizzo perché mancano gli elementi tipici del risarcimento ossia il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica, nonché la valutazione del profilo soggettivo. La Corte ritiene che la qualificazione in termini di indennizzo del diritto spettante al soggetto, detenuto in condizioni disumane, porti ad escludere l'applicazione del termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2947 c.c e comporti l'applicazione di quello decennale. Tale termine decorre, nel caso di detenzione cessata prima della normativa, dal giorno della entrata in vigore della legge, mentre, nel caso di detenzione ancora in atto, il diritto matura quotidianamente e la prescrizione decorre nel corso della detenzione. Al paragrafo 60 della citata decisione la Cassazione afferma: «il diritto ad una somma di denaro, pari ad otto euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri dell'art. 3 Cedu, si prescrive in dieci anni che decorrono dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle suindicate condizioni. Coloro che abbiano cessato di espiare la pena detentiva prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, se non sono incorsi in decadenze, hanno anche essi il diritto all'indennizzo ex art. 35ter ord.pen., il cui termine di prescrizione non opera prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore del decreto legge». Implicitamente, la Suprema Corte pare orientarsi a

[98] Cort. Cost. n. 204 del 2016, disponibile su www.consulta.it
[99] Cort. Cost. n. 83 del 2017, disponibile su www.consulta.it
[100] Cass. Civ. Sez. Un. n. 11018 del 2018, disponibile su www.penaleconteporaneo.it

riconoscere una natura extracontrattuale a questo istituto. Rimane ancora in una zona grigia dai contorni poco chiari il tema della ripartizione dell'onere della prova. La Iª Sezione Penale della Corte di Cassazione ha cercato di risolvere i dubbi con la sentenza n. 23362 del 2018[101]: «Il punto di maggiore interesse è rappresentato dalla affermazione relativa all'esistenza di una presunzione relativa di veridicità delle affermazioni rese dal soggetto detenuto, in considerazione della necessità di bilanciare l'asimmetria derivante da tale condizione, per cui l'amministrazione è l'unico soggetto che dispone di informazioni idonee ad apprezzare la legalità del trattamento. La domanda da porsi è se tale criterio possa o meno essere adottato dal giudice interno, quale criterio idoneo ad orientare la trattazione e la decisione delle procedure instaurate ai sensi dell'art. 35ter ord. pen. La risposta è positiva. Esaminando i criteri seguiti dalla Corte di Strasburgo, emerge con nettezza la tendenza a realizzare un'inversione dell'onere della prova rispetto al principio "actori incumbit probatio". Confermano ciò numerosi arresti della Corte...Si vedano inoltre le decisioni interne tra datore di lavoro e lavoratore subordinato...in campo di responsabilità civile medico-chirurga. Ciò induce a ritenere che anche nel sistema interno, innanzi al magistrato ed al Tribunale di Sorveglianza, debba trovare applicazione il principio di diritto per cui la particolare condizione del soggetto ristretto realizza le condizioni per l'inversione dell'onere della prova, nel senso che l'affermazione dell'istante è da ritenersi assistita da una presunzione relativa di veridicità dei suoi contenuti che è compito dell'amministrazione ribaltare attraverso la produzione di elementi di smentita idonei». La Cassazione aveva sostenuto che il ricorrente avesse solo l'onere di indicare il periodo di detenzione e il perché si era violato l'art. 3 Cedu, spettando all'amministrazione il compito di dimostrare che essa aveva agito correttamente nel rispetto della legge. Nel ragionamento della Cassazione si prefigurava la linea della responsabilità da contatto sociale della P.A. Tuttavia, parte della dottrina non sembra aver accettato una simile interpretazione, sostenendo che in materia di procedimento di sorveglianza, quando l'oggetto della questione consiste nell'accertamento di un fatto, verrebbe sempre e solo in gioco il principio del *favor rei*, come confermato dagli art. 669, 671 c.p.p e 54, com. 4 ord.pen. Allora in presenza di un vuoto normativo, si potrebbe invocare quel principio, ogniqualvolta si assista ad un trattamento non conforme alla Cedu, senza ricorrere alla giurisprudenza di Strasburgo od ai principi civilistici. Una sentenza sicuramente interessante in quanto i giudici della Suprema Corte, fermo restando il valore del diritto internazionale, si sono orientati ad una soluzione che non travalica i campi del diritto penale-penitenziario, offrendo al magistrato ed al Tribunale gli strumenti adatti per tutelare i diritti fondamentali dei detenuti. Un altro profilo di incertezza ha poi riguardato la legittimazione attiva in capo al giudice, ovvero, posto che il detenuto/internato ed il suo difensore sono contemplati nell'art. 35bis ord. pen., sorse il dubbio se il procedimento fosse instaurabile per iniziativa del giudice *ex officio*. Se da un lato il magistrato di sorveglianza è chiamato a riequilibrare la posizione di debolezza del condannato nel

