

Rel. n. III/01/2014
Roma, 07.01.2014

Novità legislative: D.L. 23 dicembre 2013, n. 146 "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria".

Rif. Norm.: cod. proc. pen. artt. 275 bis e 678; legge 9 ottobre 1990, n. 309 artt. 73 e 94; legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 35, 35 bis, 47, 47 ter, 58 quinquies e 69; legge 26 novembre 2010, n. 199, art. 1; d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 16.

Sommario: Premessa. – 1. Le modifiche alla disciplina degli stupefacenti ed il delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità. – 2. Le modifiche in tema di modalità di controllo degli arresti domiciliari, misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata ed espulsione. – 3. Le modifiche in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di procedimento di sorveglianza.

Premessa.

In considerazione della "straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario", è stato adottato, nelle forme della decretazione d'urgenza, un articolato intervento normativo (il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 in G.U. n. 300 del 23 dicembre 2013) diretto ad incidere "in materia di modalità di controllo degli arresti domiciliari, di reati concernenti le sostanze stupefacenti, di misure alternative alla detenzione, della misura sostitutiva dell'espulsione del condannato cittadino extracomunitario, di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi", ma anche di "liberazione anticipata", di "tutela dei diritti delle persone detenute" e di procedimento di sorveglianza.

In via di estrema sintesi, può premettersi, come osservato nella Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 146 del 2013, che i rimedi previsti per fronteggiare la "grave e drammatica situazione carceraria", denunciata dal Presidente della Repubblica, dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, e per adempiere all'obbligo da quest'ultima prescritto nella sentenza dell'8 gennaio 2013, caso Torreggiani c. Italia, di adottare incisive riforme in relazione alle condizioni di vita dei detenuti entro il termine ultimo del 28 maggio 2014, si volgono verso una duplice direzione: da un lato, sono diretti all'obiettivo di "diminuire le presenze in carcere", pur senza introdurre automatismi nella concessione dei benefici o disposizioni clemenziali, e, dall'altro, mirano a rafforzare

gli strumenti di tutela delle persone detenute o comunque sottoposte a misure restrittive della libertà personale.

Le misure introdotte possono essere raggruppate con riguardo ai seguenti settori:

a) quelle concernenti la specifica materia degli stupefacenti (art. 2); b) quelle in tema di modalità di controllo degli arresti domiciliari, di misure alternative alla detenzione, di liberazione anticipata e di espulsione (art. 1, comma 1, lett. a, e comma 2; art. 3, comma 1, lett. c, d, e, f, g, h, e comma 2; art. 4; art. 5; art. 6); c) quelle in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di procedimento di sorveglianza (art. 1, comma 1, lett. b, art. 3, comma 1, lett. a, b, i; art. 7).

A tali disposizioni, poi, si aggiungono quelle in materia di concessione di agevolazioni e sgravi ai datori di lavoro che assumono detenuti ed internati (art. 8), di copertura finanziaria (art. 9) e di entrata in vigore del decreto legge (art. 10).

In linea generale, sembra potersi rilevare che l'intervento normativo tende a muoversi in linea con le indicazioni provenienti dalla citata sentenza della Corte EDU nel caso Torreggiani e della sentenza della Corte costituzionale del 9 ottobre 2013, n. 279.

Invero, la decisione dei giudici di Strasburgo ha osservato, da un lato, che, *“quando lo Stato non è in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art. 3 della Convenzione, la Corte lo esorta ad agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà (...) e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere (...)”* (così § 94 della sentenza) e che, a tal fine, una soluzione meritevole di attenzione, segnalata nelle raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è quella di *“ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la (...) politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione”* (cfr. § 95 della sentenza); dall'altro, che *“il solo ricorso indicato dal governo convenuto nelle presenti cause che possa migliorare le condizioni detentive denunciate, vale a dire il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza in virtù degli articoli 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario, è un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, dato che non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione”* (così § 96 della sentenza).

La pronuncia della Corte costituzionale, poi, nel riprendere gli argomenti del giudice europeo, ha evidenziato che *“il legislatore, per porre termine a residue ambiguità dell'ordinamento penitenziario, dovrebbe completare il sistema apprestando idonei strumenti esecutivi in modo da rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione*

alle decisioni della magistratura di sorveglianza”, e che, tra le soluzioni possibili per evitare una situazione di sovraffollamento carcerario tale da trasformare siffatta forma di detenzione in un trattamento contrario al senso di umanità, deve essere valutata attentamente proprio quella dell’incremento del ricorso alle misure alternative alla detenzione di cui agli artt. 47 e ss. della legge n. 354 del 1975.

1. Le modifiche alla disciplina degli stupefacenti ed il delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità.

L’art. 2 lett. a) del decreto modifica il quinto comma dell’art. 73 d.P.R. n. 309/1990, il quale prevede pene inferiori per i reati in materia di stupefacenti configurati nello stesso articolo, qualora i fatti contestati possano essere considerati di lieve entità in forza dei parametri contemplati nello stesso comma.

