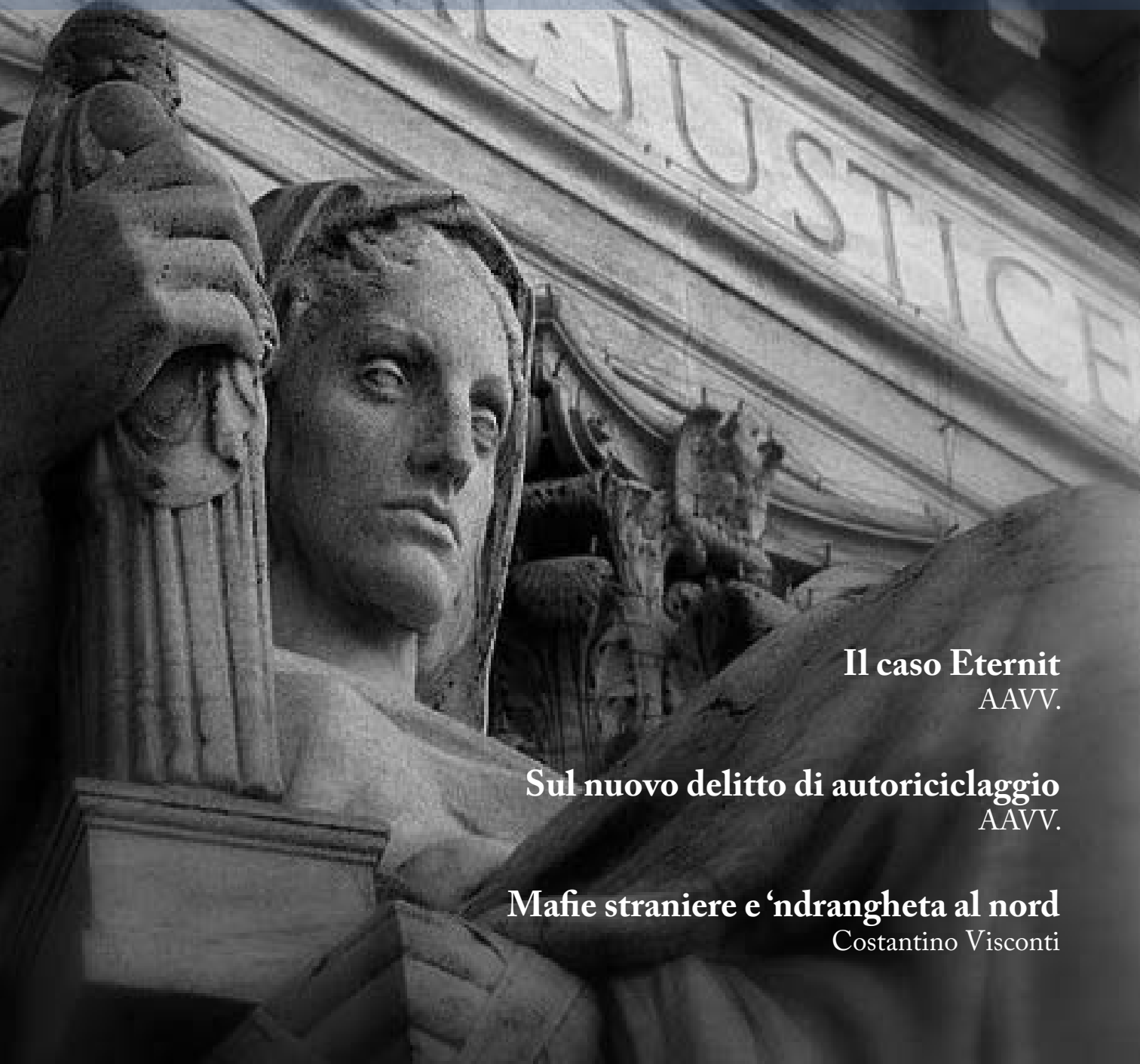


Rivista Trimestrale - 1/2015



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Il caso Eternit
AAVV.

Sul nuovo delitto di autoriciclaggio
AAVV.

Mafie straniere e 'ndrangheta al nord
Costantino Visconti

EDITORE

Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta

Guglielmo Leo

Luca Luparia

REDATTORI

Angela Della Bella

Stefano Zirulia

Alberto Aimi

Tommaso Trincherà

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatore)

Marco Montanari

Susanna Arcieri, Alessandra Galluccio, Irene Gittardi,

Maria Chiara Ubiali, Alessandra Verri

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini

(coordinatore diritto penale)

Novella Galantini

(coordinatore diritto processuale penale)

Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia Buzzelli, Elena Maria

Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio D'Arcangelo,

Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo, Stefano Manacorda,

Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri,

Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,

Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Paolo Renon,

Giacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,

Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella,

Carlo Sotis, Giulio Uberti, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi,

Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011. Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

Impaginazione a cura di Chiara Pavesi - www.chiarapavesi.it

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
I GRANDI TEMI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE	Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo Marta Bargis	4
	Il nodo della prescrizione Domenico Pulitanò	20
	Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona Stefano Ruggeri	31
	Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica Thomas Vormbaum	51
SUL CASO ETERNIT	Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit Luca Santa Maria	74
	Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit Gian Luigi Gatta	77

SUL NUOVO DELITTO DI AUTORICICLAGGIO	Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione	86
	David Brunelli	
	Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"	95
	Stefano Cavallini e Luca Troyer	
	Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio	108
Francesco Mucciarelli		
Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici	124	
Alessandra Rossi		
Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa	137	
Filippo Sgubbi		
ALTRE RECENTI RIFORME	Sulle differenze tra i delitti di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità	143
	Giuliano Balbi	
	La rescissione del giudicato ex art. 625 <i>ter</i> c.p.p.: un istituto da rimeditare	160
	Marta Bargis	
	La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi	170
	Gian Marco Caletti	
Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili	196	
Agata Ciavola		
Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-<i>bis</i> e 733-<i>bis</i> c.p.	219	
Elio Lo Monte		

	Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia	231
	Alessandro Roiati	
	Concussione e induzione indebita: il formante giurisprudenziale tra legalità <i>in the books</i> e critica dottrinale	241
	Antonino Sessa	
MAFIE E CONFISCHE	Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità	266
	Giovanna Amato	
	La <i>torsione</i> della confisca di prevenzione per la soluzione del <i>problema</i> dell'evasione fiscale	282
	Marina Di Lello Finuoli	
	La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"	300
	Anna Maria Maugeri	
	La suprema corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali	337
	Anna Maria Maugeri	
	Mafie straniere e 'ndrangheta al nord	353
	Costantino Visconti	
L'OBIETTIVO SU...	Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità	383
	Raffaele Bianchetti	
	Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione	410
	Annalisa Mangiaracina	
	Violenza di genere e femminicidio	430
	Antonella Merli	
	Uno sguardo 'oltremanica': strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese	469
	Chiara Mancuso	

ITALIA E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: ANCORA SOTTO OSSERVAZIONE

Annalisa Mangiaracina

ABSTRACT

La sentenza Torreggiani, anche per le ricadute sul piano della cooperazione giudiziaria europea, ha “imposto” al legislatore italiano di adottare una politica di riforme volta a restituire al carcere la sua dimensione di “*extrema ratio*”. Dopo un timido avvio, focalizzato sullo svuotamento delle carceri, piuttosto che sul contenimento degli ingressi, sono state introdotte alcune significative riforme che hanno interessato diversi settori del processo penale e, da ultimo, il complesso e delicato sistema cautelare. La decisione che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotterà il prossimo giugno 2015, dirà se la strada intrapresa è quella giusta.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale. – 3. I tentativi di riforma del sistema: tra misure cautelari e alternative alla detenzione. – 4. Una terza strada: la sospensione dell'esecuzione della pena. – 5. La parola al legislatore: deflazione processuale e “ripensamenti” sulla custodia cautelare. – 6. I rimedi “compensativi”.

1.

Premessa.

La storia è nota. L'8 gennaio 2013 la Corte di Strasburgo¹, all'unanimità, accertata la violazione dell'art. 3 CEDU, con una sentenza "pilota" ha ingiunto allo Stato italiano di «istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte», così riconoscendo l'insufficienza dei provvedimenti "tamponi" fino a quel momento adottati². Il termine ultimo per adempiere, durante il quale è stata sospesa la trattazione di tutti i ricorsi contro lo Stato aventi il medesimo oggetto³, era il 28 maggio 2014; il successivo 5 giugno il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha accolto positivamente l'impegno delle autorità italiane attraverso le varie misure strutturali adottate, o soltanto promesse⁴, per conformarsi alla sentenza della Corte. La partita però, non può dirsi vinta; il prossimo giugno 2015 il Comitato riprenderà in esame la questione⁵ e per quella data l'Italia, al di là degli interventi di edilizia carceraria, dovrà avere completato la riforma del sistema sanzionatorio⁶ e penitenziario. Inoltre, la Corte europea, nel dichiarare l'irricevibilità dei ricorsi presentati da alcuni detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della mancata soddisfazione della condizione del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, non ha escluso la possibilità di riesaminare in futuro l'effettività dei rimedi risarcitori introdotti con il d.l. 26 giugno 2014, n. 92⁷, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 117⁸, avendo riguardo alla capacità delle giurisdizioni nazionali di elaborare una giurisprudenza uniforme e compatibile con le esigenze della Convenzione e all'esecuzione effettiva di queste decisioni⁹.

La pronuncia della Corte di Strasburgo non è giunta "a sorpresa". La politica "emergenziale" degli ultimi anni, protesa a placare le istanze di sicurezza della collettività e a contrastare le varie forme di criminalità¹⁰, si è spesso tradotta in riforme sconnesse che hanno innalzato le pene edittali previste per alcune tipologie di reato ed escluso i recidivi dalla fruizione dei benefici penitenziari, con la conseguenza di aumentare il numero dei detenuti, soprattutto stranieri e tossicodipendenti, in ingresso nelle strutture carcerarie, già di per sé vecchie e fatiscenti; a ciò si aggiunge l'abuso delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di

¹ Per un commento alla sentenza v., tra i tanti, 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 *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.

² Ci si riferisce, in particolare, al provvedimento d'indulto approvato con la l. 31 luglio 2006, n. 241.

³ Il numero dei ricorsi pendenti alla data del 21 maggio 2014 era di 6.829: v. intervista al Ministro della Giustizia Orlando, in *Avvenire*, 22 maggio 2014.

⁴ La Decisione richiama il testo del decreto legge annunciato dal Ministro Orlando sui rimedi compensativi in favore dei detenuti: v. *infra* § 6.

⁵ Si legge testualmente nella Decisione adottata nel corso del Meeting: «*decided to resume consideration of this group of cases at its DH Meeting in June 2015 at the latest, to make a full assessment of the progress made in light of an updated action plan/report to be provided*».

⁶ E' da segnalare, però, che la delega per la revisione del sistema sanzionatorio contenuta nell'art. 1 della l. 28 aprile 2014, n. 67, è scaduta. V. *infra* § 5.

⁷ Pubblicato in *G.U.* 27 giugno 2014, n. 147, recante «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 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».

⁸ Pubblicata in *G.U.* 20 agosto 2014, n. 192.

⁹ Cfr. Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, § 63: «*La Cour souligne toutefois que cette conclusion ne préjuge en rien, le cas échéant, d'un éventuel réexamen de la question de l'effectivité du recours en question, et notamment de la capacité des juridictions internes à établir une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention (...), et de l'exécution effective de ses décisions*»; Corte EDU, 16 settembre 2014, *Rexbepi e altri c. Italia*, § 67, leggibili in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014, con osservazioni critiche di A. MARTUCCI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esaurimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*.

¹⁰ Nell'ambito della normativa c.d. "carcerocentrica" si possono annoverare i seguenti provvedimenti: la l. 5 dicembre 2005, n. 251; la l. 24 luglio 2008, n. 125; la l. 23 aprile 2009, n. 38 e la l. 24 luglio 2009, n. 94. Per una rassegna v. C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 ss. Paradossale è la vicenda di Bruno Contrada, ex funzionario di polizia e del SISDE, condannato a 10 anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa: l'Italia ha riportato una condanna da parte della Corte europea per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa della tardiva concessione della detenzione domiciliare, nonostante le condizioni di salute del detenuto fossero incompatibili con la detenzione in carcere sofferta tra il 24 ottobre 2007 e il 24 luglio 2008, V. Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italia*. Per un commento V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014.

cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.¹¹, in parte cadute sotto la scure della Corte costituzionale¹², che hanno finito per negare alla misura della custodia cautelare in carcere la sua natura di istituto di *extrema ratio*.

