

Nota pervenuta in data 8 luglio 2014 dal Ministro della Giustizia con cui trasmette per il parere il testo del decreto-legge 26 giugno 2014 n. 92, concernente: "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 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, anche minorile".

(Delibera consiliare del 30 luglio 2014)

«1. Premessa.

Il presente parere è stato richiesto dal Ministro della Giustizia con nota pervenuta l'8 luglio 2014 ed ha ad oggetto, specificamente, le parti del decreto-legge n. 92/2014 che direttamente incidono sulle materie di competenza consiliare e che afferiscono all'introduzione di rimedi compensativi dei pregiudizi derivati dal fenomeno del c.d. sovraffollamento carcerario, alle misure in materia di impiego del personale appartenente ai ruoli del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, agli assistenti volontari "con compiti meramente ausiliari", alle modifiche in materia di attribuzione delle funzioni di sorveglianza ai magistrati nominati con decreto del Ministro della Giustizia in data 20 febbraio 2014 ed alla modifica della normativa processuale in tema di applicazione delle misure cautelari personali coercitive. La presente delibera è assunta tenendo conto del parere dell'Ufficio Studi, con gli aggiornamenti resi necessari dalle modifiche intervenute in sede di conversione del decreto.

2. L'emergenza penitenziaria.

Le misure in materia di risarcimento del danno da trattamento carcerario "inumano o degradante", così come la nuova disciplina dettata in materia di custodia cautelare in carcere, introdotte con il decreto legge in commento, costituiscono la nuova risposta offerta dallo Stato italiano al fenomeno del sovraffollamento detentivo, che affligge il nostro sistema penitenziario ormai da molti anni.

Con l'esaurirsi dell'effetto deflattivo prodotto dall'indulto del 2006, infatti, la popolazione carceraria è rapidamente salita dai 39.005 detenuti del 31 dicembre 2006 al 67.961 presenti alla fine del 2010 (a fronte di una capienza regolamentare di 45.022 posti). E dal costante incremento della popolazione penitenziaria, che a sua volta ha determinato il marcato deterioramento delle condizioni di vita in molti dei nostri istituti penitenziari, è scaturito un cospicuo contenzioso che ha visto, più volte, il nostro Paese davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rubricato "proibizione della tortura".

3. Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

L'inosservanza del citato art. 3, a mente del quale “nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, è stata alla base di numerose decisioni di condanna da parte della Corte europea, a partire dalla sentenza Sulejmanovic del 16 luglio 2009¹, fino alla più recente sentenza-pilota² Torreggiani e altri in data 8 gennaio 2013³.

Con quest'ultima pronuncia la Corte europea ha riconosciuto, nei casi esaminati, la violazione dell'art. 3 della Convenzione, ravvisando nei confronti dei ricorrenti l'avvenuta sottoposizione a “trattamenti inumani o degradanti” come conseguenza della condizione di sovraffollamento carcerario esistente negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza ove gli stessi erano ristretti. In tale frangente, peraltro, la Corte ha rilevato che «la violazione del diritto dei ricorrenti di beneficiare di condizioni detentive adeguate non è la conseguenza di episodi isolati, ma trae origine da un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano, che ha interessato e può interessare ancora in futuro numerose persone».

Proprio in considerazione del carattere strutturale delle violazioni riscontrate, la Corte europea ha quindi deciso di applicare al caso di specie la procedura della sentenza pilota, ed ha ordinato alle autorità nazionali di introdurre, nel termine di un anno dalla data in cui la sentenza sarebbe divenuta definitiva, accanto ad una serie di efficaci misure strutturali idonee a ridurre la popolazione carceraria, un insieme di rimedi “preventivi” e “compensativi” idonei a offrire una adeguata tutela dei diritti delle persone private della libertà, gravemente incisi dalle particolari condizioni di sovraffollamento carcerario.

¹ La Corte di Strasburgo, con la sentenza citata, ribadendo orientamenti già consolidati, aveva affermato che i trattamenti disumani o degradanti sono vietati in assoluto, a prescindere dalla qualità del fatto da cui origina la detenzione, e che il sovraffollamento dell'ambiente di vita del detenuto può determinare sofferenze inaccettabili. Si era ripetuto, inoltre, che la fissazione degli spazi minimi da porre a disposizione delle persone ristrette in carcere non può essere operata in termini solo assoluti (anche se il Comitato per la prevenzione della tortura aveva indicato un'area individuale di circa 7 mq.). È noto che la qualità di vita dipende anche dalla quantità di luce ed aria, dal numero delle ore trascorse in ambienti comuni, ecc. Tuttavia - aveva stabilito la Corte - non si vedono in linea di principio fattori compensativi utili a rendere tollerabile una detenzione in spazi inferiori o pari a 3 mq. per persona.

² L'istituto della sentenza pilota permette alla Corte europea, in applicazione dell'articolo 46 della Convenzione e dell'articolo 61 del proprio regolamento di procedura, di selezionare tra una molteplicità di ricorsi aventi ad oggetto una violazione ricorrente dello Stato contraente, uno o più procedimenti da sottoporre ad una trattazione prioritaria, con il congelamento dei casi simili in attesa della pronuncia della Corte, al fine di consentire allo Stato contraente la possibilità di sanare la propria posizione prima di ulteriori condanne.

³ In argomento v., *ex multis*, C. FIORIO, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, in *Antigone*, 2013, 1; g. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.; 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*.

In tale frangente, infatti, la Corte ha evidenziato come in caso di inosservanza dell'art. 3 CEDU "la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti"; e come, in ogni caso, oltre a questo rimedio "preventivo", sia necessario uno strumento "compensativo", cioè «un ricorso in grado di consentire alle persone incarcerate in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita»⁴.

4. Le misure adottate nell'ultimo anno dallo Stato italiano per fronteggiare il sovraffollamento carcerario.

Il termine annuale previsto dalla sentenza Torreggiani è scaduto lo scorso 28 maggio. Nelle more, anche a seguito delle autorevoli sollecitazioni provenienti dai massimi vertici costituzionali⁵, il Governo italiano ha adottato i decreti-legge 78/2013 e 146/2013, con i quali sono stati ampliati i limiti di concedibilità delle misure alternative alla detenzione e l'ambito applicativo della liberazione anticipata, sono state apportate delle restrizioni all'utilizzo della custodia cautelare in carcere, ma soprattutto è stato introdotto, per le tutele dei diritti dei detenuti, un procedimento giurisdizionale di reclamo davanti alla magistratura di sorveglianza, con il connesso giudizio di ottemperanza volto a garantire l'effettiva osservanza delle prescrizioni del giudice da parte dell'amministrazione penitenziaria.

Significativa è stata inoltre l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁶.

Per questo motivo il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, lo scorso 5 giugno, si è espresso positivamente sugli interventi compiuti dallo Stato italiano per migliorare la situazione carceraria, rinviando al giugno 2015 per un'ulteriore valutazione.

5. I rimedi compensativi del decreto legge 26 giugno 2014, n. 92.

⁴ Sul tema dei cd. rimedi compensativi v. M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2, p. 226 ss..

⁵ Il 7 ottobre 2013, il Presidente della Repubblica ha trasmesso alle Camere un messaggio sulla questione carceraria; tema sul quale la Commissione Giustizia della Camera ha presentato una relazione che è stata discussa il 4 marzo 2014 dall'Assemblea, la quale ha successivamente approvato una risoluzione sostanzialmente adesiva.

La Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2013, n. 279, richiamandosi alla sentenza Torreggiani, ha ritenuto che il carattere inderogabile del principio dell'umanità del trattamento renda necessaria "la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare".