[101]Cass. Pen. Sez.Iª, n. 23362 del 24 Maggio 2018 (Lucchese), in www.penaleconteporaneo.it

rapporto con l'amministrazione penitenziaria, al fine di realizzare la funzione rieducativa della pena, dall'altro bisogna interrogarsi se una dinamica basata sulla *adversary* tra detenuto ed amministrazione sia conforme con i principi del "giusto processo". La dottrina[102] tende ad escludere la facoltà d'ufficio del magistrato per una serie di argomentazioni: i) il rimedio preventivo è configurato quale strumento di tutela delle posizioni incise dall'Amministrazione, che assume nel processo il ruolo di controparte, ii) essendo la *causa petendi* del reclamo la violazione del diritto del detenuto, solo tali soggetti sarebbero legittimati a proporlo, iii) l'iniziativa del giudice sarebbe limitata solo a prescrivere all'amministrazione penitenziaria gli interventi per sanare il vulnus rilevato. Anche se sussiste un rapporto asimmetrico sul piano formale, il controllo del magistrato di sorveglianza è connesso al finalismo rieducativo e la posizione equi-ordinata sul piano costituzionale del principio del gusto processo e di quello stabilito dall'art. 27, com. 3 Cost. impone un bilanciamento dei valori.

5.2 Riflessioni sui nuovi istituti degli art. 35bis e ter ord. pen. alla luce dei principi costituzionali

Ad una prima visione di insieme, sembra che il sistema creato dal legislatore nel biennio 2013/2014 abbia raggiunto un certo grado di stabilità, soprattutto in ordine sostanziale, grazie al lavoro della dottrina e della giurisprudenza. La controversa questione sulla natura indennitaria o risarcitoria dell'art. 35ter ha trovato soluzione con la sentenza a Sez. Un. del 2018, n. 11018, che, nel riconoscere la natura indennitaria dell'istituto, ha posto fine alla conflittualità tra i giudici di merito e di legittimità, ammettendo come la richiesta di € 8 per ogni giorno di inumana detenzione fosse cumulabile con una contestuale richiesta di risarcimento danni, da determinare in via equitativa in sede di giudizio. La sentenza ha altresì identificato un onere della prova in capo all'Amministrazione penitenziaria, soggetto in posizione privilegiata nel rapporto *conflittuale* col detenuto, obbligandola a fornire al giudice gli elementi che dimostrino che la condotta non sia illegittima e tale da integrare una responsabilità da fatto illecito. La prova fornita dall'Amministrazione dovrà fondarsi su elementi certi ed oggettivi, non rivelando l'eventuale forza maggiore o caso fortuito che ha determinato l'evento103, canoni previsti per la responsabilità "senza colpa". In materia di legittimazione ad agire, il diritto ad ottenere il ristoro per la detenzione contraria all'art. 3 Cedu appartiene al detenuto che subisce il danno, che agisce direttamente avanti al magistrato contro il provvedimento dell'Amministrazione per chiederne l'annullamento e/o il risarcimento danni. Il rito che si instaura ex art. 666 e 678 c.p.p prevede la camera di consiglio, con partecipazione obbligatoria

[102]F. Fiorentin, *L'iniziativa tra principio della domanda e poteri ex officio*, in La Tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 185-187 e 191-192

[103]P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 2014, p. 135-136: "..il caso fortuito...è l'evento così raro e straordinario nelle sue conseguenze da essere estraneo al rischio tipico.."

