

CARLO FIORIO

Straordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo

Prison Law and European Court of Human Rights

La l. 21 febbraio 2014, n. 10 costituisce l'ultimo tassello di un mosaico inaugurato nel 2010, dopo la prima condanna per "sovraffollamento" inflitta dalla Corte di Strasburgo al nostro Paese. È presto per dire se i reiterati interventi "svuotacarceri" saranno valutati dalla Corte europea come interventi strutturali, anche se i dati ufficiali evidenziano un significativo calo di presenze.

L. 21st February 2014, n. 10 is the last piece of a mosaic started in 2010, after the first conviction for "overcrowding" imposed by the ECHR. to Italy. It's too early to say whether the repeated interventions "in order to empty jails" will be assessed by the European Court as structural interventions, although the official data are showing positive results.

IL CONTESTO E LE LINEE DI TENDENZA

A poche settimane dal *redde rationem* imposto all'Italia dalla Corte di Strasburgo nella celeberrima vicenda "Torreggiani"¹, non è agevole redigere un

bilancio delle cause del sovraffollamento carcerario, al "netto" degli interventi operati nel corso degli ultimi anni dal legislatore.

Dopo un decennio di legislazione "carcerocentrica"², non mitigata dal c.d. indultino

¹ Cfr. Corte e.d.u., sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, che ha imposto al nostro Paese di procedere, secondo lo schema delle c.d. "sentenze-pilota", all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla violazione dell'art. 3 C.e.d.u. entro il prossimo 28 maggio 2014, data dalla quale la Corte europea deciderà se decidere i ricordi *medio tempore* presentati, ovvero dichiararli irricevibili o cancellarli dal ruolo. A margine della decisione cfr., volendo, Fiorio, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, *Antigone* 2012, n. 3, 146; nonché Fiorentin, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, *www.penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio 2013; Id., *Carceri italiane: tutela risarcitoria entro un anno per le vittime del sovraffollamento delle prigioni*, *Guida dir.*, 2013, n. 7, 75 ss.; Passione, *Dall'affaire Sulejmanovic all'affaire Torreggiani e altri: dal diritto violato al diritto negato*, *Antigone* 2012, n. 3; Rimoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, *Giur. it.* 2013, 1188; Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, *Cass. pen.* 2013, 11 ss.; Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi*

strutturali entro il termine di un anno, *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; Volino, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, *ivi*, 26 marzo 2013; Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, *Quaderni cost.*, 2013, 161 ss; Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, *www.federalismi.it*, 17 maggio del 2013.

² Ad eccezione del regolamento di esecuzione penitenziaria (d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230) e delle due leggi sulle detenute madri (l. 8 marzo 2001, n. 40 e l. 21 aprile 2011, n. 62), gli interventi legislativi del decennio 2000-2010 hanno vanificato le riforme consacrate nella legge Gozzini: cfr. la l. 23 dicembre 2002, n. 279, che ha definitivamente "stabilizzato" gli artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.; la l. 5 dicembre 2005, n. 251, la quale, oltre a configurare la recidiva quale "moltiplicatore" penitenziario, ha modificato l'art. 656, comma 9, c.p.p.; la l. 24 luglio 2008, n. 125, implementando le eccezioni alla sospensione dell'ordine di

del 2003 (legge 1° agosto 2003 n. 207) né dall'indulto del 2006 (l. 31 luglio 2006 n. 241)³, la Corte di Strasburgo ha condannato a più riprese l'Italia, ravvisando nell'indegna situazione penitenziaria⁴ la violazione dell'art. 3 CEDU⁵ ed imponendo al nostro Paese di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, entro il termine di un anno dalla definitività della sentenza.

Sul versante interno, sia il Capo dello Stato⁶, sia la Corte costituzionale (sent. n. 279 del 2013⁷) hanno

esecuzione; la l. 23 aprile 2009 n. 38, che ha esteso considerevolmente l'ambito operativo degli artt. 275, comma 3, c.p.p. e 4-bis ord. penit., confermando il ventennale processo di progressiva osmosi tra custodia cautelare e detenzione esecutiva; infine, la l. 24 luglio 2009, n. 94, che ha modificato in senso ancor più restrittivo l'art. 41-bis ord. penit.

³ Secondo i dati ufficiali, al 31 agosto 2006 la popolazione penitenziaria era diminuita sino a 38.000 unità, per poi risalire, nel giugno 2009 a quota 63.000 e superare le 65.000 unità a metà gennaio 2010 e le 68.000 unità a giugno dello stesso anno.

⁴ Situazione che ha indotto il Governo a dichiarare, il 13 gennaio del 2010 (e a prorogare l'11 gennaio 2011), lo «stato di emergenza nazionale delle carceri italiane», al fine di poter completare gli interventi finalizzati all'ampliamento degli istituti di pena e al miglioramento delle condizioni di detenzione, anche in deroga alla contrattualistica pubblica.

⁵ V. già Corte e.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, a margine della quale cfr. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, *Questione giustizia*, 2009, 111; Castellaneta, *Riconosciuto il risarcimento del danno al detenuto se nella cella sovraffollata manca lo spazio vitale*, *Guida dir.*, 2009, n. 36, 90; Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, *Cass. pen.*, 2009, 4938; Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, *ibidem*, 4928; nonché, più di recente, la già ricordata sentenza pilota Torreggiani c. Italia.

⁶ V. il messaggio del Presidente Napolitano alle Camere dell'8 ottobre 2013, con il quale il Capo dello Stato individuava, quali possibili aree di intervento, l'introduzione di meccanismi di *probation*; l'introduzione di pene non detentive; la riduzione dell'area applicativa della custodia cautelare in carcere; l'implementazione degli istituti diretti a garantire che i detenuti stranieri possano espiare la pena inflitta in Italia nei loro Paesi di origine; l'attenuazione della recidiva quale presupposto ostativo per l'ammissione dei condannati alle misure alternative alla detenzione; una incisiva depenalizzazione; l'aumento della ricettività del sistema penitenziario (sul punto cfr. Fiorentin, *Senza riforme strutturali al nostro sistema penale l'Italia resta nella posizione di "sorvegliata speciale"*, *Guida dir.*, 2013, n. 43, 14 ss.

