

**PARERE DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI
SUL DECRETO LEGGE 23 DICEMBRE 2013 N. 146**

Audizione Camera dei Deputati – Commissione Giustizia

9 gennaio 2014

In relazione al testo del DL in esame, oggi all'esame della Camera, l'ANM esprime, in linea generale, apprezzamento sulle misure adottate che vanno incontro alle indicazioni che provengono dall'Europa e, almeno in parte, alle proposte formulate dall'ANM: così, ad esempio:

art. 6: l'ampliamento delle ipotesi di espulsione dei detenuti non appartenenti alla UE e

art. 2: la scelta di **trasformare le ipotesi di spaccio 'lieve' in fattispecie autonoma di reato** (che ne dovrebbe limitare sul piano sanzionatorio l'applicazione troppo rigorosa, senza escludere d'altro canto l'applicazione di misure cautelari), scelta che – sia pure con qualche incertezza interpretativa – emerge dalle modifiche introdotte nell'attuale comma 5 dell'art. 73 del DPR n. 309/1990. Quanto alla **riduzione della pena edittale massima prevista per tali fatti lievi** da sei a cinque anni, tale riforma appare condivisibile. Si osserva, peraltro, che, se fosse modificato il limite di pena previsto dagli artt. 274 lett. c) e 280 comma 2 c.p.p., i quali consentono l'applicazione della custodia in carcere per i reati puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione, quella misura potrebbe non essere più consentita per le ipotesi di spaccio "lieve", salvi i casi di trasgressione alle prescrizioni inerenti a una misura (art. 280 comma 3 c.p.p.).

Parere positivo va espresso in ordine alla **trasformazione in misura permanente dell'esecuzione penale presso il domicilio negli ultimi 18 mesi (art.5)**, misura già introdotta in via transitoria dalla legge 199/10 e che ha garantito finora la stabilizzazione delle presenze nei limiti attuali, seppur ancora di molto eccedenti la capienza regolamentare, e che attua un tendenziale livellamento con la normativa sulle pene detentive non carcerarie (legge delega ancora in fase di approvazione in Parlamento).

Già nel corso dell'estate scorsa il decreto legge n. 78 del 1° luglio 2013, convertito nella legge 9 agosto 2013 n. 94, aveva in parte corretto i paradossi della legge 5 dicembre 2005 n.251 (c.d. ex Cirielli) ma d'altra parte costituito, anche per alcuni ripensamenti avvenuti in sede di conversione, una riforma a metà e dunque una parziale risposta al severo richiamo della CEDU che, con la sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013, ha individuato nel sovraffollamento e nel degrado delle carceri italiane una delle più significative ipotesi di violazione da parte dell'Italia della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo

Si è dunque posta l'esigenza - che la magistratura associata non può che condividere - di imprimere una decisa accelerazione al **processo di riforma di quei settori dell'ordinamento penale e penitenziario che adeguano alle previsioni costituzionali le condizioni della detenzione**, offrendo, inoltre, le più promettenti potenzialità deflative. Tale esigenza è stata con forza e autorevolmente sostenuta dal Capo dello Stato, che, con il suo messaggio alle Camere dell'8 ottobre, ha indicato, fra l'altro, la necessità di introdurre quegli strumenti normativi che possano porre rimedio, in tempi ragionevolmente brevi e in maniera strutturale, all'attuale situazione patologica, ponendo le condizioni per "un sistema rispettoso del dettato costituzionale sulla funzione rieducativa della pena e sui diritti e la dignità della persona"; a ciò si è aggiunto il monito della Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 279 del 9 ottobre (depositata il 22 novembre), pur respingendo la questione di legittimità sollevata da alcuni Tribunali di sorveglianza sulla norma

dell'art. 147 c.p., ha invitato il legislatore a risolvere in tempi brevi la condizione di sovraffollamento, non escludendo il ricorso da parte del giudice, in caso di inattività del Parlamento, a rimedi 'estremi' quali quelli già ammessi in altri Paesi per la sospensione di una pena che, per essere contraria al senso di umanità, nega la sua stessa legittimità. Su tali linee si colloca il decreto in esame.

Se dunque, in linea generale, vanno accolte con favore le riforme volte a promuovere il ricorso alle misure alternative, con specifico riferimento alle pene e ai residui di pena di durata contenuta, si osserva che **la materia dell'esecuzione penale va tenuta distinta dalla disciplina delle misure cautelari**. Va perciò considerata con notevole perplessità – anche alla luce dell'attuale, condivisibile tendenza a rafforzare l'ambito delle misure alternative – ogni eventuale riforma che mirasse a legare il divieto di applicazione di misure cautelari custodiali, anche domiciliari, alla previsione di una possibile sospensione dell'esecuzione in vista della concessione di misure alternative alla detenzione. Un tale collegamento, infatti, da un lato trascurerebbe le differenze strutturali e funzionali che esistono fra misure cautelari e fase esecutiva, dall'altro potrebbe determinare una notevole espansione dell'area di divieto di applicazione della custodia cautelare, divieto che potrebbe risultare così esteso, pur in presenza di accertate, attuali esigenze cautelari, ai reati per i quali fosse prevedibile l'irrogazione in concreto di una pena detentiva fino a tre anni di reclusione.