solo del p.m e del difensore del detenuto, salva l'ipotesi in cui quest'ultimo chieda di parteciparvi direttamente ed essere ascoltato dal giudice. La giurisprudenza104 ha però precisato che la comunicazione dell'udienza dovrà essere fornita al direttore dell'Amministrazione penitenziaria in ogni caso affinché non sia integrata una nullità di ordine generale di tipo intermedio. Solo il tema della natura della responsabilità della struttura carceraria continua ad oscillare tra le due differenti teorie della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sebbene nella sentenza n. 11108 della Cass. sopra menzionata gli ermellini sembra protendere per la natura aquiliana. Sebbene non sia criticabile l'insieme di contributi che negli anni sono stati forniti sul tema e che indubbiamente hanno risolto numerosi punti oscuri su questi nuovi istituti, persistono ancora molte criticità su questi due istituti. In particolare, si asserisce come le novità introdotte abbiano prodotto solo degli effetti marginali, lasciando impregiudicata e senza tutela la sfera dei diritti detenuti. Partendo dall'art. 35bis ord.pen. si afferma che il merito del legislatore è stato aver creato una procedura con cui il detenuto possa chiedere al magistrato di sorveglianza di inibire le condotte dell'amministrazione che siano lesive dei diritti dei detenuti, ordinandole di provvedere. Però è stato scritto che l'art. 35bis ord.pen. scinde quello che non è scindibile, ossia i diritti da tutto quello che diritto non è. Il problema maggiore, infatti, non sarebbe individuare l'area del danno grave ed attuale, bensì capire cosa ricada sotto questa disposizione e cosa sia invece al di fuori di essa[105]. Per comprendere cosa voglia sottolineare la dottrina avversa a questi istituti si rifletta su alcuni casi pratici di reclami presentati dai detenuti contro comportamenti e decisioni dell'amministrazione carceraria. In un primo caso un boss della 'ndrangheta, condannato all'ergastolo, aveva presentato ricorso per riottenere la foto della madre deceduta, sequestrata dagli agenti per aver superato il limite massimo di metratura consentita dal regolamento dell'istituto. Il detenuto si era visto respingere la richiesta dal magistrato di sorveglianza (poi accolta in un secondo momento dalla Cassazione) in quanto non sarebbe sussistito alcun diritto a detenere immagini di parenti defunti come forma di alleviamento della pena. Totalmente differente da un secondo caso, in cui un detenuto, sempre ergastolano, aveva presentato reclamo ex art. 35bis ord. pen. per chiedere all'amministrazione di spostare la televisione nella sua cella ad una distanza a lui più congeniale, causa la cecità ad un occhio e miope da un altro. Il magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia accolse la sua richiesta, in quanto: «sussistono oggettive difficoltà nella focalizzazione delle immagini oltre certe distanze, nonché un grado di fissazione eccentrica preferenziale, elementi compatibili con la soggettiva esigenza di mantenere gli oggetti di fissazione a distanza ravvicinata[106]». Nelle loro pronunce i giudici di sorveglianza oscillano nel riconoscere in un caso e negare nell'altro l'esistenza di specifiche

[104]Ord. Tr. Sorv. Torino del 2015 n. 1350(Vignera),http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2015/05/Vignera-provvedimento-28-aprile-2015

[105]D.Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli art. 35, 35bis, 35ter ord.pen.*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/6388-le-briciole-di-pane-i-giudici-il-senso-di-umanita-una-lettura-costituzionalmente-orientata-degli-ar

[106]Mag. Sorv. Reggio Emilia, ordinanza del 17 Maggio 2017 (*Madonia*), in www.giurisprudenzapenale.com