⁷ A margine della quale v. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale* (sent. n. 279/2013), *Consulta Online*, 2014; Nardocci, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, *Rivista telematica AIC*, 21 marzo 2014; Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; nonché, già, Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *ivi*, 13 dicembre 2013.

ammonito il legislatore affinché non tardi a porre mano alle riforme necessarie, al fine di approntare un sistema rispettoso del dettato costituzionale e sovranazionale sulla funzione rieducativa della pena e sui diritti e la dignità della persona.

La legge n. 10 del 2014 completa, per il momento, un variegato mosaico legislativo inaugurato nel 2010, le cui tessere (spesso ottimisticamente denominate "svuotacarceri") ridisegnano il sistema penitenziario alla luce delle necessità indotte dalla giurisprudenza di Strasburgo, senza, tuttavia, restituire l'originaria coerenza degli istituti, troppe volte piegati ad esigenze eterogenee.

In via di estrema sintesi, le linee guida perseguite a livello legislativo nel corso degli ultimi anni si sono sostanzialmente articolate su tre fronti: il primo, volto a potenziare l'edilizia penitenziaria (c.d. piano carceri)⁸; il secondo, satisfattivo delle esigenze deflative anche attraverso il progressivo ricorso a forme di carcerazione "domestica"⁹ ed al potenziamento dei benefici penitenziari e delle alternative alla detenzione; l'ultimo, tendente a diminuire gli ingressi in carcere, attraverso la progressiva (ma non definitiva) sconfezione della legge n. 251 del 2005¹⁰.

In prospettiva diversificata, sul piano dell'adozione di rimedi, preventivi e compensativi, vigorosamente raccomandata dalla giurisprudenza europea, il più recente legislatore ha finalmente introdotto la figura del «reclamo giurisdizionalizzato», ponendo fine alla quindicinale situazione di

⁸ Trattasi di un programma di interventi proposto dal commissario delegato per il superamento della situazione conseguente al sovrappopolamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, la cui realizzazione è affidata allo stesso commissario a ciò delegato con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri. Cfr. già l'art. 44-bis d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. con mod. dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14; nonché l'art. 17 d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, conv. con mod. dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14, che ha previsto la nomina di un apposito commissario straordinario, avvenuta grazie al d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (conv. dalla legge n. 94 del 2013), che ne ha rafforzato ulteriormente i poteri. Sui "quattro pilastri" che compongono il piano carceri, v. Aa.Vv., *Rapporto sui diritti globali 2010. Crisi di sistema e alternative*, Roma, 2010, 495 ss.

⁹ Il riferimento corre alla legge n. 199 del 2010 (relativamente alla quale v. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 5; Degl'Innocenti-Faldi, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, *Cass. pen.*, 2011, 2816; Fiorio, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, *Giur. di Merito*, 2011, 1204; Turchetti, *Legge "svuotacarceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1787) ed alla legge n. 9 del 2012 (di conversione del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211), a margine della quale cfr., volendo, Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 410.

¹⁰ V. il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con mod. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, sul quale v. Fiorio, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 1136 ss.

“supplenza”, resasi necessaria a seguito di C. cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

IL D.L. N. 146 DEL 2013 E LE RICADUTE SUL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

Nel dichiarato intento «di ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario», altresì rafforzando «la tutela dei diritti delle persone detenute», il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 14, n. 10, ha inciso in modo considerevole sulle dinamiche esecutive e penitenziarie, al fine di assicurare quel sistema di rimedi (preventivi e compensativi) “minacciosamente” richiesti dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo.

Recependo molte delle soluzioni elaborate dapprima nell’ambito della Commissione Mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza (c.d. Commissione Mista)¹¹, poi in seno alla Commissione di Studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (c.d. Commissione Giostra)¹², il provvedimento legislativo evidenzia una duplice linea d’azione: da un lato, infatti, esso appronta taluni interventi deflativi, volti, per un verso, a contenere il flusso dei detenuti in entrata, aumentando, per altro verso, quello in uscita. In prospettiva diversificata, invece, esso tende a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti, come espressamente richiesto dai giudici di Strasburgo.

Accanto a tali, improcrastinabili modifiche, si collocano alcuni rilevanti interventi sul sistema penitenziario, volti a restituirne maggiore efficienza: trattasi, in particolare, della semplificazione di alcune materie devolute alla cognizione della magistratura di sorveglianza, oltre che della proroga a tutto il 2013 dei crediti di imposta, benefici e sgravi fiscali, riconosciuti ai datori di lavoro che assumono persone detenute o internate.

LE MISURE DEFLATIVE: GLI INTERVENTI SULLA DISCIPLINA DEGLI STUPEFACENTI

Il decreto-legge è, innanzi tutto, intervenuto sull’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, configurando a guisa di ipotesi autonoma¹³, punita con una più lie-

ve pena¹⁴, la fattispecie circostanziale contemplata dal comma 5¹⁵.

Attraverso tale modificazione il legislatore ha inteso “neutralizzare” le limitazioni che la legge n. 251 del 2005 aveva apposto all’esercizio del potere discrezionale del giudice in caso di recidiva reiterata. Detto altrimenti, nel prevedere un’autonoma ipotesi di reato, si è voluto escludere, per il futuro, che il fatto di “lieve entità” possa rientrare, al pari delle altre circostanze, nel giudizio di comparazione di cui all’art. 69 c.p., estremamente irrigidito dalla normativa emergenziale del 2005¹⁶. Nondimeno, non va trascurato come, anche alla luce della novella, permanga un’amplissima discrezionalità del giudice nella qualificazione di un reato in materia di stupefacenti come di “fatto di lieve entità”, che può, in concreto, determinare le più rilevanti conseguenze in tema di trattamento sanzionatorio¹⁷.

Importanti, inoltre, le “ricadute” processuali: da un lato, il trattamento sanzionatorio delineato dal “nuovo” art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, trasforma l’arresto da obbligatorio in facoltativo, indubbiamente attenuando il fenomeno delle cc.dd. porte girevoli, in parte già arginato dalle modificazioni apportate con la legge n. 9 del 2012. Dall’altro lato, la configurazione della fattispecie quale reato autonomo influirà certamente sulla individuazione dei termini di durata massima dell’eventuale custodia cautelare. Infine, gli effetti più evidenti della novella si avranno in materia di prescrizione, ridotta a sette anni e mezzo, laddove – nell’assetto previgente – l’irrelevanza delle circostanze attenuanti (anche ad effetto speciale), sulla durata dei termini prescrizione rendeva di fatto imprescrittibili anche i reati – di assai modesto allarme sociale – di detenzione illecita o piccolo spaccio di stupefacente¹⁸.

