

Parere 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)

«I. GENESI E FINALITÀ DEL PROVVEDIMENTO.

Il decreto-legge n. 146/2013 trova origine dall'esigenza di intervenire con urgenza sullo stato delle carceri e delle persone ivi ristrette.

Il fenomeno, ormai endemico, del sovraffollamento carcerario¹ ed il progressivo degrado delle strutture e delle condizioni di vita dei reclusi hanno indotto una situazione connotata dalla compromissione dei diritti fondamentali dei detenuti, riconosciuta, oltre che dalla giurisdizione interna, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ha sancito la violazione, per effetto del citato sovraffollamento, dell'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Ne è derivata la proposizione di una mole (in numero di recente stimato in circa 3.000) di ricorsi individuali contro lo Stato italiano, a fronte della quale la Corte EDU è nuovamente intervenuta – stavolta all'unanimità, mentre la decisione nel caso *Sulejmanovic* era stata adottata a maggioranza - con la nota sentenza dell'8 gennaio 2013 (*Torreggiani e altri c. Italia*), resa sui ricorsi, riuniti, presentati da sette detenuti, riscontrando ulteriormente la violazione dell'articolo 3 della Convenzione ed accordando ai ricorrenti, a titolo di equa soddisfazione, somme variabili tra 10.600 e 23.500 euro ciascuno.

Essendo stato il procedimento definito secondo lo schema della c.d. “sentenza-pilota”, la Corte EDU ha assegnato allo Stato italiano il termine di un anno entro cui procedere all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, *medio tempore*, ha sospeso la trattazione dei residui ricorsi in materia, riservandosi di dichiararli irricevibili o cancellarli dal ruolo in conseguenza dell'ottemperanza dello Stato convenuto.

Il termine annuale ha cominciato a decorrere dal 28 maggio 2013, giorno in cui la Corte ha rigettato la richiesta di riesame proposta dall'Italia, e si consumerà, dunque, il 28 maggio 2014.

A fronte di uno *status quo* tanto grave e preoccupante, il legislatore – dopo avere, con il D.P.C.M. del 13 gennaio 2010, preso atto dello stato di emergenza ed approvato, pochi mesi dopo, un “piano carceri” per la costruzione di nuovi istituti penitenziari che non ha sortito, ad

¹ Al 30 novembre 2013 gli istituti italiani ospitavano 64.057 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 47.649.

oggi, risultati del tutto soddisfacenti - ha, dapprima, messo in campo un intervento settoriale e dall'efficacia temporale circoscritta² che, tuttavia, non ha inciso in misura significativa sul sovraffollamento, ed ha successivamente adottato modifiche, di maggiore incisività ma non ancora risolutive, alle norme del codice di procedura penale relative all'esecuzione delle pene detentive ed a quelle dell'Ordinamento penitenziario in materia di misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari³.

L'8 ottobre 2013 il Presidente della Repubblica ha rivolto, nell'esercizio della facoltà prevista dall'art. 87, comma 2, Cost., un messaggio al Parlamento sulla questione carceraria, con il quale ha, tra l'altro, posto l'accento sulla stringente necessità di dare tempestiva esecuzione al pronunciamento della Corte europea ed indicato i possibili ambiti di azione.

Il 22 novembre 2013 la Corte Costituzionale ha, quindi, depositato la sentenza n. 147/2013, dichiarativa dell'inammissibilità delle questioni di legittimità dell'art. 147 c.p. (norma dedicata al "*rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*"), sollevate da alcuni giudici di merito con riferimento alla mancata previsione, all'interno della norma, di un'ipotesi di rinvio della pena per i casi in cui essa sia destinata a svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità.

Ad onta del tenore finale della decisione, i giudici costituzionali non hanno mancato di rilevare, nel corpo della motivazione, l'intollerabilità della situazione attuale che, si legge nella sentenza n. 279/2013, "*non può protrarsi ulteriormente*", poiché il carattere inderogabile del principio dell'umanità del trattamento rende assolutamente necessaria "*la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare*".

Dopo avere tratteggiato il quadro degli auspicabili rimedi e delle possibili soluzioni, la Corte ha rivolto al legislatore un severo monito, sollecitato ad assumersi le sue responsabilità affermando esplicitamente come "*non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia*", e così ventilando l'eventuale adozione di decisioni più drastiche per il caso di persistenza nell'atteggiamento di timido attendismo sin qui mantenuto a fronte delle reiterate condanne in sede sovranazionale.

Questo il contesto nel quale si inserisce il decreto-legge n. 146/2013, le cui disposizioni operano su più piani, tutti correlati alla situazione carceraria ed alle deficienze riscontrate dalla Corte EDU, relative tanto alle inadeguate condizioni di vita all'interno delle carceri

² Il riferimento è alla legge n. 199/10, modificata dalla legge n. 9/12, di conversione del decreto-legge n. 211/11, in materia di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi.

³ Decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito nella legge n. 94/2013.

quanto alla scarsa effettività degli strumenti posti a disposizione dei detenuti per la tutela dei propri diritti.

Al contempo, nel catalogo di norme finalizzate a ridurre, sul piano numerico, l'entità della popolazione carceraria si inseriscono quelle specificamente destinate a garantire rimedi di natura compensativa rispetto alla incresciosa condizione venutasi a determinare all'interno degli istituti penitenziari.

Il decreto-legge, va anticipato in premessa, interessa materie su parte delle quali sono già state promosse, in sede parlamentare, autonome iniziative legislative, tuttora *in itinere*, e si giova delle conclusioni della “*Commissione di studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*”, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 2 luglio 2013, sulla cui falsariga molte delle norme sono congegnate e strutturate.

Alcune disposizioni riprendono, del pari, suggerimenti e proposte contenute nella relazione finale (“*Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*”) della “*Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*”, composta da tre consiglieri del C.S.M., tre componenti designati dal Ministro della Giustizia e sei magistrati di sorveglianza, costituita con delibere del C.S.M. del 26 luglio 2010 e del 21 novembre 2012, e nella “*Risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza*”, approvata dall'Assemblea plenaria del C.S.M. nella seduta del 24 luglio 2013.

Proteso nell'apprezzabile sforzo di porre termine, nel rispetto della tempistica indicata dalla Corte di Strasburgo, alla violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU, l'intervento normativo ha affiancato riforme legate alla contingenza ad altre a vocazione strutturale ed esaltato il ruolo della magistratura di sorveglianza, tributaria di compiti nuovi e pregnanti (si pensi, tra l'altro, all'istituzione del c.d. “*reclamo giurisdizionale*” avverso taluni provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria), che rappresentano un vero e proprio salto di qualità nell'architettura dei rapporti tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria.

Ne è derivato, in parallelo, un notevole appesantimento degli incumbenti gravanti sulla magistratura di sorveglianza – chiamata, nell'immediato, a far fronte anche all'impegno straordinario derivante dall'introduzione della c.d. “*liberazione anticipata speciale*” – solo parzialmente bilanciato dalla semplificazione di alcune procedure, sì da rendere auspicabile la pronta verifica dell'adeguatezza degli organici di magistratura, di quelli del personale di supporto e delle dotazioni strumentali e l'adozione, se del caso, delle necessarie misure correttive, in chiave sia di dimensionamento degli uffici che di copertura delle vacanze.

II. LE DISPOSIZIONI INTRODOTTE.

A) Le misure finalizzate a diminuire il numero dei detenuti o, comunque, a contrastare il sovraffollamento in carcere.

a.1) Gli interventi sul testo unico in materia di sostanze stupefacenti (Art. 2).