posizioni soggettive dei detenuti; ma determinare cosa sia meritevole di tutela e cosa non appaia neppure valutabile nel merito, senza adoperare criteri generali ed univoci per tutte le questioni di diritto, può solo generare il pericolo di azioni arbitrarie della magistratura. Ed ecco allora apparire la questione più spinosa, quella della individuazione dell'area di intervento del giudice, che sembrerebbe disporre di ampia discrezionalità nell'accogliere o nel rigettare le richieste dei detenuti. Infatti, basta che questi ritenga che esista o meno un diritto ed i risultati appaiono completamente differenti gli uni dagli altri. Per quanto riguarda l'art. 35ter ord. pen., essendo nato per rispondere alle continue condanne della Corte di Strasburgo, la disposizione sembra mancare di progettualità. Infatti, la disposizione impartisce al giudice l'obbligo di provvedere a risarcire (anche in forma specifica) il detenuto per violazione dell'art. 3 Cedu. Il rischio è che i reclami presentati al giudice possano non essere ascoltati, confermando che l'istituto non ha alcuna visione di sistema. In più l'art. 35ter ord. pen. afferma che il giudice domestico deve provvedere secondo l'interpretazione del giudice di Strasburgo, ma questa clausola, introducendo una sorta di sudditanza ad un giudice piuttosto che alla legge, può essere un vulnus al nostro sistema di civil law? Se una legge potesse disporre che un giudice è soggetto ad un altro giudice, cosa rimarrebbe della (costituzionale) soggezione del giudice soltanto alla legge? In questa norma alcuni autori[107] hanno colto una possibile conflittualità inter-ordinamentale: qualora il giudice nazionale rispetti fedelmente l'interpretazione dell'art. 3 Cedu fornita dalla Corte di Strasburgo, si affermerebbe una totale superiorità del diritto internazionale su quello interno. Infatti, l'art. 35 ter ord. pen., se interpretato letteralmente108, non permette una autonoma valutazione della situazione al magistrato di sorveglianza, che deve rispettare fedelmente quanto valutato e stabilito dal giudice di Strasburgo. Ne deriva che ogni conflitto interpretativo sulle norme potrebbe essere risolto invocando il principio della superiorità del diritto internazionale, ma si paleserebbe uno sproporzionato sbilanciamento in danno al diritto nazionale. Ma questo orientamento non è rispettoso della giurisprudenza della Consulta, che ha sempre statuito che le norme del diritto internazionale ed europeo debbano essere sì rispettate ma a patto che queste norme e la loro interpretazione non violi i principi del diritto nazionale[109]. In questi casi di "obbedienza" alla interpretazione del giudice internazionale, vi è pericolo che sia leso il principio della indipendenza del giudice nazionale e la sua soggezione solo alla legge ex art. 101 Cost. Se si aggiunge che gli stessi giudici internazionali hanno facoltà di modificare l'interpretazione fornita sui principi fondamentali, come conferma la rilettura del ruolo del letto nella nuova sentenza *Mursic*, comprendiamo la complessità di un tema su cui difficilmente porre la parola fine. Però allo stato della legislazione attuale l'art. 35ter ord. pen. non lascia scampo al magistrato di sorveglianza, costretto a ridurre la pena od a risarcire il danno quando vi è violazione dell'art. 3 Cedu come interpretato dalla Corte Edu. Un dubbio di costituzionalità ancora

[107]D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità*., cit., pag. 82-83
[108]Art. 35 ter ord.pen. ;"….*come interpretato dalla Corte Europe dei diritti dell'uomo…."*
[109] Cort. Cost. n. 183 del 1973 e 232 del 1989

