

LA PROTEZIONE DIRETTA E INDIRETTA DEI DIRITTI DEL DETENUTO

Considerazioni sistematiche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

di Carmine Luca Volino

Abstract. Questo contributo analizza le ricadute della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, sul sistema italiano di tutela dei diritti del detenuto. E' necessario partire dalla peculiare natura dell'arresto-pilota per comprendere esattamente l'oggetto delle prescrizioni che la Corte di Strasburgo ha imposto allo Stato condannato. La dicotomia tra rimedi preventivi e compensativi, non nuova nella giurisprudenza della Corte, e speculare a quella tra protezione diretta e indiretta, impone poi di verificare, a legislazione invariata, quali istituti del diritto interno debbano essere collocati in ciascuna di queste due categorie. Alla luce di queste considerazioni è possibile, infine, delineare con maggiore precisione i margini applicativi dell'azione risarcitoria e del reclamo al magistrato di sorveglianza proposti dalla persona in *vinculis*.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulle particolarità del cosiddetto arresto-pilota in materia di diritti della persona in *vinculis*. – 2. Arresto-pilota e art. 46 CEDU. – 3. Riduzione del sovraffollamento e portata effettuale dei rimedi di natura preventiva. – 4. Natura preventiva e compensativa dei rimedi a tutela del detenuto. – 5. I rimedi di natura compensativa nell'ordinamento italiano. – 6. I rimedi di natura preventiva nell'ordinamento italiano. – 7. Per una corretta collocazione sistematica del reclamo al magistrato di sorveglianza. – 8. L'azione risarcitoria come rimedio compensativo, il reclamo al magistrato di sorveglianza come rimedio preventivo. – 9. Rimedio preventivo e sospensione dell'esecuzione penale. – 10. Mezzi alternativi di tutela preventiva: pubblico ministero, giudice dell'esecuzione, applicazione degli artt. 146 e 147 c.p. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni preliminari sulle particolarità del cosiddetto arresto-pilota in materia di diritti della persona in *vinculis*

Nella sentenza Torreggiani¹ la Corte di Strasburgo ha avuto modo di esprimersi nuovamente sulle condizioni detentive in Italia a distanza di quasi

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in [Questa rivista](#), 9 gennaio 2013, con nota di VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento*

quattro anni dal celebre arresto Sulejmanovic². Lo scorrere del tempo ha confermato su scala più ampia la constatazione che i giudici di Strasburgo avevano dovuto effettuare nel luglio 2009: si è così arrivati ad evidenziare il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia³.

Si può dire pertanto che i ricorrenti, i quali adiscono la Corte di Strasburgo al fine di far dichiarare il contrasto tra la situazione in cui hanno vissuto in pendenza dell'esecuzione penale e l'art. 3 della Convenzione, assumano per il giudice europeo una duplice funzione: di *fine* e di *mezzo*. Nel primo senso essi sono, come regolarmente avviene in ambito Cedu, i titolari di situazioni soggettive di matrice convenzionale lese da una condotta dello Stato convenuto e, pertanto, meritevoli di tutela; nell'altro senso, la loro vicenda è l'occasione di cui la Corte si serve per ampliare l'oggetto della decisione ben oltre i confini della vicenda individuale, fino a ricomprendervi l'assetto complessivo del sistema penitenziario italiano. In questo modo la sentenza Torreggiani non si pronuncia soltanto sugli obblighi convenzionali dello Stato nei confronti dei ricorrenti, ma anche e soprattutto sul *contesto* in cui si radica la lesione denunciata.

Quest'ultimo è ovviamente quello del sovraffollamento carcerario, che nel ragionamento dell'arresto-pilota diviene *di per sé* un fatto contrastante con gli obblighi convenzionali, la cui cessazione s'impone conseguentemente allo Stato.

La sentenza Sulejmanovic aveva statuito che il detenuto inserito in un circuito penitenziario sovraffollato fosse da considerarsi per questa sola ragione vittima di un trattamento inumano e degradante⁴: l'argomentazione s'incentrava sulla considerazione, da un lato, della violazione da parte dello Stato, dall'altro, delle conseguenti ripercussioni sulla sfera individuale.

Nel campo dell'arresto-pilota le cose stanno diversamente, giacché il sovraffollamento è considerato *contra jus* a prescindere dalla valutazione del caso concreto, non tanto quale condotta dello Stato nei confronti di un singolo, quanto quale pratica generale dello Stato⁵, in una dimensione soggettivamente indeterminata.

Il sovraffollamento, in sé considerato, non è ancora un trattamento inumano e degradante, ma una situazione di fatto suscettibile di specificarsi come trattamento inumano e degradante nei confronti del singolo che la debba

delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno. Su questa pronuncia cfr. anche FIORENTIN, *Carceri italiane: tutela risarcitoria entro un anno per le vittime del sovraffollamento delle prigioni*, in *Guida al diritto*, n. 7, 9 febbraio 2013; ID., *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane – Note in attesa di un intervento riformatore in linea con la prospettiva delineata dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani e al. c. Italia*, in [Questa rivista](#), 25 febbraio 2013.

² Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione II, 16 luglio 2009, [Sulejmanovic c. Italia](#)

³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 87.

⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sulejmanovic c. Italia, *cit.*, § 43: “Aux yeux de la Cour, le manque flagrant d'espace personnel dont le requérant a souffert est, en soi, constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant”.

⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 88.

subire. Dal punto di vista di una lettura rigorosa dell'art. 3 CEDU il dato italiano, che offriva nell'aprile 2012 un tasso di sovraffollamento pari al 148 %, non è ancora significativo: lo dimostra il fatto che, se un detenuto adisse la Corte di Strasburgo sostenendo di essere stato incarcerato in un istituto in cui, a fronte di una capienza pari a 100 unità, erano ristrette 148 persone, non potrebbe per ciò solo vedersi riconosciuto il diritto ad un'equa riparazione. Per quanto conforme alla situazione reale, il predetto dato non offre ancora un quadro specifico dello spazio effettivamente a disposizione del ricorrente. La Corte trascende la dimensione semplicemente individuale e riqualifica in termini di contrarietà al dettato convenzionale – all'art. 3 CEDU – il livello di popolazione carceraria, imponendone allo Stato convenuto la riduzione.

Sul piano letterale, peraltro, il dispositivo si limita ad un riferimento alla predisposizione di vie di ricorso interne effettive. Dal corpo della motivazione⁷ si deduce, tuttavia, che, decorso il termine assegnato al nostro Paese, la Corte avrà la possibilità di volgere la sua attenzione non solo sul dato – pur cruciale dal punto di vista della sentenza – dell'implementazione di rimedi di tutela effettiva davanti agli organi di giustizia interni a favore della persona *in vinculis*, ma anche in generale sullo stesso livello percentuale del sovraffollamento.

Lo dimostra il richiamo operato dalla Corte agli strumenti di cui l'Italia potrebbe servirsi per venire incontro alle esigenze poste a suo carico dalla Convenzione, come, ad esempio, l'applicazione su scala più ampia di misure alternative alla detenzione⁸. Tale riferimento, pur nella sua natura meramente esemplificativa, stante la residua discrezionalità dello Stato nella decisione circa i rimedi da esperire per venire incontro al *dictum* della Corte, testimonia che gli organi del Consiglio d'Europa intendono puntare la propria lente non soltanto sui ricorsi interni effettivi, ma, in senso più ampio, sull'organizzazione e sull'efficienza (intesa qui come idoneità a raggiungere gli obiettivi posti dalla Convenzione stessa) del sistema penitenziario italiano.

La non perfetta coincidenza tra generalità della motivazione (in cui si considera il sovraffollamento *tout court*) e specificità del dispositivo (in cui oggetto d'attenzione è soltanto la carenza nell'ordinamento italiano di vie di ricorso interne effettive) non è immediatamente comprensibile: bisogna chiedersi se la Corte avrebbe potuto ordinare *expressis verbis* all'Italia di ridurre la popolazione carceraria entro un certo termine, sul modello della Corte suprema degli Stati Uniti⁹, e, in caso di risposta affermativa, perché questa statuizione sia rimasta solo ad un livello implicito nell'apparato motivazionale.