¹⁴ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 33, come la rimodulazione del trattamento sanzionatorio intende consentire il triplice obiettivo di consentire «un uso più calibrato delle soluzioni cautelari, evitando l’arresto obbligatorio in flagranza; [...] l’applicazione di una pena in concreto “ragionevole” rispetto all’effettiva lesione del bene giuridico inciso; [...] l’accesso dei condannati tossicodipendenti alle misure alternative “terapeutiche” previste dal medesimo t.u. stup. (artt. 90 e 94, d.p.r. 309/1990), contribuendo a deflazionare l’eccessivo numero di detenuti negli istituti penitenziari» (al 31 dicembre 2013, il 36,8% del totale).

¹⁵ Al fine di garantire la necessaria coerenza interna, la legge di conversione è intervenuta sul testo dell’art. 380, comma 2, lett. h) c.p.p., operando riferimento ai «delitti» e non più alla «circonstanza» di cui al comma 5 dell’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990.

¹⁶ In questo senso Amato, *La trasformazione in reato del fatto di lieve entità tra norma “svuota carceri” e Corte costituzionale*, *Guida dir.*, 2014, n. 12, 27.

¹⁷ Così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 31.

¹⁸ Così, ancora, Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 35.

¹¹ V. la *Relazione*, *www.penalecontemporaneo.it*, 7 dicembre 2012.

¹² Cfr. il *Documento conclusivo* dei lavori della Commissione, *www.penale contemporaneo.it*, 20 dicembre 2013.

¹³ V. Amato, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, *Guida dir.*, 2014, n. 4, 38; nonché, per la giurisprudenza, Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, Cassanelli, *www.penale contemporaneo.it*, 1° aprile 2014; Id., sez. IV, 28 febbraio 2014, Spampinato, *ivi*, 1° aprile 2014; Id., sez. IV, 28 febbraio 2014, Verderamo, *ivi*, 9 marzo 2014.

Nelle more della conversione in legge del provvedimento d'urgenza, la Corte costituzionale (sent. n. 32 del 2014) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con mod. dall'art. 1, comma 1, l. 21 febbraio 2006, n. 49¹⁹. La citata decisione ha prodotto la reviviscenza della legge Jervolino-Vassalli, che, con riferimento all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, stabilisce, rispettivamente, la pena detentiva della reclusione da uno a sei anni (se il "fatto di lieve entità" ha per oggetto le c.d. droghe pesanti) ovvero da sei mesi a quattro anni (se il "fatto di lieve entità" riguarda, invece, le c.d. droghe leggere).

Il delitto di nuovo conio, inserito dal d.l. n. 146 del 2013, non distinguendo tra tipologie di sostanze e limitandosi ad diminuire il massimo edittale (da sei a cinque anni), evidenzia taluni profili di dubbia costituzionalità laddove, riferendosi al previgente assetto sanzionatorio, non propone una differente regolamentazione della disciplina dei «fatti di lieve entità», diversificata in ragione delle tipologie droganti. Onde evitare che la Corte costituzionale sia ancora chiamata a pronunciarsi in ordine all'applicabilità della novella alle droghe leggere (posto che il vigente comma 5 fissa un massimo edittale più favorevole solo per quelle pesanti), il Governo ha presentato un emendamento al d.l. 20 marzo 2014, n. 36, in attesa di conversione, volto a prevedere, per i fatti «di lieve entità», la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

Sempre in riferimento alla normativa in ambito di stupefacenti, nel tentativo di rilanciare l'affidamento c.d. terapeutico (art. 94 del d.p.r. n. 309 del 1990), il decreto-legge (art. 2, comma 1, lett. b) ha soppresso la preclusione della terza concessione della misura terapeutica al condannato nei cui confronti il beneficio fosse già stato concesso due volte. Detto limite, in particolare, è apparso inappropriato in ragione della peculiarità della condizione dei soggetti tossico od alcool dipendenti, i quali, molto spesso, sono esposti al rischio di ricadute. Tale intervento, oltre ad incentivare l'accesso dei detenuti tossicodipendenti all'affidamento in prova in casi particolari, consentirà anche la riproposizione di istanze da parte di chi, alla data del 24 dicembre 2013, avesse già beneficiato per due volte della misura alternativa.

¹⁹ Sugli inevitabili problemi interpretativi, v. Della Bella-Viganò, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, www.penalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2014; Id., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, *ivi*, 27 febbraio 2014.

(Segue): *l'ampliamento delle alternative alla detenzione*

Anche i presupposti oggettivi dell'affidamento in prova "ordinario" (art. 47 ord. penit.) hanno subito una decisa dilatazione, elevandosi a quattro anni di detenzione il limite di pena, anche residua, per la concessione della misura alternativa, nelle ipotesi in cui il condannato «abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire» una positiva prognosi rieducativa²⁰. Il maggior limite di pena, peraltro, riguarda esclusivamente i condannati detenuti in carcere, essendo rimasto invariato il limite di tre anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p.²¹.

Condivisibile è la modificazione del farraginoso sistema delineato dall'art. 47, comma 4, ord. penit. (e dalle norme che ad esso operano rinvio: art. 50, comma 6, ord. penit; artt. 91, comma 4, e 94, comma 2, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309). La novella (art. 3, comma 2, lett. d), d.l. n. 146 del 2013) ha, infatti, radicato nell'organo collegiale di sorveglianza la competenza a provvedere sull'istanza di affidamento in prova, affiancando ad essa un intervento "cautelare" del magistrato di sorveglianza, il quale, alle condizioni sopra descritte, può disporre la liberazione del condannato, ma anche l'applicazione provvisoria della misura (corredata dalle prescrizioni ad essa coesenziali).