maggiore riguarda il contenuto dell'art. 35ter ord. pen. nel predisporre o la riduzione di un giorno ogni dieci di pregiudizio o otto euro per ogni giorno nel quale si è subito il pregiudizio. Un rimedio che mostra i suoi dubbi costituzionali per almeno tre ragioni: a) l'ammontare del rimedio, se fisso, non può essere individualizzato; b) l'ammontare del rimedio, se fisso, non può tenere in considerazione che la persona lamenti non uno, ma più pregiudizi; c) l'ammontare del rimedio, se fisso, non valuta lo scopo rieducativo della pena. Ben più lungimiranza avrebbe dimostrato il legislatore prendendo in considerazione quello che forse è l'unico caso in qualche modo confrontabile con il rimedio per trattamento inumano e degradante: il danno esistenziale, declinato in termini biologici o morali[110]. Davanti a queste legittime questioni la dottrina ha anche paventato una possibile soluzione: se l'esigenza primaria è assicurare al detenuto tutte le tecniche per proteggere i suoi diritti, perché non unificare e coordinare gli strumenti a sua disposizione? Da un lato eliminare dall'orizzonte l'art. 35 ord. pen. perché sostanzialmente inutile ed anacronistico, dall'altro sopprimere gli art. 35bis e ter ord. pen. per come elaborati, riformularli ex novo e creare un nuovo articolo art. 35bis ord. pen[111]. In questo modo in primo luogo si supererebbe il pregiudizio all'esercizio dei diritti, essendo più che sufficiente, per comprendere se il pregiudizio esiste o meno, la valutazione del magistrato. In second'ordine riprogettare il contenuto delle due norme per superare i dubbi di costituzionalità sorti negli anni. Infatti, perché accordare riduzione di pena o risarcimento solo in violazione dell'art. 3 Cedu? Violare la Costituzione è meno rilevante? Nell'ipotesi di riformulazione delle due norme, il giudice potrebbe, se decidesse di accogliere l'istanza, ordinare all'amministrazione di provvedere, e poi, se necessario, ordinare l'ottemperanza con tanto di commissario *ad acta*, ed infine accordare o la riduzione della pena o il risarcimento economico[112]. Proprio sul tema dell'ottemperanza, in particolare, la dottrina è incline ad accettare la scelta del legislatore di attribuire al magistrato di sorveglianza la competenza, in quanto sembra aver pesato la vulnerabilità della persona privata della libertà personale e l'obiettivo di rendere il procedimento più accessibile e celere rispetto a quello attivabile davanti al TAR[113]. Allo stato della legislazione italiana, il giudice ha l'onere di rispettare l'essere umano che gli rivolge una domanda. Nell'intero procedimento che si dipana davanti al magistrato di sorveglianza, la figura del detenuto in quanto uomo è il fine che il potere giurisdizionale deve sempre proteggere, al di là delle decisioni nel merito. Svolgere questo compito assicura la prima attuazione dei principi costituzionali. Nonostante non esitano ancora delle pronunce su quesiti simili, sono comprensibili le critiche ed i dubbi che gli studiosi hanno rivolto a simili istituti, che, nonostante il loto intento, non sembrano aver colmato tutte le lacune nell'ordinamento penitenziario.

[110]D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità.*, cit., pag. 84
[111] D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità.*, cit., pag 87-88
[112]D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità.*, cit., pag. 93-94
[113]A. Martufi, *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, in La Tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti, Giappichelli, Torino, 2019, pag. 303

6. La fallita riforma Orlando sul potenziamento delle misure alternative

Lo spirito di riforma e di modifica delle istituzioni carcerarie è stato per molti anni il motore delle politiche legislative italiane post Torreggiani, una serie di interventi il cui proposito consisteva nell'adeguare la realtà italiana alla normativa internazionale, soprattutto per non correre il rischio di nuove condanne. Oltre alle singole leggi, l'esempio più importante è rappresentato dagli Stati Generali dell'esecuzione penale. Inaugurati a maggio del 2015 e conclusi ad Aprile del 2016, sono stati un lungo percorso di riflessione e proposta, a cui hanno partecipato magistrati, avvocati, docenti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo volontario. Istituiti su volontà dell'allora Ministro Orlando, hanno proposto un nuovo modello di esecuzione penale ed una migliore fisionomia del carcere, più rispettosa per chi vi lavora e per chi vi è ristretto. I passaggi successivi sono stati segnati dalla approvazione della legge n° 103/2017 (Riforma Orlando), dai lavori delle commissioni ministeriali, dall'approvazione del disegno prima in seno al Consiglio dei Ministri e poi dentro le commissioni di Camera e Senato. Tra le disposizioni principali della riforma, ispirata alla semplificazione delle procedure, eliminazioni degli automatismi trattamentali, riconoscimento del diritto all'effettività, una parte considerevole era riservata alla materia delle misure alternative al carcere. In particolare, si prevedeva un aumento del limite ordinario per richiedere l'affidamento in prova al servizio sociale, portandolo a quattro anni di reclusione, così completando la disposizione che permette di usufruire di questa misura anche al condannato che stia scontando una pena superiore a tre anni ma inferiore a quattro e che si dimostri meritevole di questa alternativa al carcere. La riforma prevedeva poi anche l'introduzione di una serie di obblighi, quali lavori socialmente utili e coinvolgimento in percorsi di giustizia riparativa. Si valorizza il ruolo delle condotte riparatorie, secondo una linea politico-criminale ben visibile nell'insieme della riforma, compiere uno slancio verso la legalità della pena. Inoltre, si introduceva un affidamento in prova di condannati con infermità psichica, modellato sull'art. 94 t.u stupefacenti: si disponeva lo svolgimento di un programma terapeutico e di assistenza psichiatrica in libertà presso una struttura sanitaria pubblica o privata accreditata, purché la pena complessiva non superi i sei anni di reclusione. Novità anche sul versante dell'altra misura alternativa, la detenzione presso il domicilio. La detenzione domiciliare ordinaria viene ora estesa alla madre, o al padre in caso di morte od assoluta impossibilità della made, di figlio gravemente disabile, senza limiti di età e senza preclusioni per l'art. 4bis ord. pen. Il limite di applicabilità della detenzione domiciliare generica, ossia alternativa all'affidamento in prova al servizio sociale, viene portata a quattro anni. La detenzione domiciliare dell'art. 47ter, com.01 diventa infine applicabile anche ai recidivi. Anche per l'ultima delle misure alternative, la semilibertà, la Riforma Orlando ha introdotto la possibilità di svolgere, tra le varie attività, quelle di volontariato aventi carattere di rilevanza sociale, con