In prima battuta, si potrebbe ritenere che la decisione non sia sufficientemente perspicua, proprio per effetto dell'incongruenza appena

⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 92

⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, §§ 87-95

⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 94

⁹ Cfr. Corte suprema degli Stati Uniti d'America, 23 maggio 2011, Brown c. Plata. Su questa pronuncia cfr. GRANDE, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e l'ordine alla California di ridurre il numero dei prigionieri: humanitarianism o "humonetarianism"*, in *Antigone*, 2011, n. 2-3.

segnalata: se l'obbligo dell'Italia consiste nell'implementare un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi¹⁰, conseguentemente si sarebbe dovuto sospendere l'esame soltanto dei casi pendenti a Strasburgo che avessero come oggetto, per l'appunto, la carenza di questi mezzi di tutela e non invece tutti quelli incentrati in generale sul tema del sovraffollamento carcerario¹¹.

In realtà, è proprio l'ampiezza della sospensione dei ricorsi pendenti che ci fa capire come in effetti obbligo specifico dell'Italia sia quello di porre rimedio al sovraffollamento attraverso una delle strade esemplificativamente indicate dai giudici europei, ma anche, per ipotesi, mediante un provvedimento clemenziale, e non solo intervenire sul versante dei mezzi di tutela riconosciuti alla persona *in vinculis*.

Si può, quindi, ritenere che la sentenza Torreggiani contenga una statuizione complessa: da un lato riconosce nel caso concreto la violazione dell'art. 3 CEDU e accorda conseguentemente una "*satisfaction équitable*", dall'altro proietta il caso concreto sul piano di una situazione di fatto e a carattere generale, di per sé incompatibile col dettato convenzionale e, come tale, oggetto di un obbligo di eliminazione gravante sullo Stato.

2. Arresto-pilota e art. 46 CEDU

La considerazione di una situazione di fatto in una prospettiva non immediatamente correlata alla lesione concreta di un diritto fondamentale sembra essere la specificità dell'arresto-pilota. L'obbligo convenzionale dello Stato non si esaurisce nella riparazione del pregiudizio sofferto dal ricorrente e accertato dalla Corte, ma ricomprende anche l'adozione di misure idonee a salvaguardare gli analoghi interessi di persone che si trovino in situazioni comparabili. In questo senso la sentenza Torreggiani può essere letta come lo sviluppo della decisione del caso Sulejmanovic, visto che la Corte ha dovuto prendere atto che la prima decisione non si è rivelata sufficiente ad evitare il reiterarsi di casi analoghi.

Ciò che nella sentenza Sulejmanovic restava un'ipotesi specifica di violazione della Convenzione, la cui estensione sul territorio nazionale non doveva *illo tempore* essere approfondita perché non strettamente rilevante ai fini della decisione, assurge con la pronuncia Torreggiani a dato di carattere strutturale: in questo settore l'Italia giace in una situazione di incapacità radicale di dare esecuzione ai giudicati della Corte.

Non a caso la disposizione invocata per giustificare la tipologia di sentenze in esame è non quella violata nel caso concreto (l'art. 3 CEDU), quanto

¹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, punto 4 del dispositivo: "*Mettre en place un recours ou un ensemble de recours internes effectifs aptes à offrir un redressement adéquat et suffisant dans les cas de surpeuplement carcéral*".

¹¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, punto 5 del dispositivo: "*Toutes les affaires non encore communiquées ayant pour unique objet le surpeuplement carcéral*".

piuttosto direttamente l'art. 46 CEDU, perché nell'arresto-pilota non si tratta propriamente di stigmatizzare una violazione sistematica dei diritti fondamentali, quanto piuttosto di reagire ad una disfunzione diffusa a livello nazionale¹², che come tale non si atteggia a vera e propria violazione di un diritto fondamentale, ma, su un piano diverso, si sostanzia in un impedimento di natura oggettiva all'esecuzione dei *dicta* di Strasburgo.

Negli stessi termini della sentenza Torreggiani si era espressa la medesima Corte pochi mesi prima, nell'importante caso Ananyev e altri c. Russia (10 gennaio 2012)¹³. Anche in quell'occasione i giudici di Strasburgo avevano deciso di ricorrere allo strumento del *pilot judgment*, in considerazione della natura endemica assunta dal fenomeno del sovraffollamento carcerario. Nel dispositivo si legge che lo Stato convenuto dovrà produrre, in cooperazione con il Comitato dei Ministri, entro sei mesi dalla data di passaggio in giudicato della sentenza, un piano cronologico dettagliato attraverso il quale rendere disponibili un insieme di rimedi effettivi, preventivi e compensativi, rispondenti ai requisiti indicati nella pronuncia stessa¹⁴.

La decisione concernente la Russia si è risolta, quindi, in una statuizione più stringente di quella assunta nel caso Torreggiani: non è stata disposta la sospensione dei ricorsi *in eadem materia*, il termine concesso è stato di sei mesi anziché di un anno e, inoltre, lo Stato si è visto assegnare l'obbligo di elaborare – in cooperazione con il Comitato dei Ministri – un piano specifico, in cui s'individuino le misure necessarie per attuare le istanze di Strasburgo.

Risulta che la Russia abbia provveduto a consegnare questo piano il 10 ottobre 2012, ovvero l'ultimo giorno utile per rispettare il termine semestrale decorrente dal 10 aprile 2012 (data in cui la sentenza Ananyev è divenuta definitiva)¹⁵.

Al di là di questa vicenda particolare, preme sottolineare che i poteri spettanti agli organi del Consiglio d'Europa in riferimento all'esecuzione di un arresto-pilota non sembrano essere maggiori di quelli ordinariamente riconosciuti in virtù dell'art. 46 CEDU, ogni qual volta si tratti di dare attuazione ad un giudicato convenzionale. Questo tipo particolare di procedura, di origine pretoria¹⁶, è, infatti, finalizzato (non tanto all'accrescimento dei poteri di ingerenza degli organi del Consiglio nelle vicende esecutive che si svolgono all'interno del Paese membro, quanto) alla semplificazione dell'attività di chi sia

¹² Di "common dysfunction at the national level" parlano le [informazioni ufficiali](#) sugli arresti-pilota fornite dalla stessa Corte di Strasburgo.

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione I, 10 gennaio 2012, [Ananyev e altri c. Russia](#)

¹⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Ananyev e altri c. Russia, *cit.*, punto 7 del dispositivo: "The respondent State must produce, in co-operation with the Committee of Ministers, within six months from the date on which this judgment becomes final, a binding time frame in which to make available a combination of effective remedies having preventive and compensatory effects and complying with the requirements set out in the present judgment".

¹⁵ L'informazione è tratta da BURKE, *Russia scrambles to improve detainee rights record under ECHR guidance*, in [Russian legal information agency](#)

¹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber*, 22 giugno 2004, [Broniowski c. Polonia](#)

preposto all'esecuzione della sentenza e di chi sia chiamato a pronunciarsi su tutte le altre violazioni di natura simile a quella che ha offerto l'occasione della decisione.

La Corte intende perseguire due obiettivi. Da un lato, infatti, essa pone l'attenzione su un problema strutturale, *più grande*, per così dire, rispetto al singolo caso considerato e suggerisce possibili vie d'uscita: in questo modo essa mira a rendere più agevole e spedito l'adempimento del dettato convenzionale da parte dello Stato convenuto. Dall'altro lato, la Corte vuole semplificare il suo stesso compito, incentivando la risoluzione stragiudiziale dei casi ancora pendenti: gli organi competenti sul piano nazionale ben potrebbero infatti intraprendere iniziative, come la corresponsione di un indennizzo per la lesione subita, volte a far cessare il contenzioso.

Uno strumento molto prezioso nella prima e nella seconda direzione è costituito dalla sospensione dei ricorsi pendenti *in eadem materia*. Esso, tuttavia, non rappresenta un tratto costante dell'arresto-pilota, come dimostra proprio il menzionato caso Ananyev.