Un'ulteriore innovazione di rilievo nella disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale riguarda il regime delle deroghe temporanee alle prescrizioni, che l'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n. 146 del 2013, affida, per i casi di urgenza, al «direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione di cui al comma 10». Trattasi della codificazione di una "buona prassi" evidenziata nella già ricordata *Relazione* della Commissione Mista e già sperimentata presso alcuni uffici di sorveglianza per i casi di urgenza concernenti determinati bisogni dei

²⁰ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 55, trattarsi di «una condizione che finisce per coincidere *in toto* con quella prognosi di concreta efficacia rieducativa e di idoneità preventiva del beneficio che il giudice di sorveglianza è tenuto a compiere con riferimento alla concedibilità stessa, nel merito, della misura in questione».

²¹ Peraltro elevato la scorsa estate (d.l. n. 78 del 2013) a quattro anni per la detenzione domiciliare c.d. "umanitaria". Sottolinea, a tal proposito, «un'ingiustificata disparità di trattamento», Gaspari, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, *Guida dir.*, 2014, n. 4, 36.

soggetti affidati, quali, ad esempio, le esigenze di salute o di giustizia.

(Segue): la “stabilizzazione” dell’esecuzione della pena presso il domicilio

Il provvedimento d’urgenza (art. 5), convertito senza alcuna modificazione *in parte qua*, ha abrogato il primo periodo dell’art. 1 della legge n. 199 del 2010, che limitava temporalmente l’efficacia della disposizione che consente di scontare presso il domicilio la pena detentiva (anche se parte residua) non superiore a 18 mesi.

Nel prevedere la soppressione del periodo «[f]ino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013», la novella ha stabilizzato all’interno del sistema penitenziario la misura «a tempo» introdotta nel 2010, mediante la quale, tra l’altro, è stato *bypassato* il divieto di concessione della detenzione domiciliare “biennale” (art. 47-ter, comma 1-bis, ord. penit.) ai condannati recidivi reiterati. A seguito dell’abrogazione di tale, ultima norma per effetto del d.l. n. 78 del 2013, il legislatore ne ha reputata opportuna la stabilizzazione, anche a fronte delle potenzialità deflative evidenziate.

(Segue): le modifiche in tema di “braccialetto” elettronico

Nonostante la vivacità del dibattito sull’estensione dell’operatività del c.d. braccialetto elettronico²², attraverso la previsione della sua applicabilità a tutte le misure cautelari diverse dalla custodia carceraria²³, ovvero, addirittura, mediante la costruzione del “domicilio elettronico” quale misura cautelare

²² Trattasi, in realtà di una cavigliera dotata di un rilevatore in grado di monitorare gli spostamenti del soggetto cui essa è applicata. Le caratteristiche del dispositivo sono state individuate dal decreto del ministro dell’interno del 2 febbraio 2001.

²³ Cfr. l’art. 275-bis c.p.p. nella formulazione proposta dalla Commissione Giostra, *Documento conclusivo*, cit., 61-62, funzionale all’ampliamento del «ventaglio di possibili soluzioni adottabili dal giudice della cautela, in modo da consentire a quest’ultimo di adeguare alle peculiarità del caso concreto il tipo di intervento, nel rispetto dei principi della “gradualità” e del “minimo sacrificio necessario”, sanciti dalla Carta fondamentale in tema di limitazioni della libertà personale». Va dato comunque atto che, a seguito delle interpolazioni operate dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 (di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93), l’art. 282-bis, comma 6, c.p.p. prevede, per taluni gravi delitti ed «anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall’articolo 280» c.p.p., l’applicabilità del braccialetto elettronico per la persona sottoposta alla misura cautelare dell’allontanamento dalla casa familiare.

autonoma, soprattutto in relazione alle ipotesi di mancanza ovvero inidoneità di strutture abitative, il decreto-legge ha optato per una soluzione estremamente *soft*, imponendolo quale soluzione pressoché obbligatoria per la sola ipotesi di arresti domiciliari.

La nuova formulazione dell’art. 275-bis, comma 1, primo periodo, c.p.p., nel prevedere che il giudice, nel disporre la misura degli arresti domiciliari «prescriv[er]a procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» «salvo che le ritenga non necessarie», evidenzia, infatti, una precisa *voluntas legis* diretta a contemplare il monitoraggio elettronico quale soluzione pressoché obbligatoria, salvo – ovviamente – il mancato consenso della persona ad esso sottoposta²⁴, onerando, per converso il giudice a motivare l’eventuale scelta contraria.

La *ratio* della novella, inequivocabilmente finalizzata ad un’inversione di rotta in ordine al sottoutilizzo dei “braccialetti” elettronici, è stata perseguita attraverso l’inversione dell’onere motivazionale. In altri termini, la modificazione sintattica operata sul testo dell’art. 275-bis c.p.p. imporrà, *pro futuro*, che gli strumenti elettronici di controllo costituiranno la regola e il giudice dovrà prescriverli salvo che ne escluda la necessità.

Al contrario, con riferimento alla fase esecutiva, l’utilizzabilità del braccialetto è stata potenziata ed affrancata da qualsivoglia inversione dell’onere motivazionale, prevenendosene l’operatività in tutti i casi di detenzione domiciliare (artt. 47-ter, 47-quinquies ord. penit.; art. 1, comma 8, della legge n. 199 del 2010)²⁵.

È da ritenere che la novella, anche alla luce del processo riformatore avviato in materia di misure cautelari²⁶, favorirà un più ampio ricorso alle misure non detentive²⁷.

(Segue): la liberazione anticipata speciale

Nondimeno, l’innovazione di maggior rilievo destinata ad incidere sui flussi in uscita dal circuito carcerario, è stata l’istituzione della liberazione anticipata

²⁴ Cfr. l’art. 23, comma 5, d.p.r. n. 230 del 2000, che prevede che, nel c.d. “colloquio di primo ingresso”, venga richiesto al detenuto “nuovo giunto” in istituto il consenso all’eventuale utilizzo delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di cui all’art. 275-bis, c.p.p.

²⁵ V. l’art. 58-quinquies ord. penit.; nonché la correlata abrogazione dell’art. 47-ter, comma 4-bis, ord. penit.

²⁶ Cfr. la p.d.l. C 631-B, nel testo modificato dal Senato della Repubblica il 2 aprile 2014.