In ambito europeo, invece, già nel 2009 la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*¹³, aveva ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU nelle condizioni detentive del ricorrente, ristretto all'interno di una cella in cui lo spazio a disposizione di ciascun detenuto era di 2,70 m², di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal Comitato di prevenzione della tortura, fissata in 7 m² a persona. In quella sede, però, la Corte aveva ritenuto sufficiente la riparazione pecuniaria. Con la sentenza *Torreggiani*, invece, rilevato «il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia», come risulta dalle statistiche e dal gran numero di ricorsi avanzati alla Corte per violazione dell'art. 3 CEDU, si impone al nostro legislatore un intervento strutturale che restituisca dignità ai detenuti – siano essi in stato di custodia cautelare o di espiazione pena – e credibilità al nostro Paese sul piano internazionale. A quest'ultimo riguardo, all'indomani della pronuncia, attenta dottrina¹⁴ aveva posto l'accento sul rischio della mancata esecuzione delle richieste di estradizione¹⁵ e, nell'area europea, dei mandati di arresto emessi dalle autorità italiane in ragione della possibile violazione dell'art. 3 CEDU; rischio che ha trovato concretizzazione in due decisioni adottate dalle Corti del Regno Unito.

2. Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale.

La decisione quadro sul mandato di arresto europeo, com'è noto, è caratterizzata da un elenco “chiuso” di motivi – obbligatori e facoltativi – che legittimano l'autorità dello Stato richiesto a rifiutare la consegna del soggetto e, tra questi, non vi figura la clausola fondata sul rispetto dei diritti umani. Tuttavia, nel Regno Unito, la sezione 21 dell'*Extradition Act 2003*¹⁶ – con il quale è stata implementata la menzionata decisione quadro – prevede che il giudice possa valutare se la richiesta di estradizione sia compatibile con i diritti della CEDU, secondo il significato dello *Human Rights Act 1998*. Disposizione analoga è riprodotta nella sezione 87, collocata nella parte II dell'Atto, che disciplina le richieste di estradizione da parte di Stati *extra* UE. Con specifico riferimento al tema del sovraffollamento carcerario e alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU, *sub specie* di trattamenti inumani e degradanti, la *Divisional Court* si era già pronunciata sull'applicazione di questa clausola nei riguardi, ad esempio, della Polo-

¹¹ Ad opera dell'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con l. 23 aprile 2009, n. 38. In argomento, tra i tanti, P. MOSCARINI, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 227 ss.; F. ZACCHÉ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Torino, 2009, p. 284 ss.

¹² La sequenza di pronunce è stata inaugurata da Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169 ss. Tra i commenti v. P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 949 ss. L'ultima in ordine di tempo è Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

¹³ Corte EDU, 16 luglio 2009, n. 22635/03. Per un commento v. 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.*, 2009, p. 4928 ss.

¹⁴ 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*, cit. Secondo l'A. «a rigore tutti gli Stati aderenti alla CEDU avranno da oggi l'obbligo di non procedere alla consegna, per evitare di esporre la persona richiesta ad un assai probabile violazione del suo diritto fondamentale discendente dall'art. 3 CEDU, secondo l'autorevolissima valutazione della Corte EDU»; analogamente G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2374.

¹⁵ Del resto la prospettiva di tutela dei diritti umani, con specifico riguardo alla condizione strutturale degli stabilimenti carcerari, è stata recepita anche dalla nostra giurisprudenza a fronte di una richiesta di estradizione da parte della Repubblica del Brasile di un cittadino olandese. V. Cass., Sez. VI, 15 ottobre 2013, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2014, p. 66 ss., con il commento di F. FIORENTIN, *Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia?*, con la quale è stata annullata con rinvio la sentenza della Corte di appello di Roma che aveva ritenuto sussistenti le condizioni per l'estradizione. Si afferma in sentenza che spetterà al giudice del rinvio valutare «se sussistono le condizioni per l'estradizione in quel paese (...), con specifico riferimento alla prospettiva che egli possa essere sottoposto a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, avendo riguardo alle norme interne e convenzionali e ai principi di diritto sopra richiamati». Spetterà, quindi, al giudice del rinvio acquisire informazioni per verificare «se la situazione di inaccettabile degrado umano e materiale che caratterizza il trattamento carcerario brasiliano secondo le fonti di informazione sino ad ora acquisite possa dirsi se non risolta quantomeno significativamente attenuata».

¹⁶ «(...) *he must decide whether the person's extradition would be compatible with the Convention rights within the meaning of the Human Right Acts 1998*».

nia¹⁷. Trattandosi di uno Stato membro del Consiglio d'Europa opera la presunzione di conformità agli obblighi derivanti dalla CEDU, superabile soltanto laddove sia adottata da parte del ricorrente una prova “*clear, cogent and compelling*” di segno contrario. Perché i *Reports* sullo stato generale delle strutture carcerarie polacche possano assumere questa specifica valenza probatoria è richiesto un “consenso a livello internazionale”. Nel rigettare l'appello, la Corte ha quindi affermato che una eventuale e successiva opposizione alla richiesta di consegna fondata su questo motivo “umanitario” richiede la deduzione di “nuovi elementi fattuali non in precedenza considerati”.

Un approccio “intransigente” è stato adottato nei riguardi dell'Italia. Con una decisione dell'11 marzo 2014, la *High Court of Justice*¹⁸, quale organo di appello avverso la decisione assunta dai giudici di primo grado di consegnare alle autorità italiane il condannato, ha accolto il motivo fondato sulla violazione dell'art. 3 CEDU. Nell'itinerario argomentativo della Corte un peso specifico ha certamente assunto la considerazione che nei riguardi dello Stato italiano sia stata adottata da parte dell'organo di giustizia del Consiglio d'Europa una sentenza “pilota”. L'effetto è la teorizzazione di una presunzione di non conformità dell'Italia alla CEDU, con la conseguenza che è onere probatorio dello Stato richiedente dissolvere ogni dubbio al riguardo offrendo la prova di essere in grado di assicurare al detenuto una condizione carceraria “umana”. A tal fine, osserva la Corte, bisogna valutare la “qualità” delle assicurazioni offerte dallo Stato e la loro “affidabilità”, sulla base di una serie di elementi e, tra questi: la specificità; il soggetto dal quale provengono; la possibilità di monitorare il rispetto delle assicurazioni offerte.

Nella specie, pur non dubitando della buona fede dello Stato italiano nel redigere la lettera di assicurazioni, questa non può essere considerata sufficiente a fronte di una missiva generica, non specifica, seppure proveniente dall'autorità centrale, nella quale nulla si dice sulla possibilità di accesso del condannato ad una sospensione della pena o, ancora, sulla struttura carceraria nella quale il soggetto potrebbe essere recluso e sulle relative condizioni¹⁹. Nel prosieguo della decisione suona poi come una concessione ai buoni rapporti istituzionali tra i due Paesi la sottolineatura che la decisione della *High Court* non significa che, nel periodo in cui l'Italia cercherà di risolvere il problema del sovraffollamento, il Regno Unito rifiuterà sempre e comunque la consegna (§ 67). Da ultimo, una sorta di suggerimento indirizzato alle autorità giudiziarie italiane: laddove sarà assicurato che l'individuo, una volta consegnato all'Italia, sarà detenuto in una determinata struttura carceraria con l'indicazione delle specifiche condizioni di quella prigione, ritornerà ad applicarsi la presunzione di conformità dell'Italia alla CEDU.

Le conseguenze di questa decisione, in ragione dell'autorevolezza dell'organo dal quale promana, non hanno tardato a manifestarsi. Il successivo 17 marzo 2014, la *Westminster Magistrates' Court*²⁰, nell'ambito di altro procedimento, inizialmente propensa a consegnare il condannato sulla base delle “generiche” assicurazioni del nostro Governo – e facendo leva anche sulla mutua fiducia tra l'Italia e il Regno Unito nel settore dell'estradizione, come in altre materie – è stata costretta ad una brusca virata²¹, così negando la consegna all'Italia del boss Domenico Rancadore e disponendone la liberazione. La pronuncia, che ha avuto vasta eco nella stampa nazionale e internazionale per la “storia” criminale del condannato, è stata riesaminata dalla medesima Corte, lo scorso febbraio, a seguito dell'emissione di un nuovo

¹⁷ *Krolik v. Regional Court in Czestochowa* [2012] *WLR* (D) 254, sulla quale v. J.R. SPENCER, *Extradition, the European Arrest Warrant and Human Rights*, [2013] *Cambridge Law Journal*, p. 250 ss. In precedenza la Corte europea aveva condannato la Polonia per violazione dell'art. 3 CEDU: v. Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia*, n. 17885/04. Da allora, però, come riconosciuto dalla *Divisional Court*, sono intervenute numerose riforme.

¹⁸ *Hayle Abdi Badre v. Court of Florence, Italy* [2014] *EWHC* 614 (Admin), in sede di appello avverso la decisione della *Westminster Magistrates' Court*, di ordinare la consegna dell'appellante all'Italia, in conformità alla sezione 21 (3) dell'*Extradition Act* 2003. E' da segnalare, in senso contrario, la pronuncia del Tribunale federale svizzero, 12 maggio 2014, che ha ammesso l'estradizione verso l'Italia senza condizionarla all'ottenimento di garanzie formali sul rispetto di condizioni di detenzione conformi all'art. 3 CEDU. Il testo della sentenza, con la nota di V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani: i giudici svizzeri concedono l'estradizione, valutando positivamente gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per ridurre il sovraffollamento*, è leggibile in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2014.

¹⁹ § 53: «*For my part, I would have expected at least some information as to whether bail might be available to the Appellant in Italy and on what terms, and, if not available or if not likely to be granted, some information as to the specific institution or type of institution in which the Appellant would be confined and some information as to the prevalent conditions in that institution or those institutions.*».

²⁰ Judge Howard Riddle, Senior District Judge (Chief Magistrate). Al riguardo cfr. V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale*, cit.

²¹ «*The judgment of the administrative court is binding on me. The higher court accepted that a similar assurance given in that case was in good faith, but was not sufficient (...).*».

mandato di arresto europeo da parte delle autorità giudiziarie italiane nel quale, peraltro, sono stati seguiti i suggerimenti contenuti nel *decisum* della *High Court*. Nell'occasione, la *Westminster Magistrates' Court*²² ha riconosciuto l'affidabilità delle garanzie offerte dall'Italia sul fronte del trattamento penitenziario del detenuto e, preso atto delle statistiche sull'attuale situazione carceraria, ha escluso il rischio di trattamenti inumani o degradanti. Tuttavia, la vicenda processuale rimane aperta, sia pure sotto un diverso profilo: lo scorso 25 marzo, la Corte di Appello di Palermo, quale giudice dell'esecuzione, ha dichiarato, con provvedimento allo stato non definitivo, l'estinzione per prescrizione della pena inflitta dall'autorità giudiziaria italiana. Questione, stavolta, tutta "nazionale".

3.

I tentativi di riforma del sistema: tra misure cautelari e alternative alla detenzione.

La soluzione del problema a livello internazionale, tracciata dalla *High Court*, sta nella individuazione, all'interno del territorio, di strutture carcerarie "virtuose" che possano ospitare i soggetti che devono scontare in Italia una pena detentiva (o essere sottoposti ad una misura coercitiva). Scenario possibile purché non valga a creare una situazione di disegualianza tra detenuti in ragione del *locus detentionis*. Al di là delle specificità di alcune strutture che consentono l'espiazione della pena in situazioni "umane"²³, la domanda che si intende porre è di carattere più generale. E' l'Italia nelle condizioni di potere offrire assicurazioni specifiche sulla non ripetibilità nel futuro di situazioni analoghe a quelle censurate nella sentenza Torreggiani²⁴. E' vero che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ci ha soltanto "rimandati" e che le statistiche del Consiglio d'Europa, aggiornate al 2012, registrano una leggera flessione del tasso di sovraffollamento del nostro Paese (dal 147 % del 2011 al 145% del 2012)²⁵; tuttavia, secondo i dati forniti dal DAP (disponibili sul sito del Ministero della Giustizia) e aggiornati al 30 aprile 2015, la capienza regolamentare degli istituti penitenziari presenti su tutto il territorio nazionale²⁶ è pari a 49.493 unità, mentre il numero di detenuti nazionali è pari a 53.498 unità (donne comprese). Le statistiche ci dicono, quindi, che permane un problema di "sovraffollamento"²⁷, sia pure con proporzioni ridotte rispetto a quelle accertate dalla Corte di Strasburgo: ovvie le ricadute non soltanto sull'art. 3 CEDU, ma anche sull'art. 27 comma 3 della nostra Carta Costituzionale che esige, in un «contesto unitario e non dissociabile»²⁸, una pena "umana" e tendente alla rieducazione del condannato. Nell'area dell'Unione europea è poi da attendersi la presentazione, da parte della Commissione²⁹, di una proposta di modifica

²² Judge Howard Riddle, Senior District Judge, *Corte di Appello di Palermo, Italy v. Domenico Rancadore*, 20 febbraio 2015.