L'art. 2 del decreto-legge n. 146/2013 si articola in due commi.

Con il primo, viene riformulato il testo dell'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90, norma che sanziona con pena più mite le condotte illecite (di detenzione, cessione, acquisto, trasporto, ecc.) in materia di sostanze stupefacenti che *“per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze”* siano *“di lieve entità”*.

L'innovazione opera su un duplice versante.

Da un canto, la fattispecie viene manipolata in modo da renderla, secondo le intenzioni del legislatore, autonoma rispetto a quelle disciplinate dai commi 1 e seguenti dell'art. 73 e da non costituire più, di conseguenza, circostanza attenuante, come è stata sino ad oggi costantemente considerata dalla giurisprudenza.

La trasformazione in reato autonomo delle condotte ex art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90, è funzionale, innanzitutto, ad evitare che, in caso di concorso di circostanze aggravanti, il riconoscimento dell'equivalenza tra le circostanze di segno opposto conduca ad applicare, per fatti di modesta offensività, la pena, assai severa, determinata secondo la cornice indicata dal comma 1 (reclusione da sei a venti anni e multa da 26.000 a 260.000 euro), anziché quella comminata dal comma 5 (reclusione da uno a sei anni e multa da 3.000 a 26.000 euro) che, seppure incrementata per effetto dell'aggravante – non più soggetta, attesa l'autonomia del reato, a giudizio di bilanciamento –, sarà parametrata in misura largamente più contenuta.

Quantunque le modalità prescelte dal legislatore d'urgenza non contemplino l'espressa indicazione dell'autonomia della fattispecie interessata dalla modifica, il conseguimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore dell'urgenza è attestato dai rilievi dei più tempestivi commentatori⁴ e dalla prima pronuncia della giurisprudenza di legittimità⁵.

Notevoli sono le conseguenze in chiave, tra l'altro, di riduzione, per effetto della novella, del termine prescrizionale ordinario, da venti a sei anni, e di quello di durata massima della custodia cautelare.

La rimodulazione del trattamento sanzionatorio per le condotte illecite *“di lieve entità”* aventi ad oggetto sostanze stupefacenti si riconnette, con ogni evidenza, alla consapevolezza che

⁴ Cfr. Relazione n. III/01/2014 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte di Cassazione, ove, pure, si avanza qualche perplessità sull'ortodossia, dal punto di vista tecnico, dell'operazione compiuta.

⁵ Cassazione penale, Sez. VI, 8 gennaio 2014, Cassanelli.

protagonisti di tali comportamenti sono per lo più tossicodipendenti che si inseriscono, ai livelli più bassi, nel circuito di distribuzione della droga al fine di reperire le risorse necessarie per il personale approvvigionamento.

La spiccata tendenza di tali soggetti alla recidivanza e la conseguente applicazione dei relativi istituti – cui fa da *pendant* la difficoltà di motivare, al di fuori di valutazioni di carattere sostanzialistico ed equitativo, la concessione delle circostanze attenuanti generiche a soggetti gravati da numerosi precedenti specifici – ha determinato, sino ad oggi, l'inflizione di condanne a pene che sovente, sebbene correttamente determinate in relazione al vigente apparato sanzionatorio, sono, ciò nonostante, apparse sproporzionate per eccesso rispetto all'effettivo disvalore dei fatti e, soprattutto, hanno accresciuto la presenza, in termini sia quantitativi che percentuali, di tossicodipendenti all'interno delle carceri italiane⁶.

Attraverso l'interpolazione del testo del comma 5 si è, pertanto, restituita razionalità al sistema che offre, oggi, all'interprete più sicuri riferimenti applicativi.

La seconda modifica dell'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/90 concerne il massimo edittale, che viene ridotto da sei a cinque anni di reclusione, fermi restando il minimo e la pena pecuniaria.

La novella è, anche in questo caso, portata dell'intento di mitigare il rigore sanzionatorio per le condotte *de quibus* anche se, dal punto di vista pratico, non appare idonea ad incidere, se non in modo trascurabile, sulla consistenza del numero dei detenuti per reati in materia di narcotraffico⁷.

Sintomo delle attuali fibrillazioni in ordine alle politiche in materia è, del resto, la riproposizione del tema dell'equiparazione, in linea di principio, del trattamento sanzionatorio delle fattispecie di reato afferenti alle diverse tipologie di stupefacente, pervenuto, su impulso della Corte di Cassazione (cfr. ordinanza di rimessione della Sezione III n. 25554 dell'11 giugno 2013) oltre che di diversi giudici di merito, all'attenzione della Corte Costituzionale, chiamata a vagliare, di qui a poche settimane, la legittimità costituzionale *in parte qua* dell'attuale disciplina.

Al secondo comma, l'art. 2 del decreto-legge n. 146/2013 abroga l'art. 94, comma 5, del D.P.R. 309/90, che stabiliva che l'affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari previsto da detto articolo non poteva essere disposto più di due volte.

⁶ Dai dati ISTAT risulta che, al 31 dicembre 2011, i detenuti tossicodipendenti erano 16.364, pari al 24,5% del totale.

⁷ Al 26 luglio 2013, i detenuti per violazione del D.P.R. 309/90 erano 23.456, pari al 36,80 del totale, di cui 8.486 in stato di custodia cautelare e 14.970 in espiazione pena.

L'istituto, introdotto nel 2006, riguarda i soggetti che, tossicodipendenti o alcooldipendenti e sottoposti a pena detentiva, sono ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale allo scopo di avviare o proseguire un programma di recupero.

L'esperienza, maturata negli anni di sperimentazione, ha dimostrato l'esistenza di un numero non trascurabile di casi in cui il fallimento dei primi tentativi ha precluso l'accesso a persone affette da dipendenza alle quali, tuttavia, sarebbe stato ragionevole concedere ulteriori opportunità di fruizione dell'affidamento perché realmente intenzionate a partecipare al trattamento riabilitativo.

L'innovazione va, perciò, favorevolmente accolta perché condivisibile espressione di accresciuta attenzione al recupero attraverso la terapia, sia pure con l'avvertenza che il favore per il più intenso ricorso all'istituto⁸ rischia di restare privo di effettività in assenza di paralleli interventi – corredati dal necessario sostegno finanziario – volti ad ampliare le disponibilità di posti nelle strutture residenziali, presso le quali il più delle volte si svolgono, specie nelle fasi iniziali, i programmi terapeutici di recupero.

a.2) La “liberazione anticipata speciale” (Art. 4).

L'art. 4 del decreto-legge n. 146/2013 introduce, con previsione straordinaria e destinata ad applicazione temporanea, l'istituto della “liberazione anticipata speciale”, riservato a chi, ristretto in carcere tra l'1 gennaio 2010 ed il 24 dicembre 2015, abbia dato o dia prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

Si tratta, in sostanza, dell'ampliamento dell'ordinaria liberazione anticipata che, per il periodo considerato, determina una detrazione di settantacinque giorni, anziché di quarantacinque, per ogni singolo semestre di pena scontata.