⁶ Il quadro delle misure adottate dallo Stato italiano si completa con la legge 28 aprile 2014 n. 67, la quale ha delegato il Governo a dettare una disciplina puntuale in materia di pene detentive non carcerarie o da eseguire presso il domicilio; a realizzare una vasta depenalizzazione e ad introdurre la messa alla prova nel processo penale.

Con il decreto legge n. 92 del 26 giugno 2014 è stato quindi introdotto un rimedio “compensativo” volto, nelle intenzioni del nostro legislatore, a soddisfare le richieste formulate dalla Corte europea nella sentenza Torreggiani, ove veniva sollecitata la previsione di «*un ricorso in grado di consentire alle persone incarcerate in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita*» (§ 97 della predetta sentenza).

In sintesi, il legislatore ha previsto una articolata forma di riparazione caratterizzata dalla presenza di due meccanismi tendenzialmente destinati ad integrarsi al fine di garantire una tutela effettiva rispetto alle situazioni lesive della dignità delle persone detenute.

Da un lato è stata introdotta, per colui che sia ancora detenuto al momento del ricorso introduttivo e che per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni sia stato ristretto in condizioni di detenzione tali da violare l’articolo 3 della Convenzione EDU, come interpretato dalla Corte EDU, la facoltà di chiedere al magistrato di sorveglianza un risarcimento, sostanzialmente in forma specifica, del pregiudizio patito consistente nella riduzione della pena detentiva ancora da espiare nella misura di un giorno per ogni dieci di pena già eseguita. E qualora tale tipo di risarcimento in forma specifica non sia possibile perché il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire la detrazione dell’intera misura percentuale prima indicata, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari ad 8,00 euro per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il risarcimento in esame è inoltre richiedibile anche quando il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all’art. 3 Convenzione EDU sia stato inferiore ai quindici giorni.

Dall’altro lato, coloro che hanno subito il suddetto pregiudizio a cagione di una misura cautelare custodiale non computabile nella determinazione della pena da espiare (ad esempio perché essi sono stati poi assolti), nonché coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente o tramite il difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale civile del capoluogo del distretto in cui hanno la residenza. Il tribunale distrettuale, con procedimento camerale, decide in composizione monocratica con decreto non reclamabile. Anche, in tal caso, il *quantum* del risarcimento è pari ad € 8,00 per ogni giorno in cui si è subito il pregiudizio. Il comma terzo, secondo alinea, del nuovo art. 35-ter ord. pen. prevede che tale azione debba essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere.

Rilevante è anche l'articolo 2 del decreto legge in esame, il quale, nel dettare le disposizioni transitorie, introduce al comma 1 un termine di decadenza di sei mesi, decorrenti dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto legge, entro cui coloro che a tale data abbiano cessato di espriare la pena detentiva, o che non si trovino più in stato di custodia cautelare, possono proporre l'azione per il risarcimento del danno davanti al tribunale del distretto di residenza.

Il secondo comma dispone, poi, che coloro che abbiano già presentato il ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU nel medesimo arco temporale sopra considerato, appunto, decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legge, possono presentare la richiesta di risarcimento al tribunale distrettuale ai sensi del nuovo art. 35-ter O.P.. In tal caso, è obbligatorio, a pena di inammissibilità, che la domanda contenga l'indicazione della data di presentazione del ricorso alla Corte EDU.

6. I rimedi esperibili davanti al magistrato di sorveglianza.

L'articolo 1 del decreto legge, rubricato "*Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354*", prevede al comma 1 l'introduzione, dopo l'art. 35-bis dettato in materia di reclamo giurisdizionale, dell'art. 35-ter, rubricato "*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*".

Secondo quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 1, il rimedio in questione si iscrive nell'ambito dei presupposti che consentono l'attivazione della tutela preventiva disciplinata dagli articoli 35-bis e 69 ord. pen., atteso che la clausola di apertura dell'enunciato normativo, espressa dal periodo "*Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)*", non può che rinviare alla medesima cornice giuridica del reclamo giurisdizionale.

Deve, dunque, ritenersi che il primo requisito per poter azionare i rimedi previsti, dai commi 1 e 2 dell'art. 1, davanti al magistrato di sorveglianza (ovvero la riduzione della pena ed il risarcimento del danno nella forma del pagamento di una somma pecuniaria) è che in capo al detenuto o all'internato sia configurabile una situazione di "attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti" conseguente all'inosservanza, da parte dell'Amministrazione, di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento. Un pregiudizio che, peraltro, deve afferire ad una condizione detentiva tale "da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti

dell'uomo"; e pertanto da configurare una violazione del divieto di tortura ovvero di trattamenti "inumani o degradanti"⁷.

Da tale perimetrazione degli istituti in esame derivano, dunque, una serie di corollari:

a) le domande azionabili sono unicamente quelle riferibili a situazioni in cui la lesione dei diritti della persona incarcerata, conseguente al sovraffollamento, fosse attuale al momento della richiesta di accertamento e non si fosse ormai consumata (per essersi, ad esempio, esaurita la situazione di sovraffollamento): sicché la questione della mancata individuazione di un *dies a quo*, a partire dal quale le lesioni siano ritenute azionabili, è destinata a perdere gran parte della sua rilevanza, quantomeno con riferimento ai rimedi esperibili durante l'esecuzione penale (e dunque davanti al magistrato di sorveglianza);

b) stando alla formulazione testuale dei commi 1 e 2, per le violazioni dell'art. 3 della Convenzione EDU che si siano protratte per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni è azionabile unicamente il rimedio della riduzione della pena detentiva, mentre per quelle aventi durata inferiore, eventualmente anche costituenti parte residua di quella non inferiore a quindici giorni, il detenuto potrà esperire il solo rimedio del risarcimento del danno in forma pecuniaria;

c) tutte le ulteriori ipotesi di danno cagionato da atti e/o comportamenti dell'amministrazione penitenziaria, ivi comprese le lesioni non "attuali", appartengono alla competenza generale del giudice civile in materia di risarcimento del danno (sulla quale v. *infra*): e ciò anche nel caso in cui il soggetto non sia al momento detenuto ma chieda il risarcimento in relazione a situazioni di pregiudizio connesse a condizioni inumane o degradanti ormai pregresse.

Giova, peraltro, rilevare che lo strumento in esame può essere azionato anche nell'ambito del procedimento "preventivo", contestualmente alla proposizione del ricorso di cui all'art. 35-*bis*, ord. pen..

6.1. La riduzione della pena detentiva.

Secondo quanto stabilito dal comma 1, nei casi di attuale violazione dell'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (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

⁷ Sul tema, in dottrina, v. F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1188.

ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio”.

Si è, dunque, in presenza di una sorta di risarcimento “esistenziale” a beneficio di chi ha patito, dalla condizione di detenzione, un’illegittima sofferenza aggiuntiva e che viene corrisposto al fine di compensare tale *surplus* del carico afflittivo con una riduzione, tendenzialmente proporzionata, della durata della pena. Esso costituisce, nelle ipotesi in cui il diritto fondamentale connesso alla dignità umana sia stato leso per un periodo non inferiore ai quindici giorni, l’unica forma di risarcimento esperibile, salvo il caso in cui la pena ancora da eseguire non consenta l’integrale detrazione, affiancandosi ad essa, in questa ipotesi, la surroga monetaria.

Tale meccanismo configura un rimedio che la Corte europea dei diritti dell’uomo ha già ritenuto idoneo a realizzare un adeguato strumento riparativo rispetto all’irragionevole durata del processo, secondo quanto previsto in alcuni ordinamenti, tra cui quello tedesco.

