

# La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza di Firenze

Maria Cristina FROSALI\*  
L'Altro Diritto, Università di Firenze

ABSTRACT: The aim of this paper is to determine whether or not prison rights are effectively protected. Starting from the formal recognition of the legal subjectivity of detainees, and after reviewing the key steps towards the introduction of judicial remedies, we will examine, from the introduction of the remedies to the end of 2019, the measures taken by the Surveillance Judges in Florence based on their appropriateness to respect the rights of prisoners. Finally, we will argue that the tendency of judges to prefer restrictive interpretations is, at the same time, the effect and cause of a legal culture not yet open for an adequate safeguarding of the dignity of prisoners

## 1. Introduzione

Il riconoscimento della soggettività giuridica delle persone detenute è il risultato di un lungo percorso che, a partire da una concezione di completa soggezione del detenuto al potere dell'autorità amministrativa, ha portato ad un graduale mutamento di paradigma, poi sfociato nella riforma penitenziaria del 1975 che, all'articolo 4 riconosce ai detenuti la possibilità di esercitare personalmente i “diritti loro derivanti dalla presente legge”. Tale riconoscimento è tuttavia rimasto per lungo tempo un'enunciazione astratta, perché non accompagnata dalla previsione di strumenti in grado di garantire ai reclusi una protezione effettiva dei loro diritti.

---

\* Contatto: Maria Cristina FROSALI | mariacristinafrosali@gmail.com



All'indomani dell'entrata in vigore della riforma, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive del detenuto era infatti affidata a strumenti privi delle minime garanzie giurisdizionali, che confluivano in provvedimenti inoppugnabili e sprovvisti di qualsiasi forza esecutiva nei confronti dell'amministrazione penitenziaria.

L'introduzione di strumenti di tutela dei diritti dei detenuti è un risultato che può dirsi conseguito solo in tempi recenti e solo come punto di approdo di un percorso lungo e travagliato che ha visto il contributo di numerosi protagonisti della scena giuridica. Di grande aiuto è stato il contesto sovranazionale, ed in particolare le attività degli organi del Consiglio d'Europa, con in primo piano l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo. È invero solo a seguito dell'*ultimatum* pronunciato dalla Corte di Strasburgo con la nota sentenza pilota Torreggiani<sup>1</sup> che il legislatore si è risolto ad introdurre dapprima lo strumento preposto a garantire una rapida cessazione della violazione di un diritto ex art. 35-*bis* O.P. e, in un secondo momento, anche il rimedio volto a risarcire i detenuti per i trattamenti inumani e degradanti subiti in passato ex art. 35-*ter* O.P.

Allo scopo di comprendere la reale portata innovativa degli strumenti di recente introduzione, si è abbinato lo studio della disciplina normativa con una analisi della prassi applicativa dei rimedi preventivo e compensativo nella giurisprudenza della locale Magistratura di Sorveglianza. Muovendo da una concezione del diritto come 'pratica sociale'<sup>2</sup>, si è ritenuto infatti indispensabile, al fine di comprendere la reale effettività della tutela dei diritti delle persone *in vinculis*, osservare il funzionamento dei rimedi nel momento della loro concreta applicazione. Se, come è stato acutamente osservato, "ricostruire il diritto sulla base dei soli documenti giuridici sarebbe come voler prevedere il movimento degli oggetti senza tener conto dell'attrito"<sup>3</sup>, potremmo dire di aver scelto di dedicare il presente contributo allo studio di tale 'attrito'.

---

<sup>1</sup> Torreggiani e altri c. Italia, (app. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013. Per un commento si vedano: A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis, Di Nicola, D. Ranalli, V. Ledri (2013) "Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 17(1), 49-82.

<sup>2</sup> E. Santoro (2020) [a cura di] *Diritto come questione sociale*, Torino, Giappichelli, pp. X-XVI.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. XV.



Tale ricerca, condotta in occasione del tirocinio formativo effettuato presso il Tribunale di Sorveglianza di Firenze nell’ambito dell’esperienza della Clinica Legale su “La protezione dei diritti delle persone in esecuzione penale”<sup>4</sup>, si basa su un’analisi dei provvedimenti estratti dal S.I.E.S. (Sistema Integrato Esecuzione Sorveglianza), la banca dati dei titoli esecutivi in cui è stato possibile reperire le ordinanze adottate dai Magistrati dell’Ufficio di Sorveglianza fiorentino fin dai primi mesi successivi alla introduzione dei rimedi nel 2014, fino al maggio 2019, data in cui si è concluso il periodo di monitoraggio<sup>5</sup>.

Ebbene, questa indagine, benché condotta sulle sole ordinanze emesse dai giudici dell’Ufficio di Sorveglianza di Firenze e quindi senza pretese di generalizzazione del fenomeno a livello nazionale, ci ha mostrato la sostanziale ineffettività di detti rimedi a rappresentare quegli strumenti attraverso i quali i diritti e la dignità dei detenuti possano trovare effettiva tutela. I giudici fiorentini, posti di fronte all’alternativa tra massimizzare o restringere l’ambito di applicazione di tali strumenti hanno sinora, e salvo rare eccezioni, privilegiato quest’ultima opzione, finendo così per vanificare i passi in avanti compiuti dal legislatore per adeguarsi alle pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo. Le scarse percentuali di accoglimenti dei ricorsi, l’irragionevole durata dei procedimenti, le decisioni standardizzate e spesso basate su uno scarso approfondimento del caso concreto, hanno frustrato le potenzialità di questi istituti che, sebbene non ottimali, con un diverso approccio applicativo, avrebbero potuto incidere positivamente nel percorso di costruzione di una cultura giuridica fondata sulla tutela dei diritti fondamentali e della dignità in carcere.

<sup>4</sup> Questa iniziativa, organizzata dal “Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni (ADIR)” in collaborazione con la Scuola di Giurisprudenza, è nata allo scopo di consentire agli studenti di sviluppare un approccio pratico da affiancare a quello teorico negli studi giuridici e sociali. Grazie al Protocollo d’intesa firmato il 28 marzo 2019 dal Capo del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP), da ADIR e Altro Diritto Onlus, gli studenti delle Scienze giuridiche degli atenei aderenti possono svolgere tirocini formativi all’interno degli istituti penitenziari e assistere i detenuti con informazioni giuridiche sui propri diritti. La Convenzione stipulata da Altro Diritto ONLUS e Centro con il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, offre agli studenti delle cliniche legali l’opportunità di affiancare i Magistrati di Sorveglianza nello svolgimento delle attività ordinarie dell’Ufficio, e in particolare nei procedimenti relativi alla protezione giurisdizionale dei diritti delle persone in esecuzione penale.

<sup>5</sup> Più nel dettaglio, il totale dei provvedimenti analizzati ammonta a 1.279, così ripartiti: 907 provvedimenti in materia di reclami compensativi e 372 provvedimenti in materia di reclami ex art. 35-*bis*.



Prima di procedere all'analisi del contenuto dei provvedimenti, è utile inquadrare il nuovo meccanismo di tutela alla luce dei dati relativi alla tipologia della popolazione detenuta che ha presentato le istanze e all'andamento di tali richieste nel quinquennio oggetto di analisi. Già dall'esame di questi elementi quantitativi emergono infatti alcune non trascurabili criticità in merito alla effettività della tutela offerta dagli strumenti di recente introduzione.

## 2. Il rimedio preventivo e quello compensativo

Il nuovo reclamo giurisdizionale, introdotto all'art. 35-*bis* O.P. con il Decreto legge 23 dicembre 2013 n. 146 recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” e convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n 10<sup>6</sup>, può essere utilizzato in due casi: per impugnare i provvedimenti disciplinari emessi dall'amministrazione penitenziaria (art. 69, co. 6 lett. a)) e per lamentare l'inosservanza, da parte dell'amministrazione, di “Disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” (art. 69, co. 6 lett. b)). Questa seconda ipotesi, che delinea l'ambito applicativo del ‘reclamo in materia di diritti’, rappresenta la vera novità dell'art. 35-*bis*. Se infatti, per impugnare i provvedimenti disciplinari esisteva già un procedimento che, seppur semplificato, poteva considerarsi ‘giurisdizionale’<sup>7</sup>, per tutte le altre posizioni giuridiche soggettive del detenuto – se si

---

<sup>6</sup> Si veda A. Della Bella (2014) “Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile al sito: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2744-un-nuovo-decreto-legge-sull-emergenza-carceri-un-secondo-passo-non-ancora-risolutivo-per-sconfiggere>.

<sup>7</sup> L'art. 14-*ter* O.P. introdotto dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663, nota come Legge Gozzini, per consentire all'interessato di proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza avverso un provvedimento che disponeva o prorogava il regime di sorveglianza particolare a norma dell'art. 14-*bis* O.P., veniva infatti richiamato dal comma 6 dell'art. 69 O.P. nella parte in cui indicava il procedimento che il Magistrato di sorveglianza avrebbe dovuto seguire nei reclami in materia di lavoro e di regime disciplinare. Il detenuto, entro dieci giorni dalla violazione della norma, doveva presentare istanza al Tribunale di sorveglianza, il quale era tenuto a decidere “con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del ricorso”; il procedimento vedeva la



escludono gli artt. 14-*ter* con riferimento al regime di sorveglianza speciale e l'art. 41-*bis* relativo al cosiddetto 'carcere duro' – il solo rimedio attivabile era il reclamo generico dell'art. 35 O.P., strumento privo dei requisiti minimi necessario affinché lo si potesse ritenere idoneo ad offrire ai reclusi una tutela effettiva dei loro diritti.

L'art. 35 O.P., rubricato 'Diritto di reclamo' si limita infatti a conferire al detenuto la facoltà di rivolgere "istanze o reclami, orali o scritti, anche in busta chiusa" ad una delle autorità elencate dalla disposizione, tra cui il Magistrato di sorveglianza. La decisione del giudice, assunta senza formalità e contraddittorio, si risolve in una sollecitazione priva di qualsiasi forza esecutiva nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, non reclamabile di fronte al Tribunale di sorveglianza e non impugnabile in Cassazione. Proprio l'assenza di garanzie procedurali e di un preciso obbligo giuridico dell'amministrazione penitenziaria di conformarsi alla decisione del giudice aveva portato la Consulta, con la storica sentenza n. 26 del 1999<sup>8</sup>, a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 O.P., nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale "nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale". La Corte affermava così l'esigenza costituzionale di tutela delle persone detenute, alle quali doveva essere riconosciuto il diritto di agire in un procedimento avente carattere giurisdizionale e, al contempo, sollecitava il legislatore ad intervenire per colmare il vuoto normativo che scaturiva dalla declaratoria di illegittimità costituzionale.

È solo con l'introduzione dell'art. 35-*bis* O.P. che il legislatore, a distanza di oltre quindici anni, colma la lacuna messa in luce dalla pronuncia della Corte Costituzionale. Nelle more di un intervento del legislatore, è stata in particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con gli strumenti dell'interpretazione sistematica, a dare concretezza alle garanzie giurisdizionali utilizzabili nel corso dell'esecuzione penale. Con la sentenza n. 25079 del 2003 le Sezioni Unite avevano individuato il mezzo di tutela giurisdizionale contro

---

partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero, mentre l'interessato e l'amministrazione avevano la facoltà di presentare memorie. L'art. 14-*ter* O.P. si concludeva con un rinvio alla disciplina del procedimento di sorveglianza contenuta nel Capo II-*bis* del Titolo II dell'ordinamento penitenziario, "per quanto non diversamente disposto" (art. 14-*ter*, comma 4 O.P.). L'ordinanza conclusiva del procedimento era quindi ricorribile per Cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

<sup>8</sup> Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro Amm.* 2000, 1185.



la lesione delle posizioni giuridiche del detenuto, nell'art. 14-ter O.P., che disciplina il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare. Scrive la Corte in questa decisione:

Se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela designato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi – proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni giuridiche fatte valere – a quello di cui all'art. 14-ter e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materia indicate dalla prima di tali disposizioni<sup>9</sup>.

La soluzione individuata dalla giurisprudenza di legittimità, successivamente avallata dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 266 del 2009, è stata tuttavia percorsa “raramente e con molta cautela”<sup>10</sup> dalla Magistratura di sorveglianza. Di fatto accadeva che gli organi di sorveglianza, pur trovandosi di fronte a situazioni pienamente lesive dei diritti dei detenuti, non ordinassero all'amministrazione penitenziaria di porre fine alla violazione. Parallelamente quest'ultima continuava a considerare non vincolanti i pochi ordini impartiti dai Magistrati di sorveglianza<sup>11</sup>. La ritrosia della Magistratura di sorveglianza nell'accettare senza riserve il ruolo di garante dei diritti dei detenuti<sup>12</sup>, la reticenza dell'amministrazione penitenziaria a conformarsi alle decisioni degli organi di sorveglianza e la contestuale prolungata inerzia del legislatore, hanno per lungo tempo ostacolato la formazione di una cultura giuridica fondata sulla centralità della tutela della persona detenuta e della sua dignità. In questo contesto, l'introduzione del reclamo giurisdizionale all'art. 35-bis O.P. segna, senza

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 445, §17.

<sup>10</sup> E. Santoro (2015) “Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo: [https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1421743146SANTORO\\_2015a.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1421743146SANTORO_2015a.pdf).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> G. Caputo, S. Ciuffoletti (2017) “Marriage Italian Style. A decryption of Italy and ECtHR's relationship concerning prisoners' right”, in G. Cliquennois, H. de Suremain (a cura di) *Monitoring penal policies in Europe*, Londra, Routledge, pp. 73-87.



alcun dubbio, una tappa decisiva del percorso di ‘giurisdizionalizzazione’ della fase dell’esecuzione penale.

L’art. 35-ter O.P., invece, ripartisce tra il Magistrato di sorveglianza e il giudice civile il compito di risarcire il detenuto nel caso in cui abbia subito un trattamento inumano e degradante. L’organo di sorveglianza ha il potere di disporre una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali l’istante ha subito il pregiudizio. Nel caso in cui la pena da scontare non sia tale da consentire un integrale risarcimento mediante la riduzione della detenzione, il Magistrato di sorveglianza, per il periodo eccedente, liquida una somma pari ad otto euro per ogni giorno in cui il ricorrente ha subito il pregiudizio. Il rimedio è solo pecuniario se il pregiudizio si è protratto per meno di quindici giorni (art. 35-ter, co. 2), nei casi in cui sia stato subito in stato di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare e, infine, qualora il detenuto sia stato scarcerato. In queste due ultime ipotesi, tuttavia, la competenza non è del Magistrato di sorveglianza bensì del giudice civile.

La scelta del legislatore di compensare i periodi di trattamento inumano e degradante in via prevalente con una riduzione della pena, appare in linea con la giurisprudenza europea, poiché consente, al contempo, di tutelare i diritti dei detenuti e di decongestionare il sistema carcerario. Oggetto di forti critiche da parte della dottrina è stato, invece, il *quantum* del ristoro, giudicato, dai più, troppo esiguo per essere ritenuto soddisfacente. Glauco Giostra ha fatto notare la scarsa comprensibilità della scelta del legislatore di condonare al detenuto, a titolo di liberazione anticipata, 45 giorni di pena ogni 180 in cui abbia dato prova di meritevole partecipazione all’opera rieducativa, per poi ridurre lo sconto di pena ad un giorno ogni 10, quando il ricorrente abbia subito un trattamento inumano e degradante<sup>13</sup>. Lo stesso vale per l’entità della compensazione economica<sup>14</sup>, che appare del tutto insoddisfacente,

<sup>13</sup> F. Della Casa, G. Giostra (2015) [a cura di], *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam. In particolare, a p. 416, Giostra osserva come il criterio di commisurazione del danno per i meriti del detenuto sia quasi nel rapporto di 1 (riduzione) a 2 (pena espiata), laddove quello per i demeriti dello Stato sia di 1 a 10.

<sup>14</sup> R. Braccialini (2015) “Art. 35-ter, 3, Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?”, *Questione Giustizia*, consultabile al sito: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/art\\_35-ter\\_3-ordinamento-penitenziario\\_risarcimento-o-tassa-fissa\\_\\_11-03-2015.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/art_35-ter_3-ordinamento-penitenziario_risarcimento-o-tassa-fissa__11-03-2015.php), dove si mette in evidenza che i lavori preparatori e parlamentari di conversione del D.L. 92 e, in particolare, dalla relazione di maggioranza predisposta dall’On. David Ermini mostravano come gli 8 euro fossero “il frutto di un doppio passaggio matematico: in primo luogo,



soprattutto se rapportata al criterio di ragguaglio tra le pene pecuniarie e le pene detentive individuato dall'art. 135 c.p. che fissa il rapporto in 250 euro di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva<sup>15</sup>. L'esiguità del ristoro economico si coglie anche in riferimento ai compensi previsti dalla Corte europea ai ricorrenti nel caso Torreggiani: benché non si conosca nel dettaglio il criterio utilizzato dai giudici di Strasburgo per determinare il compenso, la media dei ristori economici accordati in questa sentenza è di 20 € per ogni giorno trascorso in condizioni detentive inumane o degradanti.