Come noto, sin dalla sua introduzione la fattispecie in questione è stata qualificata dalla giurisprudenza di legittimità come circostanza attenuante ad effetto speciale e non già come titolo autonomo di reato, essendosi evidenziato in tal senso come nella stessa siano valorizzati elementi (come i mezzi, la modalità, le circostanze dell’azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non altererebbero l’obiettività giuridica e la struttura di quelle previste nei precedenti commi dell’art. 73, ma si limiterebbero ad attribuire alle medesime una minore carica offensiva (per tutte v. Sez. Un., n. 9148 del 31 maggio 1991, Parisi, Rv. 187930).

Nella disposizione citata la novella ha inserito innanzi tutto una clausola di sussidiarietà (*«salvo che il fatto non costituisca più grave reato»*). In secondo luogo, pur conservando l’originaria descrizione del nucleo caratterizzante la fattispecie materiale, ha provveduto ad incastonarla tra due proposizioni e cioè *«chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo»* ed *«è punito con le pene»*, quest’ultima destinata a sostituire la precedente formula *«si applicano le pene»*. Infine è stato rimodulato il limite massimo edittale della pena detentiva, abbassato da sei a cinque anni di reclusione.

Alla luce delle illustrate modifiche la prima e più urgente questione che si pone all’interprete consiste nello stabilire se attraverso di esse il legislatore abbia inteso mutare la qualificazione giuridica della fattispecie, trasformando quella che era considerata, come detto, una circostanza attenuante in un titolo autonomo di reato.

A favore di una siffatta lettura del significato dell’intervento normativo certamente depongono le dichiarazioni rilasciate al momento della deliberazione del d.l. n. 146/2013, dalle quali si evince, per l’appunto, l’intenzione di configurare

«una nuova ipotesi di reato in luogo della previgente circostanza attenuante» (comunicato stampa rilasciato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri all'esito del Consiglio dei Ministri n. 41 del 17 dicembre 2013). Ma è ovvio che nell'attesa delle conferme che in tal senso potranno eventualmente trarsi dai lavori parlamentari della legge di conversione del decreto (la cui relazione peraltro espressamente qualifica quella del riformulato quinto comma dell'art. 73 come fattispecie autonoma di reato) è necessario reperire nel testo della norma idonea convalida alla presunta volontà del legislatore.

Ed in effetti le modifiche apportate alla disposizione in oggetto sembrano contenere plurimi indici sintomatici del proposito di qualificare un autonomo titolo di reato.

La clausola di riserva, innanzi tutto, rivela che l'ambito di applicazione della norma è segnato in negativo dalla configurabilità di un «*più grave reato*», espressione la quale apparentemente presuppone che il fatto considerato dal quinto comma dell'art. 73 costituisca esso stesso già un "reato".

In secondo luogo la espressa ed inedita previsione di un soggetto attivo («*chiunque*») e di una condotta («*commette*») sembrano scelte indicative della volontà di incriminare in maniera autonoma fatti la cui descrizione è pur sempre in parte mutuata da altre disposizioni incriminatrici, ma che nel citato quinto comma trovano una loro ulteriore caratterizzazione attraverso la descrizione delle condizioni che li rendono di «*lieve entità*».

Infine anche la modifica della formula punitiva, pur non essendo di per sé univocamente significativa, appare non solo corrispondere all'esigenza di una sua coerente declinazione con la già ricordata proposizione che ora domina la costruzione normativa, ma altresì alla volontà di condividere il lessico proprio delle disposizioni autonomamente incriminatrici.

Un ulteriore elemento a sostegno della tesi dell'introduzione di un reato autonomo sembra poi provenire da un elemento esterno al testo del rinnovato quinto comma dell'art. 73, ma contenuto nel d.l. n. 146 del 2013: l'art. 2, che appunto incide sulle disposizioni in materia di stupefacenti, è rubricato anche "Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità".

Invero ognuno degli elementi illustrati, se singolarmente considerato, potrebbe non risultare decisivo ai fini di suffragare la qualificazione ipotizzata, ma è indubbio che la loro contemporanea introduzione costituisce ulteriore elemento che si impone all'attenzione dell'interprete.