A questo punto dovrebbe risultare chiaro lo schema sotteso alla procedura dell'arresto-pilota: si parte dall'accertamento della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione, che viene consacrato in una decisione vincolante nei confronti dello Stato in virtù dell'art. 46 CEDU; separatamente (con un'altra eventuale pronuncia) la Corte enuclea un macro-evento che ostacola l'esecuzione di quel giudicato, in quanto disfunzionale rispetto alla definitiva eliminazione del fatto lesivo, e stabilisce che solo attraverso l'eliminazione di questa situazione lo Stato potrà venire incontro positivamente ai suoi obblighi di matrice convenzionale; a questo punto – sempre per effetto dell'art. 46 CEDU, che garantisce allo stesso modo anche l'esecuzione dell'arresto-pilota – lo Stato ha l'obbligo di adottare misure adeguate affinché si ponga fine a quel macro-evento.

In questo modo, si è passati dall'obbligo di rimediare alla condizione – incompatibile col dettato convenzionale – del singolo detenuto ricorrente, all'obbligo di ridurre il tasso nazionale di sovraffollamento, facendo in modo che entrambi trovino diretto fondamento nella Convenzione, ovvero nell'art. 46 CEDU.

3. Riduzione del sovraffollamento e portata effettuale dei rimedi di natura preventiva

E' nell'ottica della riduzione del sovraffollamento che occorre conseguentemente interpretare il riferimento effettuato dalla Corte alla predisposizione da parte dello Stato condannato di un ricorso o di un insieme di ricorsi adeguati e sufficienti nel contesto dell'ordinamento interno. Alla luce dell'obiettivo principale della sentenza, si comprende come il mezzo di tutela che il nostro ordinamento deve garantire alla persona detenuta debba costituire uno

strumento idoneo a fronteggiare i casi di *overcrowding*, ovvero ad assicurare al detenuto l'inserimento in un circuito penitenziario in cui il rapporto tra superficie vivibile e numero dei ristretti non sia inferiore a quello evidenziato dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo¹⁷.

L'obbligo generale dello Stato italiano di ridurre il tasso *del* sovraffollamento si specifica, quindi, in un obbligo ulteriore di provvedere alla predisposizione di un mezzo di tutela giuridica che consenta all'interessato di non subire *situazioni di* sovraffollamento.

In questo modo si viene a realizzare una connessione tra la questione concernente gli artt. 3 e 46 CEDU (contrasto al sovraffollamento, inteso come impedimento ad eseguire i *dicta* della Corte in materia di esecuzione penale) e quella relativa all'art. 13 CEDU: deve essere prevista dall'ordinamento del Paese membro del Consiglio d'Europa un'apposita istanza a favore della persona *in vinculis*, mediante la quale possa farsi valere la non legalità dell'esecuzione penale, in punto di capienza degli istituti penitenziari, e si possano conseguentemente adottare i provvedimenti del caso.

Il problema si complica ulteriormente perché il sovraffollamento, in quanto fenomeno di natura strutturale, impedisce il corretto funzionamento di qualsivoglia mezzo di tutela che abbia come scopo specifico il ripristino della legalità penitenziaria: non è normalmente possibile realizzare *all'interno* di un sistema penitenziario saturo il dettato della Convenzione, eliminando le specifiche situazioni incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo dalla medesima sanciti.

In costanza di una situazione generale di sovraffollamento, è necessario, da un lato, un rimedio a carattere compensativo, mediante il quale il detenuto possa ottenere una riparazione (in forma equivalente) per il pregiudizio subito e che logicamente si colloca in una fase in cui l'esecuzione penale *contra legem* sia ormai cessata; dall'altro, un rimedio a carattere preventivo, posto che, come afferma la Corte, "*le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumain et dégradants*"¹⁸.

Tuttavia, proprio perché la piena funzionalità del rimedio preventivo è compromessa dalla situazione generale di sovraffollamento, è giocoforza riconoscere – anche se la Corte non lo fa *expressis verbis* – che, attraverso questa tipologia di mezzi di tutela, si determini, in ipotesi, la fuoriuscita del detenuto dal sistema penitenziario saturo: tradotto in termini di diritto interno, la sospensione o il differimento dell'esecuzione penale.

Nella sentenza Torreggiani non si giunge ad affermare che il rimedio preventivo debba poter portare alla sospensione dell'esecuzione. Questa

¹⁷ Cfr. in particolar modo Corte europea dei diritti dell'uomo, Sulejmanovic c. Italia, *cit.*, §§ 40-41 (con citazione di ulteriori precedenti giurisprudenziali) : qui i giudici di Strasburgo hanno individuato lo spazio vitale minimo, al di sotto del quale si configura una violazione dell'art. 3 CEDU, in 3 m², anziché in 7 m², come indicato, invece, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

¹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 96.

considerazione è con ogni evidenza implicita nell'argomentazione dei giudici di Strasburgo: lo dimostra proprio il riconoscimento, operato dalla Corte, dell'incompatibilità tra l'adeguato funzionamento dei rimedi preventivi e la situazione generale di sovraffollamento¹⁹. Ciò significa che se si confinasse la portata effettuale del rimedio preventivo all'ambito interno del circuito penitenziario, l'effettività di tale rimedio sarebbe necessariamente compromessa. Infatti il detenuto in *un* carcere sovraffollato potrebbe ottenere l'agognata cessazione del fatto lesivo mediante il trasferimento in *un altro* carcere, se non fosse che *il* carcere stesso (il sistema-carcere) è sovraffollato ed è per questa ragione oggetto di censura da parte della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

4. Natura preventiva e compensativa dei rimedi a tutela del detenuto

Siamo così giunti al nucleo centrale della questione, ovvero l'alternativa tra rimedi a carattere compensativo e rimedi di natura preventiva. Si tratta di una distinzione che non è nuova negli arresti della giurisprudenza di Strasburgo in materia d'esecuzione penale: il riferimento corre agevolmente al caso Norbert Sikorski c. Polonia (22 ottobre 2009)²⁰, ma non può sottacersi neppure del già citato caso Ananyev c. Russia (come si evince facilmente dalla lettura del passo del dispositivo sopra riportato).

Analizzando questo aspetto della decisione possono trarsi le conseguenze più significative sul piano dell'ordinamento giuridico interno, perché inevitabilmente si ricade nell'ambito della *vexata quaestio* relativa alla tutela (giurisdizionale o meno) dei diritti della persona *in vinculis*; o meglio, si è automaticamente portati a riflettere sulla relazione tra legalità penitenziaria, situazioni soggettive nell'ordinamento penitenziario e dimensione della giurisdizione nell'esecuzione delle pene detentive.

La questione dei rimedi a favore del detenuto emerge due volte nell'*iter* argomentativo della Corte: una prima volta quando afferma che è convenzionalmente necessario introdurre nell'ordinamento interno due tipologie di rimedi (preventivi e compensativi) a presidio della legalità *in executivis*; una seconda volta in riferimento alla questione in rito circa l'ammissibilità dei ricorsi²¹.

Poiché dei sette ricorrenti nel caso Torreggiani soltanto uno aveva preventivamente adito – ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 – il magistrato di sorveglianza, il Governo ha posto la questione circa l'esaurimento delle vie interne di ricorso, pregiudiziale per poter adire i giudici di Strasburgo. Considerato che, secondo la stessa giurisprudenza europea, l'onere del

¹⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 54.

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione IV, 22 ottobre 2009, [Norbert Sikorski c. Polonia](#)

²¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, §§ 41-56.

preventivo esaurimento dei ricorsi interni sta e cade con l'effettività di questi mezzi di tutela rispetto all'eliminazione della lesione contestata, si capisce agevolmente come onere processuale e rispetto da parte dello Stato convenuto dell'art. 13 CEDU siano intimamente collegati: quanto osta al riconoscimento che lo Stato convenuto abbia previamente offerto al ricorrente uno strumento effettivo di tutela, al contempo impedisce l'accoglimento di un'eccezione pregiudiziale volta a far valere nei termini summenzionati l'inammissibilità del ricorso²².

Conseguentemente, basterebbe considerare ancora una volta la situazione di sovraccollamento sistemico che caratterizza l'esecuzione delle pene detentive nello Stato convenuto per rendersi conto del difetto di un effettivo rimedio preventivo: non perché quello elaborato in via pretoria ai sensi degli artt. 35 e 69 della legge d'ordinamento penitenziario non lo sia, quanto piuttosto perché è la situazione di fatto a renderlo non operativo, cioè inidoneo ad eliminare la lesione denunciata ed eventualmente accertata²³.