la contestuale creazione di sezioni autonome presso civili abitazioni dove darne esecuzione. Inoltre, tale misura era concessa anche agli ergastolani dopo venti anni od anche dopo aver usufruito di permessi premio per cinque anni consecutivi. Se poi l'ergastolano si trovava in regime di semilibertà ed ha scontato positivamente cinque anni, potrebbe essere ammesso alla liberazione condizionale. Infine, si prevede la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive ex art. 656, com. 5, funzionale alla presentazione dell'istanza di ammissione a una misura alternativa, ancorandola al limite dei quattro anni[114]. Da una prima lettura di queste disposizioni si osserva che le misure alternative erano state ampliate, non stravolte, ferme restando gli sbarramenti per le categorie di soggetti socialmente pericolosi. La riforma, inoltre, mirava ad un miglior coordinamento tra istituti, sia all'interno dell'ordinamento penitenziario, sia tra ordinamento penitenziario ed altri settori della legislazione. Merita apprezzamento anche la revisione dei contenuti di alcune misure alternative, tra i quali trovano spazio forme di riparazione post delictum. Oltre che sulle misure alternative alla detenzione, sono stati trattati altri aspetti importanti, tra cui il tema del volontariato, dei permessi e della sorveglianza dinamica. Infatti, la competenza a concedere permessi ai volontari in carcere passava al direttore del carcere o agli uffici della esecuzione esterna, così diminuendo il carico di lavoro del magistrato di sorveglianza, si introducevano, per richiedere permessi, eventi familiari "di particolare rilevanza" e si permetteva al detenuto di trascorrere fino a quattro ore fuori dalla cella, sempre sotto l'occhio vigile degli agenti. La riforma fu studiata e varata da esperti conoscitori del diritto, capace di creare una effettiva alternativa alla pena detentiva, continuando quelle politiche di riduzione del sovraffollamento carcerario, avviate negli anni precedenti. Tuttavia, la Riforma Orlando non è stata attuata ed il motivo si deve al mutamento del contesto politico italiano. Le nuove forza politiche di maggioranza avevano aspramente criticato il progetto del Ministro, soprattutto su due punti, da un lato quello delle intercettazioni, in quanto il progetto, sostenevano, metteva un bavaglio all'informazione, dall'altro quello della riforma carceraria, bollata come una legge svuota-carceri. Fu così che le Commissioni di Giustizia di Camera e Senato espressero parere contrario, permettendo al nuovo Esecutivo di non attuare la riforma su questi due settori, portando alla protesta tutte le Camere Penali Italiane che invocavano le riforme nel sistema penitenziario. Ma la domanda che sorge spontanea è se quella riforma fosse effettivamente uno strumento per rilasciare i detenuti oppure un valido strumento alternativo alla pena detentiva. Emilio Dolcini ha sostenuto che qualificarla come una riforma svuotacarceri è falso perché farebbe leva solo su una componente secondaria della riforma. In materia di misure alternative alla detenzione, è vero che tra i criteri direttivi della delega figurava "la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse". Tuttavia, gli interventi di riforma prefigurati nello schema di decreto ne arricchivano e precisavano i contenuti, secondo una logica