²⁷ In ordine alla portata dell’intervento, v. Fiorentin, *Con il nuovo svincolo carceri 3mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai domiciliari*, Guida dir., 2014, n. 3, 18 ss.; Gaspari, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, cit., 34.

speciale, benefico "a termine"²⁸, in forza del quale, per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del d.l., la detrazione di pena concedibile ai sensi dell'art. 54 ord. penit. sarà pari a settantacinque giorni (invece che a quarantacinque) per ogni singolo semestre di pena scontata.

Al fine di incrementarne l'impatto deflativo, la legge prevede che il periodo valutabile ai fini *de quibus* decorra dal 1° gennaio 2010²⁹, precisandosi che la maggiore detrazione di trenta giorni venga accordata solo a condizione che il condannato, successivamente alla concessione del beneficio, abbia continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

Esclusi dall'operatività della novella sono i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit.³⁰, nonché coloro che siano stati ammessi all'affida-

mento in prova e alla detenzione domiciliare (relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative), né ai condannati che siano stati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari *ex art. 656, comma 10, c.p.p.*³¹.

(Segue): *l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato*

Sempre in un'ottica "decongestionante", infine, è stata ampliata l'espulsione come misura alternativa al carcere (art. 16 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)³², accompagnata dalla previsione di procedure maggiormente "agili" in tema di identificazione dello straniero.

Sotto il primo profilo, è fatto divieto di disporre l'espulsione: *a*) per i delitti previsti dall'art. 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter del d.lgs. 286/1998, per i quali è stabilita la pena detentiva superiore nel massimo a due anni. Trattasi delle condotte di chi promuove, dirige, organizza, finanzia od effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato; ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente; *b*) per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera *a*) c.p.p., fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p.

Sempre ai sensi dell'art. 16, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espia la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono. Siffatta soluzione, favorevole al c.d. scioglimento del cumulo, pone fine al dibattito che vedeva la giurisprudenza schierata su due fronti contrapposti.

Con riferimento al secondo profilo, concernente le procedure di identificazione dei condannati stranieri e dell'introduzione di più razionali procedure di esecuzione della misura, viene previsto che, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario si attivi immediatamente, richiedendo al Questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Quest'ultimo, interessate le competenti auto-

²⁸ Il beneficio, che può estendersi (art. 4, commi 1 e 3, del d.l. n. 146 del 2013) – per un totale di oltre sei anni (dal 1° luglio 2009 al 23 dicembre 2015), «potrà arrivare a ridurre la pena di un soggetto condannato di 975 giorni (corrispondenti a 75 gg. di "sconto" per 13 semestri di pena espia). Evidente, quindi, il carattere progressivo della misura, nel senso che essa esplicherà un maggiore effetto sulle pene di più lunga durata, finendo – paradossalmente – per "premiare" maggiormente i condannati con una condanna più grave e, per tale ragione, quelli potenzialmente più pericolosi socialmente» (così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri* (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), cit., 65).

²⁹ Ne ravvisa una finalità «*lato sensu* risarcitoria, atteso che il beneficio speciale in esame sembra voler rappresentare una sorta di "rimedio compensativo" accordato a quei detenuti che, a partire dal 1° gennaio 2010, si sono trovati ad espia la propria condanna in una situazione detentiva entrata in una crisi strutturale sotto il profilo delle condizioni di vita all'interno delle carceri (come riconosciuto dalla stessa sentenza CEDU Torreggiani)», Fiorentin, *Decreto svuotacarceri* (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), cit., 65.

³⁰ Inizialmente ammessi a godere dell'inedito beneficio «soltanto nel caso in cui [avessero] dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità», essi sono stati successivamente esclusi dalla legge di conversione, determinandosi inevitabili problemi interpretativi derivanti dalla successione di leggi. Auspica la mutazione dell'orientamento costituzionale sedimentatosi con riguardo alle preclusioni introdotte dalla legge n. 251 del 2005, in forza del quale «i benefici penitenziari già maturati e in corso di attribuzione possono essere concessi, sulla base della normativa anteriore poi divenuta più restrittiva, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore delle restrizioni, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici stessi», Gaspari, *I domiciliari "bloccano" la liberazione anticipata*, Guida dir., 2014, n. 11, 43. In prospettiva diversificata v., invece, Fiorentin, *Decreto svuotacarceri* (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), cit., 74, per il quale «saranno salve le concessioni della liberazione anticipata speciale concesse ai "4 bis" nella misura dei 75 giorni/semestre, applicate fino alla entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 146/13 e divenute definitive per assenza di impugnazione da parte del pubblico ministero (nel caso, infatti, che, al momento della vigenza delle modifiche introdotte in sede di conversione, penda reclamo di fronte al tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 69 bis, l. 354/75, il tribunale dovrà fare applicazione di queste ultime più restrittive disposizioni, non potendosi ritenere il procedimento ancora definito)».

³¹ Cfr. Gaspari, *I domiciliari "bloccano" la liberazione anticipata*, cit., 43.

³² In realtà l'istituto non è assolutamente riconducibile alle misure alternative alla detenzione: attivabile d'ufficio e prescindente dal consenso dell'interessato, esso non evidenzia alcuna finalità rieducativa, non essendo nemmeno collegato ad una valutazione di meritevolezza.

rità diplomatiche, procede all'eventuale espulsione amministrativa.

Sul versante procedurale, la direzione penitenziaria, ricevuto il riscontro della questura, trasmette al magistrato di sorveglianza gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione soltanto con riferimento ai detenuti che risultino identificati in seguito all'attività dispiegata dagli uffici immigrazione presso le questure territoriali. Nel caso in cui, invece, il Questore comunichi alla direzione dell'istituto l'impossibilità di procedere all'identificazione dello straniero, la comunicazione sarà omessa, con notevole risparmio di attività amministrativa.

LE NUOVE FRONTIERE DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: IL RECLAMO GIURISDIZIONALE ED IL GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE

Sul versante della tutela dei diritti dei detenuti, il recente legislatore è intervenuto sia attraverso la previsione di un inedito procedimento pdi reclamo giurisdizionale (art. 35-*bis* ord. penit), maggiormente aderente ai *dicta* della giurisprudenza costituzionale ed europea, sia attraverso l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persona detenute o private della libertà personale, chiamato a vigilare affinché l'esecuzione della custodia di tutte le persone *in vinculis* sia attuata in conformità alle norme e ai principi costituzionali ed internazionali.