Ma, al di là della esiguità del ristoro, ciò che più appare discutibile è la scelta del legislatore di prevedere un criterio fisso di commisurazione del danno, senza lasciare al giudice lo spazio per parametrare l'entità del compenso all'effettivo pregiudizio subito dal ricorrente. Tale disciplina contrasta con l'art. 3 della Costituzione<sup>16</sup>, poiché impone al giudice di trattare in modo uniforme situazioni detentive diverse, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo<sup>17</sup>. La scelta di individuare un compenso fisso e invariabile per risarcire la lesione di un bene così difficilmente quantificabile come quello della dignità dell'uomo, suscita ancora più dubbi dal momento che tale compenso è denominato 'risarcimento'<sup>18</sup>. Il risarcimento del danno non patrimoniale ha, infatti, come corollario il principio della personalizzazione del risarcimento, che implica il dovere del giudice di procedere alla

---

è stata esaminata la media dei ristori ritenuti congrui dalla Corte, e si parla infatti di 20 euro al giorno; secondariamente, su tale dato giornaliero è stata applicata la percentuale del 45%, che in passato era stata ritenuta dalla Corte EDU una percentuale congrua per l'indennizzo delle richieste risarcitorie per ingiustificata durata del processo”.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> M. Passione (2017) “35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema”, *Giurisprudenza Penale Web*, 3, 1-36, consultabile all'indirizzo: [https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/Passione\\_gp\\_2017\\_3.pdf](https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/03/Passione_gp_2017_3.pdf).

<sup>17</sup> D. Galliani (2018) “Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.”, *Diritto penale contemporaneo*, 12, 73-112. Secondo l'autore, la fissità dei rimedi è di dubbia costituzionalità per tre motivi: il rimedio fisso non consente di prendere in considerazione la situazione concreta in cui si trova la persona; non permette di considerare il fatto che il ricorrente lamenti non un solo pregiudizio ma più di uno; infine, la fissità del rimedio non valuta lo scopo rieducativo della pena in quanto “detenere una persona in condizioni inumane e degradanti significa stoppare il programma trattamentale; di conseguenza, essendo il programma un progetto di sviluppo della personalità, ogni interruzione merita di essere valutata (almeno) a seconda di quando è avvenuta e dei riflessi, specifici e generali, sull'intero progetto trattamentale”.

<sup>18</sup> Braccialini (2015), cit., p. 9.



integrale riparazione del danno secondo gli schemi civilistici e, in particolare, sulla base dell'effettivo pregiudizio soggettivamente subito dalla vittima; principio che, dunque, esclude ogni meccanismo semplificato di liquidazione automatica<sup>19</sup>. Non si comprende, allora, perché ciò non possa valere anche in materia di risarcimento del danno da violazione dell'art. 3 della CEDU per le condizioni detentive<sup>20</sup>. Per ovviare a tali interrogativi, alcuni autori<sup>21</sup> hanno sostenuto la natura indennitaria del rimedio ritenendo che la norma, al di là della terminologia utilizzata, non intendesse risarcire in senso tecnico il danno subito dal detenuto, limitandosi a prevedere un indennizzo forfettario per il fatto di aver subito una detenzione inumana e degradante. Trasformando il risarcimento in mero indennizzo verrebbe meno il necessario rispetto dei principi di integralità e personalizzazione del ristoro e i dubbi di legittimità costituzionale della norma potrebbero essere agilmente superati riconoscendo all'indennizzo natura additiva rispetto ai rimedi ordinari esperibili di fronte al giudice civile (art. 2043 c.c.).

Questa tesi, pur prestandosi ad alcune obiezioni<sup>22</sup>, è stata condivisa dagli organi di sorveglianza e avallata dalla Corte di Cassazione, sia in sede penale che, di recente, anche in sede civile<sup>23</sup>. Secondo le Sezioni Unite civili, il legislatore si sarebbe mosso in una logica di forfetizzazione della liquidazione, scegliendo la via dell'indennizzo “al fine di contenere i

<sup>19</sup> Cass. civ. sez. lav., 17 dicembre 2014, n. 26590 in *Giustizia Civile Massimario*, 2014.

<sup>20</sup> Braccialini (2015), cit. pp. 8 e ss.

<sup>21</sup> G. Giostra (2014) “Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.”, *Diritto Penale Contemporaneo*, consultabile all'indirizzo: [https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422248407GIOSTRA\\_2015.pdf](https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1422248407GIOSTRA_2015.pdf). L'autore ritiene “impropria la qualificazione di ‘risarcimento’, fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art.35-ter O.P., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia, impregiudicato restando il diritto dell'interessato di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni causati da tale inammissibile forma di detenzione”.

<sup>22</sup> Passione (2017), cit., pp. 10 e ss. L'autore osserva come in realtà la norma parli chiaramente di ‘risarcimento’ e non di ‘indennizzo’; dall'altro lato si è obiettato che il meccanismo in virtù del quale il detenuto potrebbe rivolgersi al giudice civile, una volta finito di espiare la pena, per chiedere l'integrazione per il maggior danno subito, oltre a rendere tardiva la riparazione per il pregiudizio, sarebbe inefficace in considerazione della difficoltà di provare fatti avvenuti ad una così lunga distanza di tempo.

<sup>23</sup> Corte Cass. civ., sez. un., 08 maggio 2018, n. 11018, in *Guida al diritto* 2018, 23, 22, §52 e ss. Cfr. anche C. Cattaneo (2018) “Le sezioni unite civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, O.P. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 6, 245-251.



costi, semplificare il meccanismo di calcolo e ridurre le variabili applicative”<sup>24</sup>. Sarebbe stato tuttavia più opportuno – e conforme alla Carta costituzionale e alla CEDU – prevedere una forbice entro la quale il giudice potesse muoversi liberamente per poter commisurare il risarcimento al caso concreto. Fissare il corrispettivo della lesione della dignità umana in un parametro non modulabile a seconda dell’età, della situazione fisica, della vulnerabilità di ciascuno, vuol dire ritenere che una persona non sia diversa da un’altra, vuol dire rifiutarsi di vedere che dentro alle celle non ci sono solo dei corpi ma, prima di tutto, degli esseri umani.

### 3. Tipologia e composizione degli istanti

Quanto alla provenienza delle istanze, il 56% di esse proviene dalla Casa Circondariale di Prato e il 36% da Firenze Sollicciano<sup>25</sup>. Dai dati raccolti si desume come i principali ‘fruitori’ degli strumenti di tutela siano i detenuti di origine italiana.

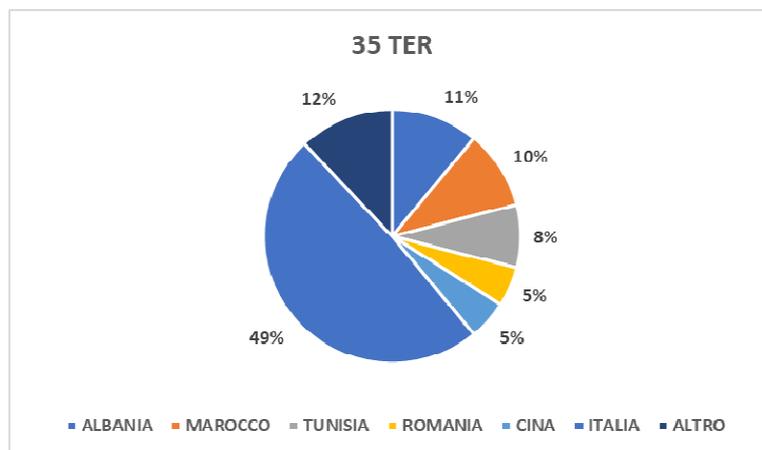


Figura 1 – Provenienza ricorrenti ex art. 35-ter

In particolare, per quanto riguarda le decisioni in materia di rimedio compensativo (art. 35-ter O.P.), i ricorrenti italiani occupano il 49% del totale dei provvedimenti, seguiti dagli istanti di

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., 08/05/2018, n. 11018, cit., §52.

<sup>25</sup> L’Ufficio di sorveglianza di Firenze ha competenza sul circondario dei Tribunali ordinari di Firenze, Arezzo, Prato e Pistoia e sugli istituti di pena di Firenze Sollicciano, Firenze Gozzini, Montelupo Fiorentino, Empoli, Prato, Pistoia, Arezzo.

origine albanese (11,35%) e marocchina (10,25%). Al quarto posto figurano poi i ricorrenti di origine tunisina (7,49%). Il 4,6% delle istanze è invece presentata da detenuti provenienti dalla Cina.

La prevalenza dei ricorrenti di origine italiana è ancora più netta tra la popolazione detenuta che ha presentato istanza ex art. 35-*bis* O.P., attestandosi intorno al 65% del totale delle richieste.

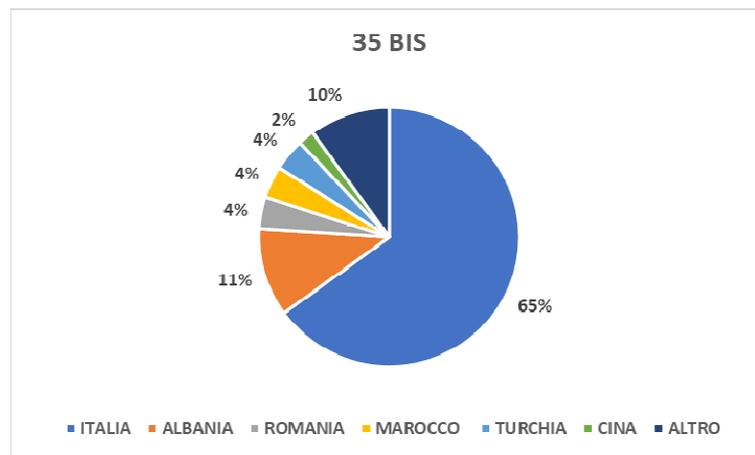


Figura 2 – Provenienza ricorrenti ex art. 35-*bis*

Le basse percentuali dei detenuti stranieri tra gli utenti dei ricorsi certificano un primo importante limite nel funzionamento di tali strumenti, se si considera che sia nel carcere di Prato che in quello di Firenze Sollicciano, i detenuti italiani sono presenti in numero inferiore rispetto agli stranieri<sup>26</sup>. Si prenda ad esempio il caso delle istanze ex art. 35-*ter* provenienti da ricorrenti che lamentano di aver subito un pregiudizio nel carcere di Firenze Sollicciano<sup>27</sup>: il

<sup>26</sup> Sul sito del Ministero della Giustizia, nella sezione Statistiche, consultabile all’indirizzo: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_14.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page), sono disponibili le statistiche sui “Detenuti italiani e stranieri presenti e capienze per istituto” aggiornate al 31 dicembre di ogni anno. Quanto al carcere di Prato emerge che la percentuale degli stranieri si è sempre aggirata intorno al 55- 56% a partire dal 2014 fino ad oggi. Quanto al carcere di Firenze Sollicciano, i detenuti stranieri rappresentano il 66% del totale della popolazione detenuta.

<sup>27</sup> A ben vedere, dalla lettura delle ordinanze non è sempre desumibile l’Istituto penitenziario in cui il ricorrente lamenta di aver subito un trattamento inumano e degradante. Quando il procedimento si conclude con una decisione di rito, nella maggior parte dei casi nel testo dell’ordinanza il giudice non allude né ai motivi di reclamo né al carcere a cui si riferisce l’asserita violazione. La presente analisi è quindi circoscritta alle

45% di queste provengono da cittadini italiani, nonostante la loro presenza minoritaria in carcere. Tra il 2014 e il 2019 la percentuale dei detenuti italiani a Sollicciano si è stabilita, in media, intorno al 34% a fronte del 66% dei detenuti stranieri. Rapportando questi due dati risulta che 6 italiani su 10 hanno presentato il reclamo, mentre su 10 detenuti stranieri solo 4 hanno rivolto al Magistrato di Sorveglianza una richiesta compensativa<sup>28</sup>.

Dal momento che le persone ristrette in uno stesso carcere condividono le medesime condizioni detentive, il divario sopra descritto non può essere imputato ad un minor bisogno di tutela dei detenuti di origine straniera, ma è dovuto, con ogni probabilità, ad una maggiore difficoltà degli stranieri nell'accesso al rimedio: la limitata conoscenza della lingua italiana, la conseguente scarsa comprensione delle regole del sistema e le difficoltà nell'accesso alla difesa, rappresentano ostacoli concreti alla presentazione delle istanze. Tale situazione collide con il principio di uguaglianza che ha la sua fonte più alta nell'art. 3 Cost., ma che trova un'ampia esplicitazione nell'art. 1 O.P., il quale, nella parte in cui afferma che il "trattamento penitenziario è improntato ad assoluta imparzialità", impone allo Stato di intraprendere azioni positive volte ad eliminare eventuali disparità di trattamento tra i detenuti. Lo stesso articolo, così come riscritto dalla riforma del 2018, prevede inoltre che il trattamento debba conformarsi a "modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione". Il primo passo per perseguire un modello di integrazione dovrebbe essere proprio quello di offrire agli stranieri gli strumenti necessari per divenire consapevoli dei propri diritti e delle modalità per tutelarli di fronte al giudice<sup>29</sup>.

### 3. Andamento delle richieste di tutela nel tempo

---

ordinanze da cui è possibile desumere tale informazione. Nel 46% di essi, il reclamo ha avuto ad oggetto la detenzione subita nella Casa circondariale di Sollicciano.

<sup>28</sup> Nello specifico, infatti, il 45% delle istanze presentate dai detenuti italiani deve essere rapportato alla incidenza della presenza degli stessi nell'Istituto penitenziario in analisi (34,2%). A *contrariis* il 55% delle istanze presentate dagli stranieri deve essere valutato alla luce del 65,8% relativo alla loro presenza.

<sup>29</sup> P. Gonnella (2019) "La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP", in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, pp. 3-14.



Per quanto riguarda l’andamento del numero delle istanze di tutela preventiva e compensativa rivolte all’organo di sorveglianza, dai grafici sotto illustrati si nota come, a seguito di una crescita esponenziale del numero dei ricorsi nei primi mesi di vigenza dei rimedi, questi abbiano poi subito un drastico ed inesorabile calo. Più della metà (53,8%) del totale delle richieste compensative presentate nei cinque anni oggetto di analisi, è stata proposta nel corso del primo anno di applicazione dell’istituto. L’anno successivo la percentuale è scesa al 20,8% per poi diminuire repentinamente fino ad attestarsi, nel 2018, ad appena il 5,8 % delle istanze totali.

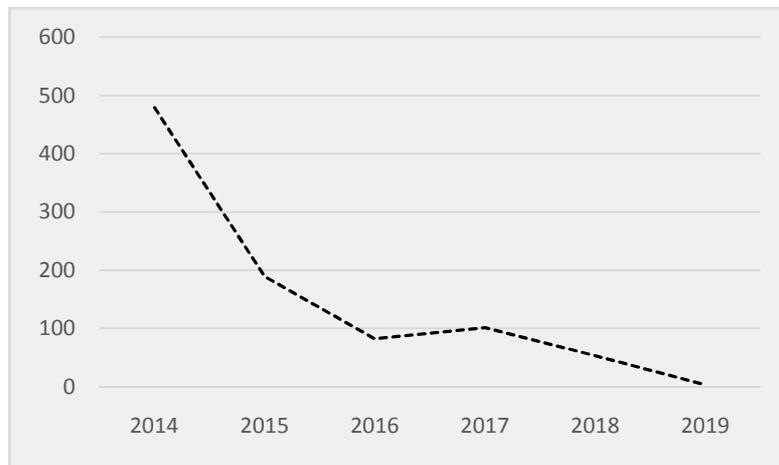


Figura 3 – Andamento statistico richieste di tutela ex art. 35-ter

Lo stesso vale per i reclami ex art. 35-bis: nel corso del 2015 la cancelleria ha registrato il 54% del totale dei reclami presentati nei cinque anni oggetto di analisi. Nei due anni successivi la percentuale è calata al 14,5% e nel 2018 è ulteriormente scesa fino a raggiungere il 13%. I dati raccolti dal gennaio al maggio 2019 non fanno sperare in una variazione del *trend*, dal momento che, in questi mesi, sono state registrate solo 7 istanze.