E trattando, in una recente decisione⁸, un caso omologo di sovraffollamento carcerario la Corte ha affermato che “una riduzione della pena può essere, a certe condizioni, una forma di compensazione offerta agli imputati in relazione alle violazioni della Convenzione verificatesi nei procedimenti penali nei loro confronti. La Corte ha in precedenza affermato che in casi concernenti la mancata osservanza del termine di ragionevole durata del processo garantito dall’articolo 6, § 1 della Convenzione, le autorità nazionali possono stabilire un adeguato risarcimento in particolare riducendo la pena del ricorrente in un modo espresso e misurabile (v. *Finger*, § 128; *Morby v. Luxembourg (dec.)*, no. 27156/02, 13 November 2003; *Beck v. Norway*, no. 26390/95, §§ 27-28, 26 June 2001, and *Laurens v. Netherlands*, no. 32366/96, Commission decision of 1 July 1998). A parere della Corte, una tale riduzione della pena è anche in grado di garantire un adeguato risarcimento per violazione dell’articolo 5§3, nei casi in cui le autorità nazionali avevano omesso di sottoporre a processo, con particolare diligenza, un ricorrente in detenzione pre-processuale (v. *Dzelili v. Germany*, no. 65745/01, § 83, 10 November 2005)⁹”.

⁸ C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 10 gennaio 2012, ric. n. 42525/07 e 60800/08, *Ananyev e altri c. Russia*, §222 in cui si è affermato che, entro sei mesi dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva, la Russia dovrà produrre, in cooperazione con il Comitato dei ministri, un insieme di misure volte ad assicurare rimedi interni con effetti preventivi e compensativi in relazione al problema del sovraffollamento carcerario.

⁹ Il paragrafo 222 così afferma: “*A mitigation of sentence may under certain conditions be a form of compensation afforded to defendants in connection with violations of the Convention that occurred in the criminal proceedings against them. The Court has previously accepted that in cases concerning the failure to observe the reasonable-time requirement guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention, the national authorities can afford adequate redress in particular by reducing the applicant’s sentence in an express and measurable manner (see Finger, cited above, § 128; Morby v. Luxembourg (dec.), no. 27156/02, 13 November 2003; Beck v. Norway, no. 26390/95, §§ 27-28, 26 June 2001, and Laurens v. Netherlands, no. 32366/96, Commission decision*

Pertanto detto rimedio compensativo è da ritenersi senz'altro conforme alla giurisprudenza della Corte, che indirettamente sembrerebbe avallarne l'introduzione nel nostro ordinamento.

6.2. Alcuni profili critici.

Nonostante la piena compatibilità dello strumento predisposto dal legislatore italiano con la giurisprudenza della Corte EDU - e fermo restando che la previsione di uno strumento risarcitorio deve assumere carattere di estremo rimedio compensativo, senza che possa rinunziarsi ai necessari interventi migliorativi del sistema penitenziario - non possono, tuttavia, non rilevarsi alcuni profili critici rispetto alle concrete opzioni contenute nel decreto legge in commento in relazione al rimedio esperibile davanti al magistrato di sorveglianza.

Appare, infatti, non del tutto proporzionata la previsione di una riduzione di pena pari ad un giorno di pena ogni dieci giorni sofferti in condizioni inumane o degradanti; riduzione che forse sarebbe stato preferibile parametrare su quelle di cui il condannato può beneficiare, a titolo di liberazione anticipata, quando partecipi positivamente all'opera rieducativa¹⁰.

Altrettanto è, poi, a dirsi con riferimento alla previsione del limite di 8,00 euro al giorno previsto per il risarcimento pecuniario di cui al comma 2 dell'art. 1, tanto più ove si consideri che l'ordinamento ha ritenuto, sia pure in differenti contesti, che un giorno di libertà controllata (certamente non assimilabile ad una detenzione sofferta in "condizioni inumane o degradanti") equivalga a 250 euro di pena pecuniaria, secondo quanto stabilito dall'art. 102, legge 24 novembre 1981 n. 689, come interpretato dalla sentenza costituzionale 12 gennaio 2012 n. 1 (su tali profili, *amplius*, v. *infra*). Al di là della evidente esiguità della somma, chiaramente riconducibile al timore che il riconoscimento di importi assai cospicui a favore dei danneggiati possa gravare eccessivamente sulle finanze dello Stato, la previsione di un siffatto limite appare discutibile anche sotto il profilo della rigidità del tasso di risarcimento previsto per legge, senza che sia prevista alcuna possibilità di graduarlo in ragione della gravità del pregiudizio eventualmente accertato.

E' poi ragionevole ritenere che l'elevato numero dei ricorsi che, presumibilmente, potrà essere esperito da una vastissima platea di soggetti finisca per determinare, con un fenomeno

of 1 July 1998). In the Court's view, such a mitigation of the sentence is also capable of affording adequate redress for a violation of Article 5 § 3 in cases in which the national authorities had failed to process the case of an applicant held in pre-trial detention with special diligence (see Dzelili v. Germany, no. 65745/01, § 83, 10 November 2005)".

¹⁰ Tale proposta era stata avanzata nei punti programmatici di riforma contenuti nel Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione istituita dal Ministro della Giustizia (cd. Commissione Giostra), XII e XIII. In dottrina per una posizione analoga v. M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 2, p. 243.

di eterogenesi dei fini, un notevole rallentamento nell'accesso alla tutela giurisdizionale, anche tenuto conto della condizione di notevole difficoltà in cui versano gli uffici di sorveglianza, investiti di una nuova gravosa competenza che si aggiunge a quelle introdotte, recentemente, con la previsione della liberazione anticipata speciale e, soprattutto, del reclamo giurisdizionale.

7. I rimedi esperibili davanti al giudice civile.

Come visto, l'azione risarcitoria è ipotizzabile solo allorché il detenuto non versi nelle condizioni di chiedere ed ottenere il risarcimento in forma specifica, consistente nello sconto di pena sommario, fondato su un rapporto fisso ed invariabile di 1 giorno per dieci giorni da scontare.

Ciò posto, in primo luogo, deve porsi il problema di diritto intertemporale se l'azione risarcitoria sia esperibile anche da parte di tutti coloro che abbiano subito il pregiudizio delineato al comma 1 con un rinvio, fin qui sconosciuto sul piano della tecnica di redazione degli atti legislativi, all'indirizzo ermeneutico elaborato in materia dalla Corte EDU, già prima della promulgazione del decreto legge, che ha introdotto l'art. 35-ter ordinamento penitenziario.

La risposta testuale è offerta dall'art. 2 del medesimo decreto legge, il quale detta le disposizioni transitorie, esplicitamente consentendo a coloro che a tale data abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovino più in stato di custodia cautelare di proporre l'azione per il risarcimento del danno davanti al tribunale del distretto di residenza.

E' ovvio che basilari esigenze di parità di trattamento impongono di ritenere attivabile tale rimedio risarcitorio anche da parte di coloro che abbiano subito il pregiudizio per le condizioni di detenzione patite e che siano ancora detenuti, a prescindere dal fatto che abbiano o meno già introdotto il giudizio risarcitorio dinanzi alla Corte EDU.

D'altro canto, la constatazione che la disposizione abbia indiscutibile carattere sostanziale, con conseguente piena applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 11 disp. prel. cod. civ., non può lasciar giungere a conclusioni già solo, in tesi, controvertibili.

Costituisce, invero, argomento nomofilattico di carattere generale quello per cui il principio della irretroattività della legge comporta che la legge nuova non possa essere applicata, oltre ai rapporti giuridici esauritisi prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di esso. La legge nuova è, invece, applicabile ai fatti, agli *status* e alle situazioni esistenti o sopravvenute

alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore (v. Cass. 3 luglio 2013, n. 16620; ma in tal senso anche Cass., Sez. Un., 12 dicembre 1967, n. 2926).