²³ Il carcere di Milano Bollate è stato indicato quale esempio di carcere "aperto" che ha offerto buoni risultati sul piano della riduzione della recidiva dei soggetti ivi detenuti. Al riguardo v. D. STASIO-D. TERLIZZESE, *Il carcere «aperto» aumenta la sicurezza*, in *Il Sole 24-Ore*, 29 maggio 2014, p. 23, i quali riportano i risultati di una ricerca condotta dall'Università di Essex e dall'Einaudi Institute for Economics Finance, avviata nel settembre 2012, volta a misurare il rapporto di causalità tra modalità di esecuzione della pena e recidiva.

²⁴ Come ben sottolineato da L. KALB, *La riforma possibile, anzi doverosa...*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 134, il rimedio alle cause del sovraffollamento «non può essere sollecitato solo dal pericolo, fondato, di future condanne, ma deve costituire l'obiettivo principale di una comunità capace di testimoniare, pretendendone l'attuazione, i valori insopprimibili del rispetto della dignità umana e della tutela della persona».

²⁵ Anche nel 2013 si rileva una flessione nel numero dei soggetti detenuti nella misura del 3,3 % rispetto al 2012: Council of Europe. Annual Penal Statistics, *Space I, Prison Population 2013, Final Report*, leggibile in *questa Rivista*, 11 marzo 2015. Tuttavia, nel *Final Report*, p. 42, si segnala che il nostro Paese registra, tra i Paesi esaminati, il dato più alto - 148 % - nel tasso di sovraffollamento.

²⁶ Sui criteri di calcolo della capacità recettiva degli istituti di pena italiani v. l'analisi di A. ALBANO-F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2398 ss.

²⁷ M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Publicati i nuovi rapporti del Consiglio d'Europa su carcere e misure alternative alla detenzione (con un focus sui detenuti stranieri e sulla mediazione in materia penale, e una sovrastima del sovraffollamento in Italia)*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2015, ritiene che le statistiche italiane, alla data del 28 febbraio 2015, nel registrare un tasso di sovraffollamento del 108 %, siano maggiormente attendibili rispetto a quelle europee.

²⁸ In tal senso Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Cass. pen.*, 2014, p. 506 ss., § 7.

²⁹ V. European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Draft Report with Recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant*, Rapporteur: Sarah Ludford, 19 November 2013, 2013/2109 (INL), p. 5, con il quale si sollecita una proposta legislativa che preveda: «a mandatory refusal ground based on the infringement or risk of infringement of human rights applicable to mutual recognition instruments». Con Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, P7_TA (2014)0174, si è chiesto alla Commissione di presentare, entro un anno dalla risoluzione, sulla base dell'art. 82 TFUE, alcune proposte legislative e, tra queste, «un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e della Carta, in particolare l'art. 52 § 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità».

del testo della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo mediante l'introduzione, tra l'altro, di uno specifico motivo di rifiuto obbligatorio fondato sul rispetto dei diritti umani; sicché, il problema della conformità con l'art. 3 CEDU potrebbe riproporsi anche nei rapporti con altri Stati membri³⁰.

All'indomani della sentenza *Sulejmanovic* il nostro legislatore aveva posto in essere degli interventi normativi finalizzati più allo svuotamento delle carceri che a contenere nuovi ingressi: di qui la loro sostanziale inefficacia. Ci si riferisce, in particolare³¹, alla l. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. legge "svuota carceri")³², con la quale si è stabilito che, «non oltre il 31 dicembre 2013», la pena detentiva non superiore a dodici mesi, anche costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza³³; nonché al d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 recante 'Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri', convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9³⁴, con il quale è stato elevato a diciotto mesi il limite di pena entro il quale può essere richiesta la detenzione domiciliare introdotta nel 2010; inoltre, si è modificato l'art. 558 c.p.p.³⁵ sul giudizio direttissimo davanti al tribunale in composizione monocratica, introducendo una forma di custodia "domestica" per coloro che, arrestati in flagranza di reato, devono essere sottoposti al giudizio di convalida all'esito del quale, nella maggior parte dei casi, saranno rilasciati.

Più incisive le riforme successive alla sentenza Torreggiani perché, a differenza delle accennate misure, sono intervenute, oltre che sul fronte dell'esecuzione della pena, su quello della cautela: non va infatti dimenticato che una significativa percentuale della popolazione carceraria è costituita da soggetti sottoposti alla custodia cautelare in carcere³⁶. Così, il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, contenente 'Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena', convertito

³⁰ Occorre precisare che la clausola di rifiuto fondata sul rispetto dei diritti umani è già presente in altre legislazioni europee.

³¹ In precedenza si era proceduto alla dichiarazione dello stato di emergenza e alla conseguente approvazione del piano carceri, per la costruzione di nuovi istituti penitenziari: d.P.C.M. 13 gennaio 2010. Sul piano legislativo va menzionata anche la l. 21 aprile 2011, n. 62, sulla 'tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori' che ha introdotto l'art. 285 bis c.p.p. sulla «custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri» e modificato gli artt. 275 comma 4 e 284 comma 1 c.p.p., nonché gli artt. 47 ter e 47 quinquies o.p. sulla detenzione domiciliare o in case famiglia protette delle recluse madri. Al riguardo v. C. FIORIO, *Madri detenute e figli minori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 931 ss.; F. TRAPPELLA, *Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 5, p. 95. Sul tema assume rilievo Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3922 ss., con osservazioni di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari* e L. PACE, *La "scura della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis o.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione di benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 quinquies e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47 ter comma 1, lett. a) e b) della legge penitenziaria.

³² F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5, il quale sottolinea come il legislatore, in contrasto con l'auspicio di un ridimensionamento dei flussi di ingresso, abbia incrementato le pene previste per il nuovo reato di evasione e introdotto una nuova circostanza aggravante comune che sanziona il soggetto autore di un delitto non colposo commesso durante la fruizione di una misura alternativa alla detenzione. Secondo i dati del DAP aggiornati al 30 aprile 2015, il numero dei detenuti usciti dagli istituti penitenziari in virtù di questo provvedimento è stato pari a 16.603; gli stranieri sono stati 5.023.

³³ La detenzione domiciliare non si applica in via automatica. Sono esclusi i soggetti condannati per delitti ex art. 4 bis l. n. 354/1975; i delinquenti abituali, professionali o per tendenza; i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14 bis o.p., salvo che sia stato accolto il reclamo. Inoltre, la misura non potrà essere disposta laddove il magistrato di sorveglianza ravvisi la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga o sussistano specifiche e motivate ragioni per ritenere che possa commettere altri delitti o non sussista l'idoneità o l'effettività del domicilio anche in funzione di tutela delle persone offese dal reato.

³⁴ Per un commento v. A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, in *Corr. merito*, 2012, p. 219 ss.; C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 409 ss.

³⁵ La legge ha portato da 96 a 48 ore il tempo massimo che può intercorrere tra l'arresto in flagranza e la presentazione dell'arrestato al giudizio di convalida: C. FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, cit., p. 411.

³⁶ Secondo i dati del DAP, aggiornati al 30 aprile 2015, i detenuti (italiani e stranieri) in attesa di giudizio di primo grado sono 9.308; quelli non definitivi (perché appellanti o ricorrenti) sono 9.108. Sull'abuso della custodia cautelare sottolinea A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, cit., p. 220, come «basti frequentare le carceri a difesa di qualche assistito colpito da un provvedimento cautelare per rendersi conto che l'idea inquisitoria secondo cui l'imputato debba collaborare perché depositario della verità procedimentale non è ancora uscita dalla cultura investigativa dei pubblici ministeri e di qualche giudice insensibile all'autentico afflato di un sistema accusatorio».

con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94³⁷, sul versante cautelare, seppure timidamente, ha circoscritto il ricorso alla misura della custodia cautelare in carcere, innalzando da quattro a cinque anni di reclusione la quantità di pena detentiva prevista in astratto nel massimo, che legittima l'applicazione della custodia cautelare (art. 280 comma 2 c.p.p.); salvo, poi, escludere dall'operatività della norma la fattispecie di finanziamento illecito ai partiti³⁸ e innalzare la pena edittale per il reato di *stalking* fino a cinque anni.

Sul versante della fuoriuscita dei detenuti dal circuito carcerario, il testo ha inciso principalmente sull'istituto della liberazione anticipata, consentendone un'applicazione antecedente all'esecuzione³⁹. Ai sensi del comma 4 *bis* aggiunto nell'art. 656 c.p.p., quando il condannato per un reato diverso da quelli indicati nell'art. 4 *bis* o.p.⁴⁰ sia in stato di libertà e la pena residua da espriare – computando la detrazione per la liberazione anticipata – sia inferiore a tre anni, il pubblico ministero prima di emettere l'ordine di esecuzione richiede al magistrato di sorveglianza l'eventuale applicazione della liberazione anticipata e solo a seguito dell'ordinanza del magistrato potrà emettere l'ordine di esecuzione ovvero la sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato libero o la sospensione dell'esecuzione nei confronti del condannato agli arresti domiciliari.

Se, invece, il condannato sia già in carcere per un fatto diverso da quello oggetto della condanna, non opera l'effetto sospensivo: il pubblico ministero, pur dovendo emettere l'ordine di esecuzione, trasmetterà senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza per determinare le detrazioni di pena relative alla liberazione anticipata (art. 656 comma 4 *ter* c.p.p.).

“Sconfessando” le scelte penitenziarie contenute nella l. 5 dicembre 2005, n. 251⁴¹, è stato, poi, soppresso l'art. 656 comma 9 lett. c) c.p.p. laddove si inibiva ai condannati recidivi reiterati la sospensibilità dell'ordine di esecuzione, anche nelle ipotesi in cui la pena fosse stata inferiore a tre anni, precludendo la fruibilità *ab initio* delle misure alternative alla detenzione. Sulla stessa linea gli interventi in tema di detenzione domiciliare⁴²: sono state, infatti, sopresse le disposizioni, contenute nei commi 1.1 e 1 *bis* dell'art. 47 *ter* o.p., che limitavano la concessione della detenzione domiciliare ai condannati recidivi qualificati. Inoltre, sono stati rimossi i limiti per l'accesso alla semilibertà nei confronti dei recidivi *ex art.* 99 comma 4 c.p., con l'abrogazione dell'art. 50 *bis* o.p. e l'ampliamento dell'ambito di operatività dei permessi premio.

L'ultimo intervento riformatore, anch'esso orientato verso una duplicità (o, per meglio dire, pluralità) di percorsi, si deve al composito d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 recante ‘Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria’, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10, con il quale è stato, tra l'altro, istituito presso il Ministero della Giustizia il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale con il compito di vigilare affinché l'esecuzione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi della Costituzione, delle Convenzioni internazionali sui diritti umani, delle leggi e dei regolamenti (art. 7 comma 5 lett. a) e di verificare il rispetto degli adempimenti previsti dalla normativa in materia di Centri di identificazione ed espulsione (art. 7 comma 5 lett. e).

In questo testo, la limitazione del ricorso alla custodia cautelare in carcere passa attraverso la possibilità per il giudice, nella concessione degli arresti domiciliari, di prescrivere delle

37 Cfr. C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1136 ss.; A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013. Il decreto ha apportato modifiche anche al codice penale, alla legge di ordinamento penitenziario e al T.U. sugli stupefacenti (con l'introduzione del comma 5 *ter* nell'art. 73 si è estesa la sanzione del lavoro di pubblica utilità a tutti i condannati a pene non superiori ad un anno di detenzione, che abbiano commesso il reato in relazione al proprio stato di tossicodipendenza: sono esclusi i condannati per reati previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. o per reati contro la persona. In favore della “reviviscenza” di questa norma dopo la riforma del 2014 in tema di stupefacenti v. F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in *Dir. pen. cont.*, 19 maggio 2014). Le ultime disposizioni sono dedicate ai compiti attribuiti al “Commissario straordinario del Governo per le infrastrutture carcerarie”, i cui poteri sono stati prorogati sino al 31 dicembre 2014.

38 Il legislatore aveva anche innalzato il tetto di pena previsto dall'art. 274 lett. c) c.p.p. senza, però, inserire alcun richiamo al delitto di finanziamento illecito.

39 P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1801.

40 La l. 23 febbraio 2015, n. 19, ha esteso il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per i delitti di cui all'art. 416 *ter* c.p.