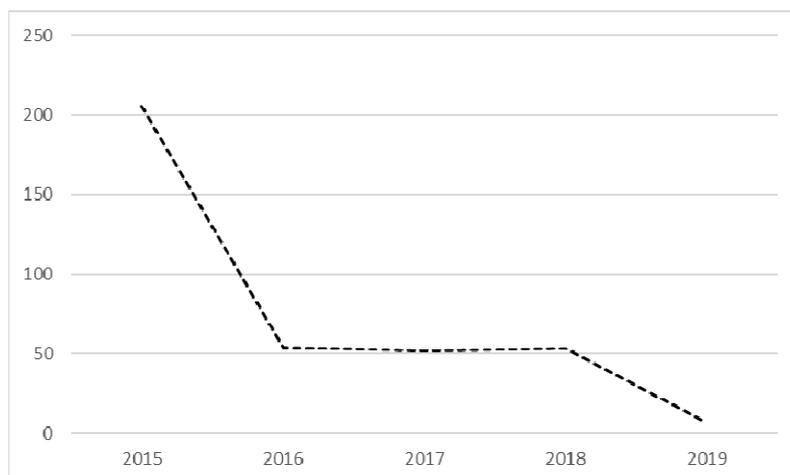


Figura 4 – Andamento statistico richieste di tutela ex art. 35-bis

Dovendo, purtroppo, escludere che una così repentina diminuzione delle istanze di tutela sia ascrivibile ad un miglioramento delle condizioni detentive all'interno degli istituti penitenziari, sembra piuttosto che questo andamento sia indice di una crescente sfiducia dei detenuti rispetto all'utilità pratica dei ricorsi e alla effettività della tutela da essi apprestata. A tale sfiducia hanno probabilmente contribuito, da un lato, i lunghi tempi di attesa per la conclusione dei procedimenti e, dall'altro, la scarsità delle pronunce di accoglimento a cui i ricorsi sono andati incontro.

Riservandoci di analizzare più nel dettaglio gli esiti dei procedimenti, distinguendoli in ragione della tipologia del ricorso e del contenuto dell'istanza, è sufficiente in questa sede notare come, nel complesso, gli accoglimenti rappresentino la percentuale più bassa del totale delle pronunce dei giudici di sorveglianza: solo il 16% delle istanze di tutela preventiva è andata incontro ad una pronuncia di accoglimento<sup>30</sup>, laddove in materia di rimedio compensativo i provvedimenti di accoglimento rappresentano il 22% del totale (tra questi, nel 96% dei casi si tratta tuttavia di accoglimenti parziali).

<sup>30</sup> Seguiti dalle pronunce di non luogo a procedere (17%), dalle declaratorie di inammissibilità (24%) e dalle decisioni di rigetto (43%).

Quanto poi al periodo di tempo necessario per giungere alla conclusione del procedimento, alla luce dei dati raccolti risulta che, tra la data di arrivo in cancelleria delle istanze e la decisione, trascorrono in media 234 giorni (con punte di 865 e addirittura 1284 giorni) per le istanze ex art. 35-ter e 142 giorni (con punte di 431 e 1118 giorni) per le istanze ex art. 35-bis. Un così esteso lasso temporale rischia di vanificare l'efficacia della tutela, soprattutto quella 'preventiva' che, proprio perché consente al Magistrato di sorveglianza di interrompere una violazione in atto, postula una certa prontezza di intervento da parte del giudice. Si prenda ad esempio l'ipotesi del reclamo ex art. 35-bis O.P. avverso una sanzione disciplinare: considerando che il provvedimento disciplinare più duraturo consiste nell'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni (art. 39 O.P.), una decisione adottata a distanza di oltre cento giorni dal ricorso interviene in un momento in cui il provvedimento disciplinare è già stato integralmente eseguito. In casi come questo, dunque, la decisione del giudice non è più in grado di assolvere alla sua funzione principale, non potendo assicurare una rapida cessazione dell'eventuale violazione del diritto del detenuto.

Le scarse percentuali di accoglimenti, l'irragionevole durata dei procedimenti, uniti alla difficoltà di accesso alla tutela da parte dei detenuti stranieri, contribuirebbero a nostro avviso a spiegare il costante calo delle richieste nel tempo e la crescente sfiducia dei ristretti nell'utilità del ricorso. Sfiducia che, come vedremo, trova giustificazione e conferma nel *modus decidendi* dei giudici, i quali, posti dinanzi all'alternativa tra massimizzare o restringere l'ambito della tutela hanno finora privilegiato questa seconda opzione.

#### 4. Il rimedio preventivo: dalla teoria alla prassi

La disciplina del rimedio preventivo, pur muovendosi in una apprezzabile prospettiva di migliorata garanzia delle condizioni di detenzione<sup>31</sup>, presenta alcune criticità che rischiano di frustrarne le potenzialità applicative. La questione interpretativa più controversa concerne la definizione dell'ambito applicativo del nuovo reclamo. La scelta del legislatore di non

<sup>31</sup> F. Fiorentin (2013) "Il reclamo 'giurisdizionale' per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3, 235-267.



abrogare il reclamo generico previsto all'art. 35 O.P.<sup>32</sup> portava infatti con sé la necessità di comprendere quali interessi del detenuto fossero meritevoli di tutela giurisdizionale e quali, invece, fossero destinati a rimanere confinati nel 'deserto di garanzie' del reclamo generico. L'ambigua formulazione della norma – nella parte in cui prevede che i reclami possono avere ad oggetto la “inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge penitenziaria e dal relativo regolamento dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti” – ha di fatto delegato al diritto vivente la determinazione del perimetro applicativo del rimedio.

Stando alla lettera della disposizione sembra che, affinché possa attivarsi la procedura del reclamo giurisdizionale, debbano contestualmente sussistere tre requisiti: *i*) l'inosservanza da parte dell'autorità amministrativa di una disposizione prevista dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento (d.p.r. n. 230/2000); *ii*) il pregiudizio all'esercizio di un diritto di un detenuto o di un internato; *iii*) l'attualità e la gravità di tale pregiudizio.

Quanto al primo punto, la dottrina maggioritaria ha escluso che l'esplicito richiamo alla legge penitenziaria e al regolamento esecutivo potesse privare di tutela giurisdizionale tutti quei diritti che trovano fondamento in contesti normativi diversi da quello penitenziario<sup>33</sup>. Se così fosse si giungerebbe, infatti, all'assurdo di non veder tutelati in un procedimento giurisdizionale quei diritti che, benché non contemplati espressamente dall'ordinamento penitenziario, siano esplicitamente riconosciuti o implicitamente ricavabili dalla Costituzione o da fonti sovranazionali. La definitiva consacrazione di tale interpretazione – avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>34</sup> – è arrivata dallo stesso legislatore che, in occasione della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, ha inserito al co. 4 dell'art. 1 O.P. un richiamo esplicito ai diritti fondamentali, i quali devono essere garantiti “ad ogni persona privata della libertà”. Con l'entrata in vigore della riforma,

---

<sup>32</sup> Alcuni autori hanno ritenuto che la scelta di non abrogare il reclamo generico ex art. 35 O.P., mantenendo tra i suoi possibili destinatari lo stesso Magistrato di Sorveglianza, complicasse la questione, rischiando di compromettere l'intera tutela del detenuto. In tal senso, Galliani (2018), cit., p. 13.

<sup>33</sup> In tal senso, M. Bortolato (2014) “Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale”, *Archivio penale*, 2, 563-583, e Fiorentin (2013), cit., p. 243.

<sup>34</sup> Cass. pen. Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in C.e.d., n. 271905, §4.3.



dunque, i diritti fondamentali entrano a pieno titolo a far parte del novero dei diritti previsti dalla legge di ordinamento penitenziario e dunque tutelabili per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

Ma il nodo interpretativo più complesso della disciplina risiede nell'inciso in virtù del quale la violazione subita dal ricorrente deve consistere in un pregiudizio "all'esercizio dei diritti". Si tratta invero di capire se il riferimento esplicito ai 'diritti' del detenuto debba essere letto in termini espansivi o restrittivi, e dunque se l'area della tutela giurisdizionale debba essere o meno circoscritta alle sole posizioni giuridiche espressamente qualificate in termini di 'diritto soggettivo'. Coloro i quali ritenevano di poter inquadrare il tema dei diritti in carcere nelle tradizionali categorie dogmatiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, interpretavano letteralmente il riferimento al termine 'diritti', sbarrando l'accesso alla tutela per tutte quelle posizioni giuridiche non qualificabili in termini di 'diritto soggettivo'. Secondo questo orientamento, al detenuto sarebbe stata preclusa la possibilità di adire il giudice con un reclamo ex art. 35-*bis* tutte le volte in cui il potere dell'amministrazione era configurato dalla legge come discrezionale.

Di diverso avviso era invece chi, leggendo la norma alla luce della finalità ultima della rieducazione del soggetto, interpretava in termini ampi il riferimento ai 'diritti' e attribuiva all'organo di sorveglianza il compito di esprimersi sulla violazione di tutti quegli interessi che, a prescindere dalla loro qualifica formale, fossero in concreto funzionali al perseguimento della finalità rieducativa della pena. In questo secondo orientamento si ascrive il pensiero di Davide Galliani, secondo il quale il legislatore dell'art. 35-*bis* O.P. avrebbe formulato una norma che "scinde ciò che non è scindibile" ovvero "i diritti da qualsiasi altra cosa che non costituisce diritti"<sup>35</sup>. Secondo l'autore, per tracciare il confine tra gli interessi del detenuto meritevoli di tutela giurisdizionale e quelli che invece non lo sono, sarebbe riduttivo fermarsi alla loro qualificazione giuridica, senza valutarne in concreto anche la sostanza. In carcere, dove "le briciole di pane sono come diamanti e l'orizzonte di importanza è delle piccole cose"<sup>36</sup>, le priorità si riordinano secondo nuove gerarchie, gli interessi, anche i più frivoli e minori, diventano imprescindibili e i piccoli problemi si trasformano in questioni

<sup>35</sup> Galliani (2018), cit., p.76.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 77.



di vitale importanza. Se la funzione del Magistrato di sorveglianza è quella di tutelare il detenuto in vista del suo reinserimento in società, deve essere possibile rivolgersi ad esso per lamentare la violazione di tutti quegli interessi che, al di là della loro qualifica formale, risultino funzionali al perseguimento della finalità rieducativa della pena.

Su questo punto è intervenuta di recente anche la Corte di Cassazione che, con la pronuncia n. 54117 del 2017<sup>37</sup>, ha fornito agli interpreti alcune preziose indicazioni in ordine alla delimitazione del confine applicativo del reclamo giurisdizionale. La vicenda posta all'attenzione della Cassazione riguarda il caso di un detenuto a cui l'amministrazione penitenziaria aveva sottratto la fotografia della madre defunta poiché eccedente le dimensioni massime stabilite dal regolamento interno. Ritenendo che il comportamento dell'amministrazione penitenziaria pregiudicasse il proprio diritto all'affettività, il detenuto aveva rivolto al Magistrato di sorveglianza un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. chiedendo la restituzione della fotografia. L'istanza era stata tuttavia rigettata dal giudice, il quale, ritenendo che il semplice sequestro dell'oggetto non potesse incidere su una posizione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo, aveva classificato la domanda come "reclamo generico". La Corte di Cassazione, investita della questione, ha invece ritenuto giustiziabile la pretesa del ricorrente precisando che il Magistrato di sorveglianza è tenuto ad attivare il procedimento giurisdizionale ex art. 35-*bis* O.P. "in tutti i casi in cui la doglianza potrebbe – sia pure in astratto – riferirsi ad un diritto soggettivo dell'esponente"; viceversa, l'istanza va ritenuta come "sollecitazione (ex art. 35, comma 1, n. 5) all'esercizio dei generici poteri di controllo e verifica spettanti al Magistrato di Sorveglianza sull'agire dell'amministrazione" nelle ipotesi in cui sia "immediata e manifesta" l'assenza di una qualsiasi correlazione tra la condotta dell'amministrazione e una posizione giuridica di 'diritto soggettivo' della persona detenuta"<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, in C.e.d., n. 271905. Per un commento si veda F. Della Casa (2018) "Una foto 'oversize' nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-*bis* ord. penit.", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 61, 273-301.

<sup>38</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, cit., §3.4.



Nel caso di specie la Suprema Corte ha ricostruito il legame tra la richiesta specifica del ricorrente e il diritto soggettivo al mantenimento delle relazione affettive sostenendo che la prima fosse ‘inerente’ al secondo ed ha quindi concluso che:

L’ingiustificato diniego di forme di esercizio – ovviamente non prevedibili in modo specifico e da valutarsi in concreto – del diritto “alla cura della propria affettività” rientra, per quanto sopra detto, nell’area della tutela giurisdizionale<sup>39</sup>.

Il Magistrato di sorveglianza dovrebbe quindi attivare il procedimento giurisdizionale ex art. 35-*bis* ogni volta in cui è possibile, sia pure in astratto, collegare la doglianza del detenuto ad una posizione giuridica di diritto soggettivo. Nondimeno, lo studio della prassi applicativa dell’Ufficio di Sorveglianza fiorentino ci mostra in modo inequivocabile come i giudici abbiano per lungo tempo privilegiato una lettura della norma distante e ben più restrittiva rispetto a quella fornita dalla Cassazione, ridimensionando non poco l’ambito di applicazione del rimedio in e dunque l’ampiezza della tutela riconosciuta a ciascuna persona detenuta.

## 5. Il reclamo in materia di diritti nella giurisprudenza dell’Ufficio di Sorveglianza di Firenze

Esaminando le ordinanze emesse tra il 2014 e il 2019 sui reclami in materia di diritti emerge che, ad eccezione delle prime decisioni tutte afferenti ai casi peculiari delle persone internate nell’Ospedale Psichiatrico di Montelupo Fiorentino<sup>40</sup>, si sono prodotte una serie di pronunce di rigetto perlopiù analoghe e ancorate ad una visione formalistica del rimedio in esame.

<sup>39</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54117, cit. §4.2.

<sup>40</sup> L’art. 3-*ter* della L. 17 febbraio 2012, n. 9 – successivamente modificato dai D.L. 27/2013 e 52/2014 – individuava il termine per la definitiva chiusura degli O.P.G. al 31 marzo 2015 stabilendo che “le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2”, ovvero le R.E.M.S. Le persone che, alla scadenza del termine, si trovavano ancora internate nell’O.P.G. di Montelupo Fiorentino, con il supporto de L’Altro Diritto, hanno iniziato a rivolgersi al Magistrato di sorveglianza di Firenze, avvalendosi



I primi reclami diretti al Magistrato di sorveglianza a seguito dell'introduzione del rimedio e, indicativamente, fino al marzo 2016 presentano un contenuto tra loro identico<sup>41</sup>: i detenuti lamentano di aver sofferto, a causa delle condizioni materiali di detenzione, un pregiudizio grave ai propri diritti e formulano contestualmente una serie di richieste, tra cui quelle di essere assegnati ad una cella nella quale poter fruire di uno spazio non inferiore a 7 metri quadrati, di essere autorizzati a permanere fuori dalla cella per almeno otto ore al giorno e di essere assegnati ad un istituto di pena da individuarsi in base al criterio della territorializzazione di cui all'art. 42 O.P. A loro volta, le decisioni dei giudici su queste istanze seguono il medesimo schema decisorio: il giudice, ancorandosi ad una interpretazione letterale della norma, dopo aver ripercorso i presupposti necessari affinché possa attivarsi la tutela offerta dal reclamo giurisdizionale<sup>42</sup>, giudica infondate le richieste dei detenuti, stante l'assenza di una "inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di norme stabilite dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento". In particolare, quanto alla prima richiesta, relativa all'assegnazione in una cella in cui poter fruire di uno spazio non inferiore a 7 mq, il giudice rileva l'inesistenza di una norma della legge penitenziaria e del regolamento in cui si stabilisca, nel dettaglio, quale debba essere la superficie della cella. Quanto poi alla richiesta di trascorrere fuori dalla cella otto ore al giorno, il giudice, sempre avvalendosi dell'argomento formale, vi contrappone il testo dell'art. 10 O.P., nella parte in cui stabilisce (nella versione vigente prima della riforma dell'ordinamento penitenziario) che "ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito permanere almeno due ore al giorno all'aria

---

proprio del nuovo strumento di tutela giurisdizionale e lamentando la sussistenza di un pregiudizio grave e attuale del loro diritto alla libertà personale tutelato dall'art. 13 della Costituzione. Queste istanze, che rappresentano il 26% del totale dei reclami ascrivibili alla lett. b) co. 6 dell'art. 69 O.P., sono state accolte nella pressoché totalità dei casi.

<sup>41</sup> Tali ordinanze si collocano nell'arco temporale che va dal marzo 2015 al marzo 2016. *Ex multis*, si veda Ord. n. 5601/2014, 2303/2015.

<sup>42</sup> Nelle ordinanze si legge: "affinché possa farsi luogo alla tutela prevista dall'art. 35-bis, comma 3 ord. penit. occorre che sia stata accertata la sussistenza di tre condizioni: l'inosservanza da parte dell'amministrazione penitenziaria di norme stabilite dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento; che tale inosservanza abbia determinato la lesione di un diritto del condannato; che tale lesione abbia cagionato un pregiudizio grave ed attuale, intendendosi per tale un pregiudizio esistente non solo al momento della proposizione del reclamo ma anche al momento della decisione".



aperta”. Per quanto riguarda, infine la richiesta del detenuto di essere trasferito in un istituto di pena individuato in base al criterio della territorializzazione, l’organo giudicante rileva come l’art. 42 O.P., nella parte in cui prevedeva, nella sua formulazione originaria<sup>43</sup>, che nel disporre le assegnazioni “deve essere favorito il criterio di destinare i soggetti in istituti prossimi alla residenza delle famiglie”, non fa sorgere in capo al detenuto un vero e proprio diritto soggettivo ad essere assegnato o trasferito in un determinato istituto di pena, ma solo un interesse legittimo. Alla luce di ciò, il giudice, dopo aver espressamente precisato che “l’unica posizione tutelabile ex artt. 69, comma 6 lett. b) e 35-*bis* ord. penit.” è quella del diritto soggettivo, conclude che non ricorrono le condizioni per l’accoglimento del reclamo.