Deve peraltro ammettersi che il quadro normativo non è però così univoco come appare a prima vista. Infatti, il decreto non è intervenuto né sul comma 5 *bis* dello stesso art. 73, né sul comma 6 dell'art. 74, il cui assetto è pertanto tuttora apparentemente calibrato sulla previgente formulazione della disposizione in commento e, ciò che più conta, sul presupposto che la stessa prevedesse una circostanza attenuante. Nel primo caso, infatti, continua a distinguersi tra l'ipotesi di cui al comma 5 e i «reati di cui all'art. 73»; nel secondo a farsi riferimento ai «fatti descritti dal comma 5 dell'art. 73», formula adottata originariamente proprio nell'impossibilità di qualificare come autonome fattispecie di reato quelle contemplate da quest'ultima disposizione. Si tratta di aporie probabilmente superabili in sede interpretativa, ma che potrebbero trovare una più opportuna soluzione già in sede di conversione del decreto legge. Peraltro, i dubbi più consistenti sull'idoneità dell'intervento normativo a realizzare quella trasformazione della natura della fattispecie auspicata dal legislatore, rischiano forse di provenire dalla mancata rimodulazione del nucleo essenziale della fattispecie – costituito dal riferimento alla lieve entità del fatto e dai parametri di misurazione della medesima –, sul quale, come già accennato, la novella non è per l'appunto intervenuta. In tal senso infatti l'orizzonte indefinito della previsione normativa, in qualche modo tollerato al cospetto di un'attenuante, potrebbe suscitare maggiori perplessità sul piano della tenuta costituzionale a fronte della ritenuta configurazione di una autonoma fattispecie incriminatrice. Non di meno, l'immutata struttura del fatto che in qualche modo specializza la disposizione in commento, conserva anche la validità degli argomenti spesi nella già citata sentenza Parisi delle Sezioni Unite (e nella conforme giurisprudenza successiva) per avvalorare la ritenuta previsione nel quinto comma dell'art. 73 di un'attenuante.

Quanto alle ragioni che avrebbero ispirato la sostituzione della previgente attenuante con un autonomo titolo di reato, è agevole dedurle dalla *ratio* che pervade l'intero decreto legge. Alla base dell'intervento normativo vi è infatti il desiderio di ridurre la presenza nella popolazione carceraria dei tossicodipendenti, assai spesso detenuti a seguito della commissione di fatti concernenti gli stupefacenti di contenuta gravità e dunque facilmente inquadrabili nello schema del quinto comma dell'art. 73. Peraltro tale categoria di soggetti dimostra un'elevata tendenza alla recidiva in costanza della dipendenza, talché l'effetto di contenere la durata delle pene che gli stessi dovrebbero scontare per reati di "microspaccio", svolto in passato dalla disposizione richiamata, si era progressivamente eroso da quando la l. n. 251/2005, nel modificare l'art. 69 c.p., aveva escluso ai recidivi

reiterati la possibilità di ottenere, all'esito della comparazione tra circostanze di segno diverso, il giudizio di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti. Effetto "perverso" corretto dal giudice delle leggi che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del menzionato art. 69 c.p. proprio con riferimento al divieto di prevalenza sulla recidiva dell'attenuante del quinto comma dell'art. 73 (Corte Cost. n. 251/2012), ma che spesso viene perpetrato nell'esito concreto del giudizio di comparazione, anche alla luce dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, per cui, ove l'attenuante del fatto di lieve entità concorra con la recidiva reiterata, la pena deve essere determinata senza tener conto delle circostanze di segno opposto e deve farsi riferimento al trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie base (v. ad esempio Sez. 4, n. 3557 del 12 gennaio 2012, P.G. e Ciavarella, Rv. 252671). Da qui l'esigenza, sottolineata anche nella relazione alla legge di conversione del decreto, di restituire, trasformando l'attenuante in reato autonomo, i fatti di minore gravità alla vocazione calmierante della previsione.

Conclusiva attenzione deve essere riservata alla rimodulazione del massimo edittale della pena operato dal legislatore. La sua riduzione fino alla soglia dei cinque anni di reclusione non determina ripercussioni sul versante processuale e in particolare in materia di intercettazioni. E' vero, infatti, che l'indagine tecnica, ai sensi dell'art. 266 comma 1 lett. a) c.p.p., può essere autorizzata soltanto quando si proceda per reati puniti nel massimo con pena superiore ai cinque anni di reclusione (previsione che per l'appunto escluderebbe la nuova fattispecie), ma va ricordato che la lett. c) dello stesso comma espressamente cataloga tra i reati per cui è consentito disporre le intercettazioni tutti quelli concernenti le sostanze stupefacenti e psicotrope a prescindere dall'entità delle pene edittali previste per i medesimi.

La modifica del trattamento sanzionatorio edittale introduce infine anche il tema dei rapporti intertemporali tra il testo previgente e quello introdotto dalla novella del quinto comma dell'art. 73. Nei processi tuttora in corso aventi ad oggetto fatti riconducibili all'alveo della previsione normativa citata dovrà infatti tenersi conto della mutata forbice edittale ai fini della dosimetria della pena, in quanto la nuova previsione sanzionatoria è indubbiamente più favorevole per l'imputato. Ciò peraltro non dovrebbe comportare l'automatico annullamento in sede di legittimità delle sentenze che abbiano calcolato la pena sulla base della previgente comminatoria, quantomeno nei casi in cui la sanzione sia stata in concreto determinata in prossimità del minimo edittale, sul quale, come detto, il legislatore non è intervenuto.