Deve, allora, domandarsi se la disposizione in commento muti la disciplina giuridica del fatto generatore, così rendendo illecito un *agere* prima lecito: e in tal caso non potrebbe che operare per l'avvenire, con sostanziale irrilevanza, in assenza di espressa disposizione, quanto ai fini risarcitori degli accadimenti precedenti; ovvero se delinei un nuovo percorso risarcitorio, tipizzato anche nel *quantum*, relativamente a fatti considerati illeciti già prima della sua entrata in vigore.

La risposta a tale quesito non può che coincidere con la seconda delle due soluzioni appena prospettate, con la conseguenza che la disposizione si limita a tratteggiare un nuovo modello risarcitorio relativamente a fatti già qualificabili come illeciti prima della sua entrata in vigore, perché come tali considerati dalla giurisprudenza della Corte EDU e perché, in tal senso, si è pure recentemente espressa la Corte costituzionale con la già ricordata sentenza del 22 novembre 2013, n. 279, nella quale si ribadisce, in relazione alla situazione di sovraffollamento carcerario, *“che va considerato che il suo carattere strutturale e sistemico ha indotto la Corte di Strasburgo a statuire, con la procedura della sentenza pilota, che, entro il termine di un anno dalla data in cui la decisione è divenuta definitiva, le autorità nazionali devono creare un ricorso o una combinazione di ricorsi individuali che abbiano effetti “preventivi” (nel senso che devono determinare «la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti») e “compensativi”, e garantiscano una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal sovraffollamento”*.

La obiettiva illiceità della condotta dell'amministrazione penitenziaria, la quale deve informare la sua condotta alla salvaguardia, congiuntamente, del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti e della finalità rieducativa della pena, perché il contesto “non dissociabile” nel quale vanno collocati i due principi delineati dal comma 3 dell'art. 27 Cost. esclude l'ammissibilità di interventi che, allo scopo di porre rimedio a una lesione del primo, determinino una compromissione della seconda, può dunque lasciar ritenere attivabile il rimedio risarcitorio civilistico anche da parte di coloro che abbiano subito il pregiudizio menzionato dal comma 1 dell'art. 35-ter o.p. antecedentemente alla sua entrata in vigore, a prescindere dalla effettiva previa introduzione del giudizio risarcitorio innanzi alla Corte EDU

e dalla cessazione dello stato di detenzione, anche a cagione di fatti avvenuti in data anteriore alla entrata in vigore del decreto legge 92/2014, sempre che sia rispettato il termine decadenziale semestrale ivi previsto all'art. 2.

La fattispecie introdotta dal provvedimento normativo d'urgenza non assume, allora, connotati diversi da quelli stabiliti dalla Convenzione EDU, rispetto alla quale essa va considerata non già costitutiva del diritto ad una detenzione rispettosa del canone di cui all'art. 3 della stessa Convenzione, bensì unicamente istitutiva della via di ricorso interno, prima inesistente, diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione del predetto principio.

Può, comunque, risultare utile richiamare quell'orientamento elaborato in tema di legge Pinto dalla Corte di Cassazione, che, al riguardo, nella sua massima composizione (Cass., Sez. Un, 23 dicembre 2005, n. 28507), ha ritenuto che, *in tema di equa riparazione per la irragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, la fonte del riconoscimento del relativo diritto non deve essere ravvisata nella sola, citata normativa nazionale, coincidendo il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge nazionale con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, e, pertanto, di immediata rilevanza nell'ordinamento interno. Ne consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo, verificatosi prima della entrata in vigore della citata legge n. 89 del 2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la durata eccessiva, con il solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e dalla stessa dichiarata ricevibile.*

La questione appena affrontata si riconnette alla decorrenza del termine di prescrizione.

E qui occorre operare un discrimine.

Nel caso in cui il detenuto o l'internato abbiano già presentato il relativo ricorso innanzi alla Corte EDU, è da osservarsi, sulla scorta di quanto statuito da Cass. civ., 26 febbraio 2010, n. 4760 con riferimento alla norma transitoria di cui all'art. 6, l. n. 89/2001, che la legge, nel consentire entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (prorogato poi al 18 aprile 2002 dal d.l. 12 ottobre 2001, n. 370) la prosecuzione dinanzi al giudice italiano del processi di equa riparazione promossi davanti alla Corte europea e non ancora dichiarati ricevibili, ha posto l'unico requisito temporale della tempestività del ricorsi originari (e cioè del rispetto del solo termine, di natura decadenziale, previsto dal citato art. 35 della

Convenzione), in tal modo, implicitamente escludendo che la prescrizione, non prevista dalla normativa europea, potesse invece acquisire efficacia estintiva dopo la *translatio iudicii*.

Diversamente, per coloro che alla data di entrata in vigore del decreto legge non abbiano ancora intrapreso l'azione risarcitoria o comunque il cui stato di detenzione sia cessato successivamente potrebbe valere il termine prescrizionale di cinque anni, decorrente dalla verifica del fatto illecito.

Sul punto giova evidenziare che la espressa qualificazione da parte del legislatore della posta azionata come risarcitoria e non indennitaria lascia intendere una sua precisa opzione per il campo risarcitorio, con conseguente applicabilità del termine prescrizionale quinquennale *ex art. 2947 cod. civ.*

Quindi, ipotizzando che si tratti di fatto illecito permanente – in cui l'illiceità del comportamento lesivo non si esaurisce nel primo atto, ma, in relazione al contenuto dell'attività ed all'attitudine di questa a produrre danno di continuo, perdura nel tempo, sino a quando permanga la situazione illegittima posta in essere e nella quale si concreta una ininterrotta violazione dell'altrui interesse – il diritto al risarcimento del danno sorgerebbe con l'inizio del fatto illecito generatore del danno stesso e con questo persisterebbe nel tempo, rinnovandosi, di momento in momento, con la conseguenza che la prescrizione, secondo la regola del suo computo (art. 2935 cod. civ.), avrebbe inizio da ciascun giorno rispetto al fatto già verificatosi ed al corrispondente diritto al risarcimento (Cass., 13 gennaio 1983, n. 252; e nello stesso senso, Cass., 20 novembre 1993, n. 11474). Ne discende che dovrebbero allora dichiararsi prescritti i danni maturati prima del quinquennio (laddove si convenga sulla natura extracontrattuale della posta risarcitoria maturata) anteriore alla proposizione della domanda o al primo atto interruttivo (art. 2947 cod. civ.).

Diversamente opinando, potrebbe essere qui esteso, quanto meno per l'ipotesi prevista dal comma 3 dell'art. 35-ter ord. pen., l'orientamento espresso da Cass., Sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16783, in tema di irragionevole durata del giudizio, per cui il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere solo impedita la fattispecie decadenziale (cfr. *infra*). In tal caso, quindi, una volta impedita la decadenza, potrebbero essere risarciti anche danni ultraquinquennali.

Al riguardo, sarebbe, tuttavia, sul punto auspicabile, in sede di conversione, un maggiore sforzo di chiarificazione volto a evitare possibili dissidi interpretativi, obiettivamente possibili anche tenuto conto dell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale sia in tema di responsabilità "da contatto sociale", con conseguente eventuale applicabilità del termine prescrizionale ordinario decennale e ricadute sull'onere della prova, sia, più in generale, in

tema di responsabilità per inadempimento di obbligazione *ex lege* riconducibile, in base all'art. 1173 cod. civ., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico.

Sembra, però, opportuno, per evidenti esigenze di certezza dei rapporti giuridici, prevedere, al pari di quanto opera l'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, una generale clausola di decadenza dal diritto di proporre l'azione risarcitoria decorso un certo periodo di tempo dalla cessazione delle condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione EDU, non essendo soddisfacente, a fronte dei dubbi interpretativi derivanti dall'estensione applicativa e dai forti effetti economici a carico del bilancio statale della previsione di cui al comma 3, secondo alinea, del nuovo art. 35-*ter* ord. pen..

