



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
12/2018

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione - Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

**LE BRICIOLE DI PANE, I GIUDICI, IL SENSO DI UMANITÀ.
UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA
DEGLI ARTT. 35, 35-BIS E 35-TER ORD. PENIT. (*)**

di Davide Galliani

SOMMARIO: 0. I temi. – PARTE PRIMA. – 1. Le briciole di pane in carcere. – 2. Il senso degli artt. 35, 35 *bis* e 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario. – 3. L'art. 35 *bis* scinde ciò che non è scindibile. – 4. L'art. 35 *ter* non ha progettualità. – 4.1. I dubbi di utilità. – 4.2. A cosa è soggetto il giudice? – 4.3. La fissità incostituzionale. – 5. L'art. 35 è antistorico e pericoloso. – 6. Una proposta: unificare i reclami, proteggere le persone. – 6.1. Un caso ipotetico, non di scuola. – 7. Ritorno al passato, per orientarci nel futuro. – 7.1. Lo stato di diritto nelle carceri. – 7.2. Senza un (vero) giudice non esistono diritti. – PARTE SECONDA. – 8. I giudici e il consolidamento giurisprudenziale. – 9. Il consolidamento e i giudici italiani. – 10. Il consolidamento e i giudici convenzionali. – 11. Il consolidamento in sé, oggi. – 12. Conclusioni.

0. I temi.

In questo scritto vorrei tentare di esporre alcune argomentazioni di taglio generale sul senso degli artt. 35, 35 *bis* e 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario e sul rapporto tra il giudice italiano e la Corte europea dei diritti umani, per giungere a qualche riflessione finale su quello che non possiamo permetterci di perdere, da giuristi, quindi da persone.

Anticipo le due tesi principali. Da un lato, cercherò di ragionare circa la necessità di unificare in un unico contenitore le tre disposizioni appena citate. Con il risultato di permettere a ciascun detenuto, nel caso lamenti la violazione del senso di umanità della detenzione, di rivolgersi ad un giudice vero e proprio. Il connettore è l'art. 35 *bis*, entro il quale dovrebbero rifluire tanto il reclamo generico quanto quello riparatorio. Dall'altro lato, vi è il tema dei rapporti tra giudici, oggi disciplinati in modo insoddisfacente dall'art. 35 *ter*. Si evidenzierà, a tale proposito, la necessità di badare non al fondamento di autorità di una decisione, semmai al suo portato di valore. Peraltro, in un contesto culturale generale non qualsiasi, ma in quello neoliberista odierno.

(*) Il contributo, aggiornato al 15 dicembre 2018, riproduce, con alcune modificazioni, il testo destinato al volume *La tutela preventiva e compensativa per violazione dei diritti dei detenuti*, a cura di F. FIORENTIN, prefazione di P. Pinto de Albuquerque, Giappichelli, Torino, 2019, in corso di pubblicazione. Desidero ringraziare Fabio Fiorentin, Paolo Cendon, Lello Magi, Roberto Bin, Fabio Gianfilippi e Carlo Renoldi per la lettura e i suggerimenti. Un sentito ringraziamento anche al revisore anonimo di *Diritto penale contemporaneo*. In ogni caso, la responsabilità è solo di chi scrive.

Voglio ad ogni modo preavvertire il lettore che sposo pressoché integralmente quel vecchio proverbio arabo, in base al quale non bisogna mai arrendersi perché si rischierebbe di farlo un'ora prima del miracolo. Il miracolo è cambiare prima di tutto il nostro approccio alla tematica penitenziaria. Solo così anche la società nel suo complesso può cambiare. E solo così può cambiare anche il carcere, che, oggi non meno di ieri, è lo specchio del nostro modo di essere, come individui e come società.

PARTE PRIMA

1. Le briciole di pane in carcere.

Da dove partire? Da Sergej Dovlatov, uno scrittore russo che ci ha lasciato un racconto straordinario della sua esperienza come secondino in un carcere situato nella Repubblica autonoma dei Komi, ad ovest degli Urali. Siamo intorno alla fine degli anni cinquanta del Novecento. Le sue parole sono eccezionali, atemporali:

“Per la prima volta ho compreso cosa sia la libertà, la crudeltà, la violenza. Ho visto la libertà dietro le sbarre. Ho visto la crudeltà, insensata come la poesia. Ho visto la violenza, banale come l'umidità. Ho visto un uomo completamente ridotto allo stato animale. Ho visto di cosa poteva gioire. E, potrei dire, mi si sono aperti gli occhi”.

L'importanza del vedere. La conosciamo. Esattamente, che cosa si è compreso?

“In quella vita c'era di tutto. Lavoro, dignità, amore, depravazione, patriottismo, ricchezza, miseria. Là c'erano sottoproletari e parassiti, carrieristi e gaudenti, scialacquatori ed eversivi, funzionari e dissidenti. Tuttavia il contenuto di questi concetti era alterato in modo sostanziale. La gerarchia dei valori era stata radicalmente infranta. Quello che prima sembrava importante passava in secondo piano. L'orizzonte era occupato dalle piccole cose. Si era costituito un nuovo ordinamento di priorità vitali. Secondo questo ordinamento, venivano apprezzati in modo straordinario il cibo, il calore, la possibilità di evitare il lavoro. Le cose ordinarie divenivano preziose. Quelle preziose – irreali. Una cartolina da casa sconvolgeva. Un calabrone che entrasse dentro la baracca era un evento sensazionale. Un alterco col sorvegliante era recepito come una sfida intellettuale. Al regime speciale conoscevo un uomo che sognava di diventare taglia pane. Questo incarico comportava privilegi enormi. Chi lo otteneva era equiparato a Rotschild. Le briciole di pane erano come manciate di diamanti”.

L'orizzonte di importanza è delle piccole cose. Le briciole di pane al pari di manciate di diamanti. Altri esempi?

“Ricordo questo episodio. Non lontano da Iosser i detenuti stavano scavando una trincea. Tra loro c'era uno svaligiatore, il cui cognome era Enin. Era quasi ora di pranzo. Enin aveva gettato con la pala l'ultima zolla. L'aveva sminuzzata con cura, poi si era chinato su un mucchietto di terra. I detenuti ammutoliti lo avevano attorniato. Enin aveva sollevato da terra un microscopico oggetto e lo aveva strofinato a lungo con la manica. Era un coccio di tazza non più grande di una monetina, su cui era ancora visibile il frammento di un disegno: una bambina con un vestitino azzurro. Era

rimasta solo la spalla e la manica azzurra. Al detenuto si erano riempiti gli occhi di lacrime. Si era portato quel pezzetto di vetro alle labbra e aveva proferito piano: Spettacolo!”.

A quali lidi approdava la sua nuova consapevolezza?

“Ci sono due gerarchie etiche. Due sistemi di misura ideologici. Secondo il primo, il deportato è una figura sofferente, tragica, che merita passione e compassione. Il sorvegliante – di conseguenza è un mostro, un malfattore, l’incarnazione della crudeltà e della violenza. Secondo l’altro, il deportato è un essere raccapricciante, un’emanazione infernale. E il poliziotto, di conseguenza, è un eroe, un essere morale, una luminosa personalità creativa. Quando sono diventato sorvegliante, ero pronto a guardare al detenuto come a una vittima. E a me stesso come a uno squadrista e a un assassino. Cioè propendeva per il primo sistema di misura, quello più umanitario. (...). Dopo una settimana, di queste fantasie non c’era più traccia. Il primo sistema di misura si era rivelato del tutto falloso. Tanto più il secondo. (...) io avevo trovato una terza strada. Avevo rinvenuto una stupefacente somiglianza tra il campo di prigionia e il mondo libero. Tra i detenuti e i sorveglianti. (...). Da entrambi i lati della colonia penale si estendeva un unico mondo spietato. Parlavamo lo stesso linguaggio della mala. Cantavamo le stesse canzoni sentimentali. Subivamo le medesime privazioni. Persino il nostro aspetto fisico era identico. Ci rapavamo con la macchinetta. Le nostre facce corrose dalle intemperie erano cosparse di macchie rosse. I nostri stivali emanavano odore di stalla. Da lontano, le divise dei detenuti non si distinguevano dalle giubbe dei soldati. Eravamo molto simili e persino intercambiabili. Praticamente ogni prigioniero andava bene per assolvere alle mansioni di sorvegliante. Praticamente ogni sorvegliante si meritava la galera”.

Certo che questo Dovlatov non era una persona qualunque:

“Io non scrivo saggi fisiologici. E in generale non ho scritto sul carcere e sui detenuti. Ho voluto scrivere solo della vita e degli esseri umani. E non invito i miei lettori in un museo degli orrori. Ovviamente sa il cielo cosa avrei potuto mettere insieme. (...). Lo ripeto ancora una volta, a me interessa la vita, non il carcere. Gli esseri umani, non i mostri. (...). Ho sempre sognato di essere un allievo delle mie stesse idee. Può darsi che ci riuscirò in vecchiaia...”¹.

2. Il senso degli artt. 35, 35 bis e 35 ter dell’ordinamento penitenziario.

Cinque passaggi, quelli riportati, che, messi insieme, risultano utilissimi per quanto intendo argomentare. Aiutano a guardare nel giusto modo la triplice alleanza, di cui all’art. 35, all’art. 35 bis e all’art. 35 ter dell’ordinamento penitenziario, destinata, nel lungo periodo, alla sicura sconfitta. Un insieme di cose differenti, nate in periodi molto diversi, che tuttavia parlano della nostra cultura giuridica, della sua difficoltà di comprendere una volta per sempre che in un carcere le briciole di pane sono come dei diamanti, che l’orizzonte di importanza è delle piccole cose.

L’art. 35 bis non sembra comprenderlo appieno. L’art. 35 ter è emergenziale, non adatto alla normalità, manifesta dubbi di costituzionalità. L’art. 35, a sua volta, è antistorico e pericoloso. Vediamo con ordine.

¹ Cfr. S. DOVLATOV, *Regime speciale. Appunti di un sorvegliante*, a cura di L. Salmon, Sellerio, Palermo, 2002, rispettivamente, p. 23, p. 24, p. 25, p. 64-65 e p. 170-171 (ed. orig. Zona, 1982).

3. L'art. 35 bis scinde ciò che non è scindibile.

Nel primo caso, l'art. 35 bis – quasi di certo in buona fede – scinde ciò che non è scindibile, i diritti da qualsiasi altra cosa non costituisca diritti. Il problema principale di questa disposizione non è da riscontrare nei requisiti della attualità e della gravità del pregiudizio, semmai nella impostazione secondo la quale esistono dei diritti, la cui tutela ricade sotto l'art. 35 bis e, allo stesso tempo, esistono altre cose, le quali, invece, non ricadono sotto la previsione dell'art. 35 bis. Esisterebbe un mondo di qua ed un mondo di là.

Non cerchiamo la migliore definizione a proposito di cosa può essere inserito nel mondo di qua e cosa nel mondo di là. Tentare non nuoce, ma lo scopo delle definizioni è definire. Se non definiscono, non servono. Come uscirne? Dal grande cielo stellato delle idee, mi catapulto (molto) volentieri nella piccola terra illune dei casi della vita.

Se a qualcuno piace farsi male, ma più che altro bene, consiglio la lettura dei rapporti del Comitato Internazionale della Croce Rossa, che non ha vinto per caso tre premi Nobel per la pace. Lì si trova davvero tutto quello che serve, considerando che si basano sulla visita ogni anno di una cosa come 500.000 detenuti, un numero cospicuo rispetto a tutti i detenuti al mondo, circa 10.000.000. In fondo, a differenza delle idee, delle quali ogni tanto possiamo anche essere a corto, i casi della vita non finiranno mai.

Potrei quindi fare decine, centinaia e migliaia di esempi. Ne scelgo solo due, per amore del lettore.

Primo esempio. Ad un detenuto viene trattenuta, da parte del carcere, la foto della propria madre. La persona traeva beneficio da questa foto, anche perché la madre era purtroppo defunta.

Perché il trattenimento? La foto misurava 18x15cm, mentre il regolamento interno del carcere prevedeva la possibilità di tenere foto della misura massima di 10x15cm. La foto sforava di 8 cm, non ho idea (nemmeno mi interessa) se in altezza o in larghezza. Il detenuto si rivolge al magistrato di sorveglianza, chiedendo la restituzione della foto, per lui funzionale alla cura del proprio diritto alla affettività.

Cosa fa il giudice? Quello che la legge gli permette di fare, ci mancherebbe. Classifica la domanda in termini di reclamo generico, sostenendo che non si era in presenza di alcun diritto. Mi fermo qui, aggiungendo solamente che, per fortuna, esiste sempre un giudice a Berlino, ossia in Piazza Cavour a Roma, che non chiude la questione, ma dice (bene) come deve muoversi il giudice².

Ho detto quanto sia importante la lettura dei rapporti del Comitato Internazionale della Croce Rossa. Eppure, non penso di sbagliarmi, non ho mai letto in nessuno di questi rapporti, dettagliati all'inverosimile, che un detenuto deve poter tenere in cella la foto della madre defunta. Se si dicesse che è normale che sia così, si starebbe dicendo una cosa esatta, ma, allo stesso tempo, si finirebbe con il contestare

² Si veda Cass., Sez. 1, 14 giugno 2017, n. 54117, *Costa*, e lo stimolante commento di F. DALLA CASA, *Una foto "oversize" nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2018, p. 273 ss.

l'art. 35 *bis* nel momento in cui utilizza le parole “diritto” e “diritti”, dando per scontato che esista qualcosa di altro, di diverso, qualcosa che non è un “diritto”, con tutte le conseguenze del caso³.

Intendiamoci ancora meglio. Non sto sostenendo che il giudice avrebbe dovuto dare ragione al detenuto. Con qualche acrobazia, avrebbe potuto sostenere che le misure massime di una foto servono per garantire l'ordine e la sicurezza interna ai penitenziari. Fatto l'usuale bilanciamento, tra questa esigenza e quanto il detenuto reclama, avrebbe potuto dichiarare il rigetto del ricorso.

Non è questo quello che fa il giudice. Intanto, sbaglia una prima volta poiché, se lo scopo era quello di indirizzare il detenuto al reclamo generico, avrebbe dovuto dichiarare la inammissibilità, non il rigetto. Soprattutto, commette un secondo errore, che in realtà (questo il punto) è prima di tutto un errore della legge, che parla di “diritto” e di “diritti” presupponendo l'esistenza di qualcosa di altro.

Vediamo il secondo esempio, il quale, a differenza del primo, si è risolto positivamente direttamente dinanzi al magistrato di sorveglianza, senza necessità di un intervento della Cassazione. A differenza del primo caso, in questo abbiamo qualche dettaglio in più. Un detenuto, di 71 anni, completamente cieco dall'occhio destro e gravemente ipovedente dal sinistro, si rivolge al magistrato di sorveglianza, sempre ai sensi dell'art. 35 *bis*, perché il carcere non ha risposto in alcun modo ad una sua richiesta.

Quale? Nella sua cella era installato un televisore, di 15 pollici, ad un'altezza di circa 1 metro e 70 cm. Date le sue condizioni era costretto, per vedere le immagini, a stare molto vicino al televisore. Con le conseguenze che ciascuno può facilmente comprendere: doveva tenere il collo completamente esteso all'indietro per tutta la durata della visione, assumendo una posizione del tutto innaturale e scomoda per qualsiasi persona, ancora di più per una persona della sua età. D'altro canto, sostiene il detenuto, in un precedente carcere la sua richiesta – spostare il televisore ad un'altezza più bassa – era stata accettata.

Durante l'istruttoria del magistrato, il carcere, finalmente, invia una nota. Il che è già indicativo, ma tralasciamo questo (non piccolo) dettaglio. Cosa dice la nota? L'installazione del televisore al muro è conforme alle prassi vigenti, non vi sono ostacoli che ne impediscono la visione e, in ogni caso, il televisore risulta visibile da qualsiasi punto della cella. Non finisce qui. Nella ulteriore memoria difensiva, il detenuto allega una nota del Garante dei detenuti locale, che aveva ispezionato la cella e verificato la situazione. Il Garante non solo conferma il problema, ma riporta l'osservazione che gli era stata fatta da personale del GOM: non si potevano praticare ulteriori fori nel muro, visto che era in cemento armato.

Ecco cosa decide il magistrato, particolare di non poco momento, che aveva dalla sua parte il parere del pubblico ministero, espressosi a favore dell'accoglimento del reclamo. Il giudice considera il reclamo fondato e lo accoglie. È del tutto irrilevante l'assenza di ostacoli davanti al televisore, poiché quello che importa è che, per vederlo,

³ Quando parlo dell'art. 35 *bis* lo faccio sempre riferendomi, salvo esplicita indicazione contraria, al combinato disposto tra l'art. 35 *bis* e l'art. 69, comma VI, lett. b).

se fissato a quella altezza, bisogna per forza porsi, per ottenere un angolo visuale accettabile, ad una certa distanza. A meno che, precisa, si voglia stare sotto il televisore con il collo costantemente all'indietro, assumendo una posizione innaturale e scomodissima per chiunque, a maggior ragione per una persona anziana come il detenuto.

