

**I RIMEDI PREVENTIVI A TUTELA DEI DIRITTI  
E DELLA DIGNITÀ DEL DETENUTO.  
PARALLELISMI TRA L'EVOLUZIONE NORMATIVA  
ITALIANA E QUELLA FRANCESE**

di Franco Della Casa

*Il ricorso per "indignité de la détention", introdotto recentemente dal legislatore francese, si presta ad essere avvicinato al "reclamo giurisdizionale" previsto dall'art. 35-bis ord. penit. Le due entità messe a raffronto sono riconducibili a provvedimenti legislativi che possono essere considerati la "filiazione" di altrettante pronunce della Corte europea, nelle quali è stato chiesto agli Stati interessati di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario e di introdurre nel loro ordinamento un ricorso "effettivo", in grado di tutelare adeguatamente il detenuto nei confronti di una carcerazione lesiva dei suoi diritti. L'esistenza di questo comune denominatore si riflette sulla fisionomia dei due rimedi, offrendo l'occasione per esaminare in parallelo sia la configurazione del ricorso inerente alla détention indigne, sia taluni profili della regolamentazione del reclamo giurisdizionale.*

SOMMARIO: 1. La Corte europea si ripete (dalla sentenza Torreggiani contro Italia alla sentenza J.M.B. contro Francia). – 2. La questione del "ricorso effettivo": il reclamo ex art. 35-bis ord. penit. quale punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso. – 2.1. Il rimedio francese del *référé - liberté*. 3. Dagli entusiasmi iniziali verso il *référé - liberté* al successivo disincanto. – 4. La genesi della legge «*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*». – 4.1. I contenuti. – 5. Il raggio di operatività del ricorso introdotto dal legislatore francese e quello del reclamo disciplinato dall'art. 35-bis ord. penit. – 6. Una questione trascurata dall'art. 35-bis ord. penit.: la violazione dei diritti determinata dal sovraffollamento. – 7. I tempi richiesti per la risposta giudiziale e per la concreta attuazione dei suoi contenuti. – 8. Un bilancio conclusivo: la bilaterale inosservanza dei moniti della Corte europea in tema di "ricorso effettivo" e di sovraffollamento carcerario.

**1. La Corte europea si ripete (dalla sentenza Torreggiani contro Italia alla sentenza J.M.B. contro Francia).**

Nel 2013 è stato introdotto nel nostro ordinamento penitenziario l'art. 35-bis, con il quale viene disciplinato il «reclamo giurisdizionale» a disposizione del detenuto che addebiti all'amministrazione – di regola, quella penitenziaria<sup>1</sup> – la violazione di un

---

<sup>1</sup> Per tutti, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019, p. 205, la quale

suo diritto. A distanza di circa otto anni è entrata in vigore in Francia la l. 8 aprile 2021, n. 403 («*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*»), che attira l'interesse dell'osservatore italiano non solo per l'affinità dei suoi contenuti con quelli dell'art. 35-*bis* ord. penit., ma anche per l'identità del percorso che è stato alla base della sua genesi.

A quest'ultimo proposito, per chiarire meglio i contorni del raffronto, può essere opportuno ricordare anzitutto i vincolanti impegni che lo Stato italiano si è trovato a dovere assumere in seguito alla sentenza pilota Torreggiani contro Italia (8 gennaio 2013)<sup>2</sup>, con la quale è stato condannato per due diversi ordini di ragioni. In primo luogo, per il persistente sovraffollamento carcerario, di dimensioni tali da essere all'origine di una diffusa detenzione contraria alla dignità della persona reclusa; secondariamente, per la mancanza di un ricorso "effettivo", utilizzabile dal detenuto sia per fare cessare la violazione di un suo diritto, sia per ottenere un indennizzo quale corrispettivo della degradata carcerazione subita. Se ci si concentra sul monito del giudice europeo circa l'assenza di idonei strumenti di reazione e di compensazione inerenti a condotte lesive dell'amministrazione penitenziaria, si può pervenire alla pacifica conclusione che gli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit. – introdotti, rispettivamente, dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) e dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (conv. dalla l. 11 agosto 2014, n. 117) – hanno come loro incontestabile progenitrice la già ricordata sentenza-pilota pronunciata nel 2013 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito: Corte Edu)<sup>3</sup>.

Questa breve ricapitolazione è opportuna per evidenziare le analogie tra il retroterra degli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit. e quello della *lois* n. 403 del 2021, con la quale si è intervenuti sul *Code de procédure pénale* introducendo, da un lato, l'art. 803-8 e modificando, dall'altro, il 2° co. dell'art.144-1 nonché il § III dell'art. 707<sup>4</sup>. Nel 2020, infatti, nel caso J.M.B. contro Francia<sup>5</sup>, anche quest'ultima è stata condannata dalla Corte Edu, sulla base degli stessi addebiti mossi al nostro Paese con la sentenza Torreggiani: vale a dire sia per i «*problèmes structurels et de la surpopulation persistante*

---

richiama un passo della *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. 146/2013, dove si indica come autorità diversa dall'amministrazione penitenziaria quella regionale, a cui compete una competenza esclusiva nell'ambito sanitario.

<sup>2</sup> Per una sintesi degli interventi del legislatore riconducibili alla sentenza-pilota del 2013, v., tra i molti, [DELLA BELLA, Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2013.

<sup>3</sup> Sulle ricadute delle sentenze di condanna della Corte Edu a livello nazionale, cfr. ANAGNOSTOU-SKLEPARIS, *Human Rights in European Prisons: Can the Implementation of Strasbourg Court Judgments Influence Penitentiary Reform Domestically?* in *Europe in Prison*, a cura di Daems-Robert, Londra, 2017, p. 37 ss.

<sup>4</sup> Alla legge ha fatto seguito, come normativa di attuazione, il *Décret n° 2021-1194 du 15 septembre 2021 relatif au recours prévu à l'article 803-8 du code de procédure pénale et visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*.

<sup>5</sup> J.M.B.e altri contro Francia, 30 gennaio 2020. Per un primo commento, RENUCCI, *L'affaire J.M.B. et autre contre France: une condamnation retentissante*, in *Dalloz*, 2020, p. 753; LAURENT, *J.M.B et autres contre France : surpopulation carcérale et absence de recours effectif*, in *actu.dalloz-etudiant.fr*, 24 aprile 2020 ;

*qui touchent les prisons françaises*», in violazione dell'art. 3 Cedu<sup>6</sup>, sia per la mancata previsione, in capo al detenuto, di un ricorso effettivo<sup>7</sup> – come prescritto dall'art.13 Cedu - idoneo a scongiurare una violazione della sua dignità o ad impedire che essa si protragga nel tempo<sup>8</sup>.

A differenza della scelta operata in occasione della sentenza Torreggiani, in questo caso la Corte Edu non ha però optato per una sentenza pilota in senso stretto<sup>9</sup>. I commentatori l'hanno fatta rientrare nella categoria delle sentenze “quasi pilota”<sup>10</sup>, soprattutto in considerazione dei vincoli meno tassativi che sono stati posti a carico dello Stato condannato e della mancata fissazione di un termine di ottemperanza per consentire un controllo a *posteriori* da parte del giudice europeo. Si è trattato di una scelta verosimilmente determinata dal fatto, che a differenza di quanto verificatosi

<sup>6</sup> Per una messa fuoco a largo raggio degli effetti del sovraffollamento nelle carceri francesi, cfr. *Controleur général des lieux de privation de liberté, Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, Parigi, 2018.

<sup>7</sup> Con riferimento alla sentenza J.M.B. contro Francia è stato scritto che «l'aspect le plus frappant de l'arrêt [...] repose sur la condamnation de la France pour violation de l'article 13 Cedh»: in questi termini, SCHMITZ, *La Cedh, le juge du référé-liberté et l'architecture de l'exécution des peines privatives de liberté*, in *www.revuedlf.com, chron. n° 46*, 31 gennaio 2020.