Oltre ad un necessario intervento sul testo dell'art. 35 n. 1) ord. penit.³³, il decreto-legge e la legge di conversione hanno metabolizzato le conclusioni raggiunte in seno alla Commissione Giostra in ordine alla necessità di istituire un reclamo giurisdizionale, attraverso la modifica dell'art. 69 ord. penit. ed alla contestuale introduzione del nuovo art. 35-*bis* ord. penit.

Invero, accanto ad primo livello di tutela, non giurisdizionale, rappresentato dal diritto di reclamo riconosciuto ai detenuti ed agli internati e consistente nel diritto di veicolare doglianze, in forma orale o scritta³⁴, ad autorità eterogenee (amministrative, di garanzia, personalità istituzionali e magistrato di sorveglianza, nell'ambito della sua funzione di vigilanza di cui all'art. 69, commi 1 e 2, ord. penit.), il re-

cente legislatore ha provveduto a tipizzare una specifica ipotesi di reclamo giurisdizionale, esperibile davanti al magistrato di sorveglianza, con l'intento di rispondere anche alle sollecitazioni della giurisprudenza di Strasburgo che impone l'introduzione di un ricorso interno, capace di offrire non solo un effettivo rimedio preventivo delle situazioni in contrasto con l'art. 3 Cedu, quale l'immediata rimozione immediata delle cause, ma anche un rimedio compensativo, cioè a dire l'adeguata riparazione del pregiudizio subito³⁵.

In via di estrema schematizzazione, oltre che in materia di procedimento disciplinare³⁶, il reclamo giurisdizionale sarà proponibile per «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla [legge penitenziaria] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»³⁷. In stretta correlazione con l'istituzione del nuovo reclamo, va premesso che il d.l., sopprimendo la locuzione «nel corso del trattamento» dall'art. 69, comma 5, ord. penit., evidenzia la volontà legislativa di estendere «a tutto campo» i poteri *ex officio* del magistrato di sorveglianza con riguardo alla tutela delle posizioni giuridiche dei condannati³⁸.

³⁵ In argomento si rinvia a Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, Arch. pen., 2014, n. 2; Montagna, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, *ibidem*.

³⁶ Il termine per proporre reclamo in materia disciplinare è di dieci giorni. Recependo le indicazioni emerse in seno alla Commissione Giostra, il d.l. ha optato per un sindacato giurisdizionale di legittimità, eccezione fatta per le ipotesi di applicazione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione dalle attività in comune, ove esso si estende anche al «merito dei provvedimenti adottati» (art. 69, comma 6, lett. a) ord. penit.). All'accoglimento del reclamo consegue l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare (art. 35-*bis*, comma 3, ord. penit.).

³⁷ Con riferimento alla delicata distinzione tra «diritti soggettivi», «interessi legittimi», oppositivi e pretensivi e «interessi di mero fatto», si rinvia a Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit. Quanto alla «problematica selezione delle posizioni soggettive tutelabili», v. anche Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 44 ss., per il quale sono «escluse dall'ambito della tutela garantita dal reclamo giurisdizionale ex art. 35 *bis*, in esame: a) le aspettative di mero fatto; b) le lesioni che non possiedono i caratteri della attualità e gravità; c) le fattispecie, già enucleate dalla giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., sent. n. 341/06 e n. 266/09), che afferiscono a posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le generali dettate dall'ordinamento (es. la tutela laburistica del detenuto lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria); d) le situazioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale (es. in materia di applicazione dei benefici penitenziari)».

³⁸ Cfr., Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., il quale opera riferimento «a tutti quegli atti dell'Amministrazione penitenziaria e/o sanitaria che pur

³³ Tra i destinatari del reclamo sono stati inseriti sia il provveditore regionale, sia i garanti dei diritti dei detenuti. Sul piano strettamente «terminologico», invece, è stata sostituita la dizione della vecchia figura del «direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena» con quella di «Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria» e quella degli «ispettori» con quella del «direttore dell'ufficio ispettivo».

³⁴ Il reclamo «generico» si caratterizza quale atto a forma e ad oggetto liberi.

Inspirato al rispetto del contraddittorio partecipato, di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., sia pur con qualche variante rispetto alla disciplina dettata dal codice di rito³⁹, il procedimento disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit. colma quel vuoto di tutela da tempo denunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1999⁴⁰, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale proprio delle due norme oggi novellate «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale».

La quindicinale opera di supplenza giurisdizionale⁴¹, seppur meritoria, richiedeva una stabilizzazione e l'imminente scadenza del *time out* decretato dalla Corte di Strasburgo ha determinato un'accelerazione legislativa senza precedenti.

L'innovazione di rilievo palesata dal nuovo modello procedimentale è rappresentata dall'inclusione, tra i contraddittori eventuali, delle «amministrazioni interessate» (penitenziaria, sanitaria, anche nelle loro sub-articolazioni periferiche⁴²), alle quali è riconosciuto «il diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste»⁴³. Siffatta previsione ha consentito di superare le critiche rivolte al sistema delineato dall'art. 14-*ter* ord. penit., il quale, non contemplando l'amministrazione quale parte del procedimento per recla-

mo, ne inibisce coerentemente il potere di ricorrere per cassazione⁴⁴.

Con riferimento specifico all'oggetto del procedimento, il legislatore ha precisato che il «pregiudizio» lamentato dal detenuto, oltre che «attuale», debba essere anche «grave»⁴⁵. Se il richiamo alla «gravità» evidenzia «l'intento del legislatore di [...] evitare il rischio di gravare la magistratura di sorveglianza di questioni di natura 'bagatellare' e di limitare pertanto la tutela solo a questioni di maggior rilievo»⁴⁶, il riferimento all'"attualità" ripete la dicotomia, evidenziata dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra rimedi preventivi e compensativi, escludendo dalla sfera del reclamo giurisdizionale i pregiudizi verificatisi in passato e non più sussistenti al momento della presentazione della domanda⁴⁷. In tale prospettiva, sarà auspicabile un *self-restraint* giurisprudenziale in ordine alla declaratoria di inammissibilità per manifesta infondatezza del reclamo (art. 666, comma 2, c.p.p.).