Inoltre, quasi facendosi beffa delle argomentazioni del GOM, il magistrato sostiene che, da un lato, anche il cemento armato può essere forato, magari è più difficoltoso farlo, ma di certo non è impossibile; dall'altro lato, anche a concordare sulla circostanza (che definisce improbabile) secondo la quale un nuovo foro comprometterebbe la sicurezza strutturale della parete, resta che esistono altre soluzioni per installare un televisore ad un muro, essendo oggi disponibili sul mercato molti prodotti *ad hoc*. Il finale è commovente: il giudice tra parentesi riporta che il detenuto si era reso disponibile a sostenere eventuali spese⁴.

Il nostro secondo caso si è concluso nel migliore dei modi. Almeno, tale è la mia valutazione. Ma non è questo il punto. E se il magistrato avesse detto che il reclamo non riguardava alcun diritto e che, di conseguenza, andava semmai riproposto sotto forma di reclamo generico? Non importa indagare come il giudice avrebbe potuto argomentare in questo modo. Quello che rileva è mettere in risalto che l'art. 35 *bis* ammette questa possibilità, visto che esistono diritti che sono diversi da qualche cosa che diritto non è.

A differenza del primo caso, quello della foto della madre defunta, nel quale si chiama in causa il diritto alla affettività, in questo secondo, invece, in nessuna parte della motivazione del magistrato si fa riferimento ad un qualche diritto del detenuto. Zero, non si dice alcunché. La parola "diritto" non compare. Non si richiama il diritto alla salute. Non si fa riferimento al diritto di conformare la dimora secondo elementari esigenze di vita. Niente, nulla si dice⁵.

Perché il giudice non parla in alcun modo di alcun diritto? È forse indice del nostro problema: se il giudice si fosse avventurato alla ricerca di cosa è diritto e di cosa non è diritto, il risultato sarebbe anche potuto essere differente. Qui sta il maggior problema dell'art. 35 *bis*. Il suo merito è quello di aver finalmente considerato il detenuto come qualsiasi altro essere umano, il quale, se non ha la possibilità di rivolgersi ad un giudice vero e proprio, rischia di avere le peggiori gratificazioni, quelle che rimangono sulla carta. Ci torneremo. Non di meno, se in un carcere le briciole di pane contano come dei diamanti, il legislatore avrebbe dovuto usare più cautela: queste benedette briciole di pane cosa sono, diritti o altro? Da che parte stanno, nel paradiso dell'art. 35 *bis*, nell'inferno dell'art. 35 o nel purgatorio *ex art. 35 ter*?

⁴ Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, ordinanza n. 958, 17 maggio 2017, *Madonia* (SIUS 2016/3814).

⁵ La questione è spinosa. Non posso qui fermarmi. Sarei però cauto nel definire la cella al pari di un luogo aperto al pubblico. Non mi interessa l'evidente ossimoro, guardo alla sostanza del problema. Non sarà la classica dimora privata, ma forse ci sono gli elementi per considerare la cella un luogo privato *sui generis*, poiché contornato da garanzie specifiche, che problematicizzano il criterio dell'apertura ad una quantità indeterminata di persone, per il giudice di legittimità alla base della tesi della cella quale luogo aperto al pubblico (così, da ultimo, Cassazione penale, Sez. V, n. 26028, 15 maggio 2018, *D.R.G.*).

4. L'art. 35 *ter* non ha progettualità.

Vediamo ora quest'ultimo, l'art. 35 *ter*. Oserei definire questa disposizione senza progettualità. Forse è normale che sia così, visto che è nata avendo in mente solo l'immediato placebo di non dover di continuo rispondere delle violazioni evidenziate dalla Corte di Strasburgo. Lo so bene che si era in emergenza e che conviene adeguarsi alle decisioni di Strasburgo, altrimenti si finisce con il dover sborsare non pochi soldi.

Tuttavia – posto che *Torreggiani* ce la siamo cercata, nemmeno troppo arrossendo di vergogna quando è arrivata – non esiste mai un solo modo di adeguarsi ad una sentenza di Strasburgo, tranne il caso, rarissimo, nel quale è indicato uno specifico obbligo di fare⁶.

Potevamo quindi adeguarci a *Torreggiani* in modi differenti. Qualunque avessimo scelto, avremmo dovuto metterci dentro progettualità. L'art. 35 *ter* non pensa al medio-lungo periodo. Non ha futuro, manca di progettualità. Punta il binocolo solo verso i giudici che risiedono a Strasburgo, ritraendolo quando si tratta di considerare i giudici italiani di sorveglianza, di legittimità e pure costituzionali.

Che cosa significa che il magistrato di sorveglianza “dispone” (si badi: non “può disporre”) una riduzione di pena o una determinata somma di denaro quando si sono verificate delle condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione “come interpretato” dalla Corte europea dei diritti dell'uomo? Siamo alle prese, è innegabile, con una anomala disposizione. Difficile da definire. Utilizzerei con cautela il termine rinvio mobile. A me sembra molto fisso. Il rinvio del quale parliamo ricorda quelle cose che, da qualunque parte le si guardi, risultano indigeste. Girate in un verso, creano problemi di utilità. Girate nell'altro, ingenerano problemi di costituzionalità. Non proprio il massimo.

4.1. I dubbi di utilità.

Iniziamo dai problemi di utilità. Perché alla lunga il rinvio potrebbe rivelarsi una previsione poco utile? Direi che il legislatore, prima di scrivere una cosa del genere, mai scritta prima, nemmeno nella legge Pinto, avrebbe dovuto considerare almeno tre cose.

⁶ Lo Stato deve scarcerare il ricorrente, punto e basta. In questo specifico caso, vi è poco da fare: alla fine, se non ti adegui, significa che accetti di uscire dal sistema, come sta avvenendo nei confronti del primo paese per il quale è stata approvata la procedura della bomba atomica, proprio in riferimento al *diktat* di Strasburgo che ha ordinato al paese di scarcerare una persona, senza mai ottenere nulla dallo Stato. Per la prima volta nella storia del sistema convenzionale, il Comitato dei Ministri ha attivato la procedura di cui all'art. 46 § 4 della Convenzione, introdotta nel 2010. Il Comitato ha domandato alla Corte di valutare se lo Stato ha adempiuto all'obbligo di rispettare/conformarsi (*to abide, se conformer*) ad una sentenza finale/definitiva (*final, définitif*) della Corte. La richiesta del Comitato dei Ministri del 5 dicembre 2017 è stata ricevuta dalla Corte sei giorni dopo (11 dicembre). Spetterà alla Grande Camera adottare la storica sentenza (anche in ipotesi tenendo udienza pubblica), propiziata (importante ricordarlo) dalla mancata esecuzione di una sentenza di Camera (*Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, I Sez., 22 maggio 2014, definitiva 13.10.2014, unanime).

Elementari, pratiche, quindi essenziali. Mi si perdoni la franchezza, ma i problemi sono seri. Ecco cosa il legislatore non ha considerato:

1) che il concorso per diventare magistrati non prevede di superare l'esame né di lingua inglese né di lingua francese; questo è un primo problema, dal momento in cui le sentenze della Corte di Strasburgo sono redatte in inglese o in francese, essendo solo quelle di Grande Camera redatte in entrambe le lingue; per esaudire al comando legislativo, il giudice italiano deve sapere (direi molto bene) sia l'inglese sia il francese; iniziando dalla laurea in giurisprudenza, per conseguire la quale si deve fare solo un minuscolo esame di una sola lingua straniera (tre crediti su trecento totali), finendo con il concorso in magistratura, la domanda è: noi prepariamo e valutiamo persone che vogliono fare i giudici anche in termini di conoscenza della lingua inglese e di quella francese? Non sto proponendo né l'innalzamento dei crediti per la lingua ai fini di conseguire la laurea né l'introduzione dell'esame di lingua per il superamento del concorso. Quello che voglio dire è che il legislatore, con un rinvio del tipo di quello dell'art. 35 *ter*, presuppone un sistema di formazione dei magistrati che non è quello attualmente esistente; se la corte cui il legislatore rinvia fosse quella del Lussemburgo saremmo a posto, ma così non è;

2) che non esiste una fonte di cognizione ufficiale nella quale reperire tutte le sentenze e le decisioni della Corte, né in generale né tanto meno sull'art. 3 della Convenzione; quando dico fonte di cognizione ufficiale non per forza mi riferisco ad una edizione cartacea, anzi; il punto è che HUDOC è un *database*, ottimo, non vi è dubbio, ma come tutti i *database* per forza di cose è differente da una fonte di cognizione ufficiale; in altri termini, il legislatore è come se dicesse al giudice italiano che, ogni volta un detenuto gli rivolge un'istanza ai sensi dell'art. 35 *ter*, egli (il giudice) deve sapere utilizzare in modo accurato il *database* presente nel sito internet della Corte di Strasburgo; anche se lo sapesse fare (esiste una qualche formazione obbligatoria permanente in tal senso?), torneremmo punto a capo: in quel *database* compaiono sì tutte le sentenze, ma solo "*a large selection*" delle decisioni; non compaiono da nessuna parte le decisioni adottate dal giudice unico (sarebbe importante conoscerle, almeno a fini statistici), così come compaiono le decisioni di comitato solo a partire da quelle adottate dopo l'aprile 2010; allora il legislatore avrebbe dovuto riferirsi unicamente alle sentenze, gli unici provvedimenti che di certo si trovano in HUDOC; questo il punto: se il giudice vuole fare il suo mestiere, che, nel minimo, significa essere soggetto alla legge (al nostro art. 35 *ter* e al suo rinvio), deve frequentare corsi di lingua di livello avanzato e deve frequentare corsi di formazione per utilizzare HUDOC, immagino il tutto (prevalentemente) a sue spese⁷;

⁷ Lo sforzo della Corte per potenziare e migliorare HUDOC è fuori discussione. E, infatti, il problema non è suo, ma del nostro legislatore, che prima di inventarsi un rinvio come quello dell'art. 35 *ter* avrebbe dovuto riflettere circa la possibilità di ritrovare in HUDOC tutti i provvedimenti che possono servire alla bisogna al giudice italiano, così come i non pochi problemi che possono sorgere nel momento in cui si utilizza HUDOC senza una preventiva adeguata preparazione. Quanto al problema linguistico, lascio la parola a Roberto Conti, che di certo non è un giudice (di legittimità) poco frequentatore della giurisprudenza convenzionale: "L'acquisizione di un ruolo nuovo impone, prima di ogni cosa, l'individuazione di linee formative che consentano a quell'operatore di espletare nel miglior modo possibile le funzioni allo stesso demandate dalla

3) diamo per minori i primi due problemi, anche se qualsiasi giudice sa bene che in realtà non sono minori; passiamo a considerare un terzo aspetto, sempre riguardante l'utilità del rinvio *ex art. 35 ter*: il legislatore davvero pensava che ogni giudice italiano di sorveglianza potesse – realmente, veramente, ogni volta – affrontare un problema postogli da un detenuto comprendendo se vi è giurisprudenza convenzionale in base alla quale considerare o meno la violazione dell'art. 3 della Convenzione? Mi sembra che la stessa domanda può porsi in riferimento al giudice di legittimità, nel momento in cui un ricorso contesta la violazione di legge: in sede di sorveglianza non si è disposto il rimedio, nonostante la presenza di una determinata giurisprudenza convenzionale, che il giudice non ha considerato, quando invece avrebbe dovuto (per legge) farlo⁸.

Altro che giudici Ercole. Il legislatore aveva in mente un giudice impossibile. Ed il problema è che, anche se non è questo che aveva in mente, è quello che ha scritto nell'art. 35 *ter*: il giudice dispone il rimedio se riscontra violazione dell'art. 3 della Convenzione come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Il legislatore sapeva che l'art. 3 è come se dicesse che la dignità umana è inviolabile? Aveva contezza del fatto che dentro l'art. 3 e dentro quindi la dignità umana vi è davvero di tutto, ogni problema che una persona detenuta in un carcere, sotto una giurisdizione di uno Stato membro del Consiglio d'Europa, ha deciso di portare all'attenzione della Corte? Lo sapeva il legislatore che negli Stati del Consiglio d'Europa sono detenuti un milione e mezzo di persone? E certo era verificabile che la Corte di Strasburgo non era più la corte del solo equo processo, ma era ormai diventata la corte dei detenuti europei e dei problemi delle carceri europee. Per quale motivo il legislatore non ha fatto nessun tipo di specificazione? Visto che c'era, perché non ha pensato a qualche limite, ad esempio in riferimento allo Stato resistente, ad una pronuncia emessa dalla Grande Camera, solo per fare due esempi? Sarebbero stati esempi da criticare, ma almeno avrebbero dimostrato che il legislatore, conscio del problema, aveva pensato ad una sorta di perimetro dentro il quale i giudici italiani potevano lavorare. Sempre un

legge. È venuto il momento di fornire ai giudici nazionali la traduzione di tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo" (cfr. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, p. 507). Lo sfogo di Roberto Conti ha tutte le ragioni del mondo. Ma resta che il sistema messo in piedi dall'art. 35 *ter*, se vuole davvero funzionare come lo ha scritto il legislatore, implica che si debba conoscere (direi bene) la lingua inglese e la lingua francese. Potremmo aspirare ad avere tradotte in italiano, entro un ragionevole periodo di tempo, moltissime sentenze. Dubito però che ci siano le risorse per tradurre tutte le sentenze, si dovranno per forza di cose concentrare gli sforzi su quelle con parte resistente il nostro paese. Ecco quindi che, anche nella migliore delle ipotesi, il nostro problema non si risolve e, mi permetto di dire, potrebbe anche compromettersi: non è che averle tradotte in italiano diventerà un invito irresistibile per il giudice, che deciderà di concentrarsi solo su quelle rivolte al nostro paese?

⁸ A prima vista, il compito della Cassazione è meno gravoso, ma forse si tratta solo di una impressione. In sorveglianza si sono richiamate cinque sentenze di Strasburgo. Il reclamante si era invece riferito ad altre sette. Nel momento in cui la sorveglianza nega il rimedio, l'eventuale ricorso in Cassazione chiederà di verificare se il giudice ha violato o meno la legge. L'art. 35 *ter*, la legge nel nostro caso, prevede che il giudice dispone il rimedio se constata violazione dell'art. 3 come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Siamo sicuri che il giudice di legittimità abbia un compito meno arduo di quello della sorveglianza? La Cassazione potrebbe benissimo partire dalle cinque sentenze esaminate dalla sorveglianza, verificare le altre sette alle quali si riferisce il ricorrente, ma nulla nega che, per argomentare a favore o meno del ricorso, si rifaccia lei stessa ad altre sentenze della Corte di Strasburgo.

lavoro immane, ma almeno perimetrato. Invece, è come se il legislatore dicesse: me ne lavo le mani, ci pensino i giudici.

Questo significa disegnare una disposizione legislativa senza progettualità. Una disposizione che evidenzia fortissimi dubbi quanto alla sua utilità. E se un giudice italiano conosce solo l'inglese e non il francese? E se invece è bravissimo con il francese, meno con l'inglese? E se si perde qualcosa nella non facilissima ricerca giurisprudenziale in HUDOC? Non è che il giudice italiano, una volta resosi conto dell'ampiezza dell'oceano nel quale il legislatore gli ha ordinato di nuotare, finisce con l'arrendersi, gettando la spugna?

Capita diverse volte. Si passano ore a fare ricerca giurisprudenziale. Non si trova nulla. Se si è testardi, si riprende la ricerca e le ore si accumulano, a volte diventano, senza accorgersene, giorni. Cosa fa lo studioso a questo punto? Getta la spugna e, in una nota a piè di pagina, scrive di non essere riuscito nell'impresa di trovare un precedente specifico nella giurisprudenza convenzionale. Non è il massimo, ma è accettabile. Laddove non arriva la cocciutaggine, supplisce la trasparenza.

Ma il nostro povero giudice, è il caso di lasciarlo in quel modo, siamo veramente sicuri che possa realmente fare quello che spesso non riesce a fare un normalissimo studioso? Bene che vada, getta in fretta la spugna, non è che può stare tre giorni interi a cercare il caso che gli risolverebbe tutti i problemi. Male che vada, non si butta nemmeno in questo oceano giurisprudenziale. E ci credo: nessuno gli ha insegnato a nuotare, ad un certo momento penserà anche alla sua sopravvivenza. Una bella disposizione finale del decreto legge che ha introdotto l'art. 35 *ter* avrebbe dovuto assegnare ad ogni magistrato di sorveglianza italiano almeno cinque tirocinanti, da impiegare come minatori alla ricerca dell'oro. Ottima idea, ma è proprio la sorveglianza il luogo nel quale non è poi così semplice mandare una persona a fare tirocinio.

Se venisse in mente di introdurre un filtro, per il quale il giudice deve riferirsi alla giurisprudenza convenzionale consolidata, si dovrebbe essere consci dei problemi, che non mi pare proprio riescano a diminuire grazie al *test* del consolidamento. Ogni cosa a suo tempo, tornerò sul punto nella parte seconda. Qui dico unicamente che, in generale e nello specifico per quanto riguarda l'art. 35 *ter*, è necessario pensare a qualche utile supporto per i giudici italiani. Non si tratta di limitare l'entrata nel nostro ordinamento della giurisprudenza convenzionale. Piuttosto, di fornire qualche cartina utile per permettere al giudice italiano di orientarsi in quello che è a tutti gli effetti un vastissimo oceano di casi, uno inevitabilmente differente da un altro.