Qualora si accolga la tesi per cui la fattispecie di lieve entità sia diventata autonomo titolo di reato, significative sono invece le conseguenze in tema di calcolo della prescrizione, soprattutto per quei fatti a cui si applica la disciplina introdotta dalla l. n. 251/2005, notoriamente impermeabile all'eventuale riconoscimento di circostanze attenuanti. In tal senso fatti il cui termine ordinario era calibrato in precedenza sul massimo edittale di pena prevista per la fattispecie "base" (vent'anni), vedrebbero ora maturare la causa estintiva in sei anni ovvero, tenendo conto del termine prorogato, al massimo in sette anni e sei mesi. Ed anche sotto questo profilo la "nuova" disposizione deve dunque ritenersi più favorevole con le evidenti ricadute sui processi ancora in corso.

La soluzione del reato autonomo non è irrilevante neanche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare. In effetti, se per la determinazione degli stessi anche prima del d.l. n. 146 del 2013 era possibile tener conto della previsione dell'attenuante della lieve entità, in quanto circostanza ad effetto speciale (argomenta ex art. 278 cod. proc. pen.), di fatto ciò accadeva solo all'esito del giudizio di primo grado, giacché difficilmente prima della sentenza vi era il riconoscimento dell'attenuante.

La lett. b) dell'art. 2 del decreto abroga poi il quinto comma dell'art. 94 del d.P.R. n. 309/1990, eliminando in tal modo qualsiasi limite alla reiterazione della concessione ai soggetti tossicodipendenti della particolare ipotesi di affidamento in prova disciplinata dall'articolo menzionato.

2. Le modifiche in tema di modalità di controllo degli arresti domiciliari, misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata ed espulsione.

Gli interventi relativi a modalità di controllo degli arresti domiciliari, misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata ed espulsione di cittadini extracomunitari sono anch'esse dirette all'obiettivo di "*diminuire le presenze in carcere*", ma, a differenza di quelli esaminati nel precedente paragrafo, hanno un ambito di incidenza non ancorato a specifiche tipologie delittuose e sono incentrate esclusivamente sul versante esecutivo e trattamentale.

A) Arresti domiciliari

In tema di arresti domiciliari, l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 146 del 2013 ha modificato l'art. 275 bis, comma 1, cod. proc. pen. in modo da rendere 'ordinaria' l'applicazione di "*procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici*" quando viene disposta la misura degli arresti domiciliari: il giudice, infatti, deve prevedere queste modalità di sorveglianza non più "*se lo ritiene necessario*",

ma in linea generale, *“salvo che le ritenga non necessarie”*. E' evidente l'intento di far diventare più incisiva ed affidabile a fini cautelari la misura della custodia domiciliare e, quindi, per questa via, di ridurre la necessità di ricorrere, al medesimo fine, alla custodia carceraria. Non può rilevarsi, tuttavia, che questa previsione richiede un'adeguata disponibilità di risorse tecniche, nonché di personale per monitorare effettivamente le persone sottoposte a tale misura di coercizione, e, quindi, un significativo sforzo organizzativo dell'Amministrazione: ciò spiega perché nel comma 2 si è stabilito che la disposizione di cui al comma 1 lett. a) entri in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto.

B) Misure alternative alla detenzione

Per quanto attiene alle misure alternative alla detenzione, le lett. c), d) ed e) dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 146 del 2013 sono intervenute sulla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale, mentre le lett. f), g) ed h) del medesimo art. 3, comma 1, hanno inciso sul regime dei controlli nell'esecuzione della detenzione domiciliare e modificato la distribuzione dei poteri tra magistrato di sorveglianza e tribunale di sorveglianza in materia di prosecuzione delle misure alternative alla detenzione; l'art. 5 del d.l. n. 146 del 2013, invece, ha avuto ad oggetto la misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi.

Precisamente, la disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale è stata modificata con riferimento ai presupposti per l'ammissione alla misura ed ai poteri del magistrato di sorveglianza.

Con riferimento al primo aspetto, il 'nuovo' comma 3 bis dell'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. c), del d.l. n. 146 del 2013, ha previsto, innanzitutto, che l'affidamento in prova può essere concesso pure *“al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione”*, mentre, fino ad oggi, la pena espianda non doveva superare i tre anni. La stessa disposizione, inoltre, ha stabilito che il beneficio è concesso a condizione che il condannato abbia mantenuto, *“quanto meno nell'anno precedente alla richiesta”*, un comportamento tale da far ritenere che la misura contribuisca alla sua rieducazione e assicuri la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati; ha poi previsto che detta condizione può essere verificata non solo se il soggetto sia stato detenuto in applicazione di pena o di misura cautelare, ma anche se il medesimo si sia trovato in condizione di libertà.