La disposizione speciale – al pari di quella ordinaria - si applica anche ai condannati per i più gravi delitti elencati nell'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario, i quali patiscono le deteriorate ed intollerabili condizioni di vita carceraria in misura analoga a quella dei detenuti cc.dd. “comuni”; in questo caso, tuttavia, il giudice dovrà compiere un accertamento ulteriore, riferito all'aver costoro “dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità”⁹,

⁸ Per comprendere la portata, dal punto di vista pratico, della novella, val la pena di ricordare che, alla data del 31 ottobre 2013, risultavano in affidamento terapeutico ex art. 94 DPR 309/90 2.858 condannati tossico/alcool dipendenti, di cui 964 provenienti dallo stato di libertà e 1.894 provenienti da detenzione (carcere, arresti domiciliari o detenzione domiciliare).

⁹ L'ANM, nel documento esibito in occasione dell'audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, ha denunciato l'incongruità della disposizione rilevando che “irrazionali automatismi riferiti a particolari categorie di condannati non sembrano tenere in adeguato conto le esigenze di personalizzazione ed

enunciato che sbarra la strada all'indiscriminata estensione del beneficio ai detenuti più pericolosi e refrattari alla risocializzazione (quali, ad esempio, quelli ristretti in regime detentivo ex art. 41-bis Ord. pen. in ragione dell'attualità dei collegamenti con associazioni criminali).

Il diretto legame tra la negativa evoluzione delle condizioni di vita carceraria ed il riconoscimento di una più consistente detrazione sulla pena da scontare spiega perché, al comma 5 dell'art. 4, sia stata esclusa, con previsione difforme rispetto a quella che regola la liberazione anticipata ordinaria, l'applicazione dell'istituto eccezionale *“ai condannati ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi. In tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative”*.

In via interpretativa (e fatto salvo, ovviamente, un auspicabile chiarimento in sede di conversione), l'esclusione dovrebbe, peraltro, estendersi alla sanzione dell' *“esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi”* introdotta in via temporanea dalla legge n. 199/2010 e resa permanente, come si avrà modo di segnalare più avanti, dall'art. 5 del decreto-legge n. 146/2013, nonché ai soggetti che siano sottoposti agli arresti domiciliari esecutivi ex art. 656, comma 10, c.p.p., relativamente ai periodi trascorsi in tutto o in parte in tali misure.

Analoga spiegazione può essere fornita in relazione all'individuazione del *range* temporale di vigenza ancorato, da un canto, all'epoca, il gennaio 2010, in cui, emessa la prima sentenza di condanna in sede CEDU a carico dell'Italia, le autorità nazionali dichiararono lo stato di emergenza ed avviarono la strategia di suo superamento (inizialmente basata, si è detto, sull'incremento della capacità ricettiva delle case circondariali) e, dall'altro, ad un frangente temporale in cui si presume possa essere portato a stabile compimento il processo di ripristino di condizioni di sufficiente vivibilità all'interno delle carceri italiane.

Alla linearità della genesi della norma ed alla sua indubbia attitudine a produrre – mediante la concessione del beneficio in via immediata a coloro (in numero, approssimativamente stimato in 1.700) che sono stati ristretti nei semestri già decorsi e, successivamente, a chi maturerà il diritto nel biennio a venire – un sicuro e positivo effetto deflattivo fanno, tuttavia, da contraltare non marginali perplessità in ordine al rispetto della parità di trattamento rispetto a chi sia stato ristretto, prima del gennaio 2010, in condizioni analoghe a quelle certificate dalla sentenza Sulejmanovic, nonché alla attendibilità della prognosi in ordine al superamento dello

individualizzazione del trattamento connesse alla funzione rieducativa della pena così come sancita dall'art. 27 Cost. poiché si sostituiscono alla valutazione del giudice cui solo spetta l'apprezzamento della pericolosità”. Essa, peraltro, impone, in caso di esecuzione per una pluralità di reati, non tutti compresi nell'ambito applicativo dell'art. 4-bis Ord. pen., la c.d. scissione del cumulo, con scorporo delle pene, semestre per semestre.

stato emergenziale entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto-legge ed alle conseguenze per l'eventualità che le previsioni formulate si rivelino ottimistiche o, al contrario, fin troppo caute.

Scarso fondamento sembrano avere, invece, le obiezioni che assegnano alla disposizione sulla "*liberazione anticipata speciale*" connotazione sostanzialmente clemenziale in quanto determinante, in sostanza, una riduzione della sanzione espiata, rispetto a quella inflitta, in misura che, in talune ipotesi, può arrivare sino ad un anno di reclusione.

Che nel caso di specie non ci si trovi al cospetto di una mera caducazione della pena è, infatti, dimostrato dal controllo di meritevolezza che il giudice è tenuto a compiere e che, governato dalle regole ordinarie per i semestri a venire, deve essere nuovamente effettuato - in virtù del disposto dell'ultimo inciso del comma 2 ed assumendo a parametro la condotta successiva alla concessione del beneficio - anche per il riconoscimento di ulteriori trenta giorni per i semestri passati per i quali il condannato abbia già usufruito della liberazione anticipata ordinaria e che, si è visto, richiede una prova rafforzata di positiva evoluzione della personalità per chi si sia responsabile dei reati di maggiore gravità.

Sembra, allora, improprio attribuire effetto *tout court* estintivo della pena ad un istituto basato, piuttosto, sul riconoscimento – erogato in misura proporzionale alla detenzione patita anziché "secca" - a chi, nei fatti, abbia mostrato di avere intrapreso il percorso di tendenziale risocializzazione proprio di ogni esperienza detentiva.

Da ultimo, va segnalato come dalla complessità delle valutazioni da compiersi in relazione alle differenti ipotesi di liberazione anticipata speciale discenda la plausibilità di uno snellimento procedimentale per quelle più semplici (con riferimento, ad esempio, ai mezzi di impugnazione), così come segnalato dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20 gennaio 2014.

a.3) Il controllo mediante strumenti elettronici dell'esecuzione degli arresti domiciliari e della detenzione domiciliare (art. 1, comma 1, lettera a, e art. 3, comma 1, lett. h).

L'art. 1 del decreto-legge n. 146/2013 interviene, al comma 1, lett. a), sulla disposizione del codice di rito penale, l'art. 275-*bis*, che offre al giudice la facoltà di prescrivere, in caso di sottoposizione dell'indagato\imputato alla misura cautelare degli arresti domiciliari, "*procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici*", a condizione che ne sia accertata la disponibilità da parte della Polizia giudiziaria.

Trattasi del c.d. “*braccialetto elettronico*” che, introdotto dall’art. 16 del D.L. n. 341 del 2000, convertito dalla L. n. 4/2001, sulla scorta delle positive esperienze maturate in altri paesi, ha avuto, nei tredici anni di vigenza della norma, scarsissima applicazione.

A fronte, invero, della stipula di una apposita convenzione con un unico fornitore¹⁰, dalla quale è scaturita la disponibilità di 2.000 apparati, per un costo annuo stimabile, con buona approssimazione, in circa 10 milioni di euro annui, i braccialetti concretamente utilizzati non superano, di regola, alcune decine di unità e solo alcuni uffici giudiziari si servono di tale strumento¹¹.

Le ragioni dell’insuccesso dell’iniziativa non sembrano legate a difficoltà applicative o inidoneità al conseguimento dello scopo per cui è stato realizzato.

Dal punto di vista tecnico, la convenzione in atto garantisce, infatti, la piena ed immediata operatività sull’intero territorio nazionale e la messa in esecuzione del “*braccialetto*” postula adempimenti di non eccessiva gravosità¹² (acquisizione del consenso dell’interessato, in difetto del quale egli sarà sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere, verifica dell’idoneità dell’abitazione, che deve essere fornita di energia elettrica, mentre la linea telefonica, se assente, viene attivata dal gestore del servizio, esecuzione dell’esecuzione della misura differita, nella misura di alcun giorni lavorativi, per consentire la predisposizione delle apparecchiature *in loco*).