4.2. A cosa è soggetto il giudice?

Ciò che tuttavia rende l'art. 35 *ter* una disposizione problematica nel lungo periodo è la sua dubbia costituzionalità. Che poi è un altro modo per dire che manca di progettualità.

In un caso, un dubbio di costituzionalità non semplice da costruire. Mi accontento di segnalare il problema. In un altro caso, invece, spero che presto andrà all'attenzione della Corte costituzionale, alla quale spetta il compito di sciogliere i dubbi

di costituzionalità, in assenza di qualsivoglia possibilità di interpretazioni costituzionalmente orientate.

Il primo caso. Se il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, II comma, Cost.) e se una legge dice che il giudice dispone una determinata cosa quando la detenzione ha violato l'art. 3 della Convenzione come interpretato dalla Corte di Strasburgo (art. 35 *ter*), non siamo in presenza di un problema di inquadramento costituzionale? Avrei difficoltà nel costruire un vero e proprio dubbio di costituzionalità, ma il problema esiste.

Vale sostenere che è pur sempre la legge che assoggetta il giudice italiano a quello che dice il giudice di Strasburgo? Non saprei. Pensiamoci bene: se una legge potesse dire che un giudice è soggetto ad un altro giudice, cosa rimarrebbe della (costituzionale) soggezione del giudice soltanto alla legge? Così come non saprei se il nuovo ruolo delle Sezioni Unite della Cassazione rispetto alle Sezioni si possa inquadrare perfettamente nella cornice costituzionale, così, allo stesso modo, mi limito ad evidenziare il problema del rapporto tra il giudice italiano e quello di Strasburgo, per come disegnato dall'art. 35 *ter*. Che, ridotto all'osso, è questo: una legge può, senza violare la Costituzione, disporre che un giudice è soggetto a quello che dice un altro giudice, qualsiasi altro giudice, nel nostro caso con sede a Strasburgo?

4.3. *La fissità incostituzionale.*

Esiste un secondo problema, rispetto al quale mi sembra agevole costruire un dubbio di costituzionalità non manifestamente infondato. Mi riferisco, ovviamente, alla fissità dei rimedi previsti dall'art. 35 *ter*. Una riduzione di pena di un giorno per ogni dieci nei quali la persona ha subito il pregiudizio, otto euro per ciascuna giornata nella quale si è subito il pregiudizio. Non contesto politicamente la quantità, dubito costituzionalmente della fissità.

Siamo al cospetto di due previsioni di dubbia costituzionalità per almeno tre motivi. Al lettore considerare se la dubbia costituzionalità riguarda solo articoli della nostra Costituzione oppure può riferirsi, grazie al ponte del I comma dell'art. 117 Cost., anche ad articoli della Convenzione:

1) l'ammontare del rimedio, se fisso, non può essere individualizzato, quindi non può considerare la concreta situazione nella quale si trovava o si trova la persona;

2) l'ammontare del rimedio, se fisso, non può tenere in considerazione l'eventualità che la persona lamenti non uno, ma più pregiudizi;

3) l'ammontare del rimedio, se fisso, non valuta lo scopo rieducativo della pena: detenere una persona in condizioni inumane e degradanti significa stoppare, per un determinato periodo, il programma trattamentale; di conseguenza, essendo il programma un progetto di sviluppo della personalità, ogni sua interruzione merita di essere valutata (almeno) a seconda di quando è avvenuta e dei riflessi, specifici e generali, sull'intero progetto trattamentale.

Solo tre esempi, uno per ciascuno dei tre dubbi di costituzionalità:

1) se il rimedio è fisso, non può tenere in considerazione l'età della persona che ha subito il pregiudizio, così come valuterà in modo identico un pregiudizio sofferto per tre mesi rispetto ad uno subito per tre anni; che forse un pregiudizio subito da un ventenne è uguale a quello subito da un cinquantenne e un pregiudizio di tre mesi è uguale ad uno di tre anni?

2) se il rimedio è fisso, non può dare il giusto peso a ciascun pregiudizio, dal momento che stare in una cella senza luce naturale non è la stessa cosa che stare in una cella senza luce naturale, senza ventilazione, con la compagnia di qualche topo, potendo al massimo consumare pasti del tutto inadeguati sotto il punto di vista dell'apporto proteico e vitaminico;

3) se il rimedio è fisso, si finisce con il non considerare la diversa gravità del pregiudizio a seconda che occorra verso l'inizio, durante o verso la fine del programma-progetto trattamentale; se è giusto riservare una particolare attenzione alle fasi iniziali (rischio suicidio) e finali della detenzione (rischio libertà), non è allo stesso modo giusto considerare in modo differente le ipotesi di trattamenti inumani e degradanti?

Spero che a questi interrogativi prima o poi possa rispondere la Corte costituzionale. Ma il punto che qui interessa non è cosa potrebbe decidere la Corte, se decidesse di entrare nel merito. Quello che rileva è evidenziare, ancora una volta, il fiato corto della disposizione di cui all'art. 35 *ter*. Ben più lungimiranza avrebbe dimostrato il legislatore prendendo in considerazione quello che forse è l'unico caso in qualche modo confrontabile con il rimedio per trattamento inumano e degradante: il danno esistenziale, declinato in termini biologici o abiologici a seconda dei casi. È fisso? No. Perché no? Perché non lo potrebbe essere. Un danno esistenziale fisso sarebbe una mostruosa e aberrante contraddizione. Vorrebbe dire che una persona non è diversa da un'altra persona. Il nostro progetto di vita e la nostra attività realizzatrice sono interrotti se subiamo un danno esistenziale, così come lo sono, nel momento in cui patisce un trattamento inumano e degradante, il progetto di vita e quello trattamentale di una persona ristretta. Bella soluzione inumana quella di risarcire in modo fisso un trattamento inumano⁹.

⁹ Guardare al danno esistenziale aiuta anche a comprendere che i problemi dei detenuti non riguardano solo la salute psico-fisica (art. 32 Cost.), ma anche gli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo della personalità (art. 3.2 Cost.). Il che significa una forte responsabilizzazione in capo ai giudici, ai periti, agli avvocati. Grazie al danno esistenziale, biologico e abiologico, la responsabilità civile, nel solco della Costituzione, è andata sempre più antropologizzandosi. Allo stesso modo, nel solco costituzionale dovrebbe andare il rimedio *ex art. 35 ter*, anche in questo caso mettendo al centro l'essere umano e le sue condizioni esistenziali. Devo molto a Paolo Cendon per questi spunti, del quale si veda almeno P. CENDON, *Il corpo, l'esistenza, il dolore*, in *Resp. civ. e prev.*, 12/2010, p. 2420 ss. e ora ID., *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Rizzoli, Milano, 2018. Sottolineo che il riferimento al danno esistenziale potrebbe quanto meno problematicizzare l'assenza di rime obbligate evidenziabile dalla Corte costituzionale a fronte della fissità del 35 *ter*. Siamo sicuri che le scelte siano moltissime e che il legislatore sarebbe libero di decidere come meglio crede? Inoltre, non mi sembra che il danno esistenziale sia una sorta di proprietà privata del giudice civile: a quello ci si dovrebbe ispirare, ma poi sarà la sorveglianza a costruirne le coordinate di riferimento, che non per forza dovranno condurre al sistema tabellare. Si potrebbe discutere di devolvere tutto il problema del risarcimento al giudice civile, tuttavia non penso sia la soluzione ottimale, che è invece quella di concentrare nel giudice della sorveglianza il giudice dei detenuti.

5. L'art. 35 è antistorico e pericoloso.

Infine, scrutiamo l'art. 35 per così dire secco, quello che esiste dal 1975. Siamo alle prese con una disposizione che, nulla aggiungendo, è indice di una determinata concezione della persona sottoposta a restrizione di libertà. Una concezione che non ci vuole abbandonare. Considero l'art. 35 antistorico perché aveva (quasi) un senso circa mezzo secolo fa, mentre, oggi, non ne ha più alcuno, anzi è pericoloso.

La rubrica di un articolo, anche se non può ritenersi da sola risolutiva per sciogliere taluni nodi interpretativi, è sempre un interessante punto di partenza. Cosa significa "diritto di reclamo", che è il titolo dell'art. 35, scritto nel 1975 e ancora oggi non modificato?

Non è forse vero che dal 1 gennaio 1948 ogni essere umano detiene questo diritto? Non è forse vero che appare niente di altro che una ripetizione del diritto di ogni persona di manifestare liberamente il proprio pensiero? Diciamo che reclamare significa gridare, protestare, lagnarsi. A me piace la via di mezzo: protestare. Che si debba scrivere nero su bianco in una legge che il detenuto ha il diritto di protestare non è di poca rilevanza. Forse nel 1975 aveva un senso perché eravamo purtroppo ancora all'anno zero, oggi, invece, assomiglia più che altro ad un titolo simbolico, quasi pubblicitario. In altri termini: inutile¹⁰.

Questo reclamo il detenuto a chi lo può rivolgere? Le istanze o reclami, orali e scritti (in questo secondo caso, anche in busta chiusa, precisa il legislatore...), potevano essere rivolti, nella formulazione originaria, a cinque categorie di destinatari: 1) al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro di grazia e giustizia; 2) al magistrato di sorveglianza; 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 4) al presidente della Giunta regionale; ed, infine, 5) al Capo dello Stato.

Nella sua formulazione attuale – risultante dalle modifiche introdotte dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modifiche dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, siamo quindi immediatamente dopo *Torreggiani* – l'elenco è stato arricchito, introducendo tra i destinatari anche il Garante nazionale e i Garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti¹¹. Non difficile sostenere che l'aggiunta del Garante nazionale e dei Garanti regionali o locali poteva anche omettersi: anche a questo servono, ad accogliere la voce protestante dei detenuti. Vero che la modifica può risultare importante per comprendere le attribuzioni dei Garanti regionali o locali, ma se il problema sono i colloqui dei

¹⁰ Nella lingua inglese, il reclamo è il *claim*, una richiesta, che tuttavia, come termine, deve la sua fortuna all'erompere delle moderne tecniche manipolative della pubblicità e del *marketing*. In effetti, il *claim* altro non è che una promessa fatta ai consumatori e ai clienti nel corso di una campagna pubblicitaria o di un accordo commerciale.

¹¹ Sono apportate lievi modifiche nominative: scompaiono gli ispettori e compare il provveditore regionale, si sostituisce il direttore generale degli istituti di prevenzione e di pena con il capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, al Ministro di grazia e giustizia succede il Ministro della giustizia.

detenuti al carcere duro penso che la previsione dell'art. 35 da sola non possa essere risolutiva.

Quello che voglio dire è questo. Nella logica di fondo dell'art. 35 risiede una duplice prospettiva pericolosa. Da una parte, è come se alimentasse qualcosa che avrebbe bisogno di essere abbandonato. Se nel 1975 poteva anche apparire "a difesa dei detenuti", oggi a me sembra che prevedere una disciplina specifica sul diritto di reclamo generico aiuti unicamente coloro che pensano che la detenzione, oltre alla libertà personale, possa (e debba) limitare anche altro. Non vale rispondere che è solo una previsione che procedimentalizza l'effettività di un diritto.

Infatti, dall'altra parte, l'art. 35 legittima la tesi che per "alcune cose" esiste una via e per "altre" una differente. Il fatto che ancora esista l'art. 35 autorizza i giudici a ritenere che per alcune cose al detenuto è dato di rivolgersi al direttore del carcere, mentre per altre al giudice. Se al detenuto è sequestrata una foto della madre defunta, perché eccede di pochi centimetri le misure massime consentite dal regolamento del carcere, ecco che la via giusta da seguire è il reclamo generico: la sua voce protestante, la sua irresistibile penna devono essere rivolte al direttore del carcere, al provveditore, al capo del DAP; se è fortunato, potrà approfittarne e confrontarsi con le autorità giudiziarie e sanitarie in visita; in ogni caso, ci sono sempre i Garanti, così come il presidente della Giunta regionale; e proprio per non farsi mancare nulla, potrebbe scrivere anche al Capo dello Stato, coinvolgendolo in quello che per il detenuto è un dramma, non poter vedere la madre morta nemmeno in una foto, non gigantesca, ma di misure normalissime. Cosa volete che abbia da fare di altro il Capo dello Stato...

Rimane scoperto un solo destinatario: il magistrato di sorveglianza. Tuttavia, il fatto che sia compreso tra i destinatari del reclamo generico aggrava la questione. Ma che senso ha potersi rivolgere ad un giudice e ottenere da un giudice quello che si potrebbe ottenere dal direttore del carcere o per immensa fortuna dal Capo dello Stato?

Per forza poi la magistratura di sorveglianza è sentita (e forse anche vissuta da alcuni diretti interessati) come una sorta di giurisdizione di seconda categoria, una sorta di giurisdizione amministrativa penitenziaria. Sta progressivamente facendosi spazio, questa magistratura di sorveglianza. Ma non è ancora una giurisdizione di serie A! Un pensiero folle, ma è vero o no che la filosofia di fondo dell'art. 35, passata immune anche dopo *Torreggiani*, è del tutto insufficiente, anzi indicativa di come il nostro ordinamento guarda al mondo del carcere, dei detenuti e dei magistrati che devono garantire l'umanità della detenzione?

Qualcuno potrebbe sensatamente negare ad un detenuto di scrivere al Capo dello Stato in una busta...chiusa? Vi è bisogno di scriverlo nero su bianco? L'affermazione legislativa di un ovvio costituzionale rischia di compromettere le tutele che spettano al detenuto: se il problema è risolvibile dal direttore del carcere, non è che serve dire che il detenuto può rivolgersi al direttore del carcere, quello che conta è dare la possibilità al detenuto di potersi rivolgere ad un giudice, il quale deve avere determinati poteri per obbligare il direttore a rimediare la protesta¹².

¹² Si potrebbe sostenere che il 35 secco ha un suo residuale senso. Questo: quello di evitare una marea di

Tutti sappiamo benissimo che, se il detenuto si rivolge al magistrato, utilizzando l'art. 35 secco, la situazione che si produce è davvero ai limiti della tolleranza: nessun obbligo di risposta in caso di accoglimento del reclamo, nessuna possibilità di impugnazione, nessun contraddittorio, niente, lo zero più assoluto, un deserto che non va riempito, ma va cancellato, per concentrarsi sulla vera disposizione importante, quella di cui all'art. 35 *bis*.

6. Una proposta: unificare i reclami, proteggere le persone.

Cerchiamo ora di riavvolgere i fili del discorso fin qui avanzato. Come ho detto in apertura, lo scopo che mi sono prefissato è quello di svolgere delle argomentazioni di taglio generale. Tengo fede a questo impegno, tuttavia devo anche dire che non riesco a costruire una griglia di ipotesi che dovrebbero ricadere sotto il reclamo generico, quasi a giustificarne l'esistenza. Davvero non riesco a comprendere il motivo per il quale, anche a fronte di un'aspettativa di mero fatto – del tipo di quelle che provocano una risata da parte di molti – si debba prevedere che a rispondere ad un detenuto sia un soggetto che giudice non è (il direttore, il provveditore, il Presidente della Giunta regionale, il Capo dello Stato, il Garante) o un giudice ma solo con una procedura, come si dice, *de plano*. Il detenuto ha di fronte un non giudice o un quasi giudice.

Perché, se un detenuto si lamenta del fatto che i colloqui con i famigliari non sono calendarizzati, noi dovremmo affidare la risposta a questa lamentela ad un giudice che adotta una procedura *de plano*, che significa in un deserto di garanzie? Siamo forse certi che si tratti di una aspettativa di mero fatto o comprendiamo benissimo che, in realtà, può essere un momento fondamentale del programma-progetto trattamentale e quindi della rieducazione come scopo della detenzione? Non ho la soluzione, dico solo che la risposta la dovrebbe dare un giudice, il giudice di cui all'art. 35 *bis*, depurato dal riferimento ai soli diritti. Perché noi dobbiamo in partenza pensare che esista qualcosa di mero fatto e qualcosa che invece è diritto? La conseguenza, affidare il primo caso a organi non giurisdizionali o a giudici che non sembrano giudici, che lavorano *de plano*, mentre il secondo caso ad un vero e proprio giudice, viene da sé.

Quello che veramente serve è un diverso approccio in termini generali. Altrimenti poi rimaniamo meravigliati quando un giudice coraggioso, questa volta di legittimità, ha detto una cosa semplicemente sacrosanta, in merito all'onore della prova dentro il perimetro dell'art. 35 *ter*. Se un detenuto presentava un reclamo, se il giudice chiedeva conto all'amministrazione e se l'amministrazione non rispondeva, è mai possibile che la soluzione era che il reclamo andava rigettato? Il nostro problema è di

iscrizioni di reclami *ex art. 35 bis*, anche laddove i problemi evidenziati sono davvero bagatellari, risolvibili per le vie brevi dal carcere. Il giudice chiede chiarimenti al carcere e il problema riesce in fretta a risolversi. Vero, si tratta di un beneficio non trascurabile. Tuttavia, non è forse vero che, anche senza la formale presenza dell'art. 35 secco, il magistrato potrebbe benissimo fare le sue interlocuzioni con il direttore del carcere? Io penso di sì, bastando a tale proposito il ruolo generale che la legge assegna alla magistratura di sorveglianza.

approccio generale¹³. Dobbiamo sforzarci affinché le decisioni del magistrato di sorveglianza siano eseguite. Non dobbiamo ingegnarci per impedire che il magistrato possa fare appieno il proprio mestiere!