<sup>8</sup> La diversa questione del rimedio compensativo di cui il detenuto francese può disporre per ottenere dall'amministrazione penitenziaria la riparazione del danno subito per colpa (*faute*) di quest'ultima durante la sua permanenza in carcere è stata specificamente affrontata dalla Corte europea in una decisione di poco successiva alla sentenza J.M.B. contro Francia (cfr. Corte Edu, 19 novembre 2020, Barbotin contro Francia). Nel caso sottoposto all'esame della Corte il ricorrente, dimesso per fine pena dal carcere di Caen, ha denunciato di essere rimasto in tale struttura per quattro mesi in una cella di 16 m.q. insieme ad altri quattro detenuti: in una situazione lesiva della sua dignità (art. 3 Cedu), rispetto alla quale difettava, a suo avviso, un ricorso idoneo a consentirgli una adeguata riparazione pecuniaria. La Corte Edu, dopo avere ricordato che tra il 2012 e il 2018 le somme riconosciute dai tribunali amministrativi hanno oscillato tra i 50 e i 200 € per ogni mese di detenzione *indigne*, ha basato la sua pronuncia sulla distinzione tra l'effettività «en droit» e quella «en pratique», stabilendo che, sotto questo secondo profilo, il rimedio non era stato effettivo, tenuto conto dell'irrisorio ammontare della somma riconosciuta al detenuto, risultato, alla resa dei conti, addirittura debitore verso lo Stato per via di talune spese processuali poste a suo carico. Per un commento alla sentenza Barbotin contro Francia, cfr. ROETS, *Indemnisation de conditions de détention attentatoires à la dignité humaine : le juge administratif stigmatisé pour sa pingrerie*, in *Revue de science criminelle*, 2021, n° 1, p. 173 ss.; MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention: vraie avancée ou impasse contentieuse ?*, in *Europe des droits & libertés*, 2021, n°3, p. 118 ss. Per quanto riguarda l'entità della riparazione pecuniaria da garantire al detenuto vittima di una carcerazione lesiva della sua dignità, la situazione è ora mutata in seguito ad una innovativa decisione del Consiglio di Stato (CE, 3 dicembre 2018, n° 412010), nella quale tale organismo, dopo avere premesso che la misura dell'indennizzo deve aumentare man mano che aumenta la permanenza in una situazione detentiva particolarmente deteriorata, ha indicato il relativo ammontare in 200 € al mese per il primo anno, 300 € per il secondo e 450 € per gli anni successivi.

<sup>9</sup> Su tale categoria di pronunce v., tra gli altri, GLAS, *The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, in *Netherland Quarterly of Human Rights*, 2016, p.41 ss.; PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 93 ss.

<sup>10</sup> CÉRÉ, *Surpopulation carcérale: l'arrêt «quasi pilote» de la CEDH*, in *Actualité juridique pénal*, 2020, n° 2, p. 122. Circa i connotati delle sentenze quasi-pilota, cfr. KURBAN, *Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations*, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 737 ss. .

nella vicenda italiana, caratterizzata dalla presenza di diverse centinaia di ricorsi, la Corte Edu si è trovata a dovere decidere su un numero limitato di denunce aventi il medesimo oggetto<sup>11</sup>, con conseguente esclusione del rischio di essere per troppo tempo assorbita dalla trattazione degli stessi in assenza di un loro “congelamento”.

## **2. La questione del “ricorso effettivo”: il reclamo ex art. 35-bis ord.penit. quale punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso.**

Dato atto di questa differenza, può essere interessante appurare per quali ragioni i detenuti italiani, con la sentenza Torreggiani, e quelli francesi, con la sentenza J.M.B., siano stati ritenuti dalla Corte Edu sprovvisti di un ricorso effettivo, vale a dire di uno strumento idoneo a garantirgli una efficace tutela nei confronti di illegittime condotte od omissioni, addebitabili all’operato delle autorità amministrative preposte all’esecuzione della sentenza di condanna.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento penitenziario, sono ben noti i numerosi tentativi effettuati in un recente passato per ovviare all’impotenza del magistrato di sorveglianza, le cui decisioni, fuori dalle ipotesi in cui fossero condivise dall’amministrazione penitenziaria, non trovavano esecuzione<sup>12</sup>. L’art. 35 ord. penit. ha costituito l’emblema dell’azione di pura facciata svolta dal giudice deputato per legge a controllare la conformità dell’operato dell’amministrazione penitenziaria alle disposizioni che attribuivano al detenuto un diritto il cui esercizio non fosse incompatibile con il suo *status*. È significativo che nel 2001 la Corte di cassazione, riferendosi alle decisioni del magistrato di sorveglianza assunte ai sensi dell’art. 35 ord. penit., non solo abbia escluso l’ammissibilità di un ricorso per cassazione nei loro confronti, ma le abbia connotate come «prive di [...] forza giuridica cogente»<sup>13</sup>. D’altronde anche la Corte Edu, nella sentenza Torreggiani, ha espressamente escluso che il reclamo ex art. 35 ord. penit. potesse essere ricondotto nell’alveo di quel «ricorso effettivo» a cui fa riferimento l’art. 13 Cedu<sup>14</sup>.

La retrospettiva non sarebbe tuttavia completa se non si ricordasse che in seguito alla combinazione di due pronunce rese, rispettivamente, dalla Corte costituzionale (sentenza 26/1999) e dalla Corte di cassazione a sezioni unite (S.U. 25079/2003, ric. Gianni), il reclamo ex art. 35 ord. penit. è passato in secondo piano. Si è affermato infatti l’orientamento giurisprudenziale secondo cui, denunciando il detenuto la violazione di un suo diritto soggettivo da parte dell’amministrazione penitenziaria, il magistrato di sorveglianza doveva decidere con le forme e con le

---

<sup>11</sup> L’intervento della Corte Edu è stato sollecitato dai ricorsi di 32 detenuti, ristretti prevalentemente in istituti dei territori d’oltremare (Martinica, Polinesia francese, Guadalupa).

<sup>12</sup> Tra i molti, VERRINA, *I poteri di azione del detenuto e le forme di esercizio della giurisdizione* (Incontro di studi organizzato dal CSM nei giorni 19 e 20 novembre 2012), in [astra.csm.it/incontri/relaz/25182.pdf](http://astra.csm.it/incontri/relaz/25182.pdf); v. anche TALINI, *Il diritto “all’effettività dei diritti”: quali forma di tutela per le persone private della libertà?*, in *Diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di Ruotolo e Talini, Napoli, 2017, p. 431ss.

<sup>13</sup> Cass., 7 marzo 2001, Paolello, in *C.e.d.*, n. 218821

<sup>14</sup> Cfr. Torreggiani contro Italia, § 55 nonché § 96 ss.

garanzie della procedura giurisdizionale prevista dall'art.14-ter ord. penit.<sup>15</sup>. Tuttavia, non ostante il superamento della procedura *de plano* prevista dall'art.35 ord. penit., la sostanza non è cambiata<sup>16</sup>, in quanto anche le ordinanze emesse in conformità all'indicazione delle Sezioni unite sono risultate prive della forza necessaria per imporsi ad un nolente apparato amministrativo. Per superare questa grave carenza è stato necessario attendere l'introduzione dell'art. 35-bis ad opera del già ricordato d.l. 146/2013<sup>17</sup>.

### 2.1. Il rimedio francese del *référé-liberté*.

Se si ritorna ora alla situazione francese, emergono chiaramente le analogie con il percorso che portato nel nostro Paese, prima alla sentenza Torreggiani del 2013 e, dopo circa un anno, all'introduzione dell'art.35-bis nella legge penitenziaria.

Anziché risalire indietro nel tempo – un tempo caratterizzato dal prevalere della paralizzante teoria delle *mesures d'ordre intérieur*<sup>18</sup> – e sorvolando sul ricorso per *excès de pouvoir*, poco utilizzato dai detenuti per la sua eccessiva durata, talvolta addirittura pluriennale<sup>19</sup>, ci si vuole concentrare sullo strumento del *référé-liberté* (in seguito: *R-L*), disciplinato dall'art. L 521-2 del *Code de justice administratif* (in seguito: *CJA*). La scelta di focalizzare l'attenzione sullo strumento del *R-L* è giustificata dal fatto che, negli anni recenti, di esso si sono serviti nella maggiore parte dei casi i detenuti per denunciare una condotta dell'amministrazione penitenziaria lesiva dei loro diritti, compreso quello di espiare la pena detentiva in conformità al canone della

---

<sup>15</sup> In questi termini, tra le altre, Cass., 25 settembre 2013, Romano, in *C.e.d.*, n. 257254; conf. Cass., 24 ottobre 2007, Musumeci, *ivi*, n. 238841.

<sup>16</sup> Per un esempio della persistente impotenza del magistrato di sorveglianza può essere ricordata la sent. cost. 7 giugno 2013, n.135, con cui è stato deciso un conflitto di attribuzione tra il ministro della giustizia e il magistrato di sorveglianza di Roma, promosso da quest'ultimo di fronte alla constatazione che una sua ordinanza prescrittiva di un *facere* in capo all'amministrazione penitenziaria non trovava esecuzione. Per un commento a questa sentenza, nella quale il giudice delle leggi ha ribadito il carattere vincolante delle decisioni del magistrato di sorveglianza, cfr. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2084.

<sup>17</sup> L'introduzione dell'art. 35-bis ord.penit. non ha comportato un totale tramonto del reclamo *ex art.14-ter* ord. penit., in quanto esso si applica tuttora nei confronti del provvedimento che instaura o proroga il regime di sorveglianza particolare e nei confronti di quello che dispone limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica, nonché nella ricezione della stampa.

<sup>18</sup> Si tratta di una categoria di creazione giurisprudenziale, rifacendosi alla quale il giudice amministrativo ha ritenuto di non avere giurisdizione relativamente ad una molteplicità di atti da considerarsi *interna corporis* dell'amministrazione penitenziaria: ad esempio, nel 1984 il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso contro il provvedimento di assegnazione di un detenuto ad un «quartier de plus grande sécurité» (Conseil d'Etat, 27 gennaio 1984, Caillol, n° 31985). Sul tema, v., tra i molti, BOUJOU, *Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2005, n° 3, p. 597 ss.; GUYOMAR, *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2009, p. 413 ss.