La Corte giunge in tal modo a ritenere ammissibili i ricorsi pur senza previa azione dinanzi al magistrato di sorveglianza, perché quest'azione non riuscirebbe comunque a garantire alle parti in ipotesi vincitrici il miglioramento delle condizioni detentive²⁴. Finché permane la situazione complessiva di sovraccollamento non deve pertanto ritenersi strettamente necessario adire le vie interne di tutela, a prescindere dalla natura amministrativa o giurisdizionale dei rimedi.

Fin qui si è trattato dell'indisponibilità *de facto* di un rimedio di natura preventiva. La Corte tuttavia va oltre e, sempre nel contesto delle considerazioni in rito sull'ammissibilità del ricorso, inserisce un'argomentazione centrale in cui si distingue tra protezione diretta e indiretta dei diritti fondamentali²⁵. Quest'alternativa corrisponde a quella tra rimedi preventivi e rimedi compensativi, posto che i primi *direttamente* eliminano il fatto lesivo, gli altri *indirettamente* attribuiscono al detenuto una riparazione equivalente al pregiudizio subito.

La Corte sottolinea come, in materia di legalità penitenziaria, protezione diretta ed indiretta siano complementari: "*Pour qu'un système de protection des droits des détenus garantis par l'article 3 de la Convention soit effectif, les remèdes*

²² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 48 : "*En particulier la Convention ne prescrit l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues*".

²³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 54.

²⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 55. Bisognerebbe aggiungere che l'ineffettività del ricorso al magistrato di sorveglianza dipende anche dal comportamento incoerente del Governo italiano: a Strasburgo esso sostiene la natura pienamente giurisdizionale del reclamo (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 41), in Italia si rifiuta espressamente di dare esecuzione alle relative ordinanze (cfr. Corte costituzionale, 7 marzo 2012, ordinanza n. 46, in [Questa rivista](#), 20 marzo 2012, con nota di GIALUZ).

²⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 50.

préventifs et compensatoires doivent coexister de façon complémentaire"²⁶. Tradotto nel linguaggio del diritto interno, ciò sta a significare che il diritto soggettivo del detenuto a non subire un'esecuzione della pena in contrasto con l'art. 3 CEDU deve essere assistito da forme di tutela tanto per equivalente quanto in forma specifica.

In altre parole, nel caso di sovraffollamento carcerario (e, in generale, ogni qual volta entri in gioco la questione relativa alla tortura o ai trattamenti inumani e degradanti), la possibilità di accedere a prestazioni di natura risarcitoria da parte dello Stato non può esaurire i margini di tutela della persona *in vinculis*; *ex post* il risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'art. 3 CEDU è certamente uno strumento imprescindibile, la cui indisponibilità per il detenuto farebbe letteralmente deflagrare il sistema di tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia esso non è sufficiente, posto che, secondo la Corte, dal combinato disposto degli artt. 3 e 13 CEDU, discende la necessità di un istituto giuridico che consenta al soggetto leso, *nel corso* della lesione, di ottenerne l'immediata cessazione.

L'osservazione s'inserisce nel contesto della disamina dell'eccezione pregiudiziale sull'inammissibilità del ricorso per chiarire che, qualora l'ordinamento nazionale prevedesse in via esclusiva una forma di protezione indiretta della persona *in vinculis*, non vi sarebbe questione circa il mancato esaurimento delle vie interne di ricorso: è propedeutica all'esame del caso da parte dei giudici di Strasburgo l'attivazione presso i competenti organi interni degli strumenti di protezione diretta del detenuto, ovviamente ove essi siano disponibili in fatto (funzionalità del sistema, quindi, per quanto direttamente concerne il nostro Paese, assenza di una situazione di sovraffollamento carcerario sistemico) e in diritto.

Si è già detto che – per lo meno stando alla ricostruzione operata dalla Corte – la situazione di fatto in Italia impedisce di riconoscere a qualsivoglia mezzo di tutela previsto dall'ordinamento interno l'idoneità ad eliminare la lesione eventualmente subita dal detenuto, ovvero il contrasto tra le condizioni in cui si esegue la sanzione penale e l'art. 3 CEDU. Su un versante opposto a quello delle considerazioni fattuali, bisogna a questo punto chiedersi se, nell'assetto attuale dell'ordinamento italiano, possa ritrovarsi quell'articolazione in strumenti preventivi e compensativi, essenziale secondo la prospettiva della Corte.

5. I rimedi di natura compensativa nell'ordinamento italiano

Quando si pensa a strumenti di carattere compensativo il riferimento più immediato è quello alla tutela aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c. . Il risarcimento dei danni per fatto illecito dell'amministrazione penitenziaria è stato più volte invocato dinanzi agli organi di giustizia italiani ed ha dato luogo ad un contrasto

²⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *loc. ult. cit.*

giurisprudenziale recente e non ancora sopito, in cui già si delinea un orientamento prevalente.

Il richiamo è con ogni evidenza alla questione concernente la competenza del magistrato di sorveglianza, in sede di reclamo ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 – piuttosto che dell'ordinaria giurisdizione civile – sulle domande aventi ad oggetto una pretesa risarcitoria della persona detenuta per le condizioni in cui era costretta a vivere in costanza dell'esecuzione penale.

Del dibattito sviluppatosi nella nostra giurisprudenza è ben consapevole la stessa Corte di Strasburgo. Nelle motivazioni della sentenza²⁷ sono menzionate le principali ordinanze con cui la magistratura di sorveglianza si è espressa, con argomenti e conclusioni di segno contrario, sul punto in questione: il magistrato di sorveglianza di Lecce, con ordinanza del 9 giugno 2011, ha accolto la tesi che sottrae la competenza in materia di risarcimento dei danni al giudice civile²⁸; il magistrato di sorveglianza di Vercelli, con ordinanza del 18 aprile 2012, ha invece confermato, per così dire, la regola generale²⁹.

La stessa Corte di Cassazione, con un provvedimento di cui sono state di recente depositate le motivazioni, ha propeso per la tesi sostenuta dal magistrato di Vercelli: la I sezione penale ha stabilito che in tema di risarcimento dei danni non è ammessa l'azione ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975, poiché la materia è riservata agli organi della giurisdizione civile³⁰.

Effettivamente, a sostegno di quest'ultima tesi, militano non pochi argomenti. Occorre, infatti, tenere conto del fatto che, pur ammettendo la competenza universale del magistrato di sorveglianza su ogni diritto soggettivo che sorga in capo al detenuto in virtù delle norme di ordinamento penitenziario, bisognerebbe comunque tener ferma la distinzione tra *diritti primari* e *diritti secondari*. In altri termini, fa difetto una norma che attribuisca alla magistratura di sorveglianza una competenza anche su quei diritti che sorgono in capo al detenuto come conseguenza della lesione di un diritto soggettivo di matrice penitenziaria.

Occorre, peraltro, considerare che nell'ordinamento italiano manca anche una norma che generalmente attribuisca al magistrato di sorveglianza la competenza ad esercitare la funzione *giurisdizionale* in materia di diritti della

²⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, §§ 20-22.

²⁸ Cfr. Magistrato di sorveglianza di Lecce, 9 giugno 2011, Slimani Abdelaziz, in [Questa rivista](#), 16 settembre 2011, con nota di INGRASSIA, nonché in *Cassazione penale*, 2012, con nota di MARI, *La tutela dei diritti dei detenuti*. Sul punto vd. anche PASSIONE, *I doveri dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempienza. Commento all'ordinanza Slimani (n. 17/2011) del Magistrato di sorveglianza di Lecce*, in *Antigone*, 2011, n. 2-3.

²⁹ Cfr. Magistrato di sorveglianza di Vercelli, 18 aprile 2012, in [Questa rivista](#), 24 maggio 2012, con nota redazionale di VIGANÒ.

³⁰ Cfr. Cassazione penale, sezione I, 15 gennaio 2013, Vizzari, in [Questa rivista](#), 20 febbraio 2013, con nota di VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*.

persona *in vinculis* e così ragionando il discorso potrebbe estendersi fino a scardinare del tutto il sistema edificato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite³¹.

