

I diritti dei detenuti tra giurisprudenza Cedu e politiche penali

Gianmarco Gori, 2017

Introduzione	4
Capitolo I Le politiche penali neoliberali e i diritti umani fondamentali nel contesto europeo	6
1. I diritti dei detenuti nello “stato penale”	6
2. L’andamento della popolazione detenuta e le politiche penali in Italia a partire dagli anni novanta	7
2.1. La svolta securitaria dopo l’11 settembre e la crisi economica del 2008	11
2.2. Il sovraffollamento e le condizioni di detenzione nella prospettiva dei diritti dei reclusi	14
3. La problematica questione della tutela dei diritti dei detenuti	15
3.1. La tutela dei diritti dei detenuti nel contesto italiano	15
3.2. Il sistema di protezione dei diritti fondamentali nel Consiglio d’Europa	17
3.2.1. La protezione dei diritti dei detenuti nella giurisprudenza sull’art. 3	18
3.2.2. La giurisprudenza sulle condizioni di detenzione nella nuova dimensione del Consiglio d’Europa	19
3.2.3. L’espansione della protezione dell’art. 3 con il caso Sulejmanovic	22
3.2.3.1. Il caso	22
3.2.3.2. L’interpretazione dell’art. 3	23
Capitolo II L’impatto della condanna della Corte Europea	27
1. Le conseguenze della sentenza Sulejmanovic nell’ordinamento italiano	27
1.1. Le prime misure per fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento	30
1.1.1. Il Piano carceri	30
1.1.2. L’adozione della legge 199 del 2010	32
1.1.3. Il dialogo tra il nuovo Governo e il Comitato dei Ministri e il decreto “salva-carceri”	38
1.2. Il profilo dei diritti nella giurisprudenza interna	42
1.2.1. Le prime pronunce giurisprudenziali sulla violazione dell’art. 3	43
1.2.1.1. Il sistema multilivello	45
1.2.1.2. Il contenuto del diritto	47
1.2.1.3. La natura dei rimedi e la funzione della Magistratura di sorveglianza	50
1.3. L’atteggiamento dell’amministrazione penitenziaria	51
2. L’evoluzione del meccanismo di supervisione convenzionale	52
2.1. I problemi funzionali del sistema CEDU	52
2.2. Il caso italiano negli sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU sull’art. 3	56
Capitolo III Il caso Torreggiani e l’adozione della procedura pilota	58
1. I ricorsi e l’adozione della procedura pilota	58
2. I rimedi interni e le misure di carattere generale	60
3. L’esecuzione della procedura pilota	63
Capitolo IV L’esecuzione della sentenza pilota	64
1. Il primo impatto della sentenza Torreggiani nel contesto italiano	64
2. La fase dell’emergenza	65

2.1.	Il dialogo tra Governo e Comitato dei Ministri e i primi interventi normativi	65
2.1.1.	Il decreto legge 78/2013	66
2.1.2.	La riduzione del numero di soggetti definitivi	68
2.1.3.	Le modifiche alle norme in tema di benefici penitenziari	70
2.2.	Il dialogo nell'ambito del sistema Costituzionale italiano. Il messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere	72
2.2.1.	La sentenza n. 279 del 2013 della Corte Costituzionale	73
2.2.2.	Il decreto legge 146/2013	74
2.2.2.1.	Le modifiche al Testo Unico stupefacenti	75
2.2.2.2.	Le modifiche al Testo Unico Immigrazione	76
2.2.2.3.	Le modifiche alla disciplina delle misure alternative "ordinarie"	77
2.2.2.4.	La liberazione anticipata speciale	78
2.2.2.5.	La stabilizzazione dell'esecuzione della pena presso il domicilio	79
2.2.2.6.	Le novità in tema di tutela dei diritti dei detenuti	80
2.2.3.	La sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014	82
2.2.4.	La legge delega n. 67/2014	83
2.3.	L'inizio della distensione	89
2.3.1.	Il decreto legge 92/14	90
2.3.1.1.	Le misure deflattive	90
2.3.1.2.	Il rimedio compensativo	92
3.	La rivoluzione dei rapporti tra Italia e Strasburgo	94
3.1.	La decisione del caso Stella	96
3.2.	L'impatto sul processo di riforma	97
3.2.1.	L'attuazione delle deleghe in materia di riforma del sistema delle pene principali	98
3.2.2.	La riforma del sistema delle misure cautelari: la legge 47/2015	99
4.	La decisione del Comitato dei Ministri	102
4.1.	L'incremento della capacità del sistema penitenziario	103
4.2.	Gli interventi finalizzati a migliorare la qualità della vita in carcere	104
4.2.1.	Il diritto al lavoro	105
4.2.2.	Il diritto all'affettività	110
4.3.	I rimedi interni	110
4.4.	La metamorfosi dell'obbligo di conformità alla Convenzione Europea	111
Capitolo V Un tentativo di bilancio tra le valutazioni di Strasburgo e i dati disponibili		113
1.	L'efficacia delle misure deflattive e l'andamento della popolazione detenuta	113
1.1.	L'andamento della popolazione detenuta	114
1.2.	Le cause del fallimento della riforma	116
1.2.1.	La scarsità delle risorse	116
1.2.2.	Le preclusioni di ordine giuridico	119
1.2.3.	Le preclusioni di ordine economico-sociale	121
1.2.3.1.	La popolazione detenuta straniera	122
1.2.3.1.1.	L'espulsione ex art. 16 T.U.I.	124
1.3.	Le cause della deflazione carceraria	126
1.3.1.	La liberazione anticipata speciale	129
1.3.2.	L'impatto delle modifiche della disciplina in materia di stupefacenti	131
1.4.	La situazione attuale	135
2.	L'effettività dei rimedi interni	136
2.1.	Il rimedio preventivo	138

2.2.	Il rimedio compensativo	140
2.3.	I conflitti giurisprudenziali	144
2.3.1.	Il pregiudizio grave e attuale	144
2.3.2.	Il pregiudizio consistente nella violazione dell'art. 3 Cedu	145
2.3.3.	I criteri di accertamento della violazione	149
	Bibliografia	155

Introduzione

Obiettivo di questo lavoro è cercare di offrire al lettore un'analisi dei vari processi dialettici che hanno plasmato le politiche penali e la realtà carceraria negli ultimi anni.

Nel Capitolo I cercheremo di ricostruire lo sfondo sul quale si colloca la vicenda che ha visto l'Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per le condizioni di sovraffollamento inumano nelle quali versa la popolazione detenuta.

È bene fin da subito chiarire che quello del sovraffollamento è soltanto uno degli aspetti problematici, anche se di certo il più evidente, che caratterizzano il sistema penitenziario italiano. L'emergenza del sovraffollamento ha costituito l'inevitabile conseguenza di una strategia di politica penale carcerocentrica che è stata "messa sotto processo" davanti al giudice dei diritti umani. Il confronto con il processo di evoluzione dei diritti umani in seno alle istituzioni del Consiglio d'Europa ha portato una rinnovata attenzione al mondo carcerario. Tuttavia, come vedremo, ne ha costituito anche il limite. I criteri di valutazione elaborati dalla Corte si sono inseriti in un contesto nel quale è assente un'elaborazione giurisprudenziale consolidata sui diritti dei detenuti. Ricostruiremo il contesto in cui è emerso il problema del sovraffollamento per comprendere la reazione dell'ordinamento statale alle condanne ricevute dalla Corte di Strasburgo. Nel Capitolo II, cercheremo di mettere in luce l'impatto della giurisprudenza della Corte Europea nel contesto italiano. Analizzeremo quindi le caratteristiche del sistema del diritto penitenziario nazionale, cercando di evidenziare le dinamiche che hanno determinato la mancata attuazione dei principi della riforma penitenziaria del 1975 e l'assenza di strumenti di composizione giuridica dei conflitti tra il potere amministrativo e la sfera dei diritti soggettivi dei detenuti. Vedremo quindi come queste criticità strutturali abbiano reso necessario un ulteriore intervento da parte della Corte Europea.

Nel Capitolo III analizzeremo il caso *Torreggiani* e le ragioni che hanno spinto la Corte Europea a ricorrere, come già aveva fatto precedentemente nei confronti della Polonia e della Russia, alla procedura pilota per imporre all'Italia l'adozione di tutte le misure necessarie a porre fine alla strutturale violazione dei diritti umani delle persone detenute in condizioni di sovraffollamento disumano. Metteremo in evidenza come la procedura pilota rappresenti il tentativo dei giudici di Strasburgo di assicurare il rispetto dei diritti convenzionali da parte degli Stati Membri in un momento di crisi del sistema del Consiglio d'Europa, soffocato da una domanda di giustizia che cresce in modo esponenziale.

Nel Capitolo IV passeremo in rassegna i vari interventi di politica penale e penitenziaria che sono stati adottati dal Legislatore italiano nell'ambito del processo di esecuzione della sentenza pilota. Cercheremo di evidenziare come le scelte del Legislatore italiano - gli istituti che dovevano essere modificati, le novità che dovevano essere introdotte, l'ampiezza dei vari interventi di riforma - siano la risultante di un processo di dialogo tra i vari attori che si muovono nel contesto del panorama giuridico nazionale e sovranazionale. Metteremo in luce come ai vari livelli in cui si manifesta questo dialogo venga definita la concreta portata dell'azione riformatrice, attraverso la composizione delle opposte esigenze del rispetto dei diritti dei detenuti e delle politiche securitarie. Vedremo quali dinamiche hanno determinato il prevalere dell'una o dell'altra esigenza e come questo abbia influenzato la concreta efficacia delle misure introdotte.

Nel Capitolo V, attraverso la rielaborazione e il confronto dei dati statistici relativi alla popolazione detenuta, cercheremo di individuare quali siano stati gli effetti della *riforma* del sistema penitenziario sulla popolazione sottoposta a controllo sociale formale e, in particolare, sull'andamento della popolazione detenuta. Sosterremo che, contrariamente alle valutazioni espresse dalle istituzioni del Consiglio d'Europa e dagli organi dell'ordinamento interno, gli effetti

delle misure introdotte dal Legislatore non abbiano contribuito in modo particolarmente efficace alla riduzione dell'area di applicazione della sanzione detentiva e che, al contrario, il risultato ultimo delle norme introdotte possa essere inserito in un processo di accrescimento dei caratteri selettivi dello strumento carcerario e dei suoi effetti di esclusione sociale. Allo stesso tempo, attraverso l'esame dei dati relativi ai reclami esperiti dai detenuti italiani e alle pronunce adottate dai giudici nazionali, cercheremo di evidenziare come l'interpretazione restrittiva che è stata fatta propria dalla giurisprudenza prevalente, in particolar modo nel periodo immediatamente successivo all'introduzione dei nuovi reclami giurisdizionali, abbia determinato l'ineffettività dei nuovi strumenti di tutela dei diritti del detenuto. Cercheremo quindi di individuare quali ragioni abbiano determinato la prevalenza di tale approccio restrittivo, evidenziando il peso determinante che ha assunto nell'evoluzione dei diritti dei detenuti l'interpretazione sistematica dei principi sanciti dall'ordinamento nazionale e sovranazionale.

Capitolo I

Le politiche penali neoliberali e i diritti umani fondamentali nel contesto europeo

In questo capitolo cercheremo di delineare i più recenti sviluppi delle politiche penali. Nel primo paragrafo analizzeremo le dinamiche che hanno maggiormente contribuito a determinare un crescente aumento della popolazione detenuta e lo strutturale sovraffollamento del sistema penitenziario italiano.

Nel secondo paragrafo vedremo invece come le istituzioni del Consiglio d'Europa, attraverso un progressivo sviluppo della tutela dei diritti umani, abbiano assunto una posizione centrale nella dialettica tra politiche penali nazionali e diritti individuali.

1. I diritti dei detenuti nello “stato penale”

Negli ultimi anni molti autori hanno evidenziato come, a partire dagli anni ottanta, nella maggior parte dei paesi in cui si sono diffuse politiche di stampo neoliberale, la funzione della pena ha subito una progressiva trasformazione¹.

Quello della sanzione penale è forse il campo di intervento dello Stato in cui si esprimono in modo più evidente le forme di potere che regolano una determinata società². Davanti alla globalizzazione e alla profonda trasformazione che ha interessato i rapporti tra la società e lo Stato nell'ultimo quarto di secolo, il senso e la morfologia della pena non potevano rimanere immutati. Con la società globale sono venuti meno i presupposti sui quali si era sviluppato lo Stato moderno e la concezione classica della pena. L'evoluzione tecnologica ha avuto un impatto decisivo³. Da una parte l'automatizzazione dei processi produttivi e la possibilità di delocalizzare la produzione nei paesi del secondo e terzo mondo hanno ridotto sensibilmente la domanda di manodopera nei paesi del primo mondo. Dall'altra, il venir meno dei confini naturali e l'accorciarsi delle distanze geografiche hanno reso possibile una forte mobilità della popolazione, riorientando ed intensificando i flussi migratori. In questo processo lo Stato nazionale sembra perdere gran parte della propria autorità e, esautorato dalla funzione di regolazione dell'economia, rinuncia alla funzione di promozione dell'uguaglianza sostanziale. Allo stesso tempo, a causa degli investimenti sempre più ridotti nelle politiche sociali, le cause della marginalità si radicalizzano, creando un latente conflitto sociale. Alla riduzione della spesa per il funzionamento del sistema di *welfare*, tuttavia, non corrisponde una parallela riduzione delle risorse destinate all'apparato del controllo sociale formale. Mentre da una parte le politiche in campo economico si ispirano ai principi del *laissez-faire* e della *deregulation*, l'equilibrio del mercato e l'internalizzazione dei possibili *spillover* negativi che derivano dal ciclo economico vengono perseguiti attraverso un rinnovato approccio di stile *pigouviano* al tema della pena, tornando a mettere l'accento sulla responsabilità individuale e alla configurazione della sanzione come un disincentivo. Questo passaggio costituisce una deviazione rispetto alla funzione che i “riformatori” affidavano alla sanzione penale. All'origine del penitenziario, infatti, stava l'idea

¹ E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2003, Giappichelli, pag. 114; Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, 1998, Polity Press.

² Si veda, *ex multis*, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione*, Einaudi, 1993.

³ M. MCLUHAN, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, Il Saggiatore, 1999.

che lo Stato dovesse farsi carico di creare le quelle che Benjamin Rush aveva definito le *republican machines*⁴.

Nello spazio economico globalizzato, non esistendo più un mercato nel quale lo Stato possa reinserire il condannato⁵, alla pena non viene più chiesto di *disciplinare*, ma di isolare e incapacitare quei soggetti che mettono a rischio la stabilità del sistema sociale. Si assiste ad una mutazione genetica della funzione della pena, che si trasforma da strumento di selezione inclusiva a strumento di selezione esclusiva⁶.

Nel nuovo contesto globale la funzione della pena diviene estromettere dal “mercato delle *chances*” quei soggetti che, non avendo interiorizzato le aspettative di ruolo assegnate nel processo di socializzazione, turbano i già delicati equilibri del mercato.

Dal momento in cui la carcerazione si è trasformata da mezzo a fine, la compressione della sfera giuridica delle persone oggetto della pena detentiva assume i connotati di un abbandono dello Stato di diritto, che torna a ritirarsi al di fuori delle mura del carcere. È la stessa amministrazione penitenziaria ad ammettere l'assenza di un'attività di trattamento rieducativo che sia altro rispetto all'offerta di attività di intrattenimento che “servono sostanzialmente a riempire dei tempi altrimenti vuoti, a smorzare le tensioni, a rendere occupato un tempo ‘inoccupato’”⁷.

2. L'andamento della popolazione detenuta e le politiche penali in Italia a partire dagli anni novanta

Anno	Delitti denunciati	Ingressi in carcere dalla libertà	Detenuti presenti
1949	752.106	166.589	39.423
1950	710.056	129.243	32.512
1951	705.306	132.348	32.561
1952	721.125	116.854	55.512
1953	715.569	107.343	38.397
1954	804.172	97.704	40.662
1955	708.830	97.221	40.163
1956	735.454	87.072	40.632
1957	760.999	85.613	41.793
1958	761.481	81.173	42.812

⁴ B. RUSH, *Thoughts Upon the Mode of Education Proper in a Republic*, 1786.

⁵ D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977.

⁶ G. CAPUTO, *Welfare state e politiche penali nell'Europa contemporanea*, 2008.

⁷ Circolare DAP, Direzione generale dei detenuti e del trattamento, N. Prot. Gdap-0394105 del 09.10.2003, pag. 6.

1959	850.467	68.787	37.039
1960	820.222	66.182	38.905
1961	863.570	63.446	38.648
1962	858.821	62.239	38.767
1963	869.647	53.108	34.900
1964	903.415	61.286	37.683
1965	889.337	62.280	38.905
1966	935.014	53.443	27.835
1967	992.537	53.763	31.605
1968	889.782	55.684	33.230
1969	909.833	56.562	34.852
1970	1.015.330	53.383	23.190
1971	1.255.151	59.171	27.905
1972	1.404.658	69.132	29.612
1973	1.591.109	74.950	28.881
1974	1.813.493	86.212	29.654
1975	2.039.625	94.334	31.957
1976	2.144.830	93.684	31.081
1977	1.912.053	94.272	33.164
1978	2.050.762	89.913	27.028
1979	2.101.169	85.275	29.098
1980	1.919.651	93.080	32.072
1981	1.952.478	101.469	29.939
1982	2.045.114	103.450	35.454
1983	2.017.422	108.339	40.704
1984	1.978.339	113.267	43.290
1985	2.000.436	96.146	42.297

1986	2.030.173	95.324	33.753
1987	2.204.986	86.248	31.938
1988	2.233.930	90.080	31.563
1989	2.274.095	83.954	30.989
1990	1.998.074	57.738	26.150

Anno	Delitti denunciati	Ingressi dalla libertà			Detenuti per posizione giuridica				Nazionalità	
		italiani	stranieri	totale	imputati	condannati	internati	totale	stranieri	% stranieri
1991	2.817.063	62.644	13.142	75.786	19.875	14.319	1.275	35.469	5.365	15,13
1992	2.740.891	77.609	15.719	93.328	25.343	20.567	1.406	47.316	7.237	15,3
1993	2.679.968	77.396	20.723	98.119	25.497	23.503	1.348	50.348	7.892	15,67
1994	2.792.742	73.530	24.715	98.245	23.544	26.265	1.356	51.165	8.481	16,58
1995	2.938.081	64.692	23.723	88.415	19.431	26.089	1.388	46.908	8.334	17,77
1996	2.974.042	62.997	24.652	87.649	19.375	26.962	1.372	47.709	9.373	19,65
1997	2.856.302	61.329	26.976	88.305	20.510	26.646	1.339	48.495	10.825	22,32
1998	3.090.912	58.403	28.731	87.134	21.952	24.551	1.308	47.811	11.973	25,04
1999	3.384.156	58.501	29.361	87.862	23.699	26.674	1.441	51.814	14.057	27,13
2000	2.563.100	52.776	28.621	81.397	24.295	27.414	1.456	53.165	15.582	29,31
2001	2.879.171	50.535	28.114	78.649	23.302	30.658	1.315	55.275	16.294	29,48
2002	2.842.224	51.035	30.150	81.185	21.682	32.854	1.134	55.670	16.788	30,16
2003	2.890.629	49.938	31.852	81.790	20.225	32.865	1.147	54.237	17.007	31,36
2004	2.968.594	50.026	32.249	82.275	20.036	35.033	999	56.068	17.819	31,78
2005	2.855.372	49.281	40.606	89.887	21.662	36.676	1.185	59.523	19.836	33,32
2006	2.771.490	47.426	43.288	90.714	22.145	15.468	1.392	39.005	13.152	33,72
2007	2.933.146	46.581	43.860	90.441	28.188	19.029	1.476	48.693	18.252	37,48
2008	2.709.888	49.701	43.099	92.800	29.901	26.587	1.639	58.127	21.562	37,09
2009	2.629.831	47.993	40.073	88.066	29.809	33.145	1.837	64.791	24.067	37,15
2010	2.621.019	47.343	37.298	84.641	28.782	37.432	1.747	67.961	24.954	36,72
2011	2.763.012	43.677	33.305	76.982	27.325	38.023	1.549	66.897	24.174	36,14

2012	2.818.834	36.014	27.006	63.020	25.777	38.656	1.268	65.701	23.492	35,76
2013	2.892.155	33.572	25.818	59.390	22.877	38.471	1.188	62.536	21.854	34,95
2014	2.812.936	27.470	22.747	50.217	18.518	34.033	1.072	53.623	17.462	32,56
2015	2.687.249	25.302	20.521	45.823	17.828	33.896	440	52.164	17.340	33,24
2016	n.d.	26.240	21.102	47.342	18923	35.400	6	54.653	18.621	34

L'analisi degli interventi di politica penale e dell'andamento della popolazione penitenziaria italiana nell'ultimo quarto di secolo sembra avvalorare il quadro teorico finora delineato⁸.

In questo periodo si diffondono nella legislazione e nella prassi giuridica nazionale nuove modalità di concepire ed utilizzare lo strumento penale. Questa prima fase è segnata da tre eventi molto rappresentativi di questa svolta securitaria.

In primo luogo si concretizza un approccio *tough on crime*: all'inasprimento del trattamento sanzionatorio di numerose fattispecie si accompagna l'abbandono del ciclico ricorso ad atti di clemenza generale quale strumento di deflazione e regolazione dell'andamento della popolazione detenuta italiana⁹. Da una parte, con la Legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1, il Parlamento modifica la procedura prevista dall'art. 79 Cost. per l'adozione di amnistia e indulto, prevedendo una riserva di legge assoluta e rinforzata. Parallelamente, sulla spinta del conflitto sempre più aspro tra Stato e criminalità organizzata, il Legislatore adotta una serie di interventi normativi che istituzionalizzano un sistema penale che prevede, tanto per la fase di cognizione quanto per la fase di esecuzione, un doppio binario sanzionatorio¹⁰. In particolare, le preclusioni di cui all'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario, inizialmente concepite per escludere dai potenziali destinatari dei benefici penitenziari i condannati per reati di mafia e di terrorismo, verranno via via estese dal Legislatore a una sempre più eterogenea e vasta categoria di delitti.

⁸ Per un'interessante comparazione con gli altri paesi europei, si rinvia a M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 2, pag. 949.

⁹ A partire dal Regno d'Italia fino al 1943 erano stati adottati 206 provvedimenti di clemenza. Durante la fase della liberazione erano stati adottati il Regio Decreto 17 ottobre 1942, n. 1156, il Regio decreto 5 aprile 1944, n. 96, il Decreto Luogotenente 26 ottobre 1944, n. 17, il Decreto Lgt. 8 giugno 1945, il Decreto Lgt. 17 novembre 1945, n. 719.

Nella fase post-bellica, la transizione al regime repubblicano aveva portato all'adozione del Decreto Lgt. 29 marzo 1946, n. 132, del Decreto Lgt. 29 marzo 1946, n. 133, del Decreto Presidenziale 22 giugno 1946, n. 4, del Decreto Presidenziale 27 giugno 1946, n. 25, del Decreto legislativo 18 gennaio 1947, n. 244, del Decreto C.P.S. 1 marzo 1947, n. 92, del Decreto C.P.S. 8 maggio 1947, n. 460, del Decreto C.P.S. 25 giugno 1947, n. 513, del Decreto Presidente della Repubblica 9 febbraio 1948, n. 138, del D.P.R. 28 febbraio 1948, n. 138, del D.P.R. 27 dicembre 1948, n. 1464, del D.P.R. 26 agosto 1949, n. 602, del D.P.R. 23 dicembre 1949, n. 929 e del D.P.R. 23 dicembre 1949, n. 930.

Successivamente, fino ad oggi sono stati adottati sedici provvedimenti: D.P.R. 19 dicembre 1953, n. 922; D.P.R. 11 luglio 1959, n. 460; D.P.R. 24 gennaio 1963, n. 5; D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332; D.P.R. 25 ottobre 1968, n. 1084; D.P.R. 22 maggio 1970, n. 283; D.P.R. 22 dicembre 1973, n. 834; D.P.R. 4 agosto 1978, n. 413; D.P.R. 18 dicembre 1981, n. 744; D.P.R. 9 agosto 1982, n. 525; D.P.R. 22 febbraio 1983, n. 43; D.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865; D.P.R. 12 aprile 1990, n. 75; D.P.R. 22 dicembre 1990, n. 394; Legge 3 agosto 2003, n. 207; Legge 31 luglio 2006, n. 241.

Si veda, sul tema, M. GUARDATA, *I provvedimenti di amnistia dal 1948 ad oggi*, in G. LA GRECA (a cura di), *L'amnistia del 1990. Testo, lavori preparatori, analisi*, Padova, Cedam, 1990, p. 53 ss; F. PIRAINO, *Amnistia, indulto e popolazione detenuta nell'Italia repubblicana*, tesi di laurea, Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, a.a. 2007-2008.

¹⁰ L'iter ha inizio con il d.l. 152/91 conv. l. n. 203/91 e termina con la l. 356/92 di conversione del d.l. n. 306/92.

In secondo luogo, per la prima volta lo Stato cerca di assumere un ruolo dirigista nella regolazione del fenomeno migratorio. Viene approvata la cosiddetta Legge Martelli¹¹ che, stabilendo una procedura estremamente complessa ed inefficiente in materia di ingresso nel territorio statale, finisce per dare vita ad una prassi consistente in periodiche e stabili forme di regolarizzazione emergenziale¹².

Infine, viene inaugurata una politica di *war on drugs*: con l'approvazione del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti¹³ si opera una stretta sul mercato della droga, punendo sia il traffico che l'uso personale di stupefacenti¹⁴.

I dati sull'andamento della popolazione detenuta nel periodo successivo all'adozione di queste politiche evidenziano notevoli cambiamenti sia sotto un profilo qualitativo che quantitativo.

Se da una parte, tra il 1989¹⁵ e il 2010, la popolazione residente in Italia ha registrato un aumento del 9,5% e il numero di reati denunciati è incrementato del 13%, la popolazione detenuta è più che raddoppiata, passando da 29.133 a 67.961 unità¹⁶.

Inoltre, la popolazione detenuta ha fortemente mutato la propria fisionomia¹⁷: se, fino all'inizio degli anni novanta, la popolazione di origine straniera costituiva una percentuale molto bassa della popolazione detenuta¹⁸, con una crescita sempre più rapida, nel giro di un decennio il numero di detenuti stranieri risulta triplicato. È tuttavia osservando l'andamento degli ingressi dalla libertà che si coglie chiaramente la misura dello spostamento del *target* del sistema penale. Al diminuire del numero di ingressi di italiani corrisponde infatti un notevole aumento del numero di ingressi di stranieri.

2.1. La svolta securitaria dopo l'11 settembre e la crisi economica del 2008

Con gli attentati dell'11 settembre 2001 ha inizio una seconda fase nella quale il processo di incarcerazione subisce un'accelerazione. Lo spettro del terrorismo diffonde in tutto l'occidente una

¹¹ Legge 28 febbraio 1990, n. 39. Per un'analisi, di veda E. SANTORO, *La regolamentazione dell'immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo*, in E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010, pag. 129.

¹² Ivi, pag. 135.

¹³ D.P.R. 309 del 1990.

¹⁴ Il referendum popolare del 18 aprile 1993 interviene a ridimensionare l'inaugurata politica proibizionista, abrogando l'art. 72 del Testo Unico che recitava "È vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I, II, III e IV, previste dall'art. 14. È altresì vietato qualunque impiego di sostanze stupefacenti o psicotrope non autorizzato secondo le norme del presente testo unico".

¹⁵ Si è scelto di prendere in considerazione l'anno 1989 e non l'anno 1990 in quanto, come evidenzia la tabella, nel corso del 1990 si ha una singolare diminuzione del numero di denunce e del numero di detenuti presenti.

¹⁶ Già il rapporto del Comitato per la Prevenzione della Tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti al Governo italiano sulla visita in Italia dal 15 al 27 marzo 1992, doc. CPT/Inf(95)1 del 31 gennaio 1995, prendeva in considerazione il perenne problema del sovraffollamento. Si veda, *infra*, §2.2.

¹⁷ M. BARBAGLI, *La popolazione detenuta*, in Ristretti.it.

¹⁸ F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 20.

reazione securitaria: come evidenzia l'*European Committee on Crime Problems*, “many states have experienced a change in the public opinion on crime. The drive to be ‘tougher on crime’ or to apply ‘zero tolerance’ policies or similar have led to an increased use of imprisonment”. L’introduzione negli ordinamenti nazionali di nuove fattispecie penali infatti non è stato accompagnato da un processo di revisione delle fattispecie preesistenti e da un’opportuna opera di depenalizzazione delle fattispecie minori. In questo modo si è determinato un incremento del ricorso alla sanzione detentiva e l’aumento della durata delle pene, entrambi fattori che hanno contribuito a determinare un crescente sovraffollamento carcerario¹⁹.

Anche in Italia si registra una forte crescita della popolazione penitenziaria.

Tra il 2001 e il 2010, anno nel quale viene registrato il numero più alto numero di presenze in carcere, pari a 68258 detenuti, la popolazione detenuta è aumentata del 23.4% (12983 unità). Analizzando la composizione di tale crescita, si può notare che, mentre la popolazione detenuta di origine italiana è passata da 38981 a 43292 detenuti, con un aumento del 11% (4311 unità), per quanto riguarda la popolazione detenuta di origine straniera l’aumento è pari al 53,2%. Si passa infatti da un totale di 16292 a 24966 detenuti stranieri, con un aumento di 8674 unità. Ricomponendo i dati, emerge quindi che l’aumento della popolazione detenuta verificatosi nel corso del decennio è determinato per il 66.8% dall’aumento delle presenze di detenuti stranieri.

A spingere una così forte crescita della popolazione detenuta stanno una serie di interventi che sono stati adottati dal governo di centro-destra. Deve essere innanzitutto evidenziato il forte impatto determinato dalla stretta sulle politiche migratorie operata a partire dalla L. 189 del 2002, la cosiddetta legge Bossi-Fini e dal Decreto Legge 14 settembre 2004, n. 241 “Disposizioni urgenti in materia di immigrazione”, convertito con modificazioni dalla L. 12 novembre 2004, n. 271. A metà del decennio, nell’arco di due mesi vengono adottati due interventi che, seguendo il modello già sperimentato nei paesi anglosassoni rispettivamente nel periodo Reaganiano e Thatcheriano, costituiscono la traduzione italiana della *three strikes and you’re out policy*²⁰ e un inasprimento della *war on drugs*.

La Legge 5 dicembre 2005 n. 251, soprannominata Legge Ex Cirielli, interviene apportando una serie di modifiche restrittive nei confronti della figura del recidivo. Attraverso l’aumento delle pene e la previsione di preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari, l’effetto delle modifiche introdotte ha l’effetto di bloccare il flusso in uscita verso gli istituti alternativi alla detenzione, determinando una chiusura ermetica del carcere per un’ampia fascia di detenuti²¹.

Contemporaneamente, viene modificata la disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Con la legge 21 febbraio 2006 n. 49, di conversione del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272, la cosiddetta Legge Fini-Giovanardi, viene eliminata la distinzione tra droghe “pesanti” e droghe “leggere” e si prevede un’unica fattispecie che punisce le condotte di spaccio di stupefacenti con una pena detentiva da sei a venti anni.

Come evidenziano le statistiche, la combinazione tra le modifiche apportate alla disciplina in materia di stupefacenti, la stretta sulla possibilità di immigrazione regolare e le modifiche apportate alla disciplina della recidiva amplifica gli effetti carcerogeni dei singoli interventi normativi e getta

¹⁹ cfr. *White Paper on Prison Overcrowding*, pubblicato il 25 aprile 2016 dall'*European Committee on Crime Problems*, §§ 12-14.

²⁰ E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit., pag. 87.

²¹ Per un approfondimento, si veda A. SCANDURRA, *L'emergenza carceri e la legislazione sulle droghe*, in *Antigone*, 2010, 1, pag. 94; C. BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, 3.

le basi per una forte crescita della popolazione penitenziaria, in particolare per quella di origine straniera²².

Rispetto all'anno 2006, nel biennio successivo le statistiche evidenziano un incremento degli ingressi in carcere per violazione dell'art. 73 del Testo Unico in materia di Stupefacenti pari a 3466 unità, rispettivamente 1586 nel corso del 2007 e 1880 nel corso del 2008.

Anno	Ingressi negli istituti penitenziari per qualsiasi reato			Ingressi per reati in violazione dell'art.73 DPR 309/90			Percentuale reati in violazione dell'art. 73 DPR 309/90 sul totale ingressi
	Italiani	Stranieri	Totale	Italiani	Stranieri	Totale	Percentuale
2005	49.281	40.606	89.887	15.670	10.107	25.777	28,68%
2006	47.426	43.288	90.714	15.074	10.325	25.399	28,00%
2007	46.581	43.860	90.441	15.392	11.593	26.985	29,84%
2008	49.701	43.099	92.800	16.564	12.301	28.865	31,10%
2009	47.993	40.073	88.066	15.909	12.460	28.369	32,21%
2010	47.343	37.298	84.641	15.695	10.446	26.141	30,88%
2011	43.677	33.305	76.982	14.226	10.226	24.452	31,76%
2012	36.014	27.006	63.020	11.376	9.088	20.465	32,47%
2013	33.572	25.818	59.390	10.042	8.109	18.151	30,56%

²³

La crisi economica globale del 2008 pone infine le basi per un'ulteriore inasprimento delle politiche penali. In questa fase emerge in modo abbastanza evidente il processo di riduzione del campo di intervento dello Stato nazionale. Davanti al disagio sofferto da un ceto medio fortemente ridimensionato dalla crisi, lo Stato cerca di compensare la totale assenza di risorse da destinare alle politiche sociali con un rafforzamento della deterrenza e delle politiche di tolleranza zero. Complice l'amplificazione mediatica, si radicalizza la percezione che le ridotte possibilità di ingresso nel mercato del lavoro siano "rubate" dalla concorrenza sleale dei migranti, e vengono quindi adottati una serie di decreti legge, passati alla cronaca come il "Pacchetto Sicurezza"²⁴, che danno un giro di vite sulle politiche migratorie e sulle fattispecie di maggiore allarme sociale.

Questo approccio sempre più repressivo nei confronti dei soggetti marginali ha inevitabili conseguenze di natura quantitativa: se la carcerazione costituisce la risposta al bisogno di sicurezza e lo strumento attraverso il quale viene sbarrato l'accesso al mercato legale e allo Stato sociale ai

²² G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 2, pag. 880. L'Autore rileva infatti come il piccolo spacciatore straniero irregolare costituisca una figura estremamente incline alla recidiva.

²³ *5° Libro Bianco sulla Legge Fini-Giovanardi*, 2014, pag. 5.

²⁴ Tra le varie norme introdotte, figura il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato di cui all'art. 10-bis del Testo Unico Immigrazione, quello di impiego di minori nell'accattonaggio di cui all'art. 600-octies c.p. e le modifiche apportate alle fattispecie aggravate di furto. Per una puntuale analisi si rinvia a O. MAZZA- F. VIGANO' (a cura di), *Il 'pacchetto sicurezza' 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, Giappichelli.

soggetti più deboli, come ampiamente prevedibile (e previsto²⁵), a distanza di soli tre anni dall'indulto del 2006, il sistema penitenziario italiano torna nuovamente ad affrontare un grave problema di sovraffollamento carcerario. La situazione in cui versano le carceri italiane è fotografata dal report redatto in seguito alla visita in alcuni istituti penitenziari dal Comitato per la Prevenzione della Tortura²⁶:

(...) the entire prison system is affected by the problem of overcrowding (as was the case in 2004).

A temporary reduction in the prison population (due to an amnesty in 2006) had been more than offset by subsequent developments, including the adoption of new legislation criminalising non-compliance with an order to leave the country and resulting in the imprisonment of a large number of foreign nationals.

The dramatic increase in the number of prisoners was at the time of the visit attributable at least in part to this legislative change, coupled with a shift towards a reduction in alternatives to prison for persons considered "recidivists", and a lack of differentiation in the imposition of long prison sentences for different kinds of drug-related offences. The CPT notes the continuing high proportion of remand prisoners (over 60% at the time of the visit) and the concomitant pressure on prison facilities of the associated turnover²⁷.

2.2. Il sovraffollamento e le condizioni di detenzione nella prospettiva dei diritti dei reclusi

La configurazione della pena detentiva come una pratica di esclusione comporta delle inevitabili conseguenze anche sullo status giuridico delle persone che entrano in contatto con l'apparato repressivo statale. Attraverso la detenzione, la persona subisce infatti un processo di degradazione che lo trasforma da soggetto giuridico a oggetto di politiche, niente più che un corpo da allocare.

Questo effetto di *capitis deminutio* è dovuto a circostanze che hanno in parte un carattere fisiologico ed in parte dipendono da carenze specifiche dei diversi ordinamenti nazionali.

Sotto il primo profilo, per quanto criticabile, è abbastanza comprensibile che la protezione dei diritti dei soggetti detenuti non rientri nell'agenda di quella stessa classe politica che fonda parte della propria legittimità sul processo di criminalizzazione e di esclusione dei soggetti marginali²⁸. Questi soggetti costituiscono infatti una minoranza che è doppiamente marginalizzata: da una parte, essendo costituita in gran parte da soggetti stranieri, è priva del diritto di voto e quindi priva di rappresentanza politica diretta, dall'altra è priva di qualsiasi attrattività che possa anche

²⁵ Secondo quanto riportato in un articolo intitolato *Carceri piene tra un anno*, pubblicato il 16 ottobre 2007 sul [sito del Corriere della Sera](#), il capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Ettore Ferrara, in una conferenza stampa al ministero della Giustizia avrebbe affermato "Nell'arco di un anno e mezzo, se non accadrà qualche fatto nuovo e senza interventi strutturali, torneremo alla situazione di prima dell'indulto, cioè all'inevitabile sovraffollamento delle carceri".

²⁶ Si veda, *infra*, § 3.2.

²⁷ Rapporto al Governo italiano sulla visita in Italia dal 14 al 26 settembre 2008, CPT/Inf(2010)12, 20 aprile 2010, § 54.

²⁸ N. CHRISTIE, *Suitable Enemies*, in H. BIANCHI - R. VAN SWAANINGEN (eds.), *Abolitionism. Towards a Non-Repressive Approach to Crime*, Amsterdam, Free University Press, 1986.

indirettamente interessare le forze politiche, difficilmente pronte a rischiare il consenso della maggioranza soddisfatta per portare avanti le istanze dei “criminali”.

Sotto il secondo profilo, in maniera diversa a seconda dei diversi paesi, la minoranza costituita dai detenuti si è trovata ad essere priva non solo di un canale di rappresentanza politica, ma anche di un sistema di strumenti giuridici attraverso il quale poter proceduralizzare in modo efficiente le proprie pretese di tutela.

3. La problematica questione della tutela dei diritti dei detenuti

Le esigenze di tutela dei soggetti privati della libertà personale hanno avuto riconoscimento giuridico soltanto nella più recente storia del diritto positivo. Prima che, in seguito alla Seconda Guerra Mondiale, emergesse il moderno costituzionalismo, basato sulla centralità della persona, erano infatti diffuse delle concezioni della soggettività giuridica del detenuto che, come ad esempio la *hand off doctrine* negli Stati Uniti²⁹, collegavano allo status detentivo la perdita della titolarità dei diritti soggettivi.

La prospettiva inizia a cambiare con l’approvazione di una serie di documenti internazionali, il prototipo delle quali è costituito dalle *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* adottate nel 1955 dal Primo Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine ed il Trattamento dei Criminali³⁰.

Questo testo di *soft law*, per quanto giuridicamente non vincolante, costituisce il primo tentativo di codificare alcune regole che riconoscano la soggettività giuridica dei detenuti, ponendo alcuni obblighi nei confronti dello Stato³¹. Tuttavia, le Regole non si preoccupano di configurare in capo al detenuto il diritto ad accedere a forme di tutela nel caso in cui l’amministrazione non adempiesse ai suoi doveri. L’unica previsione che si occupa del bisogno di controllare la corrispondenza delle condizioni di detenzione alle prescrizioni è quella contenuta nell’art. 4, che sancisce la necessità che vengano effettuate periodiche ispezioni, senza specificare però quale debba essere il soggetto incaricato.

3.1. La tutela dei diritti dei detenuti nel contesto italiano

Nel contesto italiano, il processo di *costituzionalizzazione della persona*³² che si attua con l’approvazione della Carta Fondamentale assegna un ruolo centrale al principio di inviolabilità della dignità dell’individuo. Tanto l’art. 13 in tema di inviolabilità della libertà personale, quanto l’art. 24 in tema di diritto di azione e di difesa giurisdizionale, e, in particolare l’art. 27, comma 3, sul

²⁹ E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit., pag. 79; G. DI GENNARO - E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1975, 1, pag. 13.

³⁰ *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 agosto 1955, Primo Congresso delle Nazioni Unite su *Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Un. Doc. A/Cof/611, annex I, Esc. res. 663C, 24 Un. Escor Supp. (No. 1) at 11, Un. Doc. E/3048 (1957), amended Esc. res. 2076, 62 Un. Escor Supp. (No. 1) at 35, Un. Doc. E/5988 (1977).

³¹ Per una dettagliata analisi, si rinvia a G. CAPUTO, *Carcere e diritti sociali*, cit., pag. 16 e ss.

³² S. RODOTA’, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, Laterza, pag. 148.

divieto di trattamento contrari al senso di umanità e sulla finalità rieducativa della pena, costituiscono le nuove coordinate fondamentali nelle quali si colloca la soggettività del detenuto³³.

Tuttavia, se, al livello di previsione astratta, l'ordinamento riconosce ai detenuti l'idoneità ad essere titolari di diritti soggettivi, rimane irrisolto il problema dell'individuazione della concreta ampiezza di quei diritti che non possono essere compressi dalle esigenze legate all'esecuzione penale. Si era cercato di "mettere il vino nuovo negli otri vecchi"³⁴: nonostante il quadro dei principi giuridici sia radicalmente cambiato e con esso sia cambiata la funzione formalmente assegnata alla pena, gli istituti penitenziari e i soggetti deputati alla loro gestione sono rimasti gli stessi del tempo del fascismo³⁵. Per quasi trent'anni, i nuovi principi rimangono sostanzialmente confinati alla previsione costituzionale.

Soltanto a partire dalla fine degli anni sessanta si inizia ad intravedere la possibilità di positivizzare più ampiamente i diritti dei detenuti.

Un momento fondamentale in questo percorso è rappresentato dalla pronuncia della sentenza n. 204 del 1974, con la quale la Consulta, nel ritenere l'illegittimità costituzionale della facoltà del Ministro di grazia e giustizia di concedere o meno il beneficio della liberazione condizionale, riconosceva che, "gli indirizzi teorici e legislativi" più moderni tendevano a "giurisdizionalizzare" l'esecuzione stessa della pena.

L'anno successivo viene approvata la Legge 26 luglio 1975 n. 354 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" (d'ora in avanti l'Ordinamento penitenziario, o.p.). L'Ordinamento penitenziario costituisce la prima forma di attuazione delle norme costituzionali: si prevedono infatti una serie di diritti in favore dei detenuti e corrispondenti obblighi in capo all'amministrazione.

Da questo momento in poi, la Corte Costituzionale da una parte ha escluso che l'amministrazione godesse di un potere libero da controlli a fronte dei diritti dei detenuti³⁶ e, dall'altra, ha affermato l'esigenza che l'ordinamento configurasse uno strumento giurisdizionale idoneo in primo luogo a valutare i possibili "sconfinamenti" dell'amministrazione nel campo già occupato dai diritti e, in secondo luogo, a restituire al detenuto eventualmente leso il pieno godimento dei suoi diritti. Al fine di tutelare la posizione del detenuto si affida un importante ruolo di controllo alla Magistratura di sorveglianza³⁷. Come afferma Franco Della Casa,

l'esecuzione della pena resta caratterizzata da un marcato e diffuso predominio dell'attività amministrativa. È naturale, pertanto, che sia proprio il controllo di tale

³³ Sul tema, si vedano V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002.

³⁴ A. MARGARA, *Un po' di storia di un trentennio*, in *La nuova città*, 2005, 8-9-10. L'autore attribuisce l'uso dell'espressione a Sandro Gozzini.

³⁵ Fino al 1976, il regime penitenziario continua ad essere regolato dal Regolamento Penitenziario approvato con il Regio decreto 18 giugno 1931. Sul tema, G. CAPUTO, *Carcere e diritti sociali*, cit.; G. DI GENNARO - E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1975, 1, pag. 1.

³⁶ C. Cost., sentenze nn. 349 e 410 del 1993; 227 del 1995; 351 del 1996.

³⁷ F. DELLA CASA, *La Magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli, Torino, 1994; G. PRELATI, *Il Magistrato di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2002; A. MARGARA, *Considerazioni generali sulle attività degli Uffici di sorveglianza*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1979, 1.

attività a costituire il banco di prova di un organismo appositamente creato per garantire la legalità all'interno dell'istituzione carceraria³⁸.

L'assenza di un quadro normativo che configurasse in modo chiaro un procedimento connotato da caratteri giurisdizionali, ha tuttavia determinato la sostanziale ineffettività di molti dei diritti riconosciuti ai detenuti con la riforma.

Sebbene l'esistenza di una problematica carenza di mezzi di natura rimediale sia incontestabile, cercheremo di dimostrare che, più che la scarsità degli strumenti giuridici, ciò che prima di tutto, per varie ragioni, è sistematicamente venuto a mancare, sia in realtà una diffusa cultura della tutela giuridica dei soggetti detenuti.

Per adesso è sufficiente rilevare che, nonostante questo vuoto di tutela, la latente contraddizione tra *law in the books* e *law in action* ha trovato fuori dai confini nazionali una via per emergere. "C'è un giudice a Berlino": la questione dei diritti dei detenuti ha infatti trovato un riconoscimento giuridico presso le istituzioni del Consiglio d'Europa.

3.2. Il sistema di protezione dei diritti fondamentali nel Consiglio d'Europa

Parallelamente alla diffusione delle teorie *libertarian* e all'emergere della nuova morfologia del diritto penale, nel contesto giuridico europeo è andato sviluppandosi un ampio discorso sui diritti umani fondamentali e, in particolare, sui diritti delle persone private della libertà personale.

Nel contesto della Guerra Fredda, sulla scia delle esperienze dei totalitarismi, vari paesi europei sentono la necessità di porre dei freni al potere dello Stato di incidere sul nucleo di diritti fondamentali della persona. Al fine di contribuire ad assicurare la pace e il rispetto della *rule of law*, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo istituisce un sistema giuridico transnazionale fondato sulla centralità dei diritti individuali e sulla limitazione del potere degli Stati che, nelle loro articolazioni, sono destinatari di un dovere di garantire i diritti sanciti ad ogni persona che si trovi nell'ambito della loro giurisdizione³⁹.

All'interno di questo quadro giuridico, uno dei dibattiti che ha ricevuto la maggiore attenzione è quello relativo alla tutela dei diritti dei detenuti.

Nessuna istituzione ha contribuito allo sviluppo del diritto penitenziario tanto quanto gli organi del Consiglio d'Europa⁴⁰. Le varie istituzioni europee, in particolare il Comitato dei Ministri e il Comitato per la Prevenzione della Tortura⁴¹, hanno infatti prodotto un crescente *corpus* di fonti di

³⁸ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza...*, cit., pag. 67.

³⁹ A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order...*, cit., pag. 53.

⁴⁰ A riconoscerlo è il giudice Paulo Pinto di Albuquerque nella sua *dissenting opinion* (§ 34) allegata alla sentenza adottata Gran Camera nel caso *Mursic c. Croatia*. Rinviamo, per maggiori approfondimenti, alla Parte IV.

⁴¹ Il Comitato (nel prosieguo, il CPT) è stato istituito con la Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani o Degradanti del 1989. Il Comitato, composto da esperti indipendenti, svolge le proprie funzioni di prevenzione attraverso un sistema di visite nei luoghi di detenzione per verificare le condizioni di trattamento delle persone private della libertà.

Affronteremo in modo più approfondito il tema dei rapporti tra Corte Europea e CPT nel Cap. VI.

*soft law*⁴², tra le quali le più importanti sono rappresentate dalle Regole Penitenziarie Europee⁴³ e dai parametri sviluppati dal CPT⁴⁴.

A determinare questa evoluzione garantista sta innanzitutto il valore fondamentale che la Convenzione attribuisce al divieto di tortura e trattamenti o pene inumane o degradanti sancito all'art. 3⁴⁵, che tutela il diritto all'inviolabilità dell'integrità psicofisica individuale.

Inoltre, rispetto ai singoli Stati nazionali, gli organi del Consiglio d'Europa possono svolgere la loro funzione di protezione e promozione dei diritti individuali senza essere legati alle logiche del consenso politico. Questa caratteristica garantisce alle istituzioni del Consiglio la possibilità di offrire ai detenuti un'attenzione del tutto particolare, ponendosi quale parte terza tra l'individuo e lo Stato.

3.2.1. La protezione dei diritti dei detenuti nella giurisprudenza sull'art. 3

La caratteristica essenziale che ha reso la Convenzione uno strumento così efficace nella protezione dei diritti dei reclusi è la funzione di *individual justice* svolta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La connotazione individualistica del ricorso⁴⁶ è ciò che permette alla Corte di assumere un approccio *pro personae*: ricorrendo ad un'interpretazione dinamica ed evolutiva del diritto

⁴² Per un elenco si veda la citata *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, nota 82, nella quale il giudice menziona la *European Convention on the supervision of conditionally sentenced or conditionally released offenders* (1964), ETS N°51; *Convention on the transfer of sentenced persons* (1983), ETS N°112; *Additional Protocol to the Convention on the transfer of sentenced persons* (1997), ETS N°167; CM/Rec (2014) 4 *on electronic monitoring*, CM/Rec (2014) 3 *concerning dangerous offenders*; CM/Rec (2012) 12 *concerning foreign prisoners*; CM/Rec (2012) 5 *on the European Code of Ethics for Prison Staff*; CM/Rec (2010) 1 *on the Council of Europe Probation Rules*; Rec (2008) 11 *on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures*; Rec (2006) 13 *on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*; Rec (2003) 23 *on the management of life-sentence and other long-term prisoners*; Rec (2003) 22 *concerning conditional release (parole)*; Rec (2000) 22 *on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*; R (99) 22 *concerning prison overcrowding and prison population inflation*; R (99) 19 *concerning mediation in penal matters*; R (98) 7 *concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison*; R (97) 12 *on staff concerned with the implementation of sanctions and measures*; R (93) 6 *concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases, including aids and related health problems in prison*; R (92) 18 *concerning the practical application of the Convention on the transfer of sentenced persons*; R (92) 16 *on the European rules on community sanctions and measures*; R (89) 12 *on education in prison*; R (88) 13 *concerning the practical application of the Convention on the transfer of sentenced persons*; R (84) 11 *concerning information about the Convention on the transfer of sentenced persons*; R (82) 17 *on the custody and treatment of dangerous prisoners*; R (82) 16 *on prison leave*; R (79) 14 *concerning the application of the European Convention on the supervision of conditionally sentenced or conditionally released offenders*; Resolution (70) 1 *on the practical organisation of measures for the supervision and after-care of conditionally sentenced or conditionally released offenders*; Resolution (67) 5 *on research on prisoners considered from the individual angle and on the prison community*; and Resolution (62) 2 *on electoral, civil and social rights of prisoners*.

⁴³ Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee.

⁴⁴ Da ultimo, *Living space per prisoners in prison establishments: CPT standards*, CPT/Inf (2015) 44, 15 dicembre 2015.

⁴⁵ A. ESPOSITO, *Art. 3 Proibizione della tortura*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pag. 69 e ss.; B. RAINEY- E. WICKS- C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, Oxford University Press, pagg. 169-196; A. GORI, *Articolo 3 CEDU: trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, 2015.

⁴⁶ E. SANTORO, *Democrazia, migrazioni e società multiculturali*, in S. MEZZADRA - M. RICCIARDI (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, Ombrecorte, 2013, pag. 156.

sancito dall'art. 3, gli organi giurisdizionali del Consiglio d'Europa hanno avuto modo di valutare la compatibilità degli effetti delle politiche securitarie con le esigenze di assicurare il rispetto della sfera giuridica dell'individuo.

A partire dagli anni sessanta, l'allora Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo aveva riconosciuto che la titolarità dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione non veniva meno con la privazione della libertà personale⁴⁷. L'art. 3 infatti impone allo Stato un dovere inderogabile⁴⁸ di proteggere la dignità e l'integrità fisica della persona⁴⁹. Dal momento che anche la pena che viene inflitta in base alla legge può, per il modo in cui si realizza, sollevare un problema di compatibilità con l'art. 3⁵⁰, assumono rilevanza giuridica le concrete modalità di esecuzione della pena. Se la Corte riconosce che la privazione della libertà personale non può non comportare un inevitabile livello di afflizione, tuttavia non deve comportare una sofferenza priva di giustificazione.

Consolidata su questa base la configurazione della sfera di tutela protetta dall'art. 3, la giurisprudenza della Corte si sviluppa nell'individuazione della soglia minima di gravità oltre la quale la pena o il trattamento costituiscono un trattamento inumano o degradante.

Fin dalle prime applicazioni giurisprudenziali, la Corte afferma la natura relativa della soglia minima di gravità, che non può essere cristallizzata in un parametro predeterminato, ma deve essere valutata dalla Corte caso per caso, prendendo in considerazione vari fattori, come le conseguenze fisiche e psichiche derivanti dal trattamento denunciato, la lunghezza del periodo di detenzione, l'età, la salute, il sesso del recluso⁵¹. È facile comprendere che questo criterio di natura relativa lasci aperta la possibilità che, attraverso un'interpretazione evolutiva, il livello di tutela garantito dalla Corte possa avanzare sensibilmente.

3.2.2. La giurisprudenza sulle condizioni di detenzione nella nuova dimensione del Consiglio d'Europa

Negli anni novanta, a partire dalla caduta del muro di Berlino, nell'arco di un decennio, molti paesi appartenenti all'ex blocco sovietico hanno aderito al Consiglio d'Europa⁵².

Contemporaneamente, anche la struttura istituzionale del sistema di viene ampiamente innovato con l'entrata in vigore del Protocollo 11.

La Corte, divenuta l'organo stabilmente deputato ad assicurare l'osservanza degli impegni assunti dagli Stati Membri con l'adesione al sistema della Convenzione, ha assunto un ruolo attivo nel guidare la fase di transizione dei nuovi Membri del Consiglio dal regime sovietico a quello

⁴⁷ *Ilse Koch c. Austria*, (app. n. 1270/61), 8 marzo 1962.

⁴⁸ *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, § 163.

⁴⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, (app.n. 5856/72), 25 aprile 1978, § 33.

⁵⁰ *Kotalla c. Paesi Bassi*, (app.n. 7994/1977), 6 maggio 1978.

⁵¹ *Tyrer*, cit., § 30.

⁵² L'Ungheria è entrata a far parte del Consiglio d'Europa nel 1990, la Polonia nel 1991, la Bulgaria nel 1992, Estonia, Lituania, Slovenia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca e Romania nel 1993, Andorra, Lettonia, Albania, Moldavia, Macedonia e Ucraina nel 1995, Russia e Croazia nel 1996, Georgia nel 1999, Armenia e Azerbaigian nel 2001, Bosnia-Erzegovina nel 2002, Serbia nel 2003, Monaco nel 2004 e il Montenegro nel 2007.

democratico. Si è aperta una stagione di *judicial activism*⁵³ in cui la Corte ha l'occasione di espandere il nucleo protetto dall'art. 3.

A partire dall'inizio del nuovo millennio la Corte comincia a delineare con maggiore chiarezza i contorni del diritto a non essere sottoposto a pene inumane o degradanti.

Per la prima volta nel caso *Kudla c. Polonia*⁵⁴ la Corte riconosce che l'art. 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurare che la persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che l'esecuzione della misura privativa della libertà sia tale da non sottoporla a una prova di intensità tale da superare l'inevitabile grado di sofferenza inerente allo status di detenuto e che, compatibilmente con le esigenze concrete della detenzione, salute e benessere siano adeguatamente assicurate, tra le altre cose, attraverso un'adeguata assistenza medica.

Nell'interpretazione della Corte, l'art. 3 impone allo Stato un preciso dovere di assicurare che la detenzione in carcere sia organizzata in un modo da non compromettere quella incomprimibile sfera di diritti la cui titolarità deve essere riconosciuta alla persona umana in quanto tale. L'unica forma legittima di afflizione della pena detentiva è la privazione della libertà personale. La funzione dell'art. 3 è proteggere quella sfera di libertà e di tracciare il confine oltre il quale l'esecuzione della pena detentiva finisce per comprimere illegittimamente la dignità umana.

All'interno di questo tracciato consolidato, i giudici di Strasburgo iniziano a scrutinare le specifiche condizioni di detenzione lamentate dai ricorrenti.

L'espansione del diritto a non subire condizioni di detenzione degradanti procede con due casi contro la Grecia, il caso *Peers*⁵⁵ e il caso *Dougoz*⁵⁶. La Corte analizza puntualmente le condizioni di detenzione e ritiene che la dignità umana possa essere stata lesa dalle concrete modalità dell'esecuzione penale aldilà di qualsiasi intenzionalità⁵⁷.

È tuttavia con l'adesione alla Convenzione da parte della Russia nel 1998 e con il conseguente esame dei ricorsi provenienti da detenuti russi, che l'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 3 subisce una brusca accelerazione.

A partire dal *leading case Kalashnikov v. Russia*⁵⁸, seguono sempre più numerose le condanne per le condizioni di detenzione contrarie all'art. 3 che sono determinate dal sovraffollamento. Il problema del sovraffollamento e di condizioni di detenzione estremamente precarie è infatti molto diffuso negli ultimi paesi che hanno fatto ingresso nel Consiglio d'Europa⁵⁹.

⁵³ P. MAHONEY, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, in F. FORREST MARTIN, S. J. SCHNABLY, R. WILSON, J. SIMON, M. TUSHNET, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; D. POPOVIC, *Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Creighton Law Review*, 2009, 42, pag. 364. Tratteremo più diffusamente il tema nella Parte III.

⁵⁴ *Kudla v. Poland*, (app. no. 30210/96), 26 ottobre 2000, § 94.

⁵⁵ *Peers v. Greece*, (app. no. 28524/95), 19 aprile 2001, § 74.

⁵⁶ *Dougoz c. Grecia*, (app. no. 40907/98), 6 marzo 2001, § 46.

⁵⁷ *Peers*, cit., § 75.

⁵⁸ *Kalashnikov v. Russia*, (app. no. 47095/99), 15 luglio 2002, § 97.

⁵⁹ Si vedano in proposito le [statistiche annuali del Consiglio d'Europa pubblicate nell'ambito del progetto SPACE I](#), e il White Paper on Prison Overcrowding, pubblicato il 25 aprile 2016 dall'European Committee on Crime Problems, §§ 14-23.

Sebbene non siano rinvenibili dati che, tra le sentenze relative a condizioni inumane o degradanti⁶⁰, distinguano quelle determinate da inadeguate condizioni di detenzione, si può tenere conto del fatto che da un'analisi empirica svolta senza alcuna pretesa di esaustività emerge che la Corte ha pronunciato oltre 200 sentenze di condanna per la violazione dell'art. 3 determinata dal sovraffollamento carcerario. Ad esempio, a partire dall'anno 2000, sono state emesse oltre 90 sentenze di condanna contro la Russia⁶¹, oltre 25 sentenze contro la Bulgaria a partire dal 2004⁶², 5 sentenze sono state pronunciate contro l'Ungheria⁶³, oltre 30 sentenze nei confronti della Moldavia a partire dal 2003⁶⁴, 16 sentenze contro la Romania⁶⁵, oltre 10 contro la Grecia⁶⁶.

Inoltre, da un punto di vista qualitativo, il sovraffollamento carcerario costituisce spesso un problema di natura strutturale, determinato da dinamiche articolate che coinvolgono il sistema penale dello Stato Membro nel suo complesso.

Risolvere un problema di questo tipo comporta inevitabilmente l'adozione di misure complesse e gli Stati spesso non si sono dimostrati capaci di trovare soluzioni adeguate.

In questo vuoto di tutela, la Corte ha assunto un ruolo centrale. Attraverso l'esperimento del ricorso individuale previsto dall'art. 34 della Convenzione, moltissimi detenuti che non trovavano giustizia a livello interno, hanno adito la Corte per vedere riconosciute le proprie pretese di tutela dalle condizioni inumane determinate dal sovraffollamento.

Il crescente peso assunto dal problema del sovraffollamento carcerario conduce la Corte ad elaborare una serie di criteri giurisprudenziali che si consolidano con l'aumentare delle pronunce in materia.

È per la prima volta nel 2009 che la Corte, pronunciandosi sul caso *Aleksandr Makarov v. Russia*⁶⁷, giunge a fissare uno standard per valutare in quali casi le condizioni di sovraffollamento determinino un problema di compatibilità con l'art. 3. Analizzando la propria giurisprudenza, ed in particolare riallacciandosi alle valutazioni operate nel caso *Vlasov*⁶⁸, la Corte fissa un criterio

⁶⁰ Nel periodo 1959-2015, su 2504 sentenze emesse sull'art. 3 (10,20% del totale delle sentenze emesse), 1670 riguardavano trattamenti disumani o degradanti.

⁶¹ *Ananyev*, cit., annex 1.

⁶² *Neshkov and Others v. Bulgaria*, (app. nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13), 27 gennaio 2015, Appendix 2.

⁶³ *Varga and Others v. Hungary*, (app.nos 14097/12 45135/12 73712/12...), 10 marzo 2015, § 98.

⁶⁴ *Shishanov v. Moldova*, (app. 11353/06), 15 settembre 2015, §127.

⁶⁵ *Iacov Stanciu v. Romania*, (app. 35972/05), 24 luglio 2012, § 195.

⁶⁶ *Nisiotis group of cases* [*Nisiotis v. Greece*, (app. 34704/08), 10/02/2011; *Kanakis* (No. 2) (app.40146/11), 12/12/2013; *Nieciecki* (app.11677/11), 04/12/2012; *Samaras and Others* (app.11463/09), 28/02/2012; *Taggatidis And Others* (app. 2889/09), 11/10/2011; *Tsokas and Others* (app. 41513/12), 28/05/2014; *Tzamalidis and Others* (app. 15894/09), 04/12/2012; *Logothetis and Others* (app. 740/13), 25/09/2014; *Nikolaos Athanasiou and Others* (app. 36546/10), 23/10/2014; *Papakonstantinou* (app.50765/11), 13/11/2014].

⁶⁷ *Aleksandr Makarov v. Russia*, (app. no. 15217/07), 12 marzo 2009, § 93.

⁶⁸ *Vlasov c. Russia*, (app.no 78146/01), 12 giugno 2008, § 81.

spaziale pari alla disponibilità di almeno 3 mq per ciascun detenuto⁶⁹e, così facendo, crea una regola che è destinata a consolidarsi nella giurisprudenza successiva.

3.2.3. L'espansione della protezione dell'art. 3 con il caso Sulejmanovic

È all'interno di questo processo che si colloca il caso italiano. Abbiamo già accennato alle risultanze delle visite effettuate dal CPT nelle carceri italiane e ai dati allarmanti che già emergevano nel 2004. Una seconda visita nel corso del 2008 aveva condotto il Comitato a ritenere che la situazione non solo non fosse migliorata, ma, addirittura, stesse rapidamente peggiorando⁷⁰. Il caso *Sulejmanovic*⁷¹ costituisce il punto di incontro tra il processo di espansione della pena carceraria e quello dell'evoluzione della tutela dei diritti umani. Con questa sentenza, infatti, il bagaglio argomentativo sviluppato dai giudici europei nell'esame dei ricorsi provenienti dai paesi dell'ex blocco sovietico viene applicato ad uno dei Paesi Fondatori del Consiglio d'Europa. Questo incontro innesca una dialettica nella quale lo sviluppo del diritto interno e del diritto transnazionale vengono legati a doppio filo, in un processo di integrazione e scontro che prosegue ancora oggi.