41 C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, cit., p. 1139.

42 E' da segnalare che con la riformulazione del comma 1 *quater* dell'art. 47 *ter* o.p. si consente al magistrato di sorveglianza, nei casi di «grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione», di applicare in via provvisoria la detenzione domiciliare al condannato detenuto. Per C. FIORIO, *Strasburgo chiama: Roma non risponde*, cit., p. 1140, sarebbe stato opportuno eliminare il doppio passaggio magistrato-tribunale di sorveglianza, che dilata i tempi della decisione, senza offrire alcun beneficio ai detenuti. Tra gli altri interventi si è esclusa l'automatica revoca della detenzione domiciliare in caso di condanna per evasione quando il fatto sia di lieve entità.

procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici (il c.d. braccialetto elettronico), «salvo che le ritenga non necessarie» (art. 275 *bis* c.p.p.) e sempre che l'indagato presti il consenso. In sostanza, l'uso del braccialetto elettronico⁴³, introdotto con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 convertito dalla l. 19 gennaio 2001, n. 1⁴⁴, dovrebbe essere un incentivo ad una più generosa applicazione degli arresti domiciliari, misura meno affittiva della custodia cautelare. Il controllo elettronico può essere disposto anche nei riguardi del detenuto in detenzione domiciliare: il nuovo art. 58 *quinquies* o.p. prevede infatti che il magistrato⁴⁵ o il tribunale di sorveglianza possano prescrivere il controllo elettronico⁴⁶ anche «nel corso dell'esecuzione della misura» e non più soltanto al momento della sua applicazione.

Più consistenti le modifiche alle misure alternative alla detenzione, sulle quali sembra doversi giocare la partita decisiva verso il recupero della compatibilità convenzionale e costituzionale della pena detentiva. Nella prospettiva di incentivarne l'utilizzo, si assiste ad un potenziamento dell'affidamento in prova al servizio sociale operato con l'innalzamento del limite di pena espianda, anche residua, da tre a quattro anni *ex* art. 47 comma 3 *bis* o.p.⁴⁷; l'efficacia di questa norma rischia, però, di essere penalizzata da una «svista» del legislatore frettoloso. Il detto limite, infatti, riguarda i condannati detenuti in carcere, essendo rimasto invariato quello di tre anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p.⁴⁸. L'effetto indotto, peraltro, è quello di una evidente disparità di trattamento tra soggetti, soprattutto alla luce della modifica introdotta all'art. 656 comma 5 c.p.p. con la quale si è estesa la sospensione dell'ordine di esecuzione alle pene non superiori a quattro anni, quando ricorrano le ipotesi di detenzione domiciliare di cui all'art. 47 *ter* comma 1 o. p. A ciò si aggiunga che non è stato adeguato il limite di pena previsto dall'art. 47 *ter* comma 1 *bis* o. p. per essere ammessi alla detenzione domiciliare «quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale».

Profili di novità presenta la norma (comma 4) laddove prevede che l'istanza di affidamento possa essere rivolta al magistrato di sorveglianza il quale, «quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga», può disporre la liberazione del condannato e l'applicazione provvisoria della misura con ordinanza. Quest'ultima conserverà efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza – organo competente al riguardo – che dovrà pronunciarsi entro sessanta giorni.

Si è poi stabilizzata l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, misura che, in tal modo, perde il carattere di provvisorietà impresso dal legislatore del 2010.

Inoltre, in chiave “compensativa”⁴⁹, è stata introdotta la misura della liberazione antici-

⁴³ Sull'incentivo all'uso di forme di “sorveglianza elettronica” come strumento deflativo in relazione al problema del sovraffollamento carcerario v. la Raccomandazione CM/REC (2014) 4 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla sorveglianza elettronica, 19 febbraio 2014.

⁴⁴ L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 381.

⁴⁵ Il riferimento al magistrato consente l'impiego delle modalità di controllo elettronico anche se la misura è già in corso di esecuzione e pure in sede di applicazione provvisoria: L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 380.

⁴⁶ Secondo A. CORBO, *L. 21 febbraio 2014, n. 10 “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 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 Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/03/2014, 27 febbraio 2014, p. 10, l'imposizione del braccialetto elettronico non è prevista negli stessi termini di ordinarietà come per il caso di indagato o imputato sottoposto agli arresti domiciliari. Sull'utilizzo degli strumenti elettronici di controllo in Belgio, dove viene rilevato un aumento nella popolazione carceraria, v. K. BEYENS-M. ROOSEN, *Electronic monitoring in Belgium: a penological analysis of current and future orientations*, in *European Journal of Probation*, 2013, n. 3, p. 56 ss.

⁴⁷ Purché il soggetto abbia serbato «quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta (...) un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». Sul punto v. E.M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 58 ss.

⁴⁸ M.G. GASPARI, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 36; L. FILIPPI, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 379.

⁴⁹ Nella Relazione al disegno di legge di conversione del decreto si afferma che «la modifica si atteggia a rimedio compensativo, secondo le indicazioni della Corte europea di Strasburgo della violazione dei diritti dei detenuti in conseguenza della situazione di sovraffollamento carcerario e, più in generale, del trattamento inumano e degradante che, per carenze strutturali, possono essersi trovati a subire. Si tratta, pertanto, di una misura, la cui adozione è indispensabile ai fini dell'adeguamento alle indicazioni della già menzionata sentenza Torreggiani c/Italia della Corte europea. Ed è questa la ragione che ha indotto ad individuare il termine di efficacia nel 1° gennaio 2010, data in cui si è determinata la situazione di emergenza detentiva».

pata⁵⁰ “speciale”, avente natura straordinaria e temporanea (fino al 24 dicembre 2015), che innalza la detrazione di pena concessa a settantacinque giorni (anziché quarantacinque) per ogni semestre di pena scontata. Questa detrazione, però, non si applica «ai condannati ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative»; né, per effetto degli interventi apportati in sede di conversione, ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4 *bis* della l. n. 354/1975⁵¹ e ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari a norma dell'art. 656 comma 10 c.p.p.⁵²: esclusioni che inducono a manifestare più di un dubbio sulla reale natura “compensativa” dell'istituto.

Ancora, la constatazione che la normativa contro il fenomeno dell'immigrazione ha fatto registrare l'ingresso, nelle nostre carceri, di un elevato numero di stranieri⁵³ ha indotto il legislatore a potenziare l'istituto dell'espulsione a titolo di “sanzione alternativa al carcere” nei confronti appunto dello straniero⁵⁴ (art. 16 comma 5 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), identificato, detenuto, che si trovi in una delle condizioni indicate nell'art. 13 comma 2 e deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni. L'espulsione, tuttavia, non può essere disposta in caso di condanna per i delitti previsti dall'art. 12 commi 1, 3, 3 *bis* e 3 *ter* dello stesso d.lgs. 286/1998 (fattispecie relative all'ingresso illegale organizzato di stranieri nel territorio dello Stato), ovvero per uno o più dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., fatta eccezione per quelli consumati o tentati di rapina aggravata *ex art.* 628 comma 3 c.p. o di estorsione aggravata *ex art.* 629 comma 2 c.p. In questa materia, nella prospettiva di “rieducare” lo straniero-autore di reato, sarebbe preferibile ricorrere alle misure alternative alla detenzione “in senso stretto” – alle quali è certamente estranea l'espulsione – seppure «calibrate su esigenze specifiche», volte a favorire il reinserimento sociale del reo anche nel contesto del paese d'origine⁵⁵.

Infine, altro fronte di intervento ha riguardato il T.U. sugli stupefacenti (d. P.R. 9 ottobre 1990, n. 309): come rilevato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 146/2013, «alla data del 26 luglio 2013 su 23.683 soggetti imputati, ben 8.486 erano ristretti per violazione della legge sugli stupefacenti e su 40.024 detenuti condannati, ben 14.970 stavano scontando pene inflitte per lo stesso tipo di reati». Il legislatore, sul versante dell'ordinamento penitenziario, ha abrogato il quinto comma dell'art. 94 o.p. così eliminando qualsiasi limite alla reiterazione della concessione ai soggetti tossicodipendenti della particolare ipotesi di affidamento in prova disciplinata da questo articolo⁵⁶. Inoltre, sul piano sostanziale, aveva trasformato in fattispecie autonoma di reato il fatto di lieve entità di

⁵⁰ Commentando la sentenza Torreggiani, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, cit., p. 15 s., all'epoca capo del DAP, aveva indicato nella liberazione anticipata, misura premiale con funzione «risocializzante e responsabilizzante», un possibile strumento deflativo del carcere. L'A. suggeriva, infatti, di aumentarne la portata in termini di riduzione della durata della pena. Per un commento v. F.P.C. IOVINO, *La liberazione anticipata speciale*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 69 ss.

⁵¹ In termini critici esprime dubbi sulla conformità della norma agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost. nella parte in cui esclude la misura premiale in ragione del solo titolo di reato, L. FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 380. In giurisprudenza si è posta la questione sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p. nel caso in cui l'istanza per la concessione del beneficio sia stata presentata durante la vigenza del d.l. Sul tema v. E. MONTANI, *La liberazione anticipata speciale "integrativa" destinata ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p. al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2015; M.V. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, *ivi*, 14 maggio 2015.

⁵² Nel testo del d.l. n. 146/2013, ai condannati per i reati di cui all'art. 4 *bis* o.p., per la concessione dell'ulteriore detrazione non era sufficiente che il detenuto avesse nel corso dell'esecuzione, continuato a dare prova di partecipazione all'attività di rieducazione, ma era necessario un presupposto più robusto che, cioè, il soggetto avesse dato prova, nel periodo di detenzione, «di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del possibile evolversi della personalità». V.A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovrappioppamento*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

⁵³ Secondo i dati del DAP aggiornati al 30 aprile 2015 il numero dei detenuti stranieri presenti nelle carceri italiane è pari a 17.430 (si registra una lieve flessione rispetto al 31 ottobre 2014 che segnava un numero pari a 17.578). Nel senso che gli stranieri sono i «clienti privilegiati» delle carceri italiane, E. DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1097; v., anche, G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *questa Rivista*, 10 maggio 2012.

⁵⁴ A. CISTERNA, *Aumentano le espulsioni degli stranieri condannati*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 52 ss.; v., anche, L. FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, cit., p. 382 s., al quale si rinvia per l'analisi delle ulteriori modifiche e C. RENOLDI, *Le modifiche in materia di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 91 ss.

⁵⁵ Per alcune riflessioni sul tema v. L. PARLATO, *I diritti dell'imputato e del condannato straniero. Tra ostacoli linguistici e difficoltà rieducative*, in E. ROSI-F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 123 s.

⁵⁶ Per un primo commento v. G. AMATO, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 38 s.

cui al comma 5 dell'art. 73 del d. P.R. n. 309/1990 e ridotto la pena edittale massima detentiva, fissandola in cinque anni di reclusione. Su questa disposizione è poi intervenuta la l. 16 maggio 2014, n. 79 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, recante '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', emanato con l'intento di "contenere" le incertezze interpretative ingenerate dall'intervento della Corte costituzionale⁵⁷. Per ciò che rileva in questa sede, la legge di conversione ha ridotto ulteriormente il trattamento sanzionatorio previsto per la condotta di lieve entità – già resa autonoma, come detto, con il d.l. n. 146/2013 – passando dalla pena della reclusione da uno a cinque anni (e della multa da 3.000 a 26.000 euro) a quella della reclusione da sei mesi a quattro anni (e la multa da 1.032 a 10.329). Questa modifica importa che non vi sarà spazio per la custodia cautelare in carcere⁵⁸; inoltre, il soggetto potrà usufruire del nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova⁵⁹.

Uno dei nodi cruciali del sistema penitenziario è legato alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti⁶⁰, attribuita alla competenza della magistratura di sorveglianza. A questo riguardo, la sentenza Torreggiani, soffermandosi sul "reclamo giurisdizionalizzato" avanti al magistrato di sorveglianza, disciplinato dagli artt. 14 *ter*, 35 e 69 della legge di ordinamento penitenziario (§ 51 ss.), ne aveva sottolineato l'ineffettività in quanto le relative decisioni, integrando mere sollecitazioni all'autorità amministrativa per l'eliminazione delle violazioni riscontrate, non possono valere come titolo esecutivo nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Il reclamo non impedisce il protrarsi della violazione denunciata e non assicura ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione (§ 55).