In una delle più importanti decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione, riguardanti i nostri problemi, vi è un passaggio molto significativo. Mi riferisco a Sezioni Unite, n. 25079, 26 febbraio 2003, *Gianni*. Ecco cosa dicono le Sezioni Unite, ai §§ 8 e 9.

Per quale motivo il caso che si andrà a risolvere merita di essere inquadrato rispetto ai soli colloqui visivi e telefonici? La domanda che le Sezioni Unite si pongono serve perché le stesse Sezioni Unite ritengono “davvero indispensabile” dissipare ogni equivoco circa la prospettabilità nel sistema di un’indiscriminata attività “sostitutiva” (le virgolette sono delle Sezioni Unite) da parte del giudice nell’ambito della normale gestione della vita in istituto.

Per quale motivo si vuole dissipare ogni equivoco? Per due motivi. Se la Cassazione andasse oltre, riferendosi a situazioni nelle quali non è in discussione una posizione soggettiva tutelabile da un giudice, si correrebbe il rischio di 1) “immobilizzare l’attività amministrativa” e 2) di “cancellare un modello”, quello del reclamo generico, il quale, fuori dalle materie oggetto di riserva giurisdizionale, “può ancora esplicare una sua funzione, lato sensu, di garanzia”.

Spiego il motivo perché dissento radicalmente da questa affermazione. Da una parte, non capisco il motivo per il quale, se ogni atto dell’amministrazione potesse essere portato dinanzi ad un giudice con il reclamo giurisdizionale, la conseguenza sarebbe immobilizzare l’attività amministrativa. Chi lo dice? È possibile dare per scontato un esito che può essere differente? In ogni caso, questo è lo stato di diritto, potremmo tagliare corto. Che poi il rischio possa essere immobilizzare l’attività amministrativa, è un rischio che dobbiamo dirci pronti a correre, se crediamo nella sottoposizione di ogni potere al diritto e ad un giudice che esercita le sue attribuzioni in chiave giurisdizionale.

Non di meno, è la seconda precisazione delle Sezioni Unite quella più interessante. Se tutto quanto decide l’amministrazione penitenziaria potesse essere portato dinanzi ad un giudice vero e proprio, ad un giudice giurisdizionale, non ad un giudice *de plano*, il rischio sarebbe quello di cancellare il modello del reclamo generico che, invece, può avere ancora una sua funzione “lato sensu” di garanzia. Non comprendo il “lato sensu”. È una “lato sensu” garanzia quella di adire un giudice il quale al massimo può rivolgersi al direttore del carcere per esporgli un problema sollevato dal detenuto, che può fare la stessa cosa da solo, non ottenendo giuridicamente nulla dal

¹³ Si veda Cassazione, Sez. I, 11 maggio 2018, n. 23362, *Lucchese*, il cui approccio non è stato ancora contestato da altre pronunce di legittimità. Il motivo è semplice: il buon senso è uno. Ma non è solo l’onere della prova quello che conta. Ciò che rileva è che in *Lucchese* della Cassazione vi è una sorta di progetto e di promessa, che riguarda in termini più generali l’approccio da tenere di fronte alla materia penitenziaria. Vedremo se ci saranno altri casi da risolvere con la medesima impostazione e vedremo se sull’onere della prova ci saranno altre occasioni per limare il contenuto minimo che deve avere l’istanza del detenuto. Tuttavia, il dato la Cassazione lo ha tratto, proprio perché riguarda sia il tema concreto del caso sia l’approccio generale al penitenziario. Per un utile riferimento anche al *favor rei* in tema di onore della prova, cfr. E. GRISONICH, [Ancora incertezze interpretative sull’art. 35-ter ord. pen.: dubbi in materia di ripartizione dell’onere della prova](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2018, p. 5 ss.

reclamo generico al giudice? Io sarei per dire che non è una garanzia, punto e basta. Non lo è per il detenuto, ma non mi sembra nemmeno appagante la prospettiva che ne viene fuori per il giudice stesso, che nel perimetro del reclamo generico è come se fosse un giudice “lato sensu”.

Capovolgiamo radicalmente il nostro approccio. Diviene più immediato comprendere che una garanzia esiste o non esiste. Delle garanzie “lato sensu” non ne abbiamo bisogno. Proviamo a partire dai casi della vita per giungere a considerazioni di taglio generale, che possono spingere verso l’idea che qui sostengo, la necessità omogeneizzare la triplice prospettiva dell’art. 35, dell’art. 35 *bis* e anche dell’art. 35 *ter*.

Mi vengono in mente tre casi, realmente accaduti¹⁴. Il detenuto chiede di poter incontrare periodicamente il proprio cane; si lamenta di essere collocato in un circuito penitenziario; e vorrebbe gli fosse assegnato un educatore piuttosto che un altro. Tutti casi risolti, negativamente, ai sensi dell’art. 35 secco.

Tutte aspettative di mero fatto? Tutte questioni che ammettono al massimo una decisione *de plano*? Non voglio argomentare nel merito, vorrei unicamente che si potesse ragionare come se si fosse di fronte ad una normalissima doglianza di un detenuto che ritiene il suo trattamento pregiudicato dal non poter vedere il proprio cane, dall’essere collocato in un circuito penitenziario, dal non poter dire la propria circa l’educatore più congeniale alle sue esigenze. Per me sono doglianze che meritano una risposta con tutti i crismi della giurisdizionalità, con il fondamentale contributo in contraddittorio della parte pubblica, con la possibilità di impugnare la decisione e via dicendo.

Se anche si dicesse, come dice la sentenza *Gianni* delle Sezioni Unite, che esistono delle scelte di puro merito amministrativo, resta il fatto che, per comprendere se si è in ipotesi di eccesso di potere, il minimo è giurisdizionalizzare la procedura. Certo che alcune scelte competono all’amministrazione penitenziaria, ma, una volta prese, è incomprendibile come si possa accettare una procedura che, al massimo, potrà finire con il magistrato di sorveglianza che si limita a segnalare il problema all’amministrazione penitenziaria che quelle scelte ha preso¹⁵.

Non che lo sfacelo delle carceri italiane e la inumanità nella quale vivono i detenuti si possano imputare solo al reclamo generico. Ma qualche colpa ce l’ha e la logica che lo sorregge ne ha più di una. In fondo, se un detenuto chiede di poter vedere il proprio cane, saprà il direttore del carcere quello che si deve fare. Faccia eventualmente

¹⁴ Devo questi casi e quelli che farò in seguito al ricchissimo e stimolante contributo di C. RENOLDI, *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell’amministrazione penitenziaria*, in *Antigone*, 2-3/2001, p. 80 ss., al quale il lettore si può riferire per le specifiche indicazioni. Le conclusioni cui giungerò divergono da quelle prospettate dall’Autore, ma resta il fatto che molto dipende dall’approccio, poiché poi nel merito ciascun caso della vita può essere sicuramente risolto non a favore del detenuto.

¹⁵ Se il magistrato di sorveglianza può far valere un vizio interno all’atto amministrativo, ad esempio la contraddittorietà della motivazione, che da figura sintomatica dell’eccesso di potere è divenuta violazione di legge, il punto dal quale partire è che il suo controllo-critica non è ristretto a questioni procedurali o per così dire formali. E la conseguenza è che per un’attività di questo tipo si deve poter procedere in chiave giurisdizionale, disponendo del contraddittorio tra le parti. In materia disciplinare, è questo il convincente ragionamento che si trova in Magistrato di sorveglianza di Alessandria, ordinanza 15 settembre 1995, *Carta*, pubblicata in *Cass. pen.*, 1996, p. 1635 ss., un giudice che seppe vederla molto lunga, un giudice lungimirante.

qualche concessione, ma non esageri, in fondo sono detenuti. E poi i giudici hanno altro di meglio di cui occuparsi¹⁶.

6.1. *Un caso ipotetico, non di scuola*

Resto convinto che invece di straparlare sia meglio ragionare. Lo faccio costruendo un esempio, che è ipotetico, non essendo riuscito a trovare un caso di questo tipo nella realtà¹⁷.

Il detenuto ha messo in vendita la propria abitazione. Oggi non è facile vendere casa. Ha ricevuto qualche offerta, ma sono troppo basse. Ad un certo momento, la moglie lo avvisa che è arrivata l'offerta giusta, ma l'affare si deve concludere in brevissimo tempo. Il possibile acquirente deve partire per un lungo periodo di lavoro. Normale, no? Ad una persona può andare bene comprare un immobile solo entro una certa data, altrimenti non se ne fa nulla. A questo punto, il detenuto domanda la possibilità di incontrare il tutore, al quale spetta formalizzare l'atto di vendita nel caso di interdizione legale. Possono sorgere dei problemi: il detenuto ha esaurito il numero di colloqui oppure in quel penitenziario si effettuano i colloqui solo i primi due giorni della settimana. Consideriamo questa seconda ipotesi.

Stiamo davvero discorrendo di una situazione di mero fatto, da risolvere solo con il direttore del carcere? E se il detenuto riceve una risposta negativa? Nulla è perduto. Ancora potrebbe farcela. Gli rimangono alcuni giorni a disposizione. Decide di rivolgersi al giudice. Invece di finire, i suoi problemi aumentano.

Se è il giudice del 35 secco, bene che vada il giudice può telefonare al direttore per dirgli esattamente le stesse cose che gli ha detto il detenuto. Penso che il magistrato possa telefonare al direttore. Se non telefona, può andare in carcere, sperando non debba aspettare ore per essere ricevuto, come capitava a Sandro Margara. Potrebbe andare in carcere, ma per fare cosa? Per raccontare la stessa storia che il direttore già conosce perché gli è stata esposta dal detenuto? Non saprei proprio, se fossi un detenuto, rilevare l'utilità del reclamo generico al magistrato. Sarebbe inaccettabile se si dicesse che la parola del magistrato conta più di quella di un detenuto.

¹⁶ E voglio essere sincero: non è la logica che sta dietro l'eliminazione del ricorso personale in Cassazione anche nel penale? Voluta dalla Cassazione, recepita dal legislatore, fino ad ora graniticamente difesa dalla stessa Cassazione. Certo che si riducono i ricorsi, tuttavia a me suscita davvero un senso di ingiustizia vedere delle ordinanze tutte identiche della Cassazione che dichiarano l'inammissibilità, dopo che è proprio grazie ai ricorsi personali che il giudice di legittimità ha costruito la sua recente giurisprudenza sugli artt. 35 *bis* e 35 *ter*. Non si riesce a comprendere che quando un detenuto scrive di suo pugno un ricorso sta concretizzandosi la rieducazione. Usa lo stato di diritto per chiedere di porre fine ad una ingiustizia, esattamente quanto non ha fatto prima di finire in una cella. Dietro ad un ricorso personale ci sono mesi e mesi di educatori che hanno aiutato il detenuto, ci sono mesi e mesi di confronto con altre persone, ma soprattutto vi è una persona che inizia a comprendere cosa si deve fare in uno stato di diritto. Spero che qualche giudice di legittimità si ribelli, sollevando questione di costituzionalità, anche in caso di ricorso inammissibile.

¹⁷ Devo lo spunto del caso sempre allo scritto di Carlo Renoldi sopra citato, che tuttavia lo risolve in modo diverso.

Alcuni potrebbero sostenere che il reclamo generico al magistrato garantisce celerità alla trattazione delle proteste dei detenuti. Sarà, ma se il direttore è testardo la celerità è quella con la quale i reclami finiscono nel cestino. E il direttore non avrebbe tutti i torti se si scocciasse: mi hai chiesto di incontrare il tutore per la vendita della casa e ti ho già risposto che i colloqui qui si fanno dal lunedì al martedì; essendo oggi giovedì, non ti posso concedere un bel nulla; se a domandarmelo è il magistrato del reclamo generico, dirò a lui la stessa identica cosa. Sei contento? Tutto in fretta, tutto uguale.

Vediamo il caso del 35 *bis*. Ho ottenuto il diniego del direttore, mi sono rivolto al giudice, ma in entrambi i casi non ho ottenuto nulla dal reclamo generico. Propongo immediatamente reclamo giurisdizionale. Nulla vieta che il magistrato fissi rapidissimamente la trattazione del reclamo. Vi è scritto da qualche parte che è fatto divieto fissare la trattazione di un reclamo il giorno dopo averlo ricevuto? Non penso. Capito il problema, il magistrato fissa subito la trattazione, alla quale ha diritto di comparire l'amministrazione interessata. Verrebbe da dire: finalmente, ci siamo. Se poi il giudice darà ragione o torto al detenuto è un'altra questione, quello che conta è essere di fronte ad un giudice vero, non al giudice *de plano*.

Cosa potrebbe accadere? Nella migliore delle ipotesi, il giudice dà ragione al detenuto: è attuale e grave il pregiudizio del quale si lamenta il detenuto, che limita (in realtà azzera) la possibilità di disporre liberamente delle cose di proprietà, quindi anche di venderle, che in salsa convenzionale significa rispettare i beni delle persone, cosa che include appunto la possibilità di venderli. Non sarebbe difficile, per il giudice, concludere in questo modo: comprendo la necessità di un ordinato accesso alle sale colloqui, ma il carcere è fatto per limitare la libertà personale, non è progettato per non far vendere le case.

Nella peggiore delle ipotesi, al contrario, ecco cosa potrebbe avvenire: il giudice decide di non decidere perché pensa di trovarsi di fronte a mere situazioni di fatto. La cosa giusta da fare è il reclamo generico. Si renderà conto che questa soluzione apparirà quanto meno singolare (è stato già fatto il reclamo generico... magari allo stesso giudice), tuttavia è quello che gli permette di fare il 35 *bis*.

Non è finita. Chi non farebbe, a questo punto, un ricorso *ex art. 35 ter*? Mi sono rivolto al direttore del carcere e ha detto che non si può fare. Ho poi diretto la mia protesta al giudice *de plano* e anche a lui il direttore ha risposto picche. Ho deciso allora di rivolgermi ad un giudice vero e proprio, ma mi ha detto che il mio era una mera situazione di fatto. Morale: la casa non è stata venduta, l'acquirente si è volatilizzato, io penso di aver subito un trattamento inumano e degradante. Lo faccio o no il ricorso *ex art. 35 ter*? Se fossi il nostro detenuto immaginario, io lo farei.

Chiedo scusa per i numeri che seguono, ma sono per intendere il motivo del ricorso *ex art. 35 ter*.

Anche se, per diverse cause, il 2017 è stato un anno (molto) anomalo, al 31 dicembre pendevano alla Corte di Strasburgo circa 50.000 casi. Ogni giorno arrivano a quella Corte circa 10 ricorsi provenienti dal nostro paese. Il nostro detenuto potrebbe ringalluzzirsi: perché non dovrei provarci?

Sempre durante il solo anno 2017, la Corte ha preso posizione su circa 86.000 casi, adottando un migliaio di sentenze. Se anche volessi limitarmi a questo migliaio, forse

riuscirei a trovare un caso non molto dissimile dal mio. Se non lo trovo, inizio a fare la ricerca storica, di anno in anno fino alla prima sentenza della Corte. Sono decenni e decenni di sentenze. D'altro canto, sempre stando al 2017, ma questo dato è lineare da molti anni, su un migliaio di sentenze sono state ben novecento le sentenze che hanno dichiarato la violazione di (almeno) un articolo della Convenzione. Uno sprono per chiunque, anche per il detenuto del nostro ipotetico caso.

Ma ecco le sue migliori cartucce da spendere. Di queste novecento violazioni, 180 riguardavano trattamenti inumani e degradanti (e 13 il caso di tortura, che obiettivamente non è il nostro). Il 20% delle violazioni riscontrate nel 2017 riguardavano trattamenti inumani e degradanti. Una volta su cinque, quando quella Corte si è espressa, ha parlato di trattamenti inumani e degradanti.

Rimane qualche dubbio? Scompare subito. Abbiamo detto che, nel 2017, le violazioni per trattamenti inumani e degradanti sono state 180. Quante sono state in un arco temporale più esteso? Dal 1959 al 2017, la Corte ha adottato 20.637 sentenze, delle quali 17.307 di violazione di (almeno) un articolo della Convenzione. In quanti casi la violazione ha riguardato trattamenti inumani e degradanti? La risposta esiste e si porta via i rimanenti dubbi del detenuto: in 2.044 casi, dal 1959 al 2017, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 3 (quelle legate al divieto di tortura sono meno, "solo" 148)¹⁸.

Il detenuto si è convinto, farà ricorso *ex art. 35 ter*. Dato che non deve essere il reclamante ad indicare un caso specifico, basta descrivere i fatti come sono andati e domandare al giudice se l'impossibilità di vendere la casa si può considerare un trattamento inumano e degradante.

Il lettore forse si aspetterà che chi scrive tiri fuori dal cilindro il caso perfetto già deciso a Strasburgo, uguale a quello ipotetico qui ricostruito. Mi spiace, non ho fatto questa ricerca. Voglio però unicamente dire che se il giudice italiano si mettesse davvero ad indagare tutte le 2.044 violazioni dell'art. 3 della Convenzione, così come gli impone di fare l'art. 35 *ter*, non dico che è probabile trovi qualcosa di interessante, ma di certo non sarebbe una ricerca perdente in partenza. Qualcosa potrebbe trovare, questo mi limito a dire.