Sotto il profilo effettuale, del resto, la prescrizione del “*braccialetto*” rafforza – per come confermato dai dati empirici raccolti da quanto l’istituto è entrato in vigore¹³ – la capacità di autocustodia dell’indagato\imputato, consente, *a costo zero*¹⁴, di sottrarre le forze di Polizia a parte dell’onerosa e defatigante attività di controllo fisico presso i luoghi di detenzione e, in ultimo, garantisce, in molti casi, una incrementata attitudine a tutelare le esigenze cautelari (*sub specie*, soprattutto, di pericolo di fuga e di reiterazione della condotta criminosa) della misura cautelare degli arresti domiciliari, rendendo in tal modo non necessari l’applicazione o

¹⁰Seguita ad iniziali difficoltà di natura logistica, legate alla stipula di contratti di noleggio degli apparecchi con cinque diverse società.

¹¹sull’antieconomicità della convenzione va segnalato che la Corte dei Conti (Deliberazione n. 11/2012/G dell’Adunanza del 13 settembre 2012) ha rilevato «una notevole sproporzione tra gli elevati costi e il numero veramente esiguo dei bracciali utilizzati». Il sottoutilizzo dei braccialetti elettronici è stato stigmatizzato anche dal T.A.R. del Lazio (cfr. sentenza n. 4997/2012) ed in un’interrogazione al Ministro dell’Interno presentata alla Camera dei Deputati nella seduta del 10 ottobre 2012.

¹²Che, per il vero, rendono ardua la sua applicazione in via originaria, cioè a carico di soggetto in stato di libertà.

¹³ Sul punto, cfr. Alessandra Bassi e Christine Von Borries, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in *Questione Giustizia on line*, 12 dicembre 2013.

¹⁴ Il servizio, si rammenta, è già pagato, nei limiti dei 2.000 apparati complessivi, e nulla è dovuto per il suo utilizzo.

il mantenimento della misura di estremo rigore, con conseguente, tangibile beneficio sul sovraffollamento carcerario.

Il legislatore dell'urgenza, spinto dall'intento di stimolare un più ampio ricorso al "braccialetto" ha modificato l'originario disposto del primo comma dell'art. 275-bis c.p.p., secondo cui il giudice prescrive le descritte procedure di controllo "se lo ritiene necessario in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto", nel senso che il magistrato si determinerà in tal senso "salvo che le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto".

Un'inversione lessicale, quella testé menzionata, che innalza il "braccialetto elettronico" al rango di modalità ordinaria di esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari e ne rende plausibile l'illimitata diffusione, potenzialmente idonea a rendere rapidamente insufficiente il *quantum* di dispositivi indicati nella convenzione: tanto ha indotto il legislatore dell'urgenza a differire, prudenzialmente, l'entrata in vigore di questa parte del decreto-legge al giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione.

La modifica dell'art. 275-bis c.p.p., per quanto lineare ne sia la genesi e condivisibili si palesino, prima di tutto sul piano culturale, le finalità perseguite, non si sottrae, per contro, a qualche obiezione di ordine tecnico-pratico.

Se, infatti, l'obiettivo avuto di mira dal legislatore dell'urgenza è *anche* quello di indurre l'autorità giudiziaria ad applicare la misura cautelare degli arresti domiciliari *in luogo o in sostituzione* di quella della custodia in carcere e non *solo* quello di incentivare l'utilizzo dello strumento ed agevolare l'attività di controllo da parte delle Forze dell'Ordine, maggiormente efficace potrebbe rivelarsi l'imposizione al giudice che intenda disporre la misura cautelare della custodia in carcere dell'obbligo di enunciare le ragioni che lo inducono a ritenere inidonea quella degli arresti domiciliari con controllo elettronico a distanza¹⁵, sì da rendere più pregnante l'onere motivazionale in punto di adeguatezza e proporzionalità della misura cautelare di massimo rigore e più agevole, per contro, l'adempimento del medesimo onere in caso di applicazione degli arresti domiciliari.

Sotto altro, concorrente profilo, l'incentivazione al più intenso impiego del "braccialetto elettronico" potrebbe passare anche attraverso l'estensione a misure cautelari diverse dagli arresti domiciliari - in ossequio ad una tendenza inaugurata con il recente decreto-legge sulla

¹⁵ In questo senso si è espressa la "Commissione di studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione", istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 2 luglio 2013, secondo cui tale specifico onere motivazionale spingerebbe il giudice "*ad un'attenta riflessione preliminare sulle ragioni per cui il massimo dei controlli extracarcerari (arresti domiciliari con monitoraggio elettronico) non sarebbe sufficiente nel caso di specie*".

violenza di genere (D.L. n. 93/2013 convertito con L. n. 119/2013), ove si è prevista la possibilità di applicare il braccialetto elettronico anche in caso di allontanamento dalla casa familiare per i reati previsti dall'art. 282 *bis* comma 6 c.p.p.¹⁶ –, a condizione, però, che gli strumenti elettronici siano dotati dell'ulteriore funzionalità GPS, sì da consentire il monitoraggio sul territorio del soggetto sottoposto alla misura non detentiva.

Al tema dei controlli elettronici a distanza sono dedicate anche le lett. f) e h) del primo comma dell'art. 3 del decreto-legge n. 146/2013, che riguardano l'esecuzione di tali controlli a carico di soggetti in detenzione domiciliare.

Nello specifico, la lettera f) novella l'art. 47-*ter* dell'Ordinamento penitenziario abrogando il comma 4-*bis*, in base al quale *“Nel disporre la detenzione domiciliare il Tribunale di sorveglianza, quando ne abbia accertato la disponibilità da parte delle autorità preposte al controllo, può prevedere modalità di verifica per l'osservanza delle prescrizioni imposte anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 275-bis del codice di procedura penale”*.

Alla disposta abrogazione corrisponde l'introduzione, alla lettera h), dell'art. 58-*quater* della legge n. 354/1975 che, sotto la rubrica *“Particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare”*, ripropone il contenuto del previgente art. 47-*ter*, comma 4-*bis*, sul quale incide prevedendo che l'impiego delle particolari modalità di controllo possa essere deciso, oltre che al momento della decisione sulla concessione della misura alternativa, anche nel corso della sua esecuzione, ciò che può rilevarsi appropriato, tra l'altro, al cospetto di violazioni alle prescrizioni la cui ridotta gravità, lungi dall'imporre la revoca della concessione, consigli di rendere più incisivo il controllo¹⁷.

Va, da ultimo, rilevato che la collocazione dell'art. 58-*quater* al di fuori dell'art. 47-*ter* ne agevola l'applicazione alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* e che

¹⁶Come adombrato dalla citata commissione ministeriale, a cui dire l'adozione, previa valutazione del giudice, degli strumenti di controllo a distanza unitamente ad una misura coercitiva diversa dalla custodia in carcere sortirebbe il positivo effetto di ampliare il ventaglio di possibili soluzioni adottabili dal giudice della cautela, sì da consentirgli di adeguare alle peculiarità del caso concreto il tipo di intervento, nel rispetto dei principi della “gradualità” e del “minimo sacrificio necessario”, sanciti dalla Carta fondamentale in tema di limitazioni della libertà personale.