Tale accorgimento può palesarsi utile al fine di evitare che, a distanza di notevole tempo dai fatti, l'amministrazione possa essere convenuta in giudizio, senza essere nelle condizioni obiettive di poter esercitare appieno le proprie facoltà difensive (si pensi al detenuto che cambi frequentemente istituto penitenziario e la conseguente difficoltà di ricostruire la sua storia detentiva).

7.1 Alcuni profili critici.

Deve ancora una volta ribadirsi come davvero troppo contenuta appaia la quantificazione nella misura di 8,00 euro *pro die* della posta risarcitoria da liquidarsi, tanto più ove si consideri la natura assolutamente fondamentale del diritto violato.

Ciò si coglie agevolmente ove si tenga in adeguato conto che in base al decreto ministeriale del 20 giugno 2014 (pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 153 del 4 luglio 2014), sono stati aggiornati, con decorrenza a partire dal mese di aprile 2014 ed in base alla variazione annuale dell'indice Istat, gli importi per la liquidazione del danno biologico da lesioni micropermanenti (lieve entità). Ed il primo punto di invalidità è passato da 791,95 euro a 795,91 euro e il punto di inabilità assoluta è passato da 46,20 euro a 46,43 euro.

Tale considerazione può esporre la norma a problemi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della effettività della tutela in relazione al combinato disposto degli artt. 117 I co. Cost., 3 Convenzione EDU. L'obiettivo eseguità del *quantum* risarcitorio da liquidarsi, senza che, si badi bene, alcuna discrezionalità sul punto residui al giudicante, potrebbe infatti essere sospettata di svuotare di contenuto la tutela offerta dalla disposizione sovranazionale, la cui violazione non darebbe, appunto, luogo ad un effettivo ristoro per equivalente da parte dell'amministrazione.

Condivisibile si palesa allora il rilievo di alcuni commentatori¹¹ i quali hanno evidenziato come - ad altri fini - *“l’ordinamento ha ritenuto congrua una ben diversa corrispondenza, laddove si è stabilito - ad esempio con riferimento al tasso di conversione delle pene pecuniarie in sanzioni sostitutive - che un giorno di libertà controllata (che non è detenzione né tantomeno detenzione sofferta in condizioni contrarie alla dignità umana) “valga” 250 euro di pena pecuniaria (articolo 102, legge 24 novembre 1981 n. 689, come interpretato dalla sentenza costituzionale 12 gennaio 2012 n. 1), e qualora si consideri anche che - come si è già ricordato - la Corte Edu ha accordato, con l’arresto Torreggiani, indennizzi tra 10.600 e 23.500 euro (in quest’ultimo caso, per un periodo di detenzione pari a tre anni e tre mesi)”*.

D’altro canto, come detto la quantificazione fissa ed invariabile in € 8,00 *pro die* priva di alcuna discrezionalità il giudicante e va, in contrario avviso, rispetto ai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità (Cass., 6 marzo 2014 n. 5243), la quale, esclusa ogni *iniusta locupletatio*, afferma che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, essendo compito del giudice accertare l’effettiva consistenza del pregiudizio allegato. Pertanto, in tema di liquidazione del danno per la lesione del diritto alla salute, nei diversi aspetti o voci di cui tale unitaria categoria si compendia, l’applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla prudente discrezionalità del giudice, deve consentirne la maggiore approssimazione possibile all’integrale risarcimento, anche attraverso la cd. personalizzazione del danno (Cass., SS.UU., n. 26972/2008). In altri termini, come afferma la Cassazione, con la sentenza n. 17161/2012, spetta al giudice provvedere all’integrale riparazione del pregiudizio subito *“secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell’ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del danneggiato, della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno”*.

Sotto il profilo prettamente procedurale, la novella si distingue per l’attribuzione della competenza a decidere sull’istanza risarcitoria al magistrato di sorveglianza nel caso in cui perduri lo stato di detenzione (ed il pregiudizio oggetto della domanda sia ancora attuale), ovvero al giudice civile, con il procedimento in camera di consiglio *ex art. 737 cod. proc. civ.*, per il caso in cui tale stato di detenzione sia cessato (ovvero si chiedi il risarcimento in relazione ad un pregiudizio non più attuale).

¹¹ Fiorentin, *Un rimedio compensativo a forte criticità*, in *Guida al Diritto*, n. 30, 2014, p. 30.

Ora, escluso che la magistratura di sorveglianza possa essere considerata come un giudice specializzato per tutte le cause riguardanti i detenuti, al pari di quanto è il tribunale per i minorenni, ed evidenziato che, quindi, l'attribuzione di competenze squisitamente civilistiche al tribunale di sorveglianza si palesa come un *novum* (cfr. Cass., sez. I, 30 gennaio 2013 n. 4772, Vizzari, in C.E.D. Cass., secondo cui doveva escludersi in radice la possibilità che il magistrato di sorveglianza avesse competenza in ordine ai profili risarcitori relativi ai danni subiti dai detenuti e dagli internati per fatti imputabili all'amministrazione penitenziaria)¹² sarebbe più conforme ai principi generali, ovviamente una volta rimosso il limite di 8,00 euro *pro die* previsto per la risarcibilità del pregiudizio, l'attribuzione dell'intera materia alla competenza del giudice civile, *ratione materiae* e in forza della necessità di assicurare la maggiore omogeneità possibile alle decisioni, modellando un rito che contemperasse le esigenze di difesa e integrità del contraddittorio con quelle di celerità e speditezza¹³.

In tal senso, sarebbe preferibile il ricorso al procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis* cod. proc. civ., che, a differenza del procedimento camerale, avrebbe l'attitudine a concludersi con cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909* cod. civ., con maggiore certezza dei rapporti giuridici.

Tale opzione non è contraddetta dall'esigenza di concentrazione di tutela innanzi al medesimo giudice, evidentemente sottesa ai commi 1 e 2 del novello art. 35-*ter* ord. pen..

Infatti, non potrebbe menar scandalo che, nel caso in cui il residuo di pena ancora da espiare non consenta l'integrale "sconto" riparativo previsto dal comma 1 della stessa disposizione, venga interpellato prima il magistrato di sorveglianza per ottenere il risarcimento in forma specifica e, quindi, solo all'esito, il giudice civile per la parte residua. Ed, in tal caso, sarebbe ipotizzabile di consentire alla parte, che già ha ottenuto il provvedimento "compensativo" da parte del magistrato di sorveglianza, azionare la pretesa monetaria anche in via monitoria, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 3 l. 89/01, come sostituito dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134, costituendo tale provvedimento prova liquida del diritto vantato. Né in contrario può opporsi la illiquidità della posta risarcitoria, atteso che, al contrario, ove rimanga il *quantum* determinato in misura fissa ed inderogabile nella somma di 8,00 euro *pro die*, al magistrato non resta che moltiplicare tale moltiplicatore per il moltiplicando costituito dai giorni durante i quali il

¹² Seppure, nel tempo, è stato dotato di competenza in materia lavoristica.

¹³ Per rilievi analoghi v. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in www.penalecontemporaneo.it.

detenuto o l'internato ha subito il pregiudizio, che ha motivato la concessione dello sconto di pena parziale¹⁴.

Peraltro, ove il legislatore viceversa ritenesse, in sede di conversione, di mantenere un limite alla risarcibilità del pregiudizio (sia quello attualmente previsto di 8,00 euro *pro die* ovvero il più elevato limite che intendesse stabilire), si potrebbe comunque prevedere che l'interessato possa scegliere se accedere alla liquidazione della somma forfettaria da parte del magistrato di sorveglianza, ovvero se rivolgersi al giudice civile per la liquidazione dell'intero danno.