<sup>19</sup> FERRAN, *La personne détenue encore à la recherche de son juge en France*, in *Déviance et Société*, 2014, 4, p.485.

dignità umana, garantito anche nell'ordinamento interno, dall'art. 22 della *lois pénitentiaire*<sup>20</sup>.

In estrema sintesi, i presupposti stabiliti dall'art. L 521-2 CJA sono i seguenti<sup>21</sup>: il ricorso è ammissibile se sussiste una situazione di urgenza; l'intervento del giudice presuppone la sua idoneità a contrastare la lesione di una «*liberté fondamentale*»; il pregiudizio derivante dalla condotta dell'amministrazione penitenziaria deve essere «*grave et manifestement illégale*»; per farlo cessare, il giudice può ricorrere ad un'ingiunzione di vario tipo – «*toute mesure utile*» – non essendo prevista nella legge alcuna limitazione relativamente a questo profilo; il ricorso può essere formulato non solo quando il pregiudizio è in atto, ma anche quando esiste il rischio che esso si concretizzi.

Dal punto di vista processuale, occorre precisare che il giudice chiamato a decidere è quello amministrativo, circostanza, questa, che se suona singolare rispetto alla scelta del legislatore penitenziario italiano, va esente, come ha sottolineato più volte la Corte Edu<sup>22</sup>, da qualsiasi appunto critico. L'ordinanza decisoria del *Tribunal administratif*, di regola in composizione monocratica<sup>23</sup>, è resa in udienza nel contraddittorio delle parti e deve intervenire entro 48 ore dalla presentazione del ricorso, prescrizione, questa, alla base della definizione del giudice del *référé* come «*juge du temps court*»<sup>24</sup>. Va infine tenuto presente che: l'ordinanza del *Tribunal administratif* è un provvedimento allo stato degli atti, potendo venire modificata se sopraggiungono nuovi elementi (art. L 521-4 CJA); essa è immediatamente esecutiva (art. R 522-13 CJA); nei suoi confronti è proponibile appello al Consiglio di Stato entro 15 giorni dalla notificazione della decisione del giudice di primo grado (art. L 523-1 CJA).

Alla luce di queste precisazioni, non possono sfuggire talune affinità tra la configurazione del R-L e quella del «reclamo giurisdizionale» di cui all'art. 35-*bis* ord. penit., introdotto dal legislatore del 2013 per andare incontro alle richieste della Corte Edu circa la necessità di mettere a disposizione dei detenuti un rimedio effettivo, idoneo a scongiurare la lesione o il rischio di lesione dei loro diritti.

Certo, le differenze non mancano, ma, invece di procedere ad una particolareggiata sinossi, è preferibile limitarsi a sottolineare quelle più macroscopiche, che possono essere ridotte a tre. Anzitutto, mentre a proposito del magistrato di sorveglianza è lecito parlare, sia pure impropriamente, di un giudice “specializzato” – nel senso che il nucleo delle sue attribuzioni è costituito da materie strettamente attinenti, di regola, all'esecuzione della pena detentiva – il giudice del *référé* è quello amministrativo, che si occupa di una molteplicità di materie ed è, quindi, meno

---

<sup>20</sup> Ci si riferisce alla l. 24 novembre 2009, n.1436, nel cui art. 22 è previsto che «*l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits*».

<sup>21</sup> Sui connotati del ricorso, HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi, 2012, p. 1025 ss. e p.1029 ss.

<sup>22</sup> Ad esempio, Corte Edu, 13 dicembre 2012, De Souza Ribeiro c. Francia, § 92 ; Corte Edu, 15 maggio 2015, Hirtu e altri c. Francia, §§ 87 et 89.

<sup>23</sup> HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, cit., p. 1024, la quale precisa che può decidere un collegio composto da tre membri, quando la materia del ricorso è particolarmente complessa.

<sup>24</sup> LE BOT, *Le référé-liberté est-il victime de son succès?* in *Actualité juridique droit administratif*, 2000, p. 1837 ss.

“preparato” del giudice italiano<sup>25</sup>. Secondariamente, il *Tribunal administratif* deve decidere entro 48 ore decorrenti dal momento in cui è investito del ricorso, mentre nessun termine è stabilito per il magistrato di sorveglianza. È vero che il termine di 48 ore di cui all’art. L 521-2 CJA può essere superato senza che si verifichi alcun vizio di carattere processuale, ma è vero anche che si è in presenza di una chiara sollecitazione del legislatore a decidere in tempi brevi, della quale il giudice del *référé* non può non tenere conto, come si ricava da un rilevamento statistico da cui risulta che il tempo medio entro il quale viene pronunciata l’ordinanza decisoria è di 5 giorni<sup>26</sup>.

La terza differenza è quella che forse interessa maggiormente l’osservatore italiano: si vuole alludere al fatto, che mentre il reclamo di cui all’art. 35-*bis* ord. penit. può essere presentato solo dal diretto interessato o dal suo difensore di fiducia<sup>27</sup>, il ricorso *sub specie* di *R-L* può essere proposto anche da una molteplicità di associazioni in grado di vantare un interesse – certificato dal loro statuto<sup>28</sup> o anche di fatto, in relazione ad una specifica situazione detentiva<sup>29</sup> – nei confronti di una determinata realtà carceraria. Tra queste varie associazioni ha assunto un particolare rilievo l’*Observatoire international des prisons-section Française* (in seguito: *OIP-SF*) che, a partire dal secondo decennio degli anni duemila, è stato via via più presente nello scenario dei procedimenti di *référé* inerenti alle tematiche penitenziarie sia nella veste di promotore dei ricorsi, sia in quella di interventore adesivo riguardo a ricorsi promossi dai diretti interessati. Non occorrono molte parole per sostenere che gli spazi di iniziativa processuale consentiti agli organismi ai quali ci si sta riferendo fanno aumentare le probabilità di un buon esito del ricorso: basti pensare, in particolare, alla presenza di un difensore specializzato nella trattazione delle tematiche penitenziarie e, di riflesso, ad una migliore conoscenza dei meccanismi del procedimento, nonché – e soprattutto – alla capacità di acquisire una documentazione e, più in generale, un materiale probatorio in grado di incidere in modo appropriato sul convincimento del giudice<sup>30</sup>. Nel nostro Paese, come si è detto, non esiste nulla di simile, anche se non mancano organismi – si pensi *in primis* all’associazione Antigone – che potrebbero svolgere un ruolo analogo a quello svolto in Francia dall’*OIP-SF*.

---

<sup>25</sup> Per la sottolineatura, in chiave critica, di questo connotato, cfr. SENNA, *Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire: un pas en avant, un pas en arrière*, in *Gazette du palais*, 2017, n° 35 p. 26, che auspica la competenza di un giudice specializzato, sulla falsariga di quanto avviene in Spagna e in Italia.

<sup>26</sup> Per questo dato, cfr. MAGNON, *L'accès aux juge administratif des libertés: l'exemple du référé-liberté*, in *publications.ut-capitole.fr/13839*, p. 6.

<sup>27</sup> K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 171 s.

<sup>28</sup> Si possono citare, tra gli altri, il Syndicat de la magistrature, il Syndicat des avocats de France, l’Association avocats pour la défense des droits des détenus.

<sup>29</sup> Cfr. Conseil d’Etat, 30 luglio 2015, n° 392043, in cui è stato ammesso l’intervento nel processo dell’*ordre des avocats au barreau près la cour d’appel de Nîmes*, in quanto i suoi aderenti esercitavano le loro funzioni anche relativamente a detenuti ristretti nel carcere di Nîmes, sulle cui carenze il giudice era chiamato a decidere.

<sup>30</sup> Fondamentali risultano le relazioni del *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, creato con la l. 30 ottobre 2007, n°1545. Ai sensi dell’art. 2, tale organismo è tenuto a verificare «les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s’assurer du respect de leurs droits fondamentaux».

### 3. Dagli entusiasmi iniziali verso il *référé-liberté* al successivo disincanto.

Se ci si limitasse alle precedenti osservazioni incentrate su un sintetico raffronto tra lo strumento di cui all'art. 35-*bis* ord. penit. e il *R-L*, si potrebbe essere portati a dubitare che il ricorso disciplinato dall'art. L 521-2 *CJA* sia da considerare un rimedio ineffettivo, come ha ritenuto, invece, la Corte Edu affrontando il caso J.M.B. contro Francia.