In relazione al secondo aspetto, invece, i 'nuovi' commi 4 e 8 del medesimo art. 47 della legge n. 354 del 1975, come risultante a seguito delle modifiche disposte dall'art. 3, comma 1, lett. d ed e, del d.l. n. 146 del 2013, hanno rimodulato l'area d'intervento del magistrato di sorveglianza, in parte rendendone più incisive le decisioni, in parte semplificandone le forme di adozione. In particolare, il 'nuovo' comma 4 ha prefigurato che il magistrato di sorveglianza, *"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, oltre che la liberazione del condannato, l'applicazione provvisoria della misura alternativa in questione, con provvedimento che *"conserva efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, cui il magistrato trasmette immediatamente gli atti"* e che deve decidere *"entro sessanta giorni"*. In tal modo, rispetto alla previgente disciplina, si introduce il potere del magistrato di sorveglianza di disporre l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova, si allungano i termini fissati al tribunale di sorveglianza per provvedere da quarantacinque a sessanta giorni, e si elimina il divieto di accordare altra sospensione (con conseguente ipotizzabilità di nuova concessione provvisoria del beneficio) in caso di rigetto dell'istanza di concessione della misura alternativa in questione. Il 'nuovo' comma 8, invece, in aggiunta all'originaria previsione, secondo cui ogni potere in tema di modifica delle prescrizioni dettate in sede di ammissione all'affidamento in prova è riservato al magistrato di sorveglianza, dispone che questi, *"nei casi di urgenza"*, e *"su proposta del direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna"*, può disporre *"deroghe temporanee alle prescrizioni ... anche in forma orale"*.

Il regime delle modalità di controllo nell'esecuzione della misura alternativa della detenzione domiciliare è stato modificato sopprimendo il comma 4 bis dell'art. 47 ter della legge n. 354 del 1975 ed introducendo un 'nuovo' art. 58 quinquies al medesimo testo normativo, per effetto di quanto previsto, rispettivamente, dalla lett. f) e dalla lett. h) dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 146 del 2013. Con questi interventi, il legislatore ha attribuito il potere di prescrivere l'applicazione di *"procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici"*, ove sia disposta la misura della detenzione domiciliare, anche al magistrato di sorveglianza, oltre che al tribunale di sorveglianza (come più limitatamente previsto dalla precedente disciplina), ed anche *"nel corso dell'esecuzione della misura"* (non più solo, quindi nel momento genetico). Alla luce delle modalità di intervento normativo, che ha 'spostato' la disciplina delle procedure di controllo 'tecnico'

dall'art. 47 della legge n. 354 del 1975, relativa alla detenzione domiciliare "tout court", al 'nuovo' art. 58 quinquies del medesimo testo normativo quale ultima disposizione del Capo VI del Titolo I della legge, rubricato "misure alternative alla detenzione e remissione del debito", appare inoltre possibile ipotizzare che queste misure di sorveglianza possano essere adottate anche nel caso in cui sia disposta la (diversa) misura della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47 quinquies legge n. 354 del 1975. Sembra, peraltro, che la imposizione delle riferite modalità di controllo non sia prevista negli stessi termini di 'ordinarietà' come per il caso di indagato o imputato sottoposto agli arresti domiciliari: invero, per un verso, il 'nuovo' art. 58 quater si limita a stabilire che le autorità giudiziarie competenti "*possono prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici*", senza ricorrere ad espressioni stringenti come quelle impiegate per modificare l'art. 275 bis cod. proc. pen.; per altro verso, il richiamo dal medesimo art. 58 quater alle disposizioni di cui all'art. 275 bis cod. proc. pen. è compiuto alle stesse "*in quanto compatibili*", e può essere letto avendo riguardo agli altri precetti che quest'ultimo contiene (in particolare, a quelli relativi all'accettazione da parte dell'interessato all'uso degli indicati strumenti di controllo). In ogni caso, l'applicabilità della disciplina in ordine alle descritte modalità tecniche di controllo è differita, a norma del comma 2 dell'art. 3, così come stabilito relativamente alla misura degli arresti domiciliari, al giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge di conversione del decreto.

La distribuzione dei poteri tra magistrato di sorveglianza e tribunale di sorveglianza in materia di misure alternative alla detenzione, ancora, è stata rideterminata dalla lett. g) dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 146 del 2013, in relazione all'ipotesi in cui nel corso dell'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, detenzione domiciliare speciale, semilibertà) sopravvenga un titolo di esecuzione di altra pena detentiva attraverso la modifica dell'art. 51 bis della legge n. 354 del 1975, aumentando il tasso di stabilità delle decisioni dell'organo monocratico. In dettaglio, mentre la disciplina previgente prevedeva che, sussistendone i presupposti, il magistrato di sorveglianza poteva disporre la prosecuzione provvisoria della misura in corso, ma doveva comunque trasmettere gli atti al tribunale di sorveglianza che, entro venti giorni, assumeva la decisione definitiva, la nuova disciplina stabilisce che la pronuncia del magistrato di sorveglianza è essa stessa definitiva, salvo reclamo di uno dei soggetti interessati (condannato, difensore o pubblico ministero).

Infine, la misura dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai diciotto mesi è stata stabilizzata dall'art. 5 del d.l. n. 146 del 2013, in quanto, ferma restando la sua disciplina, è stato eliminato l'inciso iniziale dell'art. 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, e successive modificazioni, che la aveva introdotta in via provvisoria prevedendone l'applicabilità, in ogni caso, *"non oltre il 31 dicembre 2013"*.