[114]E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente nella giusta direzione*, in https://www.penalecontemporaneo.it/d/5868-la-riforma-penitenziaria-orlando-cautamente-nella-giusta-direzione, pag. 178-179

in parte ispirata alle istanze della giustizia riparativa e alla valorizzazione delle attività di volontariato. Altri interventi miravano, invece, a un doveroso coordinamento della disciplina vigente. Tra questi l'intervento volto ad allineare la disciplina della sospensione della pena delle pene detentive ex art. 656, com. 5 con i limiti di applicabilità dell'affidamento in prova allargato ex art. 47, com. 3bis. Inoltre, altri interventi miravano a dare attuazione al principio di umanità della pena, ad es. estendendo il regime della detenzione domiciliare ex art. 47ter, com. 1 alla madre o al padre di figlio gravemente disabile. Falso dunque che si trattasse di un provvedimento svuotacarceri, così come falso che si trattasse di un generoso regalo rivolto a mafiosi e terroristi sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41bis[115]. Nonostante elementi positivi a favore dei detenuti, il nuovo Parlamento, invocando il principio della certezza della pena, ha sconsacrato la Riforma Orlando, quando forse sarebbe stato sufficiente intervenire solo sulla parte dedicata alle intercettazioni. Un ulteriore elemento non si è poi considerato al momento di rendere inattuata la riforma, ossia il tasso di recidiva. Nonostante si invochi l'obbligo di eseguire le pene in carcere, non si può negare che coloro che hanno usufruito di una misura alternativa al carcere sono per meno predisposti a ricommettere un nuovo reato od uno della stessa indole, a differenza di chi non ha usufruito di nessuna forma extracarceraria. Si calcola che la prima categoria torni a delinquere nel 30% dei casi, mentre la seconda solo nel 70%. Allora sembra che più che una scelta giuridica, le nuove istituzioni parlamentarie abbiano effettuato una scelta politica. Hanno preferito anteporre il sentimento di sicurezza della collettività alla tutela dei diritti dei detenuti. Certamente non si dovrebbe mai correre il rischio di liberare soggetti socialmente pericolosi, ma allo stesso modo gli sforzi del legislatore dovrebbero concentrarsi anche sulla possibilità di assicurare al detenuto strumenti validi alternativi alla detenzione. La difficoltà è di bilanciare la certezza della pena con la sua funzione di umanizzazione. Ma questa scelta potrebbe non pagare negli anni, in quanto senza una valida politica di riduzione del sovraffollamento carcerario il rischio è quello di vedere nuovamente aumentare la popolazione detenuta, forse fino all'abnorme numero di 68.258, con la contestuale nuova condanna per il nostro Stato. Allora si deve attendere una nuova pronuncia di condanna della Corte di Strasburgo affinché le istituzioni riformino il sistema oppure sarebbe auspicabile che il legislatore avvii in questi anni politiche mirate ad intervenire su settori dell'ordinamento in cui si registrano delle lacune vistose? Solo mettendo al centro la dignità umana ed investendo economicamente su un adeguamento delle strutture e dell'organico si potrà produrre un cambio epocale del paradigma penitenziario a favore dell'intero genere umano116. Ma per attuare questo obiettivo occorre una sinergia di intenti tra tutte le forze in gioco, soprattutto politiche. Purtroppo, si deve constatare come nell'agenda politica il tema carcerario non rappresenti una priorità, nessuno sforzo

[115] E. Dolcini**,** *A proposito di "Leggi svuotacarceri",* in https://www.penalecontemporaneo.it/d/5911-a-proposito-di-leggi-svuotacarceri, pag. 227-228

[116]F. Gianfilippi, *Tra gusci di noci e tende di cielo: un percorso per la tutela dei diritti dei detenuti*, in Questione Giustizia, Fascicolo n. 2 del 2015, dove l'autore, nel riportare le sue esperienze da magistrato di sorveglianza nel carcere di Terni, ricorda la frase: "Chi Salva un uomo salva l'umanità ed anche se stesso".

per attuare la funzione rieducativa della pena; la conseguenza è che una piena e completa tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti appare sempre più un miraggio ed una utopia.