3.2.3.1. Il caso

Con la sentenza *Sulejmanovic*⁷² la Corte di Strasburgo si pronuncia sul ricorso presentato nel luglio 2003 da un detenuto di origine bosniaca che era stato ristretto presso il carcere di Rebibbia, a Roma, dal novembre 2002 all'ottobre 2003.

Il sig. Sulejmanovic sosteneva che le condizioni di detenzione nelle quali era stato ristretto costituissero un trattamento inumano e degradante e chiedeva alla Corte di condannare l'Italia a risarcire la violazione subita. Il ricorrente fondava la propria domanda sul rilievo che, a causa del grave problema di sovraffollamento presente nell'istituto, era stato detenuto in una cella di mq 16,20 insieme ad altri cinque detenuti, avendo quindi a disposizione uno spazio personale inferiore a 3mq. Secondo il ricorrente, se la disponibilità di uno spazio così ridotto già poteva ritenersi una violazione dell'art. 3, le condizioni in cui era costretto a vivere erano ulteriormente aggravate dal fatto che, in tale spazio, il ricorrente doveva passare la maggior parte della giornata, avendo la possibilità di lasciare la cella soltanto quattro ore e mezza al giorno. Inoltre, nonostante il ricorrente

⁶⁹ Nel passaggio vengono citate le sentenze *Kantjrev v. Russia*, (app. no. 37213/02), 21 giugno 2007, § 50; *Andrey Frolov v. Russia*, (app. no. 205/02), 29 marzo 2007, §§ 47-49; *Mayzit v. Russia*, (app. no. 63378/00), 20 gennaio 2005, § 40; and *Labzov v. Russia*, (app. no. 62208/00), 16 giugno 2005, § 44. In nessuna di queste sentenze tuttavia la Corte aveva mai enunciato o richiamato uno standard spaziale determinato.

⁷⁰ Rapporto al Governo italiano sulla visita in Italia dal 14 al 26 settembre 2008, CPT/Inf(2010)12, 20 aprile 2010.

⁷¹ *Sulejmanovic c. Italie*, no. 22635/03, 16 luglio 2009.

⁷² Si vedano A. DI PERNA, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti civili e politici*, 2009, pag. 640; G. ABBADESSA, *La Corte Europea dei diritti sulle carceri italiane*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, 4, pag.952; N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 12, 2009, pag. 4928; M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 2009, 5, pag. 111; N. ANGELINI, *Detenzione e divieto di tortura*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2010, pag. 89; E. SOMMARIO, *Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2012, 5, pag. 37.

avesse chiesto più volte di poter svolgere una qualche attività lavorativa, l'accesso al lavoro non gli era stato garantito per tutta la durata della detenzione⁷³.

Il Governo chiedeva il rigetto del ricorso: da una parte, presentando alla Corte una serie di documenti, il Governo contestava le circostanze allegare dal ricorrente⁷⁴, dall'altra escludeva che le condizioni di detenzione nelle quali era stato ristretto il ricorrente potessero sollevare un problema di compatibilità con l'art. 3. Infatti, sebbene fosse innegabile che il carcere di Rebibbia fosse sovraffollato, il problema non aveva mai raggiunto una gravità elevata. Le condizioni in cui era stato ristretto il ricorrente, avendo avuto una durata limitata nel tempo, non potevano quindi considerarsi così gravi da integrare un trattamento inumano o degradante.

3.2.3.2. L'interpretazione dell'art. 3

La Corte è quindi chiamata nuovamente a valutare la compatibilità con l'art. 3 di condizioni di detenzione rese particolarmente severe da una situazione di sovraffollamento.

La Corte ricostruisce la sfera protetta dall'art. 3 prendendo le mosse dal *leading case Kudla c. Polonia*⁷⁵ e riafferma il principio generale secondo il quale lo status di detenuto, per quanto comporti un inevitabile disagio, non fa venir meno la titolarità dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione. Proprio in ragione della situazione di particolare vulnerabilità in cui si trova il soggetto sottoposto a limitazione della libertà personale, la Corte ribadisce la centrale importanza del ruolo attivo dello Stato. L'art. 3 vincola lo Stato a farsi garante della tutela della salute e della dignità dei reclusi attraverso un obbligo positivo che consiste nell'adottare tutte le misure necessarie a far sì che l'esecuzione penale non si svolga secondo modalità che possano determinare una sofferenza superiore a quel disagio che deriva inevitabilmente dalla privazione della libertà personale.

La Corte riconosce quindi che è ormai un indirizzo consolidato nella propria giurisprudenza quello che individua nel sovraffollamento carcerario un fattore idoneo a determinare un *surplus* di sofferenza che si pone in contrasto con l'art. 3. Tuttavia, secondo il principio ermeneutico risalente al caso *Tyrer*⁷⁶, la Corte afferma che la soglia di gravità minima rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 non può essere fissata ricorrendo ad uno standard assoluto come quello dello spazio personale minimo, ma deve essere individuata caso per caso attraverso la valutazione complessiva delle concrete condizioni di detenzione e della loro incidenza sul ricorrente⁷⁷.

Fatta questa premessa, la Corte compie un passaggio del tutto innovativo e, distaccandosi dal percorso argomentativo seguito fino ad allora, rimodula i criteri che guidano il giudizio di compatibilità delle condizioni di detenzione con l'art. 3.

⁷³ *Sulejmanovic*, cit., §§ 8-14; 25-29.

⁷⁴ *Sulejmanovic*, cit., §§15-18; 30-38. Tra questi documenti, l'ordine di servizio n. 118 del 4 dicembre 2000, che disciplinava il regime quotidiano dell'istituto, prevedeva che la possibilità di lasciare la cella per almeno otto ore e cinquanta minuti al giorno.

⁷⁵ *Kudla c. Polonia*, cit., §§ 92-94.

⁷⁶ *Supra*, § 3.2.2.

⁷⁷ La Corte al § 40, citando il caso *Trepachkine c. Russia*, (app. no. 36898/03), 19 luglio 2007, § 92, indica quali esempi di circostanze rilevanti la durata della detenzione, la possibilità di fare esercizio fisico all'aperto, l'aerazione e l'illuminazione naturale della cella, le condizioni psico-fisiche del detenuto.

La Corte afferma infatti che “in certi casi”⁷⁸ la mancanza di spazio personale era stata ritenuta così flagrante da giustificare, da sola, l’accertamento della violazione dell’art. 3 e che, in generale, ad accomunare questi casi era la circostanza che i ricorrenti avevano avuto a disposizione uno spazio individuale inferiore a 3 mq. La Corte basa tale inferenza attraverso il riferimento a cinque sentenze di condanna che erano state pronunciate contro la Russia⁷⁹. Andando a leggere le pronunce citate si può notare che, sebbene in tutte queste sentenze la Corte aveva affermato che le condizioni di sovraffollamento in cui il ricorrente era stato costretto a vivere costituivano di per sé una violazione dell’art. 3, in concreto il giudizio di compatibilità era stato caratterizzato da un approccio decisamente casistico e multifattoriale. Infatti, la misura dello spazio personale di cui disponeva ciascun ricorrente era differente da caso a caso e, ogni volta, il sovraffollamento aveva costituito soltanto lo sfondo sul quale venivano a collocarsi elementi ulteriori rispetto al fattore spaziale che venivano fatti oggetto di apprezzamento da parte della Corte⁸⁰.

Dal punto di vista del metodo di valutazione, la Corte aveva via via fatto ricorso ad un’ampia comparazione con le decisioni precedentemente assunte, valutando il nuovo caso alla luce dei precedenti⁸¹.

Sostanzialmente, anche alla luce delle peculiarità di ciascun ricorso, non era mai stato individuato un minimo comune denominatore spaziale. Come abbiamo visto, soltanto nel caso *Aleksandr Makarov*, di tre mesi precedente al giudizio in esame, e nel caso *Vlasov*⁸², del giugno 2008, la Corte aveva preso posizione sui criteri spaziali fino ad allora utilizzati. Ma quello che la Corte aveva affermato era sostanzialmente che, tra le pronunce in cui si era riconosciuto che il sovraffollamento era così eccessivo da costituire di per sé un problema di compatibilità con l’art. 3, lo spazio personale più ampio che era stato comunque ritenuto sufficiente ad accertare la violazione era di 3 mq⁸³.

Questa volta, invece, la Corte non si limita ad effettuare un’operazione ricognitiva, ed eleva la misura di 3 mq di spazio vitale a standard minimo.

⁷⁸ La sentenza, redatta in francese, utilizza l’espressione *n’en demeure pas moins que*.

⁷⁹ *Aleksandr Makarov c. Russie*, no 15217/07, § 93, 12 marzo 2009; *Lind c. Russie*, no 25664/05, § 59, 6 dicembre 2007; *Kantyrev c. Russie*, no 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno 2007; *Andreï Frolov c. Russie*, no 205/02, §§ 47-49, 29 marzo 2007; *Labzov c. Russie*, no 62208/00, § 44, 16 giugno 2005; *Mayzit c. Russie*, no 63378/00, § 40, 20 gennaio 2005.

⁸⁰ Così, ad esempio, in *Lind* la Corte aveva rilevato che il ricorrente aveva avuto a disposizione meno di 3mq di spazio personale, ma aveva dato rilievo soprattutto allo spropositato numero di persone con il quale il detenuto aveva dovuto condividere la cella e all’inadeguata assistenza medica ricevuta; in *Kantyrev* il ricorrente aveva avuto a disposizione compreso tra 1 e 1,6 mq ed era costretto a trascorrere nella cella l’intera giornata; in *Andreï Frolov* e in *Labzov* lo spazio a disposizione del ricorrente era inferiore rispettivamente a 0,7 e 1,mq, e la cella era così sovraffollata che era necessario fare a turni per dormire, in *Mayzit* lo spazio personale era inferiore a 2 mq e i letti dovevano essere utilizzati da due o tre persone.

⁸¹ Ad esempio in *Labzov*, cit., § 45, la Corte aveva argomentato l’accertamento della violazione rilevando che nel caso *Peers*, cit., § 70-72, il ricorso era stato accolto sulla base della circostanza che il ricorrente aveva avuto a disposizione uno spazio di 4,5 mq in una cella non era sufficientemente ventilata e illuminata, e che nel caso *Kalashnikov*, cit., §§ 96-97, l’accertamento della disponibilità di uno spazio di soli 2 mq era stato sufficiente a riconoscere la violazione; si veda anche *Trepashkine*, cit., § 93, in cui vengono prese come termine di confronto le condizioni accertate in *Labzov*, cit., *Mayzit*, cit., e *Kadiķis v. Latvia* (no. 2), (app.no. 62393/00), 4 maggio 2006.

⁸² *Vlasov c. Russia*, cit., § 81.

⁸³ Si tratta del caso *Labzov*, cit.

Il criterio spaziale non rileva solo come misura del minimo inderogabile: la Corte afferma infatti che lo spazio personale rimane un elemento determinante anche nei casi in cui il sovraffollamento non raggiunga un livello così eccessivo da costituire da solo un elemento sufficiente e l'accertamento della violazione sia accompagnato dalla considerazione di ulteriori fattori caratterizzanti le condizioni di detenzione, quali, ad esempio, la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento ed il rispetto delle primarie esigenze sanitarie⁸⁴. Anche in questo caso la Corte svolge un'operazione diversa da quella nomofilattica: confermando il parametro spaziale della disponibilità di uno spazio compreso tra 3 e 4 mq elaborato in *Vlassov e Aleksandr Makarov*⁸⁵, la Corte crea dei criteri uniformi.

La Corte infatti da una parte ritiene che le condizioni di detenzione in cui il sig. Sulejmanovic era stato ristretto avessero comportato una sofferenza tale da costituire di per sé una violazione dell'art. 3 per tutto il periodo nel quale il ricorrente aveva avuto a disposizione uno spazio personale di soli 2,7 mq, dall'altra ritiene invece che, in assenza di ulteriori circostanze aggravanti, l'art. 3 non era stato violato per il fatto che lo spazio personale era pari a 3,24, 4,05 e 5,4 mq⁸⁶.

Ma "le novità non sono finite": proprio nel caso *Sulejmanovic* la valutazione dello spazio disponibile assume valore determinante ed esclusivo⁸⁷. Il ricorrente infatti vede riconosciuta la violazione dell'art. 3 a prescindere da qualsiasi valutazione relativa alle conseguenze dannose provocate dalle condizioni detentive⁸⁸ e nonostante il fatto che la Corte avesse riconosciuto che il ricorrente aveva beneficiato di un sufficiente accesso alla luce e all'aria naturale e a momenti di svago con detenuti diversi da quelli con cui divideva la cella⁸⁹.

La Corte quindi non solo conferma la scelta di precisi standard spaziali, ma, attraverso la decisione del caso *Sulejmanovic*, configura lo standard minimo dei 3 mq come una presunzione assoluta⁹⁰.

A questo punto che è evidente come i due trend che abbiamo evidenziato nel paragrafo precedente si siano incontrati con la sentenza *Sulejmanovic*. Da una parte si è giunti all'elaborazione di un criterio giuridico oggettivo e di semplice accertamento per la valutazione delle condizioni di detenzione ai sensi dell'art. 3. Dall'altra, l'occasione per la cristallizzazione di tali criteri e per una

⁸⁴ *Sulejmanovic*, cit., § 42. La Corte cita le sentenze *Moisseiev c. Russie*, no 62936/00, 9 ottobre 2008, *Vlassov c. Russie*, no 78146/01, § 84, 12 giugno 2008, *Babouchkine c. Russie*, no 67253/01, § 44, 18 ottobre 2007, *Trepachkine*, cit., e *Peers*, cit., §§ 70-72.

⁸⁵ Anche in questo caso, la fissazione del criterio aveva avuto una natura creativa e la Corte aveva svolto una *law-making function*. Infatti, dal momento che in nessuno dei casi citati in queste sentenze lo spazio personale del ricorrente rientrava in una misura compresa tra 3 e 4 mq (in *Trepashkin*, cit., § 93, il ricorrente era stato detenuto per 25 giorni in una cella di 6 mq e per 14 giorni in uno spazio di circa 1 mq; in *Babushkin*, cit., § 44 lo spazio personale oscillava tra 0,5 e 1 mq; in *Vlassov*, cit., § 81, lo spazio oscillava tra 2,5 e 3 mq; in *Moyseiev*, cit., § 122, lo spazio personale oscillava tra 2,6 e 4 mq), l'assunzione di tale specifica misura a criterio dirimente costituisce più una scelta che non la cristallizzazione di un indirizzo costante.

⁸⁶ *Sulejmanovic*, cit., §§ 43-45.

⁸⁷ M. BORTOLATO, cit., pag.113.

⁸⁸ *Sulejmanovic*, cit., § 47.

⁸⁹ Ivi, § 49.

⁹⁰ La sentenza è accompagnata da una *dissenting opinion* a firma del giudice Zagrebelsky, alla quale aderisce il giudice Jociene, che contrasta l'opportunità dell'evoluzione interpretativa operata dalla *majority*. Tralascieremo per il momento l'analisi del dibattito interno alla Corte per trattarne più diffusamente nel Capitolo V, dedicato agli sviluppi della giurisprudenza sull'art. 3.

loro applicazione standardizzata è un procedimento in cui ad essere parte in causa è proprio uno Stato appartenente ai Paesi Fondatori del Consiglio d'Europa che viene condannato per le condizioni di sovraffollamento carcerario che, come abbiamo visto⁹¹, sono la conseguenza dall'adozione di politiche penali di stampo securitario.

In sostanza, con l'adozione della sentenza *Sulejmanovic*, la Corte Europea lancia un messaggio ai paesi di tradizione liberale: l'esigenza di ripensare il ruolo del diritto penale⁹² partendo dagli effetti che le politiche criminali determinano sulla vita delle persone sottoposte al controllo sociale formale costituisce ormai una questione di diritto transnazionale che non riguarda soltanto i paesi più periferici del sistema convenzionale.

Come cercheremo di evidenziare, tuttavia, la Corte, si è assunta un compito di *delivery of individual justice* che non può essere svolto se non attraverso la collaborazione dei vari paesi. Torneremo nel capitolo V a ricollocare questo processo nell'ambito del contesto europeo, cercando di indagare in che modo questo ruolo di *international watchdog* svolto dalle istituzioni del Consiglio d'Europa si sia evoluto nel corso degli ultimi anni.

⁹¹ *Supra*, §§ 2.1 e 2.2.

⁹² L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C.Eur.Dir.Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cassazione Penale*, 2009, 12, pag. 4938.

Capitolo II

L'impatto della condanna della Corte Europea

1. Le conseguenze della sentenza Sulejmanovic nell'ordinamento italiano

In questo capitolo cercheremo di evidenziare come la condanna ricevuta in sede europea rappresenti il punto di partenza di una rivoluzione copernicana nel modo di concepire la questione penitenziaria: con la sentenza *Sulejmanovic*, infatti, la questione carceraria diviene l'argomento centrale di un confronto tra Stato Italiano e Consiglio d'Europa. L'esigenza di risolvere il problema del sovraffollamento diviene oggetto di un obbligo internazionale e, conseguentemente, cessa di essere un tema appartenente alla sola sfera politica ed entra a far parte del mondo giuridico. Un nuovo lessico ha fatto ingresso nel vocabolario del giurista italiano e, attraverso l'apertura e il dialogo con il diritto convenzionale, il linguaggio si è arricchito di categorie e contenuti fino ad allora privi di rilevanza sul piano del diritto. Esemplificando, ciò che nel linguaggio del giurista italiano non era altro che l'avere a disposizione uno spazio personale inferiore a tre metri quadrati diviene, attraverso la lettura della giurisprudenza di Strasburgo, una situazione di sovraffollamento lesiva dell'inviolabile diritto sancito dall'art. 3 della Convenzione Europea.

L'Italia si trova quindi vincolata giuridicamente da un obbligo internazionale ad adottare degli interventi per tutelare i soggetti privati della libertà personale.

Cercheremo tuttavia di dimostrare come, a causa di varie dinamiche, tanto la pronuncia della sentenza quanto l'avvio del procedimento di esecuzione, se hanno indubitabilmente innescato un positivo processo di confronto, non siano stati capaci di determinare un concreto cambiamento della realtà penitenziaria.

Prima di procedere a delineare queste dinamiche, è necessario fare qualche precisazione sul funzionamento del meccanismo di supervisione dei diritti umani previsto dalla Convenzione Europea.

Aderendo al sistema della Consiglio d'Europa, gli Stati contraenti si obbligano, limitando la propria sovranità, ad assicurare la tutela dei diritti sanciti dalla Convenzione. Per la piena realizzazione dei diritti e delle libertà individuali, lo Stato ha accettato di sottoporsi alla giurisdizione della Corte. La Corte svolge innanzitutto una *justice function*⁹³: attraverso il ricorso individuale, colui che ritiene di essere vittima di una violazione chiede alla Corte di accertare la responsabilità dello Stato per non aver rispettato gli obblighi derivanti dalla Convenzione.

Tali obblighi, a seconda della violazione lamentata, possono avere una dimensione negativa - un divieto che limita il potere dello Stato di incidere sulla situazione giuridica soggettiva tutelata, oppure una dimensione positiva - l'obbligo dello Stato di adottare quelle misure che sono necessarie a garantire e promuovere il godimento del diritto individuale.

Il ricorso alla Corte offre alla vittima la possibilità di ottenere una tutela di tipo inibitorio e compensativo. In primo luogo l'accertamento della violazione comporta per lo Stato la condanna ad adempiere l'obbligo di far cessare la violazione. A seconda del tipo di violazione accertata, allo Stato sarà richiesto di adottare quelle misure che siano più idonee a realizzare la *restitutio in*

⁹³ A. STONE SWEET, cit., pag. 72.

integrum della vittima⁹⁴. Quando invece, in ragione della natura della violazione accertata, non sia possibile ricorrere alla tutela in forma specifica, l'art. 41 della Convenzione attribuisce alla Corte il potere di condannare lo Stato a pagare una *just satisfaction*⁹⁵.

La Corte svolge inoltre una *monitoring function*⁹⁶. Attraverso l'esame del ricorso individuale la Corte conosce il caso concreto nel contesto giuridico nazionale e valuta se il diritto degli Stati Membri, nella sua concreta applicazione, sia compatibile con i diritti sanciti dalla Convenzione. Quando si trova ad esaminare numerosi casi in cui la violazione dei diritti convenzionali è determinata da carenze sistematiche dell'ordinamento dello Stato convenuto, la Corte mette in evidenza la natura strutturale dell'inadempimento agli obblighi sanciti dalla Convenzione. Un accertamento di questo tipo comporta per lo Stato l'obbligo di adottare quelle misure generali necessarie a risolvere "a monte" le criticità che determinano la lesione, scongiurando la possibilità che si verificano violazioni simili a quella accertata.

L'adempimento di questi obblighi, se rappresenta una fase fondamentale per la concreta realizzazione degli obiettivi fissati dal Consiglio d'Europa con la Convenzione, è allo stesso tempo un momento estremamente delicato. È infatti in questa fase che si definiscono gli spazi spettanti alla sovranità nazionale e quelli occupati dai diritti della Convenzione⁹⁷.

In linea di principio il sistema convenzionale lascia allo Stato un ampio margine di apprezzamento nella scelta delle misure più idonee ad assicurare l'effettività dei diritti sanciti dalla Convenzione.

Tuttavia, l'accertamento da parte della Corte di un inadempimento nel raggiungimento di questo obiettivo comporta necessariamente un restringimento del margine di apprezzamento statale. È infatti inevitabile che la sanzione da parte della Corte indichi, quantomeno in negativo, ciò che lo Stato non ha il potere di fare, in quanto quello spazio è occupato da un diritto fondamentale⁹⁸. Seppure parzialmente limitata, la discrezionalità che residua in capo allo Stato rimane comunque estremamente ampia: la Corte impone infatti un'obbligazione di risultato e, conseguentemente, lo Stato gode di un'ampia libertà nella scelta dei mezzi per raggiungerlo.

Questa distribuzione di spazi di sovranità rischia di creare un potenziale conflitto tra l'interesse ad un'effettiva salvaguardia dei diritti convenzionali e l'interesse dello Stato a mantenere più ampio possibile il proprio spazio di sovranità.

La rimozione delle cause della violazione può infatti comportare per lo Stato la necessità di modificare le proprie leggi o la prassi giurisprudenziale nazionale.

Inoltre, lo Stato oggetto di condanna potrebbe riscontrare difficoltà di varia natura nel portare avanti il processo di adeguamento ai principi della Convenzione.

⁹⁴ Così, ad esempio, la Corte ha ordinato allo Stato di concedere un permesso di soggiorno in casi di illecito diniego, l'immediata liberazione quando era stata accertata l'illegittimità della detenzione, la riapertura di un processo quando era stata accertata la violazione dei diritti sanciti dall'art. 6, etc.

⁹⁵ Si veda, sul tema, L. LOUCAIDES, *Reparation for violations of human rights under the European Convention and restitution in integrum*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, 182; L. WILDHABER, *Reparation for Intentionally Wrongful Acts of States. Art. 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2003, 3.

⁹⁶ A. STONE SWEET, cit., pag. 73.

⁹⁷ M. MARMO, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights - A Political Battle*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 15, pag. 235.

⁹⁸ Si tratta di quella che viene chiamata *oracolar/lawmaking function* della Corte. A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order...cit.*, pag. 73.

Il sistema del Consiglio d'Europa cerca di risolvere questi problemi e di garantire l'efficienza del processo di esecuzione affidando una funzione di supervisione al Comitato dei Ministri⁹⁹. Con l'entrata in vigore del Protocollo 14, il 1 giugno 2010, l'art. 46 è stato modificato¹⁰⁰, rafforzando i poteri di monitoraggio del Comitato sulle azioni intraprese dallo Stato Membro per conformarsi alla sentenza della Corte¹⁰¹.

La fase esecutiva si articola sostanzialmente in un processo dialogico in cui spetta in primo luogo allo Stato sottoporre al Comitato le misure generali che intende adottare alla luce delle indicazioni contenute nella sentenza di condanna. Il Comitato ha il poter di adottare delle risoluzioni interlocutorie attraverso le quali svolge una triplice funzione: di indagine, richiedendo allo Stato informazioni sui progressi nell'esecuzione; di ammonimento, esprimendo preoccupazione per lo stato di avanzamento del piano d'azione; consultiva, attraverso la formulazione di suggerimenti¹⁰².

Il 6 novembre 2009 la sentenza *Sulejmanovic* è divenuta definitiva e, conseguentemente, il Comitato dei Ministri ha iniziato a svolgere l'attività di supervisione nei confronti dell'Italia. In questo capitolo analizzeremo la fase di esecuzione della sentenza, cercando di individuare le dinamiche che hanno caratterizzato il dialogo sulla questione penitenziaria con i vari attori appartenenti sia al sistema sovranazionale che a quello nazionale.

Per semplificare la trattazione, analizzeremo separatamente i diversi contesti nei quali è possibile seguire gli sviluppi di questo processo.

Nel prossimo paragrafo cercheremo di individuare, attraverso l'analisi degli interventi normativi adottati in seguito alla sentenza *Sulejmanovic*, quale sia stato per il Legislatore l'impatto del dovere di "rispondere a Strasburgo" sulla questione penitenziaria. Vedremo poi come, più che un dialogo, all'interno dei confini nazionali sia andato sviluppandosi un acceso dibattito a livello politico,

⁹⁹ Articolo 46 - Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze.

1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti.

2. La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione.

¹⁰⁰ Articolo 46 - Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze.

(...)

3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato.

4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1.

5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame.

¹⁰¹ B. RAINEY - E. WICKS - C. OVEY, cit., pag. 55 e ss.; 9th Annual Report of the Committee of Ministers, pag. 245 e ss.

¹⁰² Committee of Ministers' rules of procedure, rule 16.

dottrinale e giurisprudenziale all'interno del quale gli interpreti hanno tentato di inquadrare nelle forme proprie del diritto italiano i nuovi contenuti dei diritti dei detenuti.

1.1. Le prime misure per fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento

È necessario riprendere il discorso interrotto nel primo capitolo e ribadire che, come abbiamo cercato di evidenziare, il vertiginoso aumento della popolazione penitenziaria e la conseguente emergenza del sovraffollamento sono imputabili alle scelte di politica penale di stampo securitario adottate dal Legislatore nel primo decennio del nuovo secolo. La sentenza *Sulejmanovic* non trova un terreno fertile per la nascita di un dialogo finalizzato a ripensare radicalmente il ruolo del diritto penale. A doversi confrontare con la condanna della Corte Europea sono infatti le stesse forze politiche che si erano fatte promotrici dell'espansione del ricorso alla pena detentiva¹⁰³. Soltanto tre anni prima della condanna della Corte di Strasburgo era stato adottato l'ultimo indulto, unico intervento che era riuscito a far cessare, sebbene solo temporaneamente, lo stato di ciclico sovraffollamento del sistema penitenziario. Tuttavia, il ricorso a tale strumento è fin da subito escluso alla radice: il nuovo Governo aveva basato ampiamente la campagna elettorale sul tema della sicurezza, in un'ottica fortemente critica verso gli atti di clemenza generale.

1.1.1. Il Piano carceri

La prima reazione alla sentenza *Sulejmanovic* da parte dell'allora Governo Berlusconi è l'adozione del D.P.C.M. del 13 gennaio 2010, con il quale viene dichiarato lo stato di emergenza nazionale conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale.

Il decreto contiene degli elementi estremamente rappresentativi del modo in cui il Governo ha interpretato il problema emerso con la condanna della Corte di Strasburgo. Nel preambolo del decreto infatti viene ricostruita la catena causale in cui si colloca l'emergenza del sovraffollamento: la causa viene individuata nell'inadeguatezza strutturale degli istituti di pena e l'effetto nel rischio per la salute e l'incolumità dei reclusi.

Se già è significativo che in questa ricostruzione sia assente qualsiasi riferimento tanto alla determinante incidenza delle politiche penali, quanto alla lesione del bene giuridico della dignità dei reclusi, l'elemento che rappresenta in modo più chiaro la continuità con il passato è costituito dall'individuazione delle misure necessarie per risolvere il problema del sovraffollamento. Il Governo infatti programma l'adozione di un Piano penitenziario straordinario che consiste sostanzialmente nell'espansione del sistema repressivo. Da una parte si prevede l'assunzione di 2000 nuovi agenti di polizia penitenziaria e dall'altra si decide di affidare ad un Commissario straordinario l'adozione di interventi di edilizia penitenziaria finalizzati alla realizzazione della faraonica impresa di costruire 47 nuovi padiglioni nel corso dell'anno 2010 e di 18 nuovi istituti nel 2011, in modo da aumentare di 21.709 posti la capacità del sistema e raggiungere una capienza totale di 80000 unità.

Si può facilmente cogliere come l'analisi del Governo si collochi su un piano molto diverso da quello che emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU: da una parte abbiamo già visto come nel ritenere che il sovraffollamento determini una violazione dell'art. 3, prima ancora del bene della

¹⁰³ Ha un certo valore simbolico il fatto che il giorno precedente a quello nel quale l'Italia viene condannata dalla Corte Europea per il sovraffollamento carcerario, determinato per il 68% da un aumento dei detenuti stranieri, il Parlamento approvava la Legge 15 luglio 2009 n. 94, il cosiddetto "pacchetto sicurezza", che inasprisce la disciplina sanzionatoria nei confronti dei migranti. Si veda, *supra*, Capitolo I, § 2.2.

salute e dell'incolumità, la Corte ritenga che ad essere lesa sia la dignità umana; dall'altra, le misure generali che si intendono adottare vanno in una direzione opposta a quella indicata dalle istituzioni del Consiglio d'Europa¹⁰⁴.

Già nell'aprile del 2008 il Comitato per la Prevenzione della Tortura aveva espresso la propria preoccupazione per la strategia di gestione della questione penitenziaria da parte del Governo italiano. In seguito alla visita ad alcuni istituti penitenziari italiani, il CPT aveva già evidenziato che

(...) providing additional accommodation is not likely, in itself, to provide a lasting solution to the problem of overcrowding. Addressing this problem calls for a coherent strategy, covering both admission to and release from prison, to ensure that imprisonment really is the measure of last resort. This implies, in the first place, an emphasis on non-custodial measures in the period before the imposition of a sentence and, in the second place, the adoption of measures which facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty¹⁰⁵.

La strategia pianificata dal Governo, limitandosi a prevedere quelle misure necessarie per garantire a ciascun detenuto uno spazio vitale di 3 mq, sembra invece testimoniare una lettura minimalista del dovere di porre fine alle violazioni della dignità umana sanzionate dalla Corte. Anche sotto un profilo qualitativo, il piano di espansione edilizia prevede l'utilizzo di prefabbricati e non sembra tenere in considerazione la necessità di creare spazi destinati alla socialità o allo svolgimento di attività culturali e lavorative.

Che alla pena detentiva si continui ad attribuire una funzione meramente contenitiva emerge infine anche dalle scelte operate in relazione alle modalità di finanziamento dell'inaugurata politica di espansione edilizia. La legge n. 14 del 2009, di conversione del decreto legge n. 207 del 2008, aveva infatti previsto all'art. 44-bis che la spesa per il finanziamento delle opere di edilizia carceraria fosse coperta con i fondi della Cassa delle Ammende per 100 milioni di euro¹⁰⁶.

Anche il quarto pilastro del Piano Carceri, che pure prevede l'adozione di modifiche normative volte ad introdurre degli istituti deflattivi, non supera quella visione del diritto penale che affida alla pena detentiva e all'allargamento dell'area della "detenzione sociale" la risposta alla domanda di sicurezza¹⁰⁷. Da una parte si pianifica l'introduzione della possibilità di disporre la detenzione domiciliare per i detenuti con un solo anno di pena residua. Dall'altra si inizia a discutere la proposta di inserire nell'ordinamento l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti. È tuttavia fin da subito evidente che, avendo un ambito di applicazione limitato

¹⁰⁴ Nella Raccomandazione R(99)/22 del Comitato dei Ministri sul sovraffollamento carcerario e l'inflazione della popolazione detenuta, al § 1.2 dell'allegato, si afferma infatti che la costruzione di nuove carceri costituisca una soluzione non strutturale del problema del sovraffollamento.

¹⁰⁵ Rapporto al Governo italiano sulla visita in Italia dal 14 al 26 settembre 2008, CPT/Inf(2010)12, 20 aprile 2010, §§ 54-56. Il Comitato aveva poi invitato il Governo ad adottare una strategia di misure coerenti con le indicazioni contenute nella Raccomandazione *Rec(2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*, nella Raccomandazione *Rec(2003)22 on conditional release (parole)* e nella Raccomandazione *Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*.

¹⁰⁶ Tali fondi erano fino ad allora destinati a finanziare progetti di reinserimento e di assistenza nei confronti di detenuti ed internati e delle loro famiglie.

¹⁰⁷ F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. 'svuotacarceri': un altro 'pannicello caldo' per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011, 1, pag. 5; S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 dicembre 2010.

ai soli reati puniti con pena edittale massima inferiore a tre anni, la messa alla prova possa essere applicata ad un numero molto basso di fattispecie di reato. Il disegno di legge verrà stralciato poco dopo l'inizio dell'iter legislativo.

Nel frattempo la popolazione penitenziaria continua ad aumentare e raggiunge il massimo storico nel 2010. Si inizia a intuire che la soluzione al problema del sovraffollamento non possa essere raggiunta nel breve periodo limitandosi all'adozione di misure di incremento della capacità del sistema penitenziario. Tali misure, oltre che di tempi di attuazione rilevanti, necessitano di risorse che, in una situazione di crisi economica, finiscono per essere ben inferiori alle previsioni.

1.1.2. L'adozione della legge 199 del 2010

La prima misura che inizia ad ampliare la prospettiva di intervento è costituita dalla l. 26 novembre 2010 n. 199 "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a un anno", che persegue l'obiettivo di ridurre il sovraffollamento spostando il luogo di esecuzione delle pene inferiori ad un anno dal carcere al domicilio.

La configurazione della misura come temporanea ed eccezionale riflette il fatto che l'obiettivo del Governo non è certo quello di cambiare la fisionomia della pena, ma quello di ridurre selettivamente la pressione del sistema carcerario in modo da rendere più sostenibili le condizioni degli istituti di pena nel tempo necessario a realizzare gli interventi di incremento della capienza ricettiva. L'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio nasce infatti con un ambito di applicazione limitato sia sotto il profilo temporale che sotto quello relativo ai requisiti di accesso. Da una parte l'istituto è destinato ad operare, con una funzione ancillare, fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque non oltre il 31 dicembre 2013. Dall'altra, i potenziali beneficiari della misura sono coloro che siano stati condannati ad una pena detentiva inferiore ad un anno che ancora non abbiano iniziato l'esecuzione e i detenuti ai quali sia rimasto soltanto un anno di pena da espiare.

La decisione sulla concessione della misura è affidata al Magistrato di sorveglianza che la adotta in camera di consiglio, secondo il modello previsto per la concessione della liberazione anticipata dall'art. 69-bis o.p.. Nonostante la formula adottata dalla norma, che afferma che la pena inferiore ad un anno "è eseguita" presso il domicilio, la concessione della misura non avviene in modo automatico. Il Magistrato di sorveglianza è infatti chiamato ad effettuare delle valutazioni connotate da una certa discrezionalità: dovrà compiere una valutazione che escluda che durante la fruizione della misura il condannato possa darsi alla fuga o commettere altri reati. Inoltre, nel giudicare sull'idoneità e l'effettività del domicilio, dovranno essere tenute in considerazione le esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

È opportuno evidenziare alcuni aspetti problematici della disciplina della misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio che ne hanno probabilmente determinato un'efficacia deflattiva ridotta rispetto alle aspettative.

La legge 199 contiene infatti una novità interessante: per la prima volta dopo gli interventi in senso fortemente preclusivo che erano stati apportati dalla legge ex Cirielli¹⁰⁸ si torna ad allargare l'accesso a misure diverse dalla detenzione in carcere alla categoria dei soggetti recidivi reiterati. In questo modo l'accesso al nuovo istituto si rende possibile, almeno astrattamente, a una parte di popolazione penitenziaria che fino ad allora non aveva alcuna possibilità di modificare le modalità

¹⁰⁸ *Supra*, Cap. I, § 2.1.

attuative della pena in fase esecutiva. Osservando le statistiche possiamo infatti notare che il numero di istanze presentate sia in costante aumento.

**Tab. 5 - Numero di istanze di concessione di esecuzione presso domicilio della pena detentiva per stato e anno di iscrizione
Totale Uffici di sorveglianza***

Anno iscrizione	Definiti nell'anno:				Pendenti al 31/10/2013	Totale
	2010	2011	2012	2013		
2010	764	2.787	20		3	3.574
2011		14.814	2.393	60	50	17.317
2012			17.657	2.665	235	20.557
2013 (fino al 31/10)				12.470	1.838	14.308

* esclusa la sede di Trento

109

Si può tuttavia osservare che vi è una rilevante sproporzione tra il numero di istanze presentate e il numero di soggetti che hanno avuto accesso alla misura. Il numero di detenuti che ha potuto scontare l'ultimo anno di pena presso il domicilio è infatti di circa 4000 l'anno fino al 2013, momento a partire dal quale il numero di soggetti usciti in 199 risulta quasi dimezzato¹¹⁰. In sostanza, rispetto all'ampia platea di soggetti con pena residua inferiore ad un anno, il numero di detenuti che hanno avuto accesso alla misura è abbastanza modesto.

Detenuti in esecuzione della pena presso il domicilio provenienti dagli Istituti di pena¹¹¹

Anno	Stranieri	Italiani	Totale	% stranieri
2010 e 2011	1155	2749	4304	26.8
2012	1337	3364	4701	28.4

¹⁰⁹ Le tabelle seguenti sono tratte dalla Relazione sull'Amministrazione della Giustizia relativa all'anno 2013, pagg. 327 e ss. È necessario precisare che, nonostante la tabella sembri indicare il numero di misure "concesse", che il dato sia invece relativo alle istanze "presentate" è ricavabile dal confronto con i dati presentati nella Relazione sull'Amministrazione della Giustizia relativa all'anno precedente. A pagina 14 infatti si afferma che il numero di istanze accolte fino al 31 novembre 2011 provenienti sia da soggetti detenuti che da soggetti in libertà è di 4863 (898 dalla libertà e 3965 dalla detenzione). Se si considera che nella tabella in esame si indica che il numero di istanze definite nello stesso periodo di tempo è di 17601, emerge chiaramente il dato non può riferirsi alle istanze accolte, ma a quelle presentate. Troviamo ulteriore conferma dal confronto con la tabella relativa all'esito delle decisioni (tab.7). La percentuale delle istanze accolte nel periodo di riferimento si attesta infatti intorno al 30%, un valore molto vicino a rappresentare il rapporto tra le 4863 misure concesse e le 17601 istanze presentate.

¹¹⁰ Vedremo successivamente come questo fenomeno dipenda probabilmente dalle modifiche apportate dal D.L. 78/2013 alla detenzione domiciliare regolata all'art. 47-ter dell'o.p..

¹¹¹ I dati relativi alla misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio ex L. 199 che si trovano nella sezione statistica del sito web del Ministero della Giustizia sono raccolti secondo il criterio del "numero dei detenuti usciti per effetto della legge 199". Conseguentemente, il numero indicato nelle tabelle indica la somma dei dati relativi alla rilevazione precedente e di quelli che si sono aggiunti nel periodo di tempo considerato. La tabella rappresenta invece i dati relativi ai detenuti che hanno fatto accesso alla misura dalla detenzione. Abbiamo ricavato il dato sottraendo di volta in volta dal dato relativo all'anno considerato il dato relativo all'anno precedente. Non è stato purtroppo possibile reperire dati relativi alle di istanze provenienti da soggetti in libertà.

2013	1299	2790	4089	31.7
2014	966	1754	2720	35.5
2015	799	1580	2379	33.5
2016	791	1536	2327	33.9

Detenuti per durata della pena inflitta 2005-2015

Anno	Fino a 1 anno	Da 1 a 2 anni	Da 2 a 3 anni	Totale inferiore a 3 anni	Totale definitivi	% pene inflitte inferiori a 3 anni su totale definitivi
2005	3.356	3.758	4.159	11.273	36.676	30.7
2006	1.069	843	927	2.839	15.468	18.3
2007	2.061	2.128	1.881	6.070	19.029	31.8
2008	2.919	3.259	3.718	9.896	26.587	37.2
2009	3.276	4.031	4.374	11.681	33.145	35.2
2010	3.293	3.990	4.696	11.979	37.432	32
2011	2.733	3.722	4.300	10.755	38.023	28.2
2012	2.459	3.560	4.380	10.399	38.656	26.9
2013	2.076	3.371	4.240	9.687	38.471	25.1
2014	1.679	2.498	3.383	7.560	34.033	22,2
2015	1.801	2.910	3.329	8.040	33.896	23.7

Detenuti per pena inflitta 2010-2013

Anno	Da 0 a 1			Da 1 a 2			Da 2 a 3			Da 0 a 3		
	tot.	stran.	% stran.									
giu-10	3.759	1.656	44	4.377	1.785	40.7	4.696	2.044	43.5	12.832	5.485	42.7
dic-10	3.293	1.729	52.5	3.990	1.871	46.8	4.696	2.019	42.9	11.979	5.619	46.9
giu-11	2.540	1.217	47.9	3.723	1.531	41.1	4.403	1.898	43.1	10.666	4.646	43.5
dic-11	2.733	1.350	49.3	3.722	1.603	43	4.300	1.852	43	10.755	4.805	44.6
giu-12	2.699	1.301	48.2	3.817	1.726	45.2	4.389	1.974	44.9	10.905	5.001	45.8

dic-12	2.459	1.187	48.2	3.560	1.663	46.7	4.380	1.974	45	10.399	4.824	46.3
giu-13	2.642	1.300	49.2	3.716	1.680	45.2	4.592	2.023	44	10.950	5.003	45.6
dic-13	2.076	1.088	52.4	3.371	1.620	48	4.240	1.890	44.5	9.687	4.598	47.4

Detenuti per pena residua 2010-2013

Anno	Da 0 a 1			Da 1 a 2			Da 2 a 3			Da 0 a 3		
	tot.	stran.	% stran.									
31.12.09	10.662	4.681	43.9	6.492	2.451	37.7	4.484	1.514	33.7	21.638	8.646	39.9
30.6.10	11.601	5.048	43.5	7.168	2.844	39.6	5.051	1.734	34.3	23.820	9.626	40.4
31.12.10	11.224	5.130	45.7	7.520	2.933	39	5.151	1.796	34.8	23.895	9.859	41.2
30.6.11	10.090	4.398	43.5	7.482	2.855	38.1	5.448	1.857	34	23.020	9.110	39.5
31.12.11	10.430	4.636	44.4	7.667	2.883	37.6	5.406	1.877	34.7	23.503	9.396	39.9
30.6.12	10.296	4.620	44.8	7.794	3.122	40	5.506	1.841	33.4	23.596	9.583	40.6
31.12.12	10.106	4.579	45.3	7.558	3.005	39.7	5.834	1.926	33	23.498	9.510	40.4
30.6.13	10.263	4.642	45.2	8.084	3.127	38.6	6.017	1.985	32.9	24.364	9.754	40
31.12.13	9.569	4.398	45.9	7.535	2.929	38.8	5.726	1.881	32.8	22.830	9.208	40.3

**Tab. 7 - Esito delle decisioni delle istanze di concessione di esecuzione presso domicilio della pena detentiva
Totale Uffici di sorveglianza***

Esito delle decisioni	Istanze iscritte nell'anno:		
	2010	2011	2012
Accolte	26,94%	30,52%	31,97%
Rigettate	23,97%	27,88%	29,76%
Inammissibili	26,97%	20,85%	21,31%
Non luogo a procedere	16,89%	12,52%	10,09%
Altro	5,24%	8,23%	6,86%
Totale definite	100,00%	100,00%	100,00%
<i>in % del totale iscritte</i>	<i>99,86%</i>	<i>99,63%</i>	<i>98,80%</i>

* esclusa la sede di Trento

Possiamo innanzitutto ipotizzare che a determinare la limitata efficacia deflattiva della misura siano le preclusioni soggettive previste dalla normativa.

In primo luogo sono esclusi dall'applicazione della misura quei soggetti che siano stati condannati per uno dei reati previsti dall'art. 4-bis o.p., i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art 14-bis o.p..

L'esclusione dei soggetti condannati per i reati di cui all'art. 4-bis o.p. dal novero dei potenziali beneficiari ha precluso l'accesso al beneficio a tutti quei soggetti in esecuzione di un cumulo giuridico contenente più sentenze di condanna di cui almeno una determinata dalla commissione di uno dei reati compresi nell'elenco dell'art. 4-bis¹¹².

La giurisprudenza di legittimità ha infatti assunto una posizione restrittiva¹¹³, negando la possibilità di operare la scissione del cumulo giuridico, in modo da superare l'ostatività all'accesso alla misura dell'esecuzione presso il domicilio quando la pena relativa al reato di cui all'art. 4-bis fosse stata interamente espiata e fosse in corso di esecuzione la pena riferibile alla condanna per un reato "comune".

La possibilità di operare la scissione del cumulo è ammessa dalla giurisprudenza ogni volta che da tale operazione e dall'esame delle singole componenti che concorrono a formare la pena unica possa derivare per il condannato un qualche vantaggio, non essendo concepibile che l'unificazione dei reati e delle pene possa tradursi in un pregiudizio¹¹⁴. Applicando questo principio, la possibilità di sciogliere il cumulo è stata generalmente ammessa nel giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione di una misura alternativa¹¹⁵.

A negare l'applicabilità di questo meccanismo di favore anche all'istituto dell'esecuzione presso il domicilio, starebbe però, secondo la Cassazione, la dubbia collocazione sistematica di questa misura. Diversamente dalle misure alternative, finalizzate al reinserimento sociale del condannato, quest'ultima costituirebbe una misura dal carattere eccezionale, contraddistinta da un'applicabilità ristretta in una cornice temporale definita, rispondente ad una mera logica deflattiva del sovraffollamento. Tra i caratteri che collocherebbero l'istituto fuori dal novero delle misure alternative, la giurisprudenza ha evidenziato il regime quasi vincolato di concessione della misura. La possibilità che sia applicata d'ufficio e la procedura semplificata a contraddittorio differito mal si concilierebbero con l'esigenza di un approfondito esame della personalità del condannato e di una valutazione sulla meritevolezza e sull'efficacia rieducativa della misura che connotano l'operazione compiuta dal giudice chiamato ad applicare una misura alternativa.

La giurisprudenza di merito, adottando un approccio più sostanziale, ha invece ritenuto che la misura dell'esecuzione presso il domicilio rientrasse nel genere delle misure alternative¹¹⁶, ed ha di conseguenza ammesso la possibilità di operare lo scioglimento del cumulo¹¹⁷.

E' stato infatti rilevato che l'istituto in esame sarebbe facilmente assimilabile alla misura alternativa della detenzione domiciliare "generica" prevista al comma 1-bis dell'art. 47-ter o.p., Il Tribunale di sorveglianza di Torino rinviene questa somiglianza soprattutto sulla base del tipo di valutazione

¹¹² Secondo i dati analizzati dalla Commissione Mista, al 15 ottobre i detenuti condannati per reati di cui all'art. 4-bis, primo comma, sono 6554. Relazione della Commissione Mista, cit., pag. 117.

¹¹³ Cass., Sez. I pen., 13 gennaio 2012, n. 25046, Cass., Sez. I pen., 16 dicembre 2014 n. 1629.

¹¹⁴ Cass., Sez. I pen., 21 febbraio 1997, Manzi; Cass., Sez. I pen., 7 giugno 2002, Capasso.

¹¹⁵ Cass., Sez. I pen., 14 dicembre 2010, n. 1405.

¹¹⁶ Trib. Sorveglianza Torino, ordinanza del 27 novembre 2012, Pres.est. Vignera.

¹¹⁷ Trib. Sorveglianza Torino, ud. 19.03.13 (dep. 20.03.13), Pres. Velludo, Est. Fiorentin, ric. Nevzad, reperibile in [Diritto Penale Contemporaneo](#).

richiesto al giudice, che sarebbe sostanzialmente sovrapponibile, dal momento che la concessione della detenzione domiciliare generica si basa sostanzialmente sulla verifica dell'insussistenza del pericolo di commissione di reati da parte dell'istante. La somiglianza tra le due misure condurrebbe alla constatazione che l'introduzione dell'esecuzione domiciliare sarebbe finalizzata più che altro a rimuovere la preclusione nei confronti dei recidivi reiterati introdotta dalla legge "ex-Cirielli" nella disciplina della detenzione domiciliare infrabiennale¹¹⁸.

Anche la dottrina¹¹⁹ aveva già evidenziato che la natura di misura alternativa potesse essere ricavata dall'analisi sistematica della legge 199. Infatti l'art. 3 della suddetta legge assume a nuova circostanza aggravante comune, inserendo il comma 11-quater all'art. 61 del c.p., "l'aver commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere" e include tra queste, oltre alle misure previste dall'ordinamento penitenziario, anche l'esecuzione domiciliare delle pene¹²⁰. Tuttavia il segnale più chiaro in questo senso è ad oggi costituito dall'intervento operato con il D.L. 146/2013¹²¹ che ha soppresso il regime 'a scadenza' della misura.

Non si può non essere critici nei confronti della posizione della Cassazione che, con un'impostazione formalista, frustra un'interpretazione della normativa che dovrebbe incentrarsi sul principio di umanità della pena. L'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio si colloca, come abbiamo visto, nel contesto di una serie di misure che, per quanto limitate, sono finalizzate alla riduzione della popolazione carceraria sulla base del presupposto dell'esistenza di un diritto inviolabile a non subire trattamenti disumani o degradanti. Questo diritto appartiene a tutti, quale che sia il fatto commesso dal soggetto¹²². La Corte Costituzionale, fin dalla sentenza n. 361 del 1994, ha ribadito che l'ordinamento ripudia una prospettiva fondata sul "tipo di autore" quale modello di riferimento per gli istituti penali, ha quindi negato che la disciplina dell'art. 4-bis configuri uno status di detenuto pericoloso che si imprime sul soggetto con effetti che possano andare aldilà di quelli connessi all'esecuzione della condanna inflitta per uno dei reati previsti dalla suddetta norma.

Aldilà di queste questioni ermeneutiche, l'operatività della misura può essere stata compromessa anche da fattori di natura sostanziale. Un'ulteriore condizione di accesso alla misura che ha probabilmente svolto una forte funzione selettiva è infatti costituita dalla disponibilità di un domicilio effettivo ed idoneo. Se si tiene presente la composizione della popolazione detenuta, spesso appartenente alle fasce più deboli della società, è evidente che quella in esame costituisca una preclusione che può limitare l'accesso all'istituto da parte di un alto numero di soggetti. Confrontando i dati riportati nelle tabelle inserite nelle pagine precedenti, possiamo infatti notare come gli stranieri, nonostante costituiscano quasi la metà dei soggetti con pena residua o pena inflitta inferiore ad un anno, rappresentino poco più di un quarto dei soggetti in esecuzione pena presso il domicilio.

Infine, anche se la normativa ha previsto una procedura con tempi ristretti per ottenere la pronuncia del Magistrato sull'istanza, va considerato che, rispetto al numero altissimo di detenuti, l'organico della Magistratura di sorveglianza è estremamente limitato. Dal momento che il *quantum* di pena

¹¹⁸ Trib. Sorv. Torino, ud. 19.03.13, cit., § 18.6 e ss.

¹¹⁹ S. TURCHETTI, cit., pag. 1798.

¹²⁰ Si veda la Relazione d'accompagnamento alla legge 199/2010.

¹²¹ Vedi *infra*, Capitolo IV, § 2.2.2.

¹²² In questo senso, ripetutamente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in *Saadi c/Italia* [GC], n. 37201/06, § 127, 28 febbraio 2008; *Labita c/Italia* [GC], n. 26772/95, § 119.

eseguita presso il domicilio è pari ad un anno, eventuali ritardi nella fase istruttoria possono limitare fortemente l'accesso alla misura e ridurre incisivamente il periodo di pena effettivamente eseguita presso il domicilio. Quasi la metà delle istanze viene infatti definita in un tempo superiore ai 40 giorni. Dal momento in cui il detenuto si trova ad avere un residuo pena che rientra nei termini per domandare la concessione del beneficio al momento in cui il detenuto inizia effettivamente ad espiare la pena presso il domicilio può passare un lasso di tempo che, considerato l'ambito di applicazione della misura, potrebbe risultare relativamente lungo, con un effetto di riduzione dell'efficacia deflattiva della misura. Inoltre, se è vero che i dati non ci permettono di sapere se le istanze che vengono definite in tempi più rapidi siano quelle accolte o quelle rigettate, è tuttavia probabile che le decisioni di inammissibilità, che ammontano ad un quinto del totale, siano quelle che vengono definite nel minor tempo.

**Tab. 6 - Tempi di definizione delle istanze di concessione di esecuzione presso domicilio della pena detentiva
Totale Uffici di sorveglianza***

Tempi di definizione in giorni	Istanze iscritte nell'anno:		
	2010	2011	2012
0-5	11,24%	11,88%	9,94%
6-20	24,66%	27,89%	25,29%
21-40	26,51%	20,95%	21,34%
41-60	16,20%	13,29%	14,38%
61-80	8,71%	7,61%	9,37%
81-100	4,68%	4,94%	5,33%
101-120	1,93%	3,23%	3,90%
121-140	1,46%	2,02%	2,50%
141-160	0,95%	1,39%	1,67%
oltre	3,67%	6,80%	6,28%
Totale definite	100,00%	100,00%	100,00%
<i>in % del totale iscritte</i>	<i>99,86%</i>	<i>99,63%</i>	<i>98,80%</i>

* esclusa la sede di Trento

In conclusione, dal momento che, a fronte di 4000 concessioni del beneficio dell'esecuzione presso il domicilio per ogni anno, non si è registrata una corrispondente diminuzione del numero di soggetti aventi un residuo pena o una pena inflitta della durata di un anno, sembra che si possa ritenere che l'istituto in esame, più che ridurre la popolazione detenuta, abbia potuto semmai contribuire a ridurne l'aumento.

1.1.3. Il dialogo tra il nuovo Governo e il Comitato dei Ministri e il decreto “salva-carceri”

Con l'invio del primo *action plan*¹²³, ha inizio il processo di dialogo tra Governo e Comitato dei Ministri. Nel documento vengono illustrate le misure adottate dall'Italia in adempimento della sentenza *Sulejmanovic*, ma i dati evidenziano una situazione ancora molto preoccupante e si avverte la necessità di un cambio di rotta.

¹²³ DH - DD(2011)1113, reperibile su [sito web del Consiglio d'Europa](#).

L'insediamento del nuovo Governo sembra portare una ventata di novità: il Ministro della Giustizia Severino si impegna di fronte alla Camera ad affrontare il problema carcerario con un approccio diverso rispetto al passato: si torna a parlare di “diritti dei detenuti”, di rispetto della dignità umana, di riduzione del campo di intervento del diritto penale¹²⁴.

Se questi sono i propositi riformisti del nuovo Governo, l'azione normativa non riuscirà a raggiungere i risultati sperati.

La realizzazione del “pacchetto Severino” si incardina su due binari: da una parte, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza, nell'arco di un mese viene emanato il decreto “salvacarceri”¹²⁵. Dall'altra, il Ministro si fa promotore del Disegno di legge n. 5019: “Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili”. Come emerge dalla relazione al disegno di legge, la proposta è finalizzata a “ovviare alla drammaticità del problema del sovraffollamento carcerario di cui soffre il nostro sistema penitenziario”¹²⁶, delegando il Governo ad adottare entro dodici mesi norme in materia di sospensione del processo con la massa alla prova¹²⁷, a depenalizzare un'ampia fattispecie di reati minori, nonché ad introdurre nel codice penale pene detentive non carcerarie¹²⁸.

La proposta, che si ispira apertamente al principio di residualità della sanzione penale, suscita un ampio dibattito e sembra segnare l'inizio di una svolta nella concezione dello strumento penale¹²⁹. Tuttavia, la fine della Legislatura interrompe l'iter legislativo e gli unici interventi che si concretizzano sono rappresentati dal cosiddetto decreto “salvacarceri” e dall'introduzione nel Regolamento Penitenziario di una norma sulla Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati.

Il decreto “salvacarceri” persegue finalità di deflazione carceraria attraverso misure che incidono sia sulla fase di esecuzione sia sulla fase di custodia cautelare. Da una parte viene “aritmeticamente” ampliato l'ambito operativo della misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio prevista dalla legge 199, innalzando da un anno a diciotto mesi il periodo di pena espiabile attraverso la suddetta misura. Con questa modifica, ai 3800 soggetti che avevano fino ad allora beneficiato della

¹²⁴ Si veda l'intervento in Parlamento del Ministro Severino sull'amministrazione della giustizia, 17 gennaio 2012.

¹²⁵ D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla L.17 febbraio 2012, n. 9 “Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri”. L. PISTORELLI, *Legge 17 febbraio 2012, n. 9, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 211 del 2011 (cd. “svuota carceri”) - Disposizioni rilevanti per il settore penale*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 febbraio 2012; S. TURCHETTI, *Emergenza carceri: una prima risposta dal Governo Monti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 gennaio 2012.

¹²⁶ Relazione al Disegno di legge 5019, pag. 5.

¹²⁷ Per un *excursus* storico sull'istituto, si veda R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 6, pag. 661.

¹²⁸ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, 1, pag. 7; G. GATTA, *Nuovo atto del pacchetto Severino: interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione, oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, nel disegno di legge-delega presentato alla Camera*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 marzo 2012.

¹²⁹ F. PALAZZO, *Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2011.

misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio, il Governo calcolava che potessero aggiungersi altri 3327 detenuti¹³⁰.

Il decreto cerca inoltre di intervenire sulle cosiddette "porte girevoli"¹³¹, ovvero quel fenomeno che si determina con l'ingresso in carcere dei soggetti in attesa di convalida di arresto per i reati per i quali è previsto il rito direttissimo e che permangono nel circuito penitenziario per tempi brevissimi¹³². Il decreto modifica la legge processuale prevedendo che l'udienza di convalida debba celebrarsi in ogni caso entro quarantotto ore dall'arresto. Viene inoltre introdotto un meccanismo di graduazione riguardo al luogo di custodia dell'arrestato, cercando di escludere il passaggio dal carcere. Si prevede infatti che di norma l'arrestato attenda la convalida presso il domicilio. Soltanto qualora non vi sia la disponibilità di un domicilio idoneo o sussistano particolari esigenze di sicurezza, sarà possibile disporre la custodia presso le strutture di polizia o, come *extrema ratio*, presso la casa circondariale del luogo dove è stato eseguito l'arresto.

Come illustra il Ministro in un'intervista, in seguito all'entrata in vigore del decreto si è registrata una riduzione del fenomeno delle "porte girevoli": gli ingressi seguiti da permanenza inferiore a tre giorni sono stati infatti 1175 a dicembre 2011 e 804 a gennaio 2012, con una flessione negativa del 21,57%¹³³.

Ingressi in carcere con permanenza inferiore a 3 gg¹³⁴

Anno	Italiani	Stranieri	Totale ingressi inferiori a 3 gg	% su totale ingressi dalla libertà	Totale ingressi dalla libertà
2011	8914	8527	17441	22.7%	76982
2012	4341	4387	8728	13.8%	63020
I semestre 2013	2025	2192	4217	13.3%	31786

Ingressi dalla libertà per semestri 2011-2013

	2011			2012			2013		
	I semestre	II semestre	fine anno	I semestre	II semestre	fine anno	I semestre	II semestre	fine anno

¹³⁰ Inaugurazione anno giudiziario 2012, cit.

¹³¹ A. NATALE, *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore delle prassi*, in *Questione Giustizia*, 2010, 4, pag. 91; R. NICASTRO, *Hotel carcere*, in *Le due città*, 2011, 10, pag. 12; S. RAGAZZI - G. SALVI, *Abbatere le «porte girevoli»: un esperimento possibile, un'esperienza riuscita*, in *Questione Giustizia, Speciale misure cautelari e libertà personale*, 2014, ottobre, pag. 135.

¹³² Il Ministro sottolinea che circa 21.000 persone nel 2010 hanno fatto ingresso in carcere per uscire dopo 3 giorni, mentre nel 2011 il fenomeno aveva coinvolto oltre 17.000 soggetti. Purtroppo non è stato possibile reperire dati omogenei a quelli in commento relativamente ad anni precedenti al 2011. Le statistiche precedenti riportano un dato relativo ad ingressi con permanenza inferiore a 7 giorni. Si veda R. NICASTRO, cit.

¹³³ *Salva-carceri: considerazioni della ministra Severino*, in *Giustizia News Online. Quotidiano telematico del Ministero della giustizia*, 14 febbraio 2012.

¹³⁴ I dati sono stati tratti dalle informazioni inviate dal DAP su richiesta della Commissione Giustizia del Senato al momento della conversione in legge del decreto 211.

Italiani	22659	21018	43677	18726	17288	36014	18190	15382	33572
Stranieri	17.406	15899	33.305	13.899	13107	27.006	13.596	12.222	25818
Totale	40.065	36917	76.982	32.625	30395	63.020	31.786	27.604	59390
% stranieri	43.4%	43%	43.2%	42.6%	43.1%	42.8%	42.7%	44.2	43.4%

Il trend sembra consolidarsi nel corso degli anni successivi. In ogni caso, come evidenziato da alcuni autori¹³⁵, le norme introdotte dal decreto, per quanto portino ad un risparmio di risorse, non possono incidere significativamente sul fenomeno del sovraffollamento. La popolazione detenuta non è composta da chi è destinato a rimanere in carcere per un tempo inferiore a tre giorni. A fronte di un notevole decremento degli ingressi in carcere, il numero di detenuti definitivi continua ad aumentare.

Questi primi interventi infatti non agiscono in modo incisivo sulle cause del sovraffollamento e mantengono la centralità della sanzione detentiva, configurando l'alternativa alla detenzione in carcere soltanto quale valvola di sfogo in una logica emergenziale. E, anche in questi stretti margini, l'alternativa al carcere non è poi così alternativa: anche se svolta presso il domicilio, pur sempre di detenzione si tratta.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, intanto, esamina il piano d'azione presentato dal Governo. Nella riunione del 26 settembre 2012¹³⁶ il Comitato adottato una decisione che appare una "promozione con riserva", evidenziando che, nonostante le "buone intenzioni" dimostrate dal Governo, le criticità del sistema italiano riguardo al problema del sovraffollamento e della tutela dei diritti dei detenuti non sono ancora superate.

Come abbiamo cercato di evidenziare, la fase di esecuzione della sentenza *Sulejmanovic*, per quanto abbia posto la questione penitenziaria nell'agenda politica, non ha portato nel breve periodo a cambiamenti significativi delle condizioni delle carceri italiane.

La drammaticità delle condizioni in cui sono costretti a vivere i detenuti diviene oggetto di crescente preoccupazione da parte della magistratura. Nel gennaio 2010 la Sesta Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura aveva inaugurato una serie di incontri che erano sfociati nell'istituzione della Commissione mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza¹³⁷. Le analisi svolte e le proposte di modifica all'ordinamento nazionale elaborate dalla Commissione, ratificate dall'Assemblea Plenaria del C.S.M. il 21 novembre 2012, vengono raccolte in una Relazione intitolata simbolicamente *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*¹³⁸.