Sembra, comunque, che nel nostro ordinamento il compito di assicurare alla persona *in vinculis* un rimedio di carattere compensativo spetti alla giurisdizione civile, nelle forme in cui ordinariamente s'esercita la tutela dichiarativa dei diritti soggettivi. Se così fosse, non vi sarebbe da discutere sul punto della conformità al diritto di matrice convenzionale: il processo civile è certamente idoneo a garantire una piena protezione indiretta dei diritti fondamentali.

6. I rimedi di natura preventiva nell'ordinamento italiano

Diverso è necessariamente il discorso da farsi a proposito dei rimedi a carattere preventivo, ovvero della protezione diretta dei diritti del detenuto. Su questo versante, il pensiero corre immediatamente al reclamo *ex art. 35 l. n. 354/1975*, rivolto al magistrato di sorveglianza. Com'è noto, una linea di tendenza giurisprudenziale che va dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 26 /1999³² a quella espressa dalle Sezioni Unite nel 2003³³ ha riconosciuto in tale strumento la via che il detenuto deve percorrere ogni qual volta sia in questione un suo diritto *primario* di matrice penitenziaria.

La dottrina³⁴ e la giurisprudenza non hanno mai messo in dubbio due assunti: questa competenza dell'organo monocratico di sorveglianza ha natura *esclusiva*, non essendo ammesso che sui diritti primari del detenuto che discendono dalle norme d'ordinamento penitenziario possa esprimersi una diversa istanza giurisdizionale; il magistrato di sorveglianza decide sull'oggetto del reclamo in forme pienamente *giurisdizionali*, il che significa che l'ordinanza pronunciata all'esito del procedimento camerale ha natura di sentenza³⁵.

In realtà, nonostante rappresentino una convinzione radicata nella discussione scientifica e giurisprudenziale italiana, questi due assunti non sono esenti da critiche emerse alla luce del dibattito sviluppatosi a proposito della competenza in materia risarcitoria.

³¹ Cfr. Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cassazione penale*, 2004, con nota di MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*.

³² Cfr. Corte costituzionale, 11 febbraio 2009, sentenza n. 26, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, con note di BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*.

³³ Cfr. nota n. 31

³⁴ Cfr. per tutti CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 603 e ss.

³⁵ Cfr. CANEPA-MERLO, *Manuale, cit.*, 591: "L'ordinanza emessa dal magistrato o dal tribunale di sorveglianza ha sostanziale natura di sentenza e produce il normale effetto del giudicato, rispetto alle questioni decise, una volta divenuta irrevocabile".

Già si è detto della mancanza di una norma espressamente attributiva della competenza: così come in relazione al diritto secondario al risarcimento, anche per quanto concerne i diritti primari del detenuto il legislatore non si è premurato di predisporre una disciplina esplicita, come dimostra il fatto che la giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 212/1997, per addivenire alla conclusione della competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza, abbia invocato criteri dagli incerti confini, difficilmente conciliabili con il principio costituzionale della precostituzione legale del giudice naturale. L'argomento si riduce alla considerazione dell'assetto generale dell'organizzazione dei giudici di sorveglianza, che, secondo il giudice delle leggi, è sufficiente a fondarne una competenza giurisdizionale esclusiva³⁶. Il fatto che il legislatore abbia predisposto un complesso di organi giudiziari chiamati a pronunciarsi sugli aspetti essenziali della vicenda penitenziaria non è però di per sé sufficiente a dimostrare che questo tipo d'intervento possa definirsi espressione di una competenza, per giunta giurisdizionale, esclusiva sui diritti soggettivi del detenuto.

In secondo luogo, occorre considerare che la natura giurisdizionale di un procedimento giudiziale e del relativo provvedimento conclusivo non è caratteristica che possa affermarsi senza attenta ponderazione: ne andrebbe della distinzione sistematicamente essenziale tra attività giudiziaria e attività giurisdizionale, tra mero intervento autoritativo del giudice e accertamento in funzione dichiarativa di una situazione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento.

Troppi pochi sforzi sono stati compiuti per dimostrare compiutamente che il magistrato di sorveglianza, quando procede ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 e decide su un reclamo in materia di diritti soggettivi del detenuto, ponga in essere un'attività pienamente giurisdizionale e pervenga all'emanazione di un provvedimento con efficacia dichiarativa, piuttosto che un'attività giudiziale, decisoria sì, ma priva del crisma del giudicato in senso sostanziale.

A parte la previsione del ricorso per cassazione³⁷, una considerazione sistematicamente orientata dimostra che il procedimento per reclamo è

³⁶ Cfr. Corte costituzionale, 3 luglio 1997, sentenza n. 212, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, considerato in diritto, § 2, : "Sebbene l'ordinamento penitenziario non abbia esplicitamente e compiutamente risolto il problema dei rimedi giurisdizionali idonei ad assicurare la tutela di tali diritti (tanto che questa Corte ha dovuto talora intervenire in materia affermando in via interpretativa l'estensione di rimedi esplicitamente previsti: sentenza n. 410 del 1993), sta di fatto che, nel configurare (nei capi II e II-bis del titolo secondo) l'organizzazione dei "giudici di sorveglianza" (magistrati e tribunale di sorveglianza), esso ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria. Alla luce di tale criterio assume rilievo anche la generale competenza attribuita al magistrato di sorveglianza per la verifica di eventuali elementi, contenuti nel programma di trattamento, "che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato", e per l'adozione delle disposizioni "dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati" (art. 69, comma 5, ordinamento penitenziario)".

³⁷ Di per sé non decisiva, perché, se è vero che ogni provvedimento munito di efficacia dichiarativa deve essere ricorribile per cassazione (art. 111 comma 7 Cost.), non è necessariamente vero il

giudiziale, ma non giurisdizionale. Infatti, esso è sensibilmente sguarnito sul piano delle garanzie offerte alle parti per contribuire dialetticamente alla formazione del convincimento del giudice: il dato emerge con particolare evidenza se se ne opera un confronto con le forme in cui ordinariamente si esercita nell'ordinamento italiano la funzione giurisdizionale dichiarativa. Si pensi soltanto alla posizione processuale dell'amministrazione penitenziaria, alla quale non viene riconosciuto neppure il diritto di stare in giudizio per il tramite di un rappresentante tecnico³⁸ e il cui ruolo nel procedimento si riduce alla mera presentazione di memorie scritte: è ammissibile che un provvedimento, nella cui dinamica genetica essa così poco abbia potuto far valere le proprie ragioni, la vincoli alla pari di una sentenza emessa in un processo dichiarativo ordinario, civile o amministrativo che sia?

Una verifica improntata al principio di ragionevolezza è pertanto destinata a concludersi con il riconoscimento che il procedimento per reclamo, anche quando non si definisce in rito (e.g. declaratoria d'inammissibilità), perviene bensì ad una decisione, ma mai ad un *accertamento* in senso tecnico-processuale: il provvedimento del giudice è vincolante, ma non *preclude* la questione circa l'effettiva sussistenza o insussistenza della situazione soggettiva cui pure si fornisce tutela.

Si può trarre conferma di quest'impostazione richiamando le conclusioni della stessa giurisprudenza in due settori strettamente collegati: quello già menzionato del risarcimento del danno da lesione di un diritto primario del detenuto, l'altro relativo alla competenza a giudicare in tema di lavoro penitenziario.

Si è già detto che la giurisprudenza di merito prevalente³⁹, ora seguita anche dalla prima pronuncia in sede di legittimità⁴⁰, è orientata nel senso di escludere che attraverso il reclamo ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 si possa pervenire alla decisione *giurisdizionale* sul diritto del detenuto al risarcimento.

A parte la mancanza di una norma espressamente attributiva della competenza a decidere, uno degli argomenti più significativi a sostegno di questa tesi discende proprio dalla considerazione dello scarso livello di garanzie procedurali offerto dal reclamo: si deve conseguentemente dubitare della ragionevolezza di un sistema in cui il detenuto, e ancor più l'amministrazione, sono tenuti ad esporre le rispettive difese sulla questione del danno e del relativo risarcimento in una situazione processuale non comparabile, in termini di

contrario, cioè che ogni provvedimento ricorribile per cassazione sia munito di efficacia dichiarativa.