Nella prospettiva di un rafforzamento dell'azione di controllo e garanzia della qualità del trattamento penitenziario, va espresso parere positivo in ordine all'**ampliamento dei poteri del magistrato di sorveglianza**, seppur con la viva e crescente preoccupazione che non si sia ancora affrontato il problema della cronica scarsità delle risorse - attualmente del tutto inadeguate quanto a mezzi materiali e persone - di questo vitale settore della magistratura, in particolare, per quanto qui interessa, al fine di garantire i sperati effetti deflativi conseguenti all'applicazione del beneficio, con effetti retroattivi, della liberazione anticipata 'speciale', il cui impatto immediato sta già mettendo in ginocchio gli Uffici di sorveglianza, come anche in relazione agli aumentati spazi giurisdizionali di intervento in materia di diritti (con l'introduzione del reclamo 'giurisdizionale' ex art. 35 *bis* o.p. ex art. 3 co. 1 lett. *b* del DL) ed alla valorizzazione della funzione 'monocratica' del magistrato di sorveglianza (**art. 3 co. 8 lett. *d, g e i* del DL**).

Un giudizio positivo va espresso anche su quegli interventi che riguardano la **semplificazione e la razionalizzazione delle procedure di sorveglianza** e la **normativizzazione delle prassi più virtuose degli Uffici di sorveglianza** (**art. 1 co. 1 lett. *c* e art. 3 co. 8 lett. *e* del DL**), sulla scorta delle indicazioni a suo tempo fornite dalla Commissione mista del CSM e recepite in una recente Risoluzione del Consiglio, per consentire alla magistratura di sorveglianza di recuperare il suo ruolo principale di giudice della rieducazione e insieme di giudice dei diritti delle persone detenute. Pur consapevole della straordinarietà dell'intervento, l'ANM non manca di sottolineare il deciso salto in avanti costituito dalla presente normativa, che, introducendo per la prima volta significative modifiche nell'ordinamento penitenziario, contiene aspetti di indubitabile novità ed anche di apprezzabile razionalità. Pur tuttavia l'ANM non si esime dal sottolineare quegli aspetti che presentano criticità e che meriterebbero di essere riveduti in sede di conversione. In particolare e scendendo nel dettaglio delle singole previsioni:

- **art. 3 co. 1 lett. *b*** (**art. 35 *bis* o.p.: reclamo 'giurisdizionale'**). Proprio alla luce delle prescrizioni imposte da Strasburgo, la norma soddisfa una priorità fortemente avvertita che è quella di assicurare un maggior livello di tutela giurisdizionale introducendo la nuova ipotesi di reclamo giurisdizionale esperibile davanti al magistrato di sorveglianza, con l'intento di rispondere alla sollecitazione della CEDU di introdurre un ricorso 'interno' idoneo ad offrire un effettivo rimedio *preventivo* anche rispetto alle situazioni in contrasto con l'art. 3 CEDU. Al fine di assicurare

l'effettività della tutela giurisdizionale è stato previsto, da un lato, il potere del magistrato di ordinare all'amministrazione interessata di porre rimedio alla accertata sussistenza del pregiudizio oggetto del reclamo con l'immediata efficacia esecutiva del provvedimento (siccome derivante dallo schema procedimentale tipico previsto, per il procedimento di sorveglianza, dagli articoli artt. 666 e 678 c.p.p. esteso per la prima volta, con apprezzabili garanzie per i diritti delle parti coinvolte e nel pieno rispetto del contraddittorio, alla materia della tutela dei diritti delle persone ristrette), e dall'altro il potere dello stesso magistrato che ha emesso il provvedimento di ottenerne l'ottemperanza, una volta in giudicato, da parte dell'Amministrazione pur tenendo conto del 'programma attuativo' predisposto dalla stessa se compatibile con il soddisfacimento del diritto. Si tratta in questo caso di un'assoluta novità per un giudice, quello di sorveglianza, finora sprovvisto del potere di far eseguire i propri provvedimenti in materia di diritti e che interviene, dopo un vuoto normativo durato quasi 15 anni, a colmare la lacuna segnalata dalla sentenza della Corte costituzionale (la n. 26 del 1999) che ha imposto al legislatore di introdurre un reclamo giurisdizionale contro gli atti lesivi dei diritti delle persone private della libertà personale.