I lavori della Commissione Mista evidenziano come la risposta data alle questioni sollevate dai giudici di Strasburgo sia stata lenta, parziale e sostanzialmente inadeguata. Nella Relazione si legge infatti che l'indagine del Consiglio Superiore ha portato a riscontrare

¹³⁵ F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 8.

¹³⁶ DH-DD(2012)670.

¹³⁷ Delibera del CSM del 26 luglio 2010.

¹³⁸ *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2013, n. 160.

diversi e preoccupanti segnali di inadeguatezza del sistema dell'esecuzione penale, atteso che alle irrisolte intrinseche carenze del sistema di tutela dei diritti dei detenuti e degli internati, si associano l'inefficacia degli interventi finalizzati al reinserimento sociale, dovuta alla cronica e crescente mancanza di personale, strutture e risorse, e una drammatica, diffusa situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari, effetto anche di modifiche normative che hanno inasprito nella fase esecutiva il trattamento sanzionatorio per 'tipologie' di reato e di condannati¹³⁹.

La questione penitenziaria è al centro di un aspro dibattito dal quale emerge una profonda insoddisfazione da parte dei giudici nazionali nei confronti del Legislatore¹⁴⁰, che non assicura la disponibilità di strumenti giuridici idonei a veicolare le istanze di tutela dei diritti dei detenuti.

1.2. Il profilo dei diritti nella giurisprudenza interna

La Corte Europea ha riconosciuto che tutti i detenuti hanno diritto a non essere sottoposti ad un trattamento che diviene inevitabilmente inumano nel momento in cui si è ristretti in uno spazio degradante. Contemporaneamente, la Corte ha accertato il corrispondente divieto dello Stato di violare tale diritto, che si modula in un complementare obbligo di organizzare il sistema penitenziario in modo da garantire una detenzione umana. La Corte ha ritenuto che l'essere ristretti in uno spazio inferiore a 3 mq costituisca una violazione di tale obbligo da parte dello Stato, che è quindi tenuto a porre rimedio e a risarcire il detenuto vittima del trattamento degradante.

Per il panorama italiano che, come abbiamo visto nel Capitolo I, si caratterizza da una parte per una perdurante incertezza nella configurazione dei rapporti giuridici tra Stato e detenuto e dall'altra per una perdurante ineffettività della tutela, la pronuncia della Corte Europea ha un impatto rivoluzionario. Tanto le modifiche normative quanto le varie pronunce giurisprudenziali che avevano fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata erano rimaste poco più che affermazioni di principio. Era come se il mondo del diritto fosse rimasto ovattato in uno spazio astratto, lontanissimo dalla realtà carceraria, in un fumoso contesto di incertezza.

In assenza di pronunce giurisprudenziali che avessero riconosciuto effettività alla *law in books*, è l'idea stessa del diritto soggettivo e della pretesa che ne costituisce il momento genetico che rimane chiusa fuori dal carcere, dove vige invece una logica premiale e un diffuso senso di soggezione alla discrezionalità-arbitrarietà dell'amministrazione.

La Corte Europea, invece, alle affermazioni di principio accompagna la condanna ad un *facere* specifico che si modula, come abbiamo detto, nel porre fine alla violazione e nel risarcire la lesione accertata. Per la prima volta si è aperta una breccia nel muro che separa i diritti sanciti e il soggetto giuridico - lo Stato - che ha l'obbligo di garantirli. Questa apertura ha un significato dirompente nella percezione dei detenuti, che, vedendolo riconosciuto in sede giurisdizionale, per la prima volta sentono diffusamente la titolarità di un diritto e la sua reclamabilità.

Tuttavia, come abbiamo evidenziato, l'ordinamento italiano non prevede forme di procedimentalizzazione consolidate da una prassi giudiziaria stabile e diffusa.

¹³⁹ Relazione della Commissione Mista, pag.

¹⁴⁰ Si veda la *Lettera aperta a tutti i parlamentari di Camera e Senato sulla situazione delle carceri italiane* firmata da Magistratura Democratica - Associazione Antigone - Ristretti Orizzonti - Coordinamento nazionale dei Garanti dei detenuti; R. ARENA, *Responsabilità dei magistrati e condizioni disumane delle carceri*, in [Persona e Danno](#), 14 luglio 2011.

I giudici nazionali si ritrovano ad essere chiamati a proceduralizzare un conflitto latente che, alla luce del nuovo inquadramento giuridico nella cornice dell'art. 3, trova finalmente una *nomen iuris* per essere *claimed*¹⁴¹.

Spinto da un sempre maggior numero di reclami da parte dei detenuti, si innesca dal basso un processo di adattamento del diritto interno ai contenuti dell'art. 3. Nel periodo successivo alla pronuncia le argomentazioni dei giudici nazionali si arricchiscono progressivamente con il lessico degli *human rights* che si è sviluppato in sede sovranazionale attraverso l'elaborazione di principi e standard che costituiscono un consolidato vocabolario per parlare di sovraffollamento e divieto di trattamenti inumani o degradanti.

Cercheremo adesso di analizzare gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza sulle numerose questioni sorte in seguito alla pronuncia della Corte Europea cercando di mettere in luce come le questioni sollevate siano sintomo di una diffusa carenza di cultura giuridica della tutela dei diritti in carcere.

1.2.1. Le prime pronunce giurisprudenziali sulla violazione dell'art. 3

L'origine sovranazionale del diritto azionato attraverso i reclami dei detenuti aggiunge un'ulteriore questione da risolvere: il problema della *domestication*¹⁴² del diritto convenzionale negli ordinamenti giuridici interni e, in particolare, del ruolo che i giudici nazionali assumono in questo delicato processo.

Nonostante il fatto che, fin dall'ingresso della Convenzione nell'ordinamento italiano¹⁴³, l'Italia si collochi tra i paesi che sono stati maggiormente colpiti da sentenze di condanna da parte della Corte¹⁴⁴ e che, conseguentemente, il confronto tra diritto interno e diritto sovranazionale non costituisca di certo una novità, le coordinate sono tutto fuorché chiare.

La questione relativa all'efficacia delle norme della CEDU e al ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea è stata affrontata dalla Corte Costituzionale con le note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Con queste pronunce, la Consulta ha rilevato che gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, Cost., comprendono anche le norme internazionali convenzionali diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost.

Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi. Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce quindi in una violazione dell'art. 117, primo comma. Il giudice nazionale assume il ruolo di giudice comune della Convenzione e deve applicarne le norme nell'interpretazione offertane dalla

¹⁴¹ J. FEINBERG, *Duties, Rights and Claims*, in *American Philosophical Quarterly*, 1966, 3, pag. 137; L. BACCELLI, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, 2009, Laterza, pag. 100.

¹⁴² A. STONE SWEET, *From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court's Judgments*, in *Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility? Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014, pag. 22.

¹⁴³ Legge 4 agosto 1955, n. 848.

¹⁴⁴ Nel periodo che va dal 1959 al 2010 l'Italia è stata condannata dalla Corte 2166 volte, un numero inferiore soltanto alle sentenze contro la Turchia, che ha ricevuto 2747 condanne.

Corte di Strasburgo, che deriva la sua competenza dall'espressa attribuzione operata dagli Stati con la ratifica della Convenzione.

La Corte Costituzionale fornisce quindi all'interprete le istruzioni da seguire nel caso patologico in cui il giudice, nell'applicare il diritto convenzionale, rilevasse un possibile contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea: in primo luogo il giudice nazionale dovrà procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica.

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice, il quale "non può procedere all'applicazione della norma della CEDU in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione", deve sollevare la questione di costituzionalità¹⁴⁵.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Consulta il compito di verificare il contrasto e la sua effettiva insuperabilità attraverso una interpretazione sistematica della norma interna rispetto alla norma convenzionale.

La valutazione è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU, l'obbligo che incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale¹⁴⁶.

Nel solco di questa strada aperta nel 2007, la Consulta interverrà ripetutamente a delineare gli obblighi che spettando rispettivamente al giudice nazionale e al Legislatore. Per quanto pronunciata pochi mesi dopo il periodo di tempo che stiamo prendendo in analisi, vale la pena ricordare che, con la sentenza n. 210 del 2013, al considerato in diritto n. 6, la Corte Costituzionale riconosce come "consolidato" il principio, risalente alla sentenza *Scozzari e Giunta contro Italia*¹⁴⁷, secondo il quale, "quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione previste dall'articolo 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie". La Consulta prosegue ribadendo che, ratificando la Convenzione, gli Stati si sono impegnati a conformare il proprio ordinamento ai principi sanciti dalla Convenzione e con ciò, ne deriva l'obbligo dello Stato di "rimuovere gli impedimenti che, nella legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo"¹⁴⁸. Le modalità attraverso le quali si concretizza l'adeguamento alle pronunce della Corte non sono sempre indicate con precisione dalla Corte Edu, ma lo Stato gode di un margine di apprezzamento che, tuttavia, rileva soltanto in relazione alla scelta dei mezzi, lasciando fermo l'obbligo di risultato di rimuovere quei malfunzionamenti strutturali che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto causa di violazione della Convenzione. questo obbligo di adoperarsi per il raggiungimento del risultato della cessazione degli effetti normativi lesivi della CEDU grava su tutti i poteri dello Stato, ciascuno nel rigoroso rispetto delle proprie attribuzioni. Il legislatore per primo deve rilevare il conflitto e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, ma, nel caso di inerzia,

¹⁴⁵ In questo senso, C. Cost. 239/2009.

¹⁴⁶ C. Cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007; sentenza 239/2009, considerato in diritto n. 3; sentenza n. 311 del 2009, considerato in diritto n. 6; sentenza n. 317 del 2009, considerato in diritto n. 7.

¹⁴⁷ *Scozzari e Giunta v. Italy*, (app. n.), 13 luglio 2000, § 249.

¹⁴⁸ Considerato in diritto 7.1.

spetta ai giudici risolvere il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU¹⁴⁹. Anche in questo caso il giudice deve esperire un tentativo di interpretazione conforme e, in caso di impossibilità, sollevare incidente di costituzionalità.

A fronte di un generale obbligo di conformità e al dovere del giudice nazionale di interpretare le norme interne alla luce dei principi convenzionali, va rilevato che, in relazione al sovraffollamento, il diritto vivente è totalmente privo di riferimenti ai diritti che l'art. 3 garantisce ai soggetti detenuti.

Fino alla sentenza *Sulejmanovic*, infatti, i casi in cui erano stati sollevati problemi di compatibilità dell'ordinamento italiano con il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti avevano riguardato principalmente il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario¹⁵⁰. La giurisprudenza di Strasburgo, argomentando sulla base delle esigenze di sicurezza che giustificano l'applicazione di questo particolare regime detentivo, aveva sempre ritenuto legittime le restrizioni caratteristiche dell'istituto.

Sebbene, come abbiamo visto, la Corte Europea avesse riconosciuto che il sovraffollamento carcerario può costituire causa di violazione dell'art. 3 fin dal caso *Kalashnikov*¹⁵¹, è solo con la sentenza *Sulejmanovic* che tale interpretazione viene a conoscenza della maggior parte degli operatori del diritto italiano, innovando il quadro giuridico e riconoscendo alle istanze dei detenuti comuni una collocazione nel quadro giuridico della Convenzione Europea.

È l'occasione perché emergano le più differenti visioni tanto sul ruolo del magistrato di sorveglianza, sia sull'assetto dei diritti e doveri nei rapporti tra detenuto e amministrazione.

Per quanto non sia stato possibile reperire un campione di provvedimenti sufficientemente ampio, dall'analisi delle prime pronunce giurisprudenziali sembra che la Magistratura di sorveglianza, chiamata a pronunciarsi sull'art. 3, incontri numerose difficoltà nella soluzione delle questioni relative al valore della giurisprudenza CEDU e del ruolo del giudice nazionale nelle coordinate del sistema multilivello.

1.2.1.1. Il sistema multilivello

Sembra che la Magistratura di sorveglianza rifiuti l'obbligo di interpretare le norme interne in conformità al parametro convenzionale e, neanche sollevi incidente di costituzionalità. Eclatante in questo senso è la pronuncia del Magistrato di sorveglianza di Torino che, adito attraverso il procedimento di reclamo da parte di alcuni detenuti del carcere di Asti che lamentavano condizioni di detenzione contrarie all'art. 3 CEDU, ha sollevato e dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, affermando che

i reclamanti invocano, a sostegno del proprio reclamo, l'applicazione di norme di natura sovranazionale. Invero, la Convenzione europea è un accordo internazionale tra Stati sovrani le cui norme non sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento, trattandosi di accordo tra Nazioni che prevede, appunto, l'obbligo per le stesse di rispettare le norme in esso contenute e l'istituzione della Corte europea dei

¹⁴⁹ Considerato in diritto 7.3.

¹⁵⁰ Si vedano, ad esempio, *Gallico c/Italia*, (app. n. 53723/00), 28 giugno 2005; *Viola c/Italia*, (app. n. 8316/02), 29 giugno 2006.

¹⁵¹ *Supra*, Capitolo 1, § 3.2.2.

diritti dell'uomo quale organo giurisdizionale ordinato a sovrintendere alla trattazione delle questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della convenzione e dei suoi protocolli, che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste dagli artt. 33, 34 e 37, nonché a statuire se uno Stato aderente abbia o meno violato le disposizioni della Convenzione, applicando le sanzioni conseguenti(...). Pertanto, essendo la Corte europea dei diritti dell'uomo il giudice naturale riconosciuto per accertare se effettivamente uno Stato firmatario della Convenzione abbia o meno violato uno dei diritti sanciti dall'accordo internazionale, appare chiaro che questo Giudice non può in alcun modo pronunciarsi sull'oggetto del reclamo (...) è chiaro come le norme richiamate dagli istanti a sostegno del loro reclamo o non trovano immediata applicazione in questo ordinamento o debbono preventivamente essere mediate dalla valutazione della Corte europea in relazione al singolo caso, da prospettare attraverso un apposito ricorso, che ogni reclamante può presentare personalmente (art. 34). Solo in caso di esito positivo e di accoglimento del suo ricorso il Giudice italiano, valutata la singola pronuncia e la comparazione tra le norme della Convenzione e la singola posizione del recluso, potrà intervenire (ai sensi dell'art. 35 OP) qualora l'Amministrazione penitenziaria italiana non si adegui ai parametri fissati dalla Corte per le condizioni detentive del singolo recluso, rimanendo impregiudicato ogni diritto di chiedere alla Corte un equo indennizzo per il trattamento inumano eventualmente subito nel passato¹⁵².

Con questo orientamento è evidente che il giudice, ipotizzando una innovativa forma di "pregiudizialità", si ponga al di fuori di qualsiasi coordinata giuridica e, venendo meno al suo obbligo di interpretare il diritto interno in conformità alla Convenzione, procede in una direzione diametralmente opposta a quella indicata tanto dalla Corte Edu che dalla Corte Costituzionale. Inoltre, seppure si volesse condividere l'idea che il giudice non possa accertare una violazione dell'art. 3 della Convenzione, in ogni caso non mancano certo norme di diritto interno, quali l'art. 27 della Costituzione o l'art. 6 dell'ordinamento penitenziario, delle quali il Magistrato avrebbe potuto accertare una violazione.

Il ruolo del giudice nazionale nel sistema multilivello è ricostruito in un'ordinanza emessa il 9 giugno 2011 dal Magistrato di sorveglianza di Lecce¹⁵³. Il Magistrato, chiamato a pronunciarsi sul reclamo proposto da un detenuto che era stato ristretto presso la Casa Circondariale di Lecce dal 25 luglio 2009 al 31 gennaio 2011, articola la propria argomentazione affrontando il tema dell'influenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno.

¹⁵² Ordinanza n.198 del 20.01.2011, Magistrato di Sorveglianza di Torino. Per un commento, si veda M. PASSIONE, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca del principio di effettività: i casi Suleimanovic e Slimani*, in [Osservatorio sui diritti fondamentali in Europa](#), 15 febbraio 2012, § 8.2.

¹⁵³ A. INGRASSIA, *Nota a Magistrato di Sorveglianza di Lecce, 9 giugno 2011, Giud. Tarantino (sovraffollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di sorveglianza)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 16 settembre 2011; M. PASSIONE, *I doveri dell'Amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempimento. Commento all'ordinanza Slimani (n. 17/2011) del Magistrato di sorveglianza di Lecce*, in *Antigone*, 2011, 2, pag. 104; M. PASSIONE, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca del principio di effettività: i casi Suleimanovic e Slimani*, cit.; A. MARI, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cassazione Penale*, 2012, 1, pag. 259; M. MAFFEI, *Gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una soluzione conforme al dettato costituzionale*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 145.

Il giudice afferma che, alla luce della lettura evolutiva data dalla Corte di Strasburgo all'art. 46 CEDU, sembra che le pronunce della Corte europea abbiano un'efficacia vincolante non solo per gli Stati ma anche per le giurisdizioni nazionali¹⁵⁴.

Il giudice rileva tuttavia che i diritti protetti dalla Costituzione e dalla Convenzione possono sovrapporsi e che, conseguentemente, le rispettive corti possano individuare diversi contenuti in relazione allo stesso diritto.

Nel caso in cui il giudice dovesse rilevare un'incompatibilità tra le due diverse interpretazioni, secondo il modello dualistico delineato dalla Corte Costituzionale con le sentenze "gemelle" n. 347 e 348 del 2007, il giudice del caso concreto sarebbe tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Tale momento patologico è tuttavia escluso dal giudice leccese rilevando l'analogia del divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito sia dall'art 3 CEDU che dall'art. 27, comma 3 della Costituzione. Conseguentemente, il giudice ritiene che tanto le pronunce della Corte EDU quanto quelle della Consulta debbano essere utilizzate dal giudice nazionale al fine di ispirare la propria decisione.

Risolto in questo senso il dubbio sul valore da attribuire ai criteri elaborati dai giudici alsaziani, si passa "dalla padella alla brace". È evidente che il metodo di accertamento che sottostà ai criteri sanciti dalla Corte Edu sia inadatto ad essere trasposto senza mediazioni nel contesto di un giudizio come quello davanti al Magistrato di sorveglianza¹⁵⁵. La Corte di Strasburgo infatti decide sul caso concreto e la giurisprudenza non è affatto consolidata: il giudice, passando alla ricognizione dei criteri elaborati dalla Corte EDU in materia di art. 3, rileva un possibile contrasto giurisprudenziale. Da una parte infatti la Corte, pur assegnando al fattore spaziale un'importanza centrale, ha sempre proceduto ad operare una valutazione multifattoriale, dall'altra sembra invece che, nel condannare l'Italia con la sentenza *Sulejmanovic*, il criterio dei 3mq abbia assunto valore di presunzione assoluta di violazione.

Davanti all'incertezza su quali criteri adottare, il giudice leccese trova una soluzione per superare l'*empasse*: dall'istruttoria emerge infatti che il reclamante non avesse mai avuto a disposizione uno spazio inferiore ai 3mq e che le celle detentive fossero dotate di servizi igienici e fossero adeguatamente areate, riscaldate ed illuminate. Il giudice rilevava inoltre che l'interessato poteva fruire di spazi all'aperto ed aveva potuto frequentare il corso di scuola. Conseguentemente, tanto nel caso di ricorso al criterio della valutazione multifattoriale, quanto nel caso di ricorso al criterio spaziale in termini di presunzione assoluta, l'istruttoria evidenziava che le condizioni di vita del reclamante non violavano i criteri sanciti dalla Corte Edu¹⁵⁶.

Questo approdo tuttavia non conduce al rigetto del reclamo.

1.2.1.2. Il contenuto del diritto

Il giudice leccese opera infatti una distinzione tra le sfere di tutela protette dal sistema giuridico nazionale e da quello sovranazionale. Secondo il giudice, mentre la CEDU salvaguarda la dignità del detenuto da un punto di vista meramente conservativo, la Costituzione italiana si spinge oltre e, in un'ottica positiva, orienta la pena verso una finalità rieducativa che deve concretamente

¹⁵⁴ Ord. Mag. Sorv. Lecce 11 giugno 2011, § 3.

¹⁵⁵ Torneremo sul punto nel capitolo V, per approfondire il tema alla luce della recente sentenza 49/2015 della Corte Costituzionale e dei problemi insorti con l'art. 35ter o.p.

¹⁵⁶ Ord. 9 giugno 2011, § 4.

apprezzarsi nel corso della detenzione. L'ordinamento italiano quindi garantisce alla dignità umana una protezione negativa, arginando il potere dello Stato di limitare i diritti fondamentali dell'individuo nell'esecuzione penale, e una protezione positiva, garantendo la promozione della dignità umana attraverso azioni positive idonee a rimuovere i limiti che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: il detenuto sarebbe degradato a mero oggetto dell'esecuzione penale se le condizioni di detenzione non fossero disciplinate in modo da offrire occasioni trattamentali¹⁵⁷.

Ricostruita così la protezione offerta dalla Costituzione al soggetto detenuto, il Magistrato ritiene che le condizioni di detenzione lamentate dal reclamante, sebbene non rilevanti ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, fossero lesive del diritto ad una pena costantemente orientata verso un processo rieducativo¹⁵⁸.

L'analisi dell'ultima ordinanza dimostra che comunque la giurisprudenza sull'art. 3 offre al giudice un forte sostegno argomentativo al ragionamento del giudice leccese. Per quanto si accerti la violazione dei principi propri dell'ordinamento nazionale, il metodo utilizzato è quello europeo. Si consideri infatti che, nell'argomentazione del giudice, l'assenza del corso scolastico "esalta" la lesività delle condizioni di detenzione, lesività che è però già accertata sulla base delle condizioni di detenzione valutate attraverso quei parametri che provengono dalla giurisprudenza alsaziana, ovvero lo spazio personale disponibile, le ore in cui poteva essere lasciata la cella, l'areazione e l'illuminazione naturale etc..

In sostanza, si può ritenere che le incertezze che attengono al compito assegnato al giudice comune nel sistema convenzionale si riverberino sul processo di individuazione del contenuto del diritto di cui all'art. 3 e del rapporto con gli altri diritti dei detenuti.

Ad esempio, in un'ordinanza emessa nel gennaio 2010 dall'Ufficio di sorveglianza di Cuneo¹⁵⁹, il Magistrato va oltre i criteri derivanti dalla giurisprudenza EDU che fissano in 3 mq il limite minimo di spazio personale¹⁶⁰. Chiamato a pronunciarsi sul reclamo proposto ai sensi dell'art. 35 o.p. da un detenuto ristretto nel circuito Alta Sicurezza della Casa di Reclusione di Saluzzo, il Magistrato rileva infatti che a ledere i diritti del reclamante siano il mancato rispetto del più alto standard spaziale indicato dal CPT, pari a 7 mq a persona, e l'insufficienza delle cinque ore giornaliere che il detenuto poteva trascorrere fuori dalla cella.

In un'altra ordinanza, invece, il Tribunale di sorveglianza di Bologna accoglieva un reclamo con il quale un detenuto denunciava le condizioni di sovraffollamento in cui era costretto a vivere. Anche

¹⁵⁷ Ivi, § 6; sul punto, G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 2, pag. 255.

¹⁵⁸ Il giudice attribuisce rilevanza al fatto che il reclamante fosse stato costretto a trascorrere 19 ore e mezza al giorno nell'estate del 2010 dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, 67 giorni condividendo una cella con altri due detenuti con a disposizione un limitato spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi e dormendo su di un letto posto ad appena 50 cm. dal soffitto, periodo nel quale si raggiungono temperature torride ed avendo la sola possibilità di trascorrere fuori dalla camera detentiva dalle ore 8,30 alle ore 11,00 e dalle ore 15,00 alle ore 17,00, periodo nel quale l'ora d'aria trascorsa in un cortile di cemento di modeste dimensioni non appare come un'attività "salutare". E' l'assenza di qualsivoglia offerta trattamentale, in considerazione della chiusura del corso scolastico frequentato dal detenuto, che esalta il disagio rappresentato dalle condizioni detentive particolarmente severe, in modo tale da risultare lesive della dignità del detenuto.

¹⁵⁹ Ordinanza 11 gennaio 2010, Magistrato di sorveglianza di Cuneo, est. Falcone; per un commento, si veda L. CESARIS, *Primi effetti della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Sulejmanovic contro l'Italia*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2011, 2, pag. 97; C. RENOLDI, *I diritti del detenuto tra Amministrazione Penitenziaria e Magistratura di sorveglianza*, in *Questione Giustizia*, 2010, 2, pag. 181.

¹⁶⁰ cfr. L. CESARIS, cit., pag. 99.

in questo caso il Magistrato giungeva ad accertare la violazione ricorrendo ai criteri derivanti dal quadro giuridico convenzionale, ma, diversamente dal Magistrato di Cuneo, assumeva come rilevanti non quelli fissati dal CPT, bensì quelli individuati dalla Corte. Il Magistrato infatti riteneva fondato il reclamo accertando che lo spazio assegnato a ciascun detenuto nel carcere di Rimini era inferiore a 3 mq., e inoltre era ulteriormente ridotto dalla presenza di vari letti a castello rendevano l'area calpestabile pressoché inesistente.

È inoltre interessante notare che il diritto leso dalla situazione di sovraffollamento sia individuato dal Magistrato nel diritto alla salute del detenuto¹⁶¹.

Le ordinanze in commento dimostrano come il processo di “domesticazione” del diritto giurisprudenziale in ambito penitenziario si realizzi in modo alluvionale e nell'assenza di un indirizzo ermeneutico certo e consolidato.

Da una parte non sembra che vi sia un chiaro quadro dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale e del ruolo delle rispettive Corti. Dall'altra sembra sia altrettanto dubbia l'individuazione del bene giuridico leso dalle condizioni di sovraffollamento. Inoltre, sembra che, attraverso l'incontro con la giurisprudenza europea, certa giurisprudenza colga l'occasione per espandere il diritto ad una pena orientata alla rieducazione in una nuova dimensione, configurandolo quale strumento attraverso il quale veicolare una domanda di tutela più ampia di quella che può essere soddisfatta invocando l'art. 3 CEDU.

Se il quadro appare molto complesso già al momento della ricostruzione delle coordinate giuridiche rilevanti nel sistema multilivello, la questione più controversa sembra essere tuttavia quella relativa all'inquadramento giuridico della decisione che il Magistrato di sorveglianza adotta al termine del procedimento di reclamo.

Abbiamo visto che il Magistrato di sorveglianza di Cuneo si era pronunciato riconoscendo ai reclamanti il diritto ad uno spazio personale di 7mq. Il Magistrato aveva quindi mandato il provvedimento all'Amministrazione perché adottasse i provvedimenti più opportuni per adeguarsi alla decisione. Diversamente, il Magistrato di sorveglianza di Bologna sollecitava il Ministero a chiedere alla competente Direzione ASL di assumere i provvedimenti di competenza opportuni e a demandare al DAP l'adozione di ogni provvedimento opportuno.

Sembra che continui a residuare una grande incertezza tanto sull'ampiezza dei poteri di impartire disposizioni ai sensi dell'art. 69, comma 5, quanto sul soggetto sul quale imporre l'obbligo di garantire il diritto del detenuto la cui lesione è stata accertata. Si può ritenere che tale incertezza sia collegata ai dubbi inerenti alla natura del diritto leso. Come abbiamo visto, nelle ordinanze analizzate i Magistrati di sorveglianza ritengono rispettivamente integrata la lesione del diritto alla rieducazione, allo studio, e, in particolare al diritto alla salute.

Quest'ultimo approdo, in assenza di un qualsiasi accertamento sul danno alla salute, si può leggere infatti come un tentativo del Magistrato di sorveglianza di trovare una soluzione effettiva: la qualificazione della lesione come diritto alla salute permette infatti al Magistrato di far attivare l'ASL, autorità competente in materia di diritto alla salute, perché adotti i provvedimenti opportuni. Allo stesso tempo tale “delega” sembra dimostrare che il Magistrato si ritiene incompetente a pronunciarsi tanto su “cosa si debba fare” e, soprattutto, su “chi lo debba fare”.

¹⁶¹ Trib. Sorv. Bologna, ordinanza 10 agosto 2010. Cita tale provvedimento, non pubblicato, M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della Magistratura di sorveglianza*, in *Questione Giustizia*, 2010, 5, pag. 51.

Le criticità più acute attengono tuttavia al momento dell'esecuzione dei provvedimenti adottati dal Magistrato di sorveglianza.

1.2.1.3. La natura dei rimedi e la funzione della Magistratura di sorveglianza

La pronuncia della Corte Edu, spingendo moltissimi detenuti a cercare tutela attraverso i procedimenti di reclamo, ha un effetto catalizzatore: la soluzione dei casi concreti costituisce infatti l'occasione per il riemergere delle criticità analizzate nel primo capitolo sulle funzioni della Magistratura di sorveglianza nella tutela dei diritti dei detenuti e per l'emersione di un profondo contrasto giurisprudenziale sulla natura del procedimento di reclamo.

Seppure, come abbiamo visto, le Sezioni Unite avevano risolto in via pretoria la lacuna in tema di rimedio giurisdizionale evidenziata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 26 del 1999¹⁶², la soluzione pretoria raggiunta dalle Sezioni Unite non sembra convincere una parte della Magistratura di sorveglianza. Il Magistrato di sorveglianza di Nuoro, dubitando del rispetto delle garanzie giurisdizionali minime da parte del procedimento di reclamo, aveva infatti sollevato incidente di costituzionalità degli artt. 35, 14-ter e 69 o.p.¹⁶³.

La Corte Costituzionale, a distanza di pochi mesi dall'adozione della sentenza *Sulejmanovic*, si trova quindi a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità costituzionale del procedimento di reclamo al Magistrato di sorveglianza.

Adottando la sentenza 23 ottobre 2009 n. 266 e dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in sostanza la Consulta giungeva a convalidare la soluzione pretoria raggiunta dalla Cassazione nel 2003. La Corte riteneva che il dubbio relativo al rispetto del principio di parità delle parti potesse essere risolto "esplorando" la possibilità che le posizioni dell'amministrazione fossero rappresentate dal pubblico ministero nel contraddittorio col difensore del reclamante, mentre per quel che riguarda la terzietà del Magistrato, la Corte ricordava che poteva essere assicurata attraverso il ricorso agli istituti dell'astensione e della ricusazione. Infine, relativamente al dubbio sulla idoneità del provvedimento del Magistrato a vincolare l'amministrazione, la Consulta afferma che il termine "disposizioni" contenuto nel quinto comma dell'art. 69 o.p. non significhi segnalazioni, ma "prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue"¹⁶⁴. Come abbiamo visto, tuttavia, soprattutto in relazione a questo ultimo punto, l'approdo della Consulta non ha rappresentato una base per un'azione coordinata e certa per la giurisprudenza successiva, che ne ha assunto posizioni molto diverse.

¹⁶² *Supra*, Capitolo 1.

¹⁶³ I dubbi del giudice *a quo* si fondavano in primo luogo sul rilievo che il procedimento non assicurasse la parità delle parti. Infatti, mentre il reclamante poteva presentare memorie e partecipare al procedimento col ministero del difensore, per l'amministrazione non era assicurata la partecipazione al procedimento, ma solo la possibilità di presentare memorie; in secondo luogo il rimettente solleva dubbi circa la terzietà del Magistrato di sorveglianza nel caso in cui sia chiamato a decidere della legittimità dell'agire dell'amministrazione penitenziaria e della sussistenza, in concreto, di lesioni delle posizioni soggettive di singoli detenuti derivanti da atti della stessa amministrazione; in terzo luogo il giudice riteneva che la decisione sul reclamo non avesse carattere vincolante per l'amministrazione e fosse priva di effettività, dovendosi escludere che l'atto amministrativo illegittimo potesse essere annullato con provvedimento del giudice ordinario, in assenza di espressa previsione normativa (art. 113, terzo comma, Cost.), oppure che il Magistrato di sorveglianza, in caso d'inerzia, potesse nominare un commissario *ad acta*. Infine, il giudice sosteneva l'incompatibilità del quadro così ricostruito con i principi del giusto processo sancite dall'art. 6, comma 1, della Convenzione EDU.

¹⁶⁴ Considerato in diritto n. 6.3.

1.3. L'atteggiamento dell'amministrazione penitenziaria

Suffragato dagli orientamenti di parte della Magistratura di sorveglianza, l'atteggiamento di ritrosia e negazionismo dell'Amministrazione rimane uno degli ostacoli principali alla concreta realizzazione dei diritti dei detenuti.

L'amministrazione continua a ritenere un'invasione nella propria discrezionalità il dover assicurare, innanzitutto, il rispetto dei diritti dei detenuti. I numerosi giudizi di costituzionalità che abbiamo avuto modo di analizzare sono infatti originati proprio dall'atteggiamento di netto rifiuto, da parte dell'Amministrazione, nel riconoscere valore vincolante alle pronunce del Magistrato di sorveglianza.

Nonostante i ripetuti moniti della Corte Costituzionale¹⁶⁵ e dei rappresentanti dei più alti organi giurisdizionali¹⁶⁶, l'amministrazione sembra continuare ad avere una scarsa sensibilità al problema dell'effettività della tutela e a ritenersi al di sopra del *dictum* del giudice. Ad esempio non si è mai adeguata al provvedimento emesso dal Magistrato di Cuneo¹⁶⁷.

Analizzando le eccezioni presentate dall'Avvocatura dello Stato nei vari giudizi di costituzionalità analizzati si può comprendere come l'interesse primario dell'amministrazione sia quello di non vedere ridotta la propria sfera di discrezionalità, rischiando di essere costretta a rispondere davanti ad un giudice dei propri doveri nei confronti dei detenuti. Tale posizione, avallata dalla giurisprudenza di certa Magistratura di sorveglianza, nega il quadro delineato dai principi costituzionali e che assegnano al Magistrato una funzione di garanzia e di tutela del patrimonio giuridico del recluso agli eventuali inadempimenti dell'amministrazione. È proprio una parte della Magistratura di sorveglianza a non farsi carico di questo fondamentale ruolo giurisdizionale: le ordinanze passate in commento evidenziano che il processo di rinnovamento del lessico sul tema, come il percorso verso il pieno riconoscimento dell'importanza della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, si trovasse ancora in una fase primitiva e fosse legato ad un'idea del carcere ancorata a quella concezione che ne individua la funzione prima nel mantenimento della sicurezza. La scarsa sensibilità al problema della concreta realizzazione dei diritti dei detenuti emerge anche dal fatto che le poche pagine che nella citata Relazione della Commissione Mista sono dedicate alle criticità dell'istituto del reclamo al Magistrato di sorveglianza siano collocate in un paragrafo dedicato a "le soluzioni dirette a favorire il miglioramento della collaborazione tra il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e la Magistratura di sorveglianza". La Commissione si limita a riconoscere che "i rapporti non siano sempre facili tra le due realtà, anche con riferimento alla sempre attuale problematica della c.d. 'ottemperanza', da parte dell'articolazione ministeriale, delle decisioni della Magistratura di sorveglianza assunte ai sensi dell'art. 35 l. n. 354/75"¹⁶⁸.

¹⁶⁵ C. Cost, sent. 266/2009, cit., C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella lunga marcia verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, pag. 3779; A. MARCHESELLI, *Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte Costituzionale*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2010, 3, pag. 95.

¹⁶⁶ E. LUPO, *La questione carceraria tra diritti inviolabili e inefficienze del sistema*, intervento del Presidente della Cassazione al convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano", tenutosi il 28 luglio 2011 a Roma.

¹⁶⁷ M. ALFIERI, cit., pag. 95.

¹⁶⁸ Relazione della Commissione Mista, cit., pag. 153.

2. L'evoluzione del meccanismo di supervisione convenzionale

2.1. I problemi funzionali del sistema CEDU

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto come la condanna ricevuta dall'Italia con la sentenza *Sulejmanovic* abbia avuto l'effetto di assegnare alla questione penitenziaria una posizione centrale nel dibattito pubblico. Allo stesso tempo, abbiamo cercato di evidenziare come, nel breve periodo, alla presa d'atto dell'intollerabilità della situazione delle carceri e della necessità di trovare una soluzione, non sia corrisposta l'adozione di misure in grado di porre fine all'emergenza del sovraffollamento.

Ponendoci nell'ottica del meccanismo di supervisione della Convenzione Europea, sembrerebbe che il procedimento di esecuzione della sentenza *Sulejmanovic* si sia dimostrato inidoneo a determinare un effettivo miglioramento delle condizioni del sistema penitenziario italiano. In sostanza, la Corte e il Comitato dei Ministri non sono riusciti a svolgere in modo efficace la propria funzione, assicurando l'adeguamento dell'ordinamento interno ai parametri europei.

Tuttavia, il caso del sovraffollamento delle carceri italiane non costituisce un *unicum*. Nel periodo in cui viene adottata la pronuncia *Sulejmanovic*, il sistema di protezione dei diritti umani disegnato dalla Convenzione sta affrontando una fase critica¹⁶⁹.

L'allargamento del Consiglio d'Europa e le modifiche introdotte con il Protocollo 11¹⁷⁰ hanno infatti concorso a determinare una crescita esponenziale del numero di ricorsi che ogni anno vengono ricevuti dalla Corte. Come evidenziano i dati, nel giro di poco più di dieci anni (1998-2011) il numero di ricorsi dei quali la Corte deve vagliare l'ammissibilità è decuplicato e, parallelamente, nonostante gli sforzi della Corte, in particolare a partire dall'anno 2009, nel cercare di unire i procedimenti riguardanti ricorsi simili¹⁷¹, è decuplicato anche il numero dei ricorsi pendenti. Sotto il profilo dei risultati raggiunti, se nel periodo che va dall'istituzione della Corte fino al 1998 erano state emesse 837 sentenze, soltanto nell'anno 2000 ne vengono emesse 695, ed il numero cresce fino a raggiungere il picco massimo di 1625 sentenze nell'anno 2009¹⁷².

Carico di lavoro della Corte EDU 1959-2015¹⁷³

¹⁶⁹ Per un'analisi del dibattito sul tema, sia al livello istituzionale che al livello accademico, si veda S. GREER - L. WILDHABER, *Revisiting the debate about 'constitutionalizing' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 12, 4, pagg. 655-687.

¹⁷⁰ Tra le varie modifiche, la Corte è divenuta un organo stabile ed ha accumulato presso di sé anche il lavoro che prima era svolto dalla Commissione europea per i Diritti dell'Uomo.

¹⁷¹ Si confronti il dato presente nella colonna relativa alle sentenze emesse e quello presente nella colonna relativa al numero di ricorsi decisi con sentenza.

¹⁷² I dati sono riportati nel documento *Analysis of Statistics 2015*.

¹⁷³ I dati sono estrapolati dall'analisi degli Analysis of Statistics relativi agli anni 2006-2015 disponibili sul sito web della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Purtroppo, a partire dal Annual Statistics relativo all'anno 2007, non sono più riportati i dati relativi al numero di ricorsi presentati alla Corte, ma soltanto quelli relativi ai ricorsi assegnati a una formazione giudiziale (Giudice Singolo, Comitato, Camera, vedi artt. 27-29 della Convenzione). Si segnala che l'innalzamento del dato relativo ai ricorsi assegnati ad una formazione giudiziale che si registra a partire dal 2002 è in parte legato all'adozione della nuova procedura che trasferisce lo scrutinio dei ricorsi inammissibili dalla fase amministrativa a quella giudiziale.

Anno	Ricorsi presentati	Ricorsi assegnati ad una formazione giudiziale	Ricorsi pendenti	Sentenze emesse	Ricorsi decisi	
					con sentenza	con decisione
1959-1998	n.d.	n.d.	n.d.	837	n.d.	n.d.
1998	18200	6000	7800	n.d.	n.d.	n.d.
1999	22600	8400	12600	177	250	3500
2000	30200	10500	15900	695	750	6800
2001	31300	13800	19800	888	950	9000
2002	34500	28200	29400	844	900	17850
2003	38800	27200	38500	703	750	17250
2004	44100	32500	50000	718	800	20350
2005	45500	35400	56800	1105	1200	27600
2006	51300	39350	66500	1560	1720	28059
2007	n.d.	41500	79400	1503	1735	27059
2008	n.d.	49600	97300	1543	1880	30163
2009	n.d.	57000	119300	1625	2395	33065
2010	n.d.	61100	139650	1499	2607	38575
2011	n.d.	64200	151600	1157	1511	50677
2012	n.d.	64900	128100	1093	1678	86201
2013	n.d.	65800	99900	916	3661	89740
2014	n.d.	56200	69900	891	2388	83675
2015	n.d.	40600	64850	823	2441	43143

Tabella 2

anno	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
nuovi casi	567	619	513	658	504	757	898	591	631	813	1381	1408	1397	1511	1710	1606	1438	1328	1389	1285
casi chiusi	339	170	116	171	122	172	256	380	163	350	193	677	400	240	455	815	1029	1397	1502	1537
casi pendenti	709	997	1435	1732	2298	2624	3227	3540	3970	4322	5523	3248	7328	8667	9899	10689	11099	11019	10904	10652

174

Nonostante fossero già in cantiere alcune modifiche al sistema convenzionale per correggere gli effetti prodotti dalla riforma del 1998 e dell'allargamento del quadro convenzionale, nei primi anni 2000 era già evidente che gli emendamenti previsti dal Protocollo 14 non sarebbero stati sufficienti a fronteggiare la crescente domanda di giustizia indirizzata verso la Corte. Attorno al problema del carico di lavoro si sviluppa un dibattito istituzionale sul futuro del sistema della Convenzione e sulla necessità di rivalutare e ridefinire il ruolo e la natura della Corte¹⁷⁵.

Nel 2004, il Comitato dei Ministri aveva invitato la Corte ad identificare nelle sentenze la natura e le cause del problema che ha determinato la violazione, in particolare quando appare probabile che possano emergere numerose violazioni, in modo da assistere sia lo Stato nella ricerca delle soluzioni più appropriate sia il Comitato nello svolgimento della propria funzione di supervisione¹⁷⁶. Gran parte del carico di lavoro della Corte è costituito da ricorsi attraverso i quali vengono denunciate violazioni ripetitive, che sono in costante aumento. Se nel 2009 il Comitato dei Ministri stimava che circa il 70% delle violazioni accertate derivassero da problemi di natura strutturale, le statistiche evidenziano che al 31 dicembre 2012, dei 11099 casi pendenti, 9668 erano costituiti proprio da *repetitive cases*¹⁷⁷.

Come è noto, il meccanismo di salvaguardia dei diritti umani istituito dal Consiglio d'Europa si basa sul principio di sussidiarietà, la cui attuazione è affidato all'operare del meccanismo dirittone positivamente agli articoli 13 e dell'art. 35, § 1¹⁷⁸ della Convenzione. Da una parte l'art. 13

¹⁷⁴ I dati sono ricavati dal 9th Annual Report of the Committee of Ministers, 2015, pagg. 55-57, figure A.1.b, A.2.b., A.3.b.

¹⁷⁵ *Declaration of the Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe gathered for their Third Summit in Warsaw* del 17 Maggio 2005 e il relativo *Action plan* del Comitato dei Ministri CM(2005)80; *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights - Interlaken Declaration*, 19 February 2010, §§ 7-9; *High Level Conference Izmir Declaration*, 27 aprile 2011; *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration*, 20 aprile 2012, §§ 6, 16; *Applying and Supervising the ECHR: Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights at the National Level*, Colloquy organised under the Swedish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, Stockholm, 9-10 June 2008, Proceedings (Strasbourg: Council of Europe, 2008); *Applying and Supervising the ECHR: Future Developments of the European Court of Human Rights in the Light of the Wise Persons' Report*, Colloquy organized by the San Marino Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, San Marino, 22-23 March 2007, Proceedings, (2007) 28 *Human Rights Law Journal* 1; *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, Cm(2006)203, 15 November 2006; *Applying and Supervising the ECHR: Reform of the European human rights system*, Proceedings of the high-level seminar, Oslo, 18 October 2004 (Strasbourg: Council of Europe, 2004).

¹⁷⁶ CM/Res(2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem, § 1.

¹⁷⁷ Si veda il 7th Annual Report of the Committee of Ministers, 2013, pag. 37.

¹⁷⁸ Articolo 35 Condizioni di ricevibilità.

1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

(...)

attribuisce ai singoli il diritto a che l'ordinamento nazionale predisponga un rimedio effettivo contro le possibili violazioni di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione. Dall'altra l'art. 35, § 1, pone quale requisito di ammissibilità del ricorso individuale davanti alla Corte l'aver il ricorrente già esperito le vie di ricorso apprestate dall'ordinamento nazionale.

È chiaro che il fenomeno dei casi ripetitivi, se trova il suo momento genetico in malfunzionamenti strutturali dei sistemi nazionali, evidenzia allo stesso tempo che lo Stato non è in grado di farsi carico delle potenziali violazioni commesse attraverso la configurazione di effettivi rimedi interni.

Se l'art. 13 sancisce il diritto ad un rimedio davanti alle autorità nazionali, gli Stati sono destinatari di un dovere generale di risolvere i problemi evidenziati dall'accertamento delle violazioni. La predisposizione di rimedi interni è l'unica strada per affrontare il fenomeno dei casi ripetitivi e ridurre il carico di lavoro della Corte¹⁷⁹. Si assiste infatti ad una crescente attenzione al tema dei rimedi interni da parte degli organi del Consiglio d'Europa¹⁸⁰ e i dati sul lavoro della Corte fanno emergere sempre più chiaramente che il meccanismo di esecuzione delle sentenze della Corte, così come regolato, non riesca ad assicurare l'adeguamento dei sistemi nazionali al diritto convenzionale.

Sulla scorta di questa crescente consapevolezza e dei rischi che questo problema comporta per l'efficienza del sistema di protezione, nelle more di un intervento istituzionale, tanto la Corte quanto il Comitato dei Ministri individuano delle strategie per adattarsi al mutato contesto nel quale sono chiamati ad operare.

Partendo dal presupposto che il "dover ripetere le stesse conclusioni in un numero altissimo di casi" non costituisce un modo efficiente di affrontare il problema delle violazioni ripetitive¹⁸¹, la Corte "inventa" la procedura pilota. Attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 46 della Convenzione, la Corte si attribuisce il potere di selezionare alcuni dei ricorsi che denunciano violazioni simili per ampliare l'oggetto della decisione fino a ricomprendervi l'assetto complessivo del sistema nazionale, individuando le cause strutturali delle violazioni ripetitive ed indicando quali interventi sono necessari per risolvere il malfunzionamento strutturale.

Dopo le prime applicazioni, il 21 febbraio 2011 la Corte modifica le proprie Regole di Procedura, codificando la nuova procedura all'art. 61¹⁸².

Contemporaneamente, anche il Comitato elabora un nuovo *modus operandi*, prevedendo la possibilità di incardinare l'esecuzione delle sentenze in una procedura di *enhanced supervision*¹⁸³ in

¹⁷⁹ CM/Rec(2004)6 on the improvement of domestic remedies.

¹⁸⁰ Si vedano in proposito, la Raccomandazione n 6/2004, adottata dal Consiglio dei Ministri il 12 maggio 2004, Appendice, § 2; Interlaken Conference Final Declaration, 10 Febbraio 2010, PP 7-9; Izmir Conference Final Declaration, 27 aprile 2011; Brighton Conference Final Declaration, 20 aprile 2012, §§ 14-16; e, da ultimo, la High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility" Brussels Declaration, 27 March 2015.

¹⁸¹ *Bourdov c. Russie* (no 2), (app. 33509/04), 15 gennaio 2009, § 127; *E.G. c. Polonia* (dec.), (app. 50425/99), 23 settembre 2008, § 27; *Torreggiani*, cit., § 85.

¹⁸² F. M. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza-pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 1, pag. 91; B. RAINEY - E. WICKS - C. OVEY, cit., pag. 47.

¹⁸³ Si veda la Decisione adottata il 2 dicembre 2010 alla 1100ª riunione dei Membri del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

tutti i casi in cui l'adozione delle misure individuali sia urgente, sia stata adottata la procedura pilota oppure vi siano questioni particolarmente complesse.

Rispetto alla *standard supervision* fino ad allora utilizzata, attraverso la quale sostanzialmente il Comitato non faceva molto più che prendere atto dei *report* prodotti dagli Stati condannati, la nuova procedura assicura uno scrutinio più attento dei progressi dello stato di esecuzione, mediante un più ampio armamentario di strumenti finalizzati a facilitare il processo di adeguamento dell'ordinamento interno al dispositivo della sentenza della Corte. Il Comitato ha positivizzato il proprio potere di adottare specifiche decisioni o risoluzioni interlocutorie attraverso le quali incoraggiare lo Stato, esprimere preoccupazione e formulare suggerimenti e raccomandazioni sulle misure più adeguate che devono essere adottate¹⁸⁴. Il Comitato può inoltre intervenire attraverso varie *targeted cooperation and assistance activities* quali consulenze giuridiche, incontri bilaterali, tavole rotonde etc.

2.2. Il caso italiano negli sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 3

In questo contesto, i criteri per l'accertamento della violazione dell'art. 3 che erano stati consolidati dalla Corte con la sentenza *Sulejmanovic* danno inizio ad una stagione di numerose condanne e di una conseguente crescita del numero di ricorsi presentati da soggetti privati della libertà personale. Il problema del sovraffollamento carcerario è ancora molto diffuso in molti paesi del Consiglio d'Europa e moltissimi sono i detenuti che aspirano ad ottenere giustizia. Come abbiamo detto, la semplicità dell'approccio tenuto nella condanna inflitta all'Italia, fa sì che nell'immaginario dei detenuti si diffonda l'idea che, come in un'equazione, alla disponibilità di uno spazio personale inferiore ai 3mq corrisponda il diritto di ottenere una pronuncia favorevole da parte della Corte. Il numero di ricorsi aumenta di anno in anno e la Corte cerca di affrontare la crescita del carico di lavoro iniziando a sperimentare la procedura pilota¹⁸⁵.

In questo modo la Corte ha l'occasione di individuare le cause strutturali del problema del sovraffollamento e, parallelamente, di sviluppare con maggiore precisione il contenuto dell'obbligo sancito dall'art. 3.

La Corte adotta un approccio mirato a "responsabilizzare" degli Stati soprattutto per quel che riguarda la configurazione di rimedi interni effettivi che possano ridurre il contenzioso in sede sovranazionale e, esaminando dettagliatamente i vari ordinamenti nazionali, da una parte svela le principali inefficienze che determinano il fallimento del sistema convenzionale di protezione sussidiaria dei diritti umani e, dall'altra, costruisce in positivo il modello di *practices* e misure generali che gli Stati devono adottare.

Tornando alla situazione italiana, come abbiamo evidenziato, l'esecuzione della sentenza *Sulejmanovic* sembra rientrare tra quei casi in cui l'intervento della Corte non è riuscito ad attivare un virtuoso processo di adeguamento dell'ordinamento interno.

¹⁸⁴ Committee of Ministers Rules of Procedure, Rule 17.

¹⁸⁵ Ad esempio la Corte, adottando la procedura pilota nei confronti della Polonia (*Orchowski v. Poland*, cit., § 147; *Norbert Sikorski c. Polonia*, cit., § 149), evidenziava come, a partire dalla prima pronuncia di condanna nei confronti di tale Stato, il numero di ricorsi presentati per denunciare condizioni di sovraffollamento era giunto a oltre 160 e che, al momento della decisione, oltre 271 ricorsi simili erano pendenti. Per quanto riguarda invece la Russia, la Corte, a partire dal 2002, aveva riscontrato la violazione dell'art. 3 e dell'art. 13 della Convenzione in oltre 80 procedimenti e, nel 2012, almeno altri 250 casi simili erano apparentemente fondati.

Come negli altri paesi del Consiglio, tra le dinamiche innescate dalla condanna ve n'è una della quale è invece arduo contestare la portata: la pronuncia della Corte Europea ha infatti avuto l'effetto di generare ed orientare verso Strasburgo una crescente domanda di tutela da parte dei soggetti detenuti nelle carceri italiane. Da una parte le criticità che abbiamo visto caratterizzare il sistema di tutela apprestato dall'ordinamento nazionale, dall'altra la forte novità dell'idea che le pretese dei detenuti siano *giustiziabili*, hanno fatto sì che agli occhi dei soggetti reclusi in Italia la Corte Europea assumesse la veste di unica istituzione capace di riconoscere e garantire i loro diritti. A partire dalla pubblicazione della sentenza *Sulejmanovic*, nell'arco di neanche tre anni, 3.685 detenuti ristretti nelle carceri italiane hanno adito la Corte lamentando una violazione dell'art. 3¹⁸⁶. In sostanza, l'Italia costituisce l'esempio lampante di come la Corte sia divenuta "vittima della propria fama"¹⁸⁷.

Questa crescente domanda di giustizia pone la Corte davanti a una situazione emergenziale. Da una parte infatti, per ragioni di natura giuridico-istituzionale, la Corte non può tollerare il protrarsi dell'inadempimento dell'Italia agli obblighi della Convenzione. L'art. 3 è infatti, per costante giurisprudenza, uno dei valori fondamentali delle società democratiche¹⁸⁸. Dall'altra, per ragioni di natura pratica, la Corte non può tollerare un carico di lavoro come quello che si sta rapidamente accumulando con il crescere del numero di ricorsi provenienti da detenuti italiani¹⁸⁹.

Come per Polonia e Russia, di fronte al crescente numero di ricorsi apparentemente fondati con i quali viene lamentata una situazione di sovraffollamento contraria all'art. 3, nel gennaio 2013 la Corte si trova costretta a selezionarne alcuni e a tornare ad esaminare le condizioni di vita dei soggetti detenuti nelle carceri italiane.

È in questi termini che allora, paradossalmente, si potrebbe affermare che l'effetto ultimo della sentenza *Sulejmanovic* sia stato l'aver reso necessario un ulteriore e più incisivo intervento da parte dei giudici di Strasburgo.

¹⁸⁶ Il dato è tratto dalla Relazione annuale sull'Amministrazione della Giustizia relativa all'anno 2014, pag. 210.

¹⁸⁷ L. R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2008, 1, pag. 125; G. SADLIER, *The success of the ECHR*, in *Cork Online Law Review*, 2007, 7, pag. 65.

¹⁸⁸ *Sulejmanovic*, cit., § 39.

¹⁸⁹ La Corte ripeterà che il meccanismo di supervisione non è pensato per reggere un carico di lavoro paragonabile ad un giudice di prima istanza. *Selmouni v. Francia* [GC], (app.n. 25803/94), § 74; *Kudla v. Polonia* [GC], 26 ottobre 2000, § 152.

Capitolo III

Il caso Torreggiani e l'adozione della procedura pilota

1. I ricorsi e l'adozione della procedura pilota

Nel gennaio 2013 la Corte Europea esamina e decide¹⁹⁰ una serie di ricorsi relativi alle condizioni di detenzione nelle quali erano stati ristretti alcuni detenuti nelle carceri di Piacenza e Busto Arsizio durante periodi che vanno dal 2006 al 2011¹⁹¹. Ciascuno dei ricorrenti sosteneva di esser stato vittima di un trattamento inumano per il fatto che, essendo stato ristretto insieme ad almeno altri due detenuti in delle celle che misuravano 9 mq, aveva avuto a disposizione uno spazio personale pari a una superficie di soli 3 mq la cui vivibilità era ulteriormente limitata dal mobilio presente in cella. I ricorrenti che erano stati ristretti nel carcere di Piacenza lamentavano il fatto che, oltre a subire una lesione per la mancanza di spazio personale, le condizioni di vita in carcere erano rese ancora più degradanti da ulteriori fattori: da una parte la presenza di sbarre metalliche apposte alle finestre determinava un'insufficiente illuminazione e areazione naturale, dall'altra, a causa di una prolungata assenza di acqua calda nell'istituto, era stata sensibilmente limitata la possibilità di accedere alle docce. Allo stesso modo, anche i detenuti del carcere di Busto Arsizio denunciavano un ridotto accesso alle docce e l'insufficienza di acqua calda.

Il Governo italiano, riproponendo la stessa posizione già assunta nel caso *Sulejmanovic*¹⁹², seppure non poteva negare l'esistenza di un problema di sovraffollamento, contestava che le condizioni di detenzione denunciate dai ricorrenti fossero tali da superare quella soglia minima di gravità necessaria perché si determini la violazione del divieto di cui all'art. 3. Secondo il Governo, la limitatezza dello spazio personale assegnato ai detenuti del carcere di Piacenza era infatti compensata dalla possibilità di trascorrere fuori dalle celle almeno quattro ore al giorno. Inoltre, la difesa precisava che l'amministrazione si era attivata con urgenza per provvedere alla manutenzione degli impianti di entrambi gli istituti in modo da ripristinare l'erogazione dell'acqua calda.

¹⁹⁰ *Torreggiani e altri v. Italia*, (app. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013. Per un commento si vedano: A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 49; P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni Costituzionali* 1/2013, pag. 161; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 1, pag. 147; C. L. VOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 marzo 2013; M. ALFIERI, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 83; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti dei detenuti*, in *Politica del diritto*, 2013, 4, pag. 452; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza...*, cit.

¹⁹¹ Per quel che riguarda il carcere di Busto Arsizio, il sig. Torreggiani era stato detenuto dal 13 novembre 2006 al 7 maggio 2011, il sig. Biondi dal 29 giugno 2009 al 21 giugno 2011 e il sig. Bamba dal 20 marzo 2008 al 23 giugno 2011. Per quel che riguarda il carcere di Piacenza, il sig. Sela era stato detenuto dal 14 febbraio 2009 al 19 aprile 2010, il sig. El Haili dal 15 febbraio 2008 all'8 luglio 2010, il sig. Hajjoubi dal 19 ottobre 2009 al 30 marzo 2011, mentre il sig. Ghisoni, detenuto dal 13 settembre 2007, al momento della pronuncia era ancora in esecuzione.

¹⁹² *Supra*, Cap. I, § 3.2.3.

Il Governo rilevava poi che la Corte non avrebbe comunque potuto accertare la violazione lamentata dal momento che le ricostruzioni fattuali dei ricorrenti non erano sufficientemente supportate da adeguati elementi di prova.

Come già con nel caso *Sulejmanovic*, queste argomentazioni non riescono a convincere i giudici di Strasburgo: richiamati quei principi che, come abbiamo visto, si sono ormai consolidati in un vero e proprio test di compatibilità¹⁹³, senza troppe difficoltà, la Corte accerta che le condizioni di detenzione denunciate dai ricorrenti costituivano una violazione dell'art. 3. Visti i dati sull'andamento della popolazione detenuta e il continuo crescere del numero di ricorsi provenienti da detenuti italiani, l'approdo della Corte, come è stato efficacemente affermato¹⁹⁴, costituisce una "decisione annunciata": nella logica della procedura pilota, la trattazione dei ricorsi svolge infatti la funzione servente di offrire alla Corte l'occasione per allargare lo sguardo sull'intero sistema penitenziario italiano.

Se già la dimensione del problema del sovraffollamento non è smentita dal Governo, le statistiche di cui la Corte è in possesso evidenziano che il tasso di sovraffollamento del sistema penitenziario italiano, che aveva raggiunto il picco massimo del 151% nel 2010, continuava ad essere ancora estremamente alto, attestandosi ancora al 148%. Pur riconoscendo le "buone intenzioni" dimostrate dallo Stato italiano, la Corte non nasconde la propria insoddisfazione per i risultati conseguiti. Infatti, seppure nell'arco di un biennio il tasso di sovraffollamento si è ridotto di tre punti percentuale, l'Italia, già condannata per la violazione dell'art. 3 in ragione del sovraffollamento carcerario e, proprio per questo, sotto monitoraggio da parte del Comitato dei Ministri, continua a trovarsi in una situazione che determina diffusamente condizioni di detenzione contrarie all'art. 3.

Accertato l'insuccesso della strategia deflattiva posta in essere fino ad allora, la Corte sembra convincersi dell'inesistenza di elementi dai quali aspettarsi degli sviluppi idonei ad assicurare risultati concreti negli stretti tempi che sono imposti dall'esigenza di rispettare un diritto assoluto come quello sancito dall'art. 3¹⁹⁵. Il riscontro dell'incapacità dello Stato italiano di adottare misure efficaci non può che rafforzare il convincimento della Corte sulla necessità di affrontare il problema con misure che operino su un piano più strutturale¹⁹⁶. La Corte decide quindi di adottare la procedura pilota, facendosi carico di individuare i profili problematici che mettono sistematicamente a rischio la compatibilità dell'ordinamento italiano con l'art. 3 della Convenzione¹⁹⁷. Come già nei confronti della Russia¹⁹⁸, la Corte individua le cause della situazione

¹⁹³ *Torreggiani*, cit., §§ 66-69. La Corte ribadisce che: a) la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'articolo 3; b) il sovraffollamento "grave" - spazio personale concesso al ricorrente inferiore a 3 mq - può essere da solo sufficiente ad accertare la violazione dell'articolo 3; c) in caso di sovraffollamento "meno grave" - spazio personale compreso tra i 3 e i 4 mq - la violazione dell'art. 3 si determina quando la mancanza di spazio è accompagnata da ulteriori fattori relativi alle condizioni detentive quali, ad esempio, la mancanza di ventilazione e di luce, un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta, una mancanza totale d'intimità nelle celle, scarsa qualità del riscaldamento, mancato rispetto delle esigenze sanitarie di base, etc.

¹⁹⁴ F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela...*, cit., pag. 1.

¹⁹⁵ In questo senso, la Corte evidenzia con preoccupazione che l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio avrebbe perso efficacia a fine 2013. *Torreggiani*, cit., § 92.

¹⁹⁶ *Torreggiani*, cit., § 92.

¹⁹⁷ C. S. VOLINO, cit., pag. 2; R. CONTI, cit., pag. 459.

¹⁹⁸ La Corte, ai §§ 94 e 96, cita infatti quanto già affermato nella sentenza *Ananyev*, cit., § 197. Si veda, *supra*, Capitolo II, § 2.2.

di grave sovraffollamento del sistema penitenziario italiano nell'uso eccessivo della pena detentiva e nell'ineffettività dei rimedi interni.

2. I rimedi interni e le misure di carattere generale

Il Governo, di fronte alla prospettiva quasi certa di ricevere un'altra condanna, aveva evidenziato in sede di ammissibilità dei ricorsi che i ricorrenti avevano adito la Corte sovranazionale senza aver prima esperito i rimedi offerti dall'ordinamento nazionale. In questo senso, il Governo sosteneva che i ricorrenti avrebbero potuto ottenere piena tutela attraverso la proposizione di un reclamo al Magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35 e 69 dell'Ordinamento Penitenziario¹⁹⁹.

Attraverso il problema del sovraffollamento delle carceri, perciò le criticità che abbiamo visto caratterizzare il sistema di tutela dei diritti dei soggetti detenuti nelle carceri italiane vengono portati all'attenzione della Corte EDU, che testa la corrispondenza dei rimedi nazionali ai criteri di accessibilità, effettività elaborati nell'interpretazione degli articoli 13 e 35 della Convenzione.

La Corte rileva innanzitutto che, indipendentemente dalla natura giurisdizionale o amministrativa, ciò che rende i rimedi interni conformi ai principi della Convenzione è la loro effettività, ovvero la loro idoneità a determinare un concreto miglioramento delle condizioni di detenzione. Riprendendo in particolare le sentenze adottate con la procedura pilota nei confronti di Polonia e Russia²⁰⁰, la Corte delinea il quadro dei principi che guidano la valutazione circa l'effettività del rimedio interno quando oggetto di lamentela siano condizioni di detenzione contrarie all'art. 3. Sotto un primo profilo, l'ordinamento interno deve essere congegnato in modo da assicurare un sistema complementare di rimedi preventivi e compensativi. In sostanza, al detenuto deve poter disporre di strumenti capaci di offrire una tutela integrale, sia diretta, ovvero idonea a porre fine alla situazione lesiva, che indiretta, consistente nella possibilità di ottenere una forma di riparazione adeguata per la violazione già consumata²⁰¹.

Il Governo sostiene che il reclamo costituiva un rimedio accessibile ed effettivo, regolato secondo un procedimento dai caratteri giurisdizionali e idoneo a concludersi con un provvedimento avente forza vincolante nei confronti dell'Amministrazione Penitenziaria²⁰². Compatibilmente con i requisiti richiesti dalla giurisprudenza della Corte, attraverso di esso i ricorrenti avrebbero potuto ottenere dal Magistrato di sorveglianza sia l'accertamento delle violazioni lamentate che la condanna dell'Amministrazione ad adottare misure idonee a migliorare le condizioni di detenzione. A sostegno di questi rilievi, il Governo affermava che uno dei ricorrenti, l'unico ad aver esperito il reclamo, aveva ottenuto dal Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia una decisione favorevole²⁰³. Inoltre, come già nell'ultimo *action plan* inviato al Comitato dei Ministri²⁰⁴, il Governo sosteneva che, per quanto concerneva il profilo compensativo, attraverso il reclamo al Magistrato di sorveglianza, il detenuto avrebbe potuto ottenere anche la condanna dell'amministrazione al pagamento di un indennizzo pecuniario. A tal proposito citava l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Lecce che aveva riconosciuto al reclamante il diritto a essere

¹⁹⁹ Torreggiani, cit., §§ 41 e ss.

²⁰⁰ *Norbert Sikorski c. Polonia*, cit. § 116; *Ananyev e altri c. Russia*, cit., § 98.

²⁰¹ Torreggiani, cit., § 50.

²⁰² A. TAMIETTI, M. FIORI, E. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, cit., pag. 59.

²⁰³ Torreggiani, cit., § 42.

²⁰⁴ DH-DD(2012)670, pag. 6.

risarcito per le condizioni di detenzione nelle quali era stato ristretto, sostenendo che anche la Corte di Cassazione aveva recentemente avallato tale possibilità²⁰⁵.

Per quanto riguarda questo ultimo punto, la Corte, ritenuto che l'ordinanza del giudice leccese citata dal Governo non fosse sufficiente a dimostrare l'esistenza di un rimedio compensativo effettivamente consolidato nella giurisprudenza nazionale, esclude che l'ordinamento italiano predisponga adeguate forme di tutela indiretta.

Per quel che concerne invece la possibilità di ottenere tutela diretta, la Corte esamina nel dettaglio i procedimenti di reclamo indicati dal Governo. In effetti, notano i giudici di Strasburgo, il Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, adottando le ordinanze del 16²⁰⁶, 20 e 24 agosto 2010, aveva accolto i reclami attraverso i quali uno dei ricorrenti e altri due detenuti del carcere di Piacenza avevano denunciato le proprie condizioni di detenzione. Osservando che quasi tutte le celle dell'istituto penitenziario avevano una superficie di 9 m² e che, nel corso dell'anno 2010, l'istituto aveva sofferto un forte problema di sovraffollamento che aveva comportato la restrizione dei detenuti in spazi inferiori ai 3mq, il giudice interno aveva ritenuto che i reclamanti fossero stati sottoposti a trattamenti inumani e degradanti ed aveva comunicato la decisione alla direzione del carcere di Piacenza, al Ministero della Giustizia e all'amministrazione penitenziaria affinché ciascun organo, nell'ambito delle rispettive competenze, adottasse con urgenza le misure adeguate a far cessare la violazione.

La Corte, tuttavia, non si ferma ad un'analisi astratta e, adottando un approccio sostanzialistico²⁰⁷, ritiene che la vicenda in esame non solo non convalidi la fondatezza dell'eccezione del Governo, ma che, al contrario, confermi la totale inadeguatezza del sistema di rimedi italiano.

I profili di maggiore criticità della tutela concretamente offerta dal reclamo al Magistrato di sorveglianza sono individuati nella lentezza dei tempi di esecuzione e nella incertezza sul valore vincolante della decisione. Sotto il primo profilo, la Corte ritiene che i sei mesi di tempo che erano trascorsi tra l'accertamento della violazione da parte del Magistrato e la cessazione della situazione lesiva erano un periodo di tempo troppo lungo per poter ritenere il procedimento di reclamo ex art. 35 fosse uno strumento idoneo a porre fine *rapidamente* alla carcerazione in condizioni contrarie all'articolo 3²⁰⁸. Per quanto riguarda invece il profilo della vincolatività della decisione, la Corte

²⁰⁵ In realtà la già richiamata ordinanza del giudice leccese non era stata confermata dalla Cassazione, che si era limitata a dichiarare irricevibile il ricorso proposto dall'amministrazione perché proposto successivamente alla scadenza dei termini di impugnazione. Paradossalmente, a distanza di soli cinque giorni dalla pronuncia della sentenza in esame, la Prima Sezione della Cassazione negherà radicalmente che il Magistrato di sorveglianza sia competente a disporre qualsiasi forma di tutela risarcitoria. Sul tema, rinviamo al Capitolo successivo.

²⁰⁶ Si tratta dell'ordinanza che decide il caso Roppo, già analizzato in relazione alla domanda di risarcimento che il reclamante aveva successivamente indirizzato al Magistrato di sorveglianza di Vercelli. E' paradossale notare come il Governo sostenga l'effettività (e quindi la complementarietà) dei rimedi interni citando proprio il caso attraverso il quale si consolida l'orientamento che nega la competenza risarcitoria del Magistrato di sorveglianza. Si veda, *supra*, Capitolo II, § 1.2.1.

²⁰⁷ M. ALFIERI, cit., pag. 92.

²⁰⁸ *Torreggiani*, cit. § 52. A. TAMIETTI, M. FIORI, E. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, cit., pag. 59. Va inoltre segnalato che, sebbene la Corte si dimostri sensibile al problema della sostanziale effettività del procedimento di reclamo, criticando sia i modi che i tempi dell'adempimento da parte dell'Amministrazione, è forse opportuno notare che, ai sei mesi di tempo trascorsi tra la pronuncia e l'esecuzione dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza, deve essere aggiunto anche il tempo trascorso tra la proposizione del reclamo e la sua decisione. Il Sig. Ghisoni infatti aveva proposto reclamo il 10 aprile 2010 e la pronuncia del Magistrato di sorveglianza era stata adottata soltanto nel mese di agosto. Conseguentemente, tra il momento in cui era stata lamentata la violazione e il momento in cui il Magistrato l'aveva accertata erano già trascorsi oltre quattro mesi. Il reclamante perciò, dal momento in cui aveva adito l'autorità giudiziaria a quello in cui aveva "ottenuto soddisfazione", aveva trascorso quasi un anno in condizioni

rileva la totale incoerenza del Governo che, da una parte, afferma che il procedimento di reclamo si conclude con una pronuncia vincolante e, dall'altra, per giustificare la lentezza dei tempi di esecuzione dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, afferma che i reclamanti avrebbero dovuto chiederne l'ottemperanza alle autorità giudiziarie interne. Al di là del fatto che il Governo non aveva indicato attraverso quale procedimento fosse possibile ottenere l'esecuzione della pronuncia del Magistrato di sorveglianza, la Corte ritiene che, in ogni caso, non possa essere ritenuto effettivo un rimedio configurato in modo tale per cui il detenuto che abbia già ottenuto una decisione favorevole sia gravato dall'ulteriore onere di proporre ripetutamente ricorsi per ottenere il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali a livello dell'amministrazione penitenziaria²⁰⁹. Come abbiamo evidenziato, la tutela che l'ordinamento italiano offre ai soggetti privati della libertà personale si incardina su fondamenta fragili. Nel momento in cui l'amministrazione penitenziaria e la Magistratura di sorveglianza devono far fronte ad un numero di detenuti sovradimensionato rispetto alle risorse disponibili, rileva la Corte, la concreta realizzazione delle garanzie previste dalla legge diviene ancora più difficile. La Corte conclude quindi la propria valutazione con un'ulteriore considerazione sostanziale: anche qualora si volesse riconoscere al reclamo previsto dall'art. 35 dell'o.p. l'astratta idoneità a vincolare l'amministrazione, la situazione di strutturale sovraffollamento del sistema penitenziario italiano renderebbe in ogni caso impossibile l'adempimento alle prescrizioni della Magistratura di sorveglianza²¹⁰. Come potrebbe essere eseguibile il provvedimento che impone all'amministrazione di collocare il detenuto in uno spazio personale non inferiore al minimo di 3mq, se pressoché ogni struttura penitenziaria italiana non è rispettata neanche la "capienza tollerabile"?

È perciò indispensabile che, per garantire ad ogni detenuto delle condizioni detentive conformi all'art. 3, lo Stato italiano adotti delle misure capaci di ridurre la popolazione penitenziaria²¹¹.

In questo passaggio si colgono vividamente le peculiarità della procedura pilota. Individuati i problemi strutturali dell'ordinamento italiano che determinano la violazione dell'art. 3, la Corte, dal momento che l'ampiezza del margine di apprezzamento di cui lo Stato gode nella scelta dei mezzi per adempiere ai propri obblighi convenzionali dipende dalla natura del diritto e dal tipo di violazione riscontrata²¹², si fa carico di indicare in modo più preciso il contenuto dell'obbligo di adempimento alla sentenza ai sensi dell'art. 46.

In primo luogo, lo Stato italiano è tenuto ad introdurre nel proprio ordinamento un ricorso o un insieme di ricorsi che, nel rispetto dei criteri di effettività enunciati dalla Corte, siano idonei a determinare la cessazione della violazione dell'art. 3 e ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente per la lesione subita²¹³.

Inoltre, richiamando esplicitamente la *Recommendation on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*²¹⁴ e la

tali da violare il divieto assoluto di trattamenti disumani o degradanti. Per maggiori approfondimenti, si veda, *infra* il Capitolo IV, § 3.

²⁰⁹ *Torreggiani*, § 53.

²¹⁰ *Ivi*, § 54.

²¹¹ *Ivi*, § 94.

²¹² A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI, V. LEDRI, cit., pag. 75.

²¹³ *Torreggiani*, §§ 98-99.

²¹⁴ Rec(2006)13, Committee of Ministers.

*Recommendation concerning prison overcrowding and and prison popilation inflation*²¹⁵, la Corte, se da una parte scrediva qualsiasi tentativo di risolvere il problema del sovraffollamento che si traduca nel mero incremento della capacità ricettiva del sistema penitenziario²¹⁶, dall'altra afferma a chiare lettere che l'unico modo per far venire meno il rischio di violazioni seriali derivanti dalla grave e perdurante situazione di sovraffollamento carcerario è una decisa riduzione della popolazione detenuta. Il carcere, in sostanza, dovrà perdere quella posizione di centralità che gli è assegnata dal sistema penale italiano. La strada che la Corte indica per raggiungere questo obiettivo consiste nel riorientare le politiche penali verso il minimo ricorso alla detenzione in carcere sia, in una prospettiva di prevenzione della crescita della popolazione carceraria, sotto il profilo delle misure cautelari²¹⁷ sia, *ex post*, come sanzione, prevedendo un maggiore ricorso a misure punitive non privative della libertà²¹⁸.

3. L'esecuzione della procedura pilota

Con la sentenza *Torreggiani*, dunque, i rapporti tra Stato italiano e Consiglio d'Europa entrano in una nuova fase: in primo luogo, questa volta lo Stato italiano ha un termine, pari ad un anno dal momento in cui la sentenza diverrà definitiva, per riorganizzare il suo sistema penitenziario in modo da garantire l'inviolabilità del diritto tutelato dall'articolo 3 della Convenzione²¹⁹; in secondo luogo, la Corte ha indicato in positivo l'obiettivo da raggiungere e, soprattutto, ha evidenziato, in negativo, quella che non è certamente la strada da seguire per conformare l'ordinamento interno agli obblighi convenzionali. Al fine di garantire la corrispondenza degli interventi alle linee guida fissate dalla Corte, inoltre, l'Italia sarà posta sotto la *enhanced supervision* del Comitato dei Ministri. Obiettivo della Parte Seconda sarà quello di verificare quali siano stati gli effetti di questo nuovo quadro dei rapporti Italia-Strasburgo sulla questione penitenziaria italiana.

²¹⁵ Rec(1999)22, Committee of Ministers.

²¹⁶ Al punto 1.2 dell'allegato alla Raccomandazione il Comitato dei Ministri sottolinea che la costruzione di nuove carceri non costituisce una soluzione duratura al problema del sovraffollamento.

²¹⁷ La Corte nota con preoccupazione che la popolazione detenuta è costituita per oltre il 40%, da soggetti in attesa di giudizio.

²¹⁸ *Torreggiani*, cit., § 95.

²¹⁹ *Torreggiani*, cit., § 93.

Capitolo IV

L'esecuzione della sentenza pilota

1. Il primo impatto della sentenza Torreggiani nel contesto italiano

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, il sistema giuridico convenzionale si basa su un meccanismo di *enforcement* che non può contare sull'uso della coercizione. L'esecuzione delle pronunce della Corte Europea è un processo dialogico nel quale è la persuasione, più che la coercizione, a costituire lo strumento attraverso il quale viene assicurato l'adeguamento dei sistemi giuridici nazionali ai principi convenzionali.

Obiettivo di questo capitolo sarà cercare di evidenziare come l'effetto principale della sentenza *Torreggiani* sia stato quello di imporre un processo di dialogo tra i molteplici attori che si trovano ad operare nel sistema giuridico multilivello del Consiglio d'Europa.

Possiamo facilmente distinguere almeno tre delle forme che assume questo processo dialettico. La prima è quella che si realizza all'interno del procedimento di esecuzione delle sentenze della Corte Europea e che vede Governo e Comitato dei Ministri partecipare ad un costante confronto. La seconda è quella, più aperta, che, per il tramite delle rispettive argomentazioni, intercorre tra i giudici che operano ai vari livelli del sistema, dal giudice comune, alla Corte di Cassazione, alla Corte Costituzionale, alla Corte di Strasburgo. Infine, la terza è quella forma di dibattito tra i vari organi dello Stato che sono chiamati, ciascuno secondo le rispettive competenze, a partecipare al processo di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi del diritto convenzionale.

È all'interno di questi processi che vedremo contrapporsi le istanze di tutela dei diritti individuali e le esigenze dello Stato neoliberale. Cercheremo quindi di mettere in luce le particolari caratteristiche dei diversi soggetti partecipanti al dialogo - da una parte i vari operatori del diritto interno e, dall'altra, gli organi previsti dal diritto sovranazionale - che hanno determinato la prevalenza dell'una o dell'altra esigenza, plasmando l'evolversi dei rapporti tra politiche penali e diritti dei reclusi.

Il cuore pulsante del processo di riforma è costituito dal dialogo tra Governo e il Comitato dei Ministri, che determina l'ampiezza e il ritmo degli interventi normativi, segnando le coordinate entro le quali si muove, in un secondo momento, il dibattito interno.

In questo capitolo vedremo come gli interventi che si concretizzano nell'ambito dell'esecuzione della procedura pilota risultino ridimensionati rispetto a ciò che ci si poteva aspettare alla luce delle considerazioni emerse nelle prime occasioni di confronto tra lo Stato italiano e le istituzioni di Strasburgo.

Da una parte, leggendo i vari interventi normativi alla luce del dialogo tra Governo e Consiglio d'Europa, potremo vedere come lo slancio riformista tracci una parabola discendente che si muove in parallelo ad un profondo processo di trasformazione del sistema convenzionale.

Dall'altra, cercheremo di evidenziare come nel dialogo tra i vari attori che prendono parte al processo di riforma - quello tra le commissioni di studio e il Governo, quello tra Governo e Parlamento, quello tra Camera e Senato - si venga a determinare una dinamica che, similmente a quello che accade nel gioco del "telefono senza fili", fa sì che tra le proposte di intervento presentate al Comitato dei Ministri e la loro concreta traduzione in norme di diritto interno si determini uno scollamento che solleva numerosi dubbi tra gli interpreti del diritto interno.

Nelle pagine seguenti analizzeremo gli interventi di riforma del sistema penale introdotti dal Legislatore per ridurre la popolazione detenuta. Distingueremo due fasi temporali distinte, scandite da due essenziali momenti di confronto con le istituzioni del Consiglio d'Europa. La prima, contraddistinta da un clima emergenziale, corrisponde al periodo di un anno assegnato all'Italia per l'adempimento alle prescrizioni della sentenza *Torreggiani*. La seconda, successiva alla decisione *Stella c. Italia*, caratterizzata da un rovesciamento dei rapporti con le istituzioni del Consiglio.

Possiamo rilevare che la Corte di Strasburgo non ha aggiunto nulla che non fosse già ampiamente prevedibile. Almeno a partire dalla sentenza *Sulejmanovic*, ovvero da tre anni e mezzo prima della pronuncia della sentenza *Torreggiani*, è noto a tutti gli operatori del diritto interno che una situazione di sovraffollamento che comporti la restrizione di un detenuto in uno spazio inferiore ai 4 mq rischia di costituire una violazione dell'art. 3. Allo stesso modo, fin dalle sentenze "gemelle" contro la Polonia pronunciate nei casi *Orchowski* e *Sikorski* soltanto tre mesi dopo la sentenza *Sulejmanovic*, e, in modo ancora più chiaro, con la pronuncia della sentenza *Ananyev v. Russia*, del gennaio 2012, la riduzione della popolazione penitenziaria e la predisposizione di rimedi interni effettivi costituiscono la *conditio sine qua non* della conformità dell'ordinamento nazionale agli obblighi derivanti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Se i parametri indicati nella pronuncia *Torreggiani* non rappresentano una novità, la sentenza pilota ha comunque un impatto rivoluzionario nel sistema italiano. Innanzitutto, la Corte fissa un termine, relativamente breve, entro il quale lo Stato dovrà provvedere all'adeguamento dell'ordinamento giuridico e delle condizioni di vita delle carceri ai parametri convenzionali. Inoltre, vengono definitivamente sconfessate tanto le politiche penali che avevano caratterizzato il primo decennio del nuovo millennio quanto, soprattutto, la strategia di riduzione del sovraffollamento che era stata adottata dall'Italia in seguito alla sentenza *Sulejmanovic*. Il Legislatore è chiamato a ripensare ampiamente le politiche penali, risalendo a monte del sistema penitenziario e andando ad agire sulle cause che determinano il fenomeno del sovraffollamento.

Il contesto politico nel quale si trova l'Italia al momento della pronuncia della sentenza *Torreggiani* è caratterizzato da forte instabilità: l'attività normativa è infatti bloccata in attesa delle elezioni e, allo stesso tempo, ad interloquire con le istituzioni di Strasburgo è un Governo dimissionario.

2. La fase dell'emergenza

Il nuovo Governo, insediatosi il 28 aprile, si ritrova in una situazione drammatica. Se da una parte è necessario adottare misure complesse ed incisive, dall'altra, il tempo a disposizione è breve: la richiesta del Governo affinché il caso *Torreggiani* fosse riesaminato dalla Gran Camera viene infatti rigettata il 27 maggio²²⁰. La sentenza di condanna è quindi divenuta definitiva e, da questo momento, inizia a decorrere il termine di un anno assegnato dalla Corte per l'adozione delle misure necessarie a porre fine allo stato di strutturale violazione dell'art. 3 determinato dal sovraffollamento.

2.1. Il dialogo tra Governo e Comitato dei Ministri e i primi interventi normativi

Dopo circa una settimana dal rigetto della richiesta di *referral* alla Gran Camera, il 6 giugno 2013 il Comitato dei Ministri si riunisce per valutare la posizione dell'Italia, già sotto monitoraggio

²²⁰ ECHR, *Press release* n.161 (2013), 28 maggio 2013.

nell'ambito del procedimento di esecuzione della sentenza *Sulejmanovic*. Come previsto dalle regole adottate nel 2011²²¹, la condanna inflitta con procedura pilota comporta l'avvio della *enhanced supervision* nei confronti dell'Italia, con un aggravamento delle modalità di supervisione ed un monitoraggio costante.

Riprendendo il discorso da dove era stato interrotto, il Comitato chiede al Governo di essere aggiornato sull'implementazione del piano d'azione già predisposto per l'adeguamento alla sentenza *Sulejmanovic*²²².

È tuttavia evidente che, nel momento in cui la Corte ha bocciato i risultati raggiunti dalle misure deflattive adottate fino ad allora, al Governo sia chiesta l'attuazione di una strategia più incisiva. Onde valutare l'ampiezza degli interventi che si renderanno necessari, il Comitato chiede al Governo di produrre delle statistiche aggiornate sull'aumento della capacità ricettiva e sull'andamento della popolazione detenuta, specificando le modalità di calcolo dello spazio *pro capite* utilizzate. Inoltre, sottolinea il Comitato, l'Italia dovrà provvedere al più presto ad introdurre dei rimedi interni.

È ufficialmente iniziato il conto alla rovescia.

Come abbiamo anticipato, dal confronto istituzionale tra Governo e Comitato dei Ministri derivano dei processi di dialogo in cui gli attori del sistema giuridico interno rielaborano alla luce del quadro giuridico nazionale quanto emerso al livello europeo. I primi interventi adottati dal nuovo Ministro della Giustizia Cancellieri si muovono infatti nella direzione di un allargamento del dialogo interno, attraverso l'istituzione di tre commissioni di studio alle quali viene affidato il compito di predisporre una serie di proposte di intervento per un'ampia riforma del sistema penale e dell'organizzazione penitenziaria²²³.

2.1.1. Il decreto legge 78/2013

La sottoposizione ad *enhanced supervision* e il termine assegnato per adempiere alla condanna della Corte Europea spingono il Governo ad intervenire con straordinaria necessità e urgenza. Appena tre settimane dopo la riunione del Comitato dei Ministri, il Governo adotta un primo intervento a scopo deflattivo con il Decreto Legge 1 luglio 2013, n.78 "Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena"²²⁴.

Le norme contenute nel decreto perseguono l'obiettivo di ridurre la popolazione detenuta attraverso la limitazione del flusso in ingresso e l'incremento del flusso in uscita.

²²¹ *Supra*, Capitolo II.

²²² Decision on case no. 15, 1172nd meeting - 6 June 2013.

²²³ D.M. 13 giugno 2013, istituzione della Commissione per elaborare proposte di interventi in materia penitenziaria, presieduta dal prof. M. PALMA; D.M. 13 giugno 2013, istituzione della Commissione per la riforma del sistema sanzionatorio penale, presieduta dal prof. F. PALAZZO; D.M. 2 luglio 2013, istituzione della Commissione di studio in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione, presieduta dal prof. G. GIOSTRA.

²²⁴ Si veda A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 15 settembre 2013; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 4, pag. 1794.

Sotto il primo profilo, si interviene innanzitutto sulle norme del codice di procedura penale che disciplinano le misure cautelari, riducendo l'area applicativa della custodia cautelare. Il decreto modifica la norma contenuta all'art. 280, comma 2, c.p.p., in modo da limitare la possibilità di disporre l'applicazione della custodia cautelare in carcere ai soli soggetti che siano accusati di aver compiuto un reato che prevede una pena edittale massima non inferiore a cinque anni. Con una modifica di coordinamento si incide allo stesso modo sull'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p., in modo da legittimare l'applicazione della custodia cautelaresulla base del pericolo di reiterazione soltanto quando il *quantum* di pena detentiva prevista nel massimo dalla fattispecie per la quale si procede sia superiore a cinque anni²²⁵.

Popolazione detenuta: presenze mensili 2013

	In attesa di primo giudizio			Appellanti			Ricorrenti			Misto		
	ita	str	tot	ita	str	tot	ita	str	tot	ita	str	tot
g	7.522	4.917	12.439	3.857	3.020	6.877	2.455	2.140	4.595	1.312	297	1.609
f	7.422	4.892	12.314	3.808	2.937	6.745	2.405	2.055	4.460	1.310	307	1.617
m	7.326	4.905	12.231	3.720	2.901	6.621	2.348	2.017	4.365	1.301	306	1.607
a	7.326	4.932	12.258	3.493	2.878	6.371	2.386	2.028	4.414	1.303	291	1.594
m	7.292	4.828	12.120	3.465	2.822	6.287	2.368	2.028	4.396	1.264	275	1.539
g	7.393	4.817	12.210	3.348	2.788	6.136	2.469	2.034	4.503	1.311	289	1.600
l	6.874	4.406	11.280	3.410	2.772	6.182	2.488	2.058	4.546	1.338	303	1.641
a	7.006	4.779	11.785	3.469	2.826	6.295	2.385	1.943	4.328	1.305	298	1.603
s	7.343	4.990	12.333	3.512	2.847	6.359	2.382	1.918	4.300	1.320	323	1.643
o	7.295	4.850	12.145	3.411	2.802	6.213	2.421	1.929	4.350	1.307	332	1.639
n	7.153	4.720	11.873	3.415	2.777	6.192	2.333	1.859	4.192	1.327	339	1.666
d	6.697	4.411	11.108	3.356	2.709	6.065	2.245	1.835	4.080	1.272	306	1.578

	Totale condannati non definitivi			Totale soggetti imputati		
	ita	str	tot	ita	str	tot
g	7.624	5.457	13.081	15.146	10.374	25.520

²²⁵ Entrambe le norme indicate, prima della modifica apportata dal d.l. 78, circoscrivevano l'applicabilità della custodia cautelare ai soli reati che prevedevano una pena edittale massima non inferiore a quattro anni.

f	7.523	5.299	12.822	14.945	10.191	25.136
m	7.369	5.224	12.593	14.695	10.129	24.824
a	7.182	5.197	12.379	14.508	10.129	24.637
m	7.097	5.125	12.222	14.389	9.953	24.342
g	7.128	5.111	12.239	14.521	9.928	24.449
l	7.236	5.133	12.369	14.110	9.539	23.649
a	7.159	5.067	12.226	14.165	9.846	24.011
s	7.214	5.088	12.302	14.557	10.078	24.635
o	7.139	5.063	12.202	14.434	9.913	24.347
n	7.075	4.975	12.050	14.228	9.695	23.923
d	6.873	4.850	11.723	13.570	9.261	22.831

Come evidenziano i dati, sembrerebbe che l'intervento manipolativo "aritmetico"²²⁶ adottato dal Legislatore governativo abbia avuto un'immediata efficacia deflattiva. In effetti, a distanza di un mese dall'entrata in vigore del decreto, il numero di soggetti detenuti in custodia cautelare diminuisce di circa 800 unità.

2.1.2. La riduzione del numero di soggetti definitivi

Il Governo cerca inoltre di ridurre il flusso in ingresso di soggetti con condanna definitiva attraverso alcune modifiche finalizzate a diversificare la risposta sanzionatoria.

In primo luogo si ampliano la possibilità di accesso *ab initio* alle misure alternative alla detenzione, intervenendo sull'istituto della sospensione dell'ordine esecuzione previsto all'art. 656, comma 5 c.p.p. Tale istituto era stato inserito nell'ordinamento dalla legge Simeone nel 1998²²⁷ per evitare l'ingresso in carcere a quei soggetti che, condannati ad una pena inferiore ai tre anni, avrebbero

²²⁶ Prendiamo in prestito l'espressione da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 4, pag. 1693.

²²⁷ Art. 1, l. 27 maggio 1998, n. 165. Si veda L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 305.

potuto astrattamente accedere alle misure previste dal capo VI dell'Ordinamento penitenziario. La norma prevede infatti che, qualora la condanna inflitta sia inferiore a tre anni, il Pubblico ministero sospenda per trenta giorni l'ordine di esecuzione in modo da lasciare al condannato il tempo per chiedere al Magistrato di sorveglianza la concessione di una misura alternativa.

Osservando le statistiche relative alla composizione della popolazione detenuta si comprendono le astratte potenzialità deflattive di un intervento espansivo di questo meccanismo: circa un quarto dei detenuti definitivi è condannato per una pena inferiore a tre anni.

Innanzitutto, il decreto modifica il quinto comma, in modo da colmare la sfasatura esistente tra i presupposti per l'applicazione della sospensione dell'ordine di esecuzione e i particolari requisiti di accesso alla cosiddetta "detenzione domiciliare umanitaria" prevista dall'art. 47-ter, comma 1, o.p.. Tale misura può infatti essere concessa anche nel caso in cui la pena da espiare ammonti a quattro anni. I soggetti previsti dall'art. 47-ter comma 1²²⁸, nel caso in cui fossero stati condannati a una pena compresa tra i tre e i quattro anni, non potevano beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione, pur rientrando astrattamente tra i potenziali fruitori della misura alternativa. Onde evitare un inutile passaggio dal carcere, si prevede che in questi casi il Pubblico ministero sospenda l'ordine di esecuzione anche quando la pena da eseguire è inferiore a quattro anni²²⁹.

L'intervento più innovativo sull'istituto della sospensione è rappresentato dal meccanismo introdotto ai commi 4-bis, 4-ter, 4-quater. Fatta eccezione per le ipotesi di condanna per i delitti previsti dall'art. 4-bis o.p., si prevede una particolare procedura per i casi in cui il condannato, al momento del passaggio in giudicato della sentenza da eseguire, non si trovi in custodia cautelare per i fatti oggetto della condanna, ma abbia trascorso periodi di detenzione in custodia cautelare o in esecuzione di una sentenza che siano stati dichiarati fungibili. In tali ipotesi, il Pubblico ministero dovrà calcolare se la pena da espiare, qualora fosse applicata a questi periodi di presofferto la riduzione di pena per la liberazione anticipata, rientri nei limiti previsti dal comma 5 per l'applicazione della sospensione dell'ordine di esecuzione. In caso di riscontro positivo, dovrà trasmettere gli atti senza ritardo al Magistrato di sorveglianza perché proceda all'applicazione della liberazione anticipata, in modo da poter poi sospendere l'ordine di esecuzione.

Il nuovo comma 4-ter prevede poi che il Pubblico ministero debba comunque stimolare l'intervento del Magistrato di sorveglianza in merito alla concessione della liberazione anticipata su eventuali periodi di presofferto anche nel caso in cui il condannato si trovi già in custodia cautelare e quindi l'ordine di esecuzione non possa essere sospeso. Accelerando così l'applicazione della riduzione della pena, si potrà anticipare anche l'eventuale concessione di una misura alternativa o di un beneficio penitenziario.

Con le modifiche apportate al comma 10, infine, si estende l'operatività del meccanismo dell'anticipazione dello scomputo della liberazione anticipata anche ai condannati che si trovino agli arresti domiciliari per i fatti oggetto della condanna.

²²⁸ "a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia".

²²⁹ È forse necessario segnalare che questa modifica non è tanto finalizzata a ridurre il numero di soggetti detenuti quanto, piuttosto, ad assicurare il rispetto del principio di eguaglianza sostanziale. Infatti, analizzando i dati statistici, risulta che il numero di soggetti che fruisce della misura della detenzione domiciliare umanitaria si attesta su un numero che oscilla intorno alle 20 unità.

Infine, sempre nell'ottica di ridurre il numero di soggetti definitivi presenti in carcere, il decreto inserisce il comma 5-ter all'art. 73 sul Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti, prevedendo la possibilità di sostituire con il lavoro di pubblica utilità la pena detentiva della durata di un anno inflitta a chi abbia commesso reati in relazione alla propria condizione di tossicodipendenza. L'applicabilità di questo istituto è tuttavia limitata, oltre che dall'esiguità di pena che può essere sostituita, anche dalle condizioni ostative previste. Sono infatti esclusi i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. ed inoltre si prevede che la sostituzione possa operare solo nel caso in cui il reato per il quale si procede sia stato commesso per una sola volta.

2.1.3. Le modifiche alle norme in tema di benefici penitenziari

Al fine di incrementare il flusso in uscita e di facilitare l'accesso ai benefici penitenziari, il decreto apporta alcune modifiche alla legge sull'Ordinamento Penitenziario, intervenendo sull'istituto dei permessi premio, della detenzione domiciliare e della semilibertà. In particolare, è da menzionare la modifica apportata alla disciplina della revoca della misura della detenzione domiciliare prevista dal comma 9 dell'art. 47-ter o.p.. Questa norma, già stata dichiarata parzialmente incostituzionale con la sentenza n.173 del 2007 in ragione dell'automatismo con il quale la revoca della misura scattava in caso di mera denuncia per il delitto di evasione, viene modificata prevedendo che la revoca possa essere disposta solo in caso di condanna per evasione, dopo aver effettuato un giudizio che escluda che il fatto sia di lieve entità²³⁰.

Il decreto prevede poi alcune modifiche che segnano un (parziale) cambio di rotta rispetto alla logica delle preclusioni per tipo d'autore inaugurata con la legge ex Cirielli²³¹.

Sembra che il Governo, anche sulla base delle indicazioni provenienti dalle commissioni di studio e della dottrina, si sia convinto che l'adozione di efficaci misure deflattive non può prescindere dalla rimozione di quelle preclusioni "carcerogene", ispirate ad una logica meramente retributiva, che erano state inserite dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251²³².

Il decreto sopprime alcuni degli automatismi basati sulla presunzione di assoluta di pericolosità del soggetto recidivo reiterato.

In primo luogo vengono eliminate le preclusioni all'accesso alla detenzione domiciliare "biennale" che erano previste al comma 1-bis dell'art. 47-ter o.p.

Detenuti per pena inflitta

Anno	Da 0 a 1			Da 1 a 2			Da 2 a 3			Totale 0-3		
	tot	stranieri	% stran.	tot	stranieri	% stran.	tot	stranieri	% stran.	tot	stranieri	% stran.
giu 10	3.759	1.656	44	4.377	1.785	40.7	4.696	2.044	43.5	12.832	5.485	42.7

²³⁰ La misura potrebbe in effetti aver contribuito a determinare la riduzione del numero di revoche relative alla misura della detenzione domiciliare che può rilevarsi a partire dall'anno 2013: si passa infatti da 467 revoche per "commissione di reati durante la misura" nel 2013 a 211 del 2014 e 206 del 2015. I dati sono tratti dal sito del Ministero della Giustizia.

²³¹ *Supra*, Capitolo I.

²³² E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 4, pag. 1655; A. MANGIARACINA, *Italia e sovrappollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, 1, pag. 410; C. FIORIO, cit., pag. 512. Tale "ravvedimento" del Legislatore penale è esplicitato anche nel dialogo con il Comitato dei Ministri. Si veda il piano d'azione presentato dal Governo DH-DD(2013)1119.

dic 10	3.293	1.729	52.5	3.990	1.871	46.8	4.696	2.019	42.9	11.979	5.619	46.9
giu 11	2.540	1.217	47.9	3.723	1.531	41.1	4.403	1.898	43.1	10.666	4.646	43.5
dic 11	2.733	1.350	49.3	3.722	1.603	43	4.300	1.852	43	10.755	4.805	44.6
giu 12	2.699	1.301	48.2	3.817	1.726	45.2	4.389	1.974	44.9	10.905	5.001	45.8
dic 12	2.459	1.187	48.2	3.560	1.663	46.7	4.380	1.974	45	10.399	4.824	46.3
giu 13	2.642	1.300	49.2	3.716	1.680	45.2	4.592	2.023	44	10.950	5.003	45.6
dic 13	2.076	1.088	52.4	3.371	1.620	48	4.240	1.890	44.5	9.687	4.598	47.4

Detenuti per pena residua

	Da 0 a 1			Da 1 a 2			Da 2 a 3			Da 3 a 5		
	totale	stranieri	% stranieri									
31.12.09	10.662	4.681	43.9	6.492	2.451	37.7	4.484	1.514	33.7	4.534	1.192	26.2
30.6.10	11.601	5.048	43.5	7.168	2.844	39.6	5.051	1.734	34.3	5.196	1.390	26.7
31.12.10	11.224	5.130	45.7	7.520	2.933	39	5.151	1.796	34.8	5.517	1.563	28.3
30.6.11	10.090	4.398	43.5	7.482	2.855	38.1	5.448	1.857	34	5.958	1.659	27.8
31.12.11	10.430	4.636	44.4	7.667	2.883	37.6	5.406	1.877	34.7	5.987	1.637	27.3
30.6.12	10.296	4.620	44.8	7.794	3.122	40	5.506	1.841	33.4	6.421	1.685	26.2
31.12.12	10.106	4.579	45.3	7.558	3.005	39.7	5.834	1.926	33	6.263	1.601	25.5
30.6.13	10.263	4.642	45.2	8.084	3.127	38.6	6.017	1.985	32.9	6.575	1.684	25.6
31.12.13	9.569	4.398	45.9	7.535	2.929	38.8	5.726	1.881	32.8	6.251	1.537	24.5
30.6.14	8.801	3.902	44.3	7.078	2.716	38.3	5.262	1.690	32.1	6.193	1.573	24.4
31.12.14	7.858	3.328	42.2	6.481	2.272	35	4.746	1.474	31	5.722	1.456	25.4
30.6.15	7.885	3.128	39.6	6.290	2.276	36.1	4.955	1.580	31.8	5.784	1.484	25.6
31.12.15	7.749	3.125	40.3	6.479	2.329	35.9	4.809	1.493	31	5.618	1.417	25.2
30.06.16	8.051	3.339	41.4	6.616	2.478	37.4	5.145	1.660	32.2	5.923	1.529	25.8

Prendendo in considerazione il dato relativo alla popolazione penitenziaria per residuo pena al 30.06.13, un giorno prima dell'entrata in vigore del decreto legge, si può notare che il numero di soggetti detenuti con una pena residua inferiore a 2 anni, quindi astrattamente nei limiti per accedere alla detenzione domiciliare generica, sono 18347, il 45,5% della popolazione detenuta.

Inoltre, viene soppressa la previsione di cui alla lett. c) dell'art. 656, comma 9, c.p.p., che negava la sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei soggetti recidivi reiterati.

Secondo il Governo, l'eliminazione della recidiva ex art. 99, comma 4, c.p. dalle cause ostative alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena avrebbe potuto ridurre il numero di ingressi in esecuzione pena di circa 4000 unità. Tale previsione è formulata considerando che, secondo alcune rilevazioni effettuate con cadenza di 25giorni nel periodo di adozione delle modifiche in esame, il numero di ingressi di soggetti definitivi si è ridotto del 59%, passando dai 942 ingressi rilevati nel periodo 28.5.13 - 2.7.13 ai 388 ingressi del periodo che va dal 8.8.13 al 5.9.13²³³.

²³³ Resoconto stenografico dell'audizione alla Camera del Ministro Cancellieri, 17 ottobre 2013, pag. 5.

Ingressi dalla libertà con posizione giuridica di “definitivo”

Periodo	Italiani	Stranieri	Totale
28.5.13 - 2.7.13	672	270	942
3.7.13 - 7.8.13	428	187	615
8.8.13 - 5.9.13	239	149	388

In realtà, i dati evidenziano che, rispetto all'anno 2012, il numero di ingressi di soggetti definitivi dalla libertà si è ridotto di sole 185 unità, passando da 38.656 a 38.471. Soltanto a fine 2014 si registra una netta diminuzione, pari a 4438 unità. Sotto un altro profilo, non si registra, nell'immediato, una crescita del numero di accessi alle misure alternative dallo stato di libertà. Conseguentemente, più che per l'operare delle nuove norme, la riduzione del flusso in ingresso potrebbe dipendere da un minor numero di sentenze di condanna.

Infine, il Governo prevede l'abrogazione dell'art. 50-bis o.p., che aggravava i requisiti per l'accesso alla semilibertà per soggetti recidivi o condannati per reati previsti dal comma 1 dell'art. 4-bis²³⁴.

Dall'analisi delle varie modifiche possiamo intravedere gli effetti delle dinamiche dialogiche alle quali accennavamo in premessa. Abbiamo detto che gli interventi che hanno raggiunto una maggiore efficacia deflattiva sono stati adottati ascoltando le indicazioni emerse nel dialogo con il Comitato dei Ministri e con la Commissione Mista. Allo stesso tempo, tuttavia, abbiamo modo di scorgere come, nel confronto parlamentare, emerga una forte resistenza all'apertura verso un sistema carcerario più aperto. Il Senato, attraverso alcune modifiche apportate con la legge di conversione²³⁵, fa marcia indietro su quegli interventi con i quali, sulla scorta dei suggerimenti provenienti dalla Commissione Mista, il Governo aveva cercato di superare la logica carcerocentrica dell'impianto normativo previsto dall'Ordinamento penitenziario. La Camera alta del Parlamento, infatti, elimina le modifiche che il Governo aveva apportato agli articoli 30-quater, 50-bis e 58-quater, comma 7-bis o.p, nell'ottica di allargare l'accesso ai benefici penitenziari ai soggetti recidivi reiterati. Come avremo modo di vedere anche nel prosieguo, inizia a delinearsi l'atteggiamento particolarmente rigido assunto dal Senato, che, facendosi portavoce delle posizioni più ancorate a logiche securitarie, si porrà in una posizione antitetica rispetto alle esigenze deflattive e al *trend* di espansione dei diritti dei detenuti.

2.2. Il dialogo nell'ambito del sistema Costituzionale italiano. Il messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere

Proprio la posizione rigida assunta dal Parlamento nel processo di esecuzione della sentenza *Torreggiani* spinge il Presidente della Repubblica a rivolgere al Legislatore un severo monito. Per la prima volta nel suo mandato, il Presidente decide infatti di ricorrere al potere previsto dalla Costituzione all'art. 87, secondo comma, inviando un messaggio alle Camere. Il messaggio del Presidente Napolitano del 9 ottobre 2013 riprende le principali indicazioni contenute nella sentenza *Torreggiani* e ricorda al potere legislativo che l'adempimento alle sentenze emesse dalla Corte di

²³⁴ La “Commissione Mista” aveva ritenuto che la norma introdotta dalla legge ex Cirielli all'art. 50-bis avesse determinato una diminuzione di oltre il 50% degli accessi alla misura della semilibertà. Infatti, nonostante il fatto che la popolazione detenuta fosse aumentata di quasi 5000 unità in sei anni, al giugno 2006, prima dell'indulto, i detenuti in regime di semilibertà erano 1.763, mentre al giugno 2012 ammontavano a 855. Si veda il Documento Finale, pag. 118.

²³⁵ Legge 20 agosto 2013 n. 94.

Strasburgo costituisce, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, un dovere costituzionale che grava su tutti i poteri dello Stato. Il Presidente ricorda però che, anche a prescindere dagli obblighi internazionali, è innanzitutto il principio costituzionale sancito dall'art. 27 a contrastare con la situazione in cui versa la realtà carceraria.

Richiamando quanto affermato dalla Corte dei Conti in sede di controllo sulla gestione del Ministero della Giustizia nell'anno 2012, il Capo dello Stato mette in evidenza come la pena che viene eseguita in condizioni degradanti quali sono quelle che derivano dallo stato di sovraffollamento non può svolgere alcuna funzione di reinserimento sociale.

Nel messaggio del Presidente, la sentenza *Torreggiani* rappresenta il simbolo della perdurante incapacità dello Stato di reagire ad una "realtà di degrado civile e di sofferenza umana" come quella in cui versa il sistema penitenziario italiano. Il Presidente sente quindi la necessità di intervenire e partecipa al processo di riforma imposto da Strasburgo attraverso l'elencazione di un ventaglio di possibili strade da percorrere per arrivare alla soluzione del problema del sovraffollamento: l'introduzione di meccanismi di *probation*, la configurazione di pene detentive non carcerarie, la riduzione dell'area applicativa della custodia cautelare, l'attenuazione degli effetti della recidiva e una politica di depenalizzazione, affiancate dall'aumento della capienza degli istituti. Accanto agli interventi di riforma del sistema, tuttavia, il messaggio del Presidente non manca di evidenziare la necessità di adottare una posizione di rottura rispetto alle linee di politica penale che, come abbiamo visto²³⁶, a partire dagli anni novanta, avevano abbandonato il ricorso alle misure di clemenza generale. Il Presidente infatti richiama il Parlamento ad adottare "rimedi straordinari" e configura il ricorso all'amnistia e all'indulto come l'unico strumento idoneo ad assicurare il rispetto dei diritti dei detenuti nel termine imposto dalla Corte di Strasburgo. Nelle parole del Presidente si può leggere chiaramente che il problema non sembra tanto quello dell'opportunità di adottare un provvedimento di clemenza, ma di quale sia il modo migliore di configurarlo²³⁷.

2.2.1. La sentenza n. 279 del 2013 della Corte Costituzionale

In perfetta sincronia con il messaggio del Presidente Napolitano²³⁸, anche la Consulta ammonisce il Legislatore ad adottare tutte quelle soluzioni che sono rese necessarie dal rispetto degli obblighi internazionali e, soprattutto, da quelli derivanti dalla Costituzione.

Pronunciandosi sulla questione di costituzionalità dell'art. 247 c.p. sollevata dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano²³⁹, la Corte Costituzionale, per la prima volta, prende posizione sul tema del sovraffollamento carcerario. La Consulta ripercorre le argomentazioni svolte dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Torreggiani*²⁴⁰ e, analizzati i dati statistici sulla popolazione detenuta, riconosce

²³⁶ *Supra*, Capitolo I.

²³⁷ A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della Magistratura di sorveglianza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1, pag. 132.

²³⁸ Il messaggio alle Camere e il comunicato stampa pubblicato dalla Corte Costituzionale sono infatti rispettivamente del 9 e del 7 ottobre 2013.

²³⁹ *Supra*, § 1.

²⁴⁰ Alcuni autori hanno ritenuto che, con la sentenza in commento, la Consulta abbia voluto procedere ad un'operazione di integrazione dei parametri fissati dalla Convenzione Europea con quelli della Costituzione, tanto che paragonano il percorso argomentativo seguito dalla Consulta ad un atto di "novazione della fonte", si veda A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata (nota minima a Corte Cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *ConsultaOnline*; si veda anche E. MALFATTI, *"Oltre le apparenze": Corte*

l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale e ad incidere, comprimendolo, sul 'residuo' irriducibile della libertà personale del detenuto, gli uni e l'altro espressione del principio personalistico posto a fondamento della Costituzione repubblicana²⁴¹.

Ciò nonostante, tuttavia, la questione di costituzionalità sollevata dai giudici di sorveglianza viene dichiarata inammissibile, in quanto la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 147 c.p. non sarebbe un intervento "a rime obbligate". La Corte ritiene infatti che la pluralità di soluzioni che potrebbero concretizzare la risposta più idonea a risolvere la situazione lesiva prospettata dalle ordinanze di remissione impongano il rispetto della priorità di valutazione da parte del Legislatore.

L'affermazione dell'incostituzionalità delle condizioni in cui i detenuti sono costretti a vivere nelle carceri italiane porta la Consulta a rivolgersi al Legislatore con i toni di un *ultimatum*. Il giudice costituzionale afferma infatti che, se si continuerà a perseverare nell'inerzia legislativa, per la Consulta diverrà inevitabile assumere un ruolo più attivo nel garantire il rispetto de "lo statuto convenzionale e costituzionale del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità"²⁴².

2.2.2. Il decreto legge 146/2013

Spinto dall'ammonizione del Presidente della Repubblica e della Corte Costituzionale ma, soprattutto, dal fatto che è già trascorso metà del tempo assegnato all'Italia dalla sentenza *Torreggiani*, il 29 novembre il Governo riprende il dialogo con il Comitato dei Ministri, inviando un altro piano d'azione²⁴³.

I dati sull'andamento della popolazione detenuta evidenziano una situazione ancora fuori controllo. Gli effetti del primo decreto emergenziale, anche a causa degli interventi riduttivi apportati dal Senato, non sono ancora sufficienti a stabilizzare un trend di decrescita sufficiente a ridurre il numero di soggetti detenuti nei tempi fissati dal Consiglio d'Europa. Si rende necessario un ulteriore giro di vite sul flusso in entrata e la configurazione di interventi capaci di generare una deflazione immediata. A distanza di un mese dall'invio del *action plan*, il Consiglio dei Ministri, traduce in legge le misure promesse alle istituzioni di Strasburgo adottando il Decreto Legge 23 dicembre 2013 n. 146²⁴⁴. Il decreto, nella direzione già segnata dal D.L. 78/2013, prosegue l'azione di riforma del sistema dell'esecuzione penale.

Costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 dicembre 2013. In senso contrario, evidenzia la scarsa sintonia tra le due Corti, in particolar modo sotto il profilo dell'effettività della tutela, R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica del diritto*, 2013, 4, pag. 441.

²⁴¹ Sent. 279/2013, Cort. Cost, § 6.

²⁴² Sent. 279/2013, Cort. Cost, § 7.1.

²⁴³ DH-DD(2013)1368.

²⁴⁴ A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 gennaio 2014; Parere del CSM reso ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge riguardante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, Delibera consiliare del 23 gennaio 2014; C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio...*, cit., pag.518; C. FIORIO, *Diritto Penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2014, 4, pag. 120; L. FILIPPI, *Adelante Pedro ...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 4, pag. 377.

2.2.2.1. Le modifiche al Testo Unico stupefacenti

Ancora una volta, le norme contenute nel decreto sono il frutto di un dialogo tra il Governo e le varie commissioni di studio. Partendo dalla considerazione che gran parte della popolazione detenuta è costituita da soggetti condannati per condotte di spaccio di sostanze stupefacenti, la Commissione Giostra aveva ritenuto che fosse necessario apportare alcune modifiche all'impianto normativo carcerogeno che era stato introdotto con la legge Fini-Giovanardi²⁴⁵. Innanzitutto, si proponeva di escludere le condotte di coltivazione per uso esclusivamente personale dall'area del penalmente rilevante. Inoltre si proponeva di ridurre la forbice edittale prevista dall'art. 73, comma 1, passando da una pena compresa tra i 6 e i 20 anni ad una pena compresa tra i 3 e i 12 anni²⁴⁶.

Detenuti per violazione Testo Unico stupefacenti

Data	Italiani	Stranieri	Totale	Art. 73		Art. 74		Art. 73 e 74	
				definitivi	imputati	definitivi	imputati	definitivi	imputati
30.06.13	15409	10.633	26.042	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
31.12.13	14541	9.732	24.273	11838	6115	463	347	3573	1820
30.06.14	13396	7918	21314	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
31.12.14	12199	6747	18946	8840	3877	472	377	3488	1790

Detenuti per art. 73

Data	Totale	Condannati	Imputati
31.12.06	10312	3519	6793
31.12.07	14117	4618	9499
31.12.08	18197	7590	10607
31.12.09	20948	10552	10396
31.12.10	21633	12370	9263
31.12.11	21094	12642	8452
31.12.12	19893	12452	7441
31.12.13	17953	11838	6115
31.12.14	12717	8840	3877

²⁴⁵ *Supra*, Capitolo I.

²⁴⁶ Di minore impatto deflattivo, ma senza dubbio improntato a condivisibili ragioni di proporzionalità, è la proposta di modifica dell'art. 74. La Commissione proponeva di ridurre il minimo edittale per il reato di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti da 20 a 15 anni e, per quanto riguarda la condotta di partecipazione all'associazione punita dal comma 2, sostituire la previsione della pena della reclusione non inferiore a 10 anni con una forbice edittale tra un minimo di 5 ed un massimo di 15 anni.

Il decreto, tuttavia, si limita a prevedere due interventi. In primo luogo, al fine di diminuire i tempi di prescrizione, ridurre la durata massima della custodia cautelare e evitare la possibilità di bilanciamento con la recidiva ex art. 69 c.p, la circostanza attenuante della lieve entità del fatto prevista dall'art. 73, comma 5, viene sostituita con una fattispecie autonoma²⁴⁷. In secondo luogo, il Governo sopprime l'irragionevole divieto di concessione per più di una volta del cosiddetto "affidamento terapeutico" previsto all'art. 94 del Testo Unico.

Anche in questo caso, il Governo adotta una versione "ridotta" rispetto alle proposte della Commissione Giostra che, al fine di evitare l'applicabilità della custodia cautelare alla fattispecie di lieve entità, aveva previsto di sostituire la forbice edittale prevista dall'art. 73, comma 5, con la detenzione da sei mesi a tre anni²⁴⁸.

Il *restraint* del Governo potrebbe essere dovuto al timore che un'ampia rivisitazione della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti possa suscitare forti resistenze nelle aule parlamentari. In questo senso, appare confermare la nostra ipotesi il fatto che il Governo, rivolgendosi alle Camere, si preoccupi di specificare che l'intervento adottato sull'art. 73, comma 5 "non impedirà l'arresto in flagranza e l'applicazione di misure cautelari"²⁴⁹.

2.2.2.2. Le modifiche al Testo Unico Immigrazione

All'interno delle commissioni di studio erano emerse varie proposte nella direzione di un maggiore ricorso all'espulsione degli stranieri detenuti come misura alternativa ai sensi dell'art. 16 D.Lgs. 286/98. Tenendo in considerazione l'alto numero di soggetti stranieri detenuti, la Commissione "Mista" istituita dal CSM aveva proposto una modifica della disciplina dell'espulsione come misura alternativa prevista dall'art. 16 del Testo Unico in materia di immigrazione. In primo luogo si proponeva di aumentare da due a tre anni il *quantum* di pena residua necessario per procedere all'espulsione, al duplice fine di aumentare la platea dei possibili destinatari e di "ammortizzare i tempi"²⁵⁰ per l'attuazione della procedura. In secondo luogo si proponeva di escludere dalle ipotesi ostative all'espulsione l'aver riportato condanna per i delitti di cui agli artt. 628, comma 3, e 629, comma 2, del codice penale.

Veniva inoltre proposto l'inserimento di due commi ulteriori al fine di rendere più efficace la procedura di identificazione. Il comma 5-bis prevedeva l'adozione di strumenti di coordinamento tra Ministero dell'Interno e del Ministero della Giustizia per far sì che la direzione del carcere richiedesse all'autorità di pubblica sicurezza le informazioni sull'identità e la nazionalità già all'atto dell'ingresso dello straniero in carcere e che, in caso di indisponibilità di tali informazioni, l'autorità di pubblica sicurezza attivasse senza ritardo le procedure di identificazione.

Il comma 5-ter prevedeva poi che le informazioni relative all'identità e alla nazionalità del condannato venissero inserite nella cartella personale di cui all'art. 26 del Regolamento Penitenziario.

²⁴⁷ Si veda Rel. n. III/03/2014, Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, pag. 5; C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio...*, cit., pag. 520.

²⁴⁸ Documento finale elaborato dalla Commissione Giostra, pag. 94.

²⁴⁹ Relazione del Governo alla Camera per la conversione in legge del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, Relazione di accompagnamento al decreto legge 146/2013.

²⁵⁰ Commissione Mista CSM, Documento Finale, pag. 114; Documento finale elaborato dalla Commissione Palma, pag. 12; Documento finale elaborato dalla Commissione Giostra, pag. 108.

Con la modifica del comma 6, infine, si enfatizzava il dovere di iniziativa della procedura di espulsione in capo alla direzione dell'istituto penitenziario, che avrebbe dovuto inoltrare istanza di espulsione al Magistrato di sorveglianza non appena avesse raccolto le informazioni necessarie alla decisione.

Successivamente, la Commissione Giostra, mantenendo l'impianto della proposta della Commissione Mista, suggeriva al Legislatore di prevedere che, nel caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti delle quali una ostativa all'espulsione, la misura dell'espulsione potesse essere disposta, previo scioglimento del cumulo, una volta espiata la parte di pena relativa al reato ostativo²⁵¹. In tal senso, anche nella relazione finale della Commissione Palma²⁵² si sottolineava la necessità di potenziare le misure esecutive delle espulsioni rimuovendo quei presupposti che limitano le possibilità che l'espulsione costituisca una concreta alternativa alla detenzione in carcere.

La Commissione Mista, secondo i dati aggiornati al 15 ottobre 2012, calcolava che, al netto delle preclusioni, i detenuti stranieri che sarebbero potuti essere destinatari della misura alternativa dell'espulsione ammontavano a circa 4000²⁵³. Secondo i dati relativi al luglio 2013, i detenuti stranieri condannati in via definitiva erano 13.051. Tra questi, 9.971 erano condannati per reati non previsti nell'articolo 407 co. 2 c.p.p. e ben 8.097 erano extracomunitari. La Commissione Giostra calcolava²⁵⁴ che i possibili destinatari della misura potessero essere, a normativa invariata, 5.018. Tale numero sarebbe incrementato di circa 1.200 unità con l'aumento del residuo pena minimo a tre anni e di ulteriori 1.300 con l'esclusione dell'elenco dei reati ostativi dei reati di cui 628, comma 3, e 629, comma 2, del codice penale.

Stando a questi dati è evidente che la platea dei possibili destinatari di questa misura sia molto ampia e che il ricorso a tale alternativa alla detenzione potrebbe avere ampi effetti deflattivi. Il Legislatore, attraverso il D.L. 23 dicembre 2013 n. 146, è quindi intervenuto a modificare l'art. 16 T.U.I.. Tuttavia le indicazioni delle varie commissioni di studio sono state recepite solo parzialmente. In particolare è stato mantenuto a due anni il residuo pena per poter disporre l'espulsione.

2.2.2.3. Le modifiche alla disciplina delle misure alternative “ordinarie”

L'art. 3 del decreto interviene sulla disciplina generale delle misure alternative, modificando alcuni tratti della disciplina delle misure dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare.

L'affidamento in prova viene potenziato con l'introduzione del comma 3-bis all'art. 47 O.P., che prevede l'innalzamento da tre a quattro anni della durata di pena che può essere eseguita in misura alternativa. Condizione per la concessione della misura è costituita dalla circostanza che il richiedente, nel corso dell'anno precedente²⁵⁵ alla presentazione dell'istanza, abbia tenuto un

²⁵¹ Documento finale della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, pag. 109.

²⁵² Documento finale elaborato dalla Commissione Palma, pag. 12.

²⁵³ Documento finale della Commissione Mista, pag. 119.

²⁵⁴ Documento finale della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, pag. 109.

²⁵⁵ Un tempo di osservazione notevolmente più lungo rispetto a quello di un mese previsto dal comma 2 nel caso di pena non superiore a 3 anni.

comportamento tale da poter far ritenere che la concessione della misura possa contribuire alla rieducazione e a prevenire il pericolo di commissione di altri reati²⁵⁶.

Viene modificato inoltre il comma 4 dell'art. 47, per permettere la cessazione anticipata dello stato detentivo a quei detenuti che potrebbero proseguire l'esecuzione in regime di affidamento in prova.

Come rilevato da Valentina Alberta²⁵⁷, in questo intervento si può leggere una prima risposta del Governo a quell'invito formulato dalla Corte Costituzionale ad allargare i presupposti di accesso alle misure alternative in modo da permettere alla Magistratura di sorveglianza di rimediare al sovraffollamento attraverso un'operazione che potremmo definire di "deflazione selettiva". Si prevede infatti che, nel caso in cui dalla permanenza in carcere possa derivare un grave pregiudizio, l'istanza di affidamento possa essere inviata al Magistrato di sorveglianza, che potrà applicare la misura alternativa in via provvisoria, fino all'intervento della decisione definitiva, entro 60 giorni, da parte del Tribunale di sorveglianza. In tal modo, infatti, le esigenze di pubblica sicurezza sono assicurate dal dovere del giudice di valutare positivamente l'esistenza dei presupposti per la concessione della misura e l'esclusione del pericolo di fuga. I dati evidenziano tuttavia una scarsa applicazione dell'istituto.

Affidamento in prova in via provvisoria

	gen	feb	mar	apr	mag	giu	lug	ago	set	ott	nov	dic
2014	n.d.	50	90	118	144	147	156	171	197	206	215	224
2015	231	222	214	230	250	250	264	276	285	258	276	278

Un ruolo decisivo nell'ampliamento della diversificazione della risposta sanzionatoria è affidato al ricorso alle procedure di controllo mediante il cosiddetto braccialetto elettronico. In tal senso, si interviene sulle norme relative agli arresti e alla detenzione domiciliare e, attraverso la modifica dell'art. 275-bis c.p.p., si prevede che l'applicazione del braccialetto elettronico ai soggetti agli arresti domiciliari debba essere sempre disposta dal giudice, salvo che ciò possa essere ritenuto non necessario. Inoltre, abrogato il comma 4-bis dell'art. 47-ter o.p., si inserisce nell'ordinamento penitenziario il nuovo art. 58-quinquies che prevede che tanto il Magistrato di sorveglianza quando applica la detenzione domiciliare in via provvisoria, quanto il Tribunale di sorveglianza, possano ordinare l'utilizzo del braccialetto anche durante l'esecuzione della misura.

Anche in questo caso alle intenzioni del Legislatore non corrisponde l'effetto deflattivo sperato. Il numero di braccialetti elettronici disponibili è infatti molto basso: nel *report* inviato dal Governo al Comitato dei Ministri nel gennaio 2015 si afferma che nel 2013 erano attivi soltanto 18 braccialetti.

2.2.2.4. La liberazione anticipata speciale

L'istituto di maggiore impatto introdotto dal decreto legge 146 è sicuramente costituito dalla misura straordinaria della liberazione anticipata speciale. Il decreto prevede che, per ogni semestre di pena

²⁵⁶ Va segnalato che a tale estensione della portata della misura non è corrisposto un intervento di coordinamento sul meccanismo della sospensione dell'esecuzione. Si veda in proposito, L. BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato "allargamento" del termine di sospensione dell'ordine dell'esecuzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 febbraio 2016.

²⁵⁷ V. ALBERTA, *Sovraffollamento e interventi per la piena e positiva attuazione della normativa attualmente vigente, con particolare riferimento alle pene brevi*, in *Archivio Penale*, 2014, 2, pag. 541.

espiata in carcere²⁵⁸, il detenuto possa chiedere al Magistrato di sorveglianza una riduzione della pena espianda pari a 75 giorni, invece che i 45 giorni già previsti dalla liberazione anticipata “ordinaria” di cui all’art. 54 O.P.

Se l’introduzione di interventi espansivi sulla disciplina delle misure alternative sembrano rappresentare una risposta del Governo ai moniti della Corte Costituzionale, allo stesso modo si può ritenere che la scelta di introdurre la misura della liberazione anticipata speciale possa costituire un seguito, sebbene in versione ridotta, all’invito contenuto nel messaggio del Presidente Repubblica a fare ricorso a rimedi “straordinari”.

L’idea di potenziare il meccanismo della liberazione anticipata era stata suggerita dal Capo del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria che, in un commento alla sentenza *Torreggiani*²⁵⁹, evidenziava come un meccanismo premiale di questo genere avrebbe avuto il duplice vantaggio di costituire una valvola di sfogo in grado di ridurre il sovraffollamento in modo rapido e di operare senza gli automatismi tipici delle misure di indulgenza generale. Sotto il primo profilo infatti la capacità deflattiva sarebbe assicurata dalla possibilità di accesso a tale beneficio per tutta la popolazione detenuta. Sotto il secondo profilo, la misura sarebbe stata rispettosa delle esigenze di sicurezza sociale e della funzione rieducativa, in quanto condizionata alla prova di un comportamento orientato al recupero. Gli effetti della nuova misura sono immediatamente visibili: il numero di soggetti definitivi si riduce ad un ritmo di 250 soggetti a settimana, raggiungendo una diminuzione di circa 1000 unità tra il dicembre 2013 e il 10 febbraio. Le modifiche apportate dalla legge di conversione hanno però escluso l’applicabilità della liberazione anticipata speciale ai detenuti condannati per i reati previsti dall’art. 4-bis. o.p.²⁶⁰. Dall’entrata in vigore della legge n. 10, sebbene in continua diminuzione, il numero di soggetti definitivi inizia a ridursi più lentamente.

2.2.2.5. La stabilizzazione dell’esecuzione della pena presso il domicilio

Se da una parte quindi si affida ad una misura temporanea una funzione deflattiva emergenziale, dall’altra il decreto si muove nel senso opposto: la perdurante criticità della situazione delle carceri, nonché la preoccupazione espressa dalle istituzioni del Consiglio d’Europa, comporta la necessità di mantenere tutti gli istituti che operino in funzione deflattiva, e portano infatti il Governo a decidere

²⁵⁸ A conferma della finalità esclusivamente deflattiva della misura, sono esclusi dalla platea dei destinatari i soggetti in misura alternativa.

²⁵⁹ G. TAMBURINO, *Commento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani “Torreggiani e altri Vs Italia”*, in *Cassazione Penale*. 2013, 12.

²⁶⁰ Va tuttavia evidenziato che gli argomenti a favore della misura consistenti nella sua applicabilità a tutta la popolazione detenuta sono stati ridimensionati dalle modifiche apportate dalla legge di conversione che ne ha escluso l’applicabilità ai detenuti condannati per i reati previsti dall’art. 4-bis. o.p.

La misura ha sollevato molte criticità, in particolare per le disparità di trattamento tra i condannati per reati previsti dall’art. 4-bis o.p. che avevano ottenuto la concessione dei 75 giorni prima della conversione in legge e quelli che invece, ottenendo la pronuncia sulla loro istanza solo successivamente, avevano ricevuto una riduzione di soli 45 giorni. Si rinvia a M. V. VALENTINO, *Esclusioni ‘eccellenti’ in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 maggio 2015, pag.15; A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2015, pag.11; G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c’è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3, pag.322; A. DELLA BELLA, *Sull’applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell’art. 4 bis o.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 giugno 2014; F. CECCHINI, *‘Svuota-carceri’ e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 settembre 2014.

di stabilizzare la misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio introdotta dalla L.199/2010, sopprimendo le disposizioni che ne prevedevano la scadenza al 31 dicembre 2013.

Tuttavia, come evidenzia Giulia Melani²⁶¹, la misura dell'esecuzione presso il domicilio perde parte della sua attrattività. Infatti, una delle caratteristiche che avevano reso particolarmente appetibile la misura adottata dal Governo Berlusconi era rappresentata dalla sua applicabilità anche ai soggetti recidivi. Dal momento che il decreto legge 78/2013 aveva rimosso la preclusione all'accesso alla detenzione domiciliare biennale nei confronti dei soggetti recidivi, il campo di applicazione delle due misure tende a coincidere. Il fatto che la misura prevista dall'art. 47-ter preveda un limite di pena residua di due anni può spiegare il motivo per il quale la detenzione domiciliare biennale tende a sostituire la 199, che prevede invece un residuo pena di 18 mesi.

2.2.2.6. Le novità in tema di tutela dei diritti dei detenuti

Accanto alle misure di carattere deflattivo, il decreto interviene infine sul tema dei diritti dei detenuti.

Innanzitutto, il Governo coglie l'occasione di dare attuazione al Protocollo Opzionale della Convenzione ONU contro la tortura, ratificato dall'Italia il 3 maggio 2012, che prevede la predisposizione di un *National Preventive Mechanism* indipendente entro un anno dalla ratifica, istituendo la figura del Garante Nazionale dei Diritti delle Persone Private della Libertà Personale.

Sono tuttavia le modifiche introdotte dall'art. 3 del decreto a rappresentare la maggiore novità: dopo quindici anni dalla sentenza 26 del 1999 della Corte Costituzionale²⁶², il Legislatore interviene a colmare la lacuna dell'Ordinamento penitenziario in materia di diritto di azione dei detenuti, introducendo il procedimento di reclamo giurisdizionale presso il Magistrato di sorveglianza²⁶³.

Anche in questo caso, le norme introdotte dal Governo sono ampiamente ispirate alle proposte della Commissione Giostra. Il Governo individua la procedura da seguire per la trattazione del reclamo giurisdizionale nello schema del procedimento di sorveglianza di cui agli articoli 666 e 678 c.p.p.. In questo modo, essendo assicurata la partecipazione dell'amministrazione interessata al procedimento, sono finalmente sciolti i dubbi di legittimità costituzionale che, come abbiamo visto nel Capitolo II, erano stati sollevati dalla giurisprudenza di merito in relazione ai principi del giusto processo.

Tuttavia, tanto il decreto approvato dal Governo, quanto, soprattutto, la conversione in legge da parte del Parlamento, hanno stravolto il modello proposto dalla Commissione tanto che, con un po' di fantasia, come la legge 251 del 2005 è passata alla cronaca come legge "ex Cirielli", così potremmo soprannominare "ex Giostra" le norme introdotte dal Legislatore agli articoli 35-bis e 69 dell'Ordinamento penitenziario.

²⁶¹ G. MELANI, *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2014, 3, pag. 141.

²⁶² *Supra*, Capitolo II.

²⁶³ M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio Penale*, 2014, 2, pag. 563; S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 aprile 2016; G. M. NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 25 gennaio 2017.

Le differenze tra la proposta elaborata dalla Commissione e il testo legislativo riguardano, in primo luogo, la natura del rimedio. La Commissione aveva infatti configurato il reclamo giurisdizionale concentrando fin da subito in capo al Magistrato di sorveglianza sia il potere di ordinare all'amministrazione la cessazione della violazione, sia quello di emettere una pronuncia a carattere compensativo. Il Magistrato poteva infatti condannare l'amministrazione a disporre un equo indennizzo a favore del detenuto che, in caso di accettazione, rinunciava all'azione risarcitoria in sede civilistica. Inoltre, anche qualora il Magistrato non avesse disposto il risarcimento in via equitativa, si era proposto di attribuire efficacia di giudicato nel giudizio civile per risarcimento del danno all'ordinanza contenente l'accertamento del pregiudizio subito dal detenuto²⁶⁴. L'art. 35-bis inserito dal Governo, invece, affida alla Magistratura di sorveglianza il potere di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale soltanto sotto il profilo preventivo.

Il Legislatore prevede infatti che i detenuti possano rivolgersi al Magistrato di sorveglianza per denunciare la lesione, da parte dell'amministrazione, dei diritti che sono sanciti dall'Ordinamento penitenziario e dal Regolamento di esecuzione. Qualora il Magistrato accerti l'attualità e la gravità del pregiudizio denunciato, ordinerà all'amministrazione di porre rimedio ed interrompere la violazione.

Altro profilo che distingue l'istituto introdotto dal decreto legge dalla proposta della Commissione Giostra è quello relativo alle modalità attraverso le quali il detenuto può ottenere l'esecuzione del provvedimento conclusivo del procedimento di reclamo.

Mentre la Commissione aveva proposto di incardinare il procedimento di ottemperanza presso il giudice amministrativo²⁶⁵, il Governo aveva ritenuto più opportuno affidare al Magistrato di sorveglianza, in quanto giudice di prossimità, il potere di garantire l'efficacia della propria pronuncia²⁶⁶.

Proprio il profilo del procedimento di ottemperanza costituisce uno dei maggiori punti critici della disciplina introdotta dal Legislatore all'art. 35-bis. Se infatti si prevede che il provvedimento emesso dal Magistrato di sorveglianza sia già esecutivo e vincolante per l'amministrazione, tuttavia, l'esperibilità del procedimento di ottemperanza è differita al momento in cui l'ordinanza diviene definitiva²⁶⁷.

Come evidenziato dai vari autori²⁶⁸, risulta incomprensibile la ragione per la quale, nonostante il fatto che il potere di ordinare l'ottemperanza sia stato affidato allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire, il Magistrato di sorveglianza non possa fin da subito provvedere ad assicurare l'effettività della tutela, come invece è previsto nel processo amministrativo.

²⁶⁴ In questo senso, alcune proposte erano state avanzate anche da F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cassazione Penale*, 2013, pag. 2270.

²⁶⁵ Documento Finale Commissione Giostra, cit., pagg. 15-19.

²⁶⁶ Relazione del Governo alla Camera per la conversione in legge del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, pagg. 2, 12 e ss.

²⁶⁷ G. M. NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, cit.

²⁶⁸ M. G. GASPARI, *Reclamo giurisdizionale: così la "sorveglianza" conquista l'ottemperanza*, in *Guida al Diritto*, 6 gennaio 2014; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi"...*, cit., pag. 273; S. ROMICE, *L'effettività della tutela...*, cit., pag. 39.

Con la conversione in legge, infine, il Legislatore parlamentare riduce ulteriormente le potenzialità offerte dal nuovo strumento di reclamo. Il Governo aveva infatti previsto che in sede di ottemperanza il Magistrato, sul modello dell'istituto della *astreinte*²⁶⁹, potesse imporre all'amministrazione inadempiente il versamento di una somma di denaro pari a 100 euro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento²⁷⁰. Il Parlamento ha deciso di sopprimere tale norma, privando il giudizio di ottemperanza di un efficace strumento che poteva svolgere sia una funzione compulsiva che compensativa²⁷¹.

2.2.3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014

In perfetta sincronia con le esigenze del Governo di vedere ridotta la popolazione detenuta, con la sentenza n. 32 del 2014, la Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità delle modifiche che erano state apportate al D.P.R n. 309 del 1990, dalla legge Fini-Giovanardi, ripristinando la più mite disciplina che era contenuta nelle disposizioni adottate nel 1990²⁷².

Con la legge 16 maggio 2014 n. 79, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, "Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale", il Legislatore interviene nuovamente sulla disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 73, comma 5, T.U. Stupefacenti, già modificata con il d.l. 146/2013. In un'ottica deflattiva, il massimo edittale previsto dalla nuova fattispecie autonoma viene abbassato da 5 a 4 anni, determinando l'inapplicabilità della custodia cautelare, fatte salve le ipotesi di trasgressione alle prescrizioni ex art. 289, comma 3, c.p.p..

La combinazione delle due modifiche alla disciplina in materia di stupefacenti determina una notevole riduzione del numero di soggetti detenuti per violazioni dell'art. 73²⁷³. Nell'arco di un anno, il numero di soggetti in custodia cautelare si riduce di 2238 unità, mentre il numero di definitivi di 2998 unità, per un totale di 5236 detenuti in meno. Confrontando questi numeri con i dati via via analizzati in relazione agli interventi deflattivi adottati dal Legislatore che abbiamo passato in rassegna, sembrerebbe che gran parte della riduzione della popolazione penitenziaria sia da imputare agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale²⁷⁴.

Detenuti per art. 73 T.U.St.

Data	Totale	Condannati	Imputati
31.12.13	17953	11838	6115

²⁶⁹ S. ROMICE, cit.

²⁷⁰ Art. 35-bis, comma 6, lett. c), soppressa dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10.

²⁷¹ Sul punto, si veda la Relazione dell'Ufficio del Massimario, cit., pag. 13.

²⁷² G. TOSCANO, *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 2, pag. 880.

²⁷³ Cfr, G. MELANI, cit., pag. 148; F. TAGLIAFERRO, *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2014, 3, pag. 21.

²⁷⁴ Approfondiremo l'argomento nel Capitolo V.

31.12.14	12717	8840	3877
----------	-------	------	------

2.2.4. La legge delega n. 67/2014

Se da un lato, attraverso la decretazione d'urgenza, il Legislatore interviene ampiamente sulla fase dell'esecuzione penale, cercando di introdurre dei meccanismi che incidano immediatamente, come una valvola di sfogo, sul sovraffollamento, dall'altro lato, sotto la spinta della sentenza *Torreggiani*, riprendono in Parlamento quelle iniziative finalizzate ad una più ampia riforma del sistema penale che erano state congelate dalla fine anticipata della Legislatura. Dalle ceneri della proposta di legge Severino²⁷⁵ nasce l'iniziativa della senatrice Ferranti²⁷⁶, che riporta al centro del dibattito gli istituti della sospensione del processo con messa alla prova e dell'irrelevanza penale del fatto²⁷⁷.

La legge 28 aprile 2014 n. 67 "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili" prevede un'ampia riforma del sistema penale che rimodula la risposta sanzionatoria sotto due profili²⁷⁸.

In primo luogo, si mira a diversificare la sanzione penale attraverso l'introduzione di un nuovo modello di pena. Da una parte, la legge delega il Governo a modificare l'elenco delle pene principali, introducendo la pena della reclusione e dell'arresto domiciliare²⁷⁹. Dall'altra, la legge introduce la disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova²⁸⁰.

²⁷⁵ *Supra*, Capitolo II.

²⁷⁶ AS 925, presentato alla Camera il 18 marzo 2013.

²⁷⁷ Per un *excursus* storico sui due istituti, si veda R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 6, pag. 661; F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, 1, pag. 7.

²⁷⁸ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 4, pag. 1693; A DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 aprile 2014; G. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 marzo 2015; G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 7, pag. 787; L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 11, pag. 1333; E. DOLCINI, *"La questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista...*, cit.; A. MANGIARACINA, cit., pag. 422; F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture...*, cit.

²⁷⁹ M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cassazione Penale*, 2015, 4, pag. 1664; M. PELLISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 2, pag. 559; G. MANNOZZI, *Il legno storto...*, cit.

²⁸⁰ F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 3, pag. 1300; V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L.67/14*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 giugno 2014; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova...*, cit.; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 6, pag. 674; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio Penale*, 2015, 2, pag. 725; L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, 1, pag.110; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cassazione Penale*, 2015, 3, pag. 1262.

In secondo luogo, si cerca di ridurre l'area di intervento del sistema penale. In questa direzione, si delega il Governo ad introdurre quale causa di esclusione della punibilità la particolare tenuità del fatto²⁸¹ e ad adottare delle disposizioni per abrogare e depenalizzare numerose fattispecie di minore allarme sociale.

Per quanto si possa avere l'impressione che la legge delega sia portatrice di una vera e propria rivoluzione culturale, ispirata all'idea del diritto penale minimo e finalizzata a far sì che la privazione della libertà personale venga configurata come *extrema ratio*, alla retorica che ha accompagnato l'approvazione della legge non è corrisposta una reale efficacia deflattiva. Anche in questo caso, infatti, nella dialettica tra commissioni di studio e Legislatore hanno finito per prevalere le posizioni più moderate, minimizzando la portata innovativa delle molteplici proposte che erano state elaborate dalla Commissione Palazzo, alla quale il Ministro Cancellieri aveva affidato la predisposizione di una rivisitazione del sistema delle pene principali. L'esempio più evidente di questa dinamica è rappresentato dalla traduzione normativa delle proposte contenute nello schema di legge delega elaborato dalla Commissione²⁸². Lo schema proposto rivoluzionava il sistema penale carcerocentrico previsto dal codice attraverso la previsione di nuove tipologie di pene di natura prescrittiva e interdittiva. In un'ottica di deflazione carceraria, inoltre, era stata proposta l'introduzione della pena della reclusione e dell'arresto domiciliare. Per quanto riguarda le contravvenzioni, si prevedeva l'abrogazione della pena dell'arresto e la sua sostituzione con quella dell'arresto domiciliare. Relativamente ai delitti, la Commissione aveva modulato l'ambito d'applicazione delle pene domiciliari in ragione del *quantum* di pena irrogato in concreto dal giudice. Il giudice avrebbe dovuto disporre obbligatoriamente la reclusione domiciliare ogni volta che la pena fosse stata inferiore a due anni, mentre avrebbe potuto scegliere tra detenzione in carcere e reclusione domiciliare ogni volta che la pena fosse stata compresa tra due e quattro anni.

La legge 67/2014, pur ispirandosi ai lavori della Commissione Palazzo, aveva delegato il Governo a disciplinare le nuove pene domiciliari optando per il criterio della pena in astratto. Secondo l'art. 1, il Governo avrebbe dovuto prevedere che il giudice disponesse obbligatoriamente la pena domiciliare in caso di delitti puniti con una pena edittale massima inferiore a 3 anni di reclusione e in caso di contravvenzioni punite con la pena dell'arresto. Nel caso di delitti puniti con la pena edittale massima compresa tra i tre e i cinque anni, il Governo avrebbe dovuto configurare in capo al giudice il potere di scegliere, attraverso i criteri fissati dall'art. 133 c.p., se sostituire o meno la pena della detenzione in carcere con la pena della reclusione domiciliare.

Analizzando i dati relativi alla popolazione detenuta, si può capire quanto la scelta del criterio della pena in concreto abbia stravolto le potenzialità deflative della proposta Palazzo.

Secondo i dati illustrati dal Ministro Cancellieri nel corso dell'audizione alla Camera dei Deputati tenutasi il 17 ottobre 2013, i detenuti allora presenti per reati puniti con massimo edittale inferiore a cinque anni erano soltanto 1294²⁸³. D'altra parte, anche se, purtroppo, i dati resi disponibili sul sito del Ministero della giustizia non permettono di sapere con precisione il numero di detenuti per pena inflitta inferiore ai 4anni, ma soltanto quelli con pena inflitta inferiore ai 3 oppure quelli con pena compresa tra i tre e i cinque anni, appare evidente quanto la platea dei possibili destinatari della pena domiciliare sia estremamente più ampia adottando il criterio della pena irrogata in concreto.

Pena inflitta	30.06.12	31.12.12
---------------	----------	----------

²⁸¹ G. MANNOZZI, cit., pag. 785.

²⁸² Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (relazione e articolato), reperibile in [Diritto Penale Contemporaneo](#).

²⁸³ Si veda il resoconto stenografico dell'audizione, reperibile sul sito web della Camera dei Deputati.

	totale	stranieri	% stranieri	totale	stranieri	% stranieri
da 0 a 1	2.699	1.301	48.2	2.459	1.187	48.2
da 1 a 2	3.817	1.726	45.2	3.560	1.663	46.7
da 2 a 3	4.389	1.974	44.9	4.380	1.974	45
totale 0-3	10.905	5.001	45.8	10.399	4.824	46.3
da 3 a 5	8.646	3.334	38.5	8.532	3.265	38.2
da 5 a 10	10.971	3.152	28.7	11.105	3.211	28.9
da 10 a 20	4.829	1.079	22.3	5.149	1.144	22.2
oltre 20	1.874	205	10.9	1.890	215	11.3
ergastolo	1.546	69	4.4	1.581	73	4.6
Totale	38.771	12.840	33.1	38.656	12.732	32.9

Pena inflitta	30.06.13			31.12.13		
	totale	stranieri	% stranieri	totale	stranieri	% stranieri
da 0 a 1	2.642	1.300	49.2	2.076	1.088	52.4
da 1 a 2	3.716	1.680	45.2	3.371	1.620	48
da 2 a 3	4.592	2.023	44	4.240	1.890	44.5
totale 0-3	10.950	5.003	45.6	9.687	4.598	47.4
da 3 a 5	8.759	3.341	38.1	8.257	3.168	38.3
da 5 a 10	11.440	3.242	28.3	11.147	3.056	27.4
da 10 a 20	5.566	1.238	22.2	5.742	1.274	22.1
oltre 20	2.004	229	11.4	2.055	247	12
ergastolo	1.582	72	4	1.583	79	4
Totale	40.301	13.125	32.5	38.471	12.422	32.2

Pena inflitta	30.06.14			31.12.14		
	totale	stranieri	% stranieri	totale	stranieri	% stranieri
da 0 a 1	2.125	1.071	50.4	1.679	777	46.2

da 1 a 2	2.898	1.380	47.6	2.498	1.135	45.4
da 2 a 3	4.008	1.824	45.5	3.383	1.474	43.5
totale 0-3	9.031	4.275	47.3	7.560	3.386	44.7
da 3 a 5	7.701	2.853	37	7.053	2.545	36
da 5 a 10	10.551	2.838	26.8	9.768	2.565	26.2
da 10 a 20	5.890	1.283	21.7	5.888	1.260	21.3
oltre 20	2.149	263	12.2	2.180	262	12
ergastolo	1.604	89	5.5	1.584	86	5.4
Totale	36.926	11.601	31.4	34.033	10.104	29.6

Pena inflitta	30.06.15			31.12.15		
	totale	stranieri	% stranieri	totale	stranieri	% stranieri
da 0 a 1	1.936	889	45.9	1.801	863	47.9
da 1 a 2	2.668	1.143	42.8	2.910	1.284	44.1
da 2 a 3	3.357	1.387	41.3	3.329	1.347	40.4
totale 0-3	7.961	3.419	42.9	8.040	3.494	43.4
da 3 a 5	7.088	2.587	36.4	6.964	2.501	35.9
da 5 a 10	9.481	2.442	25.7	9.090	2.331	25.6
da 10 a 20	5.988	1.262	21	6.020	1.262	20.9
oltre 20	2.155	261	12.1	2.149	262	12.1
ergastolo	1.603	87	54.2	1.633	90	5.5
Totale	34.276	10.058	29.3	33.896	9.940	29.3

Le stesse considerazioni portano ad escludere che la delega contenuta all'art. 1, lett. m), che prevede l'esclusione della punibilità quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, possa incidere sull'andamento della popolazione penitenziaria. Anche a prescindere dalla circostanza che un "fatto di lieve entità", a regola, non dovrebbe poter portare ad una condanna a pena detentiva, la legge delega il Governo ad individuare l'ambito di applicazione dell'istituto includendo le condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni: ancora una volta, il criterio della pena in astratto limita fortemente l'ambito di applicazione dell'istituto.

Per quanto riguarda poi le deleghe in materia di riforma del sistema sanzionatorio contenute nell'art. 2 della legge 67, è stato fin da subito rilevato che, dal momento che le fattispecie di reato

che la legge seleziona hanno natura bagatellare, la loro eventuale abrogazione o depenalizzazione non avrebbe comportato nessun effetto sull'andamento della popolazione detenuta²⁸⁴.

Infine, ispirandosi al modello della *diversion*, la legge 67 del 2014 introduce nell'ordinamento la sospensione del procedimento con messa alla prova. L'istituto prevede che il giudice, su richiesta dell'imputato, possa sospendere il processo autorizzando il richiedente a svolgere un programma di attività concordato con gli Uffici di Esecuzione Penale Esterna. In caso di buon esito della prova, il giudice dichiara quindi l'estinzione del reato. Anche in questo caso, tuttavia, i requisiti di accesso previsti dal Legislatore limitano fortemente le potenzialità deflattive del nuovo istituto. Si prevede infatti che possano chiedere la sospensione del processo soltanto gli imputati perseguiti per reati puniti con pena edittale massima inferiore a quattro anni o per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio ai sensi dell'art. 550 c.p.p.²⁸⁵.

Secondo i dati illustrati dal Ministro Cancellieri richiamati *supra*, i soggetti detenuti per reati puniti con una pena edittale massima inferiore a quattro anni sono circa 500.

Anche considerando i reati previsti dall'art. 550 c.p.p., tra i quali particolare rilievo rivestono le fattispecie di furto aggravato e di ricettazione, il numero di potenziali beneficiari non aumenta in modo considerevole.

Composizione popolazione detenuta²⁸⁶

Reato	Tot Imputati	In attesa di primo giudizio	Appellanti	Ricorrenti	Misti	Definitivi	Totale
-------	--------------	-----------------------------	------------	------------	-------	------------	--------

²⁸⁴ G. MANNOZZI, *Il legno storto...*, cit., pag. 784. L'autrice rileva che alcuni dei reati oggetto di depenalizzazione sono già attribuiti alla competenza del giudice di pace, e che molte delle fattispecie modificate non sono state applicate quasi mai negli ultimi 20 anni; Il Governo è infatti delegato ad abrogare le fattispecie previste nel Codice Penale all'art. 485 - falsità in scrittura privata - e all'art. 486 - falsità in foglio firmato in bianco - puniti entrambi con la reclusione da sei mesi a tre anni; all'art. 594 - ingiuria - punito, nelle ipotesi aggravate, con la reclusione fino a un anno; all'art. 627 - sottrazione di cose comuni - punito con la reclusione fino a due anni; all'art. 647 - appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito - punito, nell'ipotesi aggravata, con la reclusione fino a due anni; e a depenalizzare reati previsti dal Codice Penale agli articoli art. 527 - atti osceni; art. 528 - pubblicazioni e spettacoli osceni; art. 652 - rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto; art. 661 - abuso della credulità popolare; art. 668 - rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive; art. 726 - atti contrari alla pubblica decenza, turpiloquio; dei reati previsti agli articoli 171-quater e 171-sexies della legge n. 633/1941 -noleggio non autorizzato di opere protette dal diritto d'autore; del reato previsto dal d.l. 745/1970 all'art. 16, comma 3, -installazione o esercizio di impianti di distribuzione di carburanti in mancanza di concessione; del reato previsto all'art. 15 della legge 1329/1965 - alterazione o cancellazione del contrassegno apposto su di una macchina utensile ovvero alterazione del contenuto del certificato di origine della macchina; del reato previsto all'art. 2 del d.l. 463/1983 - omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali per un importo superiore a euro 10.000 annui.

²⁸⁵ “a) violenza o minaccia a un pubblico ufficiale prevista dall'articolo 336 del codice penale; b) resistenza a un pubblico ufficiale prevista dall'articolo 337 del codice penale; c) oltraggio a un magistrato in udienza aggravato a norma dell'articolo 343, secondo comma, del codice penale; d) violazione di sigilli aggravata a norma dell'articolo 349, secondo comma, del codice penale; e) rissa aggravata a norma dell'articolo 588, secondo comma, del codice penale, con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime; e-bis) lesioni personali stradali, anche se aggravate, a norma dell'articolo 590-bis del codice penale; f) furto aggravato a norma dell'articolo 625 del codice penale; g) ricettazione, art. 648 del codice penale”.

²⁸⁶ La tabella presenta in veste grafica i dati riportati nella Relazione della II Commissione Permanente sulle Tematiche oggetto del Messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013, 29 novembre 2013, pag. 4 e nella Relazione sull'Amministrazione della Giustizia Anno 2013, pag. 341; Tali dati sono simili a quelli rilevati in data 27 luglio 2013 e analizzati da F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1, pag. 6.

stupefacenti	8.657	4.199	2186	1664	608	14.378	23.094
rapina	3564	1813	938	568	245	5.801	9.473
omicidio	2.792	1233	608	689	262	6.049	9.077
estorsione	1.982	1061	428	270	223	2.180	4.238
furto	1.824	580	785	388	71	1.952	3.853
Violenza sessuale	709	331	220	141	17	2.001	2.755
ricettazione	809	558	136	70	45	1.897	2.732
416-bis	1107	543	326	199	39	n.d	1424
l'associazione per delinquere	356	260	50	22	24	n.d	n.d
Maltrattamenti in famiglia	320	226	57	26	11	n.d	n.d
Sequestro di persona	137	51	43	29	14	n.d	n.d
Atti sessuali con minore	100	58	22	19	1	n.d	n.d
Lesioni personali volontarie	83	49	18	14	2	n.d	n.d
Istigaz. sfrutt. favoregg. prostituzione	74	55	10	7	2	n.d	n.d
Reati contro amm. giustizia	48	22	20	2	4	n.d	n.d
bancarotta	33	23	7	2	1	n.d	n.d
Insolvenza fraudolenta	33	26	3	4	-	n.d	n.d
peculato	32	27	3	1	1	n.d	n.d
strage	26	8	2	5	11	n.d	n.d
truffa	11	10	-	1	-	n.d	n.d

Come emerge dai dati, il numero di soggetti imputati per furto è pari a 1824 unità, mentre per il reato di ricettazione risultano 809 soggetti reclusi in custodia cautelare²⁸⁷.

Infine, anche se con la legge 79/2014 la pena edittale massima prevista per la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, T.U. Stupefacenti era stata ridotta a quattro anni e, perciò, poteva consentire l'applicazione della messa alla prova, gli stessi dubbi sollevati da Luisa Romano²⁸⁸ in relazione all'applicabilità della custodia cautelare potrebbero aver determinato una riduzione delle possibilità di ricorso al nuovo istituto. Infatti, come si evidenzia nella Relazione alla Camera presentata dal Ministro Orlando nell'estate 2015, soltanto 556 imputati per reati legati al traffico di stupefacenti hanno ottenuto la sospensione del processo con messa alla prova²⁸⁹.

2.3. L'inizio della distensione

Come abbiamo visto, il dialogo tra Governo e Comitato dei Ministri che fa da sfondo e che detta i tempi e le modalità del processo di riforma è stato fino a questo punto caratterizzato da un tono abbastanza acceso. Da ultimo il Comitato dei Ministri, nella riunione del 6 marzo 2014, aveva adottato una decisione interlocutoria nella quale rinnovava la propria preoccupazione per la situazione delle carceri italiane in vista dell'avvicinarsi della scadenza del termine del 27 maggio 2014²⁹⁰. Rinviando l'esame delle misure alla riunione del giugno 2014, il Comitato invitava il Governo a fornire maggiori informazioni sullo stato di sovraffollamento in modo da poter giudicare l'effettività delle azioni intraprese.

Proprio nel momento in cui il termine di un anno fissato dalla sentenza *Torreggiani* giunge a scadenza, tuttavia, sembra che il Comitato dei Ministri inizi ad allentare la presa: nella riunione del 6 giugno l'organo esecutivo del Consiglio d'Europa infatti concede al Governo italiano un ulteriore anno di tempo per consolidare il proprio piano d'azione e rinvia al giugno 2015 una più compiuta analisi delle misure adottate²⁹¹.

La proroga del termine è concessa sul presupposto che il Governo italiano avrebbe adottato ulteriori misure in adempimento del piano d'azione posto all'attenzione del Comitato, in particolare introducendo nell'ordinamento un rimedio finalizzato a compensare i detenuti per la violazione dell'art. 3.

Dopo due settimane, il Governo mantiene l'impegno preso con il Comitato dei Ministri, adottando il Decreto Legge 26 giugno 2014 n. 92 "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile".

²⁸⁷ Se si considera inoltre che la sospensione del processo non può essere concessa ai soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, risulta evidente che la messa alla prova possa avere effetti deflattivi abbastanza contenuti nei confronti dei soggetti dediti al furto o alla ricettazione, facilmente soggetti a recidiva.

²⁸⁸ *Supra*, § 2.2.4.

²⁸⁹ Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato, 31 maggio 2015, pag. 8.

²⁹⁰ Committee of Ministers, 1193th meeting, 6 marzo 2014.

²⁹¹ Committee of Ministers, 1201th meeting, 5-6 giugno 2014.

2.3.1. Il decreto legge 92/14

Oggetto principale di questo decreto è l'introduzione dei rimedi di natura compensativa per i detenuti sottoposti a trattamenti disumani e degradanti, ma vi sono contenute anche alcune disposizioni a carattere deflattivo, volte ad integrare quelle modifiche previste dal precedente decreto carceri.

2.3.1.1. Le misure deflattive

Nell'ottica di ridurre il numero di persone in custodia cautelare presenti in carcere, con l'art. 8 si interviene sull'art. 275 c.p., di cui si modifica il comma 2-bis²⁹². Da una parte si stabilisce che, come già previsto per la custodia cautelare, non possano essere disposti neanche gli arresti domiciliari ogni volta che il giudice ritenga che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Dall'altra parte, con una dichiarata finalità di coordinamento con l'istituto della sospensione dell'ordine dell'esecuzione, si prevede l'inapplicabilità della custodia cautelare qualora possa ritenersi che la pena irrogata al termine del giudizio sarà inferiore a tre anni. In questo modo potrà evitare un inutile e dannoso passaggio dal carcere quel soggetto che astrattamente potrebbe risultare idoneo a richiedere di espiare la pena in regime di misura alternativa alla detenzione²⁹³.

Con la conversione in legge²⁹⁴, tuttavia, il Parlamento ha previsto che il divieto di disporre la custodia in carcere subisca delle deroghe in ragione del tipo direato per cui si procede: la custodia cautelare potrà essere disposta nei confronti dei soggetti imputati per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e in ulteriori ipotesi di reati di particolare allarme sociale tassativamente previsti²⁹⁵. Un altro fattore che continua a consentire l'applicazione della custodia cautelare è dato poi dalla mancanza di un luogo idoneo dove poter svolgere la più lieve misura degli arresti domiciliari.

Infine, si prevede che la custodia cautelare possa comunque essere disposta qualora il soggetto abbia trasgredito alle prescrizioni relative ad altra misura meno afflittiva. In caso di violazione delle prescrizioni inoltre potrà essere disposta la misura custodiale anche se il reato per cui si procede prevede una pena inferiore nel massimo a cinque anni, in deroga ai limiti imposti dall'art. 280 comma 2, come modificato dal D.L. 78 del 2013²⁹⁶.

²⁹² Si rinvia a M. DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 settembre 2014; S. FIORE, *Maneggiare con cautela*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10 novembre 2014; A. LARONGA, *La riforma dell'art. 275, co. 2-bis, cpp: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Questione Giustizia, numero speciale misure cautelari e libertà personale*, ottobre 2014, pag. 42; R. DE VITO, *Custodia cautelare in carcere ed esecuzione della pena. Riflessioni sui recenti innesti normativi*, in *Questione Giustizia, numero speciale misure cautelari e libertà personale*, ottobre 2014, pag. 54.

²⁹³ Infatti, se l'imputato si trovasse in custodia cautelare al momento del passaggio in giudicato della sentenza, non potrebbe beneficiare della sospensione dell'ordine dell'esecuzione per l'operare della preclusione contenuta all'art 656, comma 9, lett. b), c.p.p.

²⁹⁴ Legge 11 agosto 2014 n. 117.

²⁹⁵ Le ipotesi previste sono quelle dei reati di incendio boschivo previsto dall'art. 423-bis c.p., maltrattamenti di familiari e conviventi previsto dall'art. 572 c.p., atti persecutori previsto dall'art. 612-bis c.p., furto in abitazione e furto con strappo previsto dall'art. 624-bis c.p.

²⁹⁶ Si veda, *supra*. Viene poi modificato anche l'art. 97-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale prevedendo che il soggetto che viene scarcerato per proseguire la misura cautelare in arresti domiciliari di norma possa recarsi presso il domicilio senza accompagnamento, fatte salva la possibilità di disporre l'accompagnamento in

Osservando i dati statistici, possiamo osservare come da una parte l'introduzione delle norme previste dall'art. 8 del decreto abbiano avuto un impatto immediato, determinando la scarcerazione di un consistente numero di soggetti in attesa di primo giudizio. Dall'altra parte, le preclusioni introdotte dalla legge di conversione hanno fortemente limitato la portata deflattiva del nuovo art. 275. Facendo un confronto con i dati analizzati in precedenza sulla composizione della popolazione detenuta in custodia cautelare²⁹⁷, si può notare come i reati per i quali la maggior parte dei detenuti si trova in custodia cautelare appartengono, quantomeno nelle fattispecie aggravate, all'elenco di cui all'art. 4-bis. Tra i reati non ostativi, possiamo individuare quello di furto, ricettazione, maltrattamenti in famiglia e lesioni personale volontarie che, tuttavia, non rappresentano una quota molto alta del numero di soggetti in custodia cautelare.

Popolazione detenuta: presenze mensili 2014

	In attesa di primo giudizio			Appellanti			Ricorrenti			Misto		
	ital.	stranieri	totale	ital.	stranieri	totale	ital.	stranieri	totale	ital.	stranieri	totale
g	6.806	4.367	11.173	3.343	2.673	6.016	2.257	1.788	4.045	1.291	299	1.590
f	6.637	4.248	10.885	3.206	2.593	5.799	2.220	1.748	3.968	1.291	297	1.588
m	6.382	4.188	10.570	3.154	2.550	5.704	2.194	1.663	3.857	1.239	289	1.528
a	6.238	4.151	10.389	3.074	2.515	5.589	2.229	1.648	3.877	1.195	274	1.469
m	6.142	4.036	10.178	3.019	2.253	5.272	2.219	1.502	3.721	1.152	248	1.400
g	6.164	3.835	9.999	2.902	2.115	5.017	2.164	1.446	3.610	1.120	238	1.358
Entrata in vigore del d.l. 92/2014												
l	5.419	3.246	8.665	2.489	1.447	3.936	1.970	1.068	3.038	1.040	169	1.209
Entrata in vigore della legge di conversione 21 agosto 2014, n. 117												
a	5.563	3.689	9.252	2.461	1.430	3.891	1.873	946	2.819	1.025	182	1.207
s	5.679	3.928	9.607	2.550	1.558	4.108	1.880	1.002	2.882	1.022	199	1.221
o	5.780	3.967	9.747	2.578	1.730	4.308	1.913	1.122	3.035	1.048	205	1.253
n	6.003	4.049	10.052	2.575	1.814	4.389	1.918	1.121	3.039	1.062	206	1.268
d	5.636	3.913	9.549	2.723	1.929	4.652	1.877	1.138	3.015	1.039	220	1.259

	Totale condannati non definitivi			Totale soggetti in misura cautelare		
	italiani	stranieri	totale	italiani	stranieri	totale
g	6.891	4.760	11.651	13.697	9.127	22.824

caso di particolari esigenze processuali o di sicurezza. Altre modifiche intervengono sull'art. 24 delle disposizioni di attuazione del procedimento penale minorile con il fine di limitare l'ingresso nel circuito penitenziario per adulti ai soggetti che non abbiano ancora compiuto il venticinquesimo anno di età.

²⁹⁷ *Supra*, § 2.2.4.

f	6.717	4.638	11.355	13.354	8.886	22.240
m	6.587	4.502	11.089	12.969	8.690	21.659
a	6.498	4.437	10.935	12.736	8.588	21.324
m	6.390	4.003	10.393	12.532	8.039	20.571
g	6.186	3.799	9.985	12.350	7.634	19.984
Entrata in vigore del d.l. 92/2014						
l	5.499	2.684	8.183	10.918	5.930	16.848
Entrata in vigore della legge di conversione 21 agosto 2014, n. 117						
a	5.359	2.558	7.917	10.922	6.247	17.169
s	5.452	2.759	8.211	11.131	6.687	17.818
o	5.539	3.057	8.596	11.319	7.024	18.343
n	5.555	3.141	8.696	11.558	7.190	18.748
d	5339	3.287	8.926	11275	7.200	18.475

2.3.1.2. Il rimedio compensativo

Il Decreto legge 92/2014 introduce l'art. 35-ter o.p., intitolato "Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati"²⁹⁸. La disciplina prevede che, qualora il Magistrato di sorveglianza, adito secondo lo schema procedimentale previsto per il rimedio preventivo di cui all'art. 35-bis, accerti la violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea per un periodo pari o superiore a quindici giorni, il magistrato di sorveglianza disponga, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare nella misura del 10 per cento del periodo durante il quale il trattamento penitenziario è stato tale da violare la disposizione suddetta.

Se il periodo di pena da scontare non sia tale da consentire l'applicazione della predetta misura risarcitoria il Magistrato di sorveglianza potrà liquidare al detenuto una somma di denaro in una misura forfettaria fissata in euro 8 per ogni giornata in relazione alla quale sia stata riscontrata la sottoposizione a un trattamento carcerario tale da violare l'articolo 3. Infine, nel caso in cui un

²⁹⁸ R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa? Prime applicazioni e dubbi sul risarcimento per detenzione inumana*, in [Questione Giustizia](#); P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in [Questione Giustizia](#), 2 ottobre 2014; S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in [federalismi.it](#), 24 ottobre 2014; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 ottobre 2014; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 novembre 2014; S. CIUFFOLETTI - R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana. Note a ordinanza del 25 marzo 2015 emessa dal Tribunale di Palermo - Sez III Civile*, in [Questione Giustizia](#), 1 luglio 2015.

soggetto abbia subito il suddetto pregiudizio nel corso di una detenzione ormai terminata, il risarcimento per equivalente dovrà essere richiesto al giudice civile, che decide secondo il modello procedimentale di cui all'art. 737 e c.p.c..

Analizzeremo nel Capitolo V i numerosi dubbi sollevati dalla disciplina del rimedio compensativo. È invece interessante mettere in luce fin da subito come le scelte effettuate dal Legislatore in relazione alla determinazione del *quantum* risarcitorio, tanto nel caso del rimedio per equivalente, quanto per quello in forma specifica, siano frutto di un dialogo tra il Governo e le istituzioni del Consiglio.

Per quanto riguarda la scelta della misura del risarcimento in forma specifica, nel dibattito parlamentare è emerso che

per quel che attiene al *quantum* di riduzione di pena in rapporto al numero dei giorni trascorsi in condizioni di detenzione inumane o degradanti, è da osservare che la Corte Edu, pur evidenziando l'opportunità di tale misura nella sentenza *Ananyev c. Federazione Russa* (sentenza 10 gennaio 2012, paragrafo 225), non ha mai avuto modo di fissare un parametro. Si è pertanto ritenuto che la considerazione di un 10 per cento del periodo di detenzione costituisca adeguata riparazione di carattere non pecuniario (ai sensi di quanto previsto dalla Corte di Strasburgo nel contesto della riparazione). I quindici giorni minimi previsti per poter considerare il trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione rispondono, invece, all'esigenza che si consolidi quella soglia di gravità che la Corte Edu ritiene indispensabile perché si possa riconoscere una violazione di un principio inderogabile della Convenzione. La Corte Edu, infatti, nella sua giurisprudenza, esclude le situazioni transitorie e di brevissima durata²⁹⁹.

Per quanto riguarda invece la quantificazione del risarcimento per equivalente, al momento della conversione in legge del decreto, il Viceministro Costa ha affermato che

... dall'esame delle sentenze della Corte Edu in tema di condizioni detentive configurabili come trattamento inumano o degradante è emerso che la determinazione dell'equa riparazione si assesta, in media, nella misura di circa 20 euro *pro die*. Su tale premessa si è poi preso atto che, nella materia della cosiddetta legge Finto (Pinto, *refuso*) (legge 24 marzo 2001 n. 89), ossia l'equa riparazione per il danno conseguente all'irragionevole durata del processo, la Corte Edu ha valutato positivamente la decisione del giudice nazionale di determinare l'ammontare dell'indennizzo nella misura del 45 per cento di quanto, sempre in media, assegnato dalla stessa Corte, tenendo conto anche del fatto che il rimedio risarcitorio interno interviene necessariamente con maggiore tempestività, ben prima che si possa esercitare il rimedio sussidiario del ricorso a Strasburgo. Si è così ritenuto di poter determinare in 8 euro *pro die* la misura dell'equo risarcimento in favore dei detenuti, commisurata appunto a quanto comunemente stabilito dalla Corte Edu. Non si è poi ritenuto di prevedere una forbice, con un minimo e un massimo, della possibile misura risarcitoria, in ragione del fatto che la violazione di un diritto fondamentale - assistito dal divieto di trattamento inumano o degradante - non è valutabile secondo un metro di gradazione se non in relazione alla durata temporale della violazione medesima³⁰⁰.

²⁹⁹ Conversione in legge del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, intervento alla Camera del Relatore per la maggioranza David Ermini, 21 luglio 2014.

³⁰⁰ Resoconto stenografico della seduta del 17 luglio 2014, Commissione II referente della Camera, intervento del viceministro Enrico COSTA, pag. 37.

Inoltre, sembra che questa soluzione fosse stata informalmente avallata dalle istituzioni del Consiglio d'Europa in fase di definizione del *quantum*:

con riferimento all'importo del risarcimento di 8 euro giornalieri, quale parametro di riferimento per ogni giorno di detenzione, si segnala che la misura è stata concordata con la stessa CEDU nel corso di un recente incontro con le autorità italiane³⁰¹.

3. La rivoluzione dei rapporti tra Italia e Strasburgo

Nel periodo di un anno assegnato dalla Corte Europea al Governo italiano, la questione penitenziaria è stata al centro di un'attenzione costante e la sentenza *Torreggiani* ha costretto l'Italia a mutare la propria prospettiva di politica penale: il confronto con la giurisprudenza della Corte ha fornito al Legislatore e ai giudici nazionali un modello al quale ispirarsi per sviluppare un nuovo lessico giuridico e degli strumenti finalizzati a tutelare la dignità delle persone che entrano a contatto con il sistema repressivo.

Tuttavia, mentre questo processo di evoluzione dei diritti fondamentali sembra iniziare a portare i primi risultati concreti, quel circolo virtuoso che si era innescato grazie al confronto tra l'Italia e le istituzioni del Consiglio d'Europa inizia a venire meno.

Già in tempi "non sospetti", nel periodo immediatamente successivo alla sentenza *Torreggiani*, era stato messo in luce come, allargando lo sguardo oltre i confini nazionali, appariva evidente che la Corte avesse adottato un approccio particolarmente di favore nei confronti dell'Italia, a scapito dei diritti di quei soggetti che si erano rivolti al giudice europeo. A differenza di quanto era stato previsto un anno prima con l'adozione della procedura pilota contro la Russia³⁰², la Corte aveva infatti sospeso per un anno l'esame dei ricorsi provenienti da detenuti italiani che lamentavano la violazione dell'art. 3, evitando all'Italia nuove condanne³⁰³. Alla luce degli sviluppi che andremo ad illustrare, possiamo individuare le cause del particolare "trattamento di favore" riservato dalla Corte all'Italia nella crisi funzionale del sistema del Consiglio d'Europa. Sembrerebbe che la Corte Europea, sempre più affaticata dal carico di lavoro crescente, inizi ad adottare delle strategie deflative che fanno perno sul principio di sussidiarietà: la Corte rinuncia al suo ruolo di primo piano, delegando agli Stati Membri quelle funzioni di *individual justice* che non è più in grado di svolgere. Tra il 2011 e il 2014 la Corte, davanti ad una riduzione dei ricorsi assegnati ad una formazione giudiziale pari a circa 8000 unità, è riuscita a ridurre il numero di ricorsi pendenti per più del 50%, passando da 151600 a 69900. Come tale miracolo sia stato possibile lo si capisce spostando lo sguardo all'ultima colonna a destra, quella relativa alle decisioni di inammissibilità, che passano dalle 38575 del 2010 alle 89740 del 2013.

³⁰¹ Camera dei Deputati, martedì 22 luglio 2014, XVII Legislatura, bollettino 206, pag. 51.

³⁰² *Ananyev v. Russia*, cit.

³⁰³ R. CONTI, cit., pag.475.

anno	ricorsi presentati	ricorsi ammessi senza dichiarazione di fondatezza	ricorsi pendenti	sentenze emesse	ricorsi decisi	
					con sentenza	non decisi
1950-1959	n.d.	n.d.	n.d.	117	n.d.	n.d.
1960	18200	6004	7000	n.d.	n.d.	n.d.
1969	22000	8404	12000	177	250	3300
1970	30200	10500	15000	685	750	6000
1971	31300	13000	18000	881	850	8000
1972	24500	20200	20400	841	800	17050
1973	30000	27200	20500	705	750	17250
1974	44100	32500	30000	781	800	20050
1975	43300	32400	30000	1005	1200	27000
1976	51300	38530	30500	1500	1700	28050
1977	n.d.	41500	30400	1505	1725	27050
1978	n.d.	40000	37300	1505	1800	30003
1979	n.d.	37000	18900	1603	2303	30003
1970	n.d.	61100	130050	1400	2007	30075
1971	n.d.	60200	151000	1157	1511	50077
1972	n.d.	60000	120100	1005	1670	50001
1973	n.d.	62000	80000	870	2001	80010
1974	n.d.	50200	80000	881	2300	80075
1975	n.d.	40000	60050	825	2401	40003

È evidente che, in questo modo, se da una parte la Corte razionalizza le proprie risorse, dall'altra, il costo di questa strategia difensiva finisce per gravare sulle spalle di quei ricorrenti che avevano interesse a veder esaminato il proprio caso nel minore tempo possibile e, in caso di fondatezza, ad ottenere una pronuncia favorevole.

All'interno di questo processo di deflazione e *self-restraint*, si inserisce la procedura pilota contro l'Italia. Grazie alla procedura pilota, la Corte ha potuto congelare i ricorsi provenienti dai detenuti italiani che nella primavera del 2014 avevano superato le 6800 unità, circa il 10% del carico di lavoro pendente.

Già dopo due mesi dalla pronuncia della sentenza *Torreggiani* si erano manifestati i primi sintomi di questa evoluzione in senso restrittivo dell'approccio della Corte. Nel decidere il caso *Tellissi c Italia*³⁰⁴, la Corte aveva adottato un approccio restrittivo, per non dire superficiale, nella valutazione delle concrete condizioni di detenzione allegate dal ricorrente. Il ricorrente lamentava il fatto che, oltre a essere costretto a vivere in una cella sovraffollata per 22 ore al giorno, la fruizione delle ore d'aria gli era resa particolarmente gravosa dal fatto che, essendo costretto ad utilizzare delle stampelle, incontrava molta difficoltà a raggiungere i passeggi che erano collegati alla sua sezione da delle scale. Tale difficoltà era testimoniata anche dal fatto che si era verificato un episodio nel quale era caduto dalle scale³⁰⁵. Aldilà del fatto che si può immaginare facilmente quale possa essere, per una persona costretta ad utilizzare le stampelle, la libertà di movimento in una cella di 10 mq occupata da 3 persone, 3 letti e il mobilio (armadi, tavolino, sedie), la Corte ritiene che il ricorrente, nonostante l'allegazione dell'episodio della caduta, avrebbe potuto facilmente muoversi nell'istituto utilizzando le stampelle.

³⁰⁴ *Tellissi c Italia (dec.)*, cit., § 52-57.

³⁰⁵ *Tellissi*, cit., § 46.

La Corte dimostra di non voler compiere valutazioni approfondite: non si interroga, ad esempio, sull'eventuale possibilità che al ricorrente potesse essere concesso l'utilizzo di un ascensore. Ancora più grave è tuttavia il fatto che la Corte non prenda in considerazione l'allegazione del ricorrente riguardo alla mancanza di riscaldamento in cella³⁰⁶. Se è chiaro che non si possa pretendere che sia il detenuto a provare il mancato funzionamento dell'impianto di riscaldamento, dal testo della decisione non emerge che il Governo abbia provato il contrario. La Corte, nonostante nella propria giurisprudenza abbia considerato l'idoneità dell'impianto di riscaldamento come uno di quei fattori che assumono estrema rilevanza nella valutazione delle condizioni di detenzione, in questo caso "se ne dimentica", evitando qualsiasi riferimento all'allegazione del ricorrente.

Se dunque si può già cogliere un abbassamento del livello di tutela garantito dalla Corte ai detenuti italiani, con la decisione del 6 giugno 2014, anche il Comitato dei Ministri inizia ad "allentare la presa" e, soddisfatto della notevole riduzione della popolazione detenuta nei penitenziari italiani, concede al Governo un ulteriore anno di prova. Se in una logica di collaborazione istituzionale si possono comprendere le ragioni che giustificano la proroga del termine concesso al Legislatore italiano, d'altra parte, tale concessione va a comprimere ulteriormente il diritto di ricorso individuale di tutti quei detenuti che si erano rivolti alla Corte. A distanza di tre mesi dalla decisione del Comitato dei Ministri, la Corte interviene a risolvere questo *empasse* pronunciandosi nel caso *Stella and others c. Italy*³⁰⁷: la soluzione adottata dai giudici alsaziani segna in modo definitivo il passaggio ad un approccio totalmente diverso alla questione del rispetto dei diritti dei detenuti.

3.1. La decisione del caso Stella

Con la decisione adottata dalla Corte sul ricorso *Stella*³⁰⁸ emerge chiaramente la nuova funzione deflattiva attribuita al principio di sussidiarietà. La Corte, pur riservandosi la possibilità di rivalutare i rimedi alla luce della loro concreta applicazione da parte della giurisprudenza nazionale³⁰⁹, riconosce che, analizzando il testo delle norme adottate, i rimedi interni introdotti dal legislatore italiano appaiono idonei ad offrire adeguata tutela ai soggetti che sostengono di essere vittime di condizioni di detenzione contrarie all'art. 3. Conseguentemente, in base alle condizioni di ammissibilità del ricorso individuale alla Corte sancite dall'art. 35 della Convenzione, i giudici della seconda sezione decidono che, prima di poter adire la Corte, le vittime di una violazione dell'art. 3 dovranno aver esperito le vie di ricorso interne di cui agli artt. 35-bis e 35-ter dell'Ordinamento Penitenziario. Se già suscita perplessità la decisione della Corte di "accontentarsi" di una valutazione astratta dei mezzi di tutela apprestati per i soggetti che lamentano di essere vittime di un trattamento inumano o degradante, ancora più controversa è la scelta compiuta dalla Corte in relazione a tutti quei ricorsi che erano già stati presentati a Strasburgo. La Corte infatti sceglie di derogare espressamente i principi consolidati nell'interpretazione dell'art. 35 della Convenzione secondo i quali l'esaurimento delle vie di ricorso interne si valuta, in linea di

³⁰⁶ Ivi, § 3 e §§ 52-57.

³⁰⁷ *Stella and Others c. Italy*, (dec.), (app. no.49169/09), 16 settembre 2014; per un primo commento si veda, A.MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 novembre 2014; F. FIORENTIN, *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale*, in *Guida al Diritto*, 2014, 42, p. 97 ss.

³⁰⁸ A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 novembre 2014.

³⁰⁹ *Stella*, cit., § 55.

principio, alla data di presentazione del ricorso dinanzi alla Corte³¹⁰ e dichiara inammissibili per mancato previo esaurimento dei rimedi interni tutti ricorsi pendenti che lamentavano una violazione dell'art. 3 determinata dal sovraffollamento carcerario³¹¹.

Sembra che, da un approccio orientato al *favor personae*, la Corte e il Comitato dei Ministri, persuasi dalle misure adottate dall'Italia, abbiano decisamente spostato il proprio *favor* verso lo Stato. Infatti, leggendo la decisione *Stella*, sembra che a guidare le valutazioni sui rimedi interni introdotti dall'Italia non sia tanto il diritto della persona a vedere rispettati e tutelati i diritti sanciti dalla Convenzione da parte delle autorità nazionali ma, piuttosto, il diritto dello Stato di non dover rispondere dei propri atti dinanzi a un organismo internazionale prima di avere avuto la possibilità di rendere giustizia al denunciante nel proprio ordinamento giuridico nazionale³¹².

Se la Corte motiva la propria scelta sulla base del desiderio di riaffermare l'importanza del principio di sussidiarietà³¹³, non si può non notare che, mancando la certezza sulla concreta effettività dei rimedi interni introdotti in Italia, la Corte non fa altro che concedere fiducia al Governo alle spese della prontezza e dell'efficacia della tutela di un diritto assoluto come quello sancito dall'art. 3.

Da questo momento in poi, anche i rapporti tra il Governo e il Comitato dei Ministri sembrano intraprendere definitivamente una strada diversa: nella riunione del 4 dicembre 2014, richiamando le valutazioni espresse dalla Corte nel caso *Stella*, il Comitato si convince che il problema del sovraffollamento delle carceri italiane, sebbene non sia stato definitivamente eliminato, ha ormai raggiunto dimensioni molto meno drammatiche. Compiaciuto degli sforzi compiuti dall'Italia nel contrasto alla violazione dell'art. 3, l'organo esecutivo del Consiglio trasferisce il caso *Torreggiani* alla *standard supervision*³¹⁴.

3.2. L'impatto sul processo di riforma

L'addolcirsi dei toni nel dialogo tra Italia e Strasburgo porta al Governo una vera e propria boccata d'ossigeno. Dopo aver adottato tre decreti nell'arco di un anno, la scadenza del termine di un anno è stata superata con una doppia promozione, sia da parte della Corte che da parte del Comitato dei Ministri.

Il contesto è radicalmente mutato: la popolazione detenuta si riduce ogni mese e l'urgenza di adottare interventi deflattivi che aveva caratterizzato la prima fase del processo di esecuzione della sentenza *Torreggiani* cala improvvisamente, riaprendo spazi di manovra per rivalutare le strategie di politica penale fino ad allora pianificate: il Governo inizia a riesaminare la necessità di portare a termine quegli interventi di riforma radicale che, fino a quel momento, erano stati considerati un passaggio obbligatorio per ottenere una riduzione della popolazione detenuta sufficiente ad accontentare le istituzioni di Strasburgo.

Proprio nel momento in cui stava per essere introdotta una riforma epocale del sistema penale, che per la prima volta avrebbe modificato l'elenco delle pene principali contenuto nell'art. 17 del codice penale, sembra diffondersi l'idea che i meccanismi di deflazione introdotti siano ormai sufficienti a

³¹⁰ Ivi, § 41.

³¹¹ Ivi, § 45.

³¹² *Stella*, cit., §§ 39, 64.

³¹³ Ivi, § 45.

³¹⁴ Decision on cases no. 11, 1214th meeting - 4 December 2014.

garantire una diminuzione costante della popolazione detenuta. Se già avevamo messo in luce come i vari passaggi del processo legislativo avessero sempre portato ad una riduzione della portata degli interventi di decarcerizzazione che venivano concordati in sede europea, adesso che anche le istituzioni di Strasburgo sembrano chiudere un occhio, si rafforzano le posizioni del panorama politico nazionale più orientate alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza e tanto il Legislatore parlamentare quanto quello governativo tendono ad assumere un approccio più distaccato rispetto alla questione penitenziaria.

3.2.1. L'attuazione delle deleghe in materia di riforma del sistema delle pene principali

Il mutato clima sovranazionale può concorrere a chiarire le ragioni che hanno determinato il Governo a non introdurre nell'ordinamento la reclusione e l'arresto domiciliare. Infatti, a distanza di poco più di un mese dalla decisione del Comitato dei Ministri di declassare il caso italiano alla procedura di *standard supervision*, il termine di otto mesi previsto dalla legge 67/2014³¹⁵ giunge a scadenza senza che il Governo abbia esercitato i propri poteri delegati in materia di riforma delle pene principali.

Ancora una volta, dopo un iter parlamentare travagliato che, come abbiamo visto, risale alla proposta Severino del 2012³¹⁶, si è persa l'occasione di concretizzare una riforma del sistema penale che sembrava ormai a portata di mano.

Se è vero che, come rilevato da alcuni autori³¹⁷, in assenza di politiche sociali a sostegno delle fasce più marginali della popolazione detenuta, l'introduzione della reclusione domiciliare non avrebbe potuto risolvere il problema del sovraffollamento carcerario; se anche si può condividere il rilievo secondo il quale, sostanzialmente, la riforma non avrebbe fatto altro che spostare il *locus detentionis* dal carcere al domicilio, senza incidere radicalmente sul carcerocentrismo del sistema³¹⁸, tuttavia, è egualmente vero che, la sola abolizione della pena dell'arresto avrebbe portato ad una riduzione della popolazione detenuta definitiva pari a oltre il 10%³¹⁹.

Anche per quel che riguarda i decreti legislativi attuativi delle deleghe in materia di riforma del sistema sanzionatorio³²⁰, si possono cogliere gli effetti del mutamento dei rapporti tra Italia e Strasburgo. È indicativo in tal senso il fatto che, sebbene l'art. 2 della legge 67/2014 avesse espressamente delegato il Governo ad abrogare il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10-bis del T.U.I., trasformandolo in illecito amministrativo, tale delega non sia stata attuata. Nonostante l'intervento sul reato di immigrazione clandestina fosse stato uno degli elementi che i giudici di Strasburgo avevano posto a fondamento del giudizio positivo nei

³¹⁵ Legge 28 aprile 2014 n 67, art. 1, comma 2.

³¹⁶ *Supra*, Capitolo II.

³¹⁷ G. MANNOZZI, *Il "legno storto"...*, cit., pag. 786; M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cassazione Penale*, 2015, 4, pag. 1664; M. PELLISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 2, pag. 559; P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 1, pag. 199.

³¹⁸ G. MANNOZZI, cit., pag. 786; M. VENTUROLI, cit.

³¹⁹ Al 31 dicembre 2014 3894 persone si trovano in carcere per violazioni di norme contravvenzionali.

³²⁰ *Supra*, § 2.2.4.

confronti delle misure adottate dal Legislatore italiano³²¹, il Governo approfitta del nuovo clima disteso per fare marcia indietro. Nella relazione d'accompagnamento al D. Lgs. 8/2016 si legge infatti che

le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno parimenti ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalle fattispecie in esame: per tali materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito³²².

3.2.2. La riforma del sistema delle misure cautelari: la legge 47/2015

Sotto la spinta dell'emergenza Strasburgo, riprendendo il percorso interrotto nella Legislatura precedente³²³ e il 3 aprile 2013 era stata presentata alla Camera una proposta di legge di modifica del sistema delle misure cautelari personali³²⁴. Attraverso il confronto con i lavori della Commissione di studio in tema di processo penale presieduta dal dottor Canzio³²⁵ e della Commissione Giostra³²⁶, l'iniziativa parlamentare si era diretta verso un ampio ripensamento del sistema cautelare e dei suoi presupposti, cercando di compiere un salto di qualità rispetto a quella logica "aritmetica"³²⁷ che aveva caratterizzato gli interventi in materia di custodia cautelare adottati con la decretazione d'urgenza. Con la legge 16 aprile 2015 n. 47, "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità"³²⁸, il Parlamento persegue l'obiettivo di rendere effettivo il principio costituzionale che configura la privazione della libertà personale come *extrema ratio*. In primo luogo, si cerca di riaffidare al giudice un più ampio potere discrezionale, attraverso la revisione della disciplina di tutte quelle presunzioni che determinavano automatismi applicativi. Parallelamente, vengono aggravati gli obblighi di motivazione che gravano sul giudice al momento dell'applicazione della misura cautelare. Infine, si cerca di offrire al giudice un più ampio spettro di misure capaci di rispondere alle esigenze cautelari attraverso l'ampliamento

³²¹ Stella, cit., § 13.

³²² Relazione del Governo sul D. Lgs. 8/2016, pag. 5.

³²³ proposta di legge presentata il 2 agosto 2012 dai deputati Ferranti, Orlando, Rossomando, XVI legislatura - A.C. 5399, abbinata con le proposte A.C. 255, A.C. 1846, A.C. 4616, A.C. 5295.

³²⁴ proposta di legge d'iniziativa dei deputati Ferranti ed altri, XVII legislatura - A.C. 631, abbinata con le proposte A.C. 980, A.C. 1707, A.C. 1807, A.C. 1847.

³²⁵ Proposta della Sottocommissione Canzio in materia di misure cautelari, 14 luglio 2013.

³²⁶ Documento finale della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative, pag.73; pag. 56 dell'articolato.

³²⁷ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 4, pag. 1693.

³²⁸ G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 5, pag. 529; P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in materia di misure cautelari personali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 giugno 2015; G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la L. N. 47 del 2015*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 luglio 2015; V. PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 6 maggio 2015; G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 3, pag. 1131.

della possibilità di ricorrere a misure interdittive e attraverso la previsione della possibilità di applicare cumulativamente più misure.

Gli artt. 1 e 2 della legge, riprendendo le proposte elaborate dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione³²⁹, intervengono a ridefinire la disciplina delle esigenze cautelari prevista dall'art. 274 c.p.p.. La nuova configurazione della norma in esame impone al giudice l'onere di operare una più stringente valutazione dell'effettivo *periculum* che determina la necessità di applicare la misura custodiale: il giudice dovrà infatti motivare sull'attualità dell'esistenza del pericolo di fuga e di reiterazione. Inoltre, viene positivizzato il divieto di desumere la sussistenza dei pericoli di fuga e di reiterazione "esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede".

Una delle novità contenute nella riforma consiste nella previsione della possibilità di applicazione cumulativa di misure coercitive e interdittive. Il cumulo di misure di natura diversa, che fino ad allora era possibile soltanto nel caso in cui l'imputato avesse trasgredito le prescrizioni stabilite dal giudice ex 276, comma 1, c.p.p., oppure nel caso in cui fosse stata disposta la scarcerazione per decorrenza dei termini previsti dall'art. 307, comma 1-bis, c.p.p., viene adesso a costituire, *ab initio*, uno strumento di cui il giudice può servirsi per soddisfare le esigenze cautelari nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità. L'art. 3 della legge 47/2015 sostituisce il primo periodo del comma 3 dell'art. 275, prevedendo che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta soltanto quando "le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate".

La riforma interviene poi sulla disciplina delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare. Le presunzioni che erano state inserite all'art. 275 c.p.p. dalle norme contenute nel "pacchetto sicurezza" del 2009³³⁰ erano state oggetto di numerosi interventi demolitivi da parte della Consulta³³¹: il Giudice delle Leggi aveva ritenuto che il carattere assoluto delle presunzioni introdotte dal Legislatore violasse in modo indiscriminato il principio del minimo sacrificio necessario che deve informare la disciplina delle misure cautelari.

Il Legislatore parlamentare procede quindi a riordinare l'assetto normativo recependo le indicazioni della Consulta: la legge 47 inserisce all'art. 275, comma 3, una doppia presunzione relativa per i casi in cui ricorrano gravi indizi di colpevolezza per i reati indicati all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. o per i delitti tassativamente previsti al terzo comma dell'art. 275³³² e stabilisce che la

³²⁹ Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, pag. 56 e ss.

³³⁰ Legge 22 aprile 2009, n. 38, di conversione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, art. 2, comma 1, lett. a) e a-bis; legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 1, comma 26, lett. f), in relazione al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

³³¹ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in relazione ai delitti di induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile, nonché di violenza sessuale ed atti sessuali con minorenne; sentenza 12 maggio 2011, n. 164, in relazione al delitto di omicidio volontario; sentenza 19 luglio 2011, n. 231, in relazione al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti; sentenza 3 maggio 2012, n. 110, in relazione al delitto di associazione per delinquere finalizzata alla contraffazione di marchi o altri segni distintivi o alla importazione o detenzione di cose recanti segni contraffatti; sentenza 25 marzo 2013, n. 57, in relazione ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cod. pen. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste nel predetto articolo; sentenza 3 luglio 2013, n. 213, in relazione al delitto di violenza sessuale di gruppo; sentenza 25 febbraio 2015, n. 48, cit., in relazione al delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Infine, con la sentenza 16 dicembre 2011, n. 331, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4 bis, del Testo Unico in materia di immigrazione in relazione al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

³³² articoli 575, 600 bis, primo comma, 600 ter, escluso il quarto comma, 600 quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 bis, 609 quater e 609 octies del codice penale.

presunzione di adeguatezza della custodia cautelare potrà essere superata dall'imputato attraverso la prova dell'esistenza di "elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari" o della possibilità che, nel caso concreto, le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure meno afflittive.

Gli articoli 5 e 6 intervengono a ridefinire i casi in cui il giudice può procedere alla sostituzione in *pejus* della misura degli arresti domiciliari. Tuttavia, ancora una volta, mentre la Camera aveva recepito le indicazioni della Commissione Giostra, abrogando gli automatismi previsti dall'art. 276, comma 1-ter, e dall'art. 284 c.p.p., il passaggio in Senato rimodula la portata della riforma, riducendo l'intervento normativo ad una modifica dei presupposti previsti dalle suddette norme. Da una parte l'art. 5 attribuisce al giudice la possibilità di escludere l'automatica sostituzione degli arresti domiciliari con la custodia cautelare nel caso in cui la trasgressione delle prescrizioni possa essere ritenuta un fatto "di lieve entità". Dall'altra parte, l'art. 6 modifica la preclusione contenuta al comma 5-bis dell'art. 284 c.p.p. che vietava la concessione degli arresti domiciliari per quei soggetti che fossero stati condannati per il reato di evasione nel quinquennio precedente. Secondo la nuova formulazione il giudice potrà concedere la misura degli arresti domiciliari qualora ritenga che, sulla base di specifici elementi, il reato di evasione commesso nel quinquennio fosse stato di "lieve entità".

Oltre a quanto appena considerato, l'attenuarsi del clima di emergenza ha fatto sì che molte delle altre proposte che erano state elaborate dalle varie commissioni di studio rimanessero inattuato. Oltre quanto già rilevato passando in rassegna i vari decreti svuotacarceri³³³, anche nell'*iter* di approvazione della legge 47/2015 sono emerse forti resistenze da parte del Legislatore parlamentare. Le Camere infatti non hanno recepito la proposta della Sottocommissione Canzio che, opportunamente, suggeriva una modifica del comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. in modo da impedire l'applicazione della custodia cautelare ogni qual volta il giudice avesse potuto ritenere che la pena inflitta in concreto avesse potuto essere sospesa ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p.³³⁴. Allo stesso modo, non vengono tradotte in legge quelle proposte elaborate dalla Commissione Giostra che prevedevano l'introduzione dell'istituto della prestazione di cauzione e la definitiva soppressione della presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare prevista dal comma 4 dell'art. 12 del D.Lgs. 286/1998³³⁵.

Nonostante questa legge abbia riformato il sistema delle misure cautelari personali positivamente il principio della carcerazione preventiva come *extrema ratio*, non sembra che questo abbia inciso in modo significativo sull'andamento della popolazione detenuta in custodia cautelare. A partire dall'entrata in vigore della legge 47/15, avvenuta in data 8 maggio 2015, non si registra un particolare decremento dei soggetti in attesa di primo giudizio, se si tiene conto che un pressoché costante *trend* in diminuzione è già in atto.

2015	In attesa di primo giudizio		Appellanti		Ricorrenti		Misto		Totale condannati non definitivi		Totale soggetti in misura cautelare	
	totale	di cui stranieri	totale	di cui stranieri	totale	di cui stranieri	totale	di cui stranieri	totale	di cui stranieri	totale	di cui stranieri
gennaio	9.714	3.878	4.744	1.967	3.096	1.190	1.266	228	9.106	3.385	18.820	7.263

³³³ *Supra*, § 2.

³³⁴ Proposta della Sottocommissione Canzio in materia di misure cautelari, 14 luglio 2013, pag. 5.

³³⁵ Documento Finale, cit., pagg. 66 e 107 dell'articolato.

febbraio	9.731	3.849	4.667	1.985	3.147	1.240	1.276	241	9.090	3.466	18.821	7.315
marzo	9.504	3.757	4.815	2.065	3.097	1.243	1.280	237	9.192	3.545	18.696	7.302
aprile	9.308	3.694	4.722	2.008	3.113	1.247	1.273	244	9.108	3.499	18.416	7.193
Entrata in vigore della L. 47/2015												
maggio	9.138	3.691	4.670	1.937	3.073	1.243	1.247	237	8.990	3.417	18.128	7.108
giugno	8.878	3.615	4.618	1.933	3.107	1.276	1.227	227	8.952	3.436	17.830	7.051
luglio	8.301	3.384	4.639	1.972	3.213	1.344	1.222	222	9.074	3.538	33.371	6.922
agosto	8.879	3.800	4.662	1.994	3.096	1.274	1.219	217	8.977	3.485	17.856	7.285
settembre	8.942	3.787	4.742	2.010	3.109	1.310	1.222	220	9.073	3.540	18.015	7.327
ottobre	8.989	3.789	4.700	2.006	3.123	1.326	1.226	243	9.049	3.575	18.038	7.364
novembre	8.965	3.752	4.748	2.044	3.127	1.307	1.240	261	9.115	3.612	18.080	7.364
dicembre	8.523	3.604	4.780	2.040	3.238	1.402	1.244	273	9.262	3.715	17.785	7.319

4. La decisione del Comitato dei Ministri

La strada verso l'uscita dall'“emergenza Strasburgo” sembra essere ormai in discesa.

Da una parte la Corte, con la decisione *Stella*, ha sostanzialmente convalidato i rimedi interni introdotti dal Legislatore³³⁶ ed ha espresso apprezzamento per gli interventi di natura deflattiva e per i provvedimenti finalizzati a implementare le condizioni di vita nelle carceri³³⁷. Se è vero che quanto affermato dalla Corte, come i giudici alsaziani non mancano di puntualizzare, non può che essere una valutazione astratta dei rimedi introdotti, il Governo può trovare un'ulteriore conferma del mutato approccio della Corte nei propri confronti nel momento in cui, nell'adottare la procedura pilota nei confronti dell'Ungheria per la sistematica violazione dell'art. 3, i giudici alsaziani assumono l'Italia quale modello al quale guardare per adottare misure capaci di risolvere il problema del sovraffollamento³³⁸.

Dall'altra parte, anche se la Corte aveva ribadito che il compito di valutare le misure adottate dall'Italia al fine di adeguarsi ai parametri indicati con la sentenza pilota spettava al Comitato dei Ministri, come abbiamo visto, anche l'approccio dell'organo esecutivo del Consiglio sembra ormai mutato verso un maggiore *favor* verso l'Italia.

In questo mutato contesto, l'Italia si prepara all'appuntamento con il Comitato dei Ministri, fissato per il marzo 2016, predisponendo un *consolidated report*³³⁹ nel quale vengono illustrati risultati complessivamente conseguiti grazie agli interventi di riforma.

In questo mutato contesto internazionale, la procedura di esecuzione e il monitoraggio da parte delle istituzioni del Consiglio d'Europa nei confronti dell'Italia termina con la risoluzione adottata dal

³³⁶ *Stella*, cit.

³³⁷ Ivi, §§ 13-16; 50-51.

³³⁸ *Varga and others c. Hungary*, cit. Per un commento, si veda: V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1 aprile 2015.

³³⁹ *Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness*, DH-DD(2015)1251.

Comitato dei Ministri in data 8 marzo 2016³⁴⁰. Il caso italiano si chiude con la promozione da parte dell'Europa degli sforzi fatti dall'Italia e, anche nel recente *White Paper on Prison Overcrowding*³⁴¹, il caso italiano è assunto quale esempio di efficacia dell'azione del Consiglio d'Europa nel contrasto al sovraffollamento. È incontestabile che il problema del sovraffollamento in Italia si sia ridotto notevolmente. Si è infatti passati da una popolazione detenuta di 65.701 persone al 31 dicembre 2012, pochi giorni prima dell'adozione della sentenza *Torreggiani*, ad una popolazione di 52846 persone al 29 febbraio 2016, ultimo dato disponibile prima della risoluzione del Comitato dei Ministri. Tuttavia, come abbiamo potuto osservare in relazione alla più recente giurisprudenza della Corte, anche l'approccio del Comitato dei Ministri non manca di una certa astrattezza, basando la propria valutazione sul rispetto dell'art. 3 prevalentemente su criteri quantitativi. Infatti, come si evince dal preambolo della Risoluzione CM/ResDH(2016)28, il giudizio positivo espresso dal Comitato nei confronti dell'Italia si basa sostanzialmente sull'esame dei dati e delle statistiche sulla popolazione detenuta contenute negli *action report* presentati dal Governo in data 20 novembre 2015³⁴² e in data 25 gennaio 2016³⁴³.

Cercheremo di evidenziare come dai dati illustrati dal Governo, contrariamente a quanto ritenuto dal Comitato dei Ministri, non si possa dedurre un effettivo miglioramento delle condizioni delle carceri italiane. Nel prossimo capitolo cercheremo, attraverso l'analisi delle statistiche e degli orientamenti giurisprudenziali in tema di rimedi interni, di delineare un quadro più accurato dei risultati raggiunti dall'Italia attraverso gli interventi adottati nell'ambito della procedura pilota.

4.1. L'incremento della capacità del sistema penitenziario

Nel primo dei due documenti il Governo illustra i risultati raggiunti in relazione alla riduzione della popolazione penitenziaria e all'incremento della capacità degli istituti nazionali. Si può tuttavia notare che, per quanto riguarda quest'ultimo parametro, il Governo riporti un dato differenziato tra *official capacity* (49610 posti) e *operative capacity* (45640 posti)³⁴⁴. Mentre la prima rappresenta la capacità del sistema penitenziario "a regime", la seconda indica i posti effettivamente disponibili tenuto conto di quelli momentaneamente inagibili. Il Governo, nell'offrire al Comitato un dato sullo stato di sovraffollamento del sistema pari al 5%, fa ricorso ad un parametro denominato *official rate of overcrowding* che viene calcolato sulla *official capacity*. Se invece si calcola il tasso di sovraffollamento sulla base della capacità operativa ci si rende conto che, a fronte di un astratto tasso di sovraffollamento "ufficiale" del 5%, quello "operativo" è pari quasi al 15%. Il Comitato può aver tenuto conto o meno di questa circostanza, ma è in ogni caso sorprendente che il raggiungimento di un tasso reale di sovraffollamento pari al 15% sia sufficiente a determinare la chiusura della fase di monitoraggio.

Quanto affermato dal Governo ci offre l'occasione per fare il punto sullo stato di attuazione degli interventi di espansione edilizia del sistema penitenziario. Abbiamo visto come, fin dalla sentenza *Sulejmanovic*, la soluzione "edilizia" al problema del sovraffollamento sia rimasta un *leitmotiv* nell'agenda politica italiana. A partire dal Piano Carceri del 2010, che prometteva di aumentare la

³⁴⁰ Resolution CM/ResDH(2016)28.

³⁴¹ Si vedano in proposito §§ 140-141.

³⁴² Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, 20 novembre 2015, DH-DD(2015)1251.

³⁴³ Note technique redigee sur la base de renseignements fournis par le departement competent du Ministre de la Justice sur l'exhaustive execution de l'arret pilote Torreggiani et autres contre Italie, 25 gennaio 2016, DH-DD(2016)106.

³⁴⁴ Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, DH-DD(2015)1251, pag. 13.

capienza regolamentare di 21000 posti in due anni, si sono susseguite ciclicamente nuove proposte che, a causa dell'ingente costo della costruzione di nuove carceri, sono sostanzialmente rimaste inattuato. La seconda versione del piano carceri era stata programmata dal Ministro Cancellieri. Abbiamo raccolto nella seguente tabella i dati relativi agli interventi in programma contenuti nella Relazione sull'amministrazione della giustizia relativa all'anno 2013.

Incremento posti previsti

Anno	Totale	di cui attraverso la costruzione/completamento di nuovi istituti	di cui attraverso la costruzione/completamento di nuovi padiglioni	di cui attraverso il recupero spazi esistenti
2012	750	-	-	-
2013	3962	1365	2597	-
2014	2060	-	1800	260
2015	2452	-	1500	925
2016	2800	2800	-	-
totale	12024	4165	5897	1185

Raccogliendo i dati riportati nei vari *action plan*, possiamo notare come a distanza di 5 anni dal primo Piano Carceri, i risultati illustrati dal Governo al Comitato dei Ministri siano drasticamente inferiori alle aspettative, contando su incremento totale che non supera i 6000 posti.

Data	Sotto 3 mq	Tra 3 e 4	Oltre 4	Totale presenti	Capacità
gennaio 13	>10000	-	-	64.610	47040 ufficiale
giugno 13	7648	-	-	64.750	47022 ufficiale
marzo 14	1972	-	-	58.956	48.309 ufficiale
novembre 15	0	8925	43159	52084	49610 ufficiale, 45640 effettiva (al 15.10.15)

4.2. Gli interventi finalizzati a migliorare la qualità della vita in carcere

Se l'approccio del Comitato sul dato relativo alla popolazione penitenziaria era apparso distaccato e astratto, l'aspetto qualitativo delle misure adottate dall'Italia e la concretezza dei miglioramenti riguardanti lo standard di vita della popolazione detenuta, sembrano essere valutati con uno sguardo ancora più freddo. A determinare il Comitato a promuovere l'Italia sono infatti la predisposizione del sistema informatico di monitoraggio dello spazio personale per detenuto³⁴⁵, l'istituzione del

³⁴⁵ Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, DH-DD(2015)1251, pag. 6.

Garante nazionale diritti delle persone detenute o private della libertà personale³⁴⁶ e i miglioramenti apportati alle condizioni di detenzione indicati nel *report* governativo³⁴⁷.

Per quanto riguarda la dimensione più dinamica della tutela della dignità umana, ovvero la capacità del sistema penitenziario di offrire ai detenuti delle occasioni per espandere la propria personalità, il Governo sottopone al Comitato dei Ministri una serie di dati relativi alle misure adottate per incrementare le occasioni di reinserimento. Il Governo aveva inserito nel *consolidated report* una serie di dati relativi all'accesso al lavoro e all'offerta di corsi di formazione professionale e al diritto all'affettività e ai contatti con il mondo esterno.

4.2.1. Il diritto al lavoro

Secondo i dati presentati dal Governo nel *consolidated report*, 12345 detenuti lavorano per l'Amministrazione, 906 lavorano per imprese private all'interno degli istituti penitenziari, 616 lavorano in regime di articolo 21 o.p. all'interno dell'istituto e 659 all'esterno, mentre i 170 corsi di *vocational training* occupano 1930 detenuti. Considerando che il numero di detenuti presenti nelle carceri italiane è superiore alle 50000 unità, ciò che emerge dal report governativo è che in realtà, anche sommando le varie voci indicate, l'accesso al lavoro non è garantito neanche a un terzo della popolazione detenuta. Confrontando le serie storiche, si può notare che, tra il giugno 2013 e il giugno 2016, si registri un incremento del 7,45% del numero di detenuti lavoratori, pari a sole 1545 unità³⁴⁸.

Detenuti lavoratori - serie storica semestrale degli anni: 1991 - 2016

Data rilevazione	Detenuti presenti	Alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria	% su totale lavoratori	Non alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria	% su totale lavoratori	Totale	% su detenuti presenti
30/06/1991	31.053	9.594	89,66	1.106	10,34	10.700	34,46
31/12/1991	35.469	9.615	88,19	1.287	11,81	10.902	30,74
30/06/1992	44.424	10.698	91,21	1.031	8,79	11.729	26,4
31/12/1992	47.316	9.766	88,68	1.247	11,32	11.013	23,28
30/06/1993	51.937	9.861	88,34	1.301	11,66	11.162	21,49
31/12/1993	50.348	9.398	87,35	1.361	12,65	10.759	21,37
30/06/1994	54.616	9.995	86,98	1.496	13,02	11.491	21,04
31/12/1994	51.165	10.061	87,59	1.426	12,41	11.487	22,45
30/06/1995	51.973	9.979	83,83	1.925	16,17	11.904	22,9

³⁴⁶ Si consideri che il decreto ministeriale recante la struttura e la composizione dell'ufficio è stato adottato soltanto nella primavera del 2015 (D.M. 11 marzo 2015, n. 36) e, al momento dell'adozione della Risoluzione del Comitato dei Ministri, il Garante non si era ancora insediato, essendo stato nominato soltanto nel febbraio 2016.

³⁴⁷ Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, DH-DD(2015)1251, pagg. 12, 16-17.

³⁴⁸ È inoltre necessario considerare che, anche i detenuti che svolgono attività lavorativa, hanno orari e retribuzioni estremamente ridotte. Per un approfondimento si rinvia a G. CAPUTO, *Welfare state e lavoro dei condannati*, cit.

31/12/1995	46.908	10.351	86,59	1.603	13,41	11.954	25,48
30/06/1996	48.694	9.989	85,11	1.747	14,89	11.736	24,1
31/12/1996	47.709	10.222	85,41	1.746	14,59	11.968	25,09
30/06/1997	49.554	10.156	84,45	1.870	15,55	12.026	24,27
31/12/1997	48.495	10.033	85,68	1.677	14,32	11.710	24,15
30/06/1998	50.578	10.691	86,55	1.661	13,45	12.352	24,42
31/12/1998	47.811	10.356	87,47	1.483	12,53	11.839	24,76
30/06/1999	50.856	10.253	85,66	1.717	14,34	11.970	23,54
31/12/1999	51.814	10.421	87,55	1.482	12,45	11.903	22,97
30/06/2000	53.537	10.978	87,19	1.613	12,81	12.591	23,52
31/12/2000	53.165	11.121	86,85	1.684	13,15	12.805	24,09
30/06/2001	55.393	11.784	85,3	2.031	14,7	13.815	24,94
31/12/2001	55.275	11.784	85,25	2.039	14,75	13.823	25,01
30/06/2002	56.277	12.110	84,36	2.245	15,64	14.355	25,51
31/12/2002	55.670	11.213	83,22	2.261	16,78	13.474	24,2
30/06/2003	56.403	11.198	82,16	2.432	17,84	13.630	24,17
31/12/2003	54.237	11.463	83,23	2.310	16,77	13.773	25,39
30/06/2004	56.532	11.951	84,08	2.263	15,92	14.214	25,14
31/12/2004	56.068	12.152	82,75	2.534	17,25	14.686	26,19
30/06/2005	59.125	11.824	81,01	2.771	18,99	14.595	24,68
31/12/2005	59.523	12.723	81,68	2.853	18,32	15.576	26,17
30/06/2006	61.264	12.591	81,23	2.910	18,77	15.501	25,3
31/12/2006	39.005	10.483	87,21	1.538	12,79	12.021	30,82
30/06/2007	43.957	11.005	87,29	1.603	12,71	12.608	28,68
31/12/2007	48.693	11.717	87,93	1.609	12,07	13.326	27,37
30/06/2008	55.057	11.633	86,73	1.780	13,27	13.413	24,36
31/12/2008	58.127	12.165	86,95	1.825	13,05	13.990	24,07
30/06/2009	63.630	11.610	86,59	1.798	13,41	13.408	21,07
31/12/2009	64.791	12.376	86,72	1.895	13,28	14.271	22,03
30/06/2010	68.258	12.058	85,42	2.058	14,58	14.116	20,68

31/12/2010	67.961	12.110	85,44	2.064	14,56	14.174	20,86
30/06/2011	67.394	11.508	83,6	2.257	16,4	13.765	20,42
31/12/2011	66.897	11.700	83,8	2.261	16,2	13.961	20,87
30/06/2012	66.528	10.979	82,69	2.299	17,31	13.278	19,96
31/12/2012	65.701	11.557	83,7	2.251	16,3	13.808	21,02
30/06/2013	66.028	11.579	84,35	2.148	15,65	13.727	20,79
31/12/2013	62.536	12.268	84,34	2.278	15,66	14.546	23,26
30/06/2014	58.092	11.735	83,23	2.364	16,77	14.099	24,27
31/12/2014	53.623	12.226	84,03	2.324	15,97	14.550	27,13
30/06/2015	52.754	12.345	84,73	2.225	15,27	14.570	27,62
31/12/2015	52.164	13.140	84,64	2.384	15,36	15.524	29,76
30/06/2016	54.072	12.903	84,49	2.369	15,51	15.272	28,24

Per quanto riguarda i corsi professionali attivati in carcere, se già dal *report* emerge che la platea dei detenuti ai quali sono offerte occasioni di formazione è costituita soltanto da 1930 soggetti e che, inoltre, non è attivato neanche un corso professionale per ciascun istituto. Se perciò, già analizzando il dato in questi termini si può dubitare della sua capacità di costituire un indicatore positivo, la comparazione con la serie storica pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia fugge ogni dubbio. Osservando le statistiche si può infatti notare come tanto il numero di corsi professionali attivati quanto il numero di detenuti partecipanti risulti notevolmente in diminuzione e proprio nel 2016 abbia raggiunto il minimo mai registrato nell'ultimo quarto di secolo. I dati evidenziano che nel corso del 2016 il numero di detenuti impegnati in corsi professionali è addirittura inferiore al dato relativo ai primi anni novanta, quando la popolazione detenuta era inferiore di diecimila unità. Il fatto che il trend negativo inizi proprio a partire dal 2013, ci porta a ritenere che il costo della (inefficiente) politica di espansione edilizia sia stato scaricato sulle spalle dei detenuti. Come abbiamo visto, infatti, il Governo Berlusconi aveva previsto che i fondi necessari per il Piano Carceri fossero in parte reperiti attraverso il finanziamento da parte della Cassa delle Ammende³⁴⁹.

Periodo di rilevazione	Detenuti presenti alla fine del semestre	Corsi attivati			Corsi terminati			
		corsi	detenuti iscritti	% iscritti su presenti	corsi	detenuti iscritti	detenuti promossi	% promossi su iscritti
I sem. 92	44.424	230	3.697	8,32	133	1.724	631	36,6
II sem. 92	47.316	205	2.998	6,34	83	979	479	48,93

³⁴⁹ Leggendo la Relazione sull'amministrazione della giustizia relativa all'anno 2016, si apprende inoltre che l'attività della Cassa delle Ammende, che dovrebbe finanziare i corsi professionalizzanti, è stata bloccata per nove mesi, dal gennaio 2015 al novembre 2016, a causa della mancata approvazione del nuovo statuto.

I sem. 93	51.937	241	3.604	6,94	105	1.393	752	53,98
II sem. 93	50.348	256	3.239	6,43	94	1.088	595	54,69
I sem. 94	54.616	289	3.707	6,79	158	1.986	975	49,09
II sem. 94	51.165	274	3.702	7,24	132	1.501	765	50,97
I sem. 95	51.973	289	4.011	7,72	168	2.097	1.039	49,55
II sem. 95	46.908	283	3.619	7,72	135	1.603	797	49,72
I sem. 96	48.694	310	4.063	8,34	174	1.981	928	46,85
II sem. 96	47.709	237	2.961	6,21	144	1.724	882	51,16
I sem. 97	49.554	288	4.008	8,09	136	1.719	919	53,46
II sem. 97	48.495	278	3.383	6,98	126	1.509	1.053	69,78
I sem. 98	50.578	306	4.038	7,98	137	1.635	1.001	61,22
II sem. 98	47.811	281	3.705	7,75	117	1.466	1.043	71,15
I sem. 99	50.856	240	2.959	5,82	121	1.407	873	62,05
II sem. 99	51.814	256	3.018	5,82	144	1.859	1.192	64,12
I sem. 00	53.537	292	3.624	6,77	186	2.138	1.556	72,78
II sem. 00	53.165	255	3.598	6,77	156	1.810	1.237	68,34
I sem. 01	55.393	353	4.235	7,65	252	2.971	1.926	64,83
II sem. 01	55.275	246	2.892	5,23	192	2.167	1.459	67,33
I sem. 02	56.277	364	4.461	7,93	199	2.324	1.617	69,58
II sem. 02	55.670	311	3.802	6,83	163	1.933	1.337	69,17
I sem. 03	56.403	361	3.879	6,88	266	3.030	1.706	56,3
II sem. 03	54.237	223	2.688	4,96	211	2.435	1.684	69,16
I sem. 04	56.532	367	4.132	7,31	274	3.236	2.189	67,65
II sem. 04	56.068	305	3.760	6,71	220	2.615	1.691	64,67
I sem. 05	59.125	309	3.541	5,99	213	2.567	1.803	70,24
II sem. 05	59.523	295	3.417	5,74	215	2.416	1.699	70,32
I sem. 06	59.523	316	3.569	6	231	2.847	1.909	67,05

II sem. 06	39.005	213	2.227	5,71	162	1.877	1.143	60,9
I sem. 07	43.957	317	3.667	8,34	168	1.975	1.261	63,85
II sem. 07	48.693	239	2.798	5,75	158	2.474	1.209	48,87
I sem. 08	55.057	293	3.570	6,48	180	2.219	1.568	70,66
II sem. 08	58.127	224	2.959	5,09	223	2.812	1.997	71,02
I sem. 09	63.630	351	3.864	6,07	208	2.622	1.830	69,79
II sem. 09	64.791	278	3.228	4,98	228	2.624	1.915	72,98
I sem. 10	68.258	297	3.584	5,25	207	2.657	1.898	71,43
II sem. 10	67.961	279	3.592	5,29	228	2.670	2.178	81,57
I sem. 11	67.394	279	3.508	5,21	149	1.952	1.355	69,42
II sem. 11	66.897	211	2.434	3,64	142	1.707	1.368	80,14
I sem. 12	66.528	237	2.974	4,47	179	2.254	1.684	74,71
II sem. 12	65.701	267	2.983	4,54	212	2.340	1.972	84,27
I sem. 13	66.028	251	2.989	4,53	173	2.109	1.711	81,13
II sem. 13	62.536	165	1.791	2,86	145	1.688	1.303	77,19
I sem. 14	58.092	217	2.342	4,03	139	1.524	1.162	76,25
II sem. 14	53.623	214	2.598	4,84	157	1.888	1.456	77,12
I sem. 15	52.754	169	1.918	3,64	185	2.254	1.815	80,52
II sem. 15	52.164	213	2.376	4,55	165	2.013	1.779	88,38
I sem. 16	54.072	166	1.590	2,94	161	1.470	1.112	75,65

Il Governo non fornisce invece alcun dato in relazione all'offerta formativa scolastica e universitaria. Può invece essere interessante estendere l'analisi ai dati relativi ai corsi scolastici attivati. Secondo gli ultimi dati disponibili sul sito web del Ministero della Giustizia, relativi all'anno scolastico 2014/2015, sono stati organizzati 1139 corsi ai quali si sono iscritti 17096 detenuti. Sebbene si possa evidenziare un trend positivo (i corsi attivati nell'anno scolastico 2012-2013 erano 991, con 16495 iscritti, mentre per l'anno 2013-2014, i corsi attivati erano 1141 e 16698 gli iscritti), questi dati rappresentano comunque una situazione molto negativa³⁵⁰. Se infatti, tornando alle premesse della nostra analisi, riprendiamo la lettera circolare in cui l'amministrazione penitenziaria aveva riconosciuto che nelle carceri italiane era diffusa una situazione di "ozio forzato", ci accorgiamo che le condizioni di vita dei soggetti detenuti in Italia non sono poi così diverse da quelle del 2003. Considerando globalmente i detenuti che lavorano, quelli impegnati in

³⁵⁰ Dati più precisi sono contenuti nella Relazione A.G. 2013, pag. 359, relativamente all'anno scolastico 2011/2012.

corsi professionali, quelli iscritti alla scuola, risulta che la maggior parte dei detenuti non sono impegnati in nessuna attività³⁵¹.

4.2.2. Il diritto all'affettività

Per quanto riguarda il diritto all'affettività, il Governo afferma che, su 202 istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, in 98 istituti è possibile ricevere visite 6 giorni alla settimana, in 137 nel pomeriggio e nel fine settimana, in 123 è stato istituito un sistema di prenotazione delle visite, in 172 sono allestiti non meglio precisati spazi per i bambini in visita. La possibilità di effettuare telefonate con un servizio di carta prepagata è attivo in 120 istituti, mentre la possibilità di utilizzare *Skype* per effettuare videochiamate è prevista in 30 istituti³⁵².

Questi dati, non specificando se gli istituti vengano contati più di una volta, non riescono a dare un'idea chiara di quale sia la concreta situazione dei penitenziari nazionali. Per una valutazione più approfondita di questi aspetti sarebbe interessante poter consultare la relazione sulla visita effettuata dal CPT in Italia nell'aprile 2016, tuttavia tale report non è stato reso pubblico.

4.3. I rimedi interni

Per quanto riguarda infine i rimedi interni, il Comitato si accontenta di un giudizio secondo il quale “remedies appear to offer appropriate redress in respect of complaints concerning poor conditions of detention”³⁵³, affermando l'importanza di continuare a monitorare la loro attuazione per assicurare la loro accessibilità ed effettività.

Sulla questione dell'effettività dei rimedi quindi, né la Corte né il Comitato sembrano voler dare un giudizio definitivo. Come abbiamo visto, la Corte nella decisione *Stella* aveva affermato che, *en principe*, non vi fossero elementi tali per poter dubitare che i rimedi interni offrissent adeguata riparazione in caso di violazione dell'art. 3³⁵⁴. Tuttavia, tale giudizio, teorico e “allo stato degli atti”, si basava proprio sul presupposto che non spettasse alla Corte, ma al Comitato dei Ministri, il compito di vigilare sull'esecuzione della sentenza *Torreggiani* e valutare le misure scelte dallo Stato convenuto per adempiere al proprio obbligo rispetto all'art. 46 della Convenzione³⁵⁵.

³⁵¹ Riprendendo quanto già evidenziato dalla Commissione Palma, anche gli Stati Generali hanno raccomandato un “*impiego più intenso e razionale del personale delle diverse aree*”. In particolare, nel documento viene messo in luce l'effetto negativo derivante dalla concentrazione dell'offerta trattamentale nella fascia oraria antimeridiana e alla conseguente caduta verticale di tale offerta durante le ore pomeridiane. Nel documento si constata che “l'utente è lasciato in balia di sé stesso o, meglio, in balia di quel pericoloso anestetico, che nel linguaggio burocratico viene definito ‘ozio involontario’. Rispetto a questo disservizio, il correttivo è obbligato: occorre prolungare, anche con il prezioso contributo del volontariato, le attività trattamentali - o, quanto meno, talune di esse - per una buona parte del pomeriggio”. SGEP, Documento Finale, pag. 54.

³⁵² Va segnalato che ancora oggi l'utilizzo della tecnologia *Skype* è inibito per tutti quei soggetti che abbiano una posizione giuridica mista che preveda anche un reato di cui all'art. 4-bis o.p.

³⁵³ Si vedano, Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, DH-DD(2015)1251, pag 18 e ss.; Note technique redigee sur la base de renseignements fournis par le departement competent du Ministre de la Justice sur l'exhaustive execution de l'arret pilote *Torreggiani* et autres contre Italie, 25 gennaio 2016, DH-DD(2016)106.

³⁵⁴ *Stella*, cit., § 65.

³⁵⁵ *Ivi*, § 54.

Il Comitato, con questo giudizio sospeso e basato su ciò che i rimedi “sembrano” essere, adotta un approccio vago che rischia di trasformarsi in denegata giustizia. Proprio la certezza dell’esistenza di rimedi interni effettivi è infatti il pilastro su cui poggia il principio di sussidiarietà³⁵⁶. L’approccio della Corte e quello del Comitato portano invece ad un risultato che va nella direzione opposta a tale principio e pone seriamente a rischio la tutela del diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti. Prendiamo ad esempio quei soggetti che, magari dopo aver tentato inutilmente di ottenere tutela dalle istanze nazionali, avevano proposto ricorso alla Corte prima dell’adozione della sentenza *Torreggiani*. Tali soggetti vedono innanzitutto sospesi per il termine di un anno i propri ricorsi per effetto della sentenza pilota. Dopodiché, con la decisione *Stella*, tali ricorsi vengono dichiarati inammissibili e devono quindi essere riproposti al livello interno attraverso l’esperimento dei nuovi rimedi introdotti dal legislatore italiano, nonostante il fatto che loro effettività sia stata valutata solo in teoria. Con la risoluzione del Comitato, si arriva al marzo 2016 ed ancora le istituzioni del Consiglio non hanno espresso un giudizio certo sull’effettività o meno dei rimedi. Perché si abbia una pronuncia in tal senso, l’unica possibilità sembra essere quella che un detenuto, dopo aver esperito tutti i gradi di giudizio previsti dal rimedio interno, magari senza avere ottenuto adeguata tutela, proponga nuovamente ricorso alla Corte. Stante la natura assoluta del diritto sancito dall’art. 3, pretendere che, per ottenere la cessazione della sua violazione, una persona sottoposta a limitazione della libertà personale debba attendere gli anni che sono necessari per percorrere l’ipotetico iter che abbiamo delineato appare del tutto incompatibile con un sistema finalizzato a promuovere l’effettiva tutela dei diritti fondamentali.

4.4. La metamorfosi dell’obbligo di conformità alla Convenzione Europea

Ad uno sguardo d’insieme sui dati presentati dal Governo italiano, sembra che il dovere dello Stato italiano di rimuovere le cause strutturali del sovraffollamento lesivo dell’art. 3 e di introdurre dei rimedi interni effettivi, tipica obbligazione di risultato, finisca per essere valutata come un’obbligazione di mezzi. Il Comitato, infatti, ritiene adempiuta l’obbligazione gravante sullo Stato italiano sulla base degli sforzi compiuti dalle autorità nazionali, più che in ragione di un accertamento delle concrete condizioni delle carceri. L’unico risultato che il Comitato accerta è quello della riduzione della popolazione detenuta e dell’introduzione dei rimedi e di un sistema di monitoraggio delle condizioni di detenzione. In realtà, così facendo, il Comitato non valuta se la diminuzione della popolazione penitenziaria sia imputabile a degli interventi normativi capaci di stabilizzare il risultato raggiunto, né se i rimedi interni siano capaci di soddisfare la domanda di tutela proveniente dai detenuti. Tuttavia, queste considerazioni non destano stupore per due ordini di ragioni. In primo luogo, il Comitato *non poteva* compiere un’attività valutativa avente ad oggetto la situazione delle carceri italiane innanzitutto perché non aveva informazioni sufficienti. Dall’analisi dei *report* del Governo e delle decisioni della Corte e del Comitato che si basano su tali documenti emerge che entrambe le istituzioni di Strasburgo hanno basato le proprie valutazioni su dati parziali e incompleti. L’esistenza di questo problema di asimmetria informativa è evidente se si prende ad esempio la decisione *Stella*. La Corte, nel promuovere le misure adottate dall’Italia, si sofferma ad indicare quali, tra le misure adottate, sono quelle maggiormente positive. Così, i giudici di Strasburgo riconoscono alla legge n. 67 del 28 aprile 2014 il merito di aver modificato il sistema delle sanzioni per i reati minori, in particolare, prevedendo la detenzione domiciliare come pena principale, un maggiore ricorso al lavoro di interesse pubblico, la depenalizzazione dell’immigrazione clandestina³⁵⁷. Abbiamo già visto come, proprio per il clima più disteso

³⁵⁶ Ivi, §§ 38, 64; *Torreggiani*, cit., § 85.

³⁵⁷ *Stella*, cit., § 13.

successivo alla decisione Stella, questi interventi non si siano mai realizzati. Tuttavia, le valutazioni “astratte” della Corte non finiscono qui. La Corte, infatti, affermava che, stando alle informazioni prodotte dal Governo, le condizioni dei detenuti italiani potevano ritenersi migliorate grazie ad un maggior numero di visite familiari e un maggiore accesso al lavoro³⁵⁸. Riprendendo i dati che abbiamo passato in rassegna, sembra che quanto affermato dalla Corte possa essere ritenuto più verosimile che vero.

Strasburgo ha sostanzialmente convalidato un’autovalutazione: la *performance* italiana è infatti valutata sulla base di informazioni provenienti dallo stesso soggetto che dovrebbe essere valutato, senza prendere particolari accortezze per verificare la modalità di raccolta dei dati. In questo senso le reiterate richieste provenienti dal Comitato in occasione della riunione del 6 giugno 2013 e del 6 marzo 2014 sulle modalità di calcolo dello spazio pro capite non sono mai state soddisfatte dal Governo italiano³⁵⁹.

Questo contraddittorio debole che caratterizza il momento valutativo del processo di esecuzione ci porta al secondo motivo che riteniamo spieghi le ragioni della promozione italiana. Il Comitato dei Ministri è un organo composto dai Ministri degli Esteri degli Stati Membri del Consiglio d’Europa. Come rileva Andrea Pugiotto,

comune è il problema, comune è l’interesse politico a uscirne fuori, perché chi giudica oggi sarà giudicato domani per quanto fatto, non fatto, mal fatto. Tutto ciò si traduce in una solidarietà tra Stati europei in sede di esecuzione delle sentenze da parte del Comitato dei Ministri, che di essi è espressione: lo scrutinio a maglie larghe per l’Italia è un precedente che, domani, potrà tornare utile ad altro Paese osservato speciale in ragione del proprio sovraffollamento carcerario³⁶⁰.

³⁵⁸ Ivi, §§ 15, 16, 50.

³⁵⁹ Se infatti il Governo continua ad affermare che la capienza è calcolata sulla base dei criteri individuati dal D.M. Sanità del 1975, che prevede la disponibilità di 9mq per le celle singole, ai quali vanno sommati 5mq in più per ogni ulteriore detenuto, appare evidente che tale criterio non possa essere realmente utilizzato per tutti gli istituti italiani. Come rileva F. CASCINI, cit., “esistono strutture (come quella di Ravenna o di Larino) caratterizzate da ambienti detentivi di 7 mq che non consentirebbero l’allocazione neppure di un detenuto stando nei parametri della capienza regolamentare (si dica per inciso che negli istituti indicati sono presenti due, e talvolta tre detenuti per ciascuna cella)”.

³⁶⁰ A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 3, pag. 1204.

Capitolo V

Un tentativo di bilancio tra le valutazioni di Strasburgo e i dati disponibili

In questo capitolo cercheremo di offrire uno sguardo d'insieme sugli effetti prodotti dalla riforma attuata dall'Italia per adeguarsi alle prescrizioni imposte dalla sentenza *Torreggiani*. Nel primo paragrafo cercheremo di valutare l'efficacia delle misure deflattive adottate dal Governo e di verificare in che misura abbiano influito sul ridimensionamento del problema del sovraffollamento. Nel secondo paragrafo estenderemo l'analisi ai rimedi interni introdotti agli articoli 35-*bis* e 35-*ter*.

1. L'efficacia delle misure deflattive e l'andamento della popolazione detenuta

Abbiamo visto nel precedente capitolo che le norme introdotte dal Legislatore hanno cercato di ridurre in generale il numero di ingressi e incrementare i canali di uscita dal carcere. Più nello specifico, la riforma ha cercato di ridurre il numero di soggetti detenuti, *ex ante*, attraverso la diversificazione della risposta sanzionatoria e, *ex post*, incrementando e potenziando gli istituti che permettono la fuoriuscita dal carcere.

Sotto il primo profilo, devono essere annoverati i lavori di pubblica utilità previsti dall'art. 73, comma 5-*ter*, D.P.R. 309/1009, introdotto dal d.l. 78/2013; l'introduzione della sospensione del processo con messa alla prova, che prevede lo svolgimento di lavori di pubblica utilità "in cambio" della sospensione di un procedimento penale³⁶¹; infine, i decreti legislativi 7 e 8 del 2016³⁶².

Sotto il secondo profilo, sono finalizzate ad *esternalizzare* l'esecuzione penale tutte le modifiche apportate alla disciplina delle misure cautelari, attraverso la rimozione delle preclusioni verso particolari categorie di soggetti e la rimodulazione dei requisiti d'accesso adottate dal d.l.78/2013 e dal d.l.146/13, l'introduzione della liberazione anticipata speciale, le modifiche alla disciplina prevista dall'art. 16 T.U.I. in materia di espulsione come misura alternativa. Infine, possiamo considerare l'ampliamento delle ipotesi di sospensione dell'ordine dell'esecuzione. I riformatori hanno attribuito all'istituto della sospensione una importante funzione di "centro di diversificazione" delle forme di esecuzione della pena: la sospensione permette ai soggetti che non si trovino in custodia cautelare per il fatto per cui si procede di eseguire la pena *ab initio* attraverso una misura alternativa³⁶³, evitando l'ingresso in carcere.

Al fine di incrementare le potenzialità di questo meccanismo e di incidere su una quota molto ampia della popolazione detenuta, la riforma ha introdotto delle norme finalizzate a ridurre il numero di soggetti in custodia cautelare. Alcune di queste norme hanno modificato singole fattispecie penali, come il d.l. 146/2013, che ha riformato l'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/1990, trasformando il reato di "spaccio di lieve entità" da circostanza attenuante a fattispecie autonoma e riducendo a 5 anni il massimo edittale, seguito dalla l. 74/2014, di conversione del d.l. 36/2014, che, intervenendo nuovamente sul comma 5, ne ha ridotto la cornice edittale, fissando la pena tra il minimo di sei mesi

³⁶¹ Capitolo IV, § 2.1.1.

³⁶² Ivi; § II.2.4.; § 3.2.1.

³⁶³ *Supra*, Capitolo IV; § 3.1.1.

e il massimo di 4 anni. Altre hanno modificato le regole previste dal codice di procedura penale. Tra queste, il d.l. 78/2013 ha disposto l'innalzamento della soglia prevista per l'applicazione della custodia in carcere da 4 a 5 anni. Inoltre, il d.l. 92/2014, aveva previsto l'inapplicabilità della custodia cautelare nel caso in cui il giudice avesse potuto ritenere che la pena irrogata al termine del giudizio sarebbe stata inferiore a tre anni³⁶⁴.

Infine, la l. 47/2015, ha provveduto al *restyling*³⁶⁵ della disciplina delle presunzioni assolute introdotta dal pacchetto sicurezza del 2008-2009, ha previsto l'obbligo del giudice di motivare sull'attualità dell'esigenze cautelari, è intervenuta sul procedimento di riesame e sui meccanismi di sostituzione *in pejus* delle misure cautelari.

1.1. L'andamento della popolazione detenuta

Cercheremo adesso, attraverso il confronto con i dati statistici, di analizzare gli effetti della riforma. In generale, a partire dal giugno 2013, è apprezzabile una diminuzione del numero di soggetti detenuti pari a circa 10000 unità. In particolare, il numero di soggetti detenuti in custodia cautelare ha subito una riduzione sia in termini assoluti che in termini relativi. Il numero di soggetti definitivi si è ridotto di circa 3000 unità. Osservando più da lontano, tuttavia, si può notare come il *trend* fosse iniziato già a partire dal 2009, per quanto riguarda la diminuzione di soggetti in custodia cautelare, e dal 2012 per quanto riguarda i soggetti definitivi. Allo stesso modo, anche il flusso in ingresso accelera una diminuzione risalente al 2008.

I momenti nel quale si registrano i maggiori scostamenti in positivo rispetto al trend sono quelli nei quali si sono andate a toccare quelle norme che determinano l'inizio di una spirale di criminalizzazione dalla quale, ancora oggi, una volta entrati rimane estremamente difficile uscire.

Data	Ingressi dalla libertà	Soggetti in misura cautelare	Definitivi	Totale
31/12/2000	81.397	24.295	27.414	53.165
31/12/2001	78.649	23.302	30.658	55.275
31/12/2002	81.185	21.682	32.854	55.670
31/12/2003	81.790	20.225	32.865	54.237
31/12/2004	82.275	20.036	35.033	56.068
31/12/2005	89.887	21.662	36.676	59.523
31/12/2006	90.714	22.145	15.468	39.005
31/12/2007	90.441	28.188	19.029	48.693
31/12/2008	92.800	29.901	26.587	58.127
31/12/2009	88.066	29.809	33.145	64.791

³⁶⁴ Ivi, § 2.3.1.

³⁶⁵ G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, cit.

31/12/2010	84.641	28.782	37.432	67.961
31/12/2011	76.982	27.325	38.023	66.897
31/12/2012	63.020	25.777	38.656	65.701
31/12/2013	59.390	22.877	38.471	62.536
31/12/2014	50.217	18.518	34.033	53.623
31/12/2015	45.823	17.828	33.896	52.164
31/12/2016	47.342	18.923	35.400	54.653

Volendo esprimere un giudizio (forse eccessivamente) sintetico sui mutamenti della legislazione penale che si sono avvicinati negli ultimi anni, si può rilevare che ciò che le riforme adottate a partire dal 2013 hanno in parte cercato di fare, in parte hanno fatto, è, sostanzialmente, un passo indietro rispetto a quelle scelte di criminalizzazione che, a partire dall'inizio del nuovo millennio, avevano determinato la crescita della popolazione detenuta. Gli interventi del Legislatore, insieme alle numerose dichiarazioni di incostituzionalità pronunciate dalla Consulta, hanno infatti demolito la maggior parte delle norme che erano state introdotte dalla legge Bossi-Fini, dalla legge ex-Cirielli, dalla legge Fini-Giovanardi e, da ultimo, dai provvedimenti contenuti nel “pacchetto sicurezza” del biennio 2008-2009. Il risultato di questo processo di decriminalizzazione è rappresentato nelle statistiche dall'evidente parallelismo tra il numero di detenuti presenti nelle carceri italiane prima dell'entrata in vigore di queste norme e quello che risulta in seguito alle modifiche apportate dagli interventi di riforma post-*Torreggiani*. Suscita una certa impressione notare che, se nell'anno 2000 il numero di soggetti ristretti in carcere raggiungeva le 53165 unità, le presenze registrate al 31 dicembre 2014 sono 53623, una differenza di neanche 500 unità.

Si potrebbe pensare che l'effetto complessivo delle riforme adottate abbia riportato il sistema penale quindici anni indietro nel tempo. Tuttavia, l'analisi dei dati conduce a ritenere che non siamo semplicemente tornati al punto di partenza.

Come abbiamo cercato di evidenziare, in particolar modo dopo la sentenza *Torreggiani*, ma già a partire dalle proposte di legge elaborate durante il mandato del Ministro Severino³⁶⁶, l'idea di diversificare la risposta sanzionatoria ha dominato il discorso sul diritto penale. In un intervento alla Camera dei Deputati, il Ministro della Giustizia Orlando aveva affermato che:

siamo riusciti a superare l'emergenza senza ridurre, in maniera sensibile, il numero complessivo dei soggetti trattati, tra carcere e misure alternative. Al decrescere dei primi si è accompagnato il contestuale aumento dei secondi, mantenendo stabile il numero complessivo. Dico questo per rispondere con i numeri a chi ha più volte parlato di indulto mascherato. Questi numeri ci dicono altro. Non abbiamo rinunciato alla sanzione penale, abbiamo semplicemente applicato una diversa sanzione. Si è realizzata così una stabile diminuzione dei detenuti, senza dovere ricorrere a provvedimenti eccezionali³⁶⁷.

³⁶⁶ *Supra*, Capitolo II.

³⁶⁷ Camera dei deputati, resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 365 di lunedì 19 gennaio 2015, pag. 11, 150.

In realtà, come vedremo, sembra che ciò che si è verificato non sia uno spostamento dal carcere alle misure alternative, ma un allargamento dell'area dei soggetti sottoposti a controllo sociale repressivo, sulla scorta di un *net widening effect*³⁶⁸.

Anno	Dalla libertà				Dalla detenzione				Totale misure	% da libertà
	affidamento	semilibertà	d. domiciliare	totale	affidamento	semilibertà	d. domiciliare	totale		
2013	10.573	148	8.998	19.719	5.130	1.468	11.585	18.183	37.902	52
2014	11.898	130	9.000	21.028	5.487	1.400	10.400	17.287	38.315	54
2015	12.909	143	9.827	22.879	5.085	1.250	8.879	15.214	38.093	60

Se il numero di detenuti è diminuito del 16,6%, passando da 62536 a 52164 unità, i soggetti che hanno avuto accesso alle misure alternative alla detenzione sono diminuiti del 16,3%, passando dai 18183 del 2013 ai 15214 del 2015. Al contrario, le misure concesse a soggetti provenienti dalla libertà sono cresciute del 13,9%, passando da 19719 a 22879. Inoltre, se le misure alternative alle quali si accedeva dalla libertà costituivano il 52% del totale, nel 2015 hanno raggiunto il 60%.

Si può notare che alla diminuzione dei soggetti in carcere è corrisposta, quasi nella stessa misura, la diminuzione dei soggetti che dal carcere accedono alle misure alternative. Conseguentemente, se le misure alternative sono aumentate, è perché sono aumentati i soggetti che, dalla libertà, sono stati sottoposti a questa modalità di esecuzione della pena.

Sembrirebbe quindi che la diminuzione dei soggetti detenuti che affollavano le carceri italiane sia dipesa soprattutto dagli interventi che hanno determinato la loro scarcerazione, e non da uno spostamento al regime delle misure alternative. Cercheremo adesso di identificare le principali ragioni che hanno determinato la scarsa efficacia delle norme introdotte al fine determinare la diminuzione della popolazione detenuta attraverso l'espansione delle misure cautelari e alternative. Dopodiché tenteremo di mettere in luce come la diminuzione della popolazione detenuta sia stata determinata prevalentemente dalla riduzione del numero degli ingressi in carcere e dall'incremento del flusso in uscita dei soggetti che erano detenuti per violazione della normativa in materia di sostanze stupefacenti.

1.2. Le cause del fallimento della riforma

1.2.1. La scarsità delle risorse

A determinare il fallimento dell'idea di ridurre la popolazione detenuta ampliando l'ambito di applicazione delle sanzioni di comunità è innanzitutto la circostanza che il Legislatore italiano ha previsto il fine, ma non i mezzi per raggiungerlo.

Abbiamo visto come sono stati introdotti numerosi istituti che accrescono le funzioni degli uffici di esecuzione penale esterna. Non è un mistero che le risorse disponibili, già scarse, siano divenute strutturalmente insufficienti con l'incremento del carico di lavoro determinato dalle nuove disposizioni in materia di misure alternative e di messa alla prova. È lo stesso Ministero a riconoscere l'impossibilità che gli Uffici di Esecuzione Penale Esterna espletino tutti i procedimenti *"nel rispetto di standard qualitativi di sufficienza"*³⁶⁹. Davanti al disorientamento, si è dovuto

³⁶⁸ S. COHEN, *Vision of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985, pag. 40 e ss.

³⁶⁹ Relazione sull'amministrazione della giustizia, inaugurazione anno giudiziario 2015, pag. 13.

procedere a fissare dei criteri di priorità da seguire per selezionare i procedimenti più “meritevoli” di trattazione³⁷⁰.

Come abbiamo visto, con l’introduzione della messa alla prova gli Uffici EPE si sono trovati, a parità di risorse, a gestire un numero crescente di pratiche. Secondo una rilevazione effettuata dalla Direzione Generale dell’esecuzione penale esterna a fine 2014, ogni funzionario gestisce mediamente 75 incarichi³⁷¹. Facendo un calcolo, il tempo che può essere dedicato a ciascuna pratica è circa mezz’ora in una settimana.

Allo stesso tempo, anche la Magistratura di sorveglianza è in numero decisamente sottodimensionato rispetto alle funzioni che le sono assegnate dal Legislatore. Davanti a un numero di persone sottoposte a misure limitative della libertà personale che si aggira intorno alle 100000 unità³⁷², i Magistrati di sorveglianza attualmente in servizio sono 202. Il rapporto è circa di 500 a uno.

Questi dati possono essere sufficienti per spiegare tanto la lentezza dei procedimenti di istruttoria, testimoniata dal carico di lavoro pendente in crescita, ma anche per comprendere le ragioni di quegli orientamenti “difensivi” assunti dalla Magistratura di sorveglianza che, come abbiamo visto per la Corte di Strasburgo, si trova ad essere “assedata” da una domanda di giustizia alla quale non è umanamente possibile offrire la necessaria attenzione. Anche se ciascun Magistrato lavorasse 24 ore al giorno, potrebbe dedicare a ciascun detenuto poco più di un’ora al mese.

Tab. 4 - Esito delle decisioni delle istanze di concessione di affidamento ai servizi sociali e/o di detenzione domiciliare e/o di semilibertà
Totale Tribunali di sorveglianza*

Esito delle decisioni	Istanze iscritte nell'anno:		
	2010	2011	2012
Accolte	37,01%	40,99%	42,78%
Rigettate	26,85%	25,29%	24,10%
Inammissibili	16,23%	13,95%	14,12%
Non luogo a procedere	12,66%	12,92%	12,54%
Altro	7,25%	6,86%	6,46%
Totale definite	100,00%	100,00%	100,00%
<i>in % del totale iscritte</i>	<i>99%</i>	<i>97%</i>	<i>87%</i>

*esclusa la sede di Trento

³⁷⁰ Circolare GDAP- 0351817 del 16 ottobre 2014.

³⁷¹ Camera dei Deputati, Relazione Ministeriale sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato, pag. 16. Si veda, inoltre, la Relazione sull'amministrazione della giustizia, inaugurazione anno giudiziario 2016, pag. 17.

³⁷² *Infra*, § 1.4.

**Tab. 2 - Numero di istanze di concessione di affidamento ai servizi sociali e/o di detenzione domiciliare e/o di semilibertà per stato e anno di iscrizione
Totale Tribunali di sorveglianza***

Anno iscrizione	Definiti nell'anno:				Pendenti al 31/10/2013	Totale
	2010	2011	2012	2013		
2010	24.927	14.185	1.320	245	570	41.247
2011		19.948	14.053	1.510	1.037	36.548
2012			20.280	14.126	4.923	39.329
2013 (fino al 31/10)				16.360	19.699	36.059

*esclusa la sede di Trento

Anno	Mese	Indagine messa alla prova	Messa alla prova
2014	Maggio	105	0
	Giugno	823	2
	Luglio	2.105	6
	Agosto	6.784	6
	Settembre	3.237	18
	Ottobre	4.689	109
	Novembre	6.052	267
	Dicembre	2.472	503
2015	Gennaio	7.543	804
	Febbraio	8.254	1.224
	Marzo	8.849	1.946
	Aprile	9.380	2.587
	Maggio	9.491	3.173
	Giugno	9.633	3.969
	Luglio	9.684	4.782
	Agosto	9.836	4.972
	Settembre	9.577	4.943
	Ottobre	9.397	5.630
	Novembre	9.416	6.234

	Dicembre	9.445	6.557
--	----------	-------	-------

1.2.2. Le preclusioni di ordine giuridico

In secondo luogo, per una parte consistente della popolazione penitenziaria, l'accesso alle misure alternative e alle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere è impedito da preclusioni di tipo giuridico.

La prima di queste preclusioni è senza dubbio quella che deriva dalla condanna per un reato previsto dall'art. 4 *bis* o.p.. Le vicende legate a questa norma sono un altro esempio di quel processo dialettico al ribasso che, come abbiamo evidenziato nel capitolo precedente, ha caratterizzato la dinamica della riforma. È infatti uno dei casi in cui il Legislatore parlamentare ha imposto una marcia indietro sulle proposte del Governo, che già avevano filtrato le proposte nate dal dialogo con le commissioni di studio. Tutti gli interventi adottati con i decreti svuotacarcere, al momento della conversione in legge, hanno infatti escluso dal loro ambito di applicazione i condannati per reati di cui all'art. 4-*bis*.

Le varie commissioni avevano ritenuto indispensabile rivedere la disciplina dell'istituto in esame. Una prima proposta di intervento era stata elaborata dalla Commissione Mista. Al fine di riportare l'elenco dei reati contenuti dall'art. 4 *bis* alla *ratio* che ne aveva determinato l'introduzione, la Commissione aveva proposto di rimuovere dall'elenco del comma 1 i reati previsti agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del D. Lgs. 1998, n. 286, all'articolo 291-*quater* del D.P.R. 1973, n. 43, e all'articolo 74 del D.P.R. 1990, n. 309 e di sopprimere i commi 1-*ter*, 2-*bis* e 3-*bis*.

I detenuti condannati definitivamente per reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* sono 6.554 (su 38.360 complessivi). Con la proposta di modifica cadrebbe la preclusione assoluta di accesso ai benefici per i condannati a norma dell'art. 74 d.p.r. 309/90 (3.616) e per violenza sessuale (2.033). Tuttavia, ragionando sui numeri dei detenuti condannati ristretti nelle sezioni di Alta Sicurezza (che raccoglie, per la quasi totalità, solo quelli ristretti per i reati di cui al primo comma del 4-*bis* e i promotori delle organizzazioni di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/90) che sono circa 4.000, si può dedurre che sarebbero oltre 3.000 i detenuti per i quali cadrebbe la preclusione (quasi) assoluta di accesso ai benefici (nel numero ultimo vengono conteggiati anche gli altri reati eliminati dal catalogo del 4-*bis*). Per verificare i possibili effetti della modifica proposta, si deve far riferimento ai residui delle pene inflitte per i reati rispetto ai quali cade la preclusione. Ciò considerato, si può verosimilmente stimare che in un anno potrebbero essere ammessi ai benefici tra i 500 e i 1000 detenuti. Ovviamente tale stima è del tutto ipotetica, atteso che la rimozione dello sbarramento legislativo consente soltanto al giudice di verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione di una misura alternativa al carcere, impregiudicato restando l'esito di un tale accertamento. Analoghe considerazioni valgono per il comma 1-*ter*, di cui si propone l'abrogazione. I dati più significativi per i reati indicati nella norma riguardano l'omicidio (5.889 condannati), la rapina (5.601 condannati) e l'estorsione (2.043): tenuto conto che circa 3.000 di questi detenuti hanno in contestazione l'aggravante di cui all'art. 7 l. n. 203/91, il numero dei detenuti interessati dalla modifica sarebbe di circa 10.000. Anche in questo caso, deve essere valutata nel tempo la possibile operatività della norma avuto riguardo ai residui pena, per cui in un anno i detenuti che

ne potrebbero usufruire (in astratto, è bene precisarlo nuovamente) sarebbero tra i 1.000 e i 2.000³⁷³.

La proposta della Commissione Mista, che già non aveva incontrato l'unanimità dei consensi in sede di elaborazione, è stata probabilmente ritenuta troppo radicale e non ha avuto alcun seguito normativo. Seppure con un ambito d'applicazione molto ridimensionato, una proposta di superamento della preclusione all'accesso alle misure alternative era emersa anche nei lavori della Commissione Giostra. La Commissione aveva proposto di rendere possibile ammettere alla misura della detenzione domiciliare i condannati per reati previsti dall'4-bis prevedendo l'obbligatorietà del braccialetto elettronico³⁷⁴.

Anche la Commissione Palazzo³⁷⁵ aveva elaborato una proposta di modifica dell'art. 4-bis. In particolare, la Commissione proponeva di intervenire sul comma 1-bis al fine di eliminare la possibilità che, in assenza di collaborazione con la giustizia, la preclusione imposta da tale disposizione divenga insuperabile. La proposta trasformava la natura della preclusione da assoluta a relativa, permettendo che, qualora fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, il giudice avrebbe potuto, con adeguata motivazione, superare la presunzione.

Nonostante l'elaborazione di proposte più miti e specifiche, l'art. 4-bis non è stato toccato dalla riforma e permane un'ampia fascia di soggetti che vedono precluso l'accesso alle misure alternative e agli arresti domiciliari.

Dati su composizione popolazione penitenziaria, 17 ottobre 2013³⁷⁶

Reato	Totale Imputati	In attesa di primo giudizio	Appellanti	Ricorrenti	Misti	Definitivi	Totale
stupefacenti	8.657	4.199	2186	1664	608	14.378	23.094
rapina	3564	1813	938	568	245	5.801	9.473
omicidio	2.792	1233	608	689	262	6.049	9.077
estorsione	1.982	1061	428	270	223	2.180	4.238
furto	1.824	580	785	388	71	1.952	3.853
Violenza sessuale	709	331	220	141	17	2.001	2.755

³⁷³ Si veda la Relazione finale della Commissione Mista, pag. 148 e pag. 81 dell'articolato.

³⁷⁴ Documento finale elaborato dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, pag. 28-29 dell'articolato.

³⁷⁵ Si veda la *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203. Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti dei detenuti o internati "non collaboranti"* della Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013.

³⁷⁶ La tabella presenta in veste grafica i dati riportati nella Relazione della II Commissione Permanente sulle Tematiche oggetto del Messaggio del Presidente della Repubblica trasmesso alle Camere il 7 ottobre 2013, 29 novembre 2013, pag. 4 e nella Relazione sull'Amministrazione della Giustizia Anno 2013, pag. 341; Tali dati sono simili a quelli rilevati in data 27 luglio 2013 e analizzati da F. CASCINI, cit., pag. 6.

ricettazione	809	558	136	70	45	1.897	2.732
416-bis	1107	543	326	199	39		1424
l'associazione per delinquere	356	260	50	22	24		
Maltrattamenti in famiglia	320	226	57	26	11		
Sequestro di persona	137	51	43	29	14		
Atti sessuali con minore	100	58	22	19	1		
Lesioni personali volontarie	83	49	18	14	2		
Istigaz.sfrutt.favoregg.prostituzione	74	55	10	7	2		
Reati contro amm. giustizia	48	22	20	2	4		
bancarotta	33	23	7	2	1		
Insolvenza fraudolenta	33	26	3	4			
peculato	32	27	3	1	1		
strage	26	8	2	5	11		
truffa	11	10		1			

Tra le prime otto categorie di reati indicati in tabella, sei sono incluse, quantomeno nella fattispecie aggravata, nell'elenco di cui all'art. 4-bis.

1.2.3. Le preclusioni di ordine economico-sociale

Tanto per l'accesso alle misure alternative, quanto per l'accesso alla misura degli arresti domiciliari e della messa alla prova, l'assenza di un domicilio idoneo e di una rete sociale sulla quale fare affidamento costituisce una preclusione particolarmente significativa per la popolazione detenuta proveniente dalle fasce più marginali della popolazione. Una particolare forma di discriminazione colpisce la popolazione detenuta di origine straniera. Fattori sia di natura giuridica che socio-economica fanno sì che i soggetti stranieri incontrino grandi difficoltà a raggiungere quegli *standard* di affidabilità sociale³⁷⁷ che sono necessari per accedere agli istituti alternativi al carcere. La condizione di marginalizzazione sociale infatti influisce innanzitutto sulla possibilità che gli stranieri detenuti ricevano un'adeguata difesa tecnica³⁷⁸. Ad amplificare questo *deficit* determinato dalle condizioni economiche dei migranti concorre, inoltre, la difficoltà che i detenuti stranieri spesso incontrano nell'ottenere dall'autorità consolare del proprio Paese la documentazione necessaria per accedere all'istituto del gratuito patrocinio a spese dello Stato. I problemi nell'accesso ad un'adeguata difesa si riverberano quindi sulla possibilità di fruire sia delle misure cautelari più lievi della custodia in carcere sia delle misure alternative. Inoltre, a causa della limitatezza delle risorse disponibili, le strutture che si occupano di accoglienza nei confronti dei

³⁷⁷ A. SBRACCIA, *Immigrazione e criminalità. Nessi causali e costruzioni sociali*, in, S. MEZZADRA e M. RICCIARDI (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, Ombrecorte, 2013, pagg. 88-89.

³⁷⁸ F. PALAZZO, *Immigrazione e criminalità*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 ottobre 2016, pag. 2.

soggetti detenuti non riescono a coprire l'altissima domanda di disponibilità di alloggio proveniente dagli stranieri. La marginalizzazione giuridica aggrava ulteriormente la situazione: da una parte, la posizione di irregolare rende il soggetto poco "appetibile" per le strutture di accoglienza in quanto, spesso, la prospettiva di un'espulsione a fine pena confligge con il percorso di reinserimento sociale che queste strutture cercano di promuovere; dall'altra, i principali presupposti necessari per accedere alle pene alternative al carcere, il lavoro e un domicilio, sono pressoché negati al migrante dalle norme del Testo Unico sull'immigrazione che impediscono la possibilità di svolgere attività lavorativa e di sottoscrivere un contratto di locazione³⁷⁹.

1.2.3.1. La popolazione detenuta straniera

Gli stranieri, nonostante costituiscano oltre la metà dei soggetti detenuti con un residuo pena che permetterebbe, in astratto, l'accesso alle misure alternative, rappresentano una percentuale molto bassa dei soggetti in esecuzione esterna.

% detenuti stranieri per pena residua e % stranieri in misura alternativa

Data	% su soggetti con pena inferiore a un anno	% su soggetti in 199	% su totale detenuti con pena inferiore a 2 anni	% su soggetti in detenzione domiciliare	% su totale detenuti con pena inferiore a 3 anni	% su soggetti in affidamento	% su soggetti in semilibertà
31.12.09	43.9		41.5	14.4	39.9	10.7	11.9
30.6.10	43.5		42	15	40.4	10.5	10.5
31.12.10	45.7		43	14.8	41.2	10.5	10.1
30.6.11	43.5	25.6	41.2	14.3	39.5	10	10
31.12.11	44.4	28.7	41.5	14.4	39.9	9.6	9.5
30.6.12	44.8	11.9	42.7	17.7%	40,60%	11.6%	11%
31.12.12	45.3	29.5	42.9	17.8%	40,40%	11.8%	11%
30.6.13	45.2	31.9	42.3	17%	40%	12%	10,70%
31.12.13	45.9	32.4	42.8	16,80%	40,30%	11%	12%
30.6.14	44.3	33.8	41.6	16%	39,20%	11%	11%

³⁷⁹ Inoltre, si segnala che, nel corso dell'attività di volontariato presso il Nuovo Complesso Penitenziario di Sollicciano a Firenze è capitato spesso di incontrare soggetti, soprattutto stranieri, che seppur sostanzialmente definitivi - o per rinuncia all'impugnazione o per decorrenza dei termini - non ricevono l'ordine di esecuzione in tempo utile per fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario tanto sotto il profilo del diritto al trattamento, ai colloqui, alle telefonate etc., quanto, in un'ottica deflattiva, della liberazione anticipata. Molti di questi soggetti con l'applicazione della liberazione anticipata, avrebbero già terminato l'esecuzione della pena ma, non essendo ancora definitivi, finiscono per trascorrere in custodia cautelare un tempo pari alla durata della pena inflitta. Il problema potrebbe essere molto diffuso e rilevante se si considera che un altissimo numero di soggetti è detenuto per una pena inferiore a tre anni.

31.12.14	42.2	36	39	16,50%	37%	11%	10.7%
30.6.15	39.6	34.9	38.1	15.5%	36,50%	11%	8%
31.12.15	40.3	32.2	38.3	15.5%	36,40%	11%	11%

Detenuti stranieri per pena residua

Data	Da 0 a 1	% su totale detenuti	Da 0 a 2	% su totale detenuti	Da 0 a 3	% su totale detenuti	Totale detenuti
30.6.12	4.620	11,9	7.742	19,9	9.583	24,7	38.771
31.12.12	4.579	11,8	7.584	19,6	9.510	24,6	38.656
30.6.13	4.642	11,5	7.769	19,2	9.754	24,2	40.301
31.12.13	4.398	11,4	7.327	19,0	9.208	23,9	38.471
30.6.14	3.902	10,5	6.618	17,9	8.308	22,4	36.926
31.12.14	3.328	9,7	5.600	16,4	7.074	20,7	34.033
30.6.15	3.128	9,1	5.404	15,7	6.984	20,3	34.276
31.12.15	3.125	9,2	5.454	16	6.947	20,4	33.896

% stranieri su detenuti per pena residua

Data	Da 0 a 1	% su totale da 0 a 1	Da 0 a 2	% su totale da 0 a 2	Da 0 a 3	% su totale da 0 a 3	Totale detenuti stranieri definitivi	Totale detenuti definitivi
30.6.12	4.620	44.8	7.742	42.7	9.583	40.6	12.840	38.771
31.12.12	4.579	45.3	7.584	42.9	9.510	40.4	12.732	38.656
30.6.13	4.642	45.2	7.769	42.3	9.754	40	13.125	40.301
31.12.13	4.398	45.9	7.327	42.8	9.208	40.3	12.422	38.471
30.6.14	3.902	44.3	6.618	41.6	8.308	39.2	11.601	36.926
31.12.14	3.328	42.3	5.600	39	7.074	37	10.104	34.033
30.6.15	3.128	39.6	5.404	38.1	6.984	36.5	10.058	34.276
31.12.15	3.125	40.3	5.454	38.3	6.947	36.5	9.940	33.896

Lo stesso fenomeno può essere osservato in relazione alla popolazione detenuta in misura cautelare. Anche in questo caso gli imputati stranieri hanno una ridotta possibilità di accesso a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere. Prendiamo ad esempio gli effetti dell'art. 8 del d.l. 92/14 prima e dopo le modifiche intervenute con la conversione in legge, scorrendo i dati relativi ai

detenuti italiani e a quelli stranieri. Come abbiamo visto con la conversione in legge vengono introdotte due cause ostative al divieto di custodia cautelare per i soggetti destinati a condanna inferiore a 3 anni: la commissione di reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. e l'indisponibilità di un domicilio dove poter eseguire gli arresti domiciliari.

Nel luglio 2014, dopo l'entrata in vigore del d.l. 92/2014, si registra la percentuale minima di soggetti stranieri in custodia cautelare. Le modifiche alla disciplina del codice di procedura penale introdotte dall'art. 8 del citato decreto infatti stabiliscono l'inapplicabilità della custodia cautelare ogni volta che il giudice possa prevedere che la pena inflitta in concreto non supererà i tre anni di reclusione³⁸⁰.

Tra il 30 giugno e il 31 luglio 2014 gli stranieri in attesa di primo giudizio diminuiscono di 589 unità (-15.4%), gli appellanti di 668 unità (-31.6%), i ricorrenti di 378 unità (-26.2%) i soggetti con posizione mista di 69 unità (-29%). In totale gli stranieri condannati non definitivi diminuiscono di 1115 unità (-29.4%) e gli stranieri in custodia cautelare di 1704 unità (-22.4%). Nello stesso periodo i soggetti italiani in attesa di primo giudizio diminuiscono di 745 unità (-12%), gli appellanti di 413 unità (-14.2%), i ricorrenti di 194 unità (-8.9%) i soggetti con posizione mista di 80 unità (-7.1%). In totale gli italiani condannati non definitivi diminuiscono di 687 (-11.1%) unità e il totale dei soggetti italiani in custodia cautelare di 1432 unità (-11.5%)³⁸¹.

	Appellanti		Ricorrenti	
	italiani	stranieri	italiani	stranieri
30.6 - 31.7	-413	-668	-194	-378
31.7 - 31.8	-28	-17	-97	-122
31.8 - 30.9	+89	+128	+7	+56

Con la conversione in legge del decreto 92/14, la custodia in carcere può essere disposta, indipendentemente dalla valutazione sull'entità della pena che può essere inflitta in concreto, qualora il reato per cui si proceda rientri tra quelli previsti all'art. 4-*bis* o.p., e qualora il soggetto sottoposto a procedimento penale non abbia la disponibilità di un domicilio idoneo dove poter eseguire la più lieve misura degli arresti domiciliari. Effetto delle nuove preclusioni è l'inversione del *trend* in diminuzione dei detenuti in custodia cautelare e l'aumento tra questi della percentuale di stranieri. Se tuttavia, dopo uno *shock* iniziale, i soggetti italiani in custodia cautelare tornano a diminuire a partire dal mese di novembre, i soggetti stranieri continuano ad aumentare e permangono intorno alle 7300 unità anche nel corso dell'anno successivo, salvo tornare a diminuire a partire dal mese di maggio 2015.

1.2.3.1.1. L'espulsione ex art. 16 T.U.I.

Nel capitolo precedente avevamo visto che, sulla base delle proposte elaborate dalla Commissione Mista, dalla Commissione Palma e dalla Commissione Giostra, il Legislatore aveva cercato di ampliare la platea di soggetti espellibili ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 286/1998. Nonostante le

³⁸⁰ F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del decreto-legge 92/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 luglio 2014; G. MELANI, *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, cit., pag. 136.

³⁸¹ Cfr. Capitolo IV, § II.3.1.1.

modifiche normative apportate dal d.l. 146/2013, i dati dimostrano come l'adozione della misura alternativa dell'espulsione non solo è estremamente limitata, ma addirittura in diminuzione³⁸².

Espulsioni come misura alternativa 2002-2014³⁸³

2002	449
2003	1161
2004	1038
2005	1242
2006	1.012
2007	381
2008	716
2009	1010
2010	984
2011	896
2012	920
2013	955
2014	814

Ancora una volta, il Legislatore si è limitato ad intervenire sulla disciplina normativa senza organizzare un apparato capace di mettere in pratica quanto previsto al livello legislativo. Tra gli ostacoli all'adozione della misura sta sicuramente la lentezza delle procedure di identificazione³⁸⁴. Come ribadito anche dalla Commissione Palma³⁸⁵, è estremamente importante che le procedure di identificazione vengano anticipate. Anche aldilà degli effetti sulla misura alternativa dell'espulsione, è infatti doveroso evitare che il soggetto straniero, una volta scontata la pena, veda nuovamente limitata la propria libertà personale attraverso la restrizione in un C.I.E al fine dell'identificazione e della successiva espulsione.

Soltanto il 5 giugno 2015, sulla base del nuovo comma *5-bis* inserito all'art. 16 dal D.L. 146/2013, è stato adottato il Protocollo nazionale tra il Ministero della Giustizia e il Ministero dell'Interno. In

³⁸² Bisogna inoltre precisare che i dati non operano distinzioni tra decreti di espulsione emessi dal Magistrato di sorveglianza e espulsioni effettivamente eseguite.

³⁸³ La tabella è stata elaborata sulla base dei dati presentati da F. CASCINI, cit., pag. 84-85 e sulla base di quelli presentati da F. TAGLIAFERRO, cit., pag. 25.

³⁸⁴ Nel corso dell'esperienza personale maturata come volontario dell'associazione L'Altro Diritto ONLUS presso la Casa Circondariale di Sollicciano è stato possibile riscontrare che, anche nei casi in cui fosse stato il detenuto a fare istanza di espulsione ed avesse ottenuto una pronuncia favorevole da parte del Magistrato di sorveglianza, spesso la misura non veniva eseguita in tempo ed il detenuto finiva per espiare la totalità della pena in carcere.

³⁸⁵ Documento Finale, pag. 12.

tale atto si stabilisce che spetterà alla direzione degli istituti penitenziari inviare periodicamente alle questure gli elenchi dei detenuti stranieri entrati in carcere, insieme a tutte le notizie utili ad identificarne la nazionalità.

Si è costituito inoltre il Tavolo interministeriale di consultazione per assicurare il coordinamento e direttive aggiornate riguardo alla operatività del protocollo. I passi successivi riguarderanno l'implementazione della scheda notizie sulla nazionalità del detenuto, la creazione di un gruppo tecnico per il raccordo fra carceri e questure a livello locale, il monitoraggio dei possibili miglioramenti. Con la circolare n. 3665/6115 del 2 dicembre 2015 il DAP ha regolato lo strumento informatico "Certificato di Identificazione del Detenuto Immigrato - C.I.D.I.", che dal 10 dicembre 2015 coordina le procedure di identificazione e di individuazione della nazionalità dei detenuti stranieri tra gli Uffici Matricola e gli Uffici Immigrazione delle Questure. Con la circolare n. 0155957-06/05/2016 tale strumento è stato aggiornato, prevedendo che gli Uffici Matricola provvedano alla registrazione nel sistema dei documenti di riconoscimento che si trovano nella disponibilità del detenuto, ed è stata inoltre modificata la denominazione in Nuovo Certificato per l'Identificazione del Detenuto Straniero - C.I.De.S. (ex C.I.D.I.). Secondo i dati riportati dalla circolare, alla data del 3 maggio 2016 risultavano avviate 587 procedure di identificazione e, tra queste, 431 riguardano persone ancora in stato di detenzione. Sul versante dei risultati conseguiti, nella circolare si afferma che "sono state identificate, nel complesso, n. 103 persone (73 delle quali sono tuttora detenute) e, per 9 di esse, si è provveduto a dare esecuzione al provvedimento di espulsione dallo Stato Italiano".

Se si considera che al 30 giugno 2016 i detenuti stranieri con un residuo pena inferiore a due anni sono 5817, emerge chiaramente come, a distanza di quasi tre anni dalle modifiche apportate all'art. 16 dal D.L. 146/2013, l'efficacia delle nuove procedure sia ancora estremamente limitata.

1.3. Le cause della deflazione carceraria

I dati analizzati sembrano dimostrare che gli interventi adottati dal Legislatore per fronteggiare l'emergenza carceraria cercando di spostare la popolazione detenuta dal carcere alle misure di comunità abbiano raggiunto un'efficacia molto ridotta e che la ragione di tale limitata efficacia risieda innanzitutto nel fatto che tali interventi realizzano soltanto in apparenza un ripensamento delle scelte di politica criminale che hanno determinato l'insorgere del problema del sovraffollamento.

Innanzitutto, è necessario notare che aspingere il Legislatore a modificare il sistema penitenziario non sembra essere stato il raggiungimento della consapevolezza degli effetti delle politiche penali di stampo securitario, ma, piuttosto, il dovere di adempiere all'obbligo internazionale di risolvere il problema del sovraffollamento imposto dalle sentenze adottate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il fatto che l'azione normativa di riforma sia stata sostanzialmente orientata a dare una risposta alle richieste provenienti dall'ordinamento sovranazionale e non sia invece derivata da una matura e consapevole volontà di cambiare indirizzo di politica criminale ha implicazioni importanti: seppure abbiamo evidenziato che le istituzioni del Consiglio d'Europa hanno valutato soprattutto la buona volontà del Legislatore, in questa sede è bene focalizzare l'attenzione sul fatto che il dovere di ridurre il sovraffollamento carcerario imposto dalle sentenze della Corte EDU costituisce un'obbligazione di risultato e, conseguentemente, la scelta dei mezzi per raggiungere tale obiettivo è rimasta affidata alla discrezionalità del Legislatore nazionale.

Proprio il tipo di interventi che, nell'esercizio della sua discrezionalità, il Legislatore ha deciso di adottare portano a ritenere che alla base della riforma non vi sia né la consapevolezza dell'impatto del processo di criminalizzazione dei soggetti marginali ed, in particolare, dei migranti,

sull'andamento della popolazione detenuta né, conseguentemente, la volontà di risolvere i problemi e le contraddizioni che questo processo comporta.

Abbiamo visto come gli interventi adottati dal Legislatore sono andati nella direzione di un ampliamento del ventaglio di risposte sanzionatorie. Questa ristrutturazione del sistema punitivo ha indubbiamente allargato l'area delle situazioni nelle quali la detenzione in carcere non costituisce l'unica risposta sanzionatoria che il sistema penale fa corrispondere all'accertamento di determinati comportamenti. È altrettanto indubbio che, parallelamente a questi interventi, si sia verificata una rilevante riduzione della popolazione detenuta.

Se si tenta di verificare *dove siano andati a finire* questi 10000 detenuti, tuttavia, ci si accorge che i soggetti in misura alternativa sono pressoché stabili e che gli accessi dalla detenzione sono addirittura diminuiti.

Misure alternative mensili 2013-2015

Anno	Mese	Affidamento in prova	Semilibertà	Detenzione domiciliare e 199	Totale
2013	gen	10.112	879	9.376	20.367
	feb	10.381	885	9.708	20.974
	mar	10.634	878	10.108	21.620
	apr	10.924	890	10.355	22.169
	mag	10.958	880	10.406	22.244
	giu	11.243	896	10.563	22.702
	lug	11.596	896	10.760	23.252
	ago	11.212	912	10.670	22.794
	set	10.755	881	10.255	21.891
	ott	10.778	865	10.083	21.726
	nov	10.992	838	10.189	22.019
	dic	11.109	845	10.173	22.127
2014	gen	11.234	815	10.152	22.201
	feb	11.329	802	10.099	22.230
	mar	11.646	800	10.071	22.517
	apr	11.835	824	10.164	22.823
	mag	12.027	833	10.165	23.025
	giu	12.305	821	10.126	23.252

	lug	12.591	805	10.113	23.509
	ago	12.077	790	9.899	22.766
	set	11.675	778	9.640	22.093
	ott	11.619	778	9.383	21.780
	nov	11.896	762	9.406	22.064
	dic	12.011	745	9.453	22.209
2015	gen	12.086	738	9.313	22.137
	feb	12.264	756	9.451	22.471
	mar	12.370	775	9.519	22.664
	apr	12.539	789	9.635	22.963
	mag	12.581	768	9.712	23.061
	giu	12.581	768	9.712	23.061
	lug	12.793	723	9.936	23.452
	ago	12.354	719	9.795	22.868
	set	11.802	682	9.603	22.087
	ott	11.918	687	9.615	22.220
	nov	12.144	702	9.666	22.512
	dic	12.096	698	9.491	22.285

Se, in astratto, gli interventi del Legislatore si sono rivolti verso la generalità della popolazione detenuta, in realtà la platea dei soggetti che ha potuto concretamente beneficiare degli effetti dell'allargamento degli istituti alternativi al carcere è abbastanza limitata.

Infatti, dal momento che la crescita della popolazione detenuta è stata determinata in gran parte da un fenomeno di crescente incarcerazione di soggetti stranieri e altri soggetti marginali, non ci si può stupire del fatto che l'azione di riforma messa in atto dal Legislatore, aspirando a raggiungere un risultato di deflazione attraverso lo spostamento della popolazione penitenziaria dal carcere alle misure alternative, non abbia raggiunto particolari effetti deflattivi. L'esistenza di una quota di popolazione detenuta esclusa dal binario delle misure alternative per preclusioni di ordine giuridico ma soprattutto sociale è confermato dal fatto che a determinare la riduzione della popolazione detenuta sono stati proprio quegli interventi accomunati dalla caratteristica di dipendere da presupposti applicativi indifferenti alle condizioni socio-economiche dei detenuti.

Tra questi, senza dubbio, rientra la misura straordinaria della liberazione anticipata speciale, introdotta con il D.L. 146/2013. Come abbiamo visto nel Capitolo IV, tale istituto, con effetto dal primo gennaio 2010, ha aumentato da 45 a 75 giorni la riduzione della pena residua ottenibile dai detenuti per ogni semestre nel quale avessero dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

L'ampia efficacia deflattiva di questa misura è infatti dipesa innanzitutto dal fatto che, seppure con la conversione in legge era stata introdotta una preclusione nei confronti dei soggetti condannati per i reati previsti dall'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario, l'applicazione di questo beneficio non incontrava ostacoli nella condizione sociale del detenuto³⁸⁶. Inoltre, come vedremo, questa misura ha avuto un effetto catalizzatore della portata deflattiva degli interventi di decriminalizzazione.

Il fatto che il Legislatore abbia dovuto introdurre la liberazione anticipata speciale ci conduce ad un'ulteriore rilievo. La necessità che, come la storia ci insegna, il Legislatore debba adottare interventi e misure straordinarie per ridurre il sovraffollamento costituisce l'ennesima conferma del fatto che, data la composizione della popolazione detenuta, da una parte il sistema delle misure alternative non può rappresentare un argine all'inflazione detentiva e, dall'altra, se non vengono adottati interventi che incidano fin dal principio sul processo di incarcerazione è improbabile che la popolazione detenuta si mantenga contenuta.

1.3.1. La liberazione anticipata speciale

Si può ipotizzare che l'applicazione della liberazione anticipata speciale abbia avuto un effetto deflattivo notevole soprattutto in riferimento a quei soggetti che si trovavano in carcere da più tempo, dal momento che l'incremento della riduzione di pena da 45 a 75 giorni ha operato a partire dal 2010. Chi fosse stato detenuto dal 2010 e avesse sempre ottenuto la concessione della liberazione anticipata, con l'introduzione della nuova norma ha visto ridursi la pena di due anni (otto semestri x 30 giorni).

Detenuti per pena residua 0-5 anni

	Da 0 a 1			Da 1 a 2			Da 2 a 3			Da 3 a 5		
	totale	stranieri	% stran.									
31.12.09	10.662	4.681	43.9	6.492	2.451	37.7	4.484	1.514	33.7	4.534	1.192	26.2
30.6.10	11.601	5.048	43.5	7.168	2.844	39.6	5.051	1.734	34.3	5.196	1.390	26.7
31.12.10	11.224	5.130	45.7	7.520	2.933	39	5.151	1.796	34.8	5.517	1.563	28.3
30.6.11	10.090	4.398	43.5	7.482	2.855	38.1	5.448	1.857	34	5.958	1.659	27.8
31.12.11	10.430	4.636	44.4	7.667	2.883	37.6	5.406	1.877	34.7	5.987	1.637	27.3
30.6.12	10.296	4.620	44.8	7.794	3.122	40	5.506	1.841	33.4	6.421	1.685	26.2
31.12.12	10.106	4.579	45.3	7.558	3.005	39.7	5.834	1.926	33	6.263	1.601	25.5
30.6.13	10.263	4.642	45.2	8.084	3.127	38.6	6.017	1.985	32.9	6.575	1.684	25.6
31.12.13	9.569	4.398	45.9	7.535	2.929	38.8	5.726	1.881	32.8	6.251	1.537	24.5
30.6.14	8.801	3.902	44.3	7.078	2.716	38.3	5.262	1.690	32.1	6.193	1.573	24.4
31.12.14	7.858	3.328	42.2	6.481	2.272	35	4.746	1.474	31	5.722	1.456	25.4
30.6.15	7.885	3.128	39.6	6.290	2.276	36.1	4.955	1.580	31.8	5.784	1.484	25.6
31.12.15	7.749	3.125	40.3	6.479	2.329	35.9	4.809	1.493	31	5.618	1.417	25.2
30.06.16	8.051	3.339	41.4	6.616	2.478	37.4	5.145	1.660	32.2	5.923	1.529	25.8

³⁸⁶ In F. TAGLIAFERRO, cit., a pag. 12 si afferma che, dall'entrata in vigore fino al 31 dicembre 2014, quindi in un periodo di un anno e una settimana, sono stati 6.055 i detenuti scarcerati con la concessione della liberazione anticipata speciale.

Tra il 31 dicembre 2013 e il 30 giugno 2014 si registra un notevole incremento del flusso in uscita, testimoniato dalla riduzione di quasi 2000 detenuti con pena inferiore ad un anno e con pena compresa tra un anno e due anni, effetto che potrebbe derivare dalla concessione dei ventiquattro mesi di liberazione anticipata speciale “arretrata”. Si consideri, inoltre, che nel periodo intercorrente tra l’entrata in vigore del decreto legge 146/2013 e la conversione, avvenuta il 21 febbraio 2014 con la legge n. 10, potevano ottenere la liberazione anticipata speciale anche i detenuti per reati di cui all’art. 4-*bis* o.p.³⁸⁷. Anche questa circostanza può concorrere a spiegare il motivo per il quale, dopo il *boom* iniziale, gli effetti della liberazione anticipata speciale si siano ridotti e, con ciò, si è ridotta anche la deflazione di soggetti con un residuo pena breve.

Condannati definitivi

Anno	Mese	Italiani	Stranieri	Totale
2013	gennaio	26.172	12.918	39.090
	febbraio	26.379	13.047	39.426
	marzo	26.567	13.130	39.697
	aprile	26.866	13.127	39.993
	maggio	27.104	13.124	40.228
	giugno	27.176	13125	40301
	luglio	26.943	13.031	39.974
	agosto	26.706	12.865	39.571
	settembre	26.336	12.509	38.845
	ottobre	26.221	12.491	38.712
	novembre	26.312	12.546	38.858
	dicembre	26.049	12.422	38.471
2014	gennaio	25.489	11.846	37.335
	febbraio	25.493	11.791	37.284
	marzo	25.439	11.858	37.297
	aprile	25.355	11.756	37.111
	maggio	25.360	11.725	37.085
	giugno	25.325	11.601	36.926
	luglio	25.084	11.331	36.415

³⁸⁷ *Supra*, Capitolo IV.

	agosto	24.883	11.055	35.938
	settembre	24.519	10.678	35.197
	ottobre	24.292	10.392	34.684
	novembre	24.258	10.286	34.544
	dicembre	23929	10.104	34.033

Si può inoltre ricavare un dato *a contrario* prendendo in considerazione il *trend* relativo alla popolazione detenuta successivamente alla cessazione dell'efficacia di questa misura: a partire dal 24 dicembre 2015 la popolazione detenuta con posizione giuridica di definitivo torna ad aumentare.

2016	gennaio	23.949	10.046	33.995
	febbraio	24.057	10.110	34.167
	marzo	24.286	10.294	34.580
	aprile	24.389	10.469	34.858
	maggio	24.560	10.549	35.109
	giugno	24.596	10.638	35.234
	luglio	24.617	10.679	35.296
	agosto	24.551	10.596	35.147
	settembre	24.368	10.528	34.896
	ottobre	24.577	10.628	35.205
	novembre	24.712	10.744	35.456
	dicembre	24.601	10.799	35.400

1.3.2. L'impatto delle modifiche della disciplina in materia di stupefacenti

Merita di essere analizzata separatamente l'incidenza sul fenomeno del sovraffollamento delle politiche penali rivolte al contrasto del traffico di stupefacenti. Varie ragioni motivano una trattazione separata. Da una parte il numero di soggetti che vengono sottoposti a sanzione per aver commesso fatti puniti dalle norme del Testo Unico stupefacenti è altissimo: sostanzialmente, quasi un terzo dei soggetti detenuti in Italia ha come reato più grave la violazione del d.p.r. 309/1990. È quindi inevitabile che la sorte della popolazione penitenziaria sia legata a doppio filo alle vicende della disciplina sanzionatoria del traffico di stupefacenti. Dall'altra parte, la disciplina è stata oggetto di due specifici interventi del Legislatore e dell'intervento demolitorio della Corte Costituzionale³⁸⁸.

³⁸⁸ *Supra*, Capitolo IV, § 2.2.3.

Detenuti per violazione Testo Unico Stupefacenti

Data	Italiani	Stranieri	Totale	Art. 73		Art. 74		Art. 73 e 74	
				definitivi	imputati	definitivi	imputati	definitivi	imputati
30.06.13	15409	10.633	26.042	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
31.12.13	14541	9.732	24.273	11838	6115	463	347	3573	1820
30.06.14	13396	7918	21314	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
31.12.14	12199	6747	18946	8840	3877	472	377	3488	1790

Detenuti per art. 73

Data	Totale	Condannati	Imputati
31.12.06	10312	3519	6793
31.12.07	14117	4618	9499
31.12.08	18197	7590	10607
31.12.09	20948	10552	10396
31.12.10	21633	12370	9263
31.12.11	21094	12642	8452
31.12.12	19893	12452	7441
31.12.13	17953	11838	6115
31.12.14	12717	8840	3877

A fine 2013 si poteva registrare una riduzione di 614 condannati definitivi e 1326 imputati per violazione dell'art. 3 t.u. stupefacenti rispetto all'anno precedente. L'anno successivo, la diminuzione dei condannati definitivi per art. 73 raddoppia. A fine 2014, rispetto al 2013, ci sono 2998 condannati in meno. Nello stesso periodo, incrementa del 41% anche la diminuzione di soggetti in custodia cautelare: gli imputati per art. 73 diminuiscono di 2238 unità. In totale, il numero di soggetti detenuti per traffico di stupefacenti diminuisce di 5236 unità, riducendosi di quasi un terzo rispetto all'anno precedente.

Si può notare inoltre che, mentre il numero di imputati stava già decrescendo dal 2008 e registra, nel periodo in esame, un incremento del *trend*, per quel che riguarda i detenuti definitivi è proprio nel biennio 2013-2014 che si può registrare una netta diminuzione. Soltanto nel corso del 2014, il numero di definitivi si riduce di un quarto. L'andamento generale potrebbe essere spiegato considerando gli effetti della riduzione di pena che deriva dall'applicazione della più favorevole cornice edittale prevista per le droghe leggere dalla legge Iervolino-Vassalli, tornata in vigore per la dichiarazione di incostituzionalità delle modifiche apportate al d.p.r. 309/1990 dalla legge Fini-Giovanardi. Attraverso l'esperimento dell'incidente di esecuzione, chi fosse stato condannato alla pena compresa tra i sei e i venti anni prevista dalla Fini-Giovanardi ha potuto chiedere al giudice la

rideterminazione della pena nella cornice edittale compresa tra due e sei anni³⁸⁹. Purtroppo non è stato possibile reperire alcun dato relativo agli incidenti di esecuzione presentati. A questo effetto di riduzione della pena *espianda* è da aggiungersi quello derivante dall'applicazione della liberazione anticipata speciale.

Osservando le statistiche, emerge inoltre che alla diminuzione del totale di detenuti per violazioni del D.P.R. 309/1990 corrisponde una diminuzione più che proporzionale della percentuale di stranieri condannati per le fattispecie in esame. Nonostante nel 2014 gli stranieri costituissero circa il 36% dei detenuti per violazioni della legge Fini-Giovanardi, rappresentano il 56% della diminuzione (si può infatti notare una diminuzione di 2985 stranieri detenuti per violazioni del D.P.R. 309/1990).

Il fatto che, in seguito alla pronuncia della Consulta, la forte riduzione di soggetti detenuti per i reati del Testo Unico Stupefacenti riguardi in modo così ampio soggetti di origine straniera ci porta a una serie di ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, dal momento che la sentenza 32/2014 non ha determinato un affievolimento della risposta sanzionatoria in relazione alle condotte di spaccio aventi ad oggetto le sostanze indicate nella tabella ministeriale relativa alle cosiddette droghe pesanti, la fortissima riduzione dei detenuti stranieri implica che la maggior parte di questi soggetti era detenuta per condotte di spaccio di droghe leggere. È infatti necessario considerare che un così ampio effetto deflattivo nel breve periodo è spiegabile solo assumendo che le pene inflitte non fossero particolarmente lunghe e che, quindi, anche una loro riduzione di modesta entità in sede di incidente di esecuzione possa aver determinato un rapido avvicinamento al raggiungimento del fine pena. A confermare questa ipotesi si può notare una certa corrispondenza tra la diminuzione degli stranieri detenuti per violazioni delle norme sugli stupefacenti e quella relativa agli stranieri detenuti per pene brevi.

Proprio gli stranieri detenuti per condotte di piccolo spaccio di droghe “leggere” sono i soggetti che hanno potuto fruire massimamente degli effetti della pronuncia della Consulta. Questo non significa che non ne abbiano potuto beneficiare anche gli italiani. Tuttavia, confrontando la diminuzione del numero di detenuti per spaccio italiani e stranieri, emerge che il numero di stranieri è diminuito di 3886 unità mentre quello di italiani di 3210. Sembra quindi probabile che gli spacciatori autoctoni eseguano la pena in regime di detenzione carceraria principalmente nel caso in cui abbiano condanne lunghe o per spaccio di droghe pesanti, meno sensibili agli effetti della liberazione anticipata speciale le prime e indifferenti alla nuova cornice edittale dell'art. 73 le seconde.

Detenuti per violazioni legge droga

Data	Totale	Stranieri	Italiani	% stranieri
30-giu-09	26.118	12.270	13.848	46,9
31-dic-09	26.931	12.571	14.360	46.6
30-giu-10	28.154	12.686	15.468	45
31-dic-10	28.395	12.575	15.820	44.2
30-giu-11	28.092	12.377	15.715	44
31-dic-11	27.459	12.021	15.438	43.7

³⁸⁹ R. PIROSA, *Brevi note alla Sentenza della Cassazione, Sezioni Unite Penali, n. 42858/2014*, 2014.

30-giu-12	27.001	11.649	15.352	43.1
31-dic-12	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.
30-giu-13	26.042	10.633	15.409	40.8
31-dic-13	24.273	9.732	14.541	40
30-giu-14	21.314	7.918	13.396	37.1
31-dic-14	18.946	6.747	12.199	35.6
30-giu-15	18.312	6.355	11.957	34.7
31-dic-15	17.676	6.266	11.410	35.4

L'effetto deflattivo è inoltre stato catalizzato da un ulteriore fattore: il reato di piccolo spaccio non rientra nel catalogo previsto dall'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario e, conseguentemente, i soggetti detenuti per tale reato non hanno incontrato preclusioni nell'accesso al beneficio della liberazione anticipata speciale.

Se queste varie considerazioni sono fondate, emerge che una fascia molto ampia della popolazione penitenziaria era costituita da soggetti stranieri che, non potendo accedere ad istituti alternativi, finivano per essere attratti nell'area del carcere nonostante la condanna ad una pena abbastanza contenuta e relativa a traffico di droghe leggere. Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, prescindendo dai requisiti che generalmente impediscono l'accesso dei detenuti stranieri alle misure alternative o a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, hanno potuto "sbloccare" una quota di popolazione detenuta altrimenti destinata a permanere nel circuito penitenziario.

In generale, possiamo constatare che oltre due terzi (il 68%) della riduzione dei soggetti in custodia cautelare e poco più della metà (il 50,5%) della riduzione di soggetti definitivi è dovuta alla diminuzione di soggetti detenuti per violazioni del testo unico stupefacenti³⁹⁰. Questo dato ci conduce a ritenere decisamente inefficaci tutte le misure finalizzate ad ottenere un effetto deflattivo incrementando il flusso dal carcere alle misure alternative. Abbiamo visto che la maggior parte della diminuzione dei soggetti detenuti per traffico di droga riguarda soggetti stranieri, che, come evidenziano i dati analizzati *supra*, hanno scarsissime possibilità di accedere alle misure alternative. Allo stesso tempo, il 60% della diminuzione totale del numero di detenuti che ci ha fatto guadagnare la promozione delle istituzioni di Strasburgo è dovuta alla riduzione dei detenuti per violazioni del d.p.r. 309/90. Senza quegli interventi con effetti "indifferenti" al tipo sociale del detenuto, come l'intervento della Corte Costituzionale e quello con il quale il Legislatore ha ridotto a quattro anni il massimo edittale dell'art. 73, comma 5, rendendo inapplicabile la custodia cautelare, è probabile che le carceri italiane sarebbero rimaste sovraffollate.

³⁹⁰ Il numero di soggetti detenuti diminuisce nel corso dell'anno 2014 di 4438 unità per quanto riguarda i soggetti definitivi e di 4356 unità per quanto riguarda i soggetti in custodia cautelare, per un totale di 8794 soggetti. Incrociando questi dati con quelli relativi ai soli reati previsti dal Testo Unico in materia di stupefacenti si nota che della riduzione di 8794 soggetti, ben 5236 erano detenuti per reati previsti dal d.p.r. 309/90. Scomputando dal dato generale quello relativo ai definitivi e ai soggetti in custodia cautelare per art. 73 emerge che nel 2014 c'è stata una riduzione di detenuti presenti per reati diversi da quello di cui all'art. 73 pari a 1358 per quanto riguarda i soggetti in custodia cautelare e 2200 per quanto riguarda i soggetti definitivi, per un totale di 3358.

1.4. La situazione attuale

Nel 2016, dopo sei anni di continua diminuzione, la popolazione detenuta è tornata a crescere. Rispetto al 2015, si è verificato un aumento di 2489 unità, delle quali 1281 sono stranieri (51.1%). Gli ingressi in carcere sono tornati ad aumentare per la prima volta dal 2007, anno dal quale il *trend* era sempre rimasto negativo. Dei 1519 ingressi in più registrati nel 2016, il 38,2% (581) è rappresentato da stranieri, che costituiscono il 44,5% degli ingressi in carcere.

Confrontando questi dati con quelli relativi agli anni precedenti, sembra che nel sistema penale si stia radicalizzando un doppio binario. Da una parte, l'accesso agli istituti come la messa alla prova e alle misure alternative alla detenzione risulta facilitato per tutti quei soggetti che riescono *ab initio* ad evitare l'ingresso in carcere. Dall'altra parte, permane una platea di soggetti che, indipendentemente dal reato commesso, non riuscendo a soddisfare certi requisiti di affidabilità sociale - lavoro, familiari che possano farsi carico del mantenimento, domicilio - sono più facilmente attratti all'interno della rete del sistema detentivo e incontrano molte difficoltà ad uscirne. Come tendenza generale, alla prima categoria appartengono prevalentemente cittadini italiani, mentre nella seconda sono in aumento i soggetti stranieri.

In sostanza, si può ritenere che gli interventi adottati dal Legislatore, affidando la deflazione alle misure alternative, abbiano finito per amplificare i caratteri discriminatori del sistema punitivo. Se può ritenersi legittimo che con la riforma il Legislatore abbia cercato di costruire un canale di deflazione selettivo, che allontanasse dall'area del carcere soltanto i soggetti più "affidabili", l'operare dei criteri selettivi scelti ha fatto sì che potessero beneficiare delle nuove norme soltanto quei soggetti più avvantaggiati che potevano contare su una rete sociale preesistente. L'affidabilità ha finito per basarsi principalmente su circostanze che coincidono con la nazionalità e con la disponibilità economica del soggetto, tutte caratteristiche indipendenti dal reato commesso e dalla condotta tenuta durante la reclusione. Così, se nel disegno costituzionale la pena e, in particolare, il regime delle misure alternative, deve tendere al reinserimento sociale, in attuazione del dovere dello Stato di promuovere l'eguaglianza sostanziale ai sensi dell'art. 3 Cost., la riforma del sistema penitenziario ha finito per perpetuare una discriminazione preesistente e per lasciare indietro proprio chi non ha la fortuna di avere una rete sociale. Dal momento che tra questi soggetti svantaggiati molti sono gli stranieri e che tra l'andamento della popolazione detenuta e il tasso di carcerazione degli stranieri vi è uno stretto legame, il Legislatore, con la sua azione, non ha potuto garantire un risultato di deflazione consistente e di lungo periodo. Non è un caso che gli interventi con effetti capaci di incidere sul processo di carcerazione abbiano avuto prevalentemente natura giurisprudenziale.

Si può infatti supporre che un intervento normativo di apertura nei confronti della popolazione detenuta straniera avrebbe incontrato il biasimo degli elettori. E non c'è da stupirsi: dopo aver cavalcato l'onda del populismo penale e aver utilizzando gli stranieri irregolari quale capro espiatorio, è difficile immaginare che il Legislatore, espressione della maggioranza, potesse adottare politiche contrastanti con una così diffusa e (volutamente) distorta percezione del fenomeno della criminalità straniera. Allo stesso tempo, per aprire le porte delle misure alternative agli stranieri sarebbe stato necessario adottare interventi di sostegno sociale che, in un momento di crisi economica e di *spending review*, avrebbero probabilmente suscitato un malcontento che è facilmente immaginabile se si pensa al terreno fertile che hanno trovato le speculazioni politiche sulle misure di accoglienza nei confronti dei richiedenti protezione internazionale.

Il risultato ultimo delle riforme messe in atto negli ultimi anni sembrerebbe esser stato quello di aver incrementato la selettività del sistema. Le nuove norme hanno reso accessibile uno strumento para-sanzionatorio, la messa alla prova, ma l'utenza della nuova misura non corrisponde a quella del carcere. Abbiamo già visto nel capitolo precedente che, al momento dell'adozione dell'iniziativa

legislativa in materia di messa alla prova, dalla consultazione delle statistiche era emerso che solo 500 persone erano detenute per reati con pena edittale massima inferiore a quattro anni di reclusione, il limite massimo per poter chiedere la sospensione del processo. Abbiamo visto anche che, con le modifiche apportate all'art. 73, comma 5, t.u. stupefacenti dalla l. 74/2014 anche il reato di spaccio di lieve entità poteva rientrare nell'ambito di applicazione del nuovo istituto. Tuttavia, soltanto 500 persone si trovano in messa alla prova per reati legati al traffico di droga, mentre in carcere continuano ad essere presenti circa 18000 soggetti detenuti per violazioni del testo unico. Nonostante il numero di ingressi in carcere sia dimezzato rispetto al 2006, l'area del controllo sociale formale è più che raddoppiata. Le nuove forme di sanzione hanno attratto una nuova utenza all'interno della rete del controllo sociale mentre, allo stesso tempo, è rimasta costante la quota di soggetti destinati a popolare l'universo penitenziario. Potremmo dire, con Stanley Cohen "Old institutions remain, overall the system expands. New deviants are drawn in and intervention intensifies on the same old ones"³⁹¹.

Data	Ingressi dalla libertà	Popolazione detenuta (a)			Misure alternative in corso (b)				Altre misure (c)					Totale sottoposti a controllo sociale formale (a+b+c)
		imputati	definitivi	totale	affidam. in prova	detenzione domiciliare	semilibertà	totale	199	messa alla prova	libertà vigilata, controllata, semidetenz.	lavoro pubblica utilità	totale	
31/12/1991	75.786	19.875	14.319	35.469	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1992	93.328	25.343	20.567	47.316	n.d.	n.d.	n.d.		-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1993	98.119	25.497	23.503	50.348	n.d.	n.d.	n.d.		-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1994	98.245	23.544	26.265	51.165	n.d.	n.d.	n.d.		-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1995	88.415	19.431	26.089	46.908	n.d.	n.d.	n.d.		-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1996	87.649	19.375	26.962	47.709	n.d.	n.d.	n.d.		-	-	n.d.	n.d.		
31/12/1997	88.305	20.510	26.646	48.495	8.269	794	1.803	10.866	-	-	n.d.	n.d.		59.361
31/12/1998	87.134	21.952	24.551	47.811	9.720	2.396	1.651	13.767	-	-	n.d.	n.d.		61.578
31/12/1999	87.862	23.699	26.674	51.814	10.032	3.017	1.574	14.623	-	-	n.d.	n.d.		66.437
31/12/2000	81.397	24.295	27.414	53.165	11.031	3.450	1.674	16.155	-	-	n.d.	n.d.		69.320
31/12/2001	78.649	23.302	30.658	55.275	12.138	4.025	1.849	18.012	-	-	n.d.	n.d.		73.287
31/12/2002	81.185	21.682	32.854	55.670	12.576	4.508	1.832	18.916	-	-	n.d.	n.d.		74.586
31/12/2003	81.790	20.225	32.865	54.237	13.487	4.982	1.722	20.191	-	-	n.d.	n.d.		74.428
31/12/2004	82.275	20.036	35.033	56.068	14.250	5.336	1.633	21.219	-	-	n.d.	n.d.		77.287
31/12/2005	89.887	21.662	36.676	59.523	14.686	4.991	1.745	21.422	-	-	n.d.	n.d.		80.945
31/12/2006	90.714	22.145	15.468	39.005	1.605	1.358	630	3.593	-	-	358	n.d.	358	42.598
31/12/2007	90.441	28.188	19.029	48.693	2.566	1.431	696	4.693	-	-	618	n.d.	618	53.386
31/12/2008	92.800	29.901	26.587	58.127	4.502	2.257	771	7.530	-	-	1.069	n.d.	1069	65.657
31/12/2009	88.066	29.809	33.145	64.791	6.263	3.232	837	10.332	-	-	1521	n.d.	1521	75.123
31/12/2010	84.641	28.782	37.432	67.961	8.142	5.219	886	14.247	-	-	2.120	n.d.	2.120	82.208
31/12/2011	76.982	27.325	38.023	66.897	9.952	8.371	916	19.239	4304	-	3184	534	8022	94.159
31/12/2012	63.020	25.777	38.656	65.701	9.989	9.139	858	19.986	4701	-	3012	2518	10231	95.918
31/12/2013	59.390	22.877	38.471	62.536	11.109	10.173	845	22.127	4089	-	3205	4409	11703	96.366
31/12/2014	50.217	18.518	34.033	53.623	12.011	9.453	745	22.209	2720	503	3547	5606	12376	88.208
31/12/2015	45.823	17.828	33.896	52.164	12.096	9.491	698	22.285	2.379	6.557	3.874	5.954	18.764	93.214
31/12/2016	47.342	18.923	35.400	54.653	12.811	9.857	756	23.424	2.327	9.090	3.956	6.447	21.820	99.897

2. L'effettività dei rimedi interni

Nel corso della nostra analisi abbiamo cercato di mettere in luce come la giurisprudenza nazionale abbia tendenzialmente assunto un atteggiamento minimalista sulla questione dei diritti dei detenuti. Per quanto, anche prima della pronuncia della sentenza *Torreggiani*, alcuni giudici fossero riusciti, attraverso un'interpretazione sistematica, a trovare la strada per superare le lacune presenti nell'ordinamento interno e per offrire protezione ai diritti dei soggetti privati della libertà

³⁹¹ S. COHEN, *Vision of Social Control*, cit., pag. 50.

personale³⁹², come abbiamo visto, nella giurisprudenza maggioritaria era radicata la convinzione che un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle norme in materia di reclamo al Magistrato di sorveglianza fosse impraticabile e che fosse necessario un intervento normativo *ad hoc*³⁹³.

Dopo quindici anni dal primo monito della Corte Costituzionale, costretto dalla sentenza *Torreggiani*, il Legislatore era finalmente intervenuto a colmare la lacuna in tema di rimedi giurisdizionali attraverso l'adozione dei decreti legge 146/2013 e 92/2014. Con i reclami ex art. 35-*bis* e 35-*ter* o.p., il Legislatore aveva sciolto i dubbi sollevati dalla giurisprudenza in relazione alla vincolatività della decisione e alla competenza a pronunciarsi sul risarcimento del danno, affidando al Magistrato di sorveglianza una funzione pienamente giurisdizionale e il potere-dovere di garantire una piena tutela preventiva e compensativa. Tuttavia, fatta chiarezza sull'*an* della tutela, le incertezze della Magistratura di sorveglianza hanno investito il *quomodo*: il Legislatore poteva forse essere più chiaro³⁹⁴. Davanti alle lacune e alle imprecisioni delle norme introduttive dei nuovi rimedi, quella corrente giurisprudenziale più incerta sull'ampiezza dei poteri giurisdizionali che sono attribuiti al Magistrato di sorveglianza ha trovato più domande che risposte³⁹⁵.

Come vedremo, i rimedi introdotti con i decreti “svuotacarceri” hanno sollevato una serie di questioni interpretative che hanno dato luogo ad un'esponentiale frammentarizzazione degli orientamenti assunti dalla Magistratura di sorveglianza, determinando un'applicazione dei rimedi totalmente disomogenea *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione personae*.

³⁹² *Supra*, Capitolo II, § 1.2.

³⁹³ *Supra*, Capitolo II, § 1.2.

³⁹⁴ In tal senso, G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord.penit.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 24 gennaio 2015.

³⁹⁵ F. FIORENTIN, *Il reclamo “giurisdizionale” per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2014, 1, pag. 235; R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa? Prime applicazioni e dubbi sul risarcimento per detenzione inumana*, in [Questione Giustizia](#); P. GORI, *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in [Questione Giustizia](#), 2 ottobre 2014; S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in [federalismi.it](#), 24 ottobre 2014; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 ottobre 2014; F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 novembre 2014; E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 gennaio 2015; F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord pen e casistica*, in [Questione Giustizia](#), 19 febbraio 2015; F. FIORENTIN, *L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter, l. n. 354/1975*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, pag. 150; A. PENONCINI, *Il “rimedio risarcitorio” da detenzione inumana tra aspettative costituzionali e svilimenti ermeneutici*, in *Cassazione Penale*, 2015, 5, pag. 2018; *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35 ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 6 maggio 2015; S. CIUFFOLETTI - R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana. Note a ordinanza del 25 marzo 2015 emessa dal Tribunale di Palermo - Sez III Civile*, in [Questione Giustizia](#), 1 luglio 2015; C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 luglio 2015; F. LUME, *Ricorsi per inumana detenzione ex art. 35 ter l. 354/1975 e giudice civile*, in [Unicost](#); D. LA MUSCATELLA, *Qual è la competenza del giudice civile in materia di risarcimento per le condizioni di detenzione?*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 21, pag. 30; F. FIORENTIN, *Rimedi “compensativi” per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento*, in *Cassazione Penale*, 2016, 2, pag. 692; S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 aprile 2016.

Per quanto i dati disponibili in relazione al numero e all'esito dei procedimenti di reclamo siano pochi e disomogenei, d'altra parte sono più che sufficienti a dimostrare che, ancora una volta, sono prevalsi in modo netto gli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi. Nonostante la positivizzazione di specifici strumenti rimediali, quella domanda di tutela che la Corte Costituzionale e la Corte Europea avevano imposto di soddisfare non ha ancora trovato una risposta appagante.

Analizzeremo le varie posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza e tenteremo di valutare se, tanto in astratto, quanto in concreto, i rimedi introdotti possano essere ritenuti strumenti idonei ad offrire una tutela efficace ai diritti dei detenuti e a garantire il rispetto dell'art. 3 della Convenzione Europea e delle norme costituzionali.

2.1. Il rimedio preventivo

Per quanto riguarda il rimedio preventivo regolato dall'art. 35-*bis* o.p., abbiamo visto che nel periodo immediatamente successivo alla sua introduzione vari commentatori avevano messo in luce i rischi connessi alla scelta del Legislatore di condizionare l'esperibilità del procedimento di ottemperanza alla definitività dell'ordinanza conclusiva del procedimento di reclamo. L'eventualità che il reclamante dovesse attendere la pronuncia della Corte di Cassazione prima di poter ottenere dal Magistrato l'adozione di provvedimenti capaci soddisfare concretamente le proprie esigenze di tutela renderebbe evidente l'incapacità del reclamo giurisdizionale di determinare una rapida cessazione della violazione.

Si immagini di denunciare al Magistrato di sorveglianza il non funzionamento del sistema di riscaldamento nel mese di dicembre, evidente lesione del diritto alla salute e della dignità del recluso. Il detenuto dovrebbe attendere magari un mese prima della prima udienza e poi affrontare il reclamo al Tribunale di sorveglianza e poi ancora la pronuncia della Cassazione, prima di poter chiedere la nomina di un commissario *ad acta* che, *tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento*, garantisca il funzionamento del termosifone. Nel frattempo starà finendo l'estate e il pregiudizio lamentato non sarà più né grave né attuale.

L'effettività di un rimedio di natura cautelare come quello di cui all'art. 35-*bis* dipende ampiamente dalla rapidità con la quale il detenuto può ottenere tutela davanti all'inadempienza dell'amministrazione.

Purtroppo, non è stato possibile reperire informazioni sul numero e sugli esiti dei procedimenti di reclamo proposti. Abbiamo comunque raccolto i dati disponibili nella seguente tabella³⁹⁶.

³⁹⁶ Tali dati sono stati illustrati dal Dott. Piscitiello, Direttore della Direzione Generale Detenuti e Trattamento del DAP durante il corso di autoformazione "Problematiche attuali della giurisdizione di sorveglianza", tenutosi presso la Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci in data 8-10 febbraio 2017. Si deve tener presente che l'amministrazione centrale viene informata dell'avvio dei procedimenti ai sensi dell'art. 35-*bis* o.p. solo nel caso in cui il reclamo provenga o da un soggetto detenuto nel circuito di media sicurezza che contesti "la legittimità di atti dell'Amministrazione centrale oppure la decisione su questioni di diritto innovative o di particolare rilievo" oppure da detenuti appartenenti ai circuiti di alta sicurezza. In caso di adozione di provvedimenti sfavorevoli all'amministrazione da parte del Magistrato di sorveglianza, la Direzione Generale Detenuti e Trattamento deve infatti essere consultata per decidere dell'opportunità di proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza. Infine sono portati a conoscenza della Direzione Generale tutti i provvedimenti emessi in secondo grado dal Tribunale di sorveglianza, per decidere se proporre ricorso in Cassazione. Si veda, in questo senso, la lettera circolare GDAP-0092337 del 10 marzo 2014.

Conseguentemente, i dati illustrati in primo luogo rappresentano solo un limitato numero di reclami e, in secondo luogo, sono scarsamente indicativi, essendo evidente la discrezionalità lasciata all'amministrazione periferica

Anno	Procedimenti comunicati alla D.G.	Provvedimenti sfavorevoli all'amministrazione comunicati alla D.G.	Procedimenti di ottemperanza comunicati alla D.G.
2014	801	n.d.	n.d.
2015	n.d.	123	42
2016	248	77	23

Per quanto i dati di cui siamo in possesso non ci consentano un'analisi dell'efficacia del nuovo rimedio giurisdizionale, la reazione di sconforto che si incontra tra i primi commentatori è, purtroppo, un segnale che fa sorgere molti dubbi sulle concrete potenzialità del nuovo rimedio.

Fin da subito la Magistratura di sorveglianza ha avvertito “*il rischio che attraverso le procedure di reclamo si siano determinate le premesse di una invasione del merito amministrativo, aprendo in definitiva ad un governo giudiziario di competenze e prerogative proprie dell'esecutivo*”³⁹⁷, attraverso l'imposizione di un *facere* all'Amministrazione “in esito a un sindacato di natura gestionale delle scelte operate”.

Ancora una volta, si tratta di timori che possono essere superati attraverso un'interpretazione sistematica dell'assetto normativo. Ciò che infatti il detenuto, attraverso l'esperimento del reclamo ex art. 35-*bis*, chiede al Magistrato di sorveglianza, altro non è che accertare l'inadempimento degli obblighi che l'Ordinamento penitenziario e il Regolamento di esecuzione pongono sull'amministrazione penitenziaria al fine di garantire l'esercizio dei diritti che non hanno ragione di essere compromessi per effetto della privazione della libertà personale³⁹⁸. È la legge stessa a plasmare, a volte anche in modo dettagliato, l'obbligo di *facere o non facere* che grava sull'amministrazione. Allo stesso tempo, appare superabile il timore di un “rischio di una non escludibile proliferazione incontrollata dei diritti tutelati in via giurisdizionale”. Infatti la disciplina del rimedio preventivo, attraverso il requisito della *gravità del pregiudizio*, prevede una soglia di sbarramento che limita il campo di intervento a del Magistrato di sorveglianza escludendo le doglianze non meritevoli di tutela giurisdizionale. Questi timori dimostrano, ancora una volta, la grande incertezza della Magistratura di sorveglianza.

nell'individuazione delle “questioni di diritto innovative o di particolare rilievo”. Infine, i dati sono incompleti, in quanto non sono stati indicati quelli relativi ai procedimenti comunicati nel 2015 e quelli relativi ai provvedimenti sfavorevoli comunicati nel 2014.

³⁹⁷ F. FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit., pag. 244.

³⁹⁸ In questo senso, si veda G. M. NAPOLI, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 25 gennaio 2017. L'autore ribadisce che “si tratta di verificare se lo specifico intervento, che incide - comprimendola - su una posizione giuridica di vantaggio del detenuto, sia esplicitazione di un potere autoritativo che il legislatore ha conferito, in modo espresso, all'autorità amministrativa, in vista della cura di un predeterminato interesse pubblico. La persona ristretta, infatti, può essere esposta all'azione amministrativa unicamente nell'ambito di quei compiti che il legislatore ha qualificato come interesse generale, e può subire soltanto gli effetti restrittivi o coercitivi derivanti dall'esercizio di poteri che la legge ha espressamente conferito. Ineludibile è, dunque, la verifica giudiziale in ordine alla sussistenza e all'osservanza delle disposizioni che attribuiscono un potere autoritativo e ne definiscono tutti gli elementi essenziali (soggettivo, oggettivo, contenutistico e causale), dal momento che, attraverso tali ‘norme di relazione’, il legislatore ha segnato i confini tra diritti e potere, stabilendo i limiti della tutela offerta dal diritto al suo titolare anche verso l'Amministrazione penitenziaria”.

2.2. Il rimedio compensativo

Per quanto riguarda il rimedio compensativo, possiamo impostare la nostra analisi partendo dai dati contenuti nel *consolidated report* e nella nota tecnica³⁹⁹, nei quali il Governo affermava che la Magistratura di sorveglianza aveva accolto 1707 istanze, corrispondendo ai reclamanti somme a titolo di risarcimento per 292.343 euro e una riduzione di 75.970 giorni di pena⁴⁰⁰.

Al § 9 della nota tecnica è invece riportato il dato relativo al totale delle istanze presentate davanti al giudice civile, pari a 1617. La nota indica anche un dato, sebbene estremamente parziale, relativo agli esiti delle istanze: 194 istanze sono state rigettate⁴⁰¹ (oltre 11,6%) e 126 accolte (7,79 % delle domande presentate). Nulla si dice riguardo alle altre 1297 istanze (80,2% delle istanze presentate)⁴⁰².

Poiché 8 euro corrispondono ad ogni giorno di trattamenti inumani che è stato accertato dal Magistrato di sorveglianza o dal giudice civile, dividendo il numero di giorni indicato nella nota tecnica del Governo italiano per otto, si può trovare il numero di giorni di trattamenti inumani riconosciuto, pari a 36.542,875 giorni, che corrispondono a 100,117 anni⁴⁰³.

Secondo quanto previsto dall'art. 35-ter, il detenuto ha diritto ad ottenere dal Magistrato di Sorveglianza una riduzione di pena pari ad un giorno per ogni dieci giorni vissuti in condizioni inumane o degradanti⁴⁰⁴. Conseguentemente, se nella nota tecnica si afferma che sono stati concessi 75.970 giorni, ciò significa che sono stati riconosciuti 759.700 giorni passati in uno spazio personale inferiore a 3-4 mq, ovvero 2081,36 anni. Se si somma questo dato con quello dedotto dal *quantum* di risarcimento corrisposto, risulta che in totale i giudici nazionali hanno accertato 2.181,48 anni (796242,875 giorni) di detenzione contraria all'articolo 3 della Convenzione.

Considerando che il numero delle istanze accolte è pari a 1707, emerge che, in media, sono stati riconosciuti 466,45 giorni ad ogni reclamante, un anno e tre mesi.

Con 1833⁴⁰⁵ istanze accolte che hanno riconosciuto mediamente un anno e tre mesi di detenzione in condizioni inumane, il Comitato dei Ministri ha ritenuto che il caso italiano potesse essere chiuso.

Per capire la misura dell'effettività del rimedio compensativo è necessario stimare quante persone avrebbero avuto diritto al risarcimento, e questo dato è in qualche modo ricavabile dalle stime effettuate dal Governo. Nei documenti relativi alla discussione della legge di conversione del d.l.

³⁹⁹ *Note technique rédigée sur la base de renseignements fournis par le département compétent du Ministre de la Justice sur l'exhaustive exécution de l'arrêt pilote Torreggiani et autres contre Italie*, 25 gennaio 2016, DH-DD(2016)106.

⁴⁰⁰ Ivi, pag. 1, § 6.

⁴⁰¹ In particolare, 117 istanze sono state rigettate nel merito, 67 per incompetenza territoriale, 6 per estinzione del processo, 3 per difetto di giurisdizione, 1 per irricevibilità.

⁴⁰² *Note technique...*, cit, § 9.

⁴⁰³ Si scopre innanzitutto che il dato riportato nella nota non è un multiplo di otto, il che fa sorgere qualche dubbio su come sia possibile che tale dato corrisponda al totale di risarcimenti che dovrebbero essere contati come multiplo di otto. Può darsi che in qualche pronuncia il Magistrato abbia calcolato mezze giornate?

⁴⁰⁴ Ovvero, lo ricordiamo, con uno spazio personale sicuramente inferiore ai 4mq, probabilmente inferiore ai 3mq, nei quali potrebbe darsi che venga compreso anche mobili, sedie, tavoli, letti, e forse anche gli arredi fissi quali armadi, mensole.

⁴⁰⁵ 126 istanze accolte dal giudice ordinario e 1707 dai Magistrati di sorveglianza.

92/14 si legge che il Governo aveva effettuato delle stime ispirate a un *carattere di prudenzialità*⁴⁰⁶. Si può dunque ritenere che il Governo abbia previsto “lo scenario peggiore” e su tale base abbia fatto una previsione di spesa. Per coprire gli esborsi monetari relativi al rimedio per equivalente, l’art. 8 del d.l. 92/2014 aveva previsto una spesa di 20 milioni e 372 mila euro suddivisa, rispettivamente, in 5 milioni di euro per l’anno 2014, 10 milioni per l’anno 2015 e 5,372 milioni per l’anno 2016⁴⁰⁷. Tali previsione di spesa era stata calcolata sulla base di due dati. Da una parte, secondo le informazioni fornite al Governo dalle istituzioni del Consiglio, davanti alla Corte Europea pendevano ormai 6829 ricorsi provenienti da detenuti italiani che lamentavano una violazione dell’art. 3. Dall’altra, il Governo riteneva che, con l’introduzione del rimedio, circa 2000 detenuti avrebbero potuto esperire con successo il rimedio risarcitorio, ottenendo ristoro per la lesione che avevano subito durante pregressi periodi di detenzione. Sommando i due dati, si stimava che vi fossero 8829 soggetti che avrebbero potenzialmente avuto titolo per ottenere un ristoro per equivalente, non essendo più nelle condizioni di ottenere ristoro nella forma dello sconto di pena.

Assumendo che i dati riportati nella nota tecnica, essendo stata redatta nel gennaio 2016, comprendessero le istanze presentate dall’introduzione del rimedio, il 28 giugno 2014, al dicembre 2015, emerge che lo Stato ha speso in risarcimenti neanche il 2% di quello che aveva previsto: il capitolo di bilancio prevedeva stanziamenti per 15 milioni di euro tra 2014 e 2015 e invece sono stati spesi 292.343 euro, con un risparmio del 98%. È evidente che il costo che è stato risparmiato è quello che sarebbe derivato da un efficiente sistema di rimedi interni a tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

Sulla base delle indicazioni ricevute dalla Corte, al totale degli 8829 ricorsi il Governo applicava un “tasso di successo” calcolato nella misura del 50% e stimava che sarebbero stati accolti rispettivamente 3100 ricorsi presentati alla Corte, riconoscendo mediamente un periodo di un anno e mezzo, e 1000 davanti al Magistrato di sorveglianza, accertando la restrizione in condizioni inumano o degradanti per un periodo mediamente pari ad anno. Stimando il risarcimento in 8 euro al giorno, il totale delle condanne sarebbe ammontato a 16,272 milioni di euro ai quali si dovevano aggiungere 1000 euro per le spese legali⁴⁰⁸ a detenuto per un totale di 20 milioni e 372 mila euro.

⁴⁰⁶ Camera dei Deputati, XVII Legislatura, 276 bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari, Bilancio, Tesoro e Programmazione (V), sede consultiva, comunicato, martedì 22 luglio 2014, intervento dell’onorevole Francesco Laforgia (pd), relatore, pag. 48.

⁴⁰⁷ Verifica delle quantificazioni, A.C. 2496-A, Conversione D.L. 92/2014, N. 125- 22 luglio 2014, pag. 13.

⁴⁰⁸ Per un totale di 3 milioni e 880 mila euro.

**Quantificazione oneri decreto-legge "Rimedi risarcitori violazione convenzione C.E.D.U."
Allegato 1 (artt. 1 e 2)**

POSIZIONI	N. DI RICORSI	N. RICORSI AMMISSIBILI PER ACCERTATA VIOLAZIONE (*)	PERIODO MEDIO DI VIOLAZIONE D.U. (al netto dei periodi non computabili ai fini del risarcimento - in mesi)	IMPORTO TABELLARE VIOLAZIONE (euro al giorno) € 8	RIMBORSO SPESE LEGALI € 1.000	COSTO TOTALE
RICORSI PENDENTI C.E.D.U.	6.829	3.100	18	13.392.000	3.100.000	16.492.000
ULTERIORI RICORRENTI VIOLAZIONI PREGRESSE DAVANTI AL GIUDICE DI SORVEGLIANZA/ORDINARIO	2.000	1.000	12	2.880.000	1.000.000	3.880.000
				€ 16.272.000	€ 4.100.000	€ 20.372.000

Anno 2014	5.000.000
Anno 2015	10.000.000
Anno 2016	5.372.000

(*) Al netto della quota di ricorrenti ancora in stato di detenzione, beneficiari dello sconto di pena residua (10%)

Il Ministro Orlando aveva poi affermato che

ove il rimedio interno non fosse stato introdotto, la stima sarebbe pari ad un costo di ulteriori euro 203.488.011. Sono oggetto di costante monitoraggio il numero di ricorsi *ex* articolo 35-*ter* O.P. e le decisioni di accoglimento con applicazione della riduzione di pena e del risarcimento pecuniario, al fine di una precisa quantificazione del risparmio di spesa derivante dall'introduzione del rimedio risarcitorio.

Il Governo stimava di aver risparmiato 203.488.011. euro. Se applichiamo a questa cifra gli stessi criteri di calcolo utilizzati per individuare il costo che sarebbe derivato dall'accoglimento dei 3685 ricorsi italiani presentati alla Corte Europea, emerge che 18.219 ricorsi avrebbero potuto essere ritenuti fondati dai giudici di Strasburgo⁴⁰⁹. Troviamo conforto di tale ipotesi in quanto rilevato da Francesco Cascini, che afferma che

un calcolo approssimativo ma abbastanza verosimile consente di affermare che sono oltre 25.000 i detenuti annualmente allocati in condizioni che, secondo i parametri tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Torreggiani, determinano un trattamento disumano o degradante in violazione dell'art. 3⁴¹⁰.

Altro elemento di conferma deriva dal confronto con i dati illustrati dal Governo nei vari *action plan*.

Data	Sotto 3 mq	Tra 3 e 4	Oltre 4
gennaio 13	>10.000	-	-
giugno 13	7.648	-	-
marzo 14	1.972	-	-

⁴⁰⁹ Cfr. Relazione sulla performance 2014 - Dipartimento Amministrazione Penitenziaria pag. 28; conferenza stampa sul tema carceri il 22 dicembre 2014.

⁴¹⁰ F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, cit., pag. 4.

novembre 15	0	8.925	43.159
-------------	---	-------	--------

Dell'altissimo numero di potenziali soggetti ai quali la legge ha riconosciuto il diritto ad un risarcimento, i dati statistici disponibili ci dicono che neanche il 10% hanno ottenuto tutela attraverso l'esperimento del rimedio interno. I numeri, per una volta, sembrano parlare chiaro.

Cercheremo adesso di mettere in luce gli elementi più critici della disciplina relativa ai rimedi che hanno concorso a determinarne una così scarsa applicazione. Se fin dai primi commenti la dottrina è stata pressoché unanime nel riconoscere che la *voluntas legis* non fosse stata espressa in modo limpido, si può tuttavia rilevare che, d'altra parte, la *voluntas legislatoris* era stata ampiamente chiarita. Il Ministro Orlando, intervenendo alla Camera, aveva infatti ribadito che, al fine di adempiere l'obbligo nascente dall'art. 46 della Convenzione Europea, il Legislatore, attraverso l'adozione del d.l. 92/2014, aveva inteso positivizzare il diritto ad un indennizzo pecuniario o, in alternativa, per quanti ancora detenuti, il diritto a una riduzione della pena detentiva ancora da espriare. Il Ministro aveva "passato la palla" ai giudici, sottolineando che

competete alla responsabilità della magistratura di sorveglianza assicurare l'effettività dei rimedi, orientando l'interpretazione della nuova disciplina in conformità ai principi costituzionali e sovranazionali⁴¹¹.

e, ancora, "È compito della Magistratura di sorveglianza favorire la concreta efficacia del rimedio introdotto"⁴¹².

Il fatto che il 70% dei reclami sia stato dichiarato inammissibile, lascia intendere che, probabilmente, sulle numerose *quaestiones* che potevano derivare dalla lettura delle norme introdotte dal Legislatore, siano prevalsi in modo netto gli orientamenti giurisprudenziali più restrittivi.

I punti sui quali è emerso un contrasto interpretativo sono innumerevoli, e per ciascuno di essi i giudici nazionali hanno raggiunto soluzioni diverse, attraverso ragionamenti differenti. Nelle pronunce adottate dalla giurisprudenza possiamo rinvenire una scala cromatica di interpretazioni che spazia dall'interpretazione che è riuscita a dare alla norma un senso (art 12. Preleggi c.c.) a quella più restrittiva, che ha determinato l'inefficacia del rimedio. Valutando i vari orientamenti secondo il criterio dell'efficacia, tuttavia, le variazioni che si riscontrano nella giurisprudenza sono molteplici. Se si osserva bene, in questo paesaggio caotico si può in realtà scorgere, sullo sfondo, uno spartiacque. Da un lato fluiscono orientamenti che, con diverse velocità e diversa portata, sfociano nella non applicabilità del rimedio al caso concreto. Dall'altro sgorgano invece interpretazioni che, seppure seguendo corsi diversi, raggiungono tutte un risultato comune, l'estensione della tutela del soggetto detenuto.

Lo spartiacque di questa metafora è l'aver o meno adempiuto all'obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione e, in particolare, alla Convenzione Europea.

Come cercheremo di dimostrare, a parità di fatto storico portato all'attenzione del giudice, l'accoglimento o il rigetto del reclamo è stato determinato dalla soluzione di complesse questioni che hanno condotto al primo esito quando affrontate attraverso un costruttivo dialogo con i principi

⁴¹¹ Lo stato della giustizia in Italia nel 2014, Relazione del Ministro Andrea Orlando al Parlamento, pag. 11.

⁴¹² Ivi, pag. 150.

costituzionali e convenzionali, al secondo esito se invece affrontate con un atteggiamento di “disobbedienza disfunzionale”⁴¹³.

Siamo convinti che la Convenzione Europea e, soprattutto, la Costituzione e le norme dell’ordinamento interno impongano una lettura garantista e forniscano all’interprete un quadro di principi che devono guidare il ragionamento giuridico per condurre alla soluzione che garantisce l’effettività dei diritti.

2.3. I conflitti giurisprudenziali

I principali problemi interpretativi sorti in relazione al rimedio compensativo sono derivati dal fatto che l’art. 35-ter delinea la fattispecie attraverso un doppio rinvio. Da una parte rinvia al “pregiudizio di cui all’art. 69, comma 6, lett. b)”, ovvero il pregiudizio grave e attuale all’esercizio di un diritto derivante dall’inadempienza dell’amministrazione alle prescrizioni della normativa penitenziaria. Dall’altra l’art. 35-ter individua il fatto costitutivo del diritto del detenuto ad ottenere il rimedio compensativo nel pregiudizio consistente nella “violazione dell’art. 3, come interpretato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”. Come evidenziato da vari autori, il Legislatore ha regolato l’attività di accertamento affidata al Magistrato di sorveglianza attraverso un rinvio mobile che ha un carattere “rivoluzionario”: attraverso di esso l’art. 3 della Convenzione, invece che entrare direttamente nell’ordinamento italiano, deve essere filtrato dal giudice nazionale alla luce dell’elaborazione datane dai giudici di Strasburgo.

2.3.1. Il pregiudizio grave e attuale

La questione che ha maggiormente impegnato i giudici interni e che ha contribuito più incisivamente a determinare la quasi totale inefficacia dei rimedi introdotti dal Legislatore è quella relativa alla sussistenza della competenza del Magistrato di sorveglianza a pronunciarsi sul reclamo qualora il detenuto non si trovasse più in condizioni di detenzione lesive del diritto di cui all’art. 3 della Convenzione. *Per oltre un anno la giurisprudenza prevalente ha ritenuto insuperabile il rinvio operato dall’art. 35-ter al “pregiudizio” di cui all’art. 69, comma 6, lett. b), ovvero il pregiudizio grave e attuale all’esercizio di un diritto previsto dall’Ordinamento penitenziario o dal Regolamento d’esecuzione. Se non c’è dubbio che il Legislatore ha utilizzato in modo totalmente inopportuno il rinvio alla disposizione che prevede il rimedio preventivo, d’altra parte si può ritenere che la corretta interpretazione del quadro giuridico costituzionale avrebbe potuto offrire una soluzione possibile, facile, efficace.* Fin dall’approvazione del d.l. 92/14, si è distinto un orientamento “attualista”, che ha aderito all’interpretazione elaborata nel parere tecnico del CSM sul d.d.l. di conversione.

Dopo un dibattito di oltre un anno, sul punto è intervenuta, in puntuale ritardo, la Cassazione che, ha finalmente sciolto i dubbi sulla non necessità che il danno evento fosse ancora in atto al momento della proposizione del reclamo né al momento della decisione. È interessante notare che i giudici nazionali si siano posti tutti questi dubbi senza però decidere di far partecipe della discussione il giudice costituzionale. In sostanza, il fatto che la giurisprudenza si sia persa in un questo dibattito sembra rappresentare una reazione difensiva dettata da esigenze di deflazione processuale. Davanti a 18000 istanze, i 202 Magistrati di sorveglianza si ritrovano senza gli strumenti per trattare tutti i casi con la necessaria rapidità e attenzione.

⁴¹³ A. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 28 aprile 2015.

Non si può tuttavia sorvolare sull'inadempimento dell'obbligo di interpretazione conforme da parte della magistratura. Dei dubbi di costituzionalità infatti si scrive molto su libri e riviste, mentre niente nelle ordinanze. Addirittura, si arriva ad escludere che, per ragioni pratiche, la sollevazione dell'incidente di costituzionalità possa essere risolutiva. Si afferma infatti che la prospettazione di una o più questioni di costituzionalità dell'art. 35-ter o.p., pur astrattamente percorribile e probabilmente destinata al successo,

sconta, tuttavia, i tempi lunghi della decisione della Consulta, e la paralisi di tutti i ricorsi risarcitori che si determinerebbe in seguito alla sospensione imposta per attendere il pronunciamento della Corte. Resta, pertanto, come unica strada possibile per una soluzione in tempi compatibili con la verifica in sede europea nel 2015, un intervento normativo per modificare il testo attualmente vigente dell'art. 35-ter o.p.

Certo è che se si dubita della capacità di una pronta risposta da parte della Corte Costituzionale, non si capisce come si possa confidare in una reazione del Legislatore, che, seppure obbligato da quattro sentenze della Corte Costituzionale e due sentenze della Corte Europea, ha impiegato quindici anni per intervenire in materia.

Nell'ordinamento italiano vige, in forza dell'art. 117 Cost., nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale, l'obbligo del giudice di interpretare il diritto interno alla luce dei diritti convenzionali e della giurisprudenza della Corte, che ne costituisce l'elaborazione. Il giudice deve innanzitutto verificare la compatibilità dell'ordinamento interno con i principi europei e, qualora ravvisi un contrasto, deve tentare un'interpretazione adeguatrice. Qualora il tentativo non conducesse a nessuna soluzione compatibile con i principi nazionali e sovranazionali, allora il giudice *dovrà* sollevare questione di legittimità costituzionale.

Osservando la giurisprudenza, o solo un magistrato di sorveglianza⁴¹⁴, tra gli oltre ventimila procedimenti, ha dubitato della legittimità costituzionale delle disposizioni introdotte agli articoli 35-bis e 35-ter, oppure, i principi costituzionali e il diritto convenzionale sono stati semplicemente ignorati.

Queste considerazioni ci portano ad inquadrare l'atteggiamento della giurisprudenza nazionale nella categoria della "disobbedienza disfunzionale"⁴¹⁵, ovvero quei conflitti tra giudici che non si inscrivono all'interno di un processo dialettico aperto e finalizzato a promuovere la migliore interpretazione possibile, ma che, ignorando l'interpretazione contrastante, determinano la chiusura dell'ordinamento. Ogni qual volta il giudice ha un dubbio sulla costituzionalità di una norma, e abbiamo visto quanti ne sono emersi, è suo preciso dovere, sia nell'ottica della tutela individuale, sia per la coerenza del sistema, chiedere alla Consulta di sciogliere il dubbio. Le conseguenze dell'aver deciso *in dubio*, sono state la negazione della tutela. Chi ha cercato una guida nel diritto convenzionale e costituzionale ha applicato il rimedio. Chi non l'ha fatto, ne ha determinato l'ineffettività.

2.3.2. Il pregiudizio consistente nella violazione dell'art. 3 Cedu

Un altro fattore che ha determinato il sorgere di grandi incertezze è rappresentato dal fatto che la norma introdotta dal Legislatore abbia individuato la fattispecie che genera il diritto del detenuto ad

⁴¹⁴ Soltanto il Magistrato di sorveglianza di Padova, con ordinanza del 20 aprile 2015, ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 35-ter. Si veda la sentenza Cort. Cost. n. 204/2016.

⁴¹⁵ A. MARTINICO, cit.

ottenere il rimedio da parte del giudice nazionale⁴¹⁶ attraverso un rinvio *totale*⁴¹⁷ alle *condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione secondo l'interpretazione data alla norma convenzionale da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*⁴¹⁸.

Il rinvio ha determinato il sorgere di numerosi dubbi in relazione alle modalità di accertamento del pregiudizio. In primo luogo la giurisprudenza nazionale si è divisa nel tentativo di stabilire in quale tipo di responsabilità potesse essere inquadrato il rapporto tra il detenuto che ha subito la violazione dell'art. 3 e l'amministrazione. Dalla ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione nei termini di una responsabilità aquiliana o contrattuale, infatti, la giurisprudenza cercava risposta alle questioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato relativamente alla prescrizione del diritto ad ottenere il rimedio e alla configurazione dell'onere della prova. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia sono estremamente frammentati. I giudici hanno ritenuto che la lesione dell'art. 3 potesse essere ricondotta ad una forma di responsabilità oggettiva, alla responsabilità per custodia, alla responsabilità extracontrattuale⁴¹⁹, alla responsabilità da contatto sociale⁴²⁰ e alla responsabilità contrattuale.

Sulla questione si è scatenato un acceso dibattito, tuttavia, ciò che deve essere messo in luce è che più che la scelta relativa a quale responsabilità potesse essere rinvenuta nel rapporto tra detenuto ed amministrazione, ciò che ha determinato l'efficacia della tutela è, anche in questo caso, l'aver o meno proceduto a interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme.

Dove ci sono i diritti del detenuto, sanciti da Convenzione, Costituzione e legge, non c'è spazio per la discrezionalità amministrativa, ma, al più una discrezionalità tecnica. Come già riconosciuto dal Magistrato di sorveglianza di Lecce⁴²¹, l'amministrazione non può scegliere se prendersi carico o

⁴¹⁶ Il Magistrato di sorveglianza nel caso di soggetto detenuto, il giudice civile in caso di soggetto in libertà.

⁴¹⁷ S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori a favore dei detenuti e degli internati*, in federalismi.it, 24 ottobre 2014, pag. 6.

⁴¹⁸ Art. 35-ter o.p.

⁴¹⁹ Tribunale Roma, Sez. II civile, ordinanza 30.05.2014 (RG 80316/2014).

⁴²⁰ CSM, Parere tecnico, Delibera consiliare del 30 luglio 2014, § 7; Mag. Sorv. Venezia, 12/11/2014 in [CONAMS](http://CONAMS.it); Trib. Palermo, decreto 3638/2015, 1 giugno 2015.

⁴²¹ Ufficio di sorveglianza di Lecce, ordinanza 11 giugno 2011, *Slimani*, § 2.1 "Nei rapporti tra amministrazione e detenuto, la prima non sempre agisce in veste di autorità e comunque quando anche adotta atti amministrativi che modificano le modalità concrete del trattamento o incidono sulla gestione ordinaria della vita del carcere, questi non sono mai espressione di discrezionalità amministrativa quante volte si riverberano direttamente o indirettamente sul trattamento penitenziario con esclusiva finalità rieducativa. La scelta discrezionale, infatti, viene normalmente intesa come individuazione di un comportamento lecito preceduta dalla ponderazione di un interesse pubblico primario con un interesse pubblico o privato secondario, al fine del soddisfacimento del primo con il minor pregiudizio del secondo. Ma nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria. Allo stesso modo non si apprezza la presenza di un merito amministrativo accostato agli atti dell'amministrazione che incidano sul trattamento penitenziario. Una buona amministrazione penitenziaria quale nucleo di un insindacabile potere discrezionale rimesso all'amministrazione può essere presente in ragione di atti generali dell'amministrazione penitenziaria o di scelte quali quelle di edilizia penitenziaria che non si riverberano sul trattamento del singolo detenuto o ancora in presenza di un contrapposto interesse all'ordine ed alla sicurezza dell'Istituto. Ma non nel caso di atti che incidono per finalità rieducative sul trattamento, essendo gli stessi tutti rimessi al vaglio della giurisdizione di sorveglianza, che svolge un ruolo di garante assoluto del trattamento. (...) La discrezionalità che anima le scelte dell'amministrazione penitenziaria in questo campo ha natura di discrezionalità tecnica, ossia di valutazione di fatti resa alla stregua di canoni scientifici e tecnici, che non conosce un momento di ponderazione di interessi. Il giudizio di opportunità che caratterizza la cd. discrezionalità amministrativa pura è sostituito dal giudizio di opinabilità all'esito del quale l'amministrazione è chiamata a scegliere tra una pluralità di percorsi trattamentali possibili quello più adeguato per il detenuto. Pertanto, i diritti soggettivi

meno dei diritti che la legge le impone di garantire, ha un preciso obbligo di prestazione. La Convenzione Europea, la Costituzione, l'Ordinamento penitenziario e il Regolamento di esecuzione danno vita ad un sistema finalizzato ad offrire alla persona privata della libertà personale la garanzia dell'effettività dei propri diritti attraverso la configurazione di un vero e proprio rapporto, nel quale i vari soggetti interessati sono legati da una rete di posizioni attive e passive. Come il detenuto è destinatario di una serie di obblighi, tra i quali, in primis, *osservare le norme e le disposizioni che regolano la vita penitenziaria*⁴²², d'altra parte è anche titolare di posizioni giuridiche attive. Dal momento che il detenuto si trova nelle mani dell'amministrazione, la legge si preoccupa di individuare tutta la serie degli obblighi che, in una prospettiva strumentale, gravano sul soggetto pubblico. Al fine di garantire il rispetto della dignità del detenuto, la legge determina le caratteristiche edilizie alle quali devono conformarsi gli edifici penitenziari⁴²³ e i locali di soggiorno e pernottamento⁴²⁴; prevede poi le modalità attraverso le quali devono essere assicurate le elementari esigenze in relazione a vestiario e corredo⁴²⁵, igiene personale⁴²⁶, alimentazione⁴²⁷, permanenza all'aperto⁴²⁸; al fine di garantire il rispetto del diritto alla salute, regola il funzionamento del sistema sanitario⁴²⁹; al fine di garantire degli spazi nei quali possa espandersi il residuo di libertà che permane irrinunciabilmente in capo a ciascun detenuto, prevede che l'amministrazione debba assicurare la presenza di attrezzature per attività di lavoro, di istruzione e di ricreazione⁴³⁰.

Le garanzie stabilite dalla legge, tuttavia, non finiscono qui. Il Legislatore, consapevole che la corrispondenza della realtà alla previsione astratta non può essere assicurata se non attraverso l'individuazione di meccanismi di controllo e di soggetti ai quali assegnare istituzionalmente un ruolo di monitoraggio, affida la soluzione di eventuali patologie a due meccanismi che si impernano sulla figura del Magistrato di sorveglianza.

Il primo, di natura preventiva, è quello che affida alla Magistratura di sorveglianza la funzione di vigilanza sugli istituti penitenziari e il rispetto dei diritti dei detenuti. *Il Magistrato di sorveglianza, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, assume, a mezzo di visite e di colloqui e, quando occorre, di visione di documenti, dirette informazioni sullo svolgimento dei vari servizi dell'istituto e sul trattamento dei detenuti e degli internati*⁴³¹. Il Magistrato di sorveglianza, inoltre, deve offrire la possibilità a tutti i detenuti di entrare direttamente in contatto attraverso "periodici colloqui individuali". Il Magistrato deve visitare "con frequenza i locali dove si trovano i detenuti e gli internati, agevolando anche in tal modo la possibilità che questi si rivolgano individualmente (...)

correlati al trattamento che l'amministrazione deve soddisfare non sono riconducibili ad atti autoritativi dell'amministrazione penitenziaria".

⁴²² Art. 32.

⁴²³ Art 5 o.p.

⁴²⁴ Art. 6 o.p.

⁴²⁵ Art. 7 o.p.

⁴²⁶ Art. 8 o.p.

⁴²⁷ Art. 9 o.p.

⁴²⁸ Art. 10 o.p.

⁴²⁹ Art. 11 o.p.

⁴³⁰ Art. 12 o.p.

⁴³¹ Reg. esec., art. 5, Vigilanza del magistrato di sorveglianza sulla organizzazione degli istituti, comma 1.

*per i necessari colloqui ovvero per presentare eventuali istanze o reclami orali*⁴³². E ancora, l'art. 117 reg. esec. prescrive che *le visite siano rivolte particolarmente alla verifica delle condizioni di vita dei detenuti*.

Il secondo meccanismo, che si attiva nel momento in cui la funzione di prevenzione non sia stata sufficiente ad assicurare il rispetto delle norme, è caratterizzato da una natura *latu sensu* rimediale e consiste nella funzione di controllo che il Magistrato svolge *ex post* su reclamo dell'interessato. La sistematica interpretazione di questo assetto normativo ha condotto alcuni interpreti a ritenere evidente che la posizione del detenuto abbia poco in comune con quella di *qualunque estraneo che transiti per i luoghi carcerari e lì abbia a subire un danno*⁴³³. Ad essere violato dall'amministrazione non è infatti un generale obbligo di *neminem ledere*, ma tutte le specifiche norme che le impongono delle obbligazioni di risultato aventi ad oggetto, di volta in volta, varie prestazioni accomunate dalla finalità di garantire l'effettività del godimento dei diritti ed impedire tutte quelle *restrizioni non giustificabili con la soddisfazione delle esigenze di assicurare la conformità del trattamento penitenziario ad umanità, il rispetto della dignità della persona, l'assoluta imparzialità, l'ordine e la disciplina*⁴³⁴.

Se anche questa ricostruzione non dovesse convincere, si può notare che l'interpretazione sistematica dei principi del sistema nazionale alla luce di quello convenzionale ha guidato una parte della giurisprudenza nazionale verso la soluzione dei vari contrasti senza la necessità di ricorrere alle categorie del diritto nazionale. Così, ad esempio, alcuni autori⁴³⁵ hanno ritenuto che, dal momento in cui la Corte EDU afferma che l'art. 3 della pone a carico delle autorità delle precise obbligazioni positive, volte ad assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, è la norma convenzionale a porre sull'amministrazione un preciso obbligo di risultato, la violazione del quale determina responsabilità da inadempimento.

Allo stesso tempo, sempre attraverso l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo, vari interpreti sono giunti a configurare l'onere probatorio in capo all'amministrazione, l'operatività del principio di non contestazione e a fare un ampio ricorso ai poteri istruttori officiosi nonostante avessero ricostruito la responsabilità dell'amministrazione in termini extracontrattuali⁴³⁶.

⁴³² Art. 75 Reg. esec.. La norma prevede inoltre che "Gli accessi in istituto del Magistrato di sorveglianza e del provveditore regionale sono annotati in un registro riservato a ciascuna delle due autorità, nel quale le stesse indicano i rilievi emersi a seguito degli accessi predetti. Anche il direttore annota in apposito registro le udienze effettuate".

⁴³³ R. BRACCIALINI, cit.

⁴³⁴ Ordinamento penitenziario, art. 1.

⁴³⁵ *Ex multis*, cfr. P. GORI, cit.

⁴³⁶ Cfr. F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord pen e casistica*, in [Questione Giustizia](#), 19 febbraio 2015 "Sotto il primo profilo, si è rilevato che il comma 5 dell'art. 666 c.p.p. nella più ampia accezione che consente al giudice di chiedere, secondo le formule rituali ordinatorie o esibitorie, alle autorità competenti, tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, nonché di procedere in udienza ad assumere le prove necessarie nel rispetto del contraddittorio, salvo poi stabilire il mezzo di prova, caratterizzato dalla officiosità dell'istruttoria. Alcuni Magistrati di sorveglianza hanno individuato i mezzi di ricerca della prova ai sensi dell'art. 244 c.p.p., per economia processuale e per l'accesso diretto del giudice alle camere di pernottamento, le ispezioni di luoghi e di cose, finalizzate alla misurazione degli spazi e contestuale verbalizzazione ex art. 246 c.p.p., nei casi controversi. La perizia ex artt. 220 ss. c.p.p., rivela fondamentale in alcune controversie caratterizzate da errori di misurazione da parte del personale della casa circondariale. Per quanto riguarda la fase della valutazione della prova, i criteri sono quelli indicati dall'art. 192 c.p.p., integrati dalle indicazioni impartite dalla Corte EDU sul problema della prova nelle note sentenze Sulejmanovic e Torreggiani, dai quali il giudice ricava il principio della parità formale e sostanziale delle parti. La Corte ha affermato in vario modo, la peculiarità della valutazione dell'onere probatorio nell'ambito di una controversia che vede una tale divergenza di posizioni, fra detenuto vulnerabilità della persona limitata nella libertà personale che si trova sotto 'il controllo esclusivo degli agenti dello Stato', e amministrazione, quanto a disponibilità di

2.3.3. I criteri di accertamento della violazione

Oggettive fonti di incertezza sono derivate dal rinvio contenuto nell'art. 35-ter ai criteri di valutazione della violazione dell'art. 3. Il giudice italiano si trova a compiere un vero lavoro di *archeologia giurisprudenziale*. Un processo che, come evidenziato da vari autori, rischia di rivelarsi in primo luogo quasi impossibile e, in secondo luogo, anche inopportuno. Nel cercare nella sterminata giurisprudenza di Strasburgo dei criteri di accertamento della violazione dell'art. 3, il giudice comune viene indirizzato dalla Consulta che, con la sentenza 49 del 2015⁴³⁷ ha cercato di elaborare dei criteri che possa guidare il confronto con le sentenze pronunciate dalla Corte Europea. La Corte Costituzionale ha affermato al § 7 che

(...) è solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. (...) sono indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una 'sentenza pilota' in senso stretto.

Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un 'diritto consolidato' o di una 'sentenza pilota', il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale⁴³⁸.

Come evidenzia Vladimiro Zagrebelsky, la sentenza della Corte Costituzionale “sembrava riflettere la convinzione che si trattasse di una giurisprudenza (quella di Strasburgo, *ndr*) simile a quella della

dati e documenti attinenti all'oggetto del contendere. (...) l'omissione di informativa richiesta dal giudice e notificata all'amministrazione, deve essere valutata come volontaria con conseguente accoglimento dell'istanza, in mancanza di altre prove contrarie. per cui in mancanza di spiegazioni da parte dell'Amministrazione non è dato rigettare la doglianza del reclamante e la circostanza deve reputarsi provata”.

⁴³⁷ V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani...*, cit., pag. 5; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 dicembre 2015; V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo e nella Carta Dei Diritti Fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 2017, 1.

⁴³⁸ Per un commento: R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine*, 2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015.

Corte di Cassazione, che, quando enuncia un principio di diritto lo definisce in termini non dissimili da come farebbe una legge, per sua natura generale e astratta”⁴³⁹.

Non è questa la sede per affrontare in modo approfondito le innumerevoli questioni sorte in seguito alla sentenza n. 49 del 2015 della Consulta. Per quel che concerne il nostro discorso, è inevitabile chiedersi quale debba essere l’atteggiamento del Magistrato di sorveglianza nel momento in cui deve individuare i criteri per l’accertamento della violazione dell’art. 3. Guardando alla giurisprudenza della Corte, potevano infatti essere rinvenuti ogni tipo di criteri, senza che i principi ermeneutici indicati in materia dalla Consulta potessero determinare la formazione di un indirizzo univoco. Come si parla di *forum shopping*, si potrebbe coniare il termine *standard shopping* per definire la situazione in cui viene a trovarsi l’interprete della giurisprudenza di Strasburgo. Nelle numerose pronunce adottate in materia di condizioni inumane o degradanti infatti, la Corte non ha sempre fatto ricorso agli stessi criteri di valutazione. Le difficoltà maggiori incontrate dai giudici nazionali sono emerse, specularmente a quanto avvenuto all’interno della Corte Europea, in relazione a tre questioni: la misura dei criteri spaziali, il valore della presunzione di violazione derivante dal mancato rispetto dello standard, i criteri di calcolo degli standard spaziali.

La giurisprudenza di Strasburgo infatti, come rileva il giudice Sicilianos nella *dissenting opinion* alla sentenza *Mursic*⁴⁴⁰ la giurisprudenza della Corte è divisa da un profondo contrasto giurisprudenziale in materia di interpretazione dell’art. 3. Secondo la ricostruzione del giudice dissenziente, gli orientamenti assunti dai giudici alsaziani sono collocabili lungo una linea che va da un orientamento “massimalista” ad uno “minimalista” e divergono tanto sulla misura dello *standard* spaziale minimo, quanto sul valore da attribuire al suo mancato rispetto. L’approccio “massimalista” è rappresentato dall’orientamento adottato in alcune sentenze pronunciate contro la Romania⁴⁴¹. Secondo queste pronunce è sufficiente a configurare una violazione dell’art. 3 l’accertamento della disponibilità da parte del detenuto di uno spazio personale inferiore a 4 mq. Un secondo filone giurisprudenziale⁴⁴², pur fissando lo *standard* spaziale minimo in 4 mq, configura invece il suo mancato rispetto come fonte di una forte presunzione di violazione⁴⁴³. L’orientamento maggioritario fissa invece lo *standard* spaziale minimo nella misura di 3 mq. Secondo molte pronunce⁴⁴⁴, lo *standard* di 3 mq costituisce un limite minimo al di sotto del quale la mancanza di spazio personale è talmente flagrante da giustificare, da sola, la constatazione di una violazione ai sensi dell’art. 3. Infine, in varie pronunce, tra le quali la sentenza *Mursic* della Prima Sezione⁴⁴⁵, la Corte adotta un orientamento che il giudice dissenziente definisce “*minimalist approach*”⁴⁴⁶. Secondo questo filone interpretativo, il mancato rispetto dello *standard* di 3 mq non comporta inevitabilmente l’accertamento di una violazione dell’art. 3, ma soltanto una forte presunzione di violazione che può essere superata con la prova, da parte dello Stato, dell’esistenza di fattori idonei a bilanciare la sofferenza derivante dalla carenza di spazio personale in cella. Il *leading case* di

⁴³⁹ V. ZAGREBELSKY, *Corte Cost. n. 49 del 2015...*, cit., pag. 7.

⁴⁴⁰ *Mursic c. Croatia*, [First Section], *Dissenting opinion* del giudice Sicilianos.

⁴⁴¹ *Apostu v. Romania*, § 79, 3 febbraio 2015.

⁴⁴² *Tomoiağa v. Romania* (dec.), 20 gennaio 2015, § 22; *Flămînzeanu v. Romania*, (app. no. 56664/08), 12 aprile 2011, §§ 92 e 98; *Cotleş v. Romania* (no. 2), (app.no. 49549/11), 1 ottobre 2013, § 34.

⁴⁴³ *Mursic c. Croatia*, [First Section], cit., *Dissenting opinion* del giudice Sicilianos, § 7.

⁴⁴⁴ *Lind v. Russia*, (app. 25664/05), 6 dicembre 2007, § 59; *Starokadomskiy v. Russia*, (app. 42239/02), 31 luglio 2008, § 43; *Sulejmanovic*, cit., § 41; *Dmitriy Rozhin v. Russia*, (app. 4265/06), 23 ottobre 2012, §§ 49-50.

⁴⁴⁵ *Mursic* [First Section], cit., § 55-57.

⁴⁴⁶ *Dissenting opinion* del giudice Sicilianos, § 8.

questo filone giurisprudenziale è rappresentato dalla sentenza pilota *Ananyev v. Russia*⁴⁴⁷, pronuncia nella quale la Corte aveva elaborato il cosiddetto *Ananyev test*. Secondo tale *test*, nel decidere sulla sussistenza di una violazione dell'art. 3 basata sulla ristrettezza dello spazio personale, si deve tenere conto di tre fattori, l'assenza di anche uno dei quali determina una forte presunzione di violazione. Tali fattori sono individuati nella disponibilità di un posto letto per ciascuno dei detenuti ristretti nella cella, nella disponibilità per ciascun detenuto di uno spazio personale pari ad almeno 3 mq di superficie calpestabile, nella circostanza che la superficie totale della cella sia tale da permettere a ciascun detenuto di potersi muoversi liberamente tra il mobilio presente⁴⁴⁸. Il giudice Sicilianos nota⁴⁴⁹ tuttavia che in molte delle pronunce aderenti a questo orientamento la Corte, seppure prende in considerazione anche circostanze ulteriori rispetto allo spazio personale disponibile per il ricorrente, assegna a tali circostanze una funzione soltanto aggravante, ritenendo che la violazione sia già compiutamente accertabile sulla base del solo dato spaziale. Infatti, ogni qual volta il detenuto abbia a disposizione uno spazio inferiore a 3 mq, il sovraffollamento è comunque considerato così grave da determinare di per sé una violazione dell'art. 3⁴⁵⁰.

Davanti a questi contrasti, in Italia è sorto un dibattito particolarmente acceso in relazione alle modalità di calcolo dello spazio personale⁴⁵¹. Da una parte il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, prendendo ad esempio l'argomentazione della Corte nel caso *Tellissi*, affermava che lo spazio personale minimo dovesse essere calcolato al lordo, non solo degli arredi, ma anche della superficie dei servizi igienici annessi alla camera detentiva. In particolare, con la lettera circolare del 18 aprile 2014, l'amministrazione aveva stabilito che, in assenza di espresse richieste del giudice di dettagliare le relazioni, le direzioni degli istituti dovessero

indicare la superficie risultante dalle planimetrie dell'istituto, *senza* operare alcuna detrazione dovuta alla ovvia presenza dei mobili. In altri termini, le articolazioni dell'Amministrazione, coinvolte a vario titolo nel contenzioso, inderogabilmente dovranno chiedere all'organo giudicante di calcolare la superficie detentiva al lordo del mobilio e tenendo conto anche dell'area del bagno di pertinenza della camera⁴⁵².

Alcuni giudici avevano⁴⁵³ invece ritenuto necessario adottare dei criteri che tenessero conto del fatto che lo spazio personale non costituiva solo una superficie astratta, ma il concreto mondo dove il detenuto doveva trascorrere la propria vita. Conseguentemente, si era ritenuto necessario scomputare la superficie dei servizi igienici e quella degli arredi fissi, ma anche lo spazio occupato dal letto⁴⁵⁴.

⁴⁴⁷ *Ananyev and Others v. Russia*, cit. (app. nos. 42525/07 e 60800/08), 10 gennaio 2012. *Supra*, cap. II.

⁴⁴⁸ *Ivi*, § 148.

⁴⁴⁹ *Dissenting opinion* del giudice Sicilianos, §§ 3-5.

⁴⁵⁰ *Bygyashvili c. Grèce*, (app. 58164/10), 25 settembre 2012, §§ 60-61; *Nieciecki c. Grèce*, (app. 11677/11), 4 dicembre 2012, § 49.

⁴⁵¹ A. ALBANO - F. PICOZZI, *Non serve negare il "pluralismo interpretativo" in tema di superficie intramuraria*, in [Persona e Danno](#), 2 gennaio 2015.

⁴⁵² GDAP-0145780, 18 aprile 2014, *Contenzioso ai sensi degli articoli 35-bis e 69 O.P. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite*.

⁴⁵³ Trib. Palermo, ord. 6/5/2015; Mag. sorv. Padova, ord. 25/9/2014, in [CONAMS](#); Trib. Roma, ord. 30/5/2015.

⁴⁵⁴ Trib. Venezia 20/3/2015, in [CONAMS](#).

Il dibattito è tutt'ora aperto, soprattutto da quando la Gran Camera, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale, ha affermato che

la superficie totale della cella non deve comprendere quella dei sanitari. In compenso il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili. L'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella (cfr., ad esempio, *Ananyev and Others*, cit., §§ 147-148; e *Vladimir Belyayev*, cit., § 34).

Sembra esserci il rischio che, dopo la decisione *Stella*, l'orientamento assunto dalla Gran Camera con la sentenza *Mursic* costituisca un'altra occasione per determinare un restringimento dell'ampiezza della protezione garantita dall'art. 3.

Sono emblematiche, in questo senso, le conseguenze che potrebbero derivare da una lettura minimalista delle indicazioni contenute nella sentenza *Mursic* sul concreto operare del rimedio compensativo.

Adottando un'interpretazione restrittiva del criterio di calcolo dello spazio personale elaborato nella sentenza *Mursic* infatti è del tutto verosimile che nei confronti di un numero rilevante di soggetti che fino ad ora avevano lamentato di trovarsi ristretti in uno spazio inferiore allo standard minimo di 3 mq, si finisca per accertare uno spazio personale compreso tra i 3 e i 4 mq e così, per coloro che sostenevano di trovarsi in uno spazio compreso tra 3 e 4 mq, si accerterà uno spazio superiore ai 4 mq e quindi fuori dall'area del rilevante⁴⁵⁵. Recentemente la Corte di Cassazione⁴⁵⁶ ha (finalmente) riconosciuto che, nel calcolare la superficie della cella detentiva al fine della verifica del rispetto dello standard spaziale minimo di 3 mq, deve essere scomputato lo spazio occupato dal letto e dalle altre suppellettili. In tale orientamento è stato letto un contrasto con i criteri di calcolo dello spazio personale indicati dalla Gran Camera.

In un'ottica che dovrebbe essere improntata al principio del garantismo competitivo⁴⁵⁷, sono tuttavia da seguire quegli sforzi ermeneutici volti a trovare uno spazio proprio ai principi sanciti dalla Carta Fondamentale. La soluzione alle questioni che determinano il riconoscimento o meno di un diritto fondamentale non può prescindere da un inquadramento del proprio dubbio nel più ampio contesto della tutela dei diritti umani. Ne deriva la necessità di scegliere quella soluzione che, tra le varie, maggiormente si presta ad una più ampia realizzazione della posizione soggettiva alla garanzia della quale l'intero processo giurisdizionale è finalizzato. Se si inscrivono queste questioni nell'ambito di un'evoluzione del diritto verso il più concreto e sostanziale riconoscimento del valore dei diritti umani in carcere, evoluzione che passa per la giurisprudenza costituzionale sul diritto a un rimedio giurisdizionale efficace e per la giurisprudenza di Strasburgo sull'inviolabilità della dignità umana; se si vuole dare agli interventi normativi nazionali che hanno dato attuazione a questi fondamentali principi di diritto un senso coerente con la loro genesi, si deve ricercare sempre la soluzione interpretativa che renda operativi nel modo più ampio i nuovi istituti. Si può ritenere che della norma debba essere ritenuta corretta l'interpretazione che ne limita l'applicabilità? Si può interpretare il rimedio nel modo in cui lo si rende inutile per la maggior parte dei soggetti per i quali

⁴⁵⁵ Secondo i dati presentati dal Governo al Comitato dei Ministri in data 20.11.15, i detenuti ristretti in uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq erano ben 8925. Si veda il Consolidated Report of the Actions taken and their Effectiveness, DH-DD(2015)1251, pag. 14.

⁴⁵⁶ Cass., Sezione I, udienza del 9 settembre 2016, est. Magi.

⁴⁵⁷ A. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, cit., pag. 14, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*.

è stato pensato? I vari contrasti ci sembrano legati ad una concezione formalista, il cui opposto è rappresentato dalla soluzione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Il giudice nazionale, come affermato anche dalla Consulta⁴⁵⁸, “non è un passivo recettore del comando esegetico del giudice di Strasburgo”, ma è anzi chiamato a sua volta a svolgere un’importantissima funzione di interpretazione del principio convenzionale nel suo concreto operare nell’ordinamento interno. Il giudice nazionale deve far vivere la Convenzione nel diritto interno e, nel compiere quest’operazione alchemica, è custode dei valori fondamentali dell’ordinamento nazionale. Il giudice deve farsi interprete di un ordinamento multilivello caratterizzato dal pluralismo delle fonti⁴⁵⁹ e trovare la soluzione che permette al diritto interno e al diritto convenzionale di trovare un’armonica applicazione per espandere al massimo la protezione dei singoli diritti fondamentali: il risultato dell’integrazione deve sempre garantire un *plus* di tutela. Attraverso il dialogo, le Corti nazionali e sovranazionali garantiscono un sistema di reciproco monitoraggio, un doppio grado di giudizio finalizzato ad impedire che l’una o l’altra adottino un’interpretazione “al ribasso”, frenando l’evoluzione dei diritti fondamentali. Questo assetto è sancito dalla Convenzione e ribadito dalla Corte Costituzionale. E allora, per proteggere un diritto fondamentale, è lo stesso quadro convenzionale a prescrivere ai giudici di adottare tecniche di disobbedienza funzionale, sapendo fare una *quaestio iuris* del giusto adattamento, della giusta considerazione delle peculiarità dell’ordinamento nazionale. Ma tutto ciò è possibile nella misura in cui l’obbligo procedurale di tentare un’interpretazione che si strutturi sulla considerazione del diritto convenzionale, che presupponga la conoscenza del diritto convenzionale viene adempiuto. Il *legal reasoning* delle corti nazionali è ciò che distingue la disobbedienza funzionale da quello disfunzionale. I giudici nazionali, da una parte, non hanno tenuto in conto dei principi convenzionali. Non si sono discostati, non hanno evidenziato le difficoltà, hanno semplicemente ommesso di esprimersi su questo punto di diritto fondamentale. Dall’altra parte, quando sul tema dei criteri di calcolo c’è stato da scegliere tra la ragione e Strasburgo, la giurisprudenza si è appiattita, metro alla mano, a ritenere che 2,99 mq fossero uno spazio di vita dignitoso anche se nello stesso doveva contarsi il letto, il tavolo, sedie e tutto ciò che può stare in un’area entro la quale il detenuto trascorre anni della propria vita. In questi casi è necessario che il giudice si lasci orientare direttamente dalla sostanza dei principi, tenendo bene presente la natura del diritto oggetto del giudizio. Se si fosse pensato un po’ di più che ciò di cui si discute è il valore della dignità, davvero sarebbero emersi tanti dubbi sulla questione del calcolo dello spazio? Davvero deve essere il giudice europeo o la Cassazione o il Legislatore a decidere se essere costretti a vivere in uno spazio di 3mq sia diverso dal vivere lo stesso spazio senza i mobili? Non è sufficiente avere una Costituzione che vieta trattamenti contrari al senso di umanità e una legge che i locali devono essere di ampiezza sufficiente? Abbiamo delegato a Strasburgo la valutazione di cosa è contrario al senso di umanità? Come segnalato da vari autori⁴⁶⁰, nell’assenza di un criterio che guidi il giudice verso la

⁴⁵⁸ Cort. Cost. n. 49/2015, cit.

⁴⁵⁹ A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order...*, cit; A. GREER, cit.

⁴⁶⁰ Così A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch...*, cit., pag.131, afferma che “Il problema della legalità della pena, se circoscritto al rispetto del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, potrebbe rischiare risposte via via sempre più semplificate. Fino a risolversi in uno standard minimo, necessario e sufficiente, di spazio vitale fissato in metri quadri, peraltro suscettibile di progressive erosioni. Ridimensionato così il disposto dell’art. 27, comma 3, a formula ottativa tutto il resto (l’affettività negata, l’istruzione compromessa, la salute minacciata, l’annichilito residuo di libertà personale del detenuto) potrà essere denunciato solo sul piano politico, auspicandone il superamento, ma senza conseguenze ordinamentali giuridicamente rilevanti”. Similmente, R. BASILE avverte il rischio di una “tendenza che si sta affermando di un gioco al ribasso nella tutela dei diritti dei detenuti almeno per quanto concerne il sovraffollamento carcerario e le condizioni di detenzione intollerabili. Non può sfuggire, infatti, il rischio che la soglia minima di spazio vitale individuata dalla Corte Europea finisca per esaurire il ‘contenuto essenziale’ del diritto a una detenzione umana, mortificando la funzione propulsiva del principio di umanità della pena verso il conseguimento di livelli di tutela sempre maggiori, e che magari il semplice rispetto della metratura dello spazio disponibile costituisca anche un alibi per

massima espansione delle garanzie, il ricorso ai criteri quantitativi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo rischia di comportare un risultato che mortifica il valore della dignità umana che le norme in esame hanno la finalità di tutelare.

Bibliografia

- ABBADESSA, G. *La Corte Europea dei diritti sulle carceri italiane*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, 4
- ADDO, M. K. - GRIEF, N. *Does Article 3 of the European Convention of Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, 9
- ALBANO, A. - PICOZZI, F. *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Archivio penale (web)*, 2015, 1
- ALBANO, A. - PICOZZI, F. *Non serve negare il "pluralismo interpretativo" in tema di superficie intramuraria*, in [Persona e Danno](#), 2 gennaio 2015
- ALBANO, A. - PICOZZI, F. *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cassazione Penale*, 2014, 7
- ALBERTA, V. *Sovraffollamento e interventi per la piena e positiva attuazione della normativa attualmente vigente, con particolare riferimento alle pene brevi*, in *Archivio Penale*, 2014, 2
- ALFIERI, M. *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1
- ANGELINI, N. *Detenzione e divieto di tortura*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2010
- ANNUNZIATA, L. *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, 1
- ARENA, R. *Responsabilità dei magistrati e condizioni disumane delle carceri*, in [Persona e Danno](#), 14 luglio 2011
- BACCELLI, L. *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Bari, 2009, Laterza
- BARBAGLI, M. *La popolazione detenuta*, in [Ristretti.it](#)
- BARONTINI, L. *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato "allargamento" del termine di sospensione dell'ordine dell'esecuzione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 5 febbraio 2016
- BARTOLE, S. - CONFORTI, B. - RAIMONDI, G. (a cura di) *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Cedam, 2001
- BARTOLI, R. *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 6

- BASILE, R. *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte Costituzionale*, in *ConsultaOnline*
- BAUMAN, Z. *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, 1998, Polity Press
- BORRELLI, P. *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in materia di misure cautelari personali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 giugno 2015
- BORTOLATO, M. *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della Magistratura di sorveglianza*, in *Questione Giustizia*, 2010, 5
- BORTOLATO, M. *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, 2009, 5
- BORTOLATO, M. *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio Penale*, 2014, 2
- BOVE, V. *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L.67/14*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 25 giugno 2014
- BRACCIALINI, R. *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa? Prime applicazioni e dubbi sul risarcimento per detenzione inumana*, in [Questione Giustizia](#), 2 ottobre 2014
- BRUNETTI, C. *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/05 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, 3
- CANCELLARO, F. *Carcerazione in meno di tre metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 novembre 2016
- CAPRIOLI, F. *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, 1
- CAPUTO, G. *Carcere e diritti sociali*, Firenze, Briciole, 2010
- CAPUTO, G. *Welfare state e lavoro dei condannati*, in M. G. MATTAROLO - A. SITZIA (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, University of Padova Press, 2017
- CAPUTO, G. [Welfare state e politiche penali nell'Europa contemporanea](#), 2008
- CASCINI, F. *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1

- CECCHINI, F. *'Svuota-carceri' e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 16 settembre 2014
- CESARIS, L. *Primi effetti della decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Sulejmanovic contro l'Italia*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2011, 2
- CHRISTIE, N. *Suitable Enemies*, in BIANCHI, H. -VAN SWAANINGEN, R. (eds.), *Abolitionism. Towards a Non-Repressive Approach to Crime*, Amsterdam, Free University Press, 1986
- CICIRELLO, T. T. *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?* in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014
- CIUFFOLETTI, S. *Dal fenomeno del judicial borrowing al dialogo transnazionale tra corti. Verso una giurisprudenza dialogica*, Roma, in corso di pubblicazione (per concessione dell'autrice)
- CIUFFOLETTI, S. -MARIOTTI, R. *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana. Note a ordinanza del 25 marzo 2015 emessa dal Tribunale di Palermo - Sez III Civile*, in [Questione Giustizia](#), 1 luglio 2015
- COHEN, S. - SCULL, A. T. (eds), *Social Control and the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1983
- COHEN, S. *Vision of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985
- COMUCCI, P. - MEDDIS, D. *Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento carcerario*, in *Criminalia*, 2009
- CONTI, R. *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine*, 2015
- CONTI, R. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica del diritto*, 2013, 4
- CORLEONE, F. (a cura di), *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, 2015, Firenze, Edizioni Fondazione Giovanni Michelucci
- CORVI, P. *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 4
- DANIELE, M. *Il palliativo del nuovo art. 275bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 settembre 2014

- DE RUBEIS, A. *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Archivio Penale*, 2014, 2
- DE VITO, R. *Custodia cautelare in carcere ed esecuzione della pena. Riflessioni sui recenti innesti normativi*, in *Questione Giustizia*, numero speciale misure cautelari e libertà personale, ottobre 2014
- DELLA BELLA, A. *Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell'art. 4 bis o.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 16 giugno 2014
- DELLA BELLA, A. *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 aprile 2014
- DELLA BELLA, A. *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 15 settembre 2013
- DELLA BELLA, A. *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 ottobre 2014
- DELLA BELLA, A. *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2013
- DELLA BELLA, A. *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 gennaio 2014
- DELLA CASA, F. *Approvata la legge c.d. 'svuotacarceri': un altro 'pannicello caldo' per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1
- DELLA CASA, F. *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione penale in chiave "anti-overcrowding"*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 2013
- DELLA CASA, F. *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cassazione Penale*, 2013
- DELLA CASA, F. *La Magistratura di sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli, Torino, 1994
- DELLA MORTE, G. *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 1

- DI GENNARO, G. -VETERE, E. *I diritti dei detenuti e la loro tutela*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1975, 1
- DI PERNA, A. *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti civili e politici*, 2009
- DODARO, G. *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013
- DOLCINI, E. *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 4
- DOVA, M. *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 2
- ESPOSITO, A. *Art. 3 Proibizione della tortura*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, Cedam, 2001
- EUSEBI, L. *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 11
- EUSEBI, L. *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cassazione Penale*, 2009, 12
- FEINBERG, J. *Duties, Rights and Claims*, in *American Philosophical Quarterly*, 1966, 3
- FILIPPI, L. - SPANGHER, G. *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2011
- FILIPPI, L. *Adelante Pedro ...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 4
- FIORE, S. *Maneggiare con cautela*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10 novembre 2014
- FIORELLI, G. *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, 3
- FIORENTIN, F. *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 novembre 2014
- FIORENTIN, F. *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2014, 1
- FIORENTIN, F. *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea*.

Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršič c. Croazia, in Archivio Penale Web, 2015, 3

- FIORENTIN, F. *L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter, l. n. 354/1975, in Processo penale e giustizia, 2015, 3*
- FIORENTIN, F. *Rimedi "compensativi" per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento, in Cassazione Penale, 2016, 2*
- FIORENTIN, F. *Strasburgo approva le riforme attuate dall'Italia sul piano organizzativo e ordinamentale, in Guida al Diritto, 2014, 42*
- FIORENTIN, F. *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 Diritto Penale Contemporaneo, 25 febbraio 2013*
- FIORIO, C. *Diritto Penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo, in Processo Penale e Giustizia, 2014, 4*
- FIORIO, C. *Quarant'anni di Ordinamento Penitenziario: bilanci e prospettive, in Questione Giustizia, 2015, 2*
- FORREST MARTIN, F. - SCHNABLY, S. J. - WILSON, R. - SIMON, J. - TUSHNET, M. *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis, Cambridge, Cambridge University Press, 2006*
- FORTI, G. *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale, in Diritti umani e diritto internazionale, 2013, 2*
- FOUCAULT, M. *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione, Einaudi, 1993*
- G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia"), in Diritti umani e diritto internazionale, 2013, 1*
- G. DI GENNARO - E. VETERE, *I diritti dei detenuti e la loro tutela, in Rassegna di studi penitenziari, 1975, 1*
- GASPARI, M. G. *Reclamo giurisdizionale: così la "sorveglianza" conquista l'ottemperanza, in Guida al Diritto, 6 gennaio 2014*
- GATTA, G. *Nuovo atto del pacchetto Severino: interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione, oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, nel disegno di legge-delega presentato alla Camera, in Diritto Penale Contemporaneo, 22 marzo 2012*

- GIOSTRA, G. *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 3
- GIOSTRA, G. *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1
- GIOSTRA, G. *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord.penit.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 gennaio 2015
- GONNELLA, P. *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, in Ristretti.it
- GORI, A. *Articolo 3 CEDU: trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, 2015
- GORI, P. *Art. 3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2014
- GREER, S. - WILDHABER, L. *Revisiting the debate about 'constitutionalizing' the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2013, 12, 4
- GREVI, V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981
- GUARDATA, M. *I provvedimenti di amnistia dal 1948 ad oggi*, in LA GRECA, G. (a cura di), *L'amnistia del 1990. Testo, lavori preparatori, analisi*, Padova, Cedam, 1990
- HELFER, L. R. *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2008, 1
- IGNATIEFF, M. *State, Civil Society and Total Institution: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in COHEN, S. - SCULL, A. T. (eds), *Social Control and the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1983
- ILLUMINATI, G. *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 marzo 2015
- ILLUMINATI, G. *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 3
- INGRASSIA, A. *Nota a Magistrato di Sorveglianza di Lecce, 9 giugno 2011, Giud. Tarantino (sovrappollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di sorveglianza)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 settembre 2011
- KELLER, H. - STONE SWEET, A. (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2008

- LA MUSCATELLA, D. *Qual è la competenza del giudice civile in materia di risarcimento per le condizioni di detenzione?*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 21
- LARONGA, A. *La riforma dell'art. 275, co. 2-bis, cpp: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in *Questione Giustizia*, numero speciale misure cautelari e libertà personale, ottobre 2014
- LOUCAIDES, L. *Reparation for violations of human rights under the European Convention and restitution in integrum*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, 182
- LUME, F. *Ricorsi per inumana detenzione ex art. 35 ter l. 354/1975 e giudice civile*, in [Unicost](#)
- LUPO, E. *La questione carceraria: Diritti inviolabili e inefficienze del sistema. L'intervento del Presidente della Cassazione al convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano"*, tenutosi il 28 luglio a Roma,
- MAFFEI, M. *Gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una soluzione conforme al dettato costituzionale*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1
- MAHONEY, P. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, in F. FORREST MARTIN, S. J. SCHNABLY, R. WILSON, J. SIMON, M. TUSHNET, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- MAISTO, F. *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord pen e casistica*, in [Questione Giustizia](#), 19 febbraio 2015
- MALFATTI, E. *"Oltre le apparenze": Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 dicembre 2013
- MANCA, V. *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1 aprile 2015
- MANGIARACINA, A. *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, 1
- MANNOZZI, G. *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 7
- MARANDOLA, A. *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, 6
- MARCHESELLI, A. *Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte Costituzionale*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2010, 3

- MARGARA, A. *Considerazioni generali sulle attività degli Uffici di sorveglianza*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1979, 1
- MARGARA, A. *Un po' di storia di un trentennio*, in *La nuova città*, 2005, 8-9-10.
- MARI, A. *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cassazione Penale*, 2012, 1
- MARMO, M. *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights - A Political Battle*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 15
- MARTINICO, A. *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 28 aprile 2015
- MARTUFI, A. *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 novembre 2014
- MASIERI, C. *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 luglio 2015
- MAZZA, O. - VIGANÒ, F. (a cura di), *Il 'pacchetto sicurezza' 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, Giappichelli
- MCLUHAN, M. *Gli strumenti del comunicare*, Milano, Il Saggiatore, 1999.
- MELANI, G. *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2014, 3
- MELOSSI, D. - PAVARINI, M. *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977
- MELOSSI, D. *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, Mondadori, 2002
- MEZZADRA, S. - RICCIARDI, M. (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, Ombrecorte, 2013
- MONTALDO, R. *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e le effettività delle riforme*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 febbraio 2016
- MURA, R. *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cassazione Penale*, 2004
- NAPOLI, G. M. *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 25 gennaio 2017.

- NARDOCCI, C. *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Riflessioni a margine di Corte Cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista AIC*, 2014, 1
- NATALE, A. *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore delle prassi*, in *Questione Giustizia*, 2010, 4
- NICASTRO, R. *Hotel carcere*, in *Le due città*, 2011, 10
- ORLANDI, R. *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013
- PALAZZO, F. *Immigrazione e criminalità*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 ottobre 2016
- PALAZZO, F. *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 maggio 2016
- PALAZZO, F. *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 4
- PALAZZO, F. *Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2011
- PALOMBINO, F. M. *La «procedura di sentenza-pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 1
- PASSIONE, M. *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, 2
- PASSIONE, M. *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca del principio di effettività: i casi Suleimanovic e Slimani*, in [Osservatorio sui diritti fondamentali in Europa](#), 15 febbraio 2012
- PAZIENZA, V. *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 6 maggio 2015
- PELLISSERO, M. *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 2
- PENONCINI, A. *Il "rimedio risarcitorio" da detenzione inumana tra aspettative costituzionali e svilimenti ermeneutici*, in *Cassazione Penale*, 2015, 5
- PIRAINO, F. [Amnistia, indulto e popolazione detenuta nell'Italia repubblicana](#), tesi di laurea, Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, a.a. 2007-2008

- PIROSA, R. *Brevi note alla Sentenza della Cassazione, Sezioni Unite Penali, n. 42858/2014*, 2014
- PISTORELLI, L. *Legge 17 febbraio 2012, n. 9, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 211 del 2011 (cd. "svuota carceri") - Disposizioni rilevanti per il settore penale*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 febbraio 2012
- PLASTINA, N. *L'Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cassazione Penale*, 12, 2009
- POPOVIC, D. *Prevailing of judicial activism over self-restraint in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Creighton Law Review*, 2009, 42
- PRELATI, G. *Il Magistrato di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2002
- PUGIOTTO, A. *L'urlo di Munch della Magistratura di sorveglianza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1
- PUGIOTTO, A. *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 3
- PUGIOTTO, A. *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2015
- RAGAZZI, S. -SALVI, G. *Abbatere le «porte girevoli»: un esperimento possibile, un'esperienza riuscita*, in *Questione Giustizia, Speciale misure cautelari e libertà personale*, 2014, ottobre
- RAINEY, B. - WICKS, E. - OVEY, C. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, Oxford University Press
- RANALLI, D. *Recenti interventi della Corte Europea dei Diritti Umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, 3
- RENOLDI, C. *I diritti del detenuto tra Amministrazione Penitenziaria e Magistratura di sorveglianza*, in *Questione Giustizia*, 2010, 2
- RENOLDI, C. *Una nuova tappa nella lunga marcia verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009
- RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*, Roma, Laterza, 2012
- ROMICE, S. *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in federalismi.it, 24 ottobre 2014

- ROMICE, S. *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 aprile 2016
- ROTHMAN, D. J. *Social Control. The Uses and Abuses of the Concept in the History of Incarceration*, in *Rice University Studies*, 1981, 67
- ROZAKIS, C. L. *Il giudice europeo come comparatista*; in B. MARKESINIS-J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009
- RUGGERI, A. *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata (nota minima a Corte Cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario, in ConsultaOnline; si veda anche*
- RUGGERI, A. *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015.
- RUOTOLO, M. *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002
- RUOTOLO, M. *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Questione Giustizia*, 2015, 2
- RUSH, B. *Thoughts Upon the Mode of Education Proper in a Republic*, 1786
- SADLIER, G. *The success of the ECHR*, in *Cork Online Law Review*, 2007, 7
- SALVI, G. *La Costituzione non permette questo torto: la Corte Suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Questione Giustizia*, 2011, 6
- SALVI, G. *Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court California, 8 aprile 2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, 5
- SANNA, A. *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cassazione Penale*, 2015, 3
- SANTORO, E. (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010
- SANTORO, E. *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004
- SANTORO, E. *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art. 35-ter per la detenzione inumana e degradante*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 gennaio 2015
- SANTORO, E. *Democrazia, migrazioni e società multiculturali*, in MEZZADRA, S. - RICCIARDI, M. (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, Ombrecorte, 2013

- SANTORO, E. *Il giudice dei diritti*, in CORLEONE, F. (a cura di), *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, 2015, Firenze, Edizioni Fondazione Giovanni Michelucci
- SANTORO, E. *La regolamentazione dell'immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo*, in SANTORO, E. (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, 2010
- SBRACCIA, A. *Immigrazione e criminalità*, in S. MEZZADRA - M. RICCIARDI (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona, Ombrecorte, 2013
- SCANDURRA, A. *L'emergenza carceri e la legislazione sulle droghe*, in *Antigone*, 2010, 1
- SCIARABBA, V. *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo e nella Carta Dei Diritti Fondamentali dell'UE*, in *Rivista AIC*, 2017, 1
- SECHI, P. *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 1
- SOMMARIO, E. *Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2012, 5
- SORRENTI, G. *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 dicembre 2015
- SPANGHER, G. *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la L. N. 47 del 2015*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 luglio 2015
- SPANGHER, G. *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 5 ottobre 2016
- SPANGHER, G. *Un restyling per le misure cautelari*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 5
- STONE SWEET, A. *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*; *Journal of Global Constitutionalism* 1.1 (2012)
- STONE SWEET, A. *From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court's Judgments*, in *Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility? Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014
- TAGLIAFERRO, F. *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2014, 3

- TAMBURINO, G. *Commento alla sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani "Torreggiani e altri Vs Italia"*, in *Cassazione Penale*, 2013, 12
- TAMIETTI, A. - FIORI, M. - DE SANTIS DI NICOLA, F. - RANALLI, D. - LEDRI, V. *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2013, 1
- TORRENTE, G. *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 ottobre 2016
- TOSCANO, G. *L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 2
- TURCHETTI, S. *Emergenza carceri: una prima risposta dal Governo Monti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 gennaio 2012
- TURCHETTI, S. *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 dicembre 2010
- UBERTIS, G. *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Archivio Penale*, 2015, 2
- VALENTINO, M. V. *Esclusioni 'eccellenti' in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 14 maggio 2015
- VENTUROLI, M. *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cassazione Penale*, 2015, 4
- VETRANO, C. *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004
- VIGANÒ, F. *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*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 20 febbraio 2013
- VIGANÒ, F. *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 gennaio 2013
- VIGANÒ, F. *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 3
- VIGANÒ, F. *Una norma da eliminare: l'art. 8 del decreto-legge 92/2014*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 7 luglio 2014

- VOLINO, C. L. *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 26 marzo 2013
- WILDHABER, L. *Reparation for Intentionally Wrongful Acts of States. Art. 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2003, 3
- ZAGREBELSKY, V. *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Questione Giustizia*, 2015, 1
- ZAGREBELSKY, V. *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 2015, 2
- ZICCHITTU, P. *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni Costituzionali* 1/2013