Ripeto quanto sostenuto in precedenza. Dentro l'art. 3 della Convenzione può esserci di tutto e veramente si trova di tutto: se è un trattamento inumano e degradante privare il detenuto dei propri occhiali per alcuni mesi, perché dovremmo in partenza dire che non lo è il non aver dato la possibilità al detenuto di vendere la casa per esigenze di un ordinato accesso ai colloqui in carcere¹⁹?

¹⁸ Tutti i dati riportati sono ufficiali, dal momento che compaiono nella sezione *Statistics* del sito internet della Corte.

¹⁹ Il caso degli occhiali è *T.K. v. Lituania*, Quarta Sezione, 12 giugno 2018, unanime per quanto riguarda la violazione dell'art. 3 (al momento in cui scrivo, pende l'esame per il *referral*). Faccio presente che la Corte si sofferma anche su cosa ha fatto il detenuto per avere indietro gli occhiali. E conclude che ha fatto quello che avrebbe potuto fare. Il punto è interessante. La soluzione del caso sarebbe stata forse differente di fronte all'inerzia del detenuto. Ma, tornando al caso ipotetico del quale abbiamo discusso nel testo, è chiarissimo che il detenuto ha fatto praticamente tutto quello che l'ordinamento gli consentiva di fare.

Quando pensiamo all'articolo 3 della Convenzione è come pensassimo all'art. 2 della Costituzione, in entrambi i casi possiamo leggerle come disposizioni che implicitamente tutelano la dignità umana. Con una differenza: l'art. 2 riguarda il nostro paese, l'art. 3 ha in pancia i casi occorsi sotto la giurisdizione di tutti i 47 Stati parti della Convenzione.

Proviamo a metterci nei panni del magistrato di sorveglianza italiano, concedendogli qualche filtro. Non si deve occupare di tutta la Convenzione. Ragioniamo sulle sole violazioni sostanziali e non procedurali di un articolo convenzionale, nel nostro caso l'art. 3. E concediamo anche il filtro più rilevante, proviamo a ragionare solo in riferimento ai detenuti, ai trattamenti inumani e degradanti che da un punto di vista sostanziale (non procedurale) hanno riguardato un detenuto.

Anche con questi filtri, quello che ne viene fuori è un panorama incredibile²⁰. Non penso esista ad oggi una pubblicazione né della Corte di Strasburgo né della dottrina che riporti tutti i casi di violazione riscontrati a fronte di un trattamento inumano e degradante occorso nei confronti di un detenuto in un carcere. Se la Corte ha considerato inumano e degradante proibire al detenuto di possedere un orologio, una penna e una bustina di tè, non è certo impossibile un caso nel quale la Corte ha accertato un trattamento inumano e degradante nei confronti di un detenuto al quale è stata negata la possibilità di vendere la propria casa per esigenze di ordinato accesso al carcere²¹.

E se, invece del nostro ipotetico caso riguardante la vendita della casa, il detenuto avesse chiesto al carcere di avere nella propria cella un pendolo, l'unico oggetto lasciategli dal defunto padre? Il reclamo generico potrebbe non avere esito. Quello giurisdizionale potrebbe non risolvere nulla: la solita questione di mero fatto, che non interessa a nessuno. Ecco che la persona pensa al 35 *ter*. E cosa fa il giudice italiano? Ancora una volta, non può escludere proprio niente, perché un pendolo vale come un orologio, una bustina di tè, una penna.

Un sistema del genere, alla lunga, può reggere? La proposta della quale qui discuto è di concentrare tutto in un unico articolo. Intendo dire, da un punto di vista intellettuale, senza necessità di pensare subito e immediatamente ad una riforma legislativa.

Da un lato, eliminiamo dal nostro orizzonte di pensiero il 35 secco. Il detenuto potrebbe fare tutto quello che è scritto dentro lì anche senza la previsione legislativa. Dall'altro lato, portiamo il 35 *ter* dentro il 35 *bis*. In primo luogo, andiamo oltre il riferimento al pregiudizio all'esercizio dei "diritti", ritenendo più che sufficiente, per comprendere se il pregiudizio esiste o meno, la valutazione del magistrato. In secondo luogo, riprogettiamo mentalmente il contenuto dell'art. 35 *ter* confluito nel nuovo art. 35

²⁰ Sono filtri che in ogni caso meritano di essere utilizzati con cautela, visto che proprio la giurisprudenza convenzionale sull'art. 3 dimostra che la dignità umana è indivisibile, non si può considerare una cosa in un carcere, un'altra in un centro di detenzione amministrativa, in un commissariato, in una questura e via dicendo.

²¹ Il caso della bustina di tè, dell'orologio e della penna è *Csullog v. Ungheria*, Seconda Sezione, 7 giugno 2011, definitivo 7 settembre 2011, unanime. Il detenuto non era pericoloso, ma dubito che, se lo fosse stato, sarebbe cambiato moltissimo.

bis, in modo tale di tentare di risolvere, primo, i profili di dubbia costituzionalità e, secondo, la questione del rinvio che definiamo mobile. Qualcuno è in grado di spiegare il motivo per il quale si deve accordare una riduzione di pena o il risarcimento solo quando vi è una violazione della Convenzione? Forse violare la Costituzione è meno rilevante? Nell'ipotesi dell'unificazione, il giudice potrebbe, se decidesse di accogliere l'istanza, intanto ordinare all'amministrazione di porre rimedio, poi, se necessario, disporre l'ottemperanza con tanto di commissario *ad acta* e, infine, decidere di accordare vuoi una riduzione di pena vuoi il risarcimento.

Il mio intento è quello di sottoporre al lettore una serie di idee. Se discuto di unificazione è per meglio evidenziare i problemi sul tappeto, che voglio affrontare in termini generali, non come se avessi nel cassetto bella e pronta una proposta di legge. E di certo servirebbe comunque un intervento legislativo per disciplinare i casi nei quali il pregiudizio è cessato e il detenuto avanza una domanda riparatoria.

7. Ritorno al passato, per orientarci nel futuro.

Vale la pena discutere un altro profilo che può avere importanza nell'ottica del ragionamento esposto. È sicuramente importante disporre di un unico plesso giurisdizionale che si occupi di tutto ciò che attiene al trattamento penitenziario. Tuttavia, si possono prevedere dei procedimenti tipizzati dinanzi alla magistratura di sorveglianza, riguardanti, solo per fare un esempio, il trattamento differenziato *ex art. 41 bis*.

Questo primo appunto mi pare possa giocare a favore della omogeneizzazione della quale discuto. O noi dimostriamo che il 35, il 35 *bis* e il 35 *ter* hanno ciascuno una propria logica e che, di conseguenza, possono essere in qualche misura previste tre distinte procedure, oppure corriamo il rischio di tipizzare qualcosa di non tipico. Ed il punto è che non riesco a rintracciare tre distinte logiche di fondo che giustificerebbero il mantenimento della triplice. Detto che, dal mio punto di vista, l'art. 35 non ha proprio alcuna logica, non ne vedo molta nemmeno nell'art. 35 *ter*. Se il problema è il sovraffollamento, non è forse vero che il sovraffollamento è una questione prima di tutto costituzionale? La risposta è sì. E ciò significa anche inglobare nel problema il rispetto degli obblighi internazionali: rispettando la Costituzione italiana noi rispettiamo anche la Convenzione europea, poiché, da un punto di vista concettuale, un trattamento contrario al senso di umanità non è poi così differenziabile da un trattamento inumano e degradante²².

Tutto pertanto ruota attorno al 35 *bis*. Uno dei problemi da risolvere, quello della distinzione tra i diritti e tutto quello che non costituisce diritti, trova una soluzione direttamente nelle due storiche sentenze del 1999 e del 2000 della Corte costituzionale, la n. 26, relatore Gustavo Zagrebelsky, la seconda, la n. 520, relatore Valerio Onida.

²² Non saprei argomentare meglio di quanto ha fatto a tale proposito A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, p. 1204 ss.

7.1. Lo stato di diritto nelle carceri.

Proviamo a passarle ai raggi X per l'ennesima volta. Non è questo il punto più rilevante della sentenza n. 26, ma voglio evidenziare che per l'Avvocatura dello Stato la questione di costituzionalità era infondata, tra gli altri motivi, perché il detenuto può "trovare comunque la propria tutela nei comuni mezzi e secondo le ordinarie regole di competenza previsti dall'ordinamento". Ricordiamoci che nel 1999 esisteva solo il 35 secco, il reclamo generico. Perché reputo interessante questa impostazione? Perché se l'Avvocatura dello Stato sostiene che il detenuto può andare dinanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo per far valere la sua doglianza, implicitamente afferma che non si deve per forza di cose trattare di diritti, ma possono essere altre e differenti cose. Sarei per sposare appieno questa tesi, concentrando tutto in un unico giudice, che è stato istituito apposta.

La magistratura di sorveglianza, per un detenuto, è tante cose insieme. È il suo giudice ordinario, visto che può risarcirlo. È il suo giudice amministrativo, visto che può porre fine a un pregiudizio causato da un atto dell'amministrazione penitenziaria. È il braccio armato del giudice costituzionale, una sorta di giudice della Costituzione nelle carceri. Soprattutto, *la magistratura di sorveglianza è quella magistratura alla quale il detenuto deve potersi rivolgere quando ritiene che il suo trattamento contrasti con il senso di umanità*: in questa forse banale considerazione sta la proposta della quale qui discuto.

Dato che siamo di fronte ad una vera e propria magistratura, a veri e propri giudici, questi devono esprimersi con sentenza o ordinanza, all'esito di un contraddittorio. A questi giudici di sorveglianza deve essere dato il privilegio di sapere che, se non compiono nel migliore dei modi il proprio mestiere, esiste un giudice che ne potrà criticare i risultati ai quali si è pervenuti, che sia il tribunale di sorveglianza e la Cassazione o la sola Cassazione è un'altra questione. Parlo di privilegio perché il pluralismo giurisdizionale deve riempire di orgoglio ogni giudice, che proprio perché sa di poter essere criticato da un altro giudice si dovrà impegnare nel migliore dei modi. Non è solo un problema per il detenuto non poter proporre "appello" ad alcun altro giudice, è un problema per l'intera giurisdizione, poiché la possibilità di essere criticati spinge a prendere sul serio il proprio mestiere.

Torniamo alla n. 29. Ecco una carrellata di termini che utilizza come alternativi alla parola "diritti"²³.

²³ Che con la n. 26 del 1999 in discussione fosse la qualificazione del significato stesso della funzione della magistratura di sorveglianza è fuori discussione. La stessa Consulta poi ribadisce un concetto espresso nell'ordinanza di rimessione: se il reclamo generico fosse giurisdizionalizzato, una conseguenza sarebbe anche quella di far diventare la Cassazione il garante di una uniforme applicazione del diritto nella materia penitenziaria. Due piccioni con una fava: se esiste solo il procedimento *de plano*, il magistrato di sorveglianza, così come la Cassazione, non possono fare il loro mestiere.

Partendo, dice la Corte, dal primato della persona umana, sul quale si basa la Costituzione, è la stessa Consulta che discute di diritti, ma anche di beni²⁴, di posizioni soggettive²⁵, di soggettività²⁶, di posizioni giuridiche di diritto sostanziale²⁷. Una *vis expansiva* indiscutibile. Dimostrata dal passaggio più emozionante che si trova in questa emozionante sentenza costituzionale:

“La questione prospettata invita a procedere oltre nell’opera, intrapresa da tempo dal legislatore e dalla giurisprudenza, di diffusione delle garanzie giurisdizionali entro le istituzioni preposte all’esecuzione delle misure restrittive della libertà personale, innanzitutto gli istituti carcerari, e a perseguire in tal modo, come obiettivo, la sottoposizione della vita in tali istituti ai principi e alle regole generali dello stato di diritto” (§ 3.2 *cons. dir.*).

A fronte di un’affermazione del genere, a fronte di un uso indistinto di diversi termini per parlare di diritti, quale il senso della tripartizione art. 35/art. 35 *bis*/art. 35 *ter*? Se il giudice del 35 *bis* non ritiene lesi diritti, deve entrare nel merito della questione e risolverla in senso negativo, dichiarandola infondata. A quel punto, la persona non avrà un diritto. Ma non può il giudice del 35 *bis* rigettare la questione sostenendo che non si tratta di un diritto ma di qualche cosa di altro (un mero fatto, una mera aspettativa e via dicendo) e che, pertanto, la strada corretta è il reclamo generico. Per sostenere che non è un diritto, ma qualcosa di altro, deve entrare nel merito.

²⁴ Il passaggio è noto. L’ordinanza di rimessione discuteva di diritti costituzionalmente garantiti, mentre la Corte, quasi sgridando il giudice *a quo*, sostiene che il problema riguarda diritti e appunto beni che devono essere garantiti indipendentemente dalla loro collocazione, anche nel caso di diritti e beni “non aventi fondamento costituzionale” (§ 3.2 *cons. dir.*). L’ordinanza di rimessione, in ogni caso, chiedeva di valutare la costituzionalità (rispetto agli artt. 3 e 24 Cost.) della mancata estensione della procedura dell’art. 14 *ter* anche nel caso di reclamo del detenuto avente ad oggetto la “lesione immediata e diretta di diritti costituzionalmente garantiti”. Una formulazione interessante: immediata e diretta sono forse termini migliori di attuale e grave, specie rispetto alla intensità della lesione, nel senso che la seconda formulazione, che poi è quella oggi in vigore, sembra implicare che ci siano lesioni gravi e lesioni lievi, quando in realtà siffatta distinzione appare quanto meno discutibile. Non sarebbe molto meglio la formulazione utilizzata dal giudice *a quo*? Per me sì, perché l’entità della lesione la deve decidere il giudice, senza partire da alcuna base normativa che la definisca grave, visto che un trattamento contrario al senso di umanità per essere tale non deve essere anche grave.

²⁵ Il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria è estraneo al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana (§ 3.1 *cons. dir.*).

²⁶ Siamo sempre al § 3.1 *cons. dir.* e appena dopo aver parlato di soggettività, la Corte sostiene che “la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell’uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale”.

²⁷ Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possono essere fatte valere (sempre § 3.1 *cons. dir.*). Questo punto sarà ripreso dalla n. 526 del 2000, come vedremo.

Ecco il motivo per il quale il mantenimento del 35 secco è pericoloso, così come andrebbe letta in termini espansivi, come fa la Corte costituzionale, la parola diritti del 35 *bis*. E, per quanto riguarda il 35 *ter*, fissità e rinvio a parte, il suo cuore è *già dentro* nel 35 *bis*, poiché il magistrato di sorveglianza ha il compito di valutare se è o meno contro il senso di umanità un atto o un comportamento dell'amministrazione che il detenuto ritiene lesivo della propria persona e della sua vita dentro un carcere. Un diritto, un bene, una posizione soggettiva, la sua soggettività, una posizione giuridica di diritto sostanziale. A chi importa quale sia il termine corretto? A me importa che il giudice con il reclamo giurisdizionale si pronunci sul chiesto.

La incostituzionalità per omissione dichiarata nel 1999 è stata colmata dal legislatore più attento alle sentenze pilota di Strasburgo che alle formidabili sentenze della Consulta. Ci sono voluti più di dieci anni, ma alla fine il legislatore è arrivato. Il punto è che la soluzione escogitata non sembra perfettamente in linea con l'origine di tutto, quella sentenza n. 26 che davvero andrebbe letta e riletta, come dice essa stessa, per portare finalmente lo stato di diritto (e la Costituzione) dentro il carcere e dentro ciascuna cella.

7.2. Senza un (vero) giudice non esistono diritti.

Vediamo brevemente la n. 526 del 2000, non meno emozionante. Non sono affatto persuaso dalla distinzione, che anche questa sentenza conferma, tra il "famoso" residuo di libertà personale e il trattamento penitenziario vero e proprio. Ma è un'altra questione. Quello che interessa è che, ancora una volta, la Corte usa in modo indistinto, per parlare dei diritti dei detenuti, almeno tre altri termini.

Intanto, i limiti sostanziali in materia di perquisizioni riguardano il rispetto della personalità, che ha una portata sostanzialmente equivalente al rispetto della dignità (§ 6 *cons. dir.*). Sempre poi in riferimento al problema del quale si occupava, appunto le perquisizioni, la Corte discute di diritti della personalità, dai quali derivano i limiti sostanziali al potere di perquisizione (§ 7 *cons. dir.*). La conclusione è straordinaria.

Dopo aver sostenuto che i limiti alle perquisizioni derivano anche dal diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale, il quale accompagna per necessità costituzionale ogni situazione soggettiva protetta – introducendo un nuovo termine, il terzo, quello di situazione soggettiva protetta – ecco la frase che, tanto quanto quella sopra riportata della n. 26, merita di essere ritagliata e attaccata in copertina di un quaderno intitolato al mestiere del giudice:

"Sarebbe infatti vano rinvenire nel sistema legislativo il riconoscimento dei diritti del detenuto, se non sussistessero forme di tutela giurisdizionale degli stessi, o queste non risultassero efficaci per mancanza dei presupposti necessari all'esercizio del controllo giurisdizionale" (§ 7 *cons. dir.*).