Va tuttavia fin da subito segnalata l'opportunità che, fissando il DL all'art. 9 la clausola di 'invarianza finanziaria', si stabilisca espressamente in sede di conversione che per le spese della procedura di ottemperanza di cui all'art. 35 *bis* o.p. (come introdotto dall'art. 3 co. 1 lett. *b*) il giudice provveda per il tramite delle spese di giustizia, non essendo chiaro su chi gravi l'onere finanziario della procedura (si pensi ad esempio alle spese inerenti la eventuale nomina del Commissario *ad acta*). In caso contrario la tutela in tal modo assicurata rischia di essere del tutto vanificata.

- **art. 3 co. 8 lett. c e d.** Si esprime parere favorevole all'introduzione della possibilità di applicazione provvisoria dell'affidamento in prova ai servizi sociali ex art. 47 o.p. ad opera del magistrato di sorveglianza con ordinanza che conserva efficacia fino alla decisione del tribunale (potere già attribuito al magistrato di sorveglianza in materia di affidamento terapeutico per soggetti tossicodipendenti ed alcolodipendenti ex art. 94 DPR 309/90 e per tutte le ipotesi di detenzione domiciliare anche alla stregua della novella del DL 78/13 conv. in L. 94/13), strumento che consente, nei casi di pacifica progressione trattamentale, l'immediata adozione del beneficio superando "l'anomalia" della vigente formulazione, secondo cui il condannato può ottenere in sede cautelare un provvedimento di contenuto più ampio (liberazione senza alcuna prescrizione in ordine ai rapporti con l'UEPE, alla dimora, alla libertà di locomozione, al lavoro, etc.) di quello che potrà ottenere in sede di merito, con evidente violazione del principio di strumentalità della giurisdizione cautelare rispetto a quella di merito. Con tale novella, infine, si intende evitare che il condannato trascorra un periodo in totale libertà, in assenza di vincoli di qualsivoglia natura (prospettiva che, attualmente, sconsiglia sovente l'adozione del provvedimento "cautelare") a fronte dell'effetto positivo che deriva, per contro, dall'avvio immediato della misura alternativa anche al fine della più breve prossimità del fine pena.

- **art. 3 co. 8 lett. e.** La modifica del comma 8 (che prevede l'attribuzione in via esclusiva al direttore dell'UEPE della proposta di deroga temporanea alle prescrizioni dell'affidamento e la possibilità di autorizzazione anche solo 'orale' del magistrato di sorveglianza) se da un lato trae spunto da una "buona prassi" già sperimentata presso alcuni uffici di sorveglianza e recepita in una recente Risoluzione del C.S.M. ai fini del miglioramento della tempistica del servizio per l'utenza riguardo alla gestione delle piccole esigenze quotidiane dell'affidato, dall'altro ne vanifica gli effetti poiché non evita l'attuale macchinoso passaggio dell'istanza dall'UEPE all'ufficio di sorveglianza, la registrazione dell'istanza medesima, l'autorizzazione del magistrato, la trasmissione della stessa all'UEPE e la comunicazione della decisione da parte dell'UEPE all'affidato, né fa conseguire alcun importante risparmio in termini di tempo e di energie amministrative (sia da parte delle cancellerie degli uffici di sorveglianza che da parte degli stessi UEPE), senza considerare

l'attribuzione ad un organo giurisdizionale di impropri poteri di autorizzazione 'orale' che espongono l'affidato, non in grado di documentare adeguatamente l'ottenimento di detta autorizzazione solo verbale, al rischio di segnalazioni da parte delle forze dell'ordine per violazioni alle prescrizioni. Meglio sarebbe stato normativizzare la prassi adottata in alcuni uffici di sorveglianza di attribuire in via esclusiva al Direttore dell'UEPE, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza, le autorizzazioni alle deroghe temporanee migliorando significativamente la tempistica del servizio e salvaguardando le esigenze di controllo e coordinamento, in ogni caso assicurate dall'informativa periodica, realizzando non trascurabili economie tenuto conto che un solo ufficio di sorveglianza di medie dimensioni rilascia oltre un migliaio di deroghe temporanee alle prescrizioni ogni anno, con corrispondente numero di trasmissioni di istanze da parte dell'UEPE.