Su questo specifico tema è intervenuta la riforma⁶¹ mediante la sostituzione, ad opera dell'articolo 3 lettera i) n. 2, dell'art. 69 comma 6 della l. 354/1975. Sul piano procedimentale il reclamo è disciplinato dal nuovo art. 35 *bis* o.p. che prevede un modulo analogo a quello del procedimento di esecuzione, con un contraddittorio tra le parti. Due sono le ipotesi in cui è attivabile il rimedio: a fronte dei provvedimenti di natura disciplinare adottati dall'amministrazione penitenziaria (art. 69 comma 6 lett. a) e dell'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato, un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (art. 69 comma 6 lett. b). Quest'ultima ipotesi si riferisce proprio ai casi di sovraffollamento carcerario

⁵⁷ Cfr. Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 32, che ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 77 comma 2 Cost., degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 convertito con modificazioni in l. 21 dicembre 2006, n. 49 (c.d. legge "Fini-Giovanardi"), che aveva modificato l'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 unificando il trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti mediante un innalzamento del tetto di pena. In argomento v., tra i tanti, V. MANES-L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014; A. DELLA BELLA, *Le modifiche al t.u. stupefacenti e la sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale*, in EAD, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014*, Torino, 2014, p. 50 ss.

⁵⁸ Sul tema v., da ultimo, L. ROMANO, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2014, p. 2 ss.; G. PIFFER, *Le novità di diritto penale in materia di sostanze stupefacenti*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 34 ss.

⁵⁹ F. VIGANÒ, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, cit., sottolinea come nell'ipotesi, ancorché inverosimile, di condanna a pena superiore ai tre anni di reclusione, per la quale non opera la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., il condannato potrà chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi del comma 3 *bis* dell'art. 47 o.p. L.A., in chiave di tutela del *favor libertatis*, richiama anche il ripristino del comma 5 *bis* dell'art. 73 che prevede la sostituzione delle pene detentive e pecuniarie per i delitti di cui all'art. 73 comma 5 con il lavoro di pubblica utilità.

⁶⁰ V. Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26: «In ogni caso, l'elemento fondamentale che accomuna tutti questi rimedi posti a tutela di posizioni soggettive connesse all'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale è la loro idoneità ad assicurare la tutela, di volta in volta, dei diritti del detenuto secondo modalità di natura giurisdizionale. Questa matrice unitaria è stata in numerose occasioni valorizzata e sottolineata dalla giurisprudenza di questa Corte, ogni volta che è stata sottoposta al controllo di costituzionalità una normativa riconducibile all'ambito del "trattamento" in carcere e alla relativa gestione amministrativa. E ogni volta si è ribadita l'esigenza costituzionale della garanzia della giurisdizione, escludendosi ogni potere dell'amministrazione penitenziaria libero da controlli, a fronte dei diritti dei detenuti ([sentenze nn. 349 e 410 del 1993](#); [227 del 1995](#); [351 del 1996](#)). Ma, entro questa impostazione comune, i procedimenti e le varianti previsti nei singoli casi sono numerosi e importanti, cosicché manca un rimedio giurisdizionale che possa essere considerato di carattere generale. Nel sistema della legge, il rimedio generale c'è ma è costituito dalla procedura non giurisdizionale su reclamo generico. Ma è di questo che, per l'appunto, il giudice rimettente fondatamente si duole, senza peraltro che vi sia nell'ordinamento, come s'è visto, la possibilità di individuare, oltre le discipline singolari, una norma e una procedura giurisdizionale che questa Corte sia abilitata a estendere e generalizzare».

⁶¹ In argomento v. M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 ss. Prima dell'intervento riformatore v. le considerazioni di P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1808. Alcune modifiche hanno interessato anche il reclamo c.d. "generico" mediante la rideterminazione delle Autorità destinatarie.

e legittima l'accesso al rimedio compensativo di cui al nuovo art. 35 *ter* o.p.⁶².

Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è previsto il reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni e avverso la decisione di quest'ultimo, sempre nei quindici giorni, è esperibile il ricorso per cassazione per violazione di legge. Nei casi di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione da parte dell'amministrazione – ed è qui che si innesta un ulteriore e significativo profilo di novità – l'interessato può promuovere il giudizio di ottemperanza davanti al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento, secondo il modello di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Se il magistrato accoglie la richiesta, ordina all'amministrazione di ottemperare⁶³ indicando modalità e tempi dell'adempimento e dichiara nulli gli eventuali atti compiuti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito, e nomina, laddove occorra, un commissario *ad acta*. Anche avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in sede di ottemperanza è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge.

Certamente è ancora presto per fare bilanci sull'impatto, valutabile soltanto nel lungo periodo, delle modifiche normative, sin qui soltanto accennate, ai fini del decongestionamento carcerario; sul versante europeo assume rilievo la decisione con la quale la *Westminster Magistrates' Court*, lo scorso febbraio, tornando sui propri passi, ha autorizzato la consegna del Sig. Rancadore in favore dell'Italia, così ritenendo superato il rischio di una violazione dell'art. 3 CEDU⁶⁴. Sul versante nazionale sarebbe importante, al di là delle statistiche sull'effettiva applicazione delle misure alternative⁶⁵, monitorare il tasso di recidiva di quanti sono stati ammessi ad usufruirne, anche per comprendere se il potenziamento delle misure alternative alla detenzione⁶⁶ – purché passi attraverso la riscrittura dell'intera materia, per restituire certezza agli operatori del diritto – sia nel futuro la strada giusta da percorrere e non anche una “*back door*” verso il carcere. Al riguardo l'esperienza del Regno Unito non offre dati confortanti⁶⁷.

4.

Una terza strada: la sospensione dell'esecuzione della pena.

In un quadro normativo “disorganico” che, per il suo procedere a macchie di leopardo, ha finito per ingenerare incertezze, se non disparità di trattamento tra condannati, si innesta, come accade sempre più spesso, la giurisprudenza, fonte propulsiva del diritto⁶⁸. La magistratura di sorveglianza, gravata da una forte responsabilità⁶⁹ – trovare soluzioni⁷⁰ volte a riportare

⁶² V. *infra* § 6.

⁶³ Seppure, come rilevato da 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*, cit., p. 4, l'ordinanza con cui si impone di rimuovere la violazione convenzionale avrebbe scarsa possibilità di essere eseguita a fronte di «una complessiva saturazione degli istituti di pena».

⁶⁴ V. *supra* § 2.

⁶⁵ Un incremento nell'utilizzo delle misure alternative alla detenzione (espressione da intendere in senso ampio, perché comprensiva delle alternative anche nella fase cautelare) è registrato nel Report *Persons serving non-custodial sanctions and measures in 2013, Space II*, redatto dal Consiglio d'Europa, leggibile in *questa Rivista*, 11 marzo 2015.

⁶⁶ Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, cit., al § 16 si invitano gli Stati membri «a tenere conto in particolare dei diritti delle persone vulnerabili e in generale a valutare in modo approfondito alternative alla detenzione».

⁶⁷ V., in particolare, N. PADFIELD, *Recalling conditionally released prisoners in England and Wales*, in *European Journal of Probation*, 2012, n. 1, p. 34 ss. Analogamente quella scozzese: B. WEAVER-C. TATA- M. MUNRO- M. BARRY, *The Failure of Recall to Prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing and the Revolving Prison Door in Scotland*, *ivi*, 2012, p. 85 ss.

⁶⁸ Parla di «progressivo indebolimento della legislazione, cui corrisponde una progressiva centralità della giurisprudenza» G. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il Procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 438.

⁶⁹ Efficace il titolo del lavoro di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale delle pena e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

⁷⁰ Profili di interesse presenta Mag. *Sorv. Lecce*, 9 giugno 2011, in *questa Rivista*, 16 settembre 2011, con nota di A. INGRASSIA, che accogliendo il reclamo aveva condannato il Ministro della Giustizia *pro tempore* al risarcimento del danno in via equitativa subito dal detenuto in conseguenza del sovraffollamento. Sulla pronuncia v. le riflessioni di V. FANCHIOTTI, *Glocalizing Prisoners' Rights: dalla California alla Puglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 118 ss., per il quale il provvedimento si pone come «una sorta di “presa della bastiglia” ad opera dei seguaci del principio di legalità e dello stato di diritto, contro cui è prevedibile attendersi una controffensiva di realisti e lealisti dell'*ancien régime*». La soluzione del giudice di merito è stata, infatti, sconfessata da Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013, con nota di F. VIGANO, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*. V., anche, i commenti di F. FIORENTIN, *En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 973 ss., e F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2264 ss.

la detenzione entro i confini di “umanità” segnati dall’art. 27 comma 3 della Carta costituzionale e dell’art. 3 CEDU – a fronte della indisponibilità di rimedi effettivi⁷¹ e dell’impossibilità di un’interpretazione adeguatrice, ha dovuto richiamare il Giudice delle leggi al suo ruolo istituzionale. Così, il Tribunale di sorveglianza di Venezia⁷², invocando una pronuncia additiva, ha sollevato *ex officio* la questione di legittimità costituzionale dell’art. 147 c.p., in riferimento agli artt. 2, 3, 27 terzo comma e 117 primo comma Cost., nella parte in cui non contempla, tra i casi di rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena, caratterizzati dalla tassatività, l’eventualità che la detenzione debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Si tratterebbe di un rimedio “preventivo” da disporre nei casi in cui l’amministrazione penitenziaria non sia in grado di assicurare condizioni detentive compatibili con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità; rimedio, però, che come sottolineato da parte della dottrina⁷³ si presta a innestare ulteriori problematiche sul fronte della finalità rieducativa della pena (qui compromessa), della certezza e tempestività della punizione (che giungerebbe a distanza considerevole dalla commissione del fatto), della eguaglianza di trattamento tra detenuti, in ragione della sua applicazione “discrezionale”; delle istanze di difesa sociale.

Lesito cui è pervenuta la Corte costituzionale⁷⁴ – declaratoria di inammissibilità delle questioni sollevate «per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate» – era stato annunciato da diverse voci⁷⁵, seppure in ragione della inadeguatezza della norma denunciata; come si è osservato, il divieto di tortura è assoluto e non ammette deroga alcuna ai sensi dell’art. 15 CEDU; anche la giurisprudenza della Corte europea lo sottrae a un giudizio di bilanciamento. Diversamente, l’art. 147 c.p. nel disciplinare il differimento facoltativo della pena «avrebbe indebolito l’inderogabilità assoluta del parametro interposto»⁷⁶. La Corte costituzionale, tuttavia, non si è limitata a dichiarare l’inammissibilità della questione ma ha formulato un monito agli organi competenti: «questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». In sostanza, il giudice delle leggi si riserva la possibilità, nel caso di perdurante stallo da parte del legislatore, di adottare le necessarie decisioni dirette a far cessare l’esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità, come avvenuto in passato con la nota vicenda Dorigo⁷⁷.

Quali, di fronte alla pluralità di soluzioni normative possibili, le strade suggerite dalla Corte al legislatore? Tra i rimedi di tipo “preventivo” non si esclude il ricorso al rinvio dell’esecuzione della pena, così lasciando un varco aperto ad una eventuale pronuncia additiva sull’art.

⁷¹ Significativo il seguente passaggio dell’ordinanza: «(...): l’attuale sistema, pur prevedendo in capo alla magistratura di sorveglianza la tutela dei diritti in sede di reclamo giurisdizionale, rimane pur sempre privo di qualsivoglia meccanismo di esecuzione forzata, finendo dunque per generare quei fenomeni di ineffettività della tutela che sono la negazione stessa del concetto di giurisdizione».

⁷² Trib. Sorv. Venezia, 13 febbraio 2013, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 572 ss., con il commento di A. GARGANI, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*. V, anche, F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell’esecuzione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2013; F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell’esecuzione in chiave “anti-overcrowding”. La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 997 ss. Analoga questione di legittimità è stata successivamente sollevata dal Tribunale di Milano, 18 marzo 2013, in *Dir. pen. cont.*, 28 marzo 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *Sollevata ancora una questione di illegittimità costituzionale dell’art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*.

⁷³ Riassume le obiezioni A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale delle pene e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, cit., p. 6.

⁷⁴ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Cass. pen.*, 2014, p. 506 ss., con osservazioni di E. APRILE.

⁷⁵ Per R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 425 s., l’aggancio all’art. 147 c.p. «è fuorviante» in quanto le situazioni disciplinate dalla norma in oggetto hanno carattere marcatamente soggettivo; mentre, nel caso di pena eseguita con modalità inumane per effetto del sovraffollamento la situazione dipende da un problema logistico-organizzativo che spetta all’autorità pubblica risolvere. V., anche, G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell’art. 3 CEDU, ivi*, p. 430 s., per il quale «la garanzia del diritto del detenuto a non subire pene e trattamenti disumani non sarebbe assoluta. Anche in situazioni estreme di sovraffollamento, sarebbe comunque subordinata all’assenza di preminenti esigenze di difesa sociale, discrezionalmente valutate all’atto della concessione del beneficio».