³⁸ La stessa Corte costituzionale ha affermato che, nell'ambito del procedimento per reclamo, le ragioni dell'amministrazione debbano essere rappresentate in giudizio dal P.M.: cfr. Corte costituzionale, 23 ottobre 2009, sentenza n. 266, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, considerato in diritto, § 6.3 (con nota di RENOLDI, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*).

³⁹ Cfr. nota n. 29.

⁴⁰ Cfr. nota n. 30.

garanzie, con quella in cui ordinariamente si esprime la funzione giurisdizionale su diritti soggettivi.

Non si capisce però come questa critica in termini di ragionevolezza possa poi confinarsi al solo settore del risarcimento dei danni e non estendersi globalmente anche all'ambito dei diritti primari della persona *in vinculis*. La stessa Corte di Cassazione è pervenuta alla conclusione secondo cui il magistrato di sorveglianza non può dirsi titolare del potere di decidere in materia risarcitoria, perché egli compie un accertamento "assolutamente incidentale" e con uno "specifico fine preventivo", tale da risultare incompatibile con una statuizione tecnicamente giurisdizionale sul diritto al risarcimento dei danni⁴¹.

La natura incidentale dell'accertamento non è però un *quid* che possa predicarsi ad intermittenza: nel caso del diritto secondario al risarcimento in senso affermativo, nel caso dei diritti primari di matrice penitenziaria in senso negativo. Essa è piuttosto una caratteristica costante del procedimento per reclamo, che si evince dal suo essere privo di strutturate garanzie per le parti tali da assicurare pienamente ed esaurientemente lo sviluppo del contraddittorio.

Per quanto riguarda invece il lavoro penitenziario, giova richiamare all'attenzione la sentenza della Corte Costituzionale n. 341/2006⁴², con cui si è attribuita la competenza giurisdizionale in materia agli organi della giurisdizione civile, proprio a partire dalla considerazione delle poche garanzie offerte dal procedimento per reclamo.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 266/2009, ha poi precisato che l'ambito d'incidenza delle critiche articolate con la pronuncia del 2006 non è suscettibile d'estendersi al di là della materia allora considerata (il lavoro penitenziario, per l'appunto): resta ferma per il resto la competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza.

L'argomento, tuttavia, non è persuasivo, giacché non è chiara la ragione per la quale soltanto i diritti nascenti dal rapporto di lavoro meriterebbero un meccanismo decisorio sufficientemente garantito, mentre le altre posizioni soggettive, che maturano in capo al detenuto nel corso e per effetto dell'esecuzione penale, resterebbero confinate nello schema del reclamo.

In realtà sembra più ragionevole estendere l'apparato critico della sentenza n. 341/2006 fino a ricomprendervi l'intera asserita competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza in materia di situazioni soggettive del detenuto.

La constatazione che il procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza sia "*a basso titolo formale*"⁴³ non implica però che esso debba essere espunto in via definitiva dal novero degli istituti predisposti a tutela del

⁴¹ Cfr. Cassazione penale, 15 gennaio 2013, Vizzari, *cit.*, considerato in diritto, § 6.

⁴² Cfr. Corte costituzionale, 27 ottobre 2006, sentenza n. 341, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, con nota di FIORENTIN, *Tutela laboristica del detenuto e ruolo del magistrato di sorveglianza alla luce della sent. cost. n. 341 del 2006*.

⁴³ Cfr. ALLORIO, *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, ora in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, Milano, 1957, 35.

detenuto. Essa infatti comporta soltanto che non sia ragionevole riconoscergli l'attributo della giurisdizionalità, ma nulla impone che i mezzi di tutela degli interessi giuridicamente qualificati del detenuto si esauriscano nei mezzi di tutela giurisdizionale: la giurisdizione non è l'unico strumento attraverso cui proteggere direttamente i diritti soggettivi della persona in *vinculis* e quindi anche un procedimento a basso titolo formale è compatibile col dettato costituzionale, purché non sia un procedimento giurisdizionale.

Da questo punto di vista la sentenza del 2006 fa un passo troppo lungo: è condivisibile, da un lato, che il magistrato di sorveglianza non possa decidere nelle forme giurisdizionali sul rapporto di lavoro penitenziario, perché il procedimento previsto non è comparabile, in termini di garanzie, al rito civile del lavoro e, pertanto, si verrebbe a creare una discriminazione irragionevole tra parti del rapporto di lavoro penitenziario e parti del rapporto di lavoro *sic et simpliciter*; non è altrettanto condivisibile che ciò debba comportare la completa eliminazione dall'orizzonte del nostro ordinamento giuridico dell'art. 69 comma 6 lett. a) l. n. 354/1975, come invece è avvenuto.

La declaratoria d'illegittimità costituzionale prende, infatti, le mosse da un presupposto che sarebbe stato più corretto mettere radicalmente in discussione, cioè che quella tipologia di reclamo dia luogo ad un procedimento giurisdizionale.

Tuttavia, si può definitivamente superare il problema se si riconosce che il reclamo al magistrato di sorveglianza si offre al detenuto come strumento complementare, non sostitutivo dei mezzi ordinari di tutela giurisdizionale. Esso intende garantire, in considerazione della situazione di particolare debolezza in cui il detenuto viene a trovarsi in ragione della restrizione della sua libertà personale, una tutela immediata.

In questo senso, si potrebbe parlare di una sorta di meccanismo cautelare, se il provvedimento del magistrato di sorveglianza non fosse svincolato dalla valutazione di qualsivoglia ragione d'urgenza. La mancanza, tra i suoi requisiti, della sussistenza di un *periculum in mora* ci fa quindi propendere per una qualificazione differente: siamo di fronte ad un procedimento che ha come funzione esclusiva quella di formare un provvedimento vincolante nei confronti dell'amministrazione, senza decidere definitivamente sul diritto azionato dal reclamante.

Si sarebbe quindi potuto conservare il reclamo, anche in materia di lavoro penitenziario, come procedimento attraverso cui si *decide* sommariamente, ma non si *accerta* definitivamente, perché resta salva la possibilità di adire la giurisdizione ordinaria. Esclusa, infatti, la giurisdizionalità del reclamo, cade l'argomentazione fondata sul principio di ragionevolezza in relazione al rito ordinario delle controversie lavoristiche.

7. Per una corretta collocazione sistematica del reclamo al magistrato di sorveglianza

Il provvedimento del magistrato di sorveglianza trova così la sua dimensione tipica nella costituzione nei confronti dell'amministrazione penitenziaria di un obbligo di agire od omettere un comportamento che si assume lesivo dei diritti della persona detenuta: si valorizza pienamente in tal modo l'*obiter dictum* della sentenza della Corte Costituzionale n. 266/2009, in cui si è affermata la vincolatività dell'ordinanza emessa all'esito del reclamo, e al contempo il dettato dell'art. 69 comma 5 l. n. 354/1975⁴⁴. Questa vincolatività però non significa altro che imperatività dell'ordine del magistrato e, se conseguentemente essa può fondare una responsabilità penale⁴⁵ e disciplinare del pubblico ufficiale per omissione di un atto del suo ufficio, nondimeno non è idonea, per così dire, a mettere la parola fine sulla questione dell'effettiva spettanza di quell'obbligo all'amministrazione stessa.

Vincolatività non significa tuttavia esecutività: l'area dei provvedimenti giuridicamente imperativi non coincide con quella dei provvedimenti giuridicamente esecutivi e resta da verificare se, in virtù dell'ordinanza, possa fondarsi un'esecuzione forzata ai sensi del libro III del codice di procedura civile o un giudizio d'ottemperanza nei confronti dell'amministrazione. La questione non può essere approfondita in questa sede, ma non c'è dubbio che la piena funzionalità dell'istituto del reclamo passi attraverso il riconoscimento dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza con cui il procedimento si conclude.

8. L'azione risarcitoria come rimedio compensativo, il reclamo al magistrato di sorveglianza come rimedio preventivo.

Sulla base di queste ultime considerazioni può quindi valorizzarsi la distinzione operata dalla sentenza Torreggiani tra rimedi preventivi e compensativi, al fine di ottenere una più razionale sistemazione dei diversi istituti previsti dall'ordinamento interno a tutela delle situazioni soggettive della persona *in vinculis*.