C) Liberazione anticipata

Relativamente alla liberazione anticipata, l'art. 4 del d.l. n. 146 del 2013 ha dettato nuovi e più favorevoli criteri di computo della detrazione di pena concedibile ai fini della liberazione anticipata di cui all'art. 54 della legge n. 354 del 1975, prevedendone però l'applicazione per un periodo di tempo circoscritto.

Nello specifico, si stabilisce che la detrazione di pena è pari a settantacinque – e non più a quarantacinque – giorni per ogni singolo semestre di pena scontata; tale più ampia detrazione, tuttavia, opera solo per il periodo dei due anni successivi alla data di entrata in vigore del decreto legge, nonché per i condannati che abbiano già usufruito della liberazione anticipata a decorrere dall'1 gennaio 2010. Con riferimento al biennio appena iniziato, la valutazione dovrà essere autonomamente valutata per ciascun semestre, secondo i presupposti previsti in linea generale dal legislatore per l'applicazione dell'istituto, e cioè l'aver, nel periodo considerato, *"dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione"*; con riferimento ai semestri precedenti, gli ulteriori trenta giorni non saranno riconosciuti solo per effetto della già effettuata (positiva) valutazione, ma sempre che nel corso dell'esecuzione successiva alla concessione del beneficio (avvenuta nei limiti di quarantacinque giorni per semestre) il condannato abbia *"continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione"*, e, quindi, in conseguenza di una nuova valutazione del giudice. In ogni caso, poi, per operare un bilanciamento tra l'esigenza di diminuire la popolazione carceraria e quelle di sicurezza della collettività in relazione agli autori di reati di elevato allarme sociale, la concessione della detrazione di settantacinque giorni per semestre, quando si riferisca ai condannati per i reati di cui all'art. 4 bis della legge n. 354 del 1975, potrà essere concessa solo se detti soggetti *"abbiano dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità"*, non essendo sufficiente che gli stessi abbiano dato dimostrazione, più limitatamente, *"di partecipazione all'opera di rieducazione"*. Tali nuovi criteri di computo, tuttavia, non troveranno applicazione con riferimento *"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”.

Un punto potenzialmente ‘critico’ è quello dei confini temporali fissati ai fini dell’applicabilità di tale misura, posto che la detrazione di settantacinque, invece che di quarantacinque, giorni, sarà computabile solo per i periodi di detenzione compresi tra il 1° gennaio 2010 (o comunque per i semestri ricomprensivi anche questo giorno) ed il 24 dicembre 2015, ma non anche per i periodi precedenti o successivi. Una possibile spiegazione di tale delimitazione temporale, peraltro, può rinvenirsi nella Relazione al disegno di legge di conversione del decreto, secondo la quale *“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”.*

D) Espulsione

In materia di espulsione di cittadini extracomunitari, l’art. 6 del d.l. n. 146 del 2013 ha esteso l’ambito di applicazione della misura e previsto una più sollecita procedura per l’identificazione dei detenuti, nonché una più ‘garantita’ procedura di espulsione.

Sotto il primo profilo, il ‘nuovo’ art. 5 introduce due deroghe al divieto di espulsione di cittadini extracomunitari che devono scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, previsto dall’art. 16 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per i casi in cui la condanna riguardi i reati previsti dall’art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. o i delitti previsti dal medesimo d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Da un lato, infatti, si è stabilito che il divieto non opera se i reati previsti dall’art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. sono quelli consumati o tentati di rapina aggravata ex art. 628, terzo comma, cod. pen., o di estorsione aggravata ex art. 629, secondo comma, cod. pen. Dall’altro, si è contemplato che l’espulsione è disposta, ovviamente previo scioglimento del cumulo, anche in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti relative in parte a reati ostativi, quando è stata espiata la pena riguardante questi ultimi.

Con riguardo agli altri aspetti, i 'nuovi' commi 5 bis e 5 ter prevedono un'anticipazione dell'attività diretta all'identificazione del soggetto sin dal momento del suo ingresso in carcere e la raccolta delle relative informazioni nella cartella personale del detenuto, al fine di eliminare o ridurre i tempi di trattenimento del cittadino extracomunitario nei centri di identificazione ed espulsione (CIE), mentre il 'nuovo' comma 6, prevede che il decreto motivato di espulsione, adottato dal magistrato di sorveglianza ed impugnabile mediante opposizione davanti al tribunale di sorveglianza, è comunicato non più solo allo straniero, ma anche al suo difensore ed al pubblico ministero, ed ancora che, se il destinatario del provvedimento è privo di difensore di fiducia, il magistrato di sorveglianza provvede alla nomina di un difensore di ufficio.