Però sinora non è stata presa in considerazione la faccia oscura della luna. Si vuole dire che dopo gli entusiasmi iniziali, determinati da taluni successi ottenuti grazie all'utilizzo del *R-L* da parte dell'*OIP-SF*<sup>31</sup>, sono state individuate forti criticità che hanno portato a dubitare dell'incisività di tale strumento ben prima che la Corte Edu proclamasse l'assenza nell'ordinamento penitenziario francese di un ricorso effettivo. Ci si sta riferendo ad una lunga fase crepuscolare, inaugurata e consolidata da due pronunce del Consiglio di Stato intervenute, rispettivamente, nel 2015<sup>32</sup> e nel 2017<sup>33</sup>. Particolarmente degna di nota è la seconda, nella quale sono stati fissati taluni limiti che saranno ribaditi dalla giurisprudenza successiva, e che hanno circoscritto fortemente l'efficacia del *R-L*. Occupandosi di un ricorso promosso dall'*OIP-SF* per denunciare, con un dettagliato elenco delle carenze, le disumane condizioni in cui versavano i detenuti del carcere di Fresnes, il Consiglio di Stato ha affermato, in primo luogo, che il giudice del *référé* non può imporre misure di carattere strutturale, implicanti cioè interventi di notevole ampiezza<sup>34</sup> – si pensi, per esempio, alla rimozione dell'umidità trasudante dalle pareti di un gran numero di celle – ma, facendogli in tal modo guadagnare l'etichetta di *juge du superficiel*<sup>35</sup>, deve circoscrivere il suo raggio di azione a quelle situazioni che possono essere superate con un intervento di portata circoscritta, come nel caso di una asfaltatura del cortile di passeggio per coprire i buchi da cui fuoriescono i topi<sup>36</sup>. In secondo luogo, si è precisato che il giudice amministrativo, nell'impartire le sue ingiunzioni, non può non tenere in debito conto l'entità delle risorse di cui dispone la direzione del carcere alla quale le medesime sono

---

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, l'ordinanza del Tribunale amministrativo di Marsiglia (13 dicembre 2012, n° 1208103), nella quale si è ordinato all'amministrazione penitenziaria di assumere iniziative idonee a migliorare le condizioni detentive del locale carcere di Les Baumettes: soprattutto con riferimento agli spazi nelle celle, alla pulizia, alla distribuzione di pasti caldi. La decisione è stata confermata, in appello, dal Consiglio di Stato (ordinanza CE, 22 dicembre 2012, n°364584), che ha imposto anche la derattizzazione e l'eliminazione degli insetti nocivi dalle celle.

<sup>32</sup> Conseil d'Etat 30 luglio 2015, n. 392043, nella quale, con riferimento al carcere di Nimes, viene, tra l'altro, considerato positivamente il fatto che, mentre da un'ispezione effettuata nel 2012 dormivano sui materassi collocati sul pavimento una quarantina di detenuti, nel 2015 tale situazione riguardava, *solo* dodici detenuti (§19).

<sup>33</sup> Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, n. 410677: per un commento, SENNA, *Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire, un pas en avant, un pas en arrière*, in *labase-lextenso.fr*, 17 ottobre 2017, n.35.

<sup>34</sup> Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 8 e 11.

<sup>35</sup> In questi termini, SCHMITZ, *Dialogue des juges en matière de conditions de détention provisoire*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2021, n.12, p.700.

<sup>36</sup> Tribunal administratif Melun, 6 ottobre 2016, n. 1608163, § 6.



dirette, così come non può trascurare i passi in avanti da essa compiuti per porre rimedio ad una determinata criticità denunciata dal ricorrente<sup>37</sup>.

Non solo. Nel succitato provvedimento del 2017 il Consiglio di Stato ha smorzato anche le attese espresse nel suo ricorso dall'*OIP-SF* che, per porre rimedio ad una non sporadica *lenteur* dell'apparto amministrativo, suscettibile in molti casi di vanificare l'efficacia dell'intervento del giudice, ha invocato un suo controllo sulla corretta esecuzione delle ingiunzioni contenute nell'ordinanza emessa. A questo proposito l'organo di vertice della giustizia amministrativa ha puntualizzato che tale controllo non è di sua competenza: nel caso di inerzia dell'organismo tenuto ad eseguire l'ingiunzione, il *requérant* deve avvalersi delle disposizioni relative all'esecuzione forzata di cui al libro IX del *Code de justice administratif* oppure chiedere al giudice che si è già pronunciato ulteriori ingiunzioni ed, eventualmente, un *astreinte*<sup>38</sup>.

È soprattutto il connotato negativo evidenziato da ultimo che allontana la regolamentazione del *R-L* dall'art.35-*bis* ord. penit. Infatti, mentre il nostro legislatore ha stabilito nel co. 5° e seguenti di tale articolo che, in caso di mancata esecuzione del provvedimento inoppugnabile del magistrato di sorveglianza, possa essere avviato un apposito giudizio di ottemperanza, finalizzato a rendere esecutiva la sua pronuncia, niente di simile è accaduto nell'ordinamento francese: la disciplina del *R-L* è rimasta invariata, per cui rimane attuale il giudizio negativo formulato nei suoi confronti dalla Corte Edu.

#### **4. La genesi della legge «tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention».**

Una volta riconosciuto dalla Corte Edu che il *R-L* non costituiva un ricorso effettivo ai sensi dell'ar.13 Cedu, la Francia si è trovata, al pari dell'Italia dopo la sentenza Torreggiani, nella condizione di dovere intervenire con lo strumento legislativo. Anche se, come si è appena detto, sono trasparenti le analogie con il contesto in cui si è collocata la genesi dell'art. 35-*bis* ord. penit., va specificato che l'itinerario percorso per giungere, all'inizio del 2021, al varo della legge «*tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*» è risultato assai più tortuoso.

È facile rendersene conto se si esaminano in successione le varie tappe che hanno preceduto l'intervento del legislatore francese, non senza premettere che la prima ricaduta della sentenza della Corte di Strasburgo ha riguardato non già la fase

---

<sup>37</sup> Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 14. Nello stesso senso v. già Conseil d'Etat, 30 luglio 2015, cit., § 19.

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, 8 luglio 2017, cit., § 16. Può valere la pena di ricordare che, stando alla versione riconducibile al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, nella lett. c) dell'art.35-*bis* co. 6° ord. penit. era stato attribuito al magistrato di sorveglianza il potere di imporre all'amministrazione il pagamento, a favore del detenuto, di una somma di denaro (non superiore a 100 €) per ogni giorno di inosservanza o di ritardo nell'esecuzione del provvedimento concernente il merito del reclamo. Attualmente questa previsione non figura nel testo dell'art.35-*bis* ord. penit., in quanto non recepita dalla l. 21 febbraio 2014, n.10, con la quale è stato convertito il decreto governativo.

dell'esecuzione della pena, ma la detenzione lesiva della dignità umana cui si trova ad essere sottoposto l'imputato. Il complicato itinerario al quale si è alluso può essere così riassunto:

a) a circa sei mesi di distanza dalla pronuncia del giudice europeo, la *Chambre criminelle*, con un clamoroso ribaltamento della sua precedente giurisprudenza<sup>39</sup>, ha ritenuto di doversi adeguare, a legislazione invariata, alla pronuncia della Corte Edu, formulando il principio secondo cui l'imputato che versi in una situazione detentiva *indigne* ha il diritto di essere scarcerato, sia pure con la contemporanea imposizione di adeguate limitazioni della sua libertà personale<sup>40</sup>;

b) contemporaneamente, la stessa *Chambre criminelle* ha chiesto al *Conseil constitutionnel* di scrutinare talune disposizioni del *Code de procédure pénale*, in particolare l'art. 144-1<sup>41</sup> - relativo alle ipotesi di cessazione della custodia cautelare *intra moenia* - che in quel momento non prevedeva la scarcerazione dell'imputato per la sola ragione che costui si trovasse sottoposto ad una detenzione lesiva della sua dignità;

c) a sua volta, il giudice costituzionale ha dichiarato il contrasto del 2° co. dell'art.144-1 C.pr.pèn. con i valori fondamentali dello Stato<sup>42</sup>: anche se, facendosi carico dei gravi inconvenienti che il suo intervento demolitorio comportava, ha posticipato gli effetti della declaratoria al 1° marzo 2023, per dare tempo al legislatore di colmare la lacuna<sup>43</sup>.

La polarizzazione dell'intera vicenda sulla carcerazione *indigne* degli imputati si giustifica alla luce del più marcato tasso di sovraffollamento riscontrabile nelle *maison d'arrêt*, nelle quali viene ristretta tale categoria di soggetti<sup>44</sup>. Sono tuttavia lampanti le ragioni che spingono a non differenziare i detenuti in base alla loro posizione giuridica, quando ad essere in discussione è la dignità umana. Era quindi scontato che la questione relativa all'ipotesi di una carcerazione lesiva di tale sommo valore venisse

<sup>39</sup> Cfr., per una pronuncia non molto lontana nel tempo nella quale ci si è ancora uniformati al consolidato orientamento secondo cui neppure le peggiori condizioni detentive riguardanti un imputato possono di per sé giustificare la sua scarcerazione, cfr. *Chambre crim.*, 18 settembre 2019, n° 83950, in *dalloz-actualite.fr*, con nota di AZOULAY, *Respect de la dignité en détention: une obligation souple*.

<sup>40</sup> Cfr. *Chambre crim.*, 8 luglio 2020, n. 81739, che fa riferimento sia agli obblighi, divieti e controlli previsti dall'art.138 C. pr. pén. (*contrôle judiciaire*), sia agli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica. Per un commento all'*arrêt*, v., tra gli altri, FRINCHABOY, *Vers l'effectivité du recours juridictionnel préventif en cas de conditions indignes de détention*, in *Actualité juridique pénal*, 2020, n.9, p. 404 ss.; ENGELLE, *Les nouvelles frontières de la détention provisoire*, in *dalloz-actualite.fr*, 9 ottobre 2020.