Praticamente è tutto scritto in queste tre righe. Come Norberto Bobbio per la filosofia del diritto era capace di riassumere in sole tre righe il pensiero secolare espresso

da decine di filosofi, così la Consulta arriva in modo semplice e chiaro al problema dei problemi.

Il 35 *bis* sbaglia quando usa la parola diritti, poiché questi esistono solo dopo la pronuncia del giudice. Radicale quanto possa essere, è la pura verità. Che poi sia una verità che precede o che è stata sancita dalla Costituzione italiana è un tema che qui non posso approfondire. Quello che mi sembra comunque vero è che, se non esistesse una forma di tutela giurisdizionale, sarebbe una ricerca vana quella di individuare nel sistema il riconoscimento di un diritto. Esistenza e riconoscimento di un diritto sono la stessa cosa. Se esistesse e basta, cosa sarebbe? Ci vogliono l'una e l'altra, la sua esistenza e il suo riconoscimento, se si vuole parlare di diritto.

Un detenuto poteva quanto voleva sostenere che aveva il diritto di accedere alla procreazione medicalmente assistita, ma fino a quando non vi è stato un giudice che ha detto che sì quello era un diritto anche dei detenuti, l'idea di partenza del detenuto, prima dell'intervento del giudice, era solo una idea.

Da qui nasce la convinzione che non regge, così come è oggi disciplinato, il triplice approccio di cui agli artt. 35, 35 *bis* e 35 *ter*. Il detenuto si dovrebbe rivolgere ad un solo giudice, quello del 35 *bis*, il quale non potrebbe dire che la richiesta del detenuto attiene a una aspettativa di mero fatto e che pertanto deve fare un reclamo generico. No, si apre e si chiude lì la partita. Se non è un diritto, pazienza per il detenuto, potrà impugnare, potrà avere un pieno diritto di difesa, anche proponendo la questione di costituzionalità e via dicendo. Se è un diritto, la pazienza la deve avere l'amministrazione, perché deve attuare quanto deciso dal giudice. Il reclamo del detenuto è fondato o non è fondato? Punto. Questa la domanda che conta. Rigettarla perché non riguarda un diritto, sottintendendo o dicendo che la via giusta è il reclamo generico, non ha veramente alcun senso.

Ho già detto sopra rispetto al 35 *ter*: non è difficile sostenere che non poter mettere al mondo un figlio, solo perché si è in carcere, potrebbe consistere in un trattamento inumano e degradante, che sarebbe in contrasto con la Convenzione e, allo stesso identico modo, potrebbe rivelarsi un trattamento contrario al senso di umanità, che andrebbe ricostruito in termini di contrasto con la Costituzione. Ovviamente, un bravo avvocato, così come un bravo giudice, devono sapere che le due violazioni non sono alternative, ma possono essere congiunte. A volte può essere così, a volte no, ma deciderlo è il mestiere del giudice, al quale vale la pena solo fare presente che, nella stragrande maggioranza dei casi, se noi rispettiamo la nostra Costituzione stiamo anche rispettando la Convenzione. Per questo il cuore dell'art. 35 *ter* è rinvenibile dentro l'art. 35 *bis*.

Lasciamo perdere gli approcci formali. Anche la sentenza n. 526 del 2000 aggiunge termini secondo i quali qualificare un diritto. Discute di personalità, che dichiara equivalente a dignità; parla di diritti della personalità; infine, di situazioni soggettive protette. Scegliamo il termine che vogliamo, ma non è questo il problema. Nemmeno conta dove il reclamo del detenuto può trovare collocazione, se nel testo costituzionale direttamente, in una legge, in un regolamento e anche molto più semplicemente nel buon senso e nella comune esperienza. Nemmeno importa se la normativa cui riferirsi discute di diritti o di interessi o utilizzi qualsiasi altro termine.

Quello che veramente fa la differenza è il problema del detenuto e la risposta nel merito che un giudice (vero, non *de plano*) gli darà. È così che va avanti la giustizia, è così che il mondo del diritto non resta sempre uguale a sé stesso. L'idea che un detenuto abbia il diritto di poter vedere al colloquio il proprio cane è oggi probabilmente simile all'idea che poco tempo addietro si aveva quando si pensava al detenuto che voleva accedere alla fecondazione medicalmente assistita. L'idea pazza di allora oggi è realtà, è un diritto. L'idea pazza di oggi (riguardo al cane) chissà che non diventerà anche questa, un domani, un diritto.

Un detenuto ha tutto il *diritto* del mondo di rivolgersi ad un giudice sostenendo che ha dovuto fare la doccia per sette mesi con poca acqua e sempre fredda e che questo ha leso la sua persona. È quello accaduto a Nelson Mandela per dieci anni della sua lunghissima detenzione. Non saranno tutti Nelson Mandela i detenuti italiani, ma in molti sanno cosa significa fare la doccia fredda, per molti mesi, anche di inverno²⁸.

Nel momento in cui il giudice dovesse ricevere questo reclamo riguardante la doccia fredda, a lui la parola, con la sua motivazione si deve pronunciare sul chiesto: il senso di umanità è stato violato, sì o no? Come funziona oggi? Il giudice dell'art. 35 *bis* può rigettare perché l'istanza non riguarda l'esercizio di un diritto. A questo punto, se già non lo ha fatto prima, il detenuto farà il reclamo generico. E attenzione: siamo già in un campo nel quale non si può parlare di tutela qualificabile in termini giurisdizionali, sembra un paradosso, anche se il detenuto si sta comunque rivolgendo ad un giudice.

E cosa potrà mai fare questo giudice del reclamo generico? Niente, una cosa fine a sé stessa, come disse la Consulta nella n. 29 del 1999 (§ 3.3 *cons. dir.*). Il giudice informerà "nel più breve tempo possibile" il detenuto che ha presentato istanza o reclamo, orale o scritto. Di cosa? Dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il "mancato accoglimento" (così l'art. 75, comma 4, reg. esec.). Si badi, dei motivi, termine scaltro che fa intendere che di motivazione nemmeno l'ombra. Un giudice normale scrive una motivazione, il giudice del reclamo generico i motivi. Siamo davvero sicuri che valga la pena mantenere in vita una cosa del genere, considerando anche la pericolosità insita nel fatto che è proprio l'esistenza del reclamo generico a poter giustificare il comportamento del giudice dell'art. 35 *bis* quando ragiona di interessi di mero fatto, scegliendo la via del rigetto e non quella della infondatezza?

Posto che un altro argomento per sostenere che l'art. 35 secco merita di essere oscurato in sé è appunto legato al fatto che la motivazione è la dignità del giudice e che, di conseguenza, il 35 secco viola la dignità del giudice, è chiaro che la sua eventuale cancellazione obbligherebbe il giudice dell'art. 35 *bis* a fare veramente il suo mestiere, a convincersi che non si rigetta una istanza perché riguarda un mero fatto non valutabile dal giudice. Si rigetta perché quanto subito dal detenuto (la doccia fredda per mesi) non costituisce un trattamento contrario al senso di umanità. Se questa sarà la pronuncia del giudice, nessun diritto sarà riconosciuto, avanti con le docce gelate anche a gennaio!

²⁸ È uscito da poco N. MANDELA, *Lettere dal carcere*, a cura di S. Venter, il Saggiatore, Milano, 2018. Più di ottocento pagine di lettere. Alla fine della lettura, la terribile sensazione che ho provato è stata questa: non abbiamo fatto dei grandissimi passi avanti.



12/2018

Dobbiamo cambiare prima di tutto il nostro approccio alla tematica penitenziaria per poi attenderci dei miglioramenti nelle carceri. Questo è l'insegnamento che ci ha lasciato Igino Cappelli discutendo degli avanzi della giustizia. Senza il nostro cambiamento, non ci potrà essere un vero cambiamento in un carcere.

PARTE SECONDA

8. I giudici e il consolidamento giurisprudenziale.

A questo punto, esposte le argomentazioni a sostegno di una unificazione sotto il cappello dell'art. 35 *bis* tano del 35 secco quanto del 35 *ter*, serve quanto meno concludere le riflessioni approfondendo la questione che sembra rimanere in ombra. L'art. 35 *ter* è stato introdotto per regolare i rapporti tra i giudici italiani e quelli di Strasburgo. Anche incorporando la questione nel rimedio giurisdizionale di cui all'art. 35 *bis*, il problema rimane intatto: come si devono muovere i giudici italiani rispetto alla giurisprudenza convenzionale?

Se non vi è un motivo per il quale la magistratura di sorveglianza debba avere rapporti con la Corte di Strasburgo diversi da quelli che hanno tutti gli altri giudici italiani, allora il traffico giurisprudenziale sull'asse Italia-Strasburgo deve essere riguardato in termini generali. Pensarla diversamente sarebbe come dire che la giustizia amministrativa deve avere le sue regole rispetto a Strasburgo, diverse da quelle della giustizia ordinaria (civile e penale), a loro volta diverse da quella contabile e via dicendo. A mio modo di vedere, non serve differenziare. Già è difficile disegnare un traffico giurisprudenziale che sia in grado di garantire certezza e giustizia, figuriamoci stabilire le tipicità di ogni giudizio e di ogni giudice per poi tracciare per ognuno un determinato modello di rapporti con Strasburgo.

Ora, da dove siamo partiti e dove siamo arrivati è noto a tutti. Mi si conceda il minimo sindacale. Non è che il legislatore non sia mai intervenuto in modo incauto. Purtroppo, anche il legislatore costituzionale in alcune occasioni non ha molto usato la ragione. Non saprei dire cosa ha usato, ma la ragione e la cautela proprio no. Tuttavia, non ci possiamo fare niente. Questo è stato, con questo dobbiamo confrontarci. Lasciamo stare l'ennesima riforma costituzionale. Spero che a nessuno venga in mente una cosa del genere.

Il nuovo art. 117, I comma, Cost. è stato davvero una rivoluzione, per quanto incauta. Inizialmente, la Corte costituzionale si è limitata a prenderne atto, cercando in qualche modo di salvare il salvabile. Con il tempo, i ponti hanno iniziato ad assumere una diversa fisionomia. Oggi, non sono diventati muri, ma di certo il flusso giurisprudenziale convenzionale incontra non pochi ostacoli nel momento in cui intende attraversare la catena alpina.

L'iniziale approccio della Corte costituzionale è stato mosso da due esigenze. Da un lato, evitare la disapplicazione della legge italiana per contrasto con la Convenzione come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Dall'altro lato, non mandare in rovina

decenni di giurisprudenza, grazie ai quali si erano costruiti in un determinato modi i rapporti tra i nostri giudici e quelli del Lussemburgo. In entrambi i casi, il nucleo del ragionamento è lo stesso: l'Unione Europea è una cosa, il sistema convenzionale un'altra, con tutte le conseguenze che questa differenziazione comporta.

Siffatta premessa maggiore meriterebbe di essere ampiamente discussa. Due soli appunti. Se Strasburgo utilizza una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, è la stessa Consulta a dire che, in questo caso, la porta di ingresso è l'art. 10, I comma, Cost. Inoltre, se la Corte del Lussemburgo modella la sua giurisprudenza su quella di Strasburgo, riusciamo a dire al giudice italiano che deve adottare due approcci distinti, uno per il Lussemburgo e uno per Strasburgo? Non sarà così difficile, per il giudice italiano, disapplicare, formalmente, per contrasto con la giurisprudenza del Lussemburgo, ma, sostanzialmente, per quanto ha detto sul punto la Corte di Strasburgo²⁹.

Gli appunti potrebbero essere molto di più, fino a mettere in risalto problemi giganteschi, quelli che solo a pensarli mettono i brividi, figurarsi risolverli una volta per sempre. Esempi: possiamo sostenere che la nostra sovranità è limitata solo dall'Unione, mentre il sistema convenzionale non tocca la questione? Se non è difficile evidenziare le differenze tra l'Unione e il sistema convenzionale, perché non riusciamo a comprendere che, in ogni caso, il sistema convenzionale è comunque caratterizzato da suoi elementi propri, che lo rendono sì diverso da quello dell'Unione, ma non per questo meno materialmente costituzionale?

Dobbiamo però prendere atto che la Corte costituzionale è ferma su questi due punti: no alla disapplicazione per contrasto con la Convenzione, come interpretata da Strasburgo e no alla parificazione del sistema convenzionale con quello dell'Unione. Domandiamoci da cosa prende le mosse questo orientamento.

Posso sbagliarmi, così come gli aspetti rilevanti da tenere in considerazione sono diversi, tuttavia, a mio modo di vedere, la Corte costituzionale è preoccupata di garantire il principio di eguaglianza, chiamiamola la certezza del diritto. Che sia per una sorta di diffidenza verso il metodo casistico alsaziano, che sia per una sorta di apprensione per la tenuta dei precedenti di legittimità nel nostro ordinamento, a me sembra che la Corte costituzionale abbia una paura pazzesca che il sistema si disintegri, che non si possa più parlare di certezza del diritto e quindi di eguaglianza.

Messa in questi termini, la preoccupazione della Corte è pienamente condivisibile. Diviene importante comprendere se gli strumenti messi in campo per garantire questo obiettivo sono confacenti allo scopo. Non discuto qui lo scopo in sé, provo a darlo per scontato.

Dopo una serie di passaggi e di aggiustamenti, trascorso un decennio dalle sentenze quasi gemelle del 2007, ad oggi lo strumento cui la Corte costituzionale fa riferimento è quello del consolidamento. I giudici italiani devono comportarsi in modo differente a seconda che siano al cospetto di un orientamento consolidato o non consolidato da parte della Corte di Strasburgo. Se non è consolidato, possono decidere

²⁹ Lo ha fatto, riuscendoci molto bene, Cassazione penale, Sez. I, 18 maggio 2017, n. 49242, *Haruna*.



12/2018

come procedere e quindi anche non considerare quell'orientamento. Se, invece, è consolidato, devono dargli corso e, se l'eventuale contrasto con la legge non è sanabile in via interpretativa, il giudice altro non può fare che sollevare la questione di costituzionalità. Si tratta di un approdo raggiunto dalla Consulta in riferimento a tutti i giudici italiani, che, di conseguenza, potrebbe anche essere esteso ai giudici della sorveglianza, art. 35 *ter* permettendo, nel senso che in questa disposizione non vi è alcuna precisazione in riferimento ad un orientamento consolidato di Strasburgo.

Espongo tre avvisi di riflessione. In primo luogo, una domanda preliminare: l'approdo raggiunto con il *test* del consolidamento vale solo per i giudici italiani o vale anche per la stessa Corte costituzionale? In secondo luogo, un problema per così dire esogeno: il *test*, anche se fosse valido in sé, lo è in riferimento alla giurisprudenza verso la quale si intende utilizzare? Insomma: appare opportuno discutere di consolidamento a fronte della giurisprudenza convenzionale? In terzo luogo, una questione per così dire endogena: è un criterio vincente quello del consolidamento oppure è destinato ad incontrare formidabili ostacoli? In altri termini: se anche fossimo di fronte ad un orientamento del tutto consolidato, cosa fare se si tratta di una giurisprudenza sbagliata? Quando la certezza può cedere di fronte alla giustizia del diritto? Il dilemma di ogni giudice in ogni parte del mondo, compresi i nostri giudici di sorveglianza: a chi penso, alla persona che ho di fronte o a tutte le altre giudicate prima e che saranno giudicate dopo?

I tre interrogativi meriterebbero ciascuno un libro a parte. Quello che posso fare, per spazio e capacità limitati, è solo proporre una valutazione dubitativa. La quale però parte dal presupposto che, qualsiasi nostra meditazione che intenda essere di taglio generale, rischia un secondo dopo di essere spazzata via dal caso concreto della vita che non riesce a risolversi nello schema generale di riflessione. Dubbi, non certezze. Ponti, non muri. Questo intendo fare, avendo in mente il mestiere di ogni giudice italiano, compreso quello del giudice di sorveglianza.

9. Il consolidamento e i giudici italiani.

La prima domanda. Per chi vale lo *standard* del consolidamento? La Corte lo rivolge anche a sé stessa oppure solo ai giudici italiani?

Non vi è traccia nella giurisprudenza costituzionale di alcuna risposta esplicita a questo interrogativo. L'unica cosa che possiamo fare è comprendere come la stessa Consulta ha utilizzato la giurisprudenza convenzionale. Quello che mi sento di dire a tale proposito è questo: non sempre la Corte ha utilizzato il *test*, spesso lo ha fatto, ma non sempre. In alcuni casi, si è rifatta a quello che si diceva in una sola sentenza della Corte di Strasburgo, che peraltro contrastava con precedenti orientamenti. Di certo, quando la Corte usa la giurisprudenza convenzionale vi è la tensione verso una ricostruzione del pensiero del giudice di Strasburgo, non limitandosi a quanto ha detto in un singolo caso. Tuttavia, non è un'operazione costante. Lo dimostra, d'altro canto, un altro aspetto. Degli indici elaborati nella n. 49 del 2015 non vi è più alcuna traccia nella giurisprudenza costituzionale successiva. A volte, si pone una sorta di enfasi sul

fatto che la sentenza è di Grande Camera. Altre volte, sul fatto che è unanime. Non di meno, non sono stati né costantemente impiegati né ulteriormente approfonditi.