In ogni caso, è opportuno che, sia nell'attuale assetto che in caso di ulteriori modifiche, il legislatore precisi se ed in che termini siano applicabili gli artt. 91 e ss. cod. proc. civ. in tema di governo delle spese del procedimento liquidatorio.

Inoltre, va, comunque, privilegiata la scelta di rendere necessario ed obbligatorio il ricorso alla difesa tecnica, secondo le generali previsioni di cui all'art. 83 ss. cod. proc. civ., proprio per la intrinseca complessità, considerati i meccanismi interni dei procedimenti civili, della materia risarcitoria, tenendo conto degli oneri ordinariamente posti a carico del ricorrente nel processo civile sulle notifiche, tanto è vero che solo in casi eccezionali è consentita la difesa in proprio, senza il patrocinio del difensore.

Sempre in una prospettiva di modifica dell'attuale assetto normativo giova conclusivamente ricordare una interessante proposta, fin qui non recepita dal legislatore, volta ad attribuire al magistrato di sorveglianza, nell'ambito del giudizio di reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. pen., il potere di condannare l'amministrazione penitenziaria alla corresponsione di un "equo indennizzo", il cui ammontare sarebbe stato determinato sull'accordo delle parti e con preclusione della possibilità di successivo esperimento della tutela risarcitoria in sede civile. In questo modo sarebbe stato forse possibile contemperare le esigenze di celerità e di facile accesso alla tutela accordata ai soggetti detenuti e, sul versante opposto, di riduzione degli oneri economici a carico dello Stato, evitando altresì l'elevato incremento del contenzioso davanti ai già oberati tribunali civili¹⁵.

L'attribuzione al giudice civile della competenza al riconoscimento ed alla liquidazione delle somme dovute a titolo risarcitorio si innesterebbe, d'altro canto, nel processo, in apparenza

¹⁴ E tuttavia deve osservarsi come la mancata introduzione di una disposizione volta ad attribuire efficacia di giudicato alle decisioni del magistrato di sorveglianza che accertano la lesione all'esito del relativo procedimento di reclamo, prevista ad esempio in sede di *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione istituita dal Ministro della Giustizia*, renda problematico il riconoscimento dell'accertamento compiuto in quella sede davanti al giudice civile. Si veda, al riguardo, *Ministero della Giustizia, Ufficio Legislativo, Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, Documento conclusivo*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵ Ancora in questo senso era, infatti, la proposta avanzata dalla *Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione istituita dal Ministro della Giustizia*.

inarrestabile, di crescita, per quantità e qualità, del contenzioso che - seppure dovuto, in questo come in altri casi, alla sopravvenienza di nuove tutele¹⁶, sovente in attuazione di precetti di rango costituzionale - mette a repentaglio la già ridotta capacità di smaltimento dei tribunali ordinari.

8. Misure in materia di impiego del personale appartenente ai ruoli del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

L'art. 7 del decreto legge, rubricato "*Misure in materia di impiego del personale appartenente ai ruoli del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*", in origine stabiliva:

"1. In considerazione delle particolari esigenze connesse all'attuale situazione carceraria, per un periodo di due anni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto il personale appartenente ai ruoli del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria non può essere comandato o distaccato presso altre pubbliche amministrazioni.

2. I provvedimenti di distacco e comando già adottati nei riguardi del personale di cui al comma 1, e che cessano di efficacia nei due anni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto, non possono essere rinnovati".

Tali disposizioni erano state fatte oggetto, fin dall'approvazione del decreto legge, di non infondate critiche, per le conseguenze che una loro applicazione letterale avrebbe potuto determinare presso gli uffici di sorveglianza, ove dapprima in occasione dell'entrata in vigore della legge n. 199/10 e quindi, più recentemente, dell'introduzione della cd. liberazione anticipata speciale (con il Decreto Legge 23 dicembre 2013 n. 146, convertito con modificazioni dalla Legge 21 febbraio 2014 n. 10), è stato consentito il distacco di unità di Polizia penitenziaria onde sopperire alle gravi carenze di organico del personale amministrativo.

Ed infatti, con la circolare n. 247068 del 10 luglio scorso, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, in applicazione della disposizione transitoria dettata dal comma 2, aveva stabilito che il "giorno successivo a quello fissato quale data di scadenza del distacco tutto il personale" dovesse "immancabilmente assumere servizio presso la propria sede di provenienza".

¹⁶ Si pensi alle materie delle *class action* e dell'*antitrust*, ai nuovi istituti del diritto di famiglia, come l'affido condiviso, l'equiparazione dei figli di persone non sposate ai figli nati in costanza di matrimonio, l'amministrazione di sostegno, al riconoscimento e alla revoca dello status di rifugiato politico, ecc..

Per tale motivo, venendo incontro alle esigenze in particolare, ma non solo, degli uffici di sorveglianza, il disegno di legge di conversione ha stabilito che il divieto di comando o di distacco fosse configurabile soltanto “presso altri Ministeri” (ovvero “altre pubbliche amministrazioni”), con ciò evidentemente consentendo l’adozione dei relativi provvedimenti presso le varie articolazioni del Ministero della Giustizia e, quindi, anche presso gli uffici giudiziari.

9. Gli assistenti volontari con compiti meramente ausiliari.

Al comma 4 dell'articolo 68 della legge 26 luglio 1975, n. 354, secondo cui “I magistrati che esercitano funzioni di sorveglianza non debbono essere adibiti ad altre funzioni giudiziarie”, è aggiunto il seguente periodo:

“Possono altresì avvalersi, con compiti meramente ausiliari nell'esercizio delle loro funzioni, di assistenti volontari individuati sulla base dei criteri indicati nell'articolo 78, la cui attività non può essere retribuita”.

L’art. 78 della legge n. 354 del 26 luglio 1975 (cd. *legge penitenziaria*), rubricato “*assistenti volontari*”, prevede che l'amministrazione penitenziaria possa autorizzare, su proposta del magistrato di sorveglianza, persone idonee all'assistenza e all'educazione a frequentare gli istituti penitenziari allo scopo di partecipare all'opera rivolta al sostegno morale dei detenuti e degli internati, e al futuro reinserimento nella vita sociale.

Gli assistenti volontari possono cooperare nelle attività culturali e ricreative dell'istituto sotto la guida del direttore, il quale ne coordina l'azione con quella di tutto il personale addetto al trattamento. Essi possono altresì collaborare coi centri di servizio sociale (oggi Uffici dell’esecuzione penale esterna) per l'affidamento in prova, per il regime di semilibertà e per l'assistenza ai dimessi e alle loro famiglie.

Tali soggetti, secondo quanto previsto dall’art. 120 del Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, intitolato *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, debbono essere individuati tra “*coloro che dimostrano interesse e sensibilità per la condizione umana dei sottoposti a misure privative e limitative della libertà ed hanno dato prova di concrete capacità nell'assistenza a persone in stato di bisogno*”.

E’ abbastanza evidente la sostanziale distonia tra le qualità personali richieste per l’autorizzazione a frequentare gli istituti penitenziari (ovvero gli *Uffici d’esecuzione penale esterna*) e le capacità che possono essere richieste per coadiuvare i magistrati di sorveglianza, ai quali debbono certamente essere destinati soggetti dotati di adeguate competenze.

Resta tutta da verificare la effettività di una norma che, per definizione, si fonda su una disponibilità fornita su base sostanzialmente volontaria e gratuita.

10. Le modifiche all'art. 275, comma 2-bis c.p.p..

L'art. 8 del D.L. n. 92/2014 innova il previgente testo dell'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p., modificando il disposto del primo periodo ed aggiungendone altri due.