<sup>41</sup> *Chambre crim.*, 8 luglio 2020, n° 81731, in *conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2020-858859-qpc-du-2-octobre-2020-decision-de-renvoi-cass-1*.

<sup>42</sup> Premesso che non esiste nella Costituzione francese del 1958 alcun esplicito riferimento alla dignità della persona, il *Conseil constitutionnel* si è allineato ad una sua precedente presa di posizione (Cons. const., 27 luglio 1994, n° 94-343/344, § 2) e ha fondato la sua pronuncia sulla prima frase del Preambolo della Carta del 1946, dove si afferma che ogni essere umano, in quanto tale, è titolare di diritti «inalienabili e sacri».

<sup>43</sup> *Conseil constitutionnel*, 2 ottobre 2020, Geoffrey F. e altri, n° 858-59. Per un commento, FALXA, *La reconnaissance de l'absence de recours contre les conditions de détention contraires à la dignité humaine par le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2056; BOTTON, *L'exigence constitutionnelle d'un recours judiciaire aux conditions de détention*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 475 ss.

<sup>44</sup> Dai dati statistici forniti dal *Ministère de la justice* emerge che alla fine di marzo del 2022 il tasso di sovraffollamento nelle *maisons d'arrêt* era pari al 139%.

nuovamente sollevata con specifico riferimento a quanti stanno espiando una pena detentiva, ed era altrettanto scontato che il *Conseil constitutionnel* non si discostasse – a poco più di sei mesi di distanza – dal suo precedente intervento del 2 ottobre 2020. Questa seconda pronuncia ha dichiarato incostituzionale il § III dell’art. 707 *C.pr.pén.*, in quanto, nel disciplinare le condizioni di accesso alle misure alternative (*mesures de aménagement de la peine*), non prendeva in considerazione l’ipotesi di un’eventuale concessione determinata dall’esigenza di sottrarre il condannato ad un’esecuzione della pena lesiva della sua dignità<sup>45</sup>. Senonché, in questo caso l’intervento del giudice costituzionale è risultato privo di qualsiasi rilevanza pratica, essendo stato preceduto dall’entrata in vigore della più volte citata legge 8 aprile 2021, che ha modificato tra l’altro, il § III dell’art. 707 *C.pr.pén.*

#### 4.1. I contenuti.

Se dalla ricostruzione della genesi della *lois* 403/2021 si passa all’analisi dei suoi contenuti, va segnalata anzitutto una positiva anomalia rispetto al passato, in quanto della tutela dei diritti del detenuto non è più chiamato ad occuparsi il giudice amministrativo, ma il «*juge judiciaire*». C’è un altro importante dato meritevole di essere sottolineato in via preliminare, cioè che il legislatore, nell’introdurre nel Code de procedure penale l’art.803-8, ha fatto salva la normativa concernente i *référés*, che erano stati considerati dalla Corte Edu uno strumento non conforme al disposto dell’art. 13 Cedu.

Il nuovo articolo, coniato per allineare l’ordinamento penitenziario francese alle indicazioni del giudice europeo, costituisce la colonna vertebrale del provvedimento legislativo di cui fa parte, e lo smarrimento che si potrebbe provare ricordando che gli articoli oggetto di scrutinio da parte del *Conseil constitutionnel* erano stati, da un lato, l’art. 144-1 *C.pr.pén.* e, dall’altro, l’art. 707 *C.pr.pén.* è facilmente superabile se si considera che entrambi operano attualmente un rinvio all’art. 803-8 *C.pr.pén.*

L’obbiettivo dichiarato è quello di introdurre di uno strumento che consenta, sia nei confronti degli imputati che dei condannati, di porre termine a condizioni di detenzione tanto degradate da risultare «contrarie alla dignità dell’uomo». Se il ricorso – devoluto al *juge des libertés et de la détention* o al *juge de l’application des peines*, a seconda che provenga da un imputato o da un condannato – viene ritenuto ammissibile, vale a dire basato su lagnanze «*circonstanciées, personnelles et actuelles*», il giudice, che procede *de plano*, effettuata una breve istruttoria, comunica all’amministrazione penitenziaria i motivi che lo inducono a ritenere le richieste fondate e le assegna un termine non superiore a trenta giorni per adottare le misure idonee a rimuovere le criticità riscontrate. Fermo restando che l’amministrazione penitenziaria può ricorrere a «*tout moyen*», e che al giudice non è consentito contestare

---

<sup>45</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, 16 aprile 2021, n° 898, per il cui commento si rinvia a GOETZ, *Conditions de détention indignes: une incostitutionnalité de plus*, in *dalloz-actualite.fr*, 28 aprile 2021.

le sue scelte, nell'ultimo periodo del § I dell'art. 803-8 si fa espresso riferimento alla possibilità per l'amministrazione penitenziaria di trasferire in un altro istituto il detenuto che ha formulato il ricorso (previo nulla osta dell'autorità giudiziaria qualora si tratti di imputato). L'interessato può rifiutare il trasferimento, ma questa sua decisione – come ci si appresta a chiarire – non è priva di conseguenze.

La parte più significativa dell'articolo in esame è quella in cui vengono precisate le iniziative che il giudice – qualora ritenga inadeguate le misure adottate dall'amministrazione penitenziaria – può assumere: 1) ordinare il trasferimento in un altro istituto; 2) se si tratta di imputato, disporre che sia rimesso in libertà, sia pure con i vincoli derivanti dall'adozione di misure cautelari meno gravi rispetto alla custodia carceraria; 3) se si tratta di condannato, concedere una delle misure extramurarie di cui al § III dell'art. 707 *C.pr.pén.*<sup>46</sup>, sempre che sussistano i requisiti richiesti dalla legge per la concessione di quella determinata misura. Il ruolo centrale che l'art. 803-8 *C.pr.pén.* riserva all'amministrazione penitenziaria è accentuato dalla previsione che il giudice può astenersi dal provvedere quando il detenuto ha rifiutato il trasferimento da essa proposto. L'unica eccezione a questa regola riguarda l'ipotesi in cui, trattandosi di condannato, il rifiuto ha una particolare ragion d'essere, in quanto il trasferimento causerebbe un significativo allontanamento dal luogo di residenza della famiglia e, di riflesso, un sacrificio eccessivo del diritto al rispetto della sua vita personale e familiare<sup>47</sup>.

Tanto nei confronti del provvedimento in tema di ammissibilità del ricorso, quanto nei confronti dell'ordinanza decisoria, emessa nel contraddittorio delle parti (il detenuto, da un lato, il pubblico ministero e l'amministrazione penitenziaria, dall'altro) è consentito l'appello<sup>48</sup>, da proporre con un atto che va depositato entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento assunto dal giudice di primo grado. Con l'ulteriore precisazione che, qualora l'atto di appello del pubblico ministero venga depositato entro ventiquattro ore, l'esecuzione del provvedimento impugnato rimane sospesa.

## **5. Il raggio di operatività del ricorso introdotto dal legislatore francese e quello del reclamo disciplinato dall'art.35-bis ord. penit.**

È il momento di procedere ad un esame critico dell'art.803-8 *C.pr.pén.*, e ad un suo raffronto più ravvicinato con l'art. 35-bis ord. penit. Il primo dato che balza agli occhi è il ristretto ambito di operatività della disposizione codicistica, dal momento che il

---

<sup>46</sup> Le misure indicate nel § III dell'art. 707 *C.pr.pén.* sono le seguenti : semi-liberté, placement à l'extérieur, détention à domicile sous surveillance électronique, libération conditionnelle ou libération sous contrainte.

<sup>47</sup> Si tratta dell'unico motivo che può essere addotto, senza alcun pregiudizio, per rifiutare il trasferimento. Restano quindi escluse ragioni di altro tipo, come, ad esempio, l'interruzione di un corso scolastico o di un programma terapeutico.

<sup>48</sup> Davanti al presidente della *chambre de l'instruction*, se si tratta di imputato, oppure davanti al presidente della *chambre de l'application des peines*, se si tratta di condannato.

detenuto può utilizzare il rimedio da essa disciplinato *solo* quando ritiene violato il diritto di non subire una carcerazione lesiva della sua dignità. Anche se la sentenza J.M.B. contro Francia è stata originata dalla denuncia di una situazione di sovraffollamento, è pacifico che il detenuto può ricorrere al rimedio di cui all'art. 803-8 *C.pr.pén.* anche quando la ferita alla sua dignità non dipenda dallo straripamento della popolazione detenuta, come, ad esempio, nell'ipotesi di perquisizioni corporali effettuate con modalità tali da umiliare il perquisito.