L'operatività del modello garantito di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. postula – a differenza del precedente sistema modulato sulle cadenze dell'art. 14-*ter* ord. penit. – il diritto dell'interessato che ne faccia richiesta a comparire personalmente in udienza. In caso di accoglimento del reclamo, è opportuno operare una distinzione a seconda che il reclamo sia stato proposto in materia disciplinare ovvero in materia «di diritti»: nella prima eventualità, il magistrato di sorveglianza ne dispone l'annullamento e non la mera disapplicazione⁴⁸. Nel secondo caso,

incidendo sulle posizioni soggettive del detenuto non rientrano nel concetto di trattamento in senso stretto (volto alla rieducazione), come ad esempio tutti quelli riguardanti la salute del detenuto».

³⁹ L'art. 35-*bis*, comma 2, ord. penit. impone il rispetto del termine di dieci giorni per la impugnazione dei provvedimenti disciplinari, come peraltro già previsto dagli artt. 69, comma 6, lett. a) e 14-*ter* della medesima legge. Per converso, nessun termine è previsto per la proposizione dei reclami di cui all'art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., «trattandosi di tutela preventiva, attivabile mediante lo strumento dell'art. 35-*bis*, ord. penit., finché dura la lesione del diritto azionato; laddove, per il danno già subito, resta esperibile con l'azione civile per il risarcimento del danno qualora la violazione della posizione soggettiva si sia già consumata, nell'ordinario termine di prescrizione del diritto» (così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri* (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), cit., 49).

⁴⁰ E ribadito con forza da C. Cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212; Id., sent. 23 ottobre 2009, n. 266.

⁴¹ Il riferimento corre a Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, *Giur. cost.*, 2004, 792, con nota di Vetrano, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*. A margine della decisione v. anche Mura, *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, *Cass. pen.*, 2004, 1362.

⁴² Così Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit.

⁴³ In tale ottica, l'avviso dell'udienza viene notificato «anche all'amministrazione interessata», in ciò registrandosi una differenza con il principio generale codificato all'art. 666, comma 3, c.p.p.

⁴⁴ Osserva, tuttavia, Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., che l'amministrazione avrebbe potuto «proporre *ex post* ricorso per cassazione per violazione di legge *ex art. 71 ter* o.p., laddove si accedeva all'interpretazione prevalente, che le disposizioni degli artt. da 71 a 71 *sexies* o.p. non erano state abrogate dall'art. 236 disp. att. c.p.p. nei procedimenti monocratici avanti al magistrato di sorveglianza».

⁴⁵ La qualificazione del pregiudizio come «grave» ed «attuale» era stata inserita solo a maggioranza nel testo elaborato dalla Commissione Giostra.

⁴⁶ Così Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., il quale peraltro osserva come si tratti «di una valutazione relativa che non può che essere parametrata alla realtà carceraria *hic et nunc* di talché pregiudizi che possono apparire non gravi in tempi di detenzione 'normali' possono essere valutati diversamente in tempi di sovraffollamento e dunque con effetti di maggiore e duratura compressione di diritti fondamentali».

⁴⁷ Così, ancora, Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit.

⁴⁸ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri* (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), cit., 52, come l'impugnativa in materia disciplinare evidenzia un effetto demolitorio dell'atto amministrativo, «collocandosi tale attività giudiziale nell'ambito della tutela giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della P.A. che incidono su diritti e per i quali sussiste riserva di legge (art. 113 Cost.). La nuova disciplina pone, peraltro, il magistrato di sorveglianza di

invece, il magistrato di sorveglianza ordina all'amministrazione interessata di porre rimedio, entro un preciso termine, alla causa del pregiudizio oggetto del reclamo.

La decisione, reclamabile al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito⁴⁹, può essere successivamente impugnata, entro 15 giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza, con ricorso per cassazione per violazione di legge.

Nel caso di mancata esecuzione del provvedimento divenuto inoppugnabile, l'interessato ovvero il suo difensore munito di procura speciale, possono chiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza⁵⁰, il quale, all'esito di un procedimento partecipato (artt. 666 e 678 c.p.p.), può ordinare l'ottemperanza alla propria decisione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, ovvero dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito (art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit.)⁵¹. Il magistrato di sorveglianza è, inoltre competente in ordine a tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge.

fronte all'alternativa secca tra reiezione del reclamo e accoglimento del medesimo, del che, in materia disciplinare, non residua la possibilità di modificare la sanzione irrogata, qualora ritenuta eccessiva».

⁴⁹ L'intervento del tribunale di sorveglianza quale giudice di secondo grado è stato previsto in sede di conversione del d.l.

⁵⁰ Rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Commissione Giostra, volte all'introduzione del giudizio di ottemperanza, attraverso l'interpolazione degli artt. 112-114 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), la novella ha percorso una soluzione diversa, individuando nello stesso magistrato di sorveglianza il giudice dell'ottemperanza.

⁵¹ La possibilità, per il magistrato di sorveglianza, di determinare la somma dovuta dall'amministrazione per ogni successiva violazione o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, è stata soppressa dalla legge di conversione. In giurisprudenza, nel senso che il procedimento di matrice penitenziaria sia inadeguato a supportare le richieste di risarcimento del danno "esistenziale" in materia di violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e che la relativa competenza spetta al giudice civile, v. Cass., sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 967, con nota di Fiorentin, En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata. A margine della decisione v. anche Della Casa, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, *Cass. pen.*, 2013, 2264; Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2013.

Quanto al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁵² (art. 7 del d.l. n. 146 del 2013), esso è istituito presso il ministero della giustizia, come organo collegiale composto da tre componenti⁵³ che restano in carica per cinque anni non prorogabili. Essi non possono ricoprire cariche istituzionali, anche elettive, né incarichi di qualunque natura in partiti politici e sono immediatamente sostituiti in caso di dimissioni, morte, incompatibilità sopravvenuta, accertato impedimento fisico o psichico, grave violazione dei doveri inerenti all'incarico affidato, ovvero nel caso in cui riportino condanna penale definitiva per delitto non colposo.