Stando all'originaria formulazione della norma, introdotta nel tessuto codicistico dall'art. 4, comma 2, della L. 8 agosto 1995, n. 332, "*non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena*".

Al magistrato (al giudice ma, prima ancora, al pubblico ministero deputato a promuovere l'azione cautelare) è, dunque, demandata la prognosi in ordine alla prevedibilità, al momento di applicazione della misura cautelare, della futura concessione, in esito al giudizio a cognizione piena, della sospensione condizionale della pena.

Nel compiere detta valutazione, il giudice deve considerare, tra l'altro, l'entità della sanzione ipoteticamente irrogabile, che non può valicare i limiti fissati dall'art. 163 c.p., il contegno dell'imputato, tale da fondare la presunzione che egli si asterrà dal commettere ulteriori reati, e l'assenza di precedenti ostativi alla concessione del beneficio, ammessa, al più, per due volte e solo nei confronti di chi non abbia, in passato, riportato condanna a pena detentiva per delitto non sospesa.

La giurisprudenza, a fronte della generica evocazione della "*misura della custodia cautelare*", ha pacificamente sancito¹⁷ l'estensione del divieto anche a quella degli arresti domiciliari, che condivide con la custodia cautelare in carcere la natura detentiva ed è assoggettata, nei limiti della compatibilità, alle relative regole ai sensi dell'art. dell'art. 284, comma quinto, cod. proc. pen., secondo cui l'imputato agli arresti domiciliari "*si considera in stato di custodia cautelare*".

Il legislatore d'urgenza ha, nondimeno, novellato il previgente testo dell'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. esplicitando il riferimento alle misure della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari, che va, quindi, a sostituire quello alla misura della "*custodia cautelare*".

La precisazione mira, con ogni evidenza, a segnare in modo univoco la differenza tra le due distinte previsioni in cui il comma oggi, per come si vedrà da qui a poco, si articola, la

¹⁷ Cfr., tra le altre, Cassazione penale, Sez. VI, 19\26 settembre 2013, n. 39976, Amorello.

seconda delle quali – quella, cioè, di nuovo conio – contempla un divieto di applicazione riferito in via esclusiva alla misura della custodia cautelare in carcere.

Per quanto apprezzabile sia la finalità perseguita, non può sottacersi, al riguardo, che l'espressa, congiunta citazione di custodia in carcere ed arresti domiciliari pone il problema, da affrontare e risolvere in via ermeneutica ovvero attraverso l'introduzione di opportuno emendamento, dell'estensione, certamente ragionevole, del divieto di applicazione alle residue misure cautelari di tipo detentivo (quali la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri ex art. 285-bis c.p.p., la custodia cautelare in luogo di cura prevista dall'art. 286 c.p.p. ovvero il collocamento in comunità per i minorenni).

Maggiore rilevanza assume, poi, l'introduzione, nel corso dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p., di due ulteriori periodi, a mente del quale *“Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1”*.

Trattasi di un intervento che, al pari di altri che hanno trovato attuazione nel decreto-legge n. 92/2014, si iscrive nel complesso di azioni finalizzate a fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario ed a perseguire un obiettivo deflattivo del numero di presenze negli istituti penitenziari introducendo un inedito collegamento tra la risposta cautelare e la fase esecutiva della sanzione.

E' stato, quindi, introdotto un istituto dalla portata senza dubbio altamente innovativa, che induce questioni interpretative ed applicative di non poco momento.

Agevole appare, innanzitutto, cogliere la *ratio* ad esso sottesa, volta a valorizzare il contenimento della pena da eseguire in non più di tre anni, ciò che consente, ordinariamente, la sospensione dell'ordine di esecuzione e l'attivazione del procedimento inteso all'applicazione di una misura alternativa alla detenzione in carcere; a dispetto dell'assenza di specifica indicazione, permane, pertanto, il nesso tra intervento cautelare e fase esecutiva, che

è, del resto, richiamato nel preambolo dello stesso decreto-legge¹⁸. Ciò è del resto confermato dalla previsione, introdotta dal disegno di legge di conversione, secondo cui il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere “non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive e pertanto in una serie modificazioni”, di casi, tendenzialmente corrispondenti a quelli contemplati dalla lettera a) dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen., nei quali non è consentita la sospensione dell'ordine di carcerazione finalizzata alla successiva, eventuale applicazione di una misura alternativa alla detenzione.

Il legislatore ritiene, in altri termini, che nei casi in cui sia ragionevole prevedere che, alla fine del procedimento, l'imputato non sarà, in concreto, assoggettato alla sanzione di estremo rigore, la restrizione carceraria debba essere preclusa anche *in itinere*, quali che siano natura, entità e pregnanza delle esigenze cautelari.

Simmetricamente, la possibilità che la pena definitiva venga espiata in regime di detenzione presso il domicilio rende congrua l'applicazione, in chiave cautelare, degli arresti domiciliari. L'effetto che ne deriva è il contenimento del numero complessivo degli ingressi e delle permanenze in carcere, fenomeno amplificato dalla drastica riduzione¹⁹, dal punto di vista quantitativo, delle fattispecie in cui, trovandosi il condannato in stato di custodia cautelare in carcere al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, la presentazione di istanza di concessione di misure alternative non determina la sospensione dell'ordine di esecuzione.

Tangibile si palesa il riflesso della valutazione operata in termini di quantificazione della pena sull'operatività dei principi di adeguatezza e proporzionalità delle misure cautelari: a fronte, invero, della prognosi di irrogazione di sanzione non superiore a tre anni, vige la presunzione legale di idoneità delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere a neutralizzare il pericolo di fuga e di reiterazione del reato ed a preservare la genuina acquisizione del materiale probatorio.

Nel bilanciamento tra i valori concorrenti, viene, in altre parole, riconosciuta preferenza all'opportunità di evitare la più grave limitazione della libertà personale nei confronti di coloro che siano chiamati a rispondere di reati per i quali possa essere irrogata una pena detentiva che non oltrepassi il triennio.

¹⁸ Ove si enuncia, tra l'altro, “*la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*”.

¹⁹ Non si tratta di radicale eliminazione perché residuano le ipotesi, previste dagli artt. 90 e 94 del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope (DPR 309/1990), in cui la sospensione dell'esecuzione è ammessa per pene detentive superiori a tre anni.

Ciò posto – e fermo restando che deve esprimersi piena adesione al principio affermato dalla disciplina di nuovo conio - occorre dar conto dell'esistenza nella disposizione, per come congegnata dal legislatore d'urgenza, di alcuni aspetti critici, che involgono la filosofia di fondo, il *modus operandi*, le conseguenze applicative.

Si è sopra detto che il legislatore muove dall'implicito, ma indiscutibile, presupposto che tutte le volte in cui la pena detentiva irrogata, all'esito del giudizio, non supererà i tre anni – e quale che sia il vissuto giudiziario dell'autore – le esigenze cautelari non potranno assumere consistenza tale da rendere necessaria l'applicazione della misura della custodia in carcere.

Trattasi di conclusione che non tiene del tutto conto della vastità della gamma di situazioni al cospetto delle quali la sanzione è determinata in misura non superiore a tre anni e che sembra trascurare la non coincidenza dei parametri che guidano l'autorità giudiziaria, rispettivamente, nella scelta della misura cautelare e nella quantificazione della sanzione.

L'esercizio dell'azione cautelare è, infatti, incombente tipico della fase delle indagini preliminari e consegue, in molte evenienze, ad accadimenti improvvisi, eclatanti ed urgenti, in coincidenza dei quali è massima l'esigenza di preservare la genuina acquisizione del materiale probatorio, di evitare la reiterazione del reato o, ancora, di precludere la fuga, il tutto in riferimento ad un quadro indiziario necessariamente embrionale ed in continuo sviluppo.