L'utilizzazione del rimedio in questione deve invece essere esclusa quando vi sia la lesione di un diritto del detenuto che contemporaneamente non vada a ledere la sua dignità, come quando venga ad essere violato il diritto al numero previsto di colloqui con i familiari o quello ad un'alimentazione conforme al suo credo religioso. In questi casi il detenuto francese ha a disposizione unicamente lo strumento del *R-L*, il quale tuttavia, come si è detto più volte, è stato considerato dalla Corte Edu un ricorso privo del connotato dell'effettività. Da questo punto di vista, ben più ampia è la copertura assicurata all'interessato dall'art. 35-*bis* ord. penit., il quale lo garantisce, senza alcuna ulteriore distinzione legata all'oggetto del reclamo, ogniqualvolta costui sia in grado di dimostrare un pregiudizio, attuale e grave, all'esercizio di un diritto riconosciuto dalla legge del 1975 o dal relativo regolamento di esecuzione<sup>49</sup>.

Sottolineata questa differenza, bisogna però aggiungere che, se si procede ad un confronto a tutto campo tra le due disposizioni, è individuabile un dato che potrebbe indurre ad assumere l'art. 803-8 *C.pr.pén.* come utile punto di riferimento. Ci si riferisce al fatto che l'articolo in esame attribuisce al giudice non solo il potere di trasferire in un altro carcere l'interessato sottoposto a una detenzione *indigne*, ma anche quello di farlo uscire dalla struttura in cui è ristretto, e di concedergli nel contempo una misura alternativa. Potere, questo, che non è invece riconosciuto al magistrato di sorveglianza dall'art.35-*bis* ord. penit.

Qualora ci si unifichi all'orientamento di una parte della dottrina francese, alla previsione di un così incisivo intervento giudiziale bisogna tuttavia attribuire scarsa rilevanza<sup>50</sup>. Infatti, secondo tale opinione critica non ci si deve arrestare alla lettera dell'art.803-8, § II, co. 1° *C.pr.pén.*, il quale in effetti concede al giudice di scegliere tra il trasferimento sia del condannato che dell'imputato, la scarcerazione di quest'ultimo e la concessione di una misura alternativa al condannato. In realtà – si è argomentato – le opzioni che vengono offerte al giudice in alternativa al trasferimento sono tali solo sulla carta perché, da un lato, non è realistica l'ipotesi della sottrazione alla custodia carceraria di un imputato rispetto al quale il *juge des libertés et de la détention* ha ritenuto indispensabile applicare la più grave delle misure cautelari, dall'altro, sono assai pochi i condannati che, pur in possesso dei requisiti per essere collocati nella c.d. area penale esterna, vengono cioè non ostante trattenuti in carcere. Insomma, lo sbocco naturale del ricorso – ritenuto fondato – *ex* 803-8 *C.pr.pén.* è quello del trasferimento. Il quale

---

<sup>49</sup> Sui presupposti del reclamo *ex* art. 35-*bis* ord. penit., v., per tutti, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 56 ss.

<sup>50</sup> In questo senso, BONIS-PELTIER, *Commentaire de la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*, [www.lexis360.fr](http://www.lexis360.fr), § 28-29.

peraltro, allorché sia stato “subìto” (e non richiesto) dal detenuto, comporta di regola conseguenze molto negative, dal momento che costui non solo viene catapultato, come ultimo venuto, in un ambiente carcerario sconosciuto, ma deve non di rado rassegnarsi all’interruzione di un’attività lavorativa o istruttiva, nonché alla rinuncia ai colloqui con i familiari o alla loro effettuazione ad intervalli di tempo più dilatati.

## **6. Una questione trascurata dall’art. 35-bis. ord. penit.: la violazione dei diritti determinata dal sovraffollamento.**

Alla luce delle precedenti considerazioni, quella parte della dottrina francese a cui ci si sta riferendo è pervenuta ad una suggestiva conclusione, articolata in due passaggi argomentativi: se è vero – si è detto anzitutto – che il trasferimento è un evento ricco di conseguenze negative per il detenuto, deve presumersi che costui sarà restìo ad utilizzare un ricorso così fortemente orientato verso tale epilogo<sup>51</sup>; ma allora – si è aggiunto – dato che lo strumento introdotto dal legislatore del 2021 è forgiato in modo tale da indurre l’interessato a rinunciare ad esso, viene a mancare il requisito dell’effettività richiesto dall’art.13 Cedu<sup>52</sup>.

Sottolineato che, a prescindere dalla sua condivisibilità, questa “geometrica” conclusione è strettamente collegata al modo in cui è configurato il ricorso di cui all’art. 803-8 *C.pr.pén.*, resta sul tappeto, ai fini del nostro discorso, l’interrogativo concernente l’opportunità di una modifica dell’art. 35-bis ord. penit. che, sulla falsariga del testo redatto dal legislatore d’oltralpe, preveda anche l’ipotesi di una scarcerazione del condannato. L’interrogativo ha una sua ragion d’essere perché, quando si tratta di rispondere alla denuncia di un detenuto leso nei suoi diritti da una situazione di diffuso e conclamato sovraffollamento, anche il reclamo giurisdizionale disciplinato dalla legge penitenziaria presenta limiti analoghi a quelli lamentati dalla dottrina francese con riferimento all’art. 803-8 *C.pr.pén.* Infatti, l’art. 35-bis ord. penit., pur in presenza di un fondato reclamo da parte del detenuto “vittima” del sovraffollamento, non offre alcuna alternativa all’insoddisfacente opzione del trasferimento dell’interessato in una diversa cella o, più verosimilmente, in un diverso istituto di pena.

Questa inadeguatezza è stata denunciata da più voci dottrinali, concordi nel diagnosticare l’esistenza di una lacuna, e orientate a ritenere che proprio nel testo dell’art. 35-bis ord. penit. avrebbe dovuto, o dovrebbe, essere previsto il potere del magistrato di sorveglianza di scarcerare il condannato, dal cui reclamo si evinca che, a causa degli effetti del sovraffollamento carcerario, sta espiando una pena con connotati tali da risultare in contrasto con l’art. 3 Cedu<sup>53</sup>. Per l’esattezza, non si è fatto riferimento

---

<sup>51</sup> MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention*, cit., p. 124 ; FOUART, *Un nouveau recours en trompe-l’œil devant le juge judiciaire*, in *Revue des droits de l’homme*, 2021(dicembre), § 16-17.

<sup>52</sup> In questo senso, oltre agli autori citati nella nota precedente, ZEROUKI-COTTIN, *L’indignité des conditions de détention ou les ressources infinies du contrôle de conventionnalité*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 524.

<sup>53</sup> In tal senso, DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora*

ad una pura e semplice scarcerazione, ma – in conformità ad una soluzione prospettata a questo riguardo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 279 del 2013 – all’ammissione del condannato ad una nuova ipotesi di detenzione domiciliare che si aggiungerebbe a quelle già previste dalla legge penitenziaria. In questa sede non è consentito approfondire l’argomento, andando a verificare con maggiore attenzione se il meccanismo della scarcerazione – con contestuale concessione della detenzione domiciliare – sia pienamente compatibile con la struttura del reclamo di cui all’art.35-*bis* ord.penit. Preme piuttosto sottolineare che, se si desse seguito all’opinione dottrinale qui riportata, troverebbe attuazione, con tutti i distinguo del caso, un congegno assai simile a quello disciplinato dall’art. 803-8, § II, co.1°, n. 3 *C.pr.pèn.*: fermo restando che – analogamente a quanto prevede tale articolo, che autorizza la scarcerazione solo se ricorrono i presupposti stabiliti per la singola misura extramuraria – il legislatore italiano dovrebbe specificare i requisiti idonei a consentire una selezione dei condannati potenzialmente in grado di vedere convertita la loro reclusione in detenzione domiciliare.

Per completare il discorso su questo punto, può valere la pena di ritornare su una delle più severe critiche formulate dalla dottrina francese, vale a dire quella relativa all’effetto dissuasivo del ricorso *ex art. art. 803-8 C.pr.pèn.*: dissuasività da cogliere nell’inerzia “coatta” del potenziale *requèrant*, timoroso di subire il trasferimento in un carcere qualsiasi del territorio nazionale. È pacifico che l’ipotizzata nuova formulazione dell’art.35-*bis* ord. penit. implicherebbe, al contrario, un ridimensionamento del denunciato effetto dissuasivo. Infatti, nell’ipotesi di un reclamo basato sulla violazione di diritti riconducibile al sovraffollamento, il magistrato di sorveglianza potrebbe decidere, in alternativa al trasferimento, di sostituire la pena detentiva con una misura *extra moenia*, la quale limiterebbe, ma non confiscerebbe, la libertà personale del reclamante.

## **7. I tempi richiesti per la risposta giudiziale e per la concreta attuazione dei suoi contenuti.**

Anche se è stato affrontato sotto più profili il paragone tra l’art.803-8 *C. pr. pén.* e l’art. 35-*bis* ord. penit., non ci si è ancora soffermati su un punto particolarmente importante, vale a dire quello dei “tempi di attesa” del detenuto che fondatamente lamenta di essere sottoposto ad una detenzione *indigne* o, per quanto concerne il versante italiano, del detenuto che, in seguito al suo reclamo, ottenga dal magistrato di sorveglianza un giudizio a lui favorevole circa l’esistenza di un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei suoi diritti. Come è stato più volte sottolineato dalla Corte Edu<sup>54</sup>, è evidente che,

---

*risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in *archivioodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7 gennaio 2014, p. 6; NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 243; MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di Fiorentin, Torino, 2019, p. 318.