⁷⁶ A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della Magistratura di Sorveglianza. Statuto costituzionale delle pene e sovraffollamento carcerario (nota a C. cost. sent. 22 novembre 2013, n. 279)*, cit., p. 8.

⁷⁷ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss., con i commenti di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*; G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, e S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*. V., tra gli altri, L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale “getta il cuore oltre l’ostacolo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 839 ss.; M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.

147 c.p.⁷⁸, purché si definiscano i criteri in base ai quali individuare i detenuti nei cui confronti il rinvio può essere disposto. Non possono, invero, trascurarsi le esigenze di “difesa sociale” che potrebbero essere pregiudicate dal ricorso all’istituto in questione. In alternativa, per non lasciare a lungo aperta la vicenda esecutiva, come avverrebbe mediante la sospensione o il rinvio dell’esecuzione, si ipotizza un ampio ricorso alla detenzione domiciliare o ad altre misure da considerare quali forme alternative di esecuzione della pena, strada, questa, in parte battuta dal nostro legislatore con le riforme appena tratteggiate.

5.

La parola al legislatore: deflazione processuale e “ripensamenti” sulla custodia cautelare.

Escluso il ricorso a rimedi straordinari⁷⁹ – come l’indulto o l’amnistia, pure suggeriti dal Presidente della Repubblica, in combinata applicazione, nel suo messaggio alle Camere dell’8 ottobre 2013⁸⁰ – il legislatore, al di là delle specifiche misure accennate *supra*, si è mosso, anzitutto, nella direzione della deflazione processuale. E’ questo l’intento perseguito con l’introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova⁸¹, ispirato ad analogo istituto disciplinato nel procedimento avanti al tribunale per i minorenni (art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), nonché della sospensione del procedimento nei confronti degli imputati “irreperibili” (espressione quest’ultima che, in verità, non compare nel testo normativo). Entrambi sono disciplinati dalla l. 28 aprile 2014, n. 67⁸² contenente ‘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’ e sono diventati operativi a far data dal 17 maggio 2014, decorso il periodo ordinario di *vacatio legis*.

Il primo intervento si muove nella direzione di realizzare “un’equilibrata de-carcerizzazione” evitando il passaggio attraverso la struttura carceraria di una platea di soggetti individuata mediante un duplice criterio: quantitativo e qualitativo. Possono, infatti, accedere all’istituto *ex art. 168 bis c.p.*⁸³ – configurato, in caso di esito positivo della prova, quale causa di estinzione del reato – coloro che sono coinvolti in procedimenti per reati puniti con la pena edittale pecuniaria o con pena detentiva, esclusiva, congiunta o alternativa, non superiore nel massimo a

⁷⁸ Una soluzione è prospettata da R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 427 s., il quale richiama l’istituto disciplinato dal § 455 a *Strafprozessordnung* – rinvio della pena disposto dal pubblico ministero, senza il consenso dell’interessato, con provvedimento inoppugnabile, “se necessario per ragioni di organizzazione dell’esecuzione e a ciò non ostino prevalenti motivi di pubblica sicurezza” – con alcuni adattamenti. L’A. ipotizza un nuovo art. 147 *bis c.p.* che preveda il rinvio o la sospensione dell’esecuzione della pena laddove sia necessario assicurare l’ordinato svolgersi della vita interna al carcere, con un meccanismo procedurale attivabile dal pubblico ministero di fronte al magistrato di sorveglianza. La relativa decisione dovrebbe poi essere reclamabile davanti al Tribunale di sorveglianza. La norma richiamata nel sistema tedesco può essere applicata in considerazione del divieto di sovraffollamento degli istituti di detenzione, che assume particolare importanza ai fini di una sistemazione dignitosa dei detenuti (§ 146 StVollzG), e può rilevare anche sotto il profilo della validità dell’esecuzione penale (in dottrina v. D. FABRICIUS, *Gesetzwidrige Verhältnisse im Strafvollzug: Infrastrukturverwaltung im rechtsfreien Raum?*, in *StV*, 1998, p. 447); per le ragioni di cui al comma I può essere disposta anche l’autorizzazione al trasferimento (di cui al § 8 I Nr 2 StVollzG). V. L. MEYER-GOSSNER, *Strafprozessordnung*, München, 2012, p. 1631 s.

⁷⁹ In una intervista rilasciata al quotidiano *Il manifesto*, 29 maggio 2014, il Ministro della Giustizia Andrea Orlando ha confermato la scelta di volere procedere «con le riforme strutturali sulle pene alternative e complessivamente sul sistema penitenziario e sanzionatorio. (...) Non ho pregiudiziali ideologiche ma se le tendenze che registriamo si consolidano – nell’ultimo mese c’è stata una diminuzione di 500 detenuti – non credo che sia necessario un provvedimento emergenziale (...). Il sistema penitenziario ha bisogno di una riforma che non si esaurisce con un provvedimento emergenziale e che invece rischia così di passare in secondo piano».

⁸⁰ «La prima misura su cui intendo richiamare l’attenzione del Parlamento è l’indulto, che – non incidendo sul reato, ma comportando solo l’estinzione di una parte della pena detentiva – può applicarsi ad un ambito esteso di fattispecie penali (fatta eccezione per alcuni reati particolarmente odiosi). Ritengo necessario che – onde evitare il pericolo di una rilevante percentuale di ricaduta nel delitto da parte di condannati scarcerati per l’indulto, come risulta essere avvenuto in occasione della legge n. 241 del 2006 – il provvedimento di clemenza sia accompagnato da idonee misure, soprattutto amministrative, finalizzate all’effettivo reinserimento delle persone scarcerate, che dovrebbero essere concretamente accompagnate nel percorso di risocializzazione. Al provvedimento di indulto, potrebbe aggiungersi una amnistia».

⁸¹ Nella presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, avvenuta il 29 febbraio 2012, p. 2, si legge che l’istituto, «pur senza essere sprovvisto di una necessaria componente afflittiva, che ne fa salva la funzione punitiva e intimidatrice, è connotato anche da un contenuto special-preventivo e risocializzativo, avendo come naturali destinatari soggetti bisognosi di reinserimento sociale».

⁸² V. R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova* e P. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell’imputato*, Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/07/2014, 5 maggio 2014. V., anche, i numerosi contributi in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit.; D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Torino, 2014.

⁸³ E’ da segnalare che il potere di iniziativa è attribuito al solo imputato (art. 464 *bis c.p.p.*) al pari della sanzione del lavoro di pubblica utilità di cui all’art. 54 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

quattro anni; nonché, coloro che sono imputati dei delitti indicati nel secondo comma dell'art. 550 c.p.p., in tema di citazione diretta a giudizio. La disciplina non si applica ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.). A differenza dell'analogo istituto del procedimento minorile, la norma rimette un margine di discrezionalità al giudice; questi, infatti, la può disporre quando, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. A tal fine, dovrà valutare anche che il domicilio indicato nel programma dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato (art. 464 *ter* comma 3 c.p.p.).

Quanto, invece, alla sospensione del processo nei confronti degli imputati irreperibili, la disciplina introdotta nel nuovo art. 420 *quater* c.p.p. – rubricato in modo improprio “sospensione del processo per assenza dell'imputato” – sembra offrire risposta alle istanze protese a difendere il diritto al contraddittorio, *sub specie* del diritto alla presenza dell'imputato⁸⁴, pregiudicato dalla ostinazione alla celebrazione del processo nei casi di certezza della mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato⁸⁵. Il processo trova una battuta di arresto⁸⁶ nel momento in cui – esclusa la ricorrenza di una delle situazioni di “assenza” di cui al nuovo art. 420 *bis* c.p.p. o di legittimo impedimento e fuori dalle ipotesi di nullità della notificazione – il giudice, constatata l'assenza dell'imputato, abbia disposto la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare all'imputato personalmente, ad opera della polizia giudiziaria, e questa non risulti possibile. E' comunque fatta salva la possibilità di riprendere il corso del processo laddove le ricerche abbiano avuto esito positivo, ovvero si sia in presenza di situazioni che dimostrino in modo inequivocabile una conoscenza del processo in capo all'imputato (quale è la nomina di un difensore di fiducia), ovvero se vi siano i presupposti per la pronuncia di una sentenza *ex art.* 129 c.p.p. Qualche dubbio pone però la clausola “aperta” – che pure legittima la revoca della sospensione – di cui alla lettera c) dell'art. 420 *quinquies* c.p.p.: «in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti».

Il banco di prova per misurare l'effettività di queste riforme e la loro reale capacità di deflazionare il carico processuale non potrà che essere la prassi applicativa; in sostanza, ancora una volta, considerata la discrezionalità affidata al giudice ai fini della sospensione del processo con messa alla prova, nonché la clausola “di salvezza” in tema di “assenza”⁸⁷, sarà la giurisprudenza a farsi carico (o meno) di riempire gli spazi lasciati liberi dal legislatore.

Tra le deleghe conferite nella l. n. 67/2014, la prima ad essere stata attuata dal Governo, attraverso il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, entrato in vigore lo scorso 2 maggio, è quella sulla «non punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento». L'obiettivo perseguito con l'istituto della tenuità del fatto è quello di agevolare la fuoriuscita dal sistema giudiziario di condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico e antigiuridico, appaiono non meritevoli di pena «in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale»⁸⁸. Al di là delle numerose questioni

⁸⁴ In argomento cfr., volendo, A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, *passim*. Da ultimo v. D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, *passim*.

⁸⁵ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 30 aprile 2014, p. 9, alla quale si rinvia per gli ulteriori approfondimenti sulla nuova disciplina. Nella presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, cit., p. 3, si afferma che «tale intervento si rende necessario anche alla luce delle diverse pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che, richiamandosi all'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, ha affermato che tra le garanzie dell'equo processo va annoverato anche il diritto dell'imputato a essere presente al proprio processo, diritto che, ancorché non espressamente statuito nella norma, tuttavia è indubbiamente presupposto negli affermati diritti «di difendersi personalmente», «di interrogare e far interrogare i testimoni», «di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza», tutti contemplanti garanzie che sarebbero inattuabili ove non fosse salvaguardata anche la presenza dell'imputato».

⁸⁶ L'art. 420 *quinquies* c.p.p. prevede un meccanismo periodico di verifica del permanere della situazione di “irreperibilità”. Il giudice, infatti, alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza con cui ha disposto la sospensione, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, dovrà disporre nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso.

⁸⁷ La lacuna legata alla mancanza di una disciplina transitoria sul nuovo procedimento in assenza dell'imputato è stata, da ultimo, colmata dalla l. 11 agosto 2014, n. 118.

⁸⁸ Cfr. Relazione allo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, trasmesso alla Presidenza del Senato il 23 dicembre 2014. Come sottolineato da F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1706, l'irrelevanza del fatto risponde «(...) anche al principio fondamentale addirittura di giustizia costituito dalla proporzione che deve caratterizzare l'intervento punitivo dello Stato».

interpretative poste sul versante sia sostanziale, sia processuale⁸⁹, sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede, la prassi dirà se l'istituto, applicabile sin dalla fase delle indagini preliminari, in sede di archiviazione, è in grado di realizzare l'auspicata "depenalizzazione in concreto" di condotte caratterizzate da una non apprezzabile "lesività". Sul versante della deflazione dei carichi processuali si colloca anche la delega al Governo, pure contenuta nella accennata legge (art. 2), per un'ampia depenalizzazione⁹⁰ di fattispecie di reato, alcune retaggio del codice del 1930, nel quale «vi continuano a permanere solo per vischiosità storica»⁹¹, altre previste in leggi speciali. Tra queste ultime, va segnalata l'abrogazione, con trasformazione in illecito amministrativo, del reato di "immigrazione clandestina" di cui all'art. 10 *bis* del d. lgs. n. 286/1998.