¹⁷ Anche in questo caso la Commissione ministeriale aveva proposto l'applicazione del controllo elettronico a distanza a tutte le misure alternative alla detenzione in vista dell'ampliamento complessivo dell'ambito di operatività dei benefici extramurari, atteso, si legge nel documento conclusivo, che *“ogniquale volta residuo dubbi sull'affidabilità del detenuto che ne sconsiglierebbero la concessione, il giudice potrà ugualmente concederli qualora ritenga che i margini di rischio possano essere efficacemente contrastati dal suppletivo, più pregnante controllo, costituito dal monitoraggio elettronico del soggetto”*.

questa parte del decreto-legge, al pari di quella che interessa l'art. 275-*bis* c.p.p., entrerà in vigore solo dopo la conversione¹⁸.

a.4) La modifica all'affidamento in prova c.d. "ordinario" (art. 3, comma 1, lett. c e d).

L'articolo 3, comma 1, lettere c) e d), del decreto-legge novella la disciplina, contenuta nell'art. 47 dell'Ordinamento penitenziario, dell'affidamento in prova al servizio sociale.

La normativa sino ad oggi vigente prevedeva l'applicazione dell'istituto ai condannati a pena detentiva non superiore a tre anni, per un periodo uguale a quello della pena da scontare, sempre che, sulla base dei risultati dell'osservazione della personalità condotta collegialmente per almeno un mese in istituto (salvi i casi in cui il condannato, dopo la commissione del reato, avesse tenuto un comportamento tale da consentire analogo giudizio), si potesse ritenere che il provvedimento avrebbe contribuito alla rieducazione del reo ed assicurato la prevenzione dal pericolo di commissione di altri reati.

La lettera c) del comma 1 dell'articolo 3 del decreto-legge introduce un nuovo comma 3-*bis* nell'articolo 47 dell'Ordinamento penitenziario, che consente l'affidamento in prova al servizio sociale al condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni, che abbia serbato - quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare, ovvero in libertà - un comportamento tale da consentire il giudizio sulla rieducazione del reo e sulla prevenzione del pericolo di commissione di altri reati.

La novità della norma consiste, dunque, nell'ammettere all'affidamento in prova i condannati a pena, anche residua, nei limiti di quattro anni anziché tre, previa sottoposizione, per contro, ad un più lungo periodo di osservazione.

Ragioni di coerenza sistematica potrebbero suggerire l'allineamento tra le previsioni del riformato art. 47 ord. pen. e quelle dell'art. 656, comma 5, c.p.p. in tema di sospensione dell'esecuzione della pena), così come segnalato dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20 gennaio 2014.

La lettera d) del comma 1 dell'articolo 3 del decreto-legge sostituisce, poi, il comma 4 dell'articolo 47 dell'Ordinamento penitenziario, rafforzando i poteri del magistrato di sorveglianza di applicare la misura in via di urgenza, sulla falsariga dell'affidamento c.d. terapeutico, previsto dall'art. 94 del testo unico sulle tossicodipendenze.

¹⁸ In realtà, il differimento dell'entrata in vigore riguarda, probabilmente per un difetto di coordinamento che potrà essere emendato in sede di conversione, la disposizione di nuovo conio e non anche l'abrogazione di quella preesistente.

Dopo l'inizio dell'esecuzione della pena¹⁹, l'istanza di affidamento in prova deve essere proposta al Tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione anziché, come prima previsto, al magistrato di sorveglianza il quale, tuttavia, resta competente nel caso di sussistenza di grave pregiudizio, in cui, accertata la ricorrenza dei presupposti di legge (grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, *fumus boni iuris* sulla sussistenza dei presupposti ed assenza del pericolo di fuga), dispone la liberazione del condannato e l'applicazione provvisoria²⁰ dell'affidamento in prova con un'ordinanza che conserva efficacia fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza, che deve intervenire nel termine di sessanta giorni.

a.5) La stabilizzazione della sanzione detentiva dell'esecuzione della pena presso il domicilio (art. 5).

L'art. 5 del decreto-legge rende permanente il disposto dell'art. 1 della legge n. 199 del 26 novembre 2010, altrimenti destinata a perdere efficacia alla fine del 2013, che ha introdotto la misura che consente di scontare presso il domicilio la pena detentiva non superiore a 18 mesi (12, stando al testo originario, innovato dal decreto-legge n. 211/2011), anche se costituente parte residua di maggior pena.

Alla sua nascita, era stato stabilito che l'istituto operasse fino alla completa attuazione del c.d. Piano carceri, nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione, e comunque non oltre il 31 dicembre 2013.

La stabilizzazione della norma - che, in qualche misura, ne altera la natura perché la svincola dal contesto emergenziale - è frutto della presa d'atto della positiva, sebbene circoscritta dal punto di vista numerico, incidenza sul sovraffollamento carcerario²¹.

¹⁹ Singolarmente, il testo pare, invero, formulato, dal punto di vista letterale, in modo tale da escludere, in contrasto con quanto sino ad oggi ritenuto, che l'istanza possa essere presentata prima dell'inizio dell'esecuzione della pena.

²⁰ La previsione dell'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova, con il relativo corredo di prescrizioni, in luogo della sospensione dell'esecuzione, prima contemplata, funge, nelle intenzioni del legislatore dell'urgenza, quale stimolo al magistrato di sorveglianza a superare le remore alla liberazione, ancorché provvisoria, di condannati che stiano spiando la pena in carcere. Ed infatti, come correttamente segnalato dall'ANM nel parere reso in occasione dell'audizione, il 9 gennaio 2014, presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'immediata, e parimenti interinale, adozione del beneficio evita che il condannato ottenga in sede cautelare un provvedimento di contenuto più ampio (liberazione senza alcuna prescrizione in ordine ai rapporti con l'UEPE, alla dimora, alla libertà di locomozione, al lavoro, etc.) di quello che potrà ottenere in sede di merito, con evidente violazione del principio di strumentalità della giurisdizione cautelare rispetto a quella di merito. La modifica introdotta dal decreto-legge n. 146/2013 evita, allo stesso modo, che il condannato trascorra, in attesa della decisione "*a cognizione piena*", un periodo in totale libertà, in assenza di vincoli di qualsivoglia natura (prospettiva che, attualmente, sconsiglia sovente l'adozione del provvedimento "cautelare").

²¹ Dalle statistiche fornite dal Ministero della Giustizia risulta che l'approvazione della legge n. 199/2010 ha determinato la scarcerazione, al 30 novembre 2013, di 12.741 detenuti e che, nell'ultimo anno, le applicazioni dell'art. 1 si sono succedute con il ritmo di circa 300 al mese.

a.6) Le modifiche in materia di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione (art. 6).

L'art. 6 del decreto-legge n. 146/2013 novella l'articolo 16 del Testo Unico immigrazione (D.Lgs. 286/1998), intervenendo in particolare sull'istituto dell'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione, disciplinato dai commi 5 e ss., in forza del quale lo straniero detenuto — già identificato — che si trovi in una delle condizioni indicate nell'art. 13, comma 2 (ingresso clandestino; permanenza nel territorio dello Stato senza avere richiesto il permesso di soggiorno; appartenenza a una delle categorie di persone pericolose), e deve espriare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è obbligatoriamente espulso.

Intento del legislatore dell'urgenza è quello di incentivare l'applicazione dell'istituto, innanzitutto espungendo dal catalogo dei reati la condanna per i quali è preclusiva all'espulsione — comprendente, sino ad oggi, i delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p. e quelli previsti dal T.U. in materia di immigrazione — la rapina e l'estorsione aggravati ai sensi, rispettivamente, dell'art. 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p., nonché i delitti previsti dal T.U. in materia di immigrazione per i quali sia prevista la pena detentiva non superiore, nel massimo, a due anni di reclusione.