Nominato con decreto del Presidente della Repubblica, al Garante è affidato innanzi tutto il compito di promuovere e favorire rapporti di collaborazioni con i garanti territoriali (ovvero «con altre figure istituzionali comunque denominate») già istituiti. Ad esso spetta, inoltre, il compito di vigilare affinché l'esecuzione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi della Costituzione, delle convenzioni internazionali sui diritti umani, delle leggi e dei regolamenti (art. 7, comma 5, lett. a), e di verificare il rispetto degli adempimenti previsti dalla normativa in materia di Centri di identificazione ed espulsione (art. 7, comma 5, lett. e). A tal fine, l'organo collegiale è dotato di ampi poteri conoscitivi, godendo di piena facoltà di accesso, senza necessità di autorizzazione, a tutti i luoghi di esecuzione di pene o misure di sicurezza o comunque di misure privative della libertà personale (art. 7, comma 5, lett. b), e potendo sia prendere visione dei fascicoli relativi ai soggetti detenuti o privati della libertà personale, previo consenso anche verbale dell'interessato (art. 7, comma 5, lett. c), sia richiedere tutte le informazioni e i documenti necessari in possesso delle amministrazioni responsabili delle strutture di detenzione, custodia o accoglienza, eventualmente grazie ad un ordine di esibizione emesso dal magistrato di sorveglianza competente (art. 7, comma 5, lett. d).

Nondimeno, al Garante sono altresì riconosciuti

⁵² In argomento v., per tutti, Diddi, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone in vinculis*, Diddi-Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme, in corso di pubblicazione, passim*.

⁵³ Scelti tra persone, non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani. L'ufficio di componente del Garante non prevede alcuna indennità od emolumenti per l'attività prestata, fermo restando il diritto al rimborso delle spese.

ti penetranti poteri prescrittivi, potendo formulare «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354», a fronte delle quali «l'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni» (art. 7, comma 5, lett. f).

Dell'attività svolta, infine, l'organismo informa i Presidenti del Senato e della Camera dei deputati, nonché i Ministri dell'interno e della giustizia con una relazione annuale (art. 7, comma 5, lett. g).

LE MODIFICHE "DI CONTESTO"

L'art. 1, comma 1, lett. b) e c), del decreto-legge, in parte metabolizzando le conclusioni raggiunte in seno alla Commissione Giostra ha operato incisive interpolazioni sulla disciplina del procedimento di sorveglianza, attraverso la sostituzione dell'art. 678, comma 1, c.p.p. e l'inserimento di un inedito comma 1-bis.

Privilegiando un approccio "sostanzialistico", diretto a calibrare la complessità procedurale non già in rapporto alla tipologia del giudice investito, bensì con riguardo alla natura della regiudicanda, l'ambito operativo del procedimento *ex art.* 666 c.p.p. è stato limitato alle materie che coinvolgono in maniera diretta i profili *de libertate*⁵⁴, mentre, con riferimento a *petita* di diversa natura⁵⁵, il tribunale ed magistrato di sorveglianza procederanno con la maggiormente agile procedura camerale di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p.

Nell'ottica deflativa caratterizzante il recente intervento legislativo, l'art. 3, lett. g), del decreto-legge ha integralmente sostituito l'art. 51-bis ord. penit., al fine di semplificare il procedimento in tema di estensione delle misure alternative alla detenzione in caso di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI

È ancora presto per dire se i provvedimenti adottati nell'ultimo periodo saranno sufficienti ad onorare gli impegni sovranazionali e a rispettare i principi costituzionali, così come è difficile prevedere quali saranno i provvedimenti che la Corte di Strasburgo adotterà nei confronti dell'Italia il prossimo 28 maggio.

È innegabile, peraltro, che le vicende degli ultimi anni hanno evidenziato, sia sul piano legislativo che su quello della prassi, la sconfitta totale delle politiche penitenziarie caratterizzanti il periodo 2000-2010. Automatismi sanzionatori e preclusioni fondate sul titolo di reato sono stati oggetto di severe censure, le quali si sono tradotte in pesanti moniti giurisdizionali diretti a restituire alla magistratura quella discrezionalità tanto necessaria in materia *de libertate*.

Abbiamo avuto modo di verificare come il legislatore, verificata l'insufficienza di misure deflative concepite essenzialmente in termini di detenzione "domestica", abbia deciso di intervenire sulle cause della carcerazione, rimuovendo parzialmente le preclusioni inserite dalla legge n. 251 del 2005.

Resta però l'icona, il simbolo delle scelte carcerocentriche: l'art. 4-bis ord. penit.

Nonostante siano trascorsi più di venti anni dalla sua introduzione nel tessuto normativo, la norma continua a precludere le potenzialità trattamentali insite nella legge penitenziaria, attraverso un anacronistico "patteggiamento" tra rieducazione e collaborazione. Se, nel primo decennio applicativo, il combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. aveva forse contribuito a fronteggiare la criminalità organizzata *in executivis*, le successive interpolazioni della prima norma, volte ad utilizzare il "contenitore" penitenziario come espressione di emergenze contingenti ed eterogenee, da reprimere "buttando via la chiave", hanno evidenziato un assetto che suscita svariate perplessità sul piano costituzionale, violando gli artt. 3, 25, comma 1, e 27, comma 3, Cost.

Anche la prassi applicativa da tempo registra solo richieste di collaborazione c.d. impossibile o inesigibile con il rischio di appesantire ancor più i ranghi ridotti della magistratura di sorveglianza.

È giunto il momento, insomma, che la politica abbandoni l'ipocrisia *bipartisan* che da troppo tempo caratterizza l'approccio al carcere e affronti con serenità l'idea che «doppio binario» e «pena» sono entità diverse e che non può negarsi il diritto alla rieducazione in nome di "verità" che il sistema ha il dovere di acquisire senza "ricatto".

⁵⁴ Trattasi, oltre a tutte le materie di competenza del tribunale di sorveglianza, «[s]alvo quanto stabilito dal successivo comma 1-bis», dei ricoveri previsti dall'art. 148 c.p., dei provvedimenti in materia di misure di sicurezza e della dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere.

⁵⁵ Rateizzazione delle pene pecuniarie; conversione delle pene pecuniarie; remissione del debito; esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata; riabilitazione; valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale e di quello "terapeutico" (art. 94 del d.p.r. n. 309 del 1990).