- **art. 3 co. 8 lett. i.** In relazione alla modifica dell'art.69 co. 6 o.p. si segnala l'opportunità che il sindacato di merito del provvedimento disciplinare sia esteso anche all'ipotesi prevista dall'art. 39 n. 3 o.p. (esclusione dalle attività ricreative e sportive) al fine di assicurare la più piena protezione ai diritti dei detenuti pur non sottovalutando i rischi di una eccessiva ingerenza della magistratura di sorveglianza nell'esercizio del potere disciplinare spettante all'autorità penitenziaria (il cui sindacato fino ad oggi era limitato ai soli profili di legittimità). Pare in ogni caso opportuno che, una volta esteso al merito (implicante esso necessariamente anche i profili di adeguatezza della sanzione irrogata al fatto commesso), sia previsto che il reclamo, salvo i casi di manifesta infondatezza o inammissibilità ex art. 666 co. 2 c.p.p., sospenda l'esecuzione del provvedimento, fatto sempre salvo il potere del Direttore di applicazione della sanzione in via d'urgenza ex art. 78 DPR 230/00.

Quanto alle altre disposizioni contenute nel decreto, si osserva:

- **art. 4.** Liberazione anticipata 'speciale'. Il DL ha introdotto un rimedio parzialmente 'compensativo' (che faceva oggetto della seconda richiesta proveniente dalla CEDU) assicurato attraverso il riconoscimento di un ulteriore sconto di pena ai detenuti meritevoli che, dal 1 gennaio 2010 - da quando cioè la condizione di sovraffollamento è diventata intollerabile – abbiano subito una limitazione del loro diritto ad un'esecuzione dignitosa, pur non essendo collegato tale rimedio alla diretta violazione dei parametri stabiliti dalla CEDU e quindi concesso indipendentemente da essa. Si tratta di un intervento che può trovare giustificazione in via transitoria – così come previsto – alla luce della straordinaria gravità della situazione carceraria e ferma la necessità degli ulteriori interventi strutturali già indicati dall'ANM, che dovrebbero toccare anche la quantità delle strutture detentive e la qualità del trattamento penitenziario. In ogni caso la norma, per come è formulata, comporta rilevanti difficoltà applicative oltre ad evidenti difetti di coordinamento con le altre norme dell'ordinamento.

Si segnala in particolare:

- il comma 5 prevede che lo speciale beneficio non possa essere applicato ai condannati ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare ed irragionevolmente non include in tale esclusione coloro che siano stati ammessi all'esecuzione della pena al domicilio ex l. 199/10 o si trovino agli arresti domiciliari esecutivi ex art. 656 co. 10 c.p.p., soggetti ai quali dovrebbe così applicarsi la maggiore detrazione di 30 gg. relativamente ai periodi trascorsi in tutto o in parte in tali misure, ancorché queste siano in tutto e per tutto assimilabili alle altre misure alternative (espressamente indicate nel comma) dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare; la dimenticanza comporta un'evidente disparità di trattamento tra coloro che, espando la pena in affidamento in prova una pena o in detenzione domiciliare, non possono godere della maggiore detrazione e tra coloro che, viceversa, possono usufruirne pur trovandosi in situazioni del tutto

assimilabili. Poiché la ratio della norma è volta a determinare importanti effetti deflativi mercè la concessione, ai soggetti che abbiano dato prova di adesione al trattamento in carcere, di uno sconto ulteriore di pena - eccezionale e temporaneo - al fine di favorirne la fuoriuscita dal circuito carcerario, non appare coerente viceversa la concedibilità a chi pur già si situi all'esterno dell'ambito detentivo (come appunto chi usufruisca dell'esecuzione domiciliare ex l. 199/10 ovvero si trovi agli arresti domiciliari esecutivi ex art. 656 co. 10 c.p.p.);

- non è chiarito in che misura sopravviva la disciplina 'ordinaria' dell'art. 54 o.p., in particolare per quanto concerne la concedibilità del beneficio straordinario ai condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* o.p. per i semestri, a decorrere dal 1 gennaio 2010, che ancora non siano stati valutati dal magistrato di sorveglianza;

- la previsione (art. 4 co. 4) limitata ai soli condannati 'per taluno dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* o.p.' dell'ulteriore requisito del 'concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità', oltre a porsi in contrasto con il comma 1 dell'art. 4 *bis* o.p. (che consente l'applicazione del beneficio della detrazione ordinaria di gg. 45 pur ai condannati per reati gravissimi, c.d. di 'prima fascia', anche in mancanza di collaborazione a norma dell'art. 58 *ter* o.p.) è di difficile comprensione e inoltre pone dubbi interpretativi in ordine al possibile 'scorporo' del cumulo nei casi di concorso di reati o unificazione di pene concorrenti, semestre per semestre, rallentando in maniera significativa l'istruttoria da parte degli uffici di sorveglianza (con l'acquisizione delle sentenze e di tutti gli atti di osservazione da cui possa emergere la richiesta significativa