A quest'ultimo proposito, va subito notato che, sul piano pratico, l'innovazione è, al momento, destinata a non produrre alcun effetto sui delitti puniti dal D. Lgs. n. 286/98, la cui sanzione edittale massima è costantemente superiore ai due anni di reclusione.

Diversamente, l'esplicito riferimento a rapina ed estorsione aggravate consentirebbe, in potenza, di espellere un significativo numero di detenuti stranieri, stimato dagli uffici ministeriali in circa 1.300 unità²².

Finalizzata, del pari, ad un più vasto ricorso all'espulsione quale sanzione alternativa alla detenzione è la previsione — che risolve d'autorità l'articolato dibattito sviluppatosi in giurisprudenza — secondo cui, in caso di condanna dello straniero per più reati, per alcuni dei quali l'espulsione è preclusa, può procedersi allo scioglimento del cumulo (ovverosia la considerazione frazionata della porzione di pena irrogata per ciascun reato), ciò che consente l'espulsione nel momento in cui la parte di pena relativa ai reati cc.dd. "ostativi" è stata completamente espriata.

²²Peraltro, sempre stando alle statistiche elaborate dal Ministero della Giustizia, al 30 luglio 2013 le strutture penitenziarie italiane ospitavano 22.812 detenuti stranieri, di cui circa 18.000 non appartenenti all'Unione Europea, e come tali potenzialmente espellibili in presenza delle condizioni di cui all'articolo 16, comma 5, del decreto legislativo n. 286 del 1998.

I commi 5-bis e 5-ter dell'art. 16, introdotti *ex novo* dal decreto-legge n. 146/2013, mirano ad anticipare all'atto dell'ingresso in carcere il compimento degli adempimenti finalizzati all'identificazione dello straniero, sì da evitare, nei limiti del possibile, che, all'atto della scarcerazione, l'esecuzione dell'espulsione amministrativa sia preclusa dalla carente identificazione, con conseguente trattenimento dello straniero in un CIE e protrazione della limitazione della sua libertà personale, effetti che ben possono essere evitati affrontando e risolvendo tempestivamente le relative questioni.

Lo snellimento ed il miglior coordinamento delle procedure di identificazione serve, d'altro canto, a rendere più celere ed efficace il procedimento di espulsione ex art. 16, per come dimostrato dalla sperimentazione positivamente condotta negli uffici giudiziari di Milano e Brescia, il cui *modus operandi*, che si giova anche della fruttuosa cooperazione sinergica dei Ministeri dell'Interno e della Giustizia, è stato preso a modello dal legislatore nel decreto-legge *de quo agitur*.

La riformulazione del comma 6 dell'art. 16 del D.Lgs. n. 286/1998 è, infine, volta a rendere più "garantita" la procedura di espulsione: il decreto motivato di espulsione, adottato dal magistrato di sorveglianza ed impugnabile mediante opposizione davanti al Tribunale di sorveglianza, è, infatti, comunicato non più solo allo straniero, ma anche al suo difensore ed al pubblico ministero, mentre, se il destinatario del provvedimento è privo di difensore di fiducia, il magistrato di sorveglianza provvede alla nomina di un difensore di ufficio.

B) GLI INTERVENTI IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI.

b.1) Il reclamo generico e quello giurisdizionale (art. 3, comma 1, lett. a e b).

Con la sentenza Torreggiani, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, consapevole del fatto che il fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia è endemico e, per quanto incisivi e radicali possano essere le iniziative adottate entro il prescritto termine annuale, potrà essere risolto strutturalmente solo nel medio-lungo periodo, ha individuato un secondo, concomitante piano d'azione, che involge l'obbligo dello Stato di predisporre (par. 99) "*senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia*".

Premesso (par. 96) che "*in materia di condizioni detentive, i rimedi «preventivi» e quelli di natura «compensativa» devono coesistere in modo complementare*", che "*quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore*

riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti” e che “chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita”, i giudici di Strasburgo rilevano (par. 97) che “il solo ricorso indicato dal Governo convenuto nelle presenti cause che possa migliorare le condizioni detentive denunciate, vale a dire il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza in virtù degli articoli 35 e 69 della legge sull’Ordinamento penitenziario, è un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, dato che non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all’articolo 3 della Convenzione” ed osservano ulteriormente che “il Governo non ha dimostrato l’esistenza di un ricorso in grado di consentire alle persone incarcerate in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita”.

Nella descritta cornice si iscrive, in primo luogo, la parziale riformulazione dell’articolo 35 dell’Ordinamento penitenziario, norma che disciplina il c.d. “reclamo generico”, consistente nella possibilità per il detenuto di rivolgere istanze al magistrato di sorveglianza e alle altre Autorità indicate nella norma, attivando un procedimento *de plano* (ossia senza formalità processuali e senza contraddittorio), privo delle caratteristiche della giurisdizione.

In proposito, il decreto ha apportato alcune modifiche di portata marginale, procedendo, da un lato, ad una integrazione del novero dei destinatari dei reclami con l’aggiunta di nuove figure interne all’Amministrazione (il Provveditore regionale) ed esterne (il Garante nazionale dei diritti dei detenuti ed i garanti locali comunque denominati) e, dall’altro, ad un adeguamento terminologico con la sostituzione delle vecchie figure del «Direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena» e degli «Ispettori» rispettivamente con il «Capo del dipartimento dell’amministrazione penitenziaria» e con il «Direttore dell’ufficio ispettivo».

La lettera b) dell’art. 3 - significativamente collocata, si legge nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, dopo la norma sul reclamo generico, in modo da sottolineare la progressività dei meccanismi di tutela e la loro riconducibilità ad un sistema integrato ed unitario - introduce, poi, l’art. 35-*bis* dell’o.p., relativo al c.d. “reclamo giurisdizionale”, sino ad ora privo di esplicito riconoscimento a livello normativo.

Trattasi di procedimento – che si tiene davanti al Magistrato di sorveglianza, ai sensi dell’art. 69, comma 6, o.p., come modificato dalla lettera i) dell’art. 3 – originato dal reclamo relativo all’esercizio del potere disciplinare e di quello relativo alle inosservanze, da parte dell’Amministrazione penitenziaria, di disposizioni previste dalla legge di Ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento da cui derivi un attuale e grave pregiudizio

all'esercizio dei diritti, dizione che rimanda, implicitamente, alla odierna situazione di sovraffollamento, dalla quale può discendere, tra l'altro, una carenza di spazio vitale all'interno della cella che è sicuramente in grado di provocare un pregiudizio grave ed attuale ai diritti del detenuto, per come indicato dalla Corte EDU e dalla stessa Corte Costituzionale.

Il reclamo è trattato dal Magistrato di sorveglianza secondo la procedura (la più garantistica, tra quelle applicabili in sede esecutiva) regolata dagli art. 666 e 678 c.p.p., che deve, tuttavia, essere coordinata²³ con le previsioni speciali contenute nell'art. 35-*bis*., tra le quali val la pena di indicare l'assenza di termini perentori per la proposizione per il caso di reclamo avverso inosservanze dell'Amministrazione penitenziaria da cui derivino un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti e la facoltà, riconosciuta all'Amministrazione penitenziaria, di comparire, previo rituale avviso della relativa fissazione, in udienza, ovvero, in alternativa, di presentare osservazioni e richieste.