3. Le modifiche in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di procedimento di sorveglianza.

Le misure contenute negli artt. 1, comma 1, lett. b) e c), 3, comma 1, lett. a), b) e i), e 7 del d.l. n. 146 del 2013 sono complessivamente rivolte, direttamente o indirettamente, a rendere maggiormente 'effettiva' la tutela delle persone detenute o comunque sottoposte a misure restrittive della libertà personale. In particolare, le prime sono costituite dalla rideterminazione delle Autorità destinatarie del reclamo cd. 'generico', dalla introduzione dell'istituto del reclamo giurisdizionale, e dalla istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale; le seconde, invece, consistono nella differenziazione delle forme di svolgimento del procedimento di sorveglianza, riservando quella del contraddittorio necessario alle materie più direttamente incidenti sui diritti fondamentali, al fine di evitare un eccessivo dispendio di energie e risorse per vicende di secondario rilievo.

A) Reclamo cd. 'generico'

In particolare, l'art. 3, comma 1, lett. a) del d.l. n. 146 del 2013, ha integrato il novero di Autorità che possono essere destinatarie del reclamo cd. 'generico', aggiungendo al direttore dell'istituto, al Ministro della giustizia, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al presidente della giunta regionale, al magistrato di sorveglianza e al Capo dello Stato, anche il provveditore regionale, il Garante nazionale ed i garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti, ed ha provveduto ad un adeguamento terminologico per altre Autorità (le dizioni "ispettori" e "direttore generale per gli istituti di prevenzione e pena" sono state

sostituite da quelle di "direttore dell'ufficio ispettivo" e di "capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria").

Nell'ambito della disciplina del reclamo cd. 'generico', ed al fine di assicurarne una sua maggiore efficacia, deve essere collocata anche l'istituzione della figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, prevista dall'art. 7 del d.l. n. 146 del 2013. Si tratta di un organismo composto da tre persone, cui sono affidati, in particolare, i compiti 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). A tal fine, detta struttura collegiale è dotata, innanzitutto, di ampi poteri conoscitivi, godendo di piena facoltà di accesso a tutti i luoghi di esecuzione di pene o misure di sicurezza o comunque di misure privative della libertà personale (art. 7, comma 5, lett. b), e potendo prendere visione dei fascicoli relativi ai soggetti detenuti o privati della libertà personale, previo consenso dell'interessato (art. 7, comma 5, lett. c) e di tutte le informazioni e i documenti necessari in possesso delle amministrazioni responsabili delle strutture di detenzione, custodia o accoglienza, eventualmente chiedendo al magistrato di sorveglianza un ordine di esibizione (art. 7, comma 5, lett. d). La stessa, inoltre, e questo sembra essere il dato più rilevante, ha anche specifici poteri prescrittivi: il Garante nazionale "*formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354*", a fronte delle quali "*l'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni*" (art. 7, comma 5, lett. f). Dell'attività svolta, infine, l'organismo informa i Presidenti del Senato e della Camera dei deputati, nonché i Ministri dell'interno e della giustizia con una relazione annuale (art. 7, comma 5, lett. g).

Ancora in tema di reclamo cd. 'generico' sembra doversi ricondurre la modifica dell'art. 69, comma 5, legge n. 354 del 1975 operata dall'art. 3, comma 1, lett. 1, n. 1), del d.l. n. 146 del 2013, per effetto della quale è stato eliminato l'inciso che limitava il potere del magistrato di sorveglianza di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati solo "*nel corso del trattamento*".

B) Reclamo giurisdizionale

Le lett. b) ed i), n. 2), dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 146 del 2013, invece, introducono e disciplinano l'ambito di applicazione dell'istituto del reclamo giurisdizionale.

Specificamente, l'art. 3, comma 1, lett. i), n. 2), ha sostituito il comma 6 dell'art. 69 della legge n. 354 del 1975, prevedendo che il reclamo giurisdizionale, disciplinato dal 'nuovo' art. 35 bis della medesima legge, come introdotto dalla lett. b) del medesimo art. 3, comma 1, è esperibile con riguardo, da un lato, alla materia disciplinare e, dall'altro, all'inosservanza da parte della amministrazione di disposizioni della legge n. 354 del 1975 o del regolamento di esecuzione dalle quali derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.

In entrambi i casi, il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza, a norma del 'nuovo' art. 35 bis, comma 1, legge n. 354 del 1975, è strutturato secondo il modello di contraddittorio previsto dagli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. Peraltro, peculiarità sono previste con riferimento al coinvolgimento dell'amministrazione interessata, cui pure spetta l'avviso della data dell'udienza: invero, per effetto dell'ultima parte della medesima disposizione, l'amministrazione – che, come osserva la Relazione al disegno di legge di conversione, può essere anche quella regionale, ove si abbia riguardo alle sue competenze esclusive in materia sanitaria – *“ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste”*, e, quindi, sembra non debba essere necessariamente presente o rappresentata all'udienza. Le decisioni emesse all'esito del procedimento sono impugnabili con *“ricorso per cassazione per violazione di legge”*, entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito (art. 35 bis, comma 4, legge cit.).