S'impone a questo punto una notazione preliminare. Il doppio filo che lega gli artt. 13 e 35 CEDU è già stato messo in luce: se effettività ed onere del previo esaurimento delle vie di ricorso interne s'implicano vicendevolmente, solo l'effettività del mezzo può fondarne l'onere d'esperimento preventivo.

⁴⁴ Cfr. Corte costituzionale, 23 ottobre 2009, sentenza n. 266, *cit.*, considerato in diritto, § 6.3: "La parola "disposizioni", nel contesto in cui è inserita, non significa segnalazioni (tanto più che questa modalità d'intervento forma oggetto di apposita previsione nel primo comma dell'art. 69), ma prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue".

⁴⁵ Menziona la possibilità di una responsabilità ai sensi degli artt. 328 e 650 c.p., per l'inosservanza del provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza, GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 1279.

A partire da quest'assunto, il fatto che – almeno secondo le affermazioni contenute nelle sentenze Norbert Sikorski⁴⁶ e Torreggiani⁴⁷ – anche un rimedio di natura amministrativa, in quanto effettivo, soggiaccia all'onere dell'*épuiement*, fornisce un'interessante prospettiva in cui considerare i mezzi di tutela non giurisdizionale dal punto di vista dell'art. 13 CEDU.

Si vuole qui dimostrare che la natura non giurisdizionale del reclamo ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 non crea un problema di compatibilità tra l'ordinamento interno e quello del Consiglio d'Europa: secondo la giurisprudenza di Strasburgo, così come basta l'effettività per fondare l'onere ex art. 35 comma 1 CEDU, dovrebbe risultare altresì sufficiente la stessa effettività, rispetto alla tutela del diritto fondamentale in questione, per ritenere che lo strumento predisposto dall'ordinamento italiano, al fine di proteggere *direttamente* i diritti del detenuto (il reclamo per l'appunto), soddisfi i requisiti imposti dall'art. 13 CEDU. In sostanza, la natura giudiziale (ma non giurisdizionale) del procedimento e del provvedimento conclusivo, quale è venuta emergendo in queste brevi considerazioni, non dovrebbe inficiare la rilevanza del medesimo istituto sul piano sia del rispetto della garanzia imposta dall'art. 13 CEDU, sia dell'onere di cui all'art. 35 CEDU.

Posta questa necessaria premessa, emerge con ogni evidenza la necessità di collocare l'azione risarcitoria dinanzi alla giurisdizione civile nella categoria dei rimedi compensativi a favore del detenuto e il reclamo ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975 nel novero dei rimedi a carattere preventivo.

Quest'articolazione trova conferma nel dettato dello stesso art. 69 comma 5 l. n. 354/1975, alla luce del quale la vocazione dei provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza all'esito del reclamo non può che consistere nell'eliminazione di lesioni, anche eventuali, di diritti soggettivi del detenuto. La terminologia utilizzata – "eliminazione" – fa pensare a una forma di tutela in forma specifica, che trova il suo elemento caratteristico nella neutralizzazione del fatto lesivo e, cioè, in un intervento in costanza della violazione della legalità penitenziaria; non in una misura *ex post*, pensata per riparare con una prestazione equivalente ad un pregiudizio ormai sofferto.

In quest'ottica, il sistema italiano può ricondursi, già a legislazione invariata, ad una dimensione conforme alle richieste che la Corte di Strasburgo ha fatto al nostro Paese attraverso la sentenza Torreggiani: il sistema di rimedi preventivi e compensativi tra loro complementari è già dato. Certo, non può nascondersi che delle 'zone d'ombra' tuttora permangano: in particolar modo si pensi alla questione della vincolatività e dell'esecutività dei provvedimenti emessi in sede di reclamo.

Sul versante dell'esecutività, la questione è delicata e meriterebbe un approfondimento maggiore: manca, invero, una disposizione di legge che riconosca la natura di titolo esecutivo all'ordinanza in questione, sia rispetto

⁴⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Norbert Sikorski c. Polonia, *cit.*, § 111.

⁴⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Torreggiani e altri c. Italia, *cit.*, § 51.

all'esecuzione forzata civile, sia rispetto al giudizio amministrativo d'ottemperanza. Per quanto concerne invece la vincolatività, nessun dubbio sembra si possa più nutrire a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 266/2009: il provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza è certamente idoneo a fondare un obbligo in capo all'amministrazione, ovvero un dovere dell'ufficio.

Lo schiudersi di profili di responsabilità penale, a fronte della dolosa mancata esecuzione, non sembra revocabile in dubbio.

9. Rimedio preventivo e sospensione dell'esecuzione penale

C'è tuttavia un piano su cui sembra più semplice realizzare un collegamento tra vincolatività ed esecutività dell'ordinanza del magistrato: si tratta di tutte quelle ipotesi in cui la tutela in forma specifica del diritto soggettivo del detenuto passa necessariamente attraverso il ripristino dello *status libertatis* dell'interessato. Proprio la questione del sovraffollamento carcerario rappresenta un esempio significativo.

Si è già avuto modo di dire che la sentenza Torreggiani si è posta come obiettivo primario quello della riduzione del tasso nazionale di sovraffollamento. Di conseguenza non può negarsi che un rimedio preventivo a protezione del detenuto possa dirsi veramente effettivo, dal punto di vista della giurisprudenza di Strasburgo, soltanto quando esso abbia la possibilità d'incidere alla radice dell'esecuzione penale, ovvero di disporre l'unica misura davvero adeguata per il singolo caso di sovraffollamento, in una condizione anche di sovraffollamento sistemico: la sospensione o comunque il rinvio dell'esecuzione.

Una soluzione simile è già stata ipotizzata dalla dottrina: si è sostenuto che il magistrato di sorveglianza, d'ufficio o su reclamo dell'interessato, possa "ordinare al direttore dell'istituto penitenziario, al provveditorato regionale o al dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, di non procedere all'assegnazione o all'accettazione di altri detenuti, se non previa uscita di altri"⁴⁸. A garanzia dell'esecuzione di questo tipo di prescrizioni vi sarebbe la potenziale responsabilità penale del destinatario dell'ordine: ai sensi dell'art. 328 comma 1 c.p. nel caso in cui, nonostante la decisione di segno contrario del magistrato, accolga altri detenuti nell'istituto, e ai sensi dell'art. 607 c.p. qualora non provveda al rilascio dei detenuti in eccesso⁴⁹.

Si può aggiungere che i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, che incidono direttamente e radicalmente sullo *status libertatis* dell'interessato, sono non solo, come tutti gli altri, generalmente vincolanti, ma certamente anche esecutivi, come dimostra senza possibilità d'equivoco l'art. 659 c.p.p.: questa

⁴⁸ In questi termini GARGANI, *Sovraffollamento carcerario*, cit., 1281.

⁴⁹ Cfr. GARGANI, *op. ult. cit.*, 1284.

norma individua con indiscutibile chiarezza anche l'organo preposto all'esecuzione, e, cioè, il P.M. .

In questo caso, il procedimento d'esecuzione è fissato direttamente dal legislatore: non può quindi nutrirsi alcun dubbio circa la possibilità di realizzare coattivamente, nei confronti dell'amministrazione penitenziaria eventualmente inadempiente, l'adeguamento alle disposizioni contenute nell'ordinanza con cui si sospende o rinvia l'esecuzione penale.

Si può, quindi, sostenere che nei casi di sovraffollamento, quando la situazione complessiva del sistema penitenziario sia tale da impedire in ogni caso il rispetto degli standard imposti dalla giurisprudenza di Strasburgo, il titolo esecutivo penale, pur non perdendo in generale la propria esecutività, non risulti in concreto eseguibile. In altre parole, esso è idoneo a fondare l'esecuzione, che allo stato dell'arte tuttavia non è praticabile, perché verrebbe a consistere in un atto *contra jus*.

10. Mezzi alternativi di tutela preventiva: pubblico ministero, giudice dell'esecuzione, applicazione degli artt. 146 e 147 c.p.

Nell'ipotesi in cui vi sia un ordine di carcerazione ancora da eseguire, e la sua esecuzione possa comportare l'inserimento dell'interessato in un circuito penitenziario sovraffollato, non sembra esserci spazio per un intervento del P.M. e del giudice dell'esecuzione volto ad impedire che l'esecuzione *contra ius* abbia inizio.