Versandosi in materia di giurisdizione del Giudice ordinario su atti della Pubblica Amministrazione che incidono su diritti e sono "coperti" da riserva di legge ex art. 113 Cost., l'accertamento della fondatezza della doglianza conduce all'annullamento dell'atto anziché alla sua disapplicazione; allo stesso modo, nell'ambito disciplinare, il Magistrato di sorveglianza non potrà intervenire sulla misura della sanzione sicché, ove essa sia stata ritenuta eccessiva, spetterà all'autorità amministrativa provvedere nuovamente in ossequio alle indicazioni contenute nell'ordinanza di annullamento.

Ovviamente, se il Magistrato di sorveglianza riscontrerà la sussistenza e l'attualità del pregiudizio lamentato, il provvedimento – in ogni caso impugnabile in Cassazione per motivi di legittimità ma mai, nel merito, innanzi al Tribunale di sorveglianza - assumerà un connotato immediatamente precettivo, ordinandosi all'Amministrazione di porre rimedio a quanto accertato (esempio tipico è l'ordine di spostare di cella o di istituto il detenuto ristretto in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU), a condizione, tuttavia, che il pregiudizio sia ancora attuale al momento della decisione²⁴.

Il parallelismo tra la giurisdizione del Magistrato di sorveglianza su taluni atti dell'Amministrazione penitenziaria e quella ordinaria del Giudice amministrativo prosegue attraverso la previsione, ai commi 5 e 6 dell'art. 35-*bis*, di una specifica procedura per garantire l'ottemperanza alle decisioni del Magistrato di sorveglianza da parte dell'Amministrazione penitenziaria attraverso un sub-procedimento strutturato secondo

²³Con operazione che, effettuabile in via ermeneutica, potrebbe essere agevolata da interventi correttivi in sede di conversione.

²⁴ Trattandosi di tutela preventiva ed immediata, connaturata all'intervento "di prossimità" del giudice dell'esecuzione penale.

cadenze mutuate dall'analogo istituto normato dagli artt. 112 e ss. del codice del processo amministrativo.

Nello specifico, in base al comma 6 dell'art. 35-*bis*, qualora accolga la richiesta, il Magistrato di sorveglianza ordina l'ottemperanza, nominando - se necessario - un commissario *ad acta* e tenendo conto dei programmi attuativi predisposti dall'Amministrazione, se compatibili con il soddisfacimento del diritto leso; dichiara nulli gli eventuali atti dell'Amministrazione che si pongano "*in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito*", determina la somma dovuta al detenuto a titolo di riparazione, con il limite massimo di 100 euro per giorno.

A completamento dell'esame della parte del decreto-legge n. 146/2013 dedicata al controllo della magistratura di sorveglianza sugli atti dell'Amministrazione penitenziaria, va detto che l'art. 69 della legge n. 354/1975, rubricato "*Funzioni e provvedimenti del Magistrato di sorveglianza*", è stato novellato con l'indicazione, al comma 6, delle materie per le quali è proponibile il reclamo giurisdizionale, con la precisazione che, in ambito disciplinare, la tutela giurisdizionale è, in linea generale circoscritta a "*condizioni di esercizio del potere disciplinare, costituzione e competenza dell'Organo disciplinare, contestazione degli addebiti e facoltà di discolpa*" e si estende ai profili di merito per le sole sanzioni di maggiore gravità (isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni ed esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni).

L'introduzione del reclamo giurisdizionale va certamente salutata con favore quale misura volta ad innalzare il livello di tutela giurisdizionale dei detenuti, in adempimento della sollecitazione formulata dalla Corte EDU in vista della predisposizione di un ricorso 'interno' idoneo ad offrire un effettivo rimedio preventivo anche rispetto alle situazioni in contrasto con l'art. 3 della Convenzione, ed a colmare il vuoto normativo segnalato, ormai quindici anni orsono, dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 26/1999, impose al legislatore di introdurre un reclamo giurisdizionale contro gli atti lesivi dei diritti delle persone private della libertà personale.

Al di là di profili di dettaglio che potranno essere esaminati in sede di conversione²⁵, va qui ribadito che la disposizione - nel restituire, unitamente ad altre, pure contenute nel decreto-legge per cui è parere, centralità alla magistratura di sorveglianza e nel rafforzarne i poteri di intervento a presidio dei diritti dei soggetti reclusi - comporta un notevole aggravio, in termini

²⁵L'ANM, nel documento allegato in occasione dell'audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera, ha, ad esempio, paventato il rischio che, in assenza di chiarimenti in ordine alla ripartizione delle spese del procedimento di ottemperanza, la tutela in tal modo assicurata venga sostanzialmente vanificata.

di impegno lavorativo, per fronteggiare il quale è imprescindibile una verifica dell'adeguatezza degli organici di Tribunali ed Uffici di sorveglianza, in chiave sia personale sia togato che ausiliario così come di mezzi e dotazioni, senza la quale è difficile pronosticare il pieno successo delle iniziative messe in campo.

b.2) Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (art. 7).

Giunta all'esito di un lungo dibattito politico-parlamentare, snodatosi attraverso la presentazione, in varie legislature, di diversi disegni di legge, l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale costituisce, almeno sul piano simbolico, uno dei punti qualificanti del decreto-legge n. 146/2013.

Si tratta di un'Autorità insediata presso il Ministero della Giustizia (sì da fruire del personale ivi presente e messo a disposizione e da soddisfare, in uno alla gratuità dell'incarico, per il quale sono previsti solo rimborsi-spese, il requisito dell'assenza di costi aggiuntivi) ma i cui componenti, in numero di tre, sono nominati con procedura che prevede, a garanzia di imparzialità ed indipendenza, il parere delle competenti commissioni parlamentari.

Tra i compiti, analiticamente individuati dall'art. 7, del Garante nazionale, oltre a quello di promuovere e favorire rapporti di collaborazione con i garanti territoriali (oggi presenti, sia pure in numero esiguo, a livello regionale, provinciale e comunale), vi è quello di vigilare affinché l'esecuzione delle misure privative della libertà personale avvenga in conformità alle leggi e ai principi stabiliti dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani; a tal fine gli è attribuito, da un lato, il potere di visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari, gli altri istituti nei quali sono reclusi i destinatari delle misure di sicurezza detentiva, le comunità terapeutiche e tutte le strutture che ospitano soggetti privati della loro libertà personale, compresi anche i CIE, dall'altro, il potere di richiedere informazioni e documenti alle Amministrazioni responsabili delle strutture ed infine di formulare specifiche raccomandazioni alle stesse.

Strumento complementare di tutela dei diritti, il Garante nazionale dei detenuti, nelle intenzioni del legislatore d'urgenza, rappresenta un sostegno di particolare prossimità alle esigenze di protezione dei diritti delle persone private della libertà, complementare rispetto all'attività della magistratura di sorveglianza, nonché momento di interlocuzione e stimolo all'attività dell'Amministrazione.

L'impianto della norma non appare, però, del tutto convincente, avuto specifico riguardo agli insufficienti presidi di indipendenza attribuiti al Garante, collocato nell'ambito della struttura

ministeriale e composto da membri nominati dall'Autorità politica, e per le prevedibili difficoltà operative discendenti dalla natura sostanzialmente onoraria dell'incarico di componente dell'ufficio.

b.3) Altre misure finalizzate a semplificare il procedimento di sorveglianza.