Con specifico riferimento alla materia disciplinare, sono dettate le seguenti previsioni: il termine per proporre reclamo è di dieci giorni (art. 35 bis, comma 2); il magistrato di sorveglianza effettua un controllo di legittimità, salvo che siano state applicate le sanzioni dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni o della esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni, nei quali casi la valutazione giurisdizionale si estende anche al *“merito dei provvedimenti adottati”* (così il 'nuovo' art. 69, comma 6, lett. a); nel caso di accoglimento del reclamo, il provvedimento di irrogazione della sanzione è annullato (art. 35 bis, comma 3, primo periodo), e, quindi, sembra doversi ritenere, resta fermo il potere dell'amministrazione di riesercitare il potere disciplinare.

Per quanto attiene alla materia della violazione dei diritti dei detenuti, il presupposto della tutela giurisdizionale è che si accerti *“la sussistenza e l’attualità del pregiudizio”* (cfr. art. 35 bis, comma 3, secondo periodo), il quale anzi, a norma della nuova formulazione dell’art. 69, comma 6, lett. b), deve essere anche *“grave”*. In caso ricorra detto presupposto, e quindi il pregiudizio risulti tuttora perdurante, il magistrato di sorveglianza *“ordina all’amministrazione di porre rimedio”*.

Nel caso di provvedimenti non più impugnabili (la legge non distingue tra quelli in materia cautelare e quelli relativi alle violazioni dei diritti dei detenuti), l’interessato può chiedere l’ottemperanza al magistrato di sorveglianza, che deciderà all’esito di un procedimento in contraddittorio a norma degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen. e, in caso di accoglimento, potrà adottare provvedimenti molto simili a quelli previsti per il processo amministrativo dall’art. 112 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, eventualmente anche nominando un commissario *“ad acta”* e conoscendo degli atti di questo (cfr. il ‘nuovo’ art. 35 bis, commi 5, 6 e 7). Tra le specificità del procedimento di ottemperanza davanti al magistrato di sorveglianza, si segnalano l’esigenza di tener conto dei programmi attuativi predisposti dall’amministrazione, se compatibili con il soddisfacimento del diritto leso (art. 35 bis, comma 6, lett. a), e la predeterminazione nel limite massimo di 100 euro della somma di denaro dovuta dall’amministrazione per ciascun giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento (art. 35 bis, comma 6, lett. c). E’ espressamente prevista, infine, la possibilità di proporre, avverso tutti i provvedimenti emessi in sede di ottemperanza, *“ricorso per cassazione per violazione di legge”* (art. 35 bis, comma 8).

L’esame della nuova disciplina può indurre a dubitare delle possibili interazioni ed esigenze di coordinamento tra reclamo cd. ‘generico’ e reclamo giurisdizionale. Il problema, in concreto, potrebbe porsi in relazione alle determinazioni del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, allorché esso *“formula specifiche raccomandazioni all’amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell’ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell’art. 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354”*. Può peraltro rilevarsi che non appare ipotizzabile un conflitto ‘reale’, atteso che la legge non prevede un procedimento specificamente diretto a garantire l’adempimento di queste *“raccomandazioni”*, e che dette indicazioni, piuttosto, potrebbero concorrere ad ampliare la base conoscitiva del magistrato di sorveglianza investito con reclamo giurisdizionale, se intervenute in epoca precedente alla decisione su quest’ultimo.

Ad ogni modo, opportune soluzioni di coordinamento potrebbero essere individuate in sede di conversione del presente decreto legge.

C) Procedimento di sorveglianza

Infine, le lett. b) e c) dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 146 del 2013, rimodulano le forme procedurali del procedimento di sorveglianza, incidendo sull'art. 678 cod. proc. pen., sostituendone il comma 1 e introducendo un 'nuovo' comma 1 bis.

Specificamente, si riduce l'ambito di applicazione delle forme di contraddittorio necessario previste dall'art. 666 cod. proc. pen., e si ampliano quelle di contraddittorio differito disposte dall'art. 667, comma 4, cod. proc. pen. Invero, le prime sono riservate ai ricoveri previsti dall'art. 148 cod. pen., alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere (salvo il caso di dubbi sull'identità fisica della persona, nel qual caso si procede a norma dell'art. 667, comma 4, cod. proc. pen.); le seconde, sono contemplate per le *"materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione delle semidetenzione e della libertà controllata"*, di competenza del magistrato di sorveglianza, nonché per le *"materie relative alle richieste di riabilitazione ed alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche in casi particolari"*, di competenza del tribunale di sorveglianza. In questo modo, si è voluto limitare il modello dell'udienza in contraddittorio che precede la decisione alle vicende nelle quali vi è più diretta incidenza sui diritti fondamentali, ritenendosi invece sufficiente negli altri casi lo schema che prevede il ricorso alla procedura più garantita solo quando uno degli interessati (condannato, difensore, pubblico ministero) ne faccia richiesta mediante opposizione al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento.

Redattori: Antonio Corbo, Luca Pistorelli

Il vice direttore
Giorgio Fidelbo