Significativa, poi, nella prospettiva di uscire dalla prospettiva "carcerocentrica" che ha contraddistinto la legislazione emergenziale dell'ultimo decennio, dando «effettività al principio del minor sacrificio possibile della libertà personale»⁹², era la delega in tema di pene contenuta nell'art. 1⁹³ che, tuttavia, sul punto è scaduta. Accanto all'ergastolo e alla reclusione, tra le pene principali a disposizione del giudice, comparivano infatti due nuove pene detentive non carcerarie: la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, da eseguirsi presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie⁹⁴. L'introduzione di queste nuove specie sanzionatorie sarebbe dovuta avvenire attraverso un sistema differenziato in relazione alla gravità in astratto della fattispecie: per i reati per i quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'art. 278 c.p.p., la pena doveva essere quella della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare (lett. b); mentre per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni sarebbe spettata al giudice e, quindi, alla sua valutazione discrezionale, guidata dai criteri di cui all'art. 133 c.p., la decisione sull'applicazione della reclusione domiciliare (lett. c). Al riguardo, ci troviamo di fronte ad un'occasione mancata. E', però, auspicabile che il contenuto della delega rappresenti un nuovo punto di partenza per una riforma del sistema sanzionatorio meno prudente rispetto a quella impostata dalla stessa legge delega, che guardi anche alle sanzioni patrimoniali⁹⁵.

Altro fronte di intervento è quello cautelare, con l'intento in verità percorso ancora senza troppa audacia, di restituire alla custodia cautelare in carcere la sua natura di *extrema ratio*⁹⁶. Con la l. 16 aprile 2015, n. 47, recante 'Modifiche al codice di procedura penale in materia di

⁸⁹ E' da evidenziare che a distanza di qualche giorno dall'entrata in vigore della nuova normativa è intervenuta Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, Mazzerotto, n. 15449, che ha ricondotto la tenuità del fatto tra le cause di non punibilità, così affermando l'immediata operatività della nuova disciplina ai processi in corso. Per un primo commento v. G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015. Lo scorso 7 maggio, invece, la III sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite alcune questioni interpretative: la notizia è riportata in *questa Rivista*, 11 maggio 2015.

⁹⁰ F. PALAZZO, *Coltivare i primi segnali di revirement con un programma graduale e coerente*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 253, colloca la depenalizzazione, seppure auspicandola, tra gli "interventi di retroguardia". La legge delega, all'art. 2 co. 3 lett. a), prevede, inoltre, la "decriminalizzazione" di alcune fattispecie,

⁹¹ Così G. CIANI, *La situazione della giustizia penale secondo il Procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, cit., p. 445.

⁹² In questi termini la presentazione alla Camera dei Deputati del testo del d.l. n. 5019, cit., p. 5. Si afferma inoltre che «attraverso le nuove pene detentive non carcerarie, il condannato non dovrà più subire l'inadeguatezza del sistema penitenziario e la relativa ingiustificata compressione del diritto a un'esecuzione della pena ispirata al principio non solo di rieducazione, ma anche di umanità. Si tratta, pertanto, di disposizioni che conciliano i fondamentali obiettivi di un moderno sistema penale ispirato ai principi non soltanto di necessità, legalità, proporzionalità, personalità della pena, ma anche di rieducazione e umanizzazione della stessa secondo il disposto dell'articolo 27 della Costituzione, che ha inteso bandire ogni trattamento disumano e crudele, escludendo dalla pena ogni afflizione che non sia inscindibilmente connessa alla restrizione della libertà personale».

⁹³ Come rileva F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 102, la necessità di sottrarre al monopolio della pena carceraria una fascia di reati non deriva soltanto dal sovraffollamento carcerario ma anche dal processo di umanizzazione della pena che «è un'inarrestabile tendenza di lungo periodo coerente e parallela all'evoluzione delle condizioni di vita sociale».

⁹⁴ F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 103, respinge la tesi che attraverso la detenzione domiciliare si introduca, nella realtà, un provvedimento di clemenza generalizzato. Al di là della considerazione che la detenzione domiciliare è una sanzione a tutti gli effetti, «la possibilità di disporre nell'arsenale sanzionatorio di una pena meno devastante del carcere potrebbe forse spingere i giudici a fare un uso più parsimonioso della sospensione condizionale, con la conseguenza di contribuire – all'opposto – ad un rafforzamento dell'effettività sanzionatoria».

⁹⁵ Denuncia la cautela del delegante F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., p. 1710 ss. Sulla necessità di potenziare la pena pecuniaria v. le riflessioni di A. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen., on line*, 2015, n. 1, p. 11 ss.

⁹⁶ Secondo G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, cit., p. 2375 s., bisognerebbe trovare altri strumenti di controllo della libertà personale, in funzione del tipo di imputazione. V., sul tema, le proposte contenute nel *Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, p. VII ss. e 56 ss. Il testo è leggibile in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013.

misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da *handicap* in situazione di gravità⁹⁷, sono state, infatti, apportate significative innovazioni al procedimento di applicazione delle misure cautelari e al sistema dei mezzi di controllo⁹⁸. Oltre ad ancorare le esigenze cautelari legate al pericolo di fuga e di reiterazione di reati⁹⁹ (art. 274 lett. b e c¹⁰⁰ c.p.p.) all'esplicito presupposto dell'attualità e a rafforzare gli oneri motivazionali del giudice investito della richiesta di applicazione della misura cautelare¹⁰¹, il testo (artt. 3 e 4) incide sull'art. 275 c.p.p.¹⁰², norma cruciale per testare la reale inversione di rotta del nostro legislatore e sulla quale si intende soffermare sia pure brevemente l'attenzione in questa sede.

Già in questo ambito il testo approvato dal Senato il 2 aprile 2014 puntava ad escludere (comma 2 *bis*) l'applicazione della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari ove il giudice avesse ritenuto che, all'esito del giudizio, potesse essere sospesa l'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656 comma 5 c.p.p., ferma restando l'ipotesi in cui con sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. E' da evidenziare che la riforma, in parte *qua*, è stata "anticipata" dal discusso d.l. n. 92/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 117/2014, che è intervenuto proprio sul comma 2 *bis* dell'art. 275 c.p.p. La prima parte della norma, rimasta immutata, esclude l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari «se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena». Più incisive le modifiche che, in sede di conversione, hanno interessato la seconda parte dell'art. 8 del d.l. nella quale si escludeva, con una sorta di "automatismo", l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere se il giudice avesse ritenuto che all'esito del giudizio, la pena detentiva "da eseguire" non sarebbe stata superiore a tre anni¹⁰³. In virtù delle deroghe introdotte in sede di conversione, ferma restando la prognosi triennale compiuta dal giudice in relazione alla pena "irrogabile"¹⁰⁴, rimane comunque possibile applicare la custodia cautelare in carcere per una serie di delitti (incendio boschivo, maltrattamenti in famiglia, *stalking*, furto in abitazione o con strappo, nonché per quelli di cui all'art. 4 l. n. 354/1975) e, ancora, quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, non possano essere disposti gli arresti domiciliari per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'art. 284 comma 1 c.p.p. Previsione, quest'ultima, che pone non pochi dubbi sul piano costituzionale rischiando di creare delle disparità di trattamento tra soggetti "egualmente pericolosi" «ma che versano in condizioni socio-economiche differenziate»¹⁰⁵.

⁹⁷ La proposta di legge C-631 è stata presentata il 3 aprile 2013. Per un primo commento al d.d.l. S-1232 nel testo approvato dal Senato il 2 aprile 2014 v. [M. MONTANARI, Il Senato approva il ddl di riforma in materia di misure cautelari personali](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2014; sul testo approvato definitivamente al Senato (S-1232-B) v. E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *Arch. pen.*, on line, 2015, n. 2.

⁹⁸ Secondo [G. ILLUMINATI, Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015, la riforma sulle misure cautelari, pur segnando un rafforzamento delle garanzie individuali, non sarà risolutiva con riferimento al problema del sovraffollamento.

⁹⁹ In termini critici [G. ILLUMINATI, Carcere e custodia cautelare](#), cit., p. 2377, ritiene che il giudizio di pericolosità dell'imputato, espresso da questa esigenza cautelare, sia in contrasto con la presunzione di non colpevolezza.

¹⁰⁰ L'art. 274 lett. c) c.p.p. è stato anche modificato inserendo il riferimento al delitto di finanziamento illecito, così da colmare il difetto di coordinamento con l'art. 280 c.p.p., dopo l'intervento ad opera del d.l. n. 78/2013.

¹⁰¹ All'art. 292 lett. c) e c *bis*) c.p.p. dovrebbe inserirsi l'inciso, dopo la parola l'esposizione, "l'autonoma valutazione", così da contenere la prassi del "copia e incolla" rispetto alla richiesta avanzata dal pubblico ministero. Di rilievo anche le modifiche ai poteri decisori del tribunale del riesame: v., per un primo commento al testo approvato nel 2014, [C. MUSIO, Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una \(probabile\) modifica legislativa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2014.

¹⁰² La "residualità" della custodia cautelare in carcere emerge dal riformulato primo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., a tenore del quale «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate». Per una completa analisi delle altre riforme finalizzate a ridurre l'applicazione della custodia cautelare in carcere v. [V. PAZIENZA, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari](#), Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/03/2015, 6 maggio 2015, leggibile in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2015, p. 14 ss.

¹⁰³ Per un primo commento critico su questa disposizione nella parte in cui sembra escludere un margine di discrezionalità in capo al giudice della cautela v. [F. VIGANÒ, Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento \(con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2014; v., anche, le riserve contenute nel testo dell'Audizione dei rappresentanti dell'ANM in Commissione giustizia della Camera dei deputati, 8 luglio 2014; *contra* v. [M. CERESA GASTALDO, Tempi duri per i legislatori liberali](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014, per il quale la norma, ancorché migliorabile, costituisce un «presidio di reale garanzia» nel sistema cautelare.

¹⁰⁴ Il legislatore ha inserito una clausola di salvezza in relazione all'applicazione degli artt. 276 comma 1 *ter* c.p.p. (così da potere applicare la custodia cautelare in carcere all'imputato agli arresti domiciliari che abbia trasgredito le relative prescrizioni) e 280 comma 3 c.p.p. (relativo alle trasgressioni delle prescrizioni inerenti altra misura cautelare).

¹⁰⁵ Così [A. SCALFATI, Legislazione "a pioggia" sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio](#), in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2014, p. 4.

Tornando al testo della l. n. 47/2015 in tema di misure cautelari, questa, sulla scia del d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014, mira a potenziare i controlli mediante gli strumenti elettronici, così favorendo un più ampio ricorso agli arresti domiciliari: il comma 3 *bis* prevede, infatti, che «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari, con le procedure di controllo di cui all'art. 275 *bis*, comma 1».

Sul versante delle presunzioni di adeguatezza della misura custodiale le innovazioni, contrariamente alle aspettative, non appaiono significative, seppure la Commissione Giustizia ha fatto dei passi in avanti rispetto al testo che era stato approvato dal Senato nell'aprile 2014. Esclusa la scelta di abbandonare questi automatismi, che meglio avrebbe valorizzato la presunzione d'innocenza¹⁰⁶, si afferma che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 270, 270 *bis*, 416 *bis*¹⁰⁷, è applicata la custodia cautelare in carcere «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»: ricorre cioè una presunzione *iuris et de iure*¹⁰⁸.

Se la riconferma di un meccanismo quasi-obbligatorio per i reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. trae legittimazione «dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche, connesse alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice»¹⁰⁹, suscita perplessità la sua estensione alle fattispecie associative con finalità di terrorismo le cui strutture presentano non pochi profili di eterogeneità rispetto a quelle di tipo mafioso¹¹⁰. Quanto, invece, alle fattispecie associative di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, la loro espunzione dal testo che era stato approvato dal Senato è conseguenza del corretto recepimento dei principi affermati dalla Corte costituzionale¹¹¹ che ne aveva messo in luce le differenze strutturali rispetto al delitto di associazione di tipo mafioso, affermando che «proprio per l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto, ricomprendente ipotesi nettamente differenti quanto a contesto, modalità lesive del bene protetto e intensità del legame tra gli associati, non è dunque possibile enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le «connotazioni criminologiche» del fenomeno (...)».

Ancora, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* nonché in ordine ai delitti di cui agli artt. 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* c.p. «è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»: presunzione *iuris tantum*, in linea con la serie di declaratorie di illegittimità costituzionale. Al riguardo, però, forse sarebbe stato apprezzabile un atto di «coraggio» da parte

¹⁰⁶ V., sul punto, G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., p. 58, il quale, in termini fortemente critici, osserva che «quando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, sia come cautela sia come pena, fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere anche chi non dovrebbe esserci». L'ingresso della presunzione di innocenza nel settore cautelare per effetto della sentenza n. 265 del 2010 e delle successive della Corte costituzionale è rimarcato, da ultimo, da A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 46.

¹⁰⁷ Il Senato aveva inserito anche i delitti di cui all'art. 416 *ter* c.p. e 74 d.P.R. n. 309/1990, poi soppressi dalla Commissione. La fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p., in virtù della modifica apportata dalla l. n. 19/2015 all'elenco di cui al co. 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., oggi ricade nella presunzione relativa di cui al nuovo co. 3 dell'art. 275 c.p.p.