Il cantiere è ancora aperto, il cartello appeso fuori è *work in progress*. La Corte ha dedicato un certo peso alla questione del consolidamento, ma nel modo con il quale la Consulta tratta la giurisprudenza convenzionale non è ancora dato rilevare un orientamento consolidato. Mi scusi il lettore per l'imbarazzante gioco di parole, ma il consolidamento non si è ancora consolidato, stando all'uso che la Corte fa della giurisprudenza convenzionale. A volte lo usa, altre no, altre volte con qualche indice, altre senza. Un cantiere appunto in costruzione.

A ragionarci bene, non diversa la conclusione rispetto allo *standard* del consolidamento indicato ai giudici italiani per regolare il loro traffico giurisprudenziale con Strasburgo. Posto che il *diktat* sul divieto di disapplicazione non mi pare essere stato sempre rispettato, a proposito del consolidamento vi è che alcuni giudici italiani lo utilizzano, altri no. Alcuni lo adoperano male, altri bene. Nel primo caso, si degrada al nulla di giuridicamente rilevante una sentenza non unanime di Camera, nel secondo si compiono ricostruzioni molto dettagliate per dimostrare se si è in presenza o meno di un consolidamento. Ma sta di fatto che non poche volte del *test* semplicemente non vi è alcuna traccia.

Questa pertanto la risposta che mi sento di dare alla prima domanda. Il *test* del consolidamento sembrerebbe avere valenza universale. Dovrebbe riguardare tanto i giudici costituzionali quanto tutti gli altri giudici italiani, sorveglianza compresa. In entrambi i casi, è forse ancora presto per tirare una qualche conclusione, quello che mi sento di dire è che il *test* del consolidamento è in cerca di consolidamento.

10. Il consolidamento e i giudici convenzionali

Il secondo problema è ancora più complesso. Tra i diversi criteri che si possono utilizzare per regolare l'entrata della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro ordinamento, il più persuasivo è quello del consolidamento?

Chiaro che un approccio formalista potrebbe anche sconfessare del tutto il *test* impiegato dalla Consulta. Non vi è scritto da nessuna parte che il nostro paese debba rispettare gli obblighi internazionali a seconda del grado di consolidamento della giurisprudenza dalla quale quegli obblighi scaturiscono. Non vi è traccia né in Costituzione né nella Convenzione. Semmai, solo nella seconda, si differenzia, in un qualche modo, tra lo Stato parte resistente nel caso e gli altri che non lo sono (art. 46, § 1). Non sto affatto sostenendo che questa differenziazione abbia senso, anche perché al contrario penso che non ha sostanzialmente e realmente alcun senso. Sto unicamente dicendo che, da un punto di vista formale, la tesi del consolidamento non ha basi formali esplicite, indiscutibili e certe alle quali appoggiarsi³⁰. E ovviamente vale la pena sottolineare che nulla è previsto in questo senso dall'art. 35 *ter*.

³⁰ E non mi sembra proprio che l'art. 28, § 1, lett. *b* della Convenzione possa essere preso a modello dell'intero

Chi di forma ferisce, però, alla fine di forma perisce. Non ha forse fondamento costituzionale la certezza del diritto, che deriva direttamente dal principio di eguaglianza? Vediamo allora di guardare alla sostanza dei problemi.

Intanto, preme mettere in risalto che, per la Corte di Strasburgo, la stabilizzazione di un orientamento è di fondamentale importanza. Ma, come fanno praticamente tutte le corti al mondo, si precisa sempre che il diritto non può fermarsi una volta per sempre. E che, di conseguenza, l'importanza del consolidamento non può significare congelamento degli orientamenti, che devono tenere in considerazione tutte le diverse modificazioni che accadono nel contesto più generale di riferimento e, pertanto, stare al passo con i tempi. Insomma, la certezza del diritto anche a Strasburgo esiste, non stiamo parlando una corte e di una giurisprudenza che vivono nell'anarchia, senza riferimenti stabili nel tempo, con orientamenti che cambiano con il cambiare del tempo, per un soffio di vento, per un grado in più e uno in meno di temperatura atmosferica.

Non di meno, una cosa è sostenere che il substrato che pervade il *test* del consolidamento è universalmente valido, vale ovunque e quindi anche alla Corte europea dei diritti umani, che conosce bene l'importanza della certezza del diritto; altra e differente cosa è riferirsi come criterio per regolare il traffico giurisprudenziale sull'asse Italia-Strasburgo.

Esistono delle caratteristiche di funzionamento di quella Corte che ne suggeriscono un utilizzo quanto meno cauto. Io direi che non va buttato via del tutto, ma merita di essere meglio approfondito, in parte riprogettato, non dovrebbe essere un *test* buono una volta per sempre. Opportuna sarebbe una qualche flessibilizzazione, una qualche elasticità, come se fosse un criterio utile da tenere in considerazione, ma non l'unico e soprattutto non obbligatorio. Mi sembra poco rispettoso del (costituzionale) rispetto degli obblighi internazionali sostenere che, a fronte di un orientamento di Strasburgo non consolidato, il giudice italiano può anche non tenerlo in considerazione, come se non esistesse.

Perché dico questo? In primo luogo, utilizzare un *test* così delicato come quello del consolidamento implica la possibilità di utilizzarlo nei confronti di una corte

funzionamento della Corte di Strasburgo. Infatti, non tocca minimamente le attribuzioni né delle camere né della grande camera, ma solo del comitato, il cui ruolo è residuale tanto rispetto al giudice in formazione monocratica quanto rispetto ai collegi di camera e di grande camera. In ogni caso, rispetto all'art. 46, § 1 della Convenzione, vale la pena evidenziare che quando il Governo italiano si difende dinanzi alla Corte di Strasburgo non si rifà alle sole sentenze di quella Corte che riguardano il nostro paese. Di conseguenza, ogni sentenza della Corte è figlia di una genesi indiscutibile: riguarda uno Stato, quello resistente, ma si basa su casi decisi nei confronti anche di altri Stati. Per questo ritengo del tutto discutibile che alcuni giudici italiani distinguano l'efficacia di una pronuncia di Strasburgo a seconda che riguardi il nostro paese o un altro. È una tesi che la Corte costituzionale non ha mai sposato in modo esplicito, anche se va detto che i (misteriosi) tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, dei quali discute la n. 49 del 2015, potrebbero implicitamente legittimare l'assunto di alcuni giudici nostrani. Io però mi sento di dire che, da un punto di vista sostanziale, non ha alcun senso limitare l'efficacia di una sentenza di Strasburgo a seconda dello Stato parte resistente. Il che significa anche l'impossibilità di considerare la revisione europea solo se l'istanza è avanzata da un soggetto (italiano) vittorioso a Strasburgo. Quello che serve fare è quindi verificare se ci si trova in una situazione corrispondente e, ovviamente, comprendere il taglio delle argomentazioni della Corte europea dei diritti umani.



12/2018

trasparente, il cui modo di lavoro sia conosciuto in tutti i suoi minimi dettagli. Mi sembra il minimo. Faccio solo due esempi. Siamo consapevoli noi osservatori esterni di come funziona il lavoro del *panel* incaricato di assegnare o meno un caso dalla Camera alla Grande Camera? Abbiamo a disposizione dei dati dettagliati su come nella realtà funzionano il *relinquish* e il *referral*?

Alla prima domanda è molto difficile rispondere. Di sicuro, però, il ruolo dei giuristi è moltissimo rilevante, almeno pari a quello che hanno in sede di ammissibilità. Posso in ogni caso rispondere con certezza pressoché assoluta alla seconda domanda: fino a quando non saranno rese pubbliche le motivazioni alla base dell'accoglimento e del respingimento, tanto dell'uno quanto dell'altro, non possiamo dire alcunché circa il loro reale e concreto funzionamento. Se ci fermassimo alle regole convenzionali, di certo il *relinquish* può aversi nel caso di una decisione *inconsistent* con la giurisprudenza precedente, mentre per il *referral* devono aversi *serious question affecting the interpretation or application of the Convention* o *serious issue of general importance*. Anche ammettendo che pure il *referral* possa essere utilizzato per il consolidamento, nessuno è autorizzato a sostenere che, dato il respingimento della richiesta di *referral*, allora l'orientamento della Camera è consolidato. Sarebbe verosimile, ma non vero. Sarebbe possibile, ma finché non potremmo leggere le motivazioni alla base del respingimento io non mi sbilancerei nemmeno di un centimetro. E se non fosse quello il motivo?

Anzi, a volerla dire tutta, se proprio intendessi sbilanciarmi arriverei ad altre conclusioni. È lo stesso testo convenzionale che perimetra la possibilità di *referral* a casi eccezionali (art. 43, § 1). Se anche fosse dimostrabile che il *referral* serve per il consolidamento (cosa che oggi non possiamo dimostrare), in ogni caso dovremmo dedurre che il consolidamento a Strasburgo avviene, secondo lo stesso testo convenzionale, in casi eccezionali. Cautela quindi.

Per quanto si possa e si debba criticare il sistema convenzionale – io ho a cuore la motivazione di un provvedimento di un giudice, quindi il mio bersaglio prediletto è proprio quella Corte – sta di fatto che è un sistema di straordinaria coerenza. Dal 2013 al 2016 compresi, ecco i numeri delle sentenze di Grande Camera e di Camera: 15 su 916, 19 su 891, 22 su 823, 27 su 993. Vale a dire, in questi quattro anni, il 2,2%. O la Corte di Strasburgo è in grado di consolidare pochissimo oppure il nostro criterio del consolidamento, appoggiato sull'indice delle decisioni di Grande Camera, non è appropriato. Il bello è che, qualunque sia la risposta che si vuole dare, implica che il *test* del consolidamento merita quanto meno di essere utilizzato con cautela, se non rimodellato e riprogettato. Ripeto: serve, anche per il giudice di sorveglianza può avere utili ripercussioni, tuttavia non può essere che preso con le pinze, appunto con particolare accortezza.

In secondo luogo, vi è anche un problema per così dire più connaturato al sistema convenzionale che merita di essere tenuto in considerazione rispetto al consolidamento. Il primo ragionamento che fa il giudice di Strasburgo non è quasi mai astratto. Il suo rapporto con la Convenzione non ha filtri: non dimentichiamolo, non esiste una legge mediana tra Convenzione e la realtà della vita. Esistono solo il caso concreto, il giudice, la Convenzione. Più il ragionamento del giudice di Strasburgo si allarga, più arrivano le insidie. Le carceri turche non sono quelle italiane, che a loro volta non sono quelle



12/2018

norvegesi. Come si può dire una determinata cosa valida per ogni penitenziario presente in tutti i 47 Stati parti della Convenzione? Meglio, molto meglio, volare basso, iniziare a fare giusta giustizia. La questione dei metri quadrati a disposizione in una cella è emblematica: uno *standard* che vorrebbe essere valido ovunque, ma che allo stesso modo, nel giro di poco tempo, ha subito tutta una serie di aggiustamenti, tali da renderlo sempre meno assoluto e sempre più relativo, rispetto al singolo caso concreto (e alle ore di apertura delle celle, alla offerta trattamentale in istituto e via dicendo).

Come tutte le corti internazionali, anche quella di Strasburgo è costantemente sotto osservazione, che però va compresa. Se a nessuno (e lo spero con tutto il cuore) verrà mai in mente di chiudere la Cassazione o la Corte costituzionale dopo una decisione che ritiene del tutto sbagliata, la questione rispetto alla Corte di Strasburgo è molto differente³¹.

Non solo. È come se pensasse in questo modo il giudice di Strasburgo. Ogni volta che apro bocca, irrito gli Stati. Lo devo fare, è il mio mestiere, ma meglio adottare una serie di cautele. Non volo alto, ma volo basso. Devo decidere un caso verso l'Ucraina, non verso la Svezia. Se poi lo Stato resistente è uno dei fondatori, se poi è uno Stato riottoso nei confronti di tutto ciò che è europeo, se poi il rischio è quello di parlare ai mulini a vento (del resto, non posso cancellare una legge), allora forse è meglio dire una cosa ragionevole, essenzialmente giusta, quasi inattaccabile. È come se il giudice lasciasse parlare il ricorrente, che di norma racconta nei ricorsi tutte le nefandezze che ancora oggi esistono e subiscono le persone nella nostra Grande Europa. Per tutto il resto, i grandi principi, le impostazioni generali, verrà il tempo, se verrà. La precedente giurisprudenza si tiene sempre in considerazione, ma l'esigenza è sempre quella di adottare un approccio verso il basso, non verso l'alto, l'alto dei grandi principi, l'alto dei grandi orientamenti. Ovviamente ci sono giudici che si ribellano, che dissentono, che vanno alla ricerca di uno *jus cogens* universalmente valido. Ma la realtà, per come la vedo io, è che la Corte di Strasburgo difficilmente fa un passo in più rispetto a quello che serve per fare giusta giustizia per il ricorrente.

Il lettore deve sapere che chi scrive non si priverebbe mai di una corte di questo genere, per nessuna ragione al mondo. Ne abbiamo viste di ogni e continuiamo a vederne di peggio, in Europa e ovviamente nella nostra bella penisola, nelle sue bellissime isole. Abbiamo visto aberrazioni combinate da chiunque: legislatori, giudici, amministrazione, persone qualunque. Ho quasi la sensazione che, nel nostro paese, da

³¹ Chiudere la Corte di Strasburgo? Cinque o sei Stati di quelli pesanti non pagano più il contributo al Consiglio d'Europa (seguendo l'esempio odierno della Russia), il Consiglio d'Europa deve ridurre il capitolo di bilancio dedicato ai diritti umani, dato che in questo capitolo la voce grossa è quella destinata alla Corte, ecco che nel giro di tre giorni la Corte di Strasburgo non rinnova più i contratti dei giuristi a tempo determinato, non ne assume più di nuovi, taglia in modo drastico il numero di traduttori e interpreti. Potrà anche decidere di andare a fare Camera e Grande Camera in un giardino pubblico, ma la realtà nuda e cruda è che fare (bene) il giudice alla Corte di Strasburgo è molto difficile. Non sei solo criticato se sbagli, cosa normalissima. Hai l'atroce pensiero che la tua posizione possa addirittura andare a compromettere non la fama, non l'autorevolezza, non la collocazione della Corte nella quale lavori, ma la sua stessa possibilità di esistere.

qualche parte si debba per forza fare delle ingiustizie. Meglio avere la Corte europea dei diritti umani, altro che. Ne servirebbero altre dieci!

Il problema però non è questo. È utilizzare il criterio del consolidamento a fronte di una Corte che lavora in questo modo. Un tribunale di piccole dimensioni, con competenza su un territorio di piccole dimensioni, dove regna la pace e la tranquillità: in questo caso sì che posso sperare in una buona riuscita del *test* del consolidamento. Gli altri giudici, quando si devono rapportare con questo tribunale, dovranno tenere in considerazione in modo particolare gli orientamenti consolidati. E se vorranno comunque distaccarsene, lo potranno certamente fare, con una bella e buona motivazione rinforzata. Tutto fila, tutto torna, tutto è, almeno in partenza, costruito per funzionare.

Se, invece, il nostro riferimento è una Corte con quarantasette giudici, ciascuno con la propria cittadinanza e cultura giuridica; che lavora grazie ad una macchina di giuristi davvero sbalorditiva, quanto a numeri e quanto a potere; alla quale si può rivolgere ogni persona tra i sette miliardi e seicento milioni di essere umani oggi presenti sulla terra, alla sola condizione di essere sotto la giurisdizione di uno Stato parte della Convenzione; una Corte che lavora, non nella pace e nella tranquillità di un cantone al centro della Svizzera, ma in questa Grande Europa che, se non succede un miracolo, sta scavandosi la fossa in termini di umanità, rendendo sbiadite le pagine di Primo Levi; non ci saranno più il nazismo, il fascismo, il franchismo, il comunismo, i colonnelli al potere, ma la realtà è che, in termini di rispetto della persona umana, siamo sprofondata in un abisso da fare paura solo a guardarci dentro; ecco, usare il criterio del consolidamento, a fronte di una corte come quella di Strasburgo, non appare del tutto persuasivo.

Il problema non sono gli indici, evidenziati nella n. 49 del 2015 e in seguito non ulteriormente specificati, solo in alcune occasioni richiamati e utilizzati. No, il problema viene prima ed è il *test* del consolidamento, non gli indici messi in campo per dare manforte al lavoro dei giudici italiani, compresi quelli di sorveglianza.

11. Il consolidamento in sé, oggi.

Vi è poi la terza questione che ruota attorno al consolidamento, il problema per così dire endogeno.

Che non dipende dal giudice verso il quale si intende impiegare il *test*, ma dallo suo essere. A questo proposito, conviene tagliare corto. Il lettore, soprattutto italiano, conosce da decenni quali sono i pregi e (in specie) i difetti del riferirsi al consolidamento quando si parla di rapporti tra giudici. Non potrei aggiungere nulla. Se è così (ed è così) meglio tacere. Dato che di tacere in termini assoluti il giurista non dovrebbe sapere cosa farsene, mi permetto niente più che una suggestione, sicuramente anche questa già avanzata, ma che ritengo riguardi problemi talmente grandi e complessi che il sorvolarci sopra sarebbe un gravissimo errore. Se ritieni una cosa sbagliata, non dirlo significa esserne vittima ma anche complice.