<sup>54</sup> Tra le altre, Corte Edu, 10 gennaio 2012, Ananyev e altri contro Russia, § 93-98; Corte Edu, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri contro Italia, § 97; Corte Edu, 27 gennaio 2015, Neshkov e altri contro Bulgaria, § 177-191.

solo in presenza di un meccanismo in grado di assicurare una decisione rapida del giudice competente, e di garantire altresì, altrettanto velocemente, una puntuale esecuzione del provvedimento con cui è stata accolta la doglianza del detenuto, è lecito parlare di ricorso effettivo.

Se questa è la premessa, è lecito sostenere che nessuno dei due rimedi di cui si è sin qui trattato ha un assetto soddisfacente. Quanto all'art.803-8 *C.pr.pén.*, se si calcola la somma risultante dal fittissimo reticolo di termini da esso previsti<sup>55</sup>, e pur ipotizzando che non vi sia stato appello né avverso il provvedimento giudiziale circa l'ammissibilità del ricorso, né nei confronti della pronuncia finale sul merito emessa dal giudice di primo grado, si perviene ad un totale di cinquanta giorni, ritenuto dai commentatori troppo lungo<sup>56</sup>.

Oltre alla critica già riportata in precedenza, vale a dire al lamentato effetto dissuasivo del ricorso *ex art. 803-8 C.pr.pén.*, la dottrina francese ha pertanto denunciato l'eccessiva durata del procedimento disciplinato da tale articolo – durata suscettibile di rendere inutile, perché tardivo, il provvedimento giudiziale favorevole al detenuto – e ha concluso che, anche sotto questo profilo, il rimedio introdotto dal legislatore non può dirsi effettivo<sup>57</sup>. Può essere opportuno chiarire, comunque, che nel caso del ricorso *ex art.803-8 C.pr.pén.* il problema dei tempi è solo quello relativo all'attesa della pronuncia giudiziale, e non anche quello concernente la più o meno tempestiva messa in esecuzione di tale pronuncia. Ciò è vero sia nel caso in cui il giudice opti per la scarcerazione dell'imputato o del condannato, sia nell'ipotesi in cui ordini il trasferimento del medesimo in un altro carcere, essendo improbabile una “resistenza” dell'amministrazione penitenziaria riguardo al provvedimento giudiziale.

Invece, nel caso del reclamo *ex art. 35-bis ord. penit.* la questione è più complessa. Un primo aspetto da evidenziare è quello relativo all'eccessiva

---

<sup>55</sup> Basti considerare che: *a)* entro 10 giorni, decorrenti dal deposito del ricorso nella cancelleria, il giudice deve pronunciarsi sulla sua ammissibilità; *b)* entro 10 giorni dalla notificazione del provvedimento sull'ammissibilità, il detenuto o, a seconda dei casi, il pubblico ministero sono legittimati a proporre appello; *c)* in un termine compreso tra 3 e 10 giorni, decorrenti dalla pronuncia del provvedimento con cui il ricorso è stato dichiarato ammissibile, il giudice compie o fa compiere le necessarie verifiche circa l'esistenza delle violazioni denunciate nel ricorso e acquisisce le relative osservazioni dell'amministrazione penitenziaria; *d)* entro 10 giorni, che hanno il medesimo *dies a quo* indicato alle lettera *c)*, il giudice comunica all'amministrazione penitenziaria i motivi che lo inducono a ritenere la detenzione subita dal ricorrente lesiva della sua dignità e le assegna un termine, ricompreso tra 10 giorni e un mese, per eliminare le patologie riscontrate; *e)* entro 10 giorni da quando ha ricevuto il resoconto dell'amministrazione penitenziaria, se ritiene che le ragioni della detenzione *indigne* persistono, provvede direttamente, optando per una delle tre soluzioni di cui si è parlato nel testo (v. *supra*, § 4.1.); *f)* entro 10 giorni dalla notificazione del provvedimento decisorio il ricorrente e il pubblico ministero possono proporre appello al presidente della *Chambre de l'instruction*, se si tratta di imputato, oppure al presidente della *Chambre de l'application des peines* se, se si tratta di condannato.

<sup>56</sup> PERIER, *Détention e conditions indignes: création d'un recours (in)effectif*, in *Revue de science criminelle*, 2021, p. 472.

<sup>57</sup> GARNERIE, *Conditions de vie en détention : la surpopulation carcérale impacte tout*, in *Gazette du Palais*, 29 giugno 2021, n° 24, p. 5, che riporta il parere del *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, secondo il quale ci si trova di fronte a «une procédure longue et dissuasive ne permettant pas de sanctionner de manière effective les conditions indignes de détention».



articolazione del procedimento destinato a consentire la cristallizzazione dell'ordinanza decisoria del magistrato di sorveglianza. Non si sta criticando la scelta di non avere previsto una molteplicità di termini acceleratori rigidamente concatenati, in conformità all'architettura privilegiata dal legislatore francese. Anzi, da questo punto di vista, il giudizio deve essere positivo, in quanto – anche senza considerare altre variabili come, ad esempio, il carico di lavoro del singolo magistrato di sorveglianza – solo il giudice è in grado di valutare la complessità della questione sottoposta al suo esame, nonché di stabilire, alla luce delle condizioni esistenti in un determinato istituto di pena, quale sia il termine più congruo da fissare affinché venga «po[sto] rimedio» alle criticità riscontrate.

Il vero passo falso è un altro, vale a dire l'aver previsto un giudizio di merito articolato in due gradi, con in più il giudizio di legittimità: infatti si è stabilito che l'ordinanza decisoria, sia “appellabile” ex art. 35-bis co. 4° ord. penit. davanti al tribunale di sorveglianza, e che contro il provvedimento di quest'ultimo possa essere proposto ricorso per cassazione per violazione di legge<sup>58</sup>. In tal modo, si sono create le premesse per un allungamento dei tempi, di cui il *vero beneficiario* non può che essere l'amministrazione penitenziaria risultata soccombente<sup>59</sup>. Ma quello che si è appena visto è un inconveniente che, in sé e per sé, produce effetti negativi circoscritti. La valutazione dell'inciampo del legislatore diventa necessariamente più severa nel constatare che esso comporta un'ulteriore e grave conseguenza, consistente nella posticipazione del momento in cui il detenuto può promuovere il giudizio di ottemperanza, il quale se, da un lato, garantisce la “esecuzione forzata” del provvedimento a lui favorevole, dall'altro, non può essere iniziato prima che il provvedimento del magistrato di sorveglianza non sia più «soggetto ad impugnazione» (art. 35-bis co. 5° ord. penit.)<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Nel testo del d.l. 146/2013 era previsto che nei confronti dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza fosse consentito solo il ricorso per cassazione per violazione di legge. La possibilità di devolvere tale provvedimento anche all'esame del tribunale di sorveglianza è stata introdotta dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati in sede di conversione del decreto-legge (cfr. il testo approvato il 3 febbraio 2014, in *Atti Camera. XVII legislatura, stamp. 1921-A/R*) ed è stata recepita dalla l. 10/2014. Per una critica a tale scelta, v., tra gli altri, BORTOLATO, *sub art.35-bis ord.penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, 6ª ed., Padova, 2019, p. 476; NATALI, *sub art. 35-bis ord. penit.*, in *L'esecuzione penale*, a cura di Fiorentin-Siracusano, Milano, 2019, p.465. Sempre in tema di impugnazione dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza, va ricordato che la “Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario”, istituita con d.m. 19 luglio 2017 (Commissione Giostra), aveva proposto di abrogare il co. 4-bis dell'art. 35-bis ord. penit. e, in compenso, di consentire il ricorso per cassazione per tutti i motivi previsti dall'art.606 c.p.p. (per il testo licenziato da tale Commissione, cfr. *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018).

<sup>59</sup> Per una sottolineatura, tra gli altri, VICOLI, *La fase d'impugnazione*, in *La tutela preventiva*, cit., p. 277.

<sup>60</sup> La consapevolezza di questa grave incongruenza emerge dalla proposta ([Sistemapenale.it](http://Sistemapenale.it), 11 gennaio 2022) della “Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario” (Commissione Ruotolo), istituita con d.m. 13 settembre 2021, nella quale si suggerisce di eliminare il vigente collegamento tra il «provvedimento non più soggetto ad impugnazione» e la richiesta di ottemperanza, consentendo che l'ottemperanza venga richiesta «al magistrato o al tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento che impone all'amministrazione di porre rimedio».

Insomma, a causa della perseveranza della controparte, il risultato concreto a cui aspira il detenuto reclamante può farsi attendere per un lungo periodo di tempo. Non stupisce, pertanto, che la stessa critica che i commentatori francesi hanno formulato con riferimento all'eccessiva durata del procedimento *ex art. 803-8 C.pr.pén.*, sia stata espressa – e a maggior ragione – nei confronti dell'art. 35-*bis* ord. penit. da una parte della dottrina italiana, secondo la quale il reclamo giurisdizionale dal medesimo disciplinato non può essere considerato un rimedio effettivo<sup>61</sup>.