Solo più di recente, e in particolare a partire dai primi mesi del 2016, risultano essere stati presentati reclami dal contenuto più eterogeneo, aventi ad oggetto, a titolo esemplificativo, temi quali la violazione del diritto al mantenimento dei rapporti affettivi<sup>44</sup>, la carenza di operatori penitenziari quali educatori e psicologi<sup>45</sup>, l’inadeguatezza delle condizioni igieniche o la violazione del diritto all’istruzione<sup>46</sup>. Quello che però colpisce è il numero decisamente esiguo di questi reclami rispetto al totale delle ordinanze esaminate. Questo dato, assieme alla minima percentuale di accoglimenti, ci induce a ritenere che la giurisprudenza del tribunale abbia fortemente limitato le potenzialità di uno strumento che, al momento della sua introduzione nell’ordinamento, sembrava avesse ben colmato la lacuna messa in luce dalla Consulta nel 1999. L’esame di alcune delle più recenti decisioni del Magistrato di Sorveglianza di Firenze può aiutarci a ricostruire, induttivamente, l’entità di detto ridimensionamento.

<sup>43</sup> Tale disposizione è stata poi modificata dall’art. 11 comma 1 lettera p) del D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123: “I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell’istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari. Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. L’amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga”.

<sup>44</sup> Ord. n. 8786/2016, 7691/2016, 2983/2018 UDS Firenze.

<sup>45</sup> Ord. n. 264/2017 UDS Firenze.

<sup>46</sup> Ord. n. 4644/2016, 9317/2016 UDS Firenze.



### 5.1. Diritto all'istruzione e antidiscriminazione. Un caso concreto

Il tema della violazione del diritto all'istruzione in carcere e quello delle pari opportunità è stato oggetto in particolare di una delle ordinanze esaminate. La pronuncia in parola<sup>47</sup> è stata emessa a seguito della presentazione di un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. da parte di una detenuta del carcere di Sollicciano che censurava la decisione dell'autorità amministrativa di interrompere l'offerta formativa scolastica (nello specifico quella relativa alla scuola secondaria di secondo grado) per le detenute del reparto femminile e transgender. Il corso scolastico, già svolto all'interno di classi miste, era stato interrotto a seguito di un evento verificatosi nel luglio del 2018, quando una detenuta frequentante il corso di scuola media aveva avuto un rapporto sessuale consensuale con un detenuto nei bagni della scuola, a seguito del quale era poi risultata incinta. In conseguenza di questo isolato episodio, la direzione dell'istituto aveva deciso di limitare l'offerta formativa ai soli detenuti di sesso maschile. Tale decisione, formalmente giustificata da esigenze di sicurezza, era probabilmente stata indotta anche da ragioni di natura pratica ed economica: in assenza di sufficienti risorse finanziarie che permettessero di offrire il servizio scolastico contestualmente e separatamente sia alle detenute che ai detenuti e non volendo ripetere l'esperienza delle classi promiscue, si era scelto di salvaguardare i soli detenuti uomini, in ragione della loro presenza maggioritaria all'interno dell'istituto. È in questo contesto che la reclamante, trovandosi improvvisamente e incolpevolmente privata della possibilità di proseguire il proprio percorso formativo, si era rivolta al Magistrato di Sorveglianza con un reclamo ex art. 35-*bis* O.P., ritenendo che la sua esclusione dall'attività formativa rappresentasse innanzitutto una grave e diretta discriminazione fondata sul genere e, in secondo luogo, una violazione del suo diritto all'istruzione costituzionalmente garantito e previsto specificatamente dalle norme di legge e di regolamento. Per questi motivi, domandava al giudice che, svolta l'istruttoria del caso, ordinasse all'amministrazione penitenziaria di ripristinare l'offerta formativa scolastica anche per le detenute, in regime misto o comunque separato.

---

<sup>47</sup> Ord. n. 12626/2018 UDS. Firenze.



La richiesta di tutela della ricorrente, presentata in un momento successivo all'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, trovava un importante riscontro nelle modifiche legislative di recente introduzione. Il legislatore delegante infatti, animato dalla necessità di ripensare la vita detentiva all'interno degli istituti anche attraverso una valorizzazione delle offerte trattamentali e garantendo ai detenuti un più concreto godimento dei propri diritti, aveva introdotto importanti novità anche in riferimento alla tutela delle donne detenute, dedicando un apposito criterio di delega alla "previsione di norme che considerino gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute" (lett. t) della L. 23 giugno 2017 n. 103). Di qui la modifica dell'art. 1 O.P., il cui testo, a differenza di quello oggi vigente, non vietava esplicitamente discriminazioni di genere nell'accesso al trattamento penitenziario e la previsione, all'art. 19 O.P., di uno specifico periodo in cui si afferma la parità di accesso alle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale<sup>48</sup>. È dunque alla luce di questa rinnovata (e rafforzata) attenzione al tema della tutela dei diritti delle donne all'interno del carcere che deve essere letto il reclamo in esame.

Dal contenuto dell'ordinanza si nota che il giudice, sebbene posto dinanzi ad un reclamo articolato e molto argomentato, rigetti la domanda con un provvedimento di poche righe e con una motivazione, quando non palesemente carente, difettosa e ben poco logica. Una volta preso atto, all'esito dell'istruttoria, dell'interruzione del servizio di scuola secondaria di secondo grado per le detenute e dopo aver valorizzato, come valido esercizio sostitutivo del diritto all'istruzione, la possibilità di avvalersi di un'associazione di volontariato che "le assiste nello studio e le accompagna per lo svolgimento degli esami"<sup>49</sup>, l'organo giudicante si addentra nel merito. Analizzando la parte motiva dell'ordinanza si

<sup>48</sup> Commissione Giostra (2019) *Il progetto di riforma penitenziaria*, Roma, Nuova Editrice Universitaria. In particolare, a p. 150 si legge che: "tramite la programmazione di iniziative specifiche, è assicurata parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale". L'inserimento di tale previsione veniva spiegata nella relazione illustrativa al progetto di riforma in questi termini: "Si propone – in attuazione del criterio di cui alla lettera t) della legge- delega di dedicare particolare attenzione alla formazione culturale e professionale delle donne che, per il loro numero esiguo, risultano spesso penalizzate nell'accesso ai predetti corsi."

<sup>49</sup> Ord. n. 12626/2018 UDS Firenze: "Successivamente alle donne detenute è stato assicurato il diritto alla istruzione mediante la associazione di volontariato Pantagruel che tramite volontari le assiste nello studio e le accompagna per lo svolgimento degli esami".



nota, tuttavia, come il profilo della lamentata discriminazione sia inspiegabilmente del tutto ignorato e quello del pregiudizio al diritto all'istruzione venga contrastato con argomentazioni che sembrano evidenziare una certa difficoltà del giudice di sorveglianza nel calarsi pienamente nel ruolo di garante dei diritti dei detenuti assegnatogli dal legislatore. Il giudice, infatti, posto dinanzi all'assoluta impossibilità di accesso all'istruzione per la detenuta, anziché riconoscere la palese inosservanza da parte dell'amministrazione delle richiamate disposizioni normative in tema di pari opportunità e diritto alla formazione scolastica, si rifugia in un argomento che travalica e distorce la semplice richiesta della reclamante di poter accedere ad almeno un corso, sostenendo come "non sia pensabile" che i detenuti possano vantare il diritto – non esercitabile secondo il giudice neppure dai liberi – di partecipare a qualsiasi tipo di corso scolastico:

Il diritto all'istruzione all'interno di un carcere deve essere opportunamente calibrato, non è pensabile che un detenuto possa avere l'offerta formativa di un libero, non è pensabile per motivi organizzativi che qualsiasi tipo di corso di studi sia frequentabile all'interno di un carcere, tanto più che anche in vaste zone del territorio italiano mancano taluni tipi di licei o scuole di istruzione superiore (diversa sarebbe la questione ove si trattasse di scuola dell'obbligo).

Questo argomento, oltre ad essere palesemente in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che a partire dalla nota sentenza n. 26 del 1999 ha affermato che la privazione della libertà non comporta affatto una *capitis deminutio* del detenuto, appare soprattutto illogico e non pertinente rispetto alla richiesta della reclamante. La detenuta infatti non chiedeva di poter avere la possibilità di scegliere un'offerta formativa diversa da quelle disponibili nell'istituto, ma avanzava la richiesta ben più modesta di poter frequentare un corso scolastico già esistente e dal quale era stata incolpevolmente esclusa.

Parimenti forzato appare, del resto, il tentativo di considerare equipollente al corso scolastico riservato ai soli maschi, la possibilità offerta alle donne di poter fruire dell'assistenza dell'associazione di volontariato. Tale attività, con cui i volontari hanno tentato di sopperire all'interruzione del corso scolastico, si è infatti limitata ad una



predisposizione di alcune lezioni su alcune materie, senza pretesa di completezza e nell'assenza di un qualsiasi riconoscimento istituzionale. Nonostante che tutto ciò sembri francamente evidente, il giudice conclude respingendo il reclamo basandosi proprio su questi due argomenti:

Quindi da un lato si deve ritenere che non costituisca diritto costituzionalmente garantito la possibilità di partecipare a qualsiasi tipo di istruzione secondaria di secondo grado all'interno delle carceri, da un altro si ritiene che l'organizzazione del servizio di cui sopra (tramite associazioni di volontari) assicuri comunque alle detenute la tutela del loro diritto allo studio.

In conclusione, sembra che da questo esempio emerga sin troppo chiaramente come i passi in avanti fatti dal legislatore nazionale per adeguarsi alle pronunce e agli indirizzi della Consulta e della Corte EDU, al fine di rendere effettiva la tutela dei diritti in carcere, se pur apprezzabili sul piano dei principi, siano ben poco utili se poi i soggetti preposti a garantire quei diritti e quella tutela si rivelino, sul piano pratico, ancora culturalmente poco preparati a muoversi all'interno del nuovo contesto.

## 5.2. Permanenza all'aria aperta e sorveglianza dinamica

Nella stessa direzione si muove l'ordinanza emessa nel novembre 2018 sul caso di un detenuto del carcere di Firenze Sollicciano, il quale si era rivolto al giudice lamentando una grave compressione dei suoi diritti fondamentali dovuta alla circostanza che le celle della sezione in cui si trovava ristretto rimanevano chiuse per 20 ore al giorno. A parere del reclamante, la permanenza in cella per un così ampio lasso di tempo, oltre a comportare un prolungato ozio forzato, ostacolava lo svolgimento delle attività di socializzazione. L'istante aggiungeva che, potendo accedere ai locali delle docce esclusivamente nell'arco delle quattro ore in cui era legittimato ad uscire dalla cella, si trovava ogni giorno costretto a scegliere se fruire integralmente delle ore d'aria oppure provvedere alla propria igiene personale, sottraendo del tempo alle già scarse occasioni di socialità fuori dalla cella. Ad aggravare ulteriormente la situazione si aggiungevano le inadeguate condizioni igieniche e strutturali della cella, insufficientemente areata, poco luminosa e interessata da muffe, umidità e



infiltrazioni d'acqua. Alla luce di ciò, il ricorrente rivolgeva al giudice un'istanza ex art. 35-*bis* O.P. con la quale chiedeva che si ponesse rimedio alla lesione dei suoi diritti attraverso il ripristino del regime di celle aperte<sup>50</sup>, sospeso dalla direzione del carcere in seguito ad un fatto di evasione verificatosi a più di un anno di distanza dal ricorso in esame.

Il Magistrato di sorveglianza, dopo aver brevemente riassunto le doglianze del ricorrente e prima di passare a motivare la decisione, osserva che:

È innegabile che le misure privative della libertà comportino per il detenuto inconvenienti e disagi, ma può ricevere tutela inibitoria, quale quella azionata dal reclamante, solo la modalità di esecuzione della pena che sia assolutamente incompatibile con il rispetto della dignità umana e che sottoponga il recluso a uno stato di sconforto e a una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione.

È evidente l'equivoco in cui, a nostro avviso, è caduto l'organo giudicante, laddove, adito dal detenuto con un reclamo ex art. 35-*bis* O.P., sembra confondere i presupposti e le caratteristiche del rimedio preventivo con quelli del rimedio compensativo. Infatti, la circostanza che “la modalità di esecuzione della pena sia assolutamente incompatibile con il rispetto della dignità umana” è presupposto necessario per l'accertamento della sussistenza di

---

<sup>50</sup> Il regime di cui il reclamante chiedeva la reintroduzione (regime di celle aperte o di “vigilanza dinamica”) consiste in un particolare sistema di sorveglianza, diverso da quello tradizionale perché non incentrato sulle classiche modalità di controllo di tipo custodiale della popolazione detenuta, bensì basato sull'osservazione e sulla conoscenza della persona in una logica di responsabilizzazione del detenuto in vista del suo reinserimento sociale. Questa innovativa modalità di sorveglianza, che trovava espresso riconoscimento nelle Regole Penitenziarie Europee, si era affacciata nel nostro ordinamento con le circolari del D.A.P. che, a partire dal novembre 2011, aveva avviato un percorso di cambiamento del sistema organizzativo e gestionale dell'amministrazione penitenziaria in vista della definitiva adozione di un modello nuovo di detenzione basato sulla custodia aperta per i detenuti a bassa soglia di rischio con apertura delle celle per un periodo superiore alle 8 ore e fino a 14 ore giornaliere. La sorveglianza dinamica aveva poi costituito oggetto di un apposito punto di delega della L. 23 giugno 2017 n. 103 che, alla lett. r) indicava espressamente la necessità di prevedere “norme volte al rispetto della dignità attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica”. La proposta della Commissione Giostra di inserire all'art. 1 O.P. uno specifico comma dedicato alla sorveglianza dinamica non è, tuttavia, confluita nel testo di legge poi definitivamente approvato dal Parlamento. L'unica modifica significativa apportata dalla riforma dell'ordinamento penitenziario, in materia di permanenza fuori dalla cella ha riguardato il passaggio da due a quattro del numero di ore minime durante le quali deve essere consentito di permanere all'aria a tutti i soggetti che non prestano lavoro all'aperto (art. 10 O.P.).



un trattamento inumano o degradante ma non anche per l'accoglimento di una richiesta di tutela preventiva, per il quale è invece sufficiente che la circostanza lamentata pregiudichi un qualsiasi diritto del soggetto detenuto. In altre parole, il giudice adito con un reclamo ex art. 35-*bis* non è tenuto a valutare se la circostanza lamentata sia o meno compatibile con il rispetto della dignità umana, ma se la doglianza determini un pregiudizio grave ai diritti della persona detenuta.

A prescindere da tale 'svista', il giudice, dopo aver constatato che "effettivamente per ragioni di sicurezza, anche per carenza di sistemi di videosorveglianza, dopo alcune evasioni non è più stato praticato in istituto il cosiddetto regime aperto", rigetta la richiesta del reclamante poiché "sul punto non si riscontrano violazioni di legge". Al ricorrente sono infatti state garantite, osserva il giudice, le quattro ore d'aria previste dall'art. 10 O.P., a norma del quale "ai soggetti che non prestano lavoro all'aperto è consentito di permanere all'aria aperta per un tempo non inferiore alle quattro ore al giorno". L'articolata richiesta di tutela del reclamante viene dunque ancora una volta liquidata in poche righe dal giudice con un'ordinanza che, pur corretta nel non ravvisare violazioni di legge dal punto di vista formale, elude la sostanza della questione sollevata dal reclamante. Quest'ultimo, infatti, non aveva censurato la violazione della disposizione relativa alle ore minime da passare fuori dalla cella, ma aveva rivolto al Magistrato di sorveglianza una questione ben più alta: rimanere chiusi 20 ore in una cella, anche ammesso che non configuri un trattamento inumano e degradante, è o non è una situazione che genera un pregiudizio grave ai diritti di chi si trova ristretto?

### 5.3. Diritto all'osservazione e diritto al trattamento rieducativo

Diverso è il caso dell'ordinanza n. 264 del 2017, in cui il Magistrato di Sorveglianza si è trovato a decidere su un reclamo ex art. 35-*bis* O.P. con cui un detenuto lamentava la compressione del suo diritto al trattamento<sup>51</sup>. In particolare, il ricorrente, recluso nella casa

<sup>51</sup> Il diritto al trattamento, sancito dal co. 3 dell'art. 1 O.P. ("Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale, ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati") affonda le sue radici direttamente nel co. 3 dell'art. 27 della Costituzione. A norma dell'art. 13 O.P., novellato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il trattamento deve essere



circondariale di Firenze Sollicciano, denunciava la grave carenza di funzionari giuridico-pedagogici, tale da impedire l'espletamento dell'osservazione della personalità e chiedeva, quindi, al Magistrato di sorveglianza di adottare i provvedimenti necessari per porre fine alla violazione dei suoi diritti.

Il diritto al trattamento, sancito nella disposizione di apertura dell'ordinamento penitenziario<sup>52</sup>, affonda le sue radici direttamente nel comma 3 dell'art. 27 della Costituzione il quale, come noto, prevede che "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Tale finalità è perseguita proprio attraverso il trattamento rieducativo, inteso come l'insieme delle opportunità trattamentali e delle attività funzionali al reinserimento sociale del soggetto<sup>53</sup>. A norma dell'art. 13 O.P., novellato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il trattamento deve essere individualizzato, deve cioè conformarsi ai bisogni della personalità di ciascun detenuto, deve incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il suo reinserimento sociale. L'individualizzazione del trattamento è poi, come noto, perseguita dall'amministrazione penitenziaria per mezzo dell'osservazione scientifica della personalità.

---

individualizzato, deve cioè conformarsi ai bisogni della personalità di ciascun detenuto, deve incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il suo reinserimento sociale. L'individualizzazione del trattamento è poi, come noto, perseguita dall'amministrazione penitenziaria per mezzo dell'osservazione scientifica della personalità. La cosiddetta 'equipe di osservazione', composta da personale dipendente dell'amministrazione (funzionari pedagogici, funzionari di servizio sociale, personale di polizia penitenziaria) e, se necessario, anche dai professionisti indicati nell'art. 80 dell'ordinamento penitenziario (esperti di psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, mediatori culturali), è tenuta a stilare, entro un termine di sei mesi dall'avvio della misura restrittiva (art. 13, co. 4 O.P.), la prima formulazione del 'programma del trattamento', che dovrà essere poi integrato e modificato in base alle esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione della pena. L'elaborazione del programma di trattamento e il suo aggiornamento costituiscono pertanto momenti centrali per il percorso rieducativo del soggetto, dal momento che sono indispensabili per fornire al giudice di sorveglianza gli elementi necessari per valutare l'eventuale concessione al detenuto dei benefici e delle misure alternative. Per questo motivo, eventuali assenze o ritardi nell'attività di osservazione si traducono in una concreta lesione del diritto del detenuto a ricevere un trattamento conforme ai parametri costituzionali; lesione che, quindi, deve poter trovare immediata tutela per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

<sup>52</sup> Art. 1, co. 3 O.P.: "Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale, ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati".

<sup>53</sup> In tal senso, L. Violi (2020) "Il trattamento penitenziario", in P. Balducci, A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, pp. 675-762.



La cosiddetta ‘*equipe* di osservazione’, composta da personale dipendente dell'amministrazione (funzionari pedagogici, funzionari di servizio sociale, personale di polizia penitenziaria) e, se necessario, anche dai professionisti indicati nell'art. 80 dell'ordinamento penitenziario (esperti di psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, mediatori culturali), è tenuta a stilare, entro un termine di sei mesi dall'avvio della misura restrittiva (art. 13, co. 4 O.P.), la prima formulazione del ‘programma del trattamento’, che dovrà essere poi integrato e modificato in base alle esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione della pena.

L'elaborazione del programma di trattamento e il suo aggiornamento costituiscono pertanto momenti centrali per il percorso rieducativo del soggetto, dal momento che sono indispensabili per fornire al giudice di sorveglianza gli elementi necessari per valutare l'eventuale concessione al detenuto dei benefici e delle misure alternative. Per questo motivo, eventuali assenze o ritardi nell'attività di osservazione si traducono in una concreta lesione del diritto del detenuto a ricevere un trattamento conforme ai parametri costituzionali; lesione che, quindi, deve poter trovare immediata tutela per mezzo del nuovo reclamo giurisdizionale.

Su questo punto sembra concordare il Magistrato di sorveglianza di Firenze nella decisione del reclamo in esame. A prescindere dall'esito del procedimento, che come vedremo si conclude con un rigetto della domanda del ricorrente, dalla modalità con cui il giudice affronta la questione prospettata gli si può desumere, seppur implicitamente, il riconoscimento in capo al detenuto della titolarità e tutelabilità del diritto al trattamento. Il giudice, in effetti, in questo caso – a differenza degli altri che abbiamo in precedenza esaminato – valuta compiutamente il merito della questione, al fine di verificare se al detenuto siano state dedicate attenzioni sufficienti da parte del personale pedagogico. Dall'istruttoria svolta emerge che il reclamante era soggetto noto ai funzionari giuridico-pedagogici, dal momento che sia l'educatore che la psicologa avevano effettuato con lui “lunghe colloqui, il cui rilevante numero è desumibile dalla consultazione della piattaforma AFIS”; risultava inoltre che la psicologa, dal dicembre 2015 al gennaio 2017, avesse stilato sul ricorrente ben quattro relazioni, nelle quali “si dà conto in modo

approfondito dei vari aspetti della personalità del soggetto con riferimento, tra l'altro agli aspetti della revisione critica, dei tratti del carattere e delle modalità di relazione con gli operatori penitenziari". Alla luce di ciò il giudice conclude che:

Seppur siano notorie le difficoltà in cui versano le carceri italiane, anche in relazione ai profili denunciati nel ricorso, al ricorrente è stata tuttavia assicurata, nei limiti del possibile, una particolare attenzione da parte dei vari operatori penitenziari.

Il fatto che in questo specifico caso il ricorso sia stato respinto dopo aver verificato la tipologia e la frequenza degli interventi di supporto al detenuto ci fa *a contrariis* ritenere verosimile che, ove si fosse accertata l'insufficienza degli interventi del personale giuridico-pedagogico rispetto alle esigenze trattamentali del recluso, il giudice non avrebbe esitato a concludere per la sussistenza di un grave e attuale pregiudizio all'esercizio del diritto al trattamento rieducativo.

## 6. Il rimedio compensativo: dalla teoria alla prassi

Quanto all'ambito di applicazione del rimedio compensativo, il legislatore circoscrive il risarcimento del danno ai casi in cui il detenuto abbia subito un pregiudizio "di cui all'art. 69, comma 6, lett. b)", che consista in "condizioni detentive tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo". In altre parole, il detenuto ha diritto al compenso ogni volta in cui sia stato ristretto in una condizione che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia ritenuto idonea ad integrare i caratteri della tortura o del trattamento inumano o degradante vietati dall'art. 3 della CEDU.

In forza del rinvio operato dall'art. 35-ter alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – rinvio peraltro assolutamente innovativo per un ordinamento di *civil law* – i magistrati di sorveglianza si sono così trovati a doversi confrontare con il vasto panorama di



pronunce della Corte di Strasburgo sull'art. 3 della CEDU. La mancata previsione di un confine chiaro che consentisse agli organi di sorveglianza di orientarsi nel confronto con la giurisprudenza europea ha suscitato un certo sconcerto. Il legislatore, è stato detto in dottrina, aveva in mente un “giudice impossibile”<sup>54</sup>: basti pensare che dal 1959 al 2018 la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 3 della Convenzione in 2.252 casi con riferimento ai trattamenti inumani o degradanti e in 152 casi per la violazione del divieto di tortura<sup>55</sup>. Chi potrebbe, verosimilmente, riuscire a confrontarsi con un panorama giurisprudenziale così vasto?

In assenza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore, è stata la Corte costituzionale a tentare di indirizzare il giudice nel confronto con la giurisprudenza europea. Con la sentenza n. 49 del 2015<sup>56</sup>, la Consulta ha elaborato la nozione di ‘giurisprudenza consolidata’, a fronte della quale il giudice italiano sarebbe tenuto a porre a fondamento del proprio percorso argomentativo il solo diritto che sia espressivo di un orientamento consolidato. Nonostante le preziose indicazioni della Consulta – che al paragrafo 7 individuava alcuni indici per aiutare il giudice nella ricerca del diritto consolidato<sup>57</sup> – tale

<sup>54</sup> D. Galliani (2018), cit., p. 81: “Il legislatore aveva in mente un giudice impossibile. Ed il problema è che, anche se non è questo che aveva in mente, è quello che ha scritto nell'art. 35-ter: il giudice dispone il rimedio se riscontra una violazione dell'art. 2 della Convenzione come interpretato dalla Corte di Strasburgo”.

<sup>55</sup> Le statistiche sono consultabili nella sezione *Statistics* del sito della Corte europea dei diritti dell'Uomo, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>56</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Rivista di Diritto internazionale* 2015, 3, 1022. Sul punto si veda F. Viganò (2015) “La Consulta e la Tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisculo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione”, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, pp. 333-343.

<sup>57</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., §7: “Sono indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto.”.



criterio si è rivelato, all'atto pratico, inadeguato. Le sentenze dei giudici di Strasburgo dispongono infatti per il caso concreto, dando vita ad una giurisprudenza che si costruisce con metodo casistico e in cui non esistono precedenti più vincolanti di altri: "vincolante per la Corte è ritenuto ogni suo precedente, se pertinente al caso da decidere"<sup>58</sup>. Secondo Zagrebelsky, l'operazione di ricerca di orientamenti consolidati e l'individuazione degli indici attraverso i quali pesare la forza dei precedenti è, proprio perché non esistono precedenti astrattamente più vincolanti di altri, una operazione inutile. Ciò che, invece, appare utile, ed anzi indispensabile, è "valutare la pertinenza del precedente rispetto al caso da decidere"<sup>59</sup>.

### 6.1. L'art. 3 della CEDU e la giurisprudenza europea

L'ambito di applicazione del rimedio compensativo è, come si è visto, legato a doppio filo con la giurisprudenza europea sull'art. 3 della CEDU, disposizione che rappresenta il principale fulcro dell'evoluzione giuridica in materia di tutela dei diritti dei detenuti. Merita dunque ripercorrere brevemente le tappe principali della giurisprudenza della Corte europea in materia di trattamenti inumani o degradanti.

Il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani e degradanti ha carattere assoluto<sup>60</sup> ed è stato definito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come "un principio fondamentale delle società democratiche"<sup>61</sup>. I termini generali utilizzati dalla norma per indicare le condotte vietate hanno consentito ai giudici europei di estendere la portata del divieto, rafforzando

---

<sup>58</sup> V. Zagrebelsky (2015) "Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione", *Osservatorio costituzionale AIC*, 18 maggio 2015, consultabile al seguente indirizzo: [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202.2015\\_.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Zagrebelsky%202.2015_.pdf)

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>60</sup> La sua inderogabilità, prevista espressamente dall'art. 15 della Convenzione EDU, è stata ribadita dalla giurisprudenza europea ed implica l'impossibilità di operare un qualsiasi bilanciamento tra i valori tutelati da tale disposizione e "altri valori od obiettivi generali pur meritevoli di tutela da parte degli Stati contraenti". Si veda S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (2012) *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam.

<sup>61</sup> Espressione utilizzata per la prima volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 07/07/1989, riferimento n. 14038/88, §88.



progressivamente la tutela offerta dall'articolo. La stessa definizione di 'tortura' è mutata nel tempo: se, infatti, originariamente, era circoscritta ad ogni forma di maltrattamento deliberatamente volto ad infliggere sofferenze fisiche particolarmente gravi<sup>62</sup>, si è successivamente ampliata fino ricomprendere anche ogni maltrattamento idoneo a provocare danni psichici, sulla base del presupposto che l'integrità dell'individuo, protetta dal divieto, non si identifica solo con il profilo fisico, ma anche con quello psicologico<sup>63</sup>.

Per individuare e distinguere le condotte vietate dall'art. 3 della Convenzione, centrale è il concetto di 'gravità' della violazione, utilizzato dai giudici europei sia come limite esterno che come limite interno del divieto, che consente di ordinare le condotte vietate dalla più grave (tortura) alla meno grave (trattamento o pena degradante)<sup>64</sup>. La Corte di Strasburgo, fin dalle prime applicazioni della norma in esame, ha escluso che ogni maltrattamento integrasse una violazione del divieto, ritenendo a tal fine necessario che questo superasse una 'soglia minima di gravità', da valutarsi alla luce degli elementi oggettivi e soggettivi del caso concreto.

Invero, a prescindere dal tentativo di definire le condotte menzionate dalla norma convenzionale, e soprattutto grazie al concetto di 'dignità umana' utilizzato per la prima volta in riferimento all'art. 3 CEDU, nel 1978 nel caso *Tyrer c. Regno Unito*<sup>65</sup>, la Corte di Strasburgo è andata oltre il mero significato letterale della disposizione, ampliando l'ambito applicativo del divieto fino a ricomprendervi ogni atto o comportamento idoneo a ledere la dignità dell'uomo<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> La Corte di Strasburgo nella pronuncia *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, n. 5310/71, tenta di individuare un confine tra le diverse tipologie di condotte vietate dall'art. 3 CEDU. In particolare, al §167 afferma che: "(...) it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between torture and inhuman or degrading treatment, should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering".

<sup>63</sup> Nella sentenza *Tomasi c. Francia* del 27.08.1992, ricorso n. 12850/87, i giudici della Corte hanno voluto ribadire che l'art. 3 tutela l'integrità della persona privata della libertà a prescindere che questa sia stata lesa nel corpo o nella mente, segnando una rottura con la precedente giurisprudenza.

<sup>64</sup> A. Cassese (1993) "Prohibition of Torture ad Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, Leda, Brill, pp. 231-289.

<sup>65</sup> *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza del 25.04.1978, ricorso n. 5856/72.

<sup>66</sup> D. Galliani (2016) "'È più facile perdonare un nemico che un amico'. La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano", in P. P. de Albuquerque (a cura di), *I*



È con la sentenza Kudla c. Polonia<sup>67</sup> dell'ottobre del 2000 che la Corte chiarisce per la prima volta che l'art. 3 della CEDU impone a ciascuno Stato l'obbligo di assicurare che la persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana ed elabora l'argomento della soglia minima di gravità in virtù del quale i trattamenti e le condizioni detentive, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 devono raggiungere un livello minimo di gravità che superi quel grado di sofferenza connesso inevitabilmente alla detenzione<sup>68</sup>. Da tale obbligo positivo sono poi discesi una serie di importanti corollari riguardanti le condizioni di detenzione. I giudici europei hanno infatti iniziato ad osservare attraverso la lente della dignità umana i singoli aspetti della vita detentiva<sup>69</sup>, tra cui le condizioni igieniche delle strutture penitenziarie, la areazione e illuminazione delle celle<sup>70</sup>, la quantità e la qualità delle ore d'aria, i trasferimenti da un istituto penitenziario ad un altro<sup>71</sup>, l'isolamento<sup>72</sup>, le perquisizioni<sup>73</sup>, il sovraffollamento e lo spazio disponibile all'interno delle celle<sup>74</sup>. La Corte europea ha così gradualmente delineato la nozione di trattamento inumano e degradante, ampliandone a poco a poco i confini, fino a ricomprendervi, volendo fare un esempio, anche la pratica della rasatura dei capelli del detenuto<sup>75</sup>, o l'uso ingiustificato delle manette durante la permanenza nell'istituto penitenziario<sup>76</sup>.

---

*diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, Giappichelli, pp. 5-40. In particolare, a p. 25 si legge che: "Dentro l'art. 3 della Convenzione può esserci di tutto e veramente si trova di tutto (...). Quando pensiamo all'articolo 3 della Convenzione è come se pensassimo all'art. 2 della Convenzione, in entrambi i casi possiamo leggerle come disposizioni che implicitamente tutelano la dignità umana".

<sup>67</sup> Kudla c. Polonia, Grande Camera, sentenza del 26/10/2000, n. 30210/96, § 94

<sup>68</sup> *Ivi*, §§92-94.

<sup>69</sup> I principali casi di violazione riscontrati a fronte di un trattamento inumano e degradante nei confronti di un detenuto sono raggruppati, per argomenti, dalla stessa Corte nei *factsheets*, consultabili all'indirizzo: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets>.

<sup>70</sup> Peers c. Grecia, sentenza del 19/04/2001, n. 2852/95; Babushkin c. Russia, sentenza del 18/10/2007, ricorso n. 67253/01; Vlassov c. Russia, 12/06/2008, ricorso n. 78146/01.

<sup>71</sup> Khider c. Francia, 1/10/2013, ricorso n. 56054/12.

<sup>72</sup> Ilascu e altri c. Moldavia e Russia, 8/07/2004, ricorso n. 48787/99.

<sup>73</sup> Valasinas c. Lituania, 24/07/2001, ricorso n. 44558/98.

<sup>74</sup> Torreggiani c. Italia, cit.; Sulejmanovic c. Italia, 16/07/2009, ricorso n. 22635/03; Orchowski c. Polonia, 22/10/2009, ricorso n. 17885/04; Muršič c. Croazia, Grande Camera, 20/10/2016, ricorso n. 7334/13.

<sup>75</sup> Yankov c. Bulgaria, 11/12/2003, ricorso n. 39084/97, §§112-113.

<sup>76</sup> Kashavelov c. Russia, 20/01/2011, ricorso n. 891/05, §§38-40.



I giudici alsaziani, interpretando estensivamente la nozione di trattamento inumano e degradante, hanno di fatto ampliato anche l'orizzonte dei pregiudizi risarcibili da parte dei giudici di sorveglianza: ogni comportamento o condizione detentiva incompatibile con la dignità umana è potenzialmente passibile di essere risarcito per mezzo del nuovo art. 35-ter O.P.

L'analisi della prassi applicativa del rimedio compensativo ci mostra, tuttavia, il drastico ridimensionamento che questo istituto ha subito al momento della sua concreta applicazione. L'effettiva tutela ottenibile da parte del ricorrente per mezzo del nuovo rimedio è stata enormemente più contenuta poiché limitata a indagini inerenti la disponibilità di spazio all'interno della cella. I giudici, aditi per valutare il rispetto della dignità dell'uomo, hanno finito per focalizzare la propria attenzione sulla sola questione del sovraffollamento carcerario facendo dipendere l'accoglimento o il rigetto dell'istanza dal risultato di astratte operazioni di calcolo dei metri quadrati disponibili in cella, piuttosto che da valutazioni concrete sulle condizioni detentive subite dal ricorrente.

## 6.2. La giurisprudenza europea in materia di sovraffollamento

Nell'analisi delle ordinanze in materia di rimedio risarcitorio si è ritenuto opportuno distinguere due fasi dell'applicazione dell'art. 35-ter: la prima, decorrente dall'entrata in vigore del rimedio fino alla decisione della Grande Camera della Corte EDU nella sentenza *Muršič c. Croazia* e la seconda che, a far data da questo momento, giunge fino ad oggi. Il motivo per il quale si è scelto di attribuire a tale sentenza il ruolo di spartiacque tra i due periodi applicativi, risiede nel carattere innovativo di questa pronuncia, che imprime una svolta significativa alla attività di accertamento della violazione della Convenzione, soprattutto per quanto concerne il ruolo da attribuire al parametro spaziale dei 3 metri quadrati nella valutazione della soglia minima di gravità del pregiudizio risarcibile.

Prima della decisione sul caso *Muršič c. Croazia*, la Corte europea conferiva al mancato rispetto dello standard spaziale minimo di 3 metri quadri pro capite, il valore di presunzione 'assoluta' di violazione dell'art. 3 CEDU. Questo orientamento, inaugurato con

la pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*<sup>77</sup> del luglio del 2009 con cui la Corte europea condannava per la prima volta l'Italia a causa del sovraffollamento carcerario<sup>78</sup>, non è tuttavia riuscito a consolidarsi, lasciando presto il passo ad una diversa impostazione che attribuisce alla circostanza che il detenuto sia stato ristretto in uno spazio inferiore a 3 mq valore di presunzione solo 'relativa' di violazione della Convenzione.

Questa seconda interpretazione (anche nota come *minimalist approach*<sup>79</sup>) ritiene che la disponibilità di uno spazio inferiore ai 3 metri quadri pro capite non possa comportare automaticamente l'accertamento di una violazione della Convenzione, ma soltanto una forte presunzione di violazione, superabile dallo Stato con la prova della sussistenza di elementi idonei a compensarla. Il *leading case* di tale orientamento è rappresentato dalla Grande Camera *Ananyev c. Russia*<sup>80</sup>, in cui la Corte europea ha elaborato quello che è stato definito l'*Ananyev test*, individuando, in concreto, gli elementi che devono essere contestualmente soddisfatti per garantire la compatibilità delle condizioni detentive con il rispetto della dignità dell'uomo:

---

<sup>77</sup> *Sulejmanovic c. Italia*, cit. Lo standard spaziale dei 3 metri quadrati viene ricostruito dai giudici alsaziani a partire dalla analisi della giurisprudenza europea in materia di sovraffollamento. In particolare, i giudici osservano che le pronunce in cui la Corte aveva giudicato la carenza di spazio personale talmente grave da giustificare, da sola, la violazione dell'art. 3 della CEDU, erano tutte accomunate dalla circostanza che i detenuti avevano avuto a disposizione meno di 3 mq di spazio<sup>77</sup>; invece, nei casi in cui il detenuto aveva avuto a disposizione uno spazio variabile dai 3 ai 4 mq, la Corte aveva ritenuto l'elemento spaziale insufficiente a fondare una violazione della Convenzione, e aveva quindi tenuto conto di altri aspetti che, sommati alla carenza di spazio, potevano integrare un trattamento inumano e degradante.

<sup>78</sup> M. Bortolato (2009) "Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti. La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti", *Questione Giustizia*, 5, 111-121. Nello stesso senso anche A. Tamietti, M. Fiori, F. De Santis, D. Ranalli, V. Ledri (2013) "Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Torreggiani e altri*", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1, 54-55.

<sup>79</sup> Questa espressione è utilizzata dal giudice Sicilianos il quale, nella *dissenting opinion* alla sentenza della sezione I della Corte EDU nel caso *Muršič c. Croazia*, ricostruisce i diversi orientamenti della Corte in tale materia collocandoli lungo una linea che va da un *minimalist approach* ad un *maximalist approach*, adottato in alcune pronunce contro la Romania (*Apostu c. Romania*, 3 febbraio 2015, §79), in cui la Corte aveva ritenuto sufficiente a integrare una violazione dell'art. 3 CEDU l'accertamento della disponibilità da parte del detenuto di uno spazio inferiore a 4 mq.

<sup>80</sup> *Ananyev e altri c. Russia*, 10/01/2012, ricorso n. 42525/07 e 60800/08. Per un commento si veda, D. Ranalli (2014) "Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 155-173.



(a) ogni detenuto deve avere a disposizione un letto individuale; (b) ogni detenuto deve avere a disposizione almeno tre metri quadri di superficie calpestabile; (c) la superficie totale della cella deve essere tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella.

Il mancato rispetto di uno di questi elementi non determina automaticamente la violazione della CEDU, bensì “fa sorgere una forte presunzione che le condizioni detentive integrino un trattamento inumano e degradante”. La Corte considera quindi la disponibilità di uno spazio inferiore a 3 metri quadri non come elemento di per sé sufficiente a fondare una violazione della Convenzione ma come una delle condizioni che devono essere, a tal fine, contestualmente valutate. In questo modo i giudici di Strasburgo attribuiscono alla valutazione in ordine alla violazione della CEDU un carattere non più assoluto, ma relativo, così come il giudice Zagrebelsky aveva auspicato nella sua opinione dissenziente alla sentenza Sulejmanovic, laddove aveva ritenuto il solo criterio spaziale di per sé insufficiente ad integrare una violazione dell'art. 3 della CEDU, sul presupposto che tale valutazione è relativa e “dipende dall'insieme degli elementi della causa, in particolare dalla durata del maltrattamento, dalle conseguenze psicofisiche che ha cagionato, nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima”.

L'impostazione sostenuta dal giudice Zagrebelsky è stata poi ripresa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo che, chiamata a pronunciarsi sul caso *Muršič c. Croazia*<sup>81</sup>, conclude per l'assenza di violazione dell'art. 3 della Convenzione, pur in presenza di uno spazio detentivo inferiore ai tre metri quadri. In tale pronuncia, la Corte EDU, dopo aver riconosciuto di essersi avvalsa di orientamenti non uniformi, esprime la volontà di giungere ad una definitiva armonizzazione della materia e, a tal fine, osserva come, in base alla propria giurisprudenza consolidata, la valutazione del livello minimo di gravità non può essere imprigionata in presunzioni assolute, dovendo piuttosto dipendere da “tutte le circostanze del

<sup>81</sup> *Muršič c. Croazia*, Grande Camera, cit. Per un commento si veda F. Fiorentin (2015) “Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento ‘multifattoriale’ e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, *Muršič c. Croazia*”, *Archivio Penale Web*, 3, consultabile all'indirizzo: <https://archiviopenale.it/carceri-pene-inumane-e-degradanti--corte-eur-dir-uomo-sez-i-12-marzo-2015-mursic-c-croazia-con-nota-di-f-fiorentin/contenuti/4889>; F. Picozzi, A. Albano (2015) “Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte europea dei diritti dell'uomo in *Muršič c. Croazia*: un caso icastico”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 19(3), 149-169.



caso, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima"<sup>82</sup>. Solo un esame completo delle condizioni di detenzione permette di comprendere la realtà quotidiana dei detenuti, per questo tale valutazione "non può (...) ridursi a un calcolo del numero di metri quadri assegnati al detenuto"<sup>83</sup>.

Nei casi in cui risulti che il ricorrente sia stato detenuto in uno spazio inferiore alla soglia minima dei 3 metri quadri, sul Governo convenuto incombe l'onere di dimostrare che sussistano quegli elementi individuati dalla Corte come idonei a compensare la carenza di spazio personale e, quindi, a vincere la forte presunzione di violazione della Convenzione. La Corte individua i fattori in grado di compensare la mancanza di spazio personale, in tre condizioni che devono essere cumulativamente rispettate: *i*) la permanenza in celle dallo spazio ristretto deve essere breve, occasionale e di modesta entità; *ii*) devono essere garantite una sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di adeguate attività, entrambe al di fuori della cella; *iii*) la struttura complessiva deve essere adeguata, non dovendo sussistere altri aspetti che aggravino le condizioni di detenzione del ricorrente<sup>84</sup>.

Nel caso in cui, invece, il detenuto abbia a disposizione uno spazio compreso tra i 3 e i quattro metri quadri, per integrare una violazione dell'articolo 3 CEDU è necessario che il dato spaziale sia accompagnato da altre cattive condizioni materiali di detenzione, "in particolare la mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, la cattiva aereazione, una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, un'assenza di riservatezza nelle *toilette* o delle cattive condizioni sanitarie e igieniche"<sup>85</sup>.

Tale decisione ha suscitato, nella dottrina italiana, opinioni contrastanti. La presunzione assoluta di violazione della Convenzione in caso di detenzione al di sotto dei tre

---

<sup>82</sup> Muršič c. Croazia, Grande Camera, cit., §97.

<sup>83</sup> *Ivi*, §123.

<sup>84</sup> Muršič c. Croazia, Grande Camera, cit., §138. "Le riduzioni dello spazio personale in rapporto al minimo obbligatorio di 3 metri quadri sono brevi, occasionali e minori; si accompagnano a una libertà di movimento sufficiente fuori della cella e ad attività fuori cella adeguate; il ricorrente è recluso in un istituto che offre, in linea generale, delle condizioni di detenzione dignitose e non è sottoposto ad altri elementi ritenuti circostanze aggravanti delle cattive condizioni di detenzione".

<sup>85</sup> *Ivi*, §152.



metri quadri, aveva consegnato ai giudici di sorveglianza italiani un criterio geometrico certo per valutare la sussistenza di un trattamento inumano o degradante. Se ciò, da un lato, aveva aperto la strada a valutazioni eccessivamente schematiche, incentrate sul solo elemento spaziale (sotto i tre metri quadri, la violazione sussiste, sopra i tre metri quadri, non sussiste), aveva anche avuto il pregio di fissare una soglia al di sotto della quale il ristoro doveva essere necessariamente corrisposto. In questo contesto, l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU, pur ponendo le condizioni per portare l'attività di accertamento della gravità del pregiudizio ad una dimensione non più incentrata solo su valutazioni della metratura della cella, rischiava di essere letta come un pretesto per ridurre ulteriormente le ipotesi di accoglimento dei reclami, anche nei casi di detenzione in spazi inferiori ai tre metri quadri<sup>86</sup>.

Distinguendo le due fasi di applicazione del rimedio compensativo, è stato dunque possibile comprendere quale sia stato l'impatto della sentenza europea sulla giurisprudenza interna e se questa, all'atto pratico, abbia determinato una progressione o una involuzione sul piano della tutela dei diritti del detenuto.

### 6.3. Il primo approccio della giurisprudenza fiorentina all'art. 35-ter

Nei primi mesi di vigenza del reclamo si assiste, in linea con quanto accade a livello nazionale<sup>87</sup>, ad una vera e propria 'corsa alle armi' da parte dei detenuti, determinati ad utilizzare lo strumento che avrebbe dovuto compensare le sofferenze ingiustamente subite durante la detenzione. La maggior parte delle istanze presentate nei primi due anni di vigenza dell'istituto è tuttavia andata incontro ad una pronuncia di rito: il 32% dei procedimenti si è

<sup>86</sup> In tal senso si veda l'intervento di parte terza presentato dall'associazione L'Altro diritto Onlus alla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Muršič c. Croazia, consultabile all'indirizzo: <http://www.adir.unifi.it/odv/sportello/tpi/mursic-it.pdf>, in cui al §11 si legge che: "In questa prospettiva si comprende la logica della relativizzazione del criterio spaziale operata dal ragionamento della sentenza Muršič. Allo stesso tempo siamo molto preoccupati che questo approccio non sia letto in Italia, e forse in altri Stati membri, come un modo di ridurre il livello di protezione erodendo il contenuto del principio della forte presunzione".

<sup>87</sup> F. Fiorentin (2015) "L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter, l.n. 354/195", *Processo penale e giustizia*, 3, 150-157.



concluso con un ‘non luogo a procedere’<sup>88</sup>, il 27% con una declaratoria di inammissibilità<sup>89</sup>. Inoltre, nei casi in cui il giudice si è addentrato a valutare il merito della questione prospettata dal ricorrente<sup>90</sup>, il procedimento si è concluso con un rigetto 64 volte su 100.

Passando in rassegna le ordinanze, salta subito all’occhio la ‘semplificazione’ operata dai giudici che, aditi per valutare il rispetto della dignità dell’uomo, si sono concentrati sulla sola questione del sovraffollamento carcerario, facendo dipendere l’accoglimento o il rigetto dell’istanza dal risultato di astratte operazioni di calcolo dei metri quadrati disponibili in cella, piuttosto che da valutazioni concrete sulle condizioni detentive subite dal ricorrente. Ciò anche in quei casi in cui il ricorrente lamentava, nel ricorso, non tanto e non solo la carenza di spazio ma anche altri aspetti della vita detentiva non meno importanti, quali, ad esempio, l’insufficiente areazione e illuminazione delle celle, le condizioni igieniche, la quantità delle ore trascorse al loro interno.

Leggendo le ordinanze ci si rende presto conto che i provvedimenti di accoglimento coincidono – nella pressoché totalità dei casi – con vicende inerenti al mancato rispetto dello standard spaziale minimo dei tre metri quadri e le rare ipotesi in cui il reclamo è stato accolto nonostante l’avvenuto rispetto del parametro spaziale, non conseguono ad un oculato esame da parte del giudice della complessiva condizione detentiva del reclamante, bensì alla mancata contestazione da parte dell’amministrazione penitenziaria dei fatti allegati dal

---

<sup>88</sup> La pressoché totalità dei provvedimenti di non luogo a procedere ha trovato giustificazione nella avvenuta scarcerazione per fine pena del detenuto (64%) o nella concessione ad esso di una misura alternativa in un momento successivo alla presentazione dell’istanza (30%). Per giurisprudenza conforme dell’Ufficio, infatti, l’uscita del detenuto dal circuito carcerario doveva considerarsi idonea a ritenere la domanda “improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla riduzione della pena” e, conseguentemente, a radicare la competenza nelle mani del giudice civile.

<sup>89</sup> È interessante notare come nel 47% dei casi l’inammissibilità sia stata dichiarata in ragione della indeterminatezza e genericità delle domande. Nel redigere personalmente i propri ricorsi, i detenuti, soprattutto nel periodo di prima applicazione del rimedio, omettevano l’indicazione di alcune informazioni rilevanti ai fini della decisione e, talvolta, rivolgevano al Magistrato di sorveglianza una generica richiesta di ‘sconto di pena’, senza indicare né gli istituti penitenziari né i periodi in cui ritenevano di aver subito il pregiudizio.

<sup>90</sup> Solo nel 36% dei casi tuttavia il giudice ha valutato nel merito la questione prospettata dal ricorrente.



ricorrente<sup>91</sup>. Le ordinanze esaminate seguono il medesimo schema decisorio: il giudice dopo aver puntualmente calcolato lo spazio disponibile all'interno della cella, passa frettolosamente in rassegna le ulteriori doglianze del ricorrente, contrapponendovi informazioni sulle condizioni generali e sulle attività astrattamente offerte dall'istituto ricavate dai prospetti analitici trasmessi dall'amministrazione penitenziaria. Nella ordinanza n. 8897 del 2014 si legge, ad esempio, che:

Quanto alle 'doglianze' – di per sé assai generiche e comunque non riscontrabili siccome non circoscritte e puntuali – di vedere poco l'educatore, piuttosto che di non potere tener colloqui quotidiani o, infine, di riferite carenze igienico-sanitarie, all'evidenza non costituiscono (a prescindere dalla loro fondatezza in fatto) elementi tali da integrare il concetto di detenzione umanamente degradante<sup>92</sup>.

O ancora, nell'ordinanza n. 8555 del 2014, il giudice, dopo aver richiamato i precisi e gravi motivi di reclamo allegati dal detenuto (quali, *ex multis* l'insufficiente areazione e illuminazione, la carenza dell'impianto termo-idraulico dell'istituto, l'intollerabilità delle condizioni igieniche, a causa della presenza di scarafaggi, zecche, acari della scabbia, escrementi e nidi di piccione nel terrazzino; la fatiscenza delle docce comuni, pervase dalla muffa e soggette ad allagamento; l'inadeguatezza dei locali per la fruizione delle ore d'aria), una volta accertato il rispetto dello standard spaziale, si limita ad osservare, relativamente agli altri elementi allegati, come:

Pur non essendo prive di rilevanza le doglianze rappresentate nel ricorso e sopra elencate ai punti 2. (illuminazione e aerazione), 3. (riscaldamento), 4. e 5. (igiene), 6. (ore d'aria), l'Istituto Penitenziario fiorentino vi ha contrapposto spiegazioni e chiarimenti che, pur non essendo sempre singolarmente sufficienti a vincere le contestazioni mosse, contribuiscono nel loro insieme a fornire un quadro più completo della situazione carceraria vissuta dal reclamante, che nel periodo interessato si è trovato senz'altro a

<sup>91</sup> L'Ufficio di Sorveglianza di Firenze ha infatti adottato un virtuoso indirizzo giurisprudenziale che, alla luce del principio di non contestazione, ritiene provati i fatti allegati dal ricorrente non contestati dall'amministrazione penitenziaria.

<sup>92</sup> In tal senso, Ord. n. 9717/2014 UDS Firenze.



vivere dei disagi, anche importanti, ma non tali da integrare gli estremi del trattamento inumano e degradante, avendo potuto sempre fruire di un sufficiente spazio vitale minimo, di un considerevole numero di ore all'esterno della cella, di condizioni igieniche non ottimali ma accettabili, di un congruo ventaglio di offerte lavorative, culturali, formative, ricreative e sportive, ad alcune delle quali lo stesso ha peraltro partecipato in misura non trascurabile<sup>93</sup>.

Non si comprende in che modo il 'quadro completo' della situazione carceraria vissuta dal reclamante possa essere ricostruito per mezzo delle sole informazioni contenute nei prospetti analitici trasmesse dal carcere (informazioni che, per espressa ammissione del giudice, non sono sempre "singolarmente sufficienti a vincere le contestazioni mosse"). Dato il loro contenuto generico e standardizzato, le relazioni dell'amministrazione penitenziaria, possono essere tutt'al più utili per delineare le condizioni generali dell'istituto ma non sono di certo sufficienti per conoscere la concreta situazione carceraria e dunque il grado di gravità della violazione subita dal ricorrente. Per comprendere se il pregiudizio lamentato dall'istante violi o meno l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice deve disporre di una serie di informazioni ulteriori ricavate al termine di un'indagine più approfondita che passi attraverso un più ampio esercizio dei suoi poteri probatori. In altre parole, per escludere la sussistenza di trattamento inumano e degradante non può essere sufficiente constatare come, dalla relazione trasmessa dalla amministrazione penitenziaria, emerga che l'istituto offre un "congruo ventaglio di offerte lavorative, culturali, formative, ricreative e sportive", essendo indispensabile che il giudice accerti se, per quanto tempo e a quali di queste attività l'istante abbia in concreto potuto prendere parte. Solo in questo modo l'organo giudicante potrà disporre del "quadro completo della situazione carceraria vissuta dal reclamante", la cui conoscenza è il necessario punto di partenza di ogni valutazione in ordine alla sussistenza o meno di un trattamento lesivo della dignità umana.

---

<sup>93</sup> Ord. n. 8555/2014 UDS Firenze.



#### 6.4. La giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte EDU nel caso Muršič c. Croazia

La tendenza dei giudici ad appiattare la valutazione della gravità del pregiudizio sul solo elemento spaziale trova purtroppo conferma anche nel periodo applicativo del rimedio successivo alla pronuncia nel caso Muršič c. Croazia. Si è detto come l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU avesse posto le condizioni per portare la valutazione dei giudici su un piano più alto e onnicomprensivo che non si limitasse a indagini relative alla metratura della cella. Allo stesso tempo, come è stato giustamente osservato in dottrina, l'abbandono della presunzione assoluta di violazione della CEDU nel caso di spazio inferiore ai 3 metri quadri, rischiava di essere letta dai giudici come un espediente per restringere ulteriormente la tutela della dignità e dei diritti dei detenuti. L'analisi condotta sui provvedimenti della sorveglianza fiorentina sembra purtroppo confermare tale timore.

Invero, nonostante emerga nelle ordinanze la volontà dei giudici di adeguarsi al recente orientamento giurisprudenziale europeo e la consapevolezza circa la necessità di procedere ad un'analisi complessiva delle condizioni detentive subite dal ricorrente, nei fatti tale indagine si riduce illogicamente, ancora una volta, ad una assertiva trasposizione delle informazioni contenute nella relazione dell'amministrazione penitenziaria. Nell'ordinanza n. 10047 del 2016, ad esempio, il giudice, dopo aver premesso che il condannato ha proposto reclamo deducendo di aver avuto uno spazio ridotto e poche occasioni di risocializzazione e, dopo aver precisato di volersi conformare ai principi espressi nel caso Muršič, rigetta l'istanza in quanto:

Dalla relazione proveniente dal carcere di Sollicciano si evince che il condannato è stato assegnato a celle aventi la superficie (esclusa quella del locale adibito ai servizi igienici) di metri quadrati 12 e di metri quadrati 25 (sempre esclusa la superficie del bagno); che tali celle sono state occupate nel primo caso da non più di tre persone e, nel secondo caso, da non più di 6 persone di talché la superficie disponibile pro capite è sempre risultata superiore al limite minimo di tre metri quadrati e che il condannato ha avuto la possibilità di trascorrere fuori dalla propria cella un adeguato numero di ore.

Nella stessa direzione si ascrive l'ordinanza n. 3483 del 2017. In questo caso l'interessata lamentava di essere stata ristretta in cella in uno spazio oscillante tra i tre e i quattro metri quadri, insufficientemente areata e illuminata, in presenza di cattive condizioni igieniche, allegando inoltre la violazione della *privacy*. Il giudice, dopo aver accertato che “nel periodo peggiore” la detenuta aveva avuto uno spazio “di poco superiore ai tre metri quadri”, e che “tra passeggi, socialità, attività, scuola e attività di formazione la detenuta ha potuto trascorrere molte ore al giorno fuori dalla cella”, cassa le ulteriori allegazioni, affermando che:

Tutte le restanti lamentele dell'interessato (poca luce naturale ed aria, cattive condizioni igienico-sanitarie, carenze in materia di sicurezza e tutela della *privacy*) sono state negate dalla relazione dell'amministrazione penitenziaria che riferisce di buone condizioni igieniche generali, dotazione regolare di acqua fredda e calda, illuminazione ed areazione corrette, riscaldamento adeguato.

Così come accadeva prima della sentenza Muršič c. Croazia il giudice, dopo accertato il rispetto del parametro dei tre metri quadri, affronta le ulteriori doglianze del ricorrente in maniera sommaria e frettolosa. La superficialità di tale valutazione è facilmente percepibile dall'utilizzo degli aggettivi indefiniti (“adeguato numero di ore”, “riscaldamento adeguato”) inidonei a fornire indicazioni concrete sulla situazione carceraria vissuta dal reclamante: dire che il numero delle ore trascorse fuori dalla cella è ‘adeguato’ non è sufficiente ad escludere il superamento del livello minimo di gravità necessario per integrare la violazione, essendo a tal fine indispensabile comprendere per quante ore e per quali attività al detenuto sia stato consentito di uscire dalla cella.

Dunque, nonostante il teorico riconoscimento da parte dei giudici della pari dignità di tutti gli elementi detentivi da analizzare contestualmente al fine di escludere la sussistenza della violazione dell'art. 3 della CEDU, nella prassi i Magistrati di sorveglianza non riescono ad abbandonare il paradigma spazio-centrico che aveva caratterizzato gli anni di prima applicazione del rimedio compensativo. A ben vedere, la stessa discrepanza tra la teoria e la



pratica si coglie dall'utilizzo distorto o quantomeno semplicistico che, nei casi di detenzione in spazio inferiore ai tre metri quadri, i Magistrati di sorveglianza hanno fatto degli elementi compensativi, necessari per vincere la presunzione di violazione dell'art. 3 della Convenzione. Giova ricordare come la sentenza Muršič c. Croazia sul punto avesse espressamente previsto che la forte presunzione di violazione della Convenzione – sussistente in caso di detenzione in uno spazio inferiore a tre metri quadri – potesse essere superata solo con la prova della contestuale sussistenza di tutti gli elementi compensativi, da valutarsi alla luce della concreta situazione detentiva subita dal ricorrente.

Leggendo le ordinanze si nota come i Magistrati di sorveglianza, pur dimostrando di conoscere in linea teorica il meccanismo delineato dalla sentenza Muršič per superare la forte presunzione di violazione della CEDU<sup>94</sup>, utilizzano poi gli elementi compensativi in modo poco compatibile con tali premesse. Si prenda ad esempio l'ordinanza n. 10035 del 2016 in cui il giudice accerta che il ricorrente è stato ristretto in uno spazio inferiore ai tre metri quadri per più di due anni consecutivi. Ove si fosse realmente conformato a quanto statuito nella sentenza Muršič, avrebbe dovuto logicamente rilevare l'impossibilità di superare la forte presunzione di violazione della Convenzione, in ragione della non breve durata della permanenza in detto spazio. I giudici di Strasburgo avevano infatti accertato all'unanimità la sussistenza della violazione dell'art. 3 della Convenzione rispetto al periodo di detenzione subito per ventisette giorni consecutivi, ritenendo di non poterlo affatto definire 'breve'. Eppure il giudice, dopo aver precisato che spetta all'amministrazione penitenziaria l'onere di dimostrare la sussistenza degli elementi in grado di compensare la mancanza di spazio, passa oltre, ritenendo che:

La Casa Circondariale di Prato abbia soddisfatto all'onere della prova, tenuto conto che dalla relazione citata risulta che per quanto riguarda le ore di permanenza fuori dalla camera detentiva fino al 21.11.2013 il detenuto

---

<sup>94</sup> Nelle ordinanze si legge che: “Solo un analitico esame dei cd. ‘parametri compensativi’ (ovvero valutazione globale dell’offerta trattamentale, quindi periodi del giorno trascorsi fuori dalla cella collettiva, libertà di movimento in carcere: cd celle aperte, quindi decoro complessivo del carcere, quali ad esempio il rispetto delle esigenze sanitarie di base, l’aerazione disponibile, l’accesso alla luce e all’aria naturali, la possibilità di permanere in spazi aperti per un congruo numero di ore e così via) può elidere la forte presunzione di cui sopra”. In tal senso, *ex multis*, ord. n. 10410/2017, 1105/2018.

“aveva la possibilità di recarsi al cortile passeggi dalle ore 8,40 alle ore 10,50 e dalle ore 13,00 alle ore 14,50; all’interno della sezione detentiva in cui il condannato era ristretto era prevista la fruizione della socialità a celle chiuse dalle ore 16,20 alle ore 18,50, una volta alla settimana era prevista la fruizione del campo sportivo, alternativamente di mattina o di pomeriggio con orari che andavano dalle ore 9,00 alle ore 10,30 la mattina, dalle ore 13,00 alle ore 14,30 di pomeriggio, tre volte a settimana poteva fruire della palestra, alternativamente di mattina o di pomeriggio con gli stessi orari previsti per il campo sportivo” che è stato sempre garantito il trattamento di risocializzazione e una equa distribuzione delle opportunità lavorative (...) Rilevato che dalla relazione acquisita risulta che le camere detentive erano illuminate, areate, riscaldate e dotate di servizi igienici riservati<sup>95</sup>.

Riassumendo, il giudice non solo ha considerato bastevole e probante quanto riferito nella relazione dell’amministrazione ma ha ritenuto altresì che quattro ore d’aria al giorno, due ore di ‘socialità a celle chiuse’, la possibilità di recarsi una volta a settimana al campo sportivo e di fruire della palestra, fossero elementi idonei a compensare più di due anni di detenzione vissuti ininterrottamente in uno spazio inferiore a tre metri quadri. La forte, anzi in questo caso fortissima, presunzione di violazione dell’art. 3 della CEDU risulta così agilmente aggirata da una valutazione che, lungi dall’essere puntuale e mirata, prescinde completamente dalle circostanze del caso concreto: non si precisa se il ricorrente abbia svolto attività lavorative o per quanto tempo ma ci si limita ad affermare che, in generale, l’istituto garantisce una ‘equa distribuzione delle opportunità lavorative’; non si parla delle condizioni fisiche e psichiche del ricorrente e non si fa neanche menzione dell’età dell’istante, che al momento della decisione del ricorso aveva 74 anni e che dunque verosimilmente non aveva potuto fruire della palestra e del campo sportivo “alternativamente di mattina o di pomeriggio”.

Ci appaiono, in conclusione, fondate le preoccupazioni di quella parte della dottrina che leggeva nell’abbandono della presunzione assoluta di violazione dell’art. 3 della CEDU il rischio di un ulteriore restringimento della tutela dei diritti dei detenuti. I Magistrati di sorveglianza, infatti, lungi dal valorizzare il carattere multifattoriale dell’accertamento della

---

<sup>95</sup> La parte compresa all’interno delle virgolette è una citazione estesa all’interno dell’ordinanza n. 10035 del 2016, UDS di Firenze.



violazione dell'art. 3 della CEDU, nella maggior parte dei casi, hanno continuato a riconoscere valore preminente al criterio spaziale, prendendo in considerazione gli elementi compensativi solo ove servissero a vincere la presunzione di violazione della Convenzione e dunque a rigettare l'istanza. Peraltro, anche in ordine ai criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo, la giurisprudenza interna è rimasta per lungo tempo appiattita su criteri meramente formali, che sono valsi a restringere ulteriormente l'ambito di tutela della dignità dei detenuti.

## 7. Il criterio di calcolo dello spazio detentivo

Data la centralità assunta dal parametro spaziale nell'accertamento dell'esistenza di un trattamento inumano o degradante, è indispensabile comprendere quale sia il criterio di calcolo adottato dai giudici per misurare la superficie all'interno della cella. Si tratta di capire se i tre metri quadri e dunque lo spazio detentivo minimo debbano essere intesi come lo spazio della cella astrattamente disponibile per ciascun detenuto, ovvero come spazio da esso concretamente 'vivibile'. Pur sembrando, a prima vista, una questione di poco conto, in realtà dall'adesione all'una o all'altra impostazione dipende direttamente l'ampiezza della tutela fornita dall'art. 3 della CEDU: interpretare lo spazio detentivo minimo in termini di "spazio astrattamente disponibile" significa calcolare detto spazio al lordo degli arredi e degli ingombri presenti nella cella; per contro, la lettura dello standard minimo in termini di spazio vivibile impone di detrarre dallo spazio disponibile in astratto quello occupato dagli arredi, portando ad un ampliamento della tutela offerta dall'art. 3 della Convenzione. Pur in assenza di specifiche indicazioni da parte della normativa interna<sup>96</sup>, la questione sarebbe stata di semplice e pronta soluzione se solo i giudici si fossero lasciati guidare dall'unico valore che pervade l'intera materia in esame, ovvero quello della tutela della dignità dell'uomo. Così facendo sarebbero stati sicuramente e naturalmente orientati verso l'interpretazione più garantista e favorevole ai detenuti. Purtroppo, invece, la maggior parte delle volte è stata

<sup>96</sup> L'art. 6 O.P. si limita a prevedere, al primo comma, che "i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono essere di ampiezza sufficiente", mentre l'art. 6 del Regolamento esecutivo prescrive le condizioni igieniche e di illuminazione delle celle, senza stabilire alcun parametro dimensionale minimo.



privilegiata una lettura formalistica della norma, che ha ridotto il meccanismo di tutela della dignità dell'uomo ad un esercizio di "giurisprudenza catastale"<sup>97</sup>, incentrato su calcoli astratti e svincolati dalle peculiarità del caso concreto.

Passando in rassegna le ordinanze pronunciate dai giudici fiorentini, si nota come il risarcimento sia stato negato in tutti quei casi in cui dal calcolo della superficie della cella – conseguito dividendo l'area per il numero dei suoi occupanti – si ottenesse un risultato anche di pochi centimetri superiore ai tre metri quadri. E ciò senza verificare la specifica composizione della cella e senza attribuire alcun rilievo alla maggior parte del mobilio in essa presente. In un'ordinanza dell'agosto 2015<sup>98</sup> il Tribunale di Sorveglianza di Firenze chiarisce che gli arredi, nel loro ingombro minimo ragionevole, non devono essere detratti, in quanto oggetti funzionali a garantire una detenzione umana:

Peggio sarebbe se la cella non contenesse sgabelli, tavoli o armadietti, così che il detenuto non avrebbe dove appoggiare i propri effetti personali, e non avrebbe dove sedersi e trascorrere il tempo, atteso che la camera detentiva è utilizzata per lo svolgimento della vita quotidiana e non deve essere quindi uno spazio vuoto, non arredato o arredato solo in parte, poiché in tal caso davvero la detenzione sarebbe disumana e degradante, non offrendosi al detenuto i minimi supporti per una vita dignitosa in un ambiente destinato al pernottamento e a trascorrere parte della giornata e quindi in quanto tale completo di arredamento congruo e funzionale proprio a garantire l'umanità della detenzione.

Il mobilio, insomma, nella logica dei giudici, non deve essere scomputato poiché funzionale a garantire una detenzione meno degradante di quella che sarebbe scontata in una cella non ammobiliata. Dal momento che gli arredi servono proprio a garantire l'umanità della detenzione, il loro ingombro sarebbe ininfluenza ed anche se occupassero in concreto uno spazio significativo all'interno della cella, non potrebbe esserci una violazione dell'art. 3 della Convenzione. Pare proprio che "i diritti dei detenuti siano limitati come le fette di una

---

<sup>97</sup> L'espressione "giurisprudenza catastale" è stata coniata da R. Piroso, ed è utilizzata a p. 18 del già citato intervento di parte terza presentato dall'associazione L'Altro diritto Onlus in Muršič c. Croazia.

<sup>98</sup> L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze è citata nell'ord. n. 10477/2014, emessa in data 03/10/2015.



torta, se si assicurano gli elementi di arredo essenziali non c'è più possibilità di garantire anche lo spazio minimo personale<sup>99</sup>. Seguendo questa impostazione i giudici, nelle ordinanze analizzate, si limitano a detrarre dallo spazio disponibile in astratto le sole superfici occupate dagli arredi fissi (quali un grande armadio) ma non anche quelle occupate dal resto degli ingombri presenti nella cella, poiché ritenuti “facilmente amovibili”. Tale orientamento ha portato i giudici a ritenere di non dover detrarre neanche lo spazio occupato dal letto, soprattutto nei casi in cui il letto fosse singolo e non a castello, “essendo lo stesso utilizzabile per distendersi di giorno e per dormire la notte e dunque rientrante nello spazio concretamente disponibile del detenuto”. Il diverso destino riservato al letto ‘a terra’ rispetto al letto incastellato, trova giustificazione nell’idea che se il letto a castello, a causa delle sue dimensioni e del suo ingombro, non può essere utilizzato dal detenuto che per sdraiarsi, al contrario il letto singolo può essere facilmente spostato o utilizzato per svolgervi le normali azioni della vita quotidiana, quali ad esempio sedersi, consumare i pasti, leggere, studiare.

Questa linea interpretativa, pur essendo perfettamente coerente con quanto stabilito dalla circolare del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria del 18 aprile 2014 secondo cui le direzioni degli Istituti penitenziari avrebbero dovuto “indicare la superficie risultante dalle planimetrie dell’istituto, senza operare alcuna detrazione dovuta alla ovvia presenza dei mobili<sup>100</sup>, appare in contrasto con le molteplici indicazioni provenienti da Strasburgo e dalla Corte di Cassazione nel senso di dover privilegiare un’interpretazione dello spazio detentivo compatibile con il valore della dignità dell’uomo.

### 7.1. Le indicazioni della Corte EDU e della Corte di Cassazione

Pur non potendo rintracciare nella giurisprudenza europea un vero e proprio orientamento consolidato sul metodo di calcolo dei tre metri quadri<sup>101</sup>, è tuttavia innegabile che i giudici di

<sup>99</sup> S. Ciuffoletti (2017) “Il giudice di *civil law* davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull’(in)effettività del rimedio di cui all’art. 35 *ter* o.p. alla luce di due recenti ordinanze del Magistrato di sorveglianza di Pisa”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12, 5-42, p. 13.

<sup>100</sup> Circolare DAP, N. Prot. Gdap-0145780 del 18 aprile 2014, “Contenzioso ai sensi degli artt. 35-bis e 69 o.p. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite”.

<sup>101</sup> Basti pensare che nel caso *Tellissi c. Italia*, 5/3/2013, ricorso n. 15434/11. del marzo 2013, la Corte europea aveva incluso nella determinazione dello spazio minimo sia la superficie dei mobili che quella occupata dal



Strasburgo abbiano privilegiato un'interpretazione dello spazio coerente con la finalità ultima di tutela della dignità e dei diritti del singolo detenuto. Nella sentenza *Ananyev e altri c. Russia*, i giudici di Strasburgo interpretano il concetto di 'spazio minimo personale' in termini di superficie concretamente vivibile dai detenuti<sup>102</sup>, richiedendo che l'area della cella sia tale da "consentire ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella"<sup>103</sup>. Lo stesso principio è stato successivamente ripreso dalla sentenza della Grande Camera nel caso *Muršič c. Croazia* in cui la Corte non si limita ad illustrare il metodo di calcolo adottato nel caso specifico che si trova a decidere ma fornisce anche una preziosa indicazione di ordine generale, laddove stabile che "l'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella":

La Corte (...) ritiene, appoggiandosi in questo al metodo del CPT, che in questo calcolo la superficie totale della cella non debba comprendere quella dei sanitari (paragrafo 51 *supra*). In compenso il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili. L'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella (cfr., ad esempio, *Ananyev e altri, cit.*, §§ 147-148; e *Vladimir Belyayev, cit.*, § 34)<sup>104</sup>.

La Corte europea in questa pronuncia sembra indicare che, a prescindere dal metodo di calcolo adottato nel caso concreto, ciò che conta è determinare se i detenuti abbiano la disponibilità di uno spazio che consenta il normale movimento. Una valutazione di questo tipo non può seguire regole di calcolo valevoli in astratto poiché dipende necessariamente dalla situazione concreta in cui il detenuto si trova ristretto. In altre parole, per comprendere se un detenuto abbia o meno la possibilità di 'muoversi normalmente' non è sufficiente conoscere la planimetria della cella ma è indispensabile sapere quali sono gli arredi che la

---

bagno; laddove, nella pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte calcolava invece, lo spazio disponibile detraendo la superficie occupata dal bagno ma al lordo dell'area occupata dai mobili.

<sup>102</sup> Si veda l'intervento di parte terza presentato dall'associazione L'altro diritto ONLUS alla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Muršič c. Croazia, cit.*, §13: "Il test di *Ananyev* si fonda non solo sullo spazio personale minimo disponibile in carcere, ma anche sull'idea di uno spazio vivibile".

<sup>103</sup> *Ananyev e altri c. Russia, cit.*, §148.

<sup>104</sup> *Muršič c. Croazia, Grande Camera, cit.*, §114.



occupano, qual è il loro ingombro, il loro peso e dove sono allocati. Questa lettura della giurisprudenza europea – che, invero, appare anche “l’unica che permetta di riportare la discussione in ordine al calcolo relativo ai metri quadri disponibili (...) su un piano giuridico, che, non sia detto per inciso, è il piano della valutazione della violazione del diritto alla dignità di una persona”<sup>105</sup> – è stata avallata dalla Corte di Cassazione che ha adottato un’interpretazione del calcolo dello spazio disponibile conforme alla lettura più garantista della giurisprudenza europea.

Prima della sentenza della Grande Camera della Corte europea *Muršič c. Croazia*, la giurisprudenza di legittimità era stata, sul punto, altalenante: in alcuni casi non aveva detratto lo spazio occupato dal mobilio dalla superficie lorda della cella<sup>106</sup>; in altri casi, al contrario, lo aveva sottratto<sup>107</sup>; in altri casi ancora, aveva fatto riferimento alla nozione di “superficie calpestabile” per indicare l’area che doveva essere presa in considerazione ai fini del calcolo dei 3 mq<sup>108</sup>; in alcuni casi, aveva poi ritenuto che anche lo spazio occupato dal letto non potesse rientrare nella superficie netta<sup>109</sup>. Tuttavia, a seguito della pronuncia della Corte europea, e in particolare a partire dalla sentenza *Sciuto* n. 52819 del 2016<sup>110</sup>, la giurisprudenza di legittimità interpreta in chiave funzionale la nozione di spazio minimo individuale come “spazio destinato al movimento” e chiarisce che il criterio del calcolo dei 3 mq al lordo del mobilio, utilizzato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Muršič c. Croazia*, deve essere necessariamente coniugato con l’altro criterio ivi espresso, costituito dalla facoltà di muoversi normalmente nella cella. Alla luce di ciò, la Suprema Corte enuncia un importante principio di diritto:

Per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie lo spazio

<sup>105</sup> In tal senso, S. Ciuffoletti (2017), cit., p. 12.

<sup>106</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 18 ottobre 2013, n. 4290.

<sup>107</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 5 febbraio 2014, n. 5728.

<sup>108</sup> In tal senso, Corte Cass. Pen., Sez. VI, 3 giugno 2016, n. 23277; Corte Cass. Pen., Sez. VI, 13 luglio 2016, n. 29721.

<sup>109</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 26 febbraio 2015, n. 8568.

<sup>110</sup> Corte Cass. Pen., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 52819.



destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto<sup>111</sup>.

Tale linea interpretativa è stata poi ripresa in numerosi arresti successivi. In particolare, nella decisione Sez. I n. 41211 del maggio 2017 la Suprema Corte ha affermato che la porzione di spazio individuale minimo deve intendersi come “superficie funzionale alla libertà di movimento del recluso, già di per sé fortemente limitata dall’esperienza segregativa”. Non può dunque essere considerata superficie ‘utile’ alla integrazione della quota di spazio minimo individuale, “quella occupata da arredi fissi che, seppur necessari, assolvono a finalità diverse rispetto a quella del movimento del corpo nello spazi”.

Nonostante che tale lettura dello spazio in termini di superficie funzionale al movimento possa ormai dirsi consolidata, i giudici di sorveglianza hanno ritenuto di non poterla condividere, giudicando le pronunce della Cassazione in contrasto con quanto stabilito dalla Corte europea. Adottando un’interpretazione restrittiva del criterio di calcolo dello spazio personale elaborato nella sentenza *Muršič*, i giudici di sorveglianza hanno valorizzato unicamente l’assunto per cui nel calcolo della superficie si deve escludere lo spazio occupato dai sanitari ma includere quello occupato dai mobili, ignorando invece il principio di chiusura in virtù del quale ciò che conta è comprendere se i detenuti abbiano la possibilità di muoversi normalmente all’interno della cella. Nelle ordinanze fiorentine si legge che:

Secondo la più recente giurisprudenza della Corte Europea (cfr. sentenza 20.10.2016 *Muršič c. Croazia*) la determinazione dello spazio detentivo minimo dei 3 metri quadrati (al di sotto del quale si configura “une forte *présomption de violation de l'article 3*”) deve essere effettuata escludendo, da un lato, la superficie del locale adibito a servizio igienico, ma tenendo conto, dall’altro, dello spazio occupato dagli arredi e dai mobili<sup>112</sup>.

Il metodo di calcolo dello spazio evincibile dalla sentenza *Muršič*, richiamato senza la necessaria contestualizzazione e senza la valorizzazione degli altri elementi contenuti nella

---

<sup>111</sup> Nota n. 110: Corte Cass. Pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, ricorrente Sciuto, §3.8 del Considerato in diritto.

<sup>112</sup> In tal senso, Ord. n. 10130 del 2014, emessa in data 22 dicembre 2016.



pronuncia è servito ai giudici per mantenere l'accertamento del livello minimo di gravità del pregiudizio su un piano astratto e svincolato dalla reale condizione vissuta dal reclamante. I calcoli effettuati dai giudici sono sempre automatici e standardizzati: dallo spazio ottenuto dividendo la superficie lorda della cella per il numero degli occupanti, viene detratto lo spazio occupato dal bagno, 0,20 metri quadri per ciascun arredo fisso, e, in alcuni casi, il letto a castello, di metratura standard di 1,72 metri quadri. Ciò che non si trova mai, nelle ordinanze, è la descrizione della reale struttura della cella e della concreta disposizione dei mobili all'interno di essa, informazioni indispensabili per valutare la possibilità del detenuto di muoversi normalmente all'interno della cella.

Questa impostazione formalistica è così radicata nella prassi applicativa del rimedio compensativo, da non riuscire ad essere scalfita neanche dall'indirizzo consolidato della Corte di Cassazione<sup>113</sup>. Giudicando le indicazioni della Suprema Corte in contrasto col criterio di calcolo dello spazio enunciato da Strasburgo, i giudici di sorveglianza hanno dichiarato di dover preferire la lettura della Corte europea a quella della Cassazione, in forza del rinvio contenuto nell'art. 35-ter alla giurisprudenza alsaziana che sarebbe dunque destinata a prevalere su quella interna:

---

<sup>113</sup> La stessa argomentazione è utilizzata dai Magistrati di sorveglianza di Pisa nelle “gemelle pisane” compendiate da S. Ciuffoletti (2017), cit., p. 13: “Alla ricerca non solo del diritto consolidato europeo, ma di un ‘diritto dei principi’ consolidato, il magistrato di sorveglianza di Pisa cerca affermazioni espresse e inequivocabili all'interno della giurisprudenza alsaziana e le trova nel principio per cui ‘gli arredi fissi (compreso il letto) non debbano essere sottratti nel computo dello spazio pro capite in cella’”.



Al riguardo è sufficiente osservare che, in virtù di quanto dispone *expressis verbis* l'art 35-ter ord., ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di cui all'art 3 della Convenzione europea occorre fare riferimento all'interpretazione adottata dalla Corte Europea, con la conseguenza che tale soluzione interpretativa è destinata a prevalere rispetto all'eventuale diversa soluzione enucleabile dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (e tutto ciò a prescindere dal fatto che il criterio secondo cui lo spazio detentivo minimo deve essere determinato al netto dello spazio occupato dai mobili non appare condivisibile nella misura in cui non sembra tener conto del fatto che il letto ed mobili sono comunque necessari ai fini della quotidiana vivibilità della cella)<sup>114</sup>.

A ben vedere, non sussiste alcun contrasto tra la giurisprudenza europea e quella di legittimità, avendo quest'ultima interpretato e trasposto nel diritto interno il principio enunciato dalla Corte EDU della "possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella"; ma, anche a voler ritenere che un contrasto tra giurisprudenza nazionale e sovranazionale ci sia, non può non rilevarsi come quella della Corte di Cassazione si prospetti come una interpretazione *in melius* in punto di tutela dei diritti dei detenuti, interpretazione che quindi dovrebbe prevalere su quella, più restrittiva, della Corte europea. La giurisprudenza di legittimità non ha fatto altro che leggere le indicazioni europee in modo tale da garantire una massima espansione della protezione dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto enunciato al comma 3 dell'art. 27 della Costituzione, in virtù del quale "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

Se la *ratio* dell'intera disciplina è quella di garantire una tutela effettiva dei diritti e della dignità in carcere, non si possono ignorare tutti quegli sforzi interpretativi volti a massimizzare l'operatività dei rimedi, tanto più se tali sforzi interpretativi provengono dalla Corte di Cassazione. Del resto, è la stessa Corte costituzionale a dire, nella sentenza n. 49 de 2015, che il giudice nazionale "non è un passivo recettore del comando esegetico del giudice di Strasburgo", essendo al contrario chiamato a svolgere una funzione di interpretazione del principio convenzionale che gli consenta di trovare la soluzione più idonea ad espandere al

---

<sup>114</sup> Ord. n. 10130/2014.



massimo la protezione dei singoli diritti fondamentali. La giurisprudenza di legittimità, interpretando lo spazio minimo in chiave funzionale, ha esteso e garantito la portata di un diritto fondamentale in modo maggiore rispetto a quella sovranazionale. Alla luce di ciò, si ritiene che tale approdo interno non possa soccombere dinanzi ad una concezione formalistica della norma, volta, al contrario, a restringere la concreta operatività del rimedio interno.

In conclusione, per tornare alla metafora con cui si è introdotto il nostro studio, pare proprio che le modalità con cui i giudici hanno recepito l'atto normativo esercitino un notevole 'attrito' nel percorso di espansione della tutela dei diritti in carcere. I Magistrati di sorveglianza, pur essendo dotati di una significativa discrezionalità nella lettura della giurisprudenza europea hanno scelto, il più delle volte, di ridurre la discussione sul carcere e sul senso di umanità a riflessioni di tipo catastale, dimostrando di vivere con una certa prudenza il loro ruolo di garanti dei diritti dei detenuti. Questo approccio formalistico, in evidente contrasto con il criterio della 'maggior tutela' che dovrebbe orientare il giudice nell'applicazione della norma, è il riflesso di una cultura giuridica non ancora del tutto aperta al riconoscimento della dignità dei detenuti e, al contempo, il più grande ostacolo alla sua concreta affermazione. Per invertire questa tendenza è necessario che i giudici sostituiscano alla logica dei metri quadrati quella del senso di umanità, recuperando i valori della individualità, eterogeneità e complessità degli esseri umani. Fino a che i Magistrati di sorveglianza riterranno di poter valutare il rispetto della dignità dell'uomo sulla base di semplicistiche operazioni materiali e impersonali di calcolo dello spazio in cella, la fiducia dei detenuti nell'utilità del ricorso continuerà a diminuire di pari passo con l'effettività della tutela, e il senso di umanità sarà destinato a rimanere escluso dai penitenziari italiani.