L'apprezzamento della consistenza delle esigenze cautelari e, soprattutto, dell'individuazione della misura necessaria per salvaguardarle è condotto, quindi, alla stregua di parametri che solo in parte sono sovrapponibili a quelli considerati nella determinazione, ai sensi dell'art. 133 c.p., della sanzione irroganda.

Non deve, perciò, sorprendere che, in concreto, ad una valutazione prognostica che stimi in non più di tre anni la durata della pena detentiva che sarà inflitta all'esito del giudizio possa fare *pendant*, all'atto della delibazione della richiesta di applicazione di misura coercitiva e con riferimento al coacervo delle contingenze emergenti, la concreta inidoneità di misure diverse da quella di estremo rigore (si pensi, a titolo di mera esemplificazione, alla commissione di reati di non particolare, obiettiva gravità da parte di soggetto con spiccata tendenza alla recidiva).

Non è, pertanto, del tutto rigorosa l'equazione tra contenimento della pena detentiva entro i tre anni ed insussistenza di esigenze cautelari tanto gravi da imporre l'applicazione della custodia in carcere, non dovendosi, inoltre, trascurare come, specie con riferimento a determinate categorie di reati, la prospettiva di applicazione, a mo' di *extrema ratio*, della più severa misura coercitiva costituisca garanzia di effettività delle misure non custodiali e, in ultimo, di tutela della vittima nel lasso temporale occupato dall'accertamento processuale.

Si osserva, ulteriormente, che l'emendato testo dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. non è accompagnato dall'armonizzazione con la previgente disciplina in materia di arresti domiciliari, dovendosi fidare in operazioni ermeneutiche non sempre praticabili ovvero nella verifica *ex post* della legittimità costituzionale dell'istituto.

Così, in specie, non appare semplice il coordinamento tra la norma in commento ed il disposto dell'art. 284, comma 5-bis, c.p.p., che impone il divieto di arresti domiciliari per colui che sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti, ciò che postula, è facile, una preferenza per la misura carceraria che è, però, contraddetta dal divieto di successiva introduzione, con la paradossale conseguenza che detta categoria di soggetti non sarebbe passibile di alcuna misura cautelare detentiva.

Così come l'applicazione di strumenti elettronici di controllo (il c.d. "braccialetto") risulta positivamente subordinata al consenso dell'interessato che, venuta meno la prospettiva di essere, in via alternativa, condotto in carcere, sarà, può prevedersi, tutt'altro che semplice ottenere.

Va, inoltre, sottolineata la non perfetta corrispondenza tra i reati per i quali è stato previsto, dal disegno di legge di conversione, il venir meno del divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere ed i reati per i quali è stabilito il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, contemplati dall'art. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen..

In particolare, per le ipotesi di maltrattamento in famiglia contemplate dal comma 1 dell'art. 572, comma 1 cod. pen. e di atti persecutori diversi da quelli commessi "a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata" (art. 612, commi 1 e 2, cod. pen.) sarà consentito disporre l'applicazione della misura più severa pur dinnanzi alla possibilità che, a pena sospesa, possa comunque addivenirsi alla sospensione dell'ordine di carcerazione.

Sotto altro profilo, invece, appare del tutto opportuno che, in sede di conversione del decreto legge, siano state introdotte alcune modifiche al testo originario.

In particolare, è senz'altro apprezzabile la circostanza che, attualmente, per effetto della introduzione di una clausola di salvaguardia:

a) nei confronti di chi abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare non si applichi il limite all'applicabilità della custodia cautelare in carcere previsto "per delitti consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo

7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni” (art. 280, comma 3, cod. proc. pen.);

b) in caso di trasgressione delle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice disponga la revoca della misura e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere (art. 276, comma 1-*ter*);

c) in ogni caso deve farsi luogo all’applicazione della custodia cautelare in carcere “quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale”, nonché “in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate” salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari (art. 275, comma 3)²⁰;

d) il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere non ricorre, oltre che nei già ricordati procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, “quando, rilevata l’inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell’articolo 284, comma 1”.

Il difficile innesto dell’istituto sulla disciplina preesistente conferma, conclusivamente, che, per quanto commendevoli appaiano le finalità che il legislatore ha mostrato di avere a cuore,

²⁰ Peraltro, la Corte costituzionale, dapprima con sentenza 7-21 luglio 2010, n. 265 (G.U. n. 30 del 28 luglio 2010 - Prima serie speciale), ha dichiarato l’illegittimità del secondo e terzo periodo del presente comma, così come modificato nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 609-*bis* e 609-*quater* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure; quindi, con sentenza 9-12 maggio 2011, n. 164 (G.U. n. 21 del 18 maggio 2011 - Prima serie speciale), ha dichiarato l’illegittimità del secondo e terzo periodo dello stesso comma, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all’art. 575 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure; infine, con sentenza 29 marzo 2013, n. 57, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 275, comma 3, secondo periodo, come modificato dall’art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

la scelta di collegare indissolubilmente il perimetro delle misure cautelari applicabili all'entità della pena irroganda o irrogata può determinare significative contraddizioni applicative, la cui futura eliminazione è auspicabile.

11. Le disposizioni in materia di attribuzione di funzioni di sorveglianza ai magistrati di nuova nomina.

Il disegno di legge di conversione prevede, all'art. 5-bis, che *“con provvedimento motivato, il Consiglio superiore della magistratura, ove alla data di assegnazione delle sedi ai magistrati ordinari nominati con il decreto del Ministro della giustizia 20 febbraio 2014 sussista una scopertura superiore al 20 per cento dei posti di magistrato di sorveglianza in organico, può attribuire esclusivamente ai predetti magistrati, in deroga all'articolo 13, comma 2, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e successive modificazioni, le funzioni di magistrato di sorveglianza al termine del tirocinio, anche antecedentemente al conseguimento della prima valutazione di professionalità”*.

E' noto, infatti, che ai sensi dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 non è consentito che antecedentemente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, i magistrati ordinari, al termine del tirocinio, possano “essere destinati a svolgere le funzioni giudicanti monocratiche penali”, tra le quali rientrano quelle di “magistrato di sorveglianza”.

Tuttavia, la norma di nuovo conio consente, eccezionalmente e limitatamente ai “magistrati ordinari nominati con il decreto del Ministro della giustizia 20 febbraio 2014”, di essere destinati alle predette funzioni qualora “alla data di assegnazione delle sedi” sussista “una scopertura superiore al 20 per cento dei posti di magistrato di sorveglianza in organico”.

Non è chiarissimo il significato di questa disposizione, potendo essa rinviare, quantomeno dal punto di vista testuale, tanto alla percentuale nazionale delle scoperture, quanto, più ragionevolmente, a quella del singolo ufficio.

A prescindere da tale profilo, giova comunque rilevare come la misura prevista non realizzi alcun minimo incremento di pianta organica della magistratura di sorveglianza, oggi più che mai oberata da sempre nuove competenze, con ciò potendosi ragionevolmente escludere che la stessa possa soddisfare le esigenze di celerità sottese anche al nuovo sistema di tutela compensativa prima richiamato.

A questo proposito, il Consiglio richiama la propria delibera del 28 novembre 2013, nella quale ha già segnalato, ancor prima, dell'aumento degli affari di competenza della magistratura di sorveglianza dovuto all'entrata in vigore del D.L. 146/2013, convertito con la L.10/2014, la necessità di un incremento della pianta organica di magistrati di sorveglianza di

19 unità. La proposta era stata condivisa dal Ministero, in termini formali, senza che ciò abbia avuto alcun seguito.

Il presente parere viene trasmesso al Ministro della Giustizia.»