## 8. Un bilancio conclusivo: la bilaterale inosservanza dei moniti della Corte europea in tema di “ricorso effettivo” e di sovraffollamento carcerario.

A questo punto si possono formulare talune considerazioni conclusive, con la precisazione che esse vengono svolte assumendo come stella polare la giurisprudenza della Corte Edu, scelta, questa, nient'affatto arbitraria se si tiene presente che gli interventi del legislatore italiano e di quello transalpino qui esaminati hanno avuto una medesima genesi direttamente collegata, per l'appunto, alle decisioni dei giudici di Strasburgo.

Sia dalla regolamentazione del reclamo *ex art. 35-bis* ord. penit., sia da quella del ricorso previsto dall'art. 803-8 *C.pr.pèn* emerge una carente sintonia rispetto alle richieste del giudice europeo. Per quanto concerne quest'ultima disposizione, i rilievi critici riguardano anzitutto il suo ridotto ambito di operatività, limitato alle patologie della carcerazione che incidono sulla dignità del detenuto, con la conseguenza che nel caso di altre violazioni l'unica possibilità offerta dall'ordinamento rimane l'utilizzazione dell'insoddisfacente *R-L* di cui all' art. L 521-2 *CJA*. D'altra parte, nell'art. 35-*bis* ord. penit. – come pure in altre disposizioni contenute nella legge penitenziaria o nel codice penale – non è prevista la possibilità di scarcerare il detenuto che sia sottoposto, a causa del sovraffollamento, ad una detenzione *indigne*. L'art. 803-8 *C.pr.pèn*. invece la contempla, anche se la maggiore incisività che caratterizza, sotto questo profilo, tale disposizione è più apparente che reale, in quanto dalla sua formulazione emerge chiaramente che l'opzione privilegiata è non già la scarcerazione del ricorrente, ma il suo trasferimento in un altro istituto<sup>62</sup>.

A prescindere da queste sfasature, c'è una carenza che caratterizza entrambe le disposizioni prese in esame, e che risulta stigmatizzata in più pronunce dalla Corte Edu. Affinché il rimedio messo a disposizione del detenuto possa essere considerato effettivo non è sufficiente la presenza di un organismo in grado di assumere una decisione favorevole al ricorrente una volta ritenuta fondata la sua richiesta, ma è indispensabile che il legislatore abbia disciplinato il rimedio in modo tale da consentire che la decisione emessa trovi una rapida esecuzione, onde impedire che, intervenendo quest'ultima troppo tardi, siano venuti meno nel frattempo i presupposti per l'azione

<sup>61</sup> MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., p. 308; NATALI, *Il reclamo giurisdizionale*, cit., p. 279.

<sup>62</sup> MOUCHETTE, *Une voie de recours dédiée aux conditions indignes de détention*, cit., p. 123.

riparatrice invocata dall'interessato nella sua richiesta. Invece, come si è visto, per pervenire alla pronuncia di cui all'art. 803-8 *C.pr.pèn.* occorrono, nella migliore delle ipotesi, circa due mesi e, per quanto riguarda il reclamo disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit., qualora l'amministrazione assuma una posizione di resistenza, l'avvio e la conclusione del giudizio di ottemperanza implicano termini non quantificabili *a priori*, ma sicuramente di ampiezza ancora maggiore.

Una volta evidenziati questi profili di difformità rispetto alle indicazioni della giurisprudenza europea, il discorso sui rimedi preventivi offerti ai detenuti nell'ordinamento francese e in quello italiano può considerarsi concluso, anche se è rimasto sin qui in ombra il tema del sovraffollamento, che non è così distante dall'argomento trattato come forse si potrebbe ritenere. Può essere il caso di ricordare che sia nella sentenza Torreggiani contro Italia, sia in quella J.M.B. contro Francia la questione dei rimedi preventivi da garantire al detenuto ha trovato il suo punto di emersione nella trattazione di ricorsi che avevano alla loro origine situazioni di marcato sovraffollamento. Pertanto se, come si dirà tra breve, si ritengono sussistenti i presupposti per un nuovo intervento della Corte Edu motivato dall'eccesso di popolazione detenuta, è assai probabile che sia proprio quella la circostanza in cui la medesima sottoponga al proprio esame anche la configurazione dei rimedi preventivi conosciuti su suo impulso, mettendo a fuoco le loro inadeguatezze.

Non è quindi un fuor d'opera soffermarsi sulla questione del sovraffollamento, a proposito della quale è facile constatare che i moniti rivolti dal giudice europeo al legislatore italiano e a quello francese hanno trovato ascoltatori tutt'altro che attenti. Per convincersene sono sufficienti due schematici quadri riassuntivi di ciò che è accaduto negli ultimi anni: per quanto riguarda l'Italia, in base ai dati statistici forniti dal ministero della giustizia, un marcato effetto deflattivo è ascrivibile alla legislazione post-Torreggiani (dai 66.000 detenuti del 2013 si è passati, nel giro di due anni, alle 53.000 presenze); dopo di che si è verificata una forte risalita fino al 2020, con un tetto di oltre 60.000 detenuti; quindi una nuova diminuzione, determinata dagli interventi diretti a contenere i contagi da Covid<sup>63</sup>, con l'abbassamento a 53.000 detenuti alla fine del 2020; infine, nel periodo più recente, è riemersa una chiara tendenza al rialzo (oltre 54.500 detenuti nell'aprile del 2022). Abbastanza simile è l'andamento della popolazione ristretta nell'apparato carcerario francese: i circa 70.000 detenuti presenti all'inizio del 2020 – allorché è intervenuta la sentenza J.M.B. contro Francia – sono drasticamente diminuiti in seguito alle scarcerazioni anticipate riconducibili ai provvedimenti antipandemici assunti nel marzo 2020 (58.000 presenze nel giugno dello stesso anno)<sup>64</sup>, ma nell'aprile dell'anno in corso si è ritornati al numero di oltre 71.000 detenuti presenti<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Per una sintesi delle iniziative assunte per contenere il contagio, LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in AIC, 7 aprile 2020; MANCA, *Ostatività, emergenza sanitaria e Covid-19. Prime applicazioni pratiche*, in *giurisprudenzapenale.web*, 14 aprile 2020; PAVARIN, *Coronavirus e carcere*, in *giustiziainsieme.it*, 12 marzo 2020.

<sup>64</sup> In particolare, cfr. l'art. 21 e seguenti dell'*ordonnance* n° 2020-303 del 25 marzo 2020 «*portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à*

Dalla comparazione dei dati statistici emergono anche in questo caso i presupposti per un abbinamento tra la situazione italiana e quella francese. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la diminuzione del numero dei detenuti non è dipesa da interventi di carattere strutturale, ma da avvenimenti esterni, e tutto sommato casuali, come è accaduto, ad esempio, quando si è avvertita la necessità di provvedimenti finalizzati a diminuire le presenze in carcere per limitare gli effetti della pandemia. Un simile atteggiamento di sostanziale inerzia ha impedito di stabilizzare su livelli adeguati il numero delle presenze in carcere e ha rappresentato un mancato adeguamento alle indicazioni fornite dalla Corte Edu, che si è chiaramente espressa a favore di interventi sistematici in grado, con continuità, di ridurre gli ingressi in carcere e di favorire al massimo la fuoriuscita delle persone detenute.

Tirando le somme si può quindi sostenere che le direttive contenute, per un verso, nella sentenza Torreggiani contro Italia e, per un altro verso, in quella J.M.B contro Francia non sono state adeguatamente recepite né per quanto concerne la configurazione di un funzionale rimedio preventivo, idoneo a tutelare il detenuto dagli eccessi di potere dell'amministrazione penitenziaria, né per quanto riguarda le iniziative da assumere al fine di non violare in nessun caso il divieto di addensare *intra moenia* più detenuti dei posti *effettivamente* disponibili nell'apparato carcerario. Conseguentemente non è azzardato ipotizzare che i giudici di Strasburgo siano chiamati nuovamente a verificare quanto siano in regola le carte dei due Stati in precedenza condannati. Nel formulare tale ipotesi, si potrebbe discutere del fatto che, nel loro insieme, le inadempienze del legislatore francese sono forse più gravi di quelle del legislatore italiano. Senonché, trattandosi comunque di un giudizio di insufficienza riguardante entrambi, la distinzione è da ritenere improduttiva, se non addirittura fuorviante.

---

*l'épidémie de covid-19».*

<sup>65</sup> Per questi dati, cfr. [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr) e, più precisamente, *le chiffre clés de l'administration pénitentiaire*. Per uno sguardo d'insieme sugli effetti della pandemia all'interno delle strutture carcerarie, *La prison à l'épreuve du coronavirus*, in *Dedans Dehors*, 2020, n.107, nonché il *Numéro spécial Covid-19 di Actualité juridique pénal*, 2020, n° 4.