Discutere di consolidamento nel contesto culturale odierno incontra complicazioni che solo in parte esistevano ieri. Non è un problema solo italiano, ma di certo è un problema anche italiano. La ragionevole durata dei processi, se interpretata in modo estremo e quindi sbagliato, altro non è che un figlio come tanti altri del modo con il quale oggi si guarda al fenomeno giuridico. A farla da padrone è il pensiero neoliberista, che pervade ogni aspetto della nostra vita. Un pensiero che è la madre dei tanti figli che non fanno altro che seguirne le orme, uno dei quali è appunto la ragionevole (leggasi, la più breve possibile) durata dei processi.

Il pensiero neoliberista ci fa ragionare con logiche e archetipi economici e soprattutto quantitativi. Scompare il margine di errore. Il dubbio è un difetto da guarire, non un bene da preservare. La forza del conflitto, che è forza che si dimostra nel medio-lungo periodo, deve cedere il passo alla forza dei numeri, dei dati, dell'efficienza. Alla sentenza si sostituisce il prodotto. Al mestiere del giudice, per come lo abbiamo sempre inteso, si sostituisce qualcosa di diverso, una sorta di impiego come tantissimi altri, del quale se ne deve rispondere in termini di risultati. Il processo si può misurare in termini di giorni, settimane, mesi e quindi anni. Così la motivazione, che molto meglio se fosse ridotta all'osso. Più il giudice si scervella e vuole capire veramente bene, più il giudice mette nero su bianco i suoi argomenti, più il giudice rischia di vedersi decurtare lo stipendio. Non semplifichi, ti pago meno. Il giudice che viene dopo non è più il giudice che critica quanto fatto dal giudice prima. È un giudice che controlla quanto fatto da quello prima. Siamo costretti a mettere in discussione anche il bellissimo termine che abbiamo sempre utilizzato quando parliamo di cosa fa il giudice. Siamo ancora sicuri che si possa oggi discutere del mestiere del giudice?

La logica dei metri quadrati, che ha sostituito quella del senso di umanità, non è che una conseguenza perfettamente inquadrabile nell'ottica odierna entro la quale si sviluppa il nostro pensiero in generale, nello specifico quello giuridico. Pensare la detenzione in termini di umanità significa ragionare, ammettere che il pensare corrisponde al faticare. Pensarla in termini di metri quadrati è molto più semplice, quanto meno è più lineare, è più facile arrivare alla risposta violazione sì/violazione no. Una volta, non so chi l'ha detto per primo, si diceva che al cuore non si comanda, oggi a tutto ciò che ci aiuta a misurare, a calcolare...non si comanda.

Ha scritto Francesco Carnelutti, il maestro dei maestri, che il mestiere del giudice non è che pensare. Da un certo punto di vista, gli ha fatto eco Hans George Gadamer, un altro maestro dei maestri, quando ha sostenuto che il giudizio non si può insegnare in termini generali, ma si deve esercitare caso per caso. In questo, concludeva, è una sorta di facoltà analoga ai sensi³². Bellissime e per me inarrivabili affermazioni, fatte da giganti del pensiero e del pensiero giuridico. Ma che cosa ne rimane, oggi?

Quello che vorrei mettere in rilievo rispetto al tema del consolidamento, non da un punto di vista astratto, ma nel concreto contesto generale e culturale nel quale oggi viviamo, tutti noi, giudici compresi, è questo. Va da sé che ragionare in termini di

³² Cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Rivista di diritto processuale*, 3/1949, p. 41 ss. e H. G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Bompiani, Milano, 2001, p. 85.



12/2018

consolidamento significa riprodurre il non solubile problema che già i romani evidenziavano, quando mettevano in guardia dal fatto che *error communis facit ius*, che, detto in termini volgarissimi, significa che cosa fare di fronte ad un orientamento consolidatissimo ma anche sbagliatissimo; rifarsi al consolidamento può sicuramente garantire la certezza e l'eguaglianza, non di meno rischia sempre di pagare pegno alla necessità di fare giustizia nonostante il consolidamento, perché lo si ritiene sbagliato. Ma questo è un problema secolare, non solo del nostro oggi.

Il dramma odierno del consolidamento è che si deve per forza collocare entro il pensiero assolutamente dominante, quello neoliberista, con il quale siamo tutti costretti a vivere; il criterio del consolidamento è un approccio rischioso per i giudici italiani, ovviamente compresi quelli della sorveglianza, perché altro non fa che aggiungersi come nuovo figlio alla madre che è sempre quella, la mentalità economica, quantitativa, efficientistica, aziendalistica, quella dei metri alla mano, della soluzione alla mano, non dico la più comoda, ma sicuramente quella che permette di dare una qualche risposta che all'apparenza non fuoriesce da uno schema predefinito. Uno schema, un flusso che è bene non intaccare, va mantenuto intatto, perché il diverso, il dubbio, l'alternativo, il dissidente nuoce al sistema, non garantisce eguaglianza, disomologa, non consolida. Pensiamoci. Oggi dissentire dall'autorità è difficilissimo, così come dissentire dal consolidamento, che infatti fa di tutto per arrivare ad essere autorità.

Sia chiaro. La Corte costituzionale, nel momento in cui si è rifatta al *test* del consolidamento, sapeva benissimo che non poteva essere un vero e proprio *diktat*. Le guerre tra corti di apice nostrane hanno infatti dimostrato che a nessuno conviene imporsi come se si fosse detentori dell'ultima parola. I giudici di legittimità e di merito, di norma, seguono le interpretative di rigetto e, se non lo fanno, hanno un obbligo di motivazione rinforzata. A loro volta, i giudici costituzionali attribuiscono un peso particolarmente rilevante al diritto vivente giurisprudenziale. I rapporti tra corti funzionano in questo modo, passo dopo passo si trova l'accordo che, da un certo punto di vista, accontenta tutti, non scontentando nessuno.

Se la Corte costituzionale si è rifatta al consolidamento, per tentare di regolare il traffico giurisprudenziale Italia-Strasburgo, è perché lo riteneva davvero il più persuasivo. Eppure: c'è un bisogno disperato di certezza e di eguaglianza che, a mio parere, non è meno importante della necessità, anche questa formidabile, di giustizia. Non stiamo andando meglio. Come società stiamo andando peggio. In un quadro per così dire armonioso, nel quale vi è qualcosa da costruire, in cui credere, è più che normale la tensione verso il consolidamento. Ma in un contesto nel quale tutti spaccano tutto, non vi è più niente di comunitario al quale ci si può affidare, non esistono più i progetti rivoluzionari per un mondo migliore, non sarebbe forse più conveniente valorizzare le spinte coraggiose, i sussulti di umanità, i giusti dissensi, i quali, per quanto fuori dagli schemi (e dal consolidamento), potrebbero essere un serio argine al pensiero dominante, uniformato e impacchettato per essere funzionale agli scopi di una società neoliberista?

Da un certo punto di vista, l'art. 35 *ter* è folle perché non lascia scampo al magistrato di sorveglianza. Egli deve ridurre la pena o risarcire nel momento in cui constata una violazione dell'art. 3 della Convenzione per come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Ma il calmiera del consolidamento, questa specie di filtro di primo istinto

utile e ragionevole, è davvero capace di essere d'aiuto ai giudici italiani? Non rischia di far perdere loro il senso più profondo del mestiere del giudice, che è quello di pensare ciascuno con la propria testa, nello splendido e traumatico isolamento intellettuale, nel quale il giudice si ritrae per decidere il caso secondo giustizia?

Non ne faccio nemmeno una questione che si tratta di uno *standard* troppo cassazionista, che infatti partorisce l'indice del principio di diritto, facile da trovare a Strasburgo come un ago nel pagliaio. Non è questo il problema più importante del consolidamento, che è invece questo: quello di tenere legate le energie giurisprudenziali, di imbrigliarle rispetto a quanto ha deciso un altro giudice. L'indipendenza del giudice chiama in causa prima di tutto e prima di ogni altra cosa la sua coscienza, che può anche lavorare ad occhi chiusi. Dopo si alza la benda. E si inizia a ragionare su cosa hanno detto altri giudici, da quanto tempo, in che modo, con quali differenze e via dicendo.

Discutere di consolidamento è come servire su un piatto d'oro la pietanza che più si aspetta il giudice di oggi, sovraccaricato all'infinito di lavoro, peraltro anche lui, come tanti altri mestieri, senza più quella aureola di sacralità che per lo meno ricompensava tante fatiche. Il modo neoliberista di guardare al mondo si è portato via tutto: la figura del padre, quella del maestro, quella del medico e ovviamente quella del giudice, tutti oggi guardati dalla società come se facessero un lavoro come ogni altro, senza più nemmeno un briciolo di considerazione che, almeno in parte, ti ripaga dalle fatiche.

Non amo alcuna categoria in termini generali. Ci saranno gli ortolani da stimare, così come quelli da biasimare. È pieno il mondo di ottimi professori, ma di certo non mancano quelli meno ottimi. Lo stesso penso debba valere per i giudici. Non di meno, se dovessi fare riposare le mie speranze per un mondo migliore, non avrei alcun dubbio su quale letto accasarle. La giurisprudenza è il nostro futuro, perché la giurisprudenza ha in sé tutto quello che serve per far progredire il diritto in termini di maggiore aderenza agli esseri umani. Il giudice deve dare conto, deve motivare. Se ritieni che stia sbagliando, puoi andare da un altro giudice che è autorizzato a criticare il primo. Il giudice non decide mai da solo. Ha una fidanzata con la quale, in un modo o nell'altro, amoreggia sempre, la dottrina. E fino a che qualcuno non salterà fuori dicendo che, in fondo, i collegi non servono a niente, il giudice spesso lavora in gruppo. Il bello della giurisdizione non è soltanto il pluralismo esterno, che poi significa conflitto misurato, ma anche quello interno, la possibilità che una testa, prima di decidere, si confronti con un'altra testa. Il giudice è il massimo che siamo stati in grado di inventare per proteggere quello che ci siamo conquistati, che è sempre in bilico, oggi tremendamente in bilico.

Se queste, insieme a mille altre, possono essere delle motivazioni a fondamento della valorizzazione del mestiere del giudice, ecco perché il tema del consolidamento andrebbe sottoposto a forte rimediazione, in generale e poi (andrebbe da sé) anche rispetto al traffico giurisprudenziale Italia-Strasburgo, che coinvolge anche la magistratura di sorveglianza. Ci conviene ragionare in termini di consolidamento? Abbiamo valutato gli scenari che si potrebbero aprire o che contribuiamo a plasmare, in questo mondo che altro non aspetta che di avere una giustizia certa? Sia quel che sia, basta che sia certa. Meglio se anche giusta, ma basta che sia certa, almeno uno si organizza, in termini di tempo da impiegare, soldi da investire, calcoli da fare. Ditemi



12/2018

che devo morire, va bene, basta che me lo diciate presto. Come la pena, anche la giustizia non ha altra possibilità, se non quella di essere certa. Il consolidamento è lì bello e pronto per servire a questo scopo, che, lo provo a dire ancora in termini più generali, rischia di disumanizzare il mestiere umanissimo del giudice, di ogni singolo giudice sparso in ogni angolo sulla faccia della terra.

Abbiamo la fortuna, che in molti non hanno, di vivere in un paese democratico. E la tenuta della nostra democrazia è affidata anche, senza alcun dubbio, alla Corte costituzionale, che giustamente cerca di ritagliarsi il proprio spazio. E che lo faccia anche in riferimento al mestiere del giudice italiano è del tutto logico. La forza dei suoi criteri non è mai dettata dal fatto che sono posti dalla Corte costituzionale, bensì dipende dalla loro bontà. Deve quindi, se vuole essere ascoltata e pertanto perseguire gli scopi che si prefigge, mettere in campo criteri per la regolazione del traffico giurisprudenziale Italia-Strasburgo che riescano a persuadere i giudici. Se i giudici italiani non si convinceranno della bontà del riferimento al consolidamento, spetterà a loro intavolare un continuo e costruttivo confronto con i giudici costituzionali. In gioco non vi è solo il come entrerà nel nostro ordinamento la giurisprudenza convenzionale, ma il destino del mestiere del giudice, che poi, a conti fatti, è anche il destino di molti esseri umani, ai quali rimane davvero solo e soltanto il giudice al quale rivolgersi. A questi esseri umani non ho idea di quanto interessi il discorso attorno al consolidamento. Hanno fame e bisogno di giustizia, che magari può essere pronunciata proprio da quel giudice che si distacca e dissente da tutti gli altri.

E se esiste un giudice che più di altri deve necessariamente valutare le ripercussioni su ogni singolo essere umano di un determinato trattamento, ebbene questo è il magistrato della sorveglianza. Altro che ripetitore interno di quanto dice la Corte di Strasburgo, altro che valutatore del grado di consolidamento della giurisprudenza convenzionale: siamo alle prese con un giudice che non deve alzare lo sguardo verso l'alto, ma tenerlo ben fisso verso il basso, per pronunciarsi sul chiesto di ogni singolo detenuto.

12. Conclusioni.

L'essere umano è una fonte incessante di idee e di progettualità. Anche quando stremato, ridotto a niente, a semplice oggetto, trattato meno bene di un animale, per lui parla il suo essere un essere umano. Da qui si deve ripartire. E che sia un detenuto, un immigrato, che il suo vissuto sia dentro o meno una sentenza della Corte di Strasburgo, non fa alcuna differenza. Del resto, la nostra Costituzione è piena di dolore, è lo strumento più concreto che abbiamo nelle mani, ci parla delle persone qui e ora, per loro è stata pensata e voluta.

Mettiamoci nei panni del più debole tra i deboli al mondo. Da lui impariamo l'essenza del significato di essere un essere umano. Non siamo mai solamente il prodotto del mondo esterno. Ogni persona ha un suo perché. È l'approccio ai problemi quello che fa la differenza, più ancora di come si tenta di risolverli. Perché i problemi sono ovunque, se si riescono a vedere. Se non li vedi, non puoi risolverli.

Dentro ciascun essere umano ci sono innumerevoli potenzialità, basta saperle guardare, accoglierle, anche tirarle fuori. Se questo dovesse essere l'approccio dei giudici italiani di fronte agli artt. 35, 35 *bis* e 35 *ter*, ecco che il senso di umanità costituzionale e se del caso convenzionale entrerebbe nei penitenziari italiani.

Non diverso quanto potrebbe accadere rispetto al tema dei rapporti tra giudici: ciò che dovrebbe contare non è chi afferma una determinata cosa, ma la determinata cosa. Se per il giudice è giusta, il giudice fa il suo mestiere se decide di darle corso. Se per il giudice è sbagliata, lo stesso fa il suo mestiere se non la segue. Se non fonda i suoi giudizi su riferimenti di valore, ma su basi di autorità, ha già cambiato l'approccio, perché distoglie lo sguardo dall'essere umano. E pensa ad altro, non lo ascolta, non si mette nei suoi panni. Pensa agli altri giudici, alle loro precedenti e consolidate pronunce.

Il nucleo essenziale degli articoli 35, 35 *bis* e 35 *ter* non è poi diverso da quello del consolidamento. Eludono il soggetto, rispettivamente, non considerandolo, considerandolo solo quando parla di diritti, immobilizzandolo in un precedente di Strasburgo, incastrandolo in chissà quali logiche concrete e reali governano di fatto il consolidamento giurisprudenziale. In questo ultimo caso, logiche capaci di appagare a prima vista il bisogno di certezza e di eguaglianza, ma nel medio-lungo periodo perdenti di fronte alla specificità e singolarità di ogni essere umano che domanda giustizia prima di tutto per lui.

Non rispetto ad altri, ma per lui. Spetta al giudice svolgere appieno il proprio mestiere, che nel minimo è quello di non denegare giustizia. Che non significa dare ragione. Ma capovolgere il punto di partenza: se fosse stato lui al posto di chi ora gli chiede di pronunciarsi, cosa si sarebbe aspettato dal giudice? La giustizia è denegata quando il giudice non risponde al chiesto, fosse anche per dare torto. È nel senso di umanità il destino della giurisdizione, che poi è anche, piaccia o meno, il destino di tutti noi. Il giudice non può dissentire dall'essere umano che gli rivolge una domanda. Da lì deve partire, non può considerarlo altro che un essere umano, al quale poi deciderà di dare torto o ragione.

La più importante briciola di pane che non possiamo permetterci di perdere è questa. È il diamante più prezioso del quale possiamo disporre, il quale va tenuto al riparo dal modo di pensare odierno, che tanto influenza anche il pensiero giuridico. Comunque lo si voglia guardare, un essere umano è sempre un essere umano, che deve essere considerato come tale. Potenziale generatore di progresso, riluttante ad ogni uniformazione, omologazione, geometrica-razionale costruzione.

Ha scritto uno dei più grandi pensatori del Novecento: "nel rituale l'uomo si dissolve". Il termine rituale a me ricorda il termine consolidato. Non possiamo permetterci di dissolvere l'essere umano. Perderemmo prima di tutto noi stessi³³.

³³ Cfr. V. HAVEL, *Il potere dei senza potere* (1979), La Casa di Matriona, Milano, 2013, p. 45 (e si legga anche la bellissima prefazione di Marta Cartabia, *ivi*, p. 21 ss.).