¹⁰⁸ «La previsione (...) racchiude una duplice presunzione. La prima, a carattere relativo attiene alle esigenze cautelari, che il giudice deve considerare sussistenti, quante volte non consti la prova della loro mancanza (...). La seconda, a carattere assoluto, concerne la scelta della misura: ove la presunzione relativa non risulti vinta, subentra un apprezzamento legale, vincolante e incontrovertibile di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" tra questa e lo stato di piena libertà dell'imputato»: Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., § 7.

¹⁰⁹ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit., § 10. Esprime perplessità al riguardo M. GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2013, p. 115 ss.

¹¹⁰ Così F. ZACCHÉ, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 380 s.; *contra* V. MANES, *Lo "sciamano di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 466, per il quale le fattispecie che potrebbero legittimare una presunzione assoluta, «"empiricamente fondata"», sono quelle dei reati orientati alla finalità di terrorismo: artt. 270 *bis*, 270 *quater* e 270 *quinquies* c.p.

¹¹¹ Corte cost., 19 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2950 ss., con il commento di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni unite*. V., anche, L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, *ivi*, p. 3730 ss.

del nostro legislatore per escludere, nell'ottica di una reale affermazione della presunzione di innocenza, molte delle fattispecie ivi previste dall'operatività della presunzione, ancorché relativa. Certamente il versante sul quale intervenire con un tratto di penna del legislatore, per ridurre l'ingresso in carcere dei detenuti, era proprio quello cautelare¹¹² nel quale si impone la rimozione della logica inquisitoria che lo ha sino ad oggi contraddistinto.

6. I rimedi “compensativi”.

Infine, un accenno ai rimedi di natura compensativa, pure sollecitati dalla Corte di Strasburgo¹¹³. La giurisprudenza di legittimità, come si è detto¹¹⁴, ha escluso la possibilità per la magistratura di sorveglianza di condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, a titolo di risarcimento, nei confronti del detenuto che abbia sofferto una detenzione “inumana”: la relativa competenza spetterebbe, infatti, al giudice civile. Il testo dell'art. 35 *bis* o.p. sul nuovo reclamo giurisdizionale, nel d.l. n. 146/2013, prevedeva che la magistratura di sorveglianza all'esito del giudizio di ottemperanza potesse determinare, su richiesta di parte, se non sussistevano ragioni ostative, «la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno», inciso poi soppresso in sede di conversione del d.l. In ogni caso, ove la norma fosse stata mantenuta avrebbe procurato un ristoro al pregiudizio derivante dal protrarsi dell'inadempimento da parte dell'amministrazione¹¹⁵ e non anche rispetto a quello subito dal soggetto in conseguenza delle condizioni di carcerazione: di qui la sua inefficacia. Per “compensare” sul piano economico il pregiudizio del detenuto e contenere i ricorsi alla Corte di Strasburgo, uno spunto può essere tratto dal procedimento a trattazione “partecipata” disciplinato dall'art. 314 c.p.p., per la riparazione dell'ingiusta detenzione¹¹⁶, del quale chiaramente il nuovo istituto non potrebbe condividere i presupposti legati all'assenza di dolo o colpa grave in capo all'istante; è da chiarire, però, a chi debba essere attribuita la competenza se, cioè, alla Corte di appello (come oggi previsto anche per la riparazione dell'errore giudiziario) ovvero al magistrato di sorveglianza. La prima soluzione sembra certamente da preferire, anche per non gravare ulteriormente la magistratura di sorveglianza, seppure il modello si presta a trovare applicazione soltanto nei confronti del detenuto che abbia già espiato la pena.

Diversa la strada percorsa dal già richiamato d.l. n. 92/2014, convertito in l. n. 117/2014, intervenuto proprio per ottemperare a quanto disposto dalla Corte europea nella sentenza Torreggiani, nel quale si è optato per un duplice sistema di rimedi compensativi in relazione allo *status* dei detenuti, mediante l'introduzione di un articolo 35 *ter*, rubricato ‘Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati’.

¹¹² Oggetto di dibattito è la possibile introduzione nel nostro sistema, tra le misure cautelari, del rilascio su cauzione, sulla falsariga del *Bail* inglese: v., per tutti, C. FIORIO, *Il Bail nel sistema inglese*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, p. 11 ss. Sull'esperienza maturata nel Regno Unito v. C. MANCUSO, *Uno sguardo 'oltremarino': strategie di contrasto al sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in *questa Rivista*, 16 dicembre 2014, § 3.

¹¹³ Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 96: «Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita».

¹¹⁴ V. *supra* nota n. 70.

¹¹⁵ V. M.G. GASPARI, *Istituto il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *Guida dir.*, 2014, n. 4, p. 60. Nel *Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., p. II s., si propone di riconoscere al magistrato di sorveglianza la facoltà, una volta accertata la grave violazione dei diritti del detenuto, di emettere una pronuncia accessoria che attiene alla compensazione in via equitativa del pregiudizio subito; se le parti accettano questa forma di “equo indennizzo” resta preclusa l'azione civile per il risarcimento del danno.

¹¹⁶ In questo senso Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, cit., § 7. In dottrina v. A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2013, p. 16. Ulteriori spunti di riflessione si trovano in M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi “compensativi”: prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 16 ss. *Rebus sic stantibus* per F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, cit., p. 2273, occorrerebbe stabilire, anche per le ricadute sul piano dell'economia processuale, che la decisione del magistrato di sorveglianza, adottata all'esito del nuovo procedimento giurisdizionale, «vincoli il giudice civile quanto all'accertamento dell'intervenuta violazione del diritto oggetto del reclamo proposto dal detenuto».

Il primo comma legittima coloro che siano *in vinculis* e abbiano subito un pregiudizio¹¹⁷ per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, ad ottenere la riduzione di un giorno di pena per ogni dieci durante il quale è avvenuta la violazione del loro diritto ad uno spazio adeguato¹¹⁸. Se, però, il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale, viene liquidata «in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno» una somma pari ad 8 euro per ciascuna giornata in cui il soggetto ha subito il pregiudizio.

Il magistrato di sorveglianza del luogo in cui si trova il soggetto detenuto, al quale viene demandata la competenza, su istanza presentata dal detenuto personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, mediante un procedimento al quale dovrebbe applicarsi la disciplina camerale partecipata di cui all'art. 666 c.p.p., dispone il risarcimento in forma economica, anche nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU sia stato inferiore ai quindici giorni.

Il terzo comma, invece, si occupa del soggetto che abbia subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare in carcere, non computabile nella determinazione della pena da espiare, ovvero di colui che abbia già terminato di espiare la pena detentiva in carcere, introducendo una disciplina "speciale". Costoro possono proporre azione – ancora una volta personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale – al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza, entro il termine, stabilito a pena di decadenza, di sei mesi dalla data della cessazione dello stato detentivo. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. mediante decreto non soggetto, però, a reclamo; salva la revocabilità del provvedimento, in virtù del richiamo alla relativa disciplina civilistica, rimane il dubbio se si possa proporre ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* Ai fini del *quantum* del risarcimento – espressione in verità non del tutto appropriata trattandosi nella sostanza di un indennizzo – il tribunale dovrà tenere conto della misura di otto euro (importo, invero, assai esiguo)¹¹⁹ per ogni giorno di detenzione "inumana". Nel caso in cui il soggetto per effetto della detenzione in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU abbia contratto una malattia, così subendo un ulteriore pregiudizio, sembra esorbitarsi dal campo di applicazione della norma in questione, anche per l'incompatibilità con la rigidità della misura del risarcimento prevista dalla legge.

L'art. 2 del d.l., con una disciplina transitoria, prevede che coloro che alla data di entrata in vigore del testo normativo – il 28 giugno 2014 – abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovino in stato di detenzione, possano proporre l'azione entro sei mesi, termine stabilito a pena di decadenza. I soggetti che abbiano già presentato ricorso alla Corte di Strasburgo, sempre entro il termine dei sei mesi, possono presentare domanda al tribunale, purché non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della Corte europea; diversamente, costoro – previo accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU – percepiranno un risarcimento da parte dell'organo di giustizia europeo, il cui ammontare sarà verosimilmente superiore rispetto a quello che può essere liquidato dal giudice nazionale.

Il richiamo normativo all'art. 737 c.p.c. – che prefigura un modello di giurisdizione vo-

¹¹⁷ Sul piano applicativo si è posta la questione – di non trascurabile rilievo, ove si tenga conto della diversa competenza, nonché dei tempi della procedura – se, ai fini dell'ammissibilità della domanda avanti al magistrato di sorveglianza, il pregiudizio del detenuto debba presentare il carattere dell'attualità. Sul tema v. G. MALAVASI, *Nota di commento alle ordinanze dell'ufficio di sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art. 35 ter o.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014; L. BARONE, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35-ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, Relazione Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, n. III/01/2015, 13 aprile 2015, leggibile in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2015. Sollecita con forza un intervento giurisprudenziale che svincoli la competenza della magistratura di sorveglianza dall'attualità del pregiudizio, G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2015, p. 7.

¹¹⁸ Questa soluzione era stata tratteggiata da G. GIOSTRA, *Sovraffollamento, al detenuto uno sconto di pena*, in *Il Sole 24Ore*, 21 gennaio 2014, p. 21, per il quale al di là del vantaggio di natura economica, il meccanismo della riduzione della pena avrebbe concorso anche al decongestionamento carcerario. L'A. ne aveva anche sollecitato una introduzione nella legge di conversione del c.d. decreto carceri, considerando l'efficacia dello strumento «inversamente proporzionale al tempo impiegato per introdurlo; più si ritarda, infatti, più è probabile che il ricorrente abbia espiato la pena in gran parte o per intero, il che ne ridurrebbe sensibilmente o annullerebbe l'utilità». Sulla riduzione della pena da scontare, come rimedio specifico alla vittime della violazione, sia pure in materia di irragionevole durata del processo, v. le riflessioni di F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in questa *Rivista*, 2013, n. 3, p. 34 ss.

¹¹⁹ Sulla "non irragionevolezza" dell'importo previsto dall'ordinamento interno v. Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*, cit., § 61, ove si è affermato che «lorsqu'un État a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire pour réparer une violation de la Convention, elle se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays (...). Ainsi, la Cour peut parfaitement accepter qu'un État qui s'est doté de différents recours et dont les décisions conformes à la tradition juridique et au niveau de vie du pays sont rapides, motivées et exécutées avec célérité, accorde des sommes qui, tout en étant inférieures à celles fixées par la Cour, ne sont pas déraisonnables (idem, § 96)».

lontaria o “non contenziosa” – lascia aperta una serie di interrogativi¹²⁰, al di là del nodo sulla impugnabilità del provvedimento, sulle dinamiche di integrazione del contraddittorio, sui poteri di accertamento del giudice, sui termini di prescrizione dell'azione¹²¹ e sull'esecutorietà del relativo provvedimento. Non minori dubbi, in ragione del silenzio normativo sul punto, pone il procedimento che si celebra davanti al magistrato di sorveglianza, al quale dovrebbe applicarsi, come accennato, il modello camerale “partecipato” previsto anche per il nuovo reclamo giurisdizionale: la circostanza che il legislatore non abbia previsto alcun limite sulla controllabilità del provvedimento, che dovrà assumere la forma dell'ordinanza, induce a ritenere che questo sia reclamabile avanti al tribunale di sorveglianza e, infine, avanti alla Corte di cassazione per violazione di legge.

A fronte della mancanza di risposte nella legge di conversione – che ha mantenuto inalterato il testo del d.l. su questo tema – anche in questo caso sarà la giurisprudenza a dovere sciogliere i dubbi ermeneutici posti dalla laconica disciplina normativa¹²². Compito “gravoso” se si pensa che gli esiti di questa attività condizioneranno la “promozione” dell'Italia da parte del Comitato dei Ministri e della Corte di Strasburgo.

¹²⁰ In argomento v. [R. BRACCIALINI, Art. 35 ter. 3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?](#), in [www.questionegiustizia.it](#), il quale esprime un giudizio di inadeguatezza sulla tipologia di procedimento civile prescelta dal legislatore.

¹²¹ L'utilizzo della parola “risarcimento” induce a ritenere che il termine di prescrizione sia quello quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. Al riguardo v. il parere del CSM al d.l. n. 92/2014, 30 luglio 2014, in [www.csm.it](#), p. 12 ss. Nello stesso senso [A. DELLA BELLA, Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, p. 3.

¹²² Sollecita una modifica normativa dell'art. 35 *ter* o.p., anche in prospettiva della valutazione che sarà condotta dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel giugno 2015, [F. FLORENTIN, I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014.