L'ampia formulazione dell'art. 69 comma 5 l. n. 354/1975 è, infatti, suscettibile di ricomprendere anche un provvedimento che incida *in apicibus* sulla libertà personale del detenuto, ripristinandola allorché questa decisione sia necessaria per evitare una violazione dell'art. 3 CEDU: non può invero escludersi che l'unico modo possibile per eliminare la violazione del diritto del detenuto consista proprio nella cessazione dello stesso stato detentivo.

L'incompatibilità tra le condizioni detentive in concreto e gli *standard* imposti da Strasburgo non rientra, invece, tra i casi di sospensione dell'ordine d'esecuzione ex art. 656 c.p.p. e pertanto questa disposizione non può essere invocata qualora vi sia il rischio di sottoporre il condannato ad un trattamento inumano o degradante.

Nemmeno è possibile che il P.M. e l'interessato sollecitino l'intervento del giudice del titolo in base all'art. 670 comma 1 c.p.p., perché, in effetti, il titolo non manca ed è divenuto esecutivo, per quanto non possa ritenersi in concreto eseguibile.

Il potere del giudice dell'esecuzione è limitato al versante dell'esecutività del titolo, ma non abbraccia le questioni concernenti la sua concreta eseguibilità⁵⁰.

⁵⁰ Il tenore letterale dell'art 670 comma 1 c.p.p. non è infatti suscettibile di fraintendimenti: "Quando il giudice dell'esecuzione accerta che il *provvedimento manca o non è divenuto esecutivo...*".

Occorre, pertanto, in ogni caso darvi esecuzione e poi sollecitare immediatamente, anche ad opera dello stesso P.M., ma non può escludersi l'intervento officioso dello stesso giudice⁵¹, i poteri atipici ex art. 69 comma 5 l. n. 354/1975 del magistrato di sorveglianza: solo questi può accertare la non eseguibilità del titolo.

A legislazione invariata neppure può percorrersi la strada del differimento dell'esecuzione, facoltativo (art. 146 c.p.) o obbligatorio (art. 147 c.p.): il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti non rientra tra le ipotesi tassativamente previste per poter provvedere in tal senso.

Alla luce di ciò, il Tribunale di sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 13 febbraio 2013, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità⁵². Questa recentissima presa di posizione, animata da intenzioni certamente condivisibili, mira ad una soluzione definitiva in grado di imporsi con nettezza sul piano normativo: una sentenza additiva della Corte Costituzionale che risolva la questione dei rimedi attivabili *in executivis* nel caso di sovraffollamento.

Due sono tuttavia i profili critici della soluzione prospettata che meritano fin da subito di essere menzionati. In primo luogo, non sembra che la facoltatività del rinvio sia una scelta adeguata alla gravità delle situazioni di sovraffollamento: il differimento dell'esecuzione dovrebbe piuttosto assumere carattere obbligatorio, non essendovi traccia, nella giurisprudenza di Strasburgo, della necessità di una ponderazione tra il diritto fondamentale protetto dall'art. 3 CEDU e la valutazione circa la sussistenza del concreto pericolo di commissione di delitti, di cui all'ultimo comma dell'art. 147 c.p. .

Inoltre la questione di legittimità costituzionale potrebbe rivelarsi superflua, e conseguentemente inammissibile, stante la possibilità di rinvenire, già nell'assetto attuale dell'ordinamento, la soluzione al problema sollevato: si è già detto che l'art. 69 comma 5 l. n. 354/1975, nella sua ampiezza d'orizzonte terminologico, non esclude affatto che, tra i poteri del magistrato di sorveglianza, sia già compreso quello di incidere alla radice dell'esecuzione quando non si trovi altro modo per evitare la violazione dell'art. 3 CEDU.

Va però detto che, a sostegno della posizione espressa dal Tribunale di Venezia, milita una non trascurabile ragione d'opportunità: una volta compiuto l'intervento additivo sul corpo dell'art. 147 c.p., sarebbe infatti possibile ricorrere alla disposizione di cui all'art. 47-ter comma 1-ter l. n. 354/1975, che consente di

⁵¹ Nessuna norma, infatti, subordina l'esercizio dei poteri di cui all'art. 69 comma 5 l. n. 354/1975 alla domanda di parte.

⁵² Cfr. Tribunale di sorveglianza di Venezia, 13 febbraio 2013, ordinanza n. 427, in [Questa rivista](#), 20 febbraio 2013, con nota di VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*. Sul punto cfr. anche MACHINA GRIFEO, *Carceri sovraffollate: Venezia chiede il rinvio della pena. Avvocati, nuova strada per i diritti*, in [Guida al diritto](#), 19 febbraio 2013

salvaguardare, oltre al rispetto della Convenzione, anche il principio d'indefettibilità dell'esecuzione penale, concedendo al detenuto in un carcere sovraffollato il beneficio della detenzione domiciliare.

11. Considerazioni conclusive

L'ordinamento giuridico italiano offre, dunque, già a legislazione invariata un sistema di rimedi preventivi e compensativi compatibili con l'interpretazione della Convenzione effettuata dalla sentenza Torreggiani.

Il profilo più critico resta quello relativo all'esecutività delle ordinanze del magistrato di sorveglianza emesse all'esito del procedimento per reclamo. L'affermazione della loro vincolatività non è sufficiente per ritenere che esse costituiscano un titolo esecutivo nei confronti dell'amministrazione e sul punto si rende pertanto necessario un intervento innovativo del legislatore: *de jure condendo* ci si potrebbe limitare a consentire, per mezzo dell'ordinanza, l'accesso alle forme di tutela offerte dal III libro del codice di procedura civile e/o a quelle del giudizio amministrativo di ottemperanza o, in alternativa, predisporre sul piano dello stesso ordinamento penitenziario un apposito procedimento d'esecuzione dei provvedimenti in questione.

Non può però sottacersi delle potenzialità già oggi offerte dall'art. 659 c.p.p.: il magistrato di sorveglianza ben potrebbe, in una situazione di sovraffollamento sistemico, individuare nella liberazione del detenuto (sospensione dell'esecuzione) l'unica soluzione ragionevole che sia idonea ad impedire la violazione del dettato convenzionale. Se così fosse, la relativa esecuzione del provvedimento si troverebbe già compiutamente disciplinata dal codice di rito.

Questo percorso diventa sempre più obbligato col perdurare della situazione di sovraffollamento sistemico: lo dimostrano le recentissime prese di posizione della giurisprudenza di merito, volte ad ottenere, attraverso l'intervento additivo della Corte Costituzionale, l'introduzione anche in Italia di una sorta di *numerus clausus* in ambito penitenziario. Differire l'esecuzione della pena quando vi sia il rischio di incorrere in una violazione dell'art. 3 CEDU significa infatti rendere finalmente cogenti i criteri che individuano la capienza massima degli istituti.

Sin qui si è cercato di dimostrare che, nel nostro ordinamento, l'obbligo di rispettare un *numerus clausus* nell'esecuzione delle pene detentive è già presente, deriva direttamente dalla giurisprudenza di Strasburgo ed è suscettibile di trovare una forma di esecuzione coattiva. La sentenza Sulejmanovic ha individuato il parametro 'geometrico' di riferimento per valutare la capienza massima dei luoghi di detenzione: tutti gli istituti penitenziari italiani possono contenere un numero massimo di detenuti che è pari al rapporto tra lo spazio vivibile offerto e la misura di 3 m².

Alla luce di questa chiara presa di posizione, deve ritenersi che il concetto di ampiezza sufficiente dei locali in cui si svolge la vita dei detenuti e degli internati, cui fa riferimento l'art. 6 comma 1 l. n. 354/1975, vada inteso nel senso stringente che discende dalla giurisprudenza di Strasburgo e che tale prescrizione sia assistita da uno specifico mezzo di tutela giudiziale. Attraverso lo strumento del reclamo *ex artt. 35 e 69 l. n. 354/1975* si può ottenere la sospensione dell'esecuzione ogni qual volta il singolo detenuto si trovi ristretto in uno spazio inferiore a quello menzionato e, per effetto delle condizioni complessive del sistema penitenziario, non sia possibile garantire in altro modo il fondamentale diritto alla *pena giusta*.