L'art. 1, comma 1, lett. b), del decreto-legge n. 146/2013 interviene, sulla scia di quanto già suggerito dalla "*Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*", sul procedimento di sorveglianza mantenendo il rito ordinario, più "garantito" ma meno celere, per le sole materie afferenti ai diritti fondamentali e prevedendo, invece, nelle ipotesi residue la più spedita e deformalizzata procedura ex art. 667 c.p.p., connotata dall'adozione di una prima decisione senza contraddittorio e sulla scorta di un accertamento tendenzialmente documentale e dall'eventuale instaurazione, su impulso di parte, della fase a contraddittorio pieno.

La condivisibile disposizione mira a migliorare l'operatività di Tribunali ed Uffici di sorveglianza che, va tuttavia ricordato, rischia, in assenza di interventi sugli organici, di risentire, nel suo complesso, dell'aggravio dei carichi discendenti da altri istituti (quali tra gli altri, il reclamo giurisdizionale e, soprattutto nell'immediato, la liberazione anticipata speciale) oggetto della novella in esame.

Non appare, invece, del tutto condivisibile, in scia alle conclusioni cui è pervenuta la Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20 gennaio 2014, e se ne suggerisce la eliminazione dal testo, la modifica del comma 8 dell'art. 47 Ord. pen., attuata all'art. 3, comma 1, lett. e), del decreto-legge n. 146/2013, che, ferma restando la competenza in capo al Magistrato di sorveglianza per la modifica delle prescrizioni poste a carico del condannato in corso di affidamento al servizio sociale, prevede che, nei casi di urgenza, deroghe temporanee possano essere autorizzate dal magistrato anche in forma orale, su proposta del Direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna.

Si tratta di una norma non del tutto funzionale rispetto al fine perseguito, che è quello di sollevare il magistrato ed il suo ufficio da una quota dei numerosissimi provvedimenti, il più di volte di scarsa rilevanza, derogatori alle prescrizioni, la cui emissione venga richiesta in costanza di affidamento.

A prescindere dalla problematicità della previsione di provvedimenti in forma orale (si pensi, ad esempio, alla possibilità di fraintendimenti ovvero alle questioni afferenti alla prova), la

norma elimina l'autorizzazione scritta ma non anche il complesso apparato connesso alla presentazione dell'istanza, al coinvolgimento dell'UEPE, alla trasmissione della proposta e del provvedimento.

Più logico parrebbe conferire al Direttore dell'UEPE²⁶ la competenza in ordine alle menzionate autorizzazioni, preservandosi il potere\dovere di controllo dell'Autorità giudiziaria grazie all'obbligo di immediata comunicazione al Magistrato di sorveglianza ed all'inserimento degli esiti dell'attività nella relazione periodica inviata dal servizio sociale al Magistrato di sorveglianza, concernente il comportamento del soggetto.

All'art. 3, comma 1, lett. g) si prevede, ancora, che ove, durante la sottoposizione del condannato a misure alternative, sopraggiunga un nuovo titolo detentivo, la valutazione della possibilità di ammetterlo alla medesima misura anche in relazione alla più recente condanna venga effettuata dal Magistrato di sorveglianza a titolo potenzialmente definitivo e non più, come sinora stabilito, in via provvisoria e salva la determinazione finale del Tribunale di sorveglianza che, stando alla novella, potrà essere eventualmente investito con apposito reclamo.

Esigenze di più compiuto coordinamento tra il testo riformato dell'art. 51 bis ed altra parte della novella consiglierebbero di affiancare alla previsione di verifica della permanenza delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 47 quella del nuovo comma 3 bis del medesimo articolo, così come segnalato dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20 gennaio 2014.

Da ultimo, l'art. 8 del decreto-legge n. 146/2013 detta alcune regole volte a favorire l'erogazione degli incentivi fiscali in favore dei datori di lavoro che impieghino detenuti ed internati.

La disposizione, in riferimento all'anno 2013, differisce per un periodo massimo di sei mesi (decorrenti dal 24 dicembre 2013, data di entrata in vigore del decreto-legge) il termine per l'adozione dei regolamenti interministeriali di attuazione relativi alle misure di favore (crediti d'imposta e sgravi contributivi) per imprese e cooperative sociali che assumono detenuti e internati.

Essa risponde all'esigenza di porre soluzione al ritardo nell'adozione dei regolamenti attuativi, previsti dalle leggi 381/1991 e 193/2000 che, recentemente novellati dal D.L.

²⁶ In adesione alle indicazioni della Commissione ministeriale di studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione.

78/2013 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena), prevedono specifici benefici fiscali e contributivi per le imprese che assumono detenuti.

Sul punto, è appena il caso di ricordare che, con la finalità di sostenere il reinserimento lavorativo dei detenuti, il decreto-legge 78/2013 (art. 3-bis) è intervenuto sulla legge 193/2000 e sulla legge 381/1991.

Il D.L. 78/2013 ha, anzitutto, riformulato l'art. 3 della legge n. 193 del 2000 (Norme per favorire l'attività lavorativa dei detenuti), che concede un credito d'imposta alle imprese che assumono detenuti.

Ora, l'articolo 4 della legge 193 aveva previsto che le modalità ed entità delle agevolazioni e degli sgravi di cui all'articolo 3 fossero determinate da un decreto del Ministro della Giustizia - da emanare entro il 31 maggio di ogni anno - di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale, con il Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica e con il Ministro delle Finanze.

In tale prospettiva, l'art. 8 qui in esame, in riferimento all'anno 2013, differisce per un periodo massimo di sei mesi (decorrenti dal 24 dicembre 2013, data di entrata in vigore del decreto-legge) il termine per l'adozione dei regolamenti interministeriali di attuazione relativi alle misure di favore per imprese e cooperative sociali che assumono detenuti e internati.

La proroga, come recita la relazione di accompagnamento al decreto, mira a *“scongiurare il rischio che costoro, in ragione del ritardo nell'adozione del regolamento, si vedano privati della possibilità di usufruire di detti benefici”*.

L'articolo 8 reca, inoltre, una norma di interpretazione autentica dell'art. 3 della legge 193/2000, che chiarisce che l'ammontare massimo dei crediti d'imposta concessi alle imprese che assumono detenuti ha riguardo a tutti i mesi dell'anno solare 2013 e non solo a quelli successivi al 20 agosto 2013, data di entrata in vigore della legge di conversione (L. 94/2013) che ha introdotto la novella all'art. 3 della stessa legge 193.

La complessiva norma dell'art. 8, nella prospettiva testé sunteggiata, pare apprezzabile nella misura in cui consente la persistente effettiva operatività delle previgenti norme di agevolazione fiscale per le imprese che assumano detenuti.

Quest'ultimo obiettivo appare favorevolmente valutabile, nella misura in cui mira a sostenere l'occupazione di categorie svantaggiate e con scarsissime potenzialità occupazionali, in un mercato del lavoro già privo di adeguate disponibilità recettive. La *chance* lavorativa, d'altra parte, è, a tutta evidenza, un fondamentale volano del percorso di progressivo recupero sociale del detenuto.

Peraltro, l'agevolazione fiscale e contributiva, essendo subordinata alla stipula di formali contratti di assunzione, favorisce indirettamente l'uso regolare della manodopera.

Infine, poiché vi sono specifici presupposti limitativi per l'accesso al *bonus*, la misura arriva a garantire in ultimo anche *standards* occupazionali di adeguata qualità, non troppo precari e con trattamenti economici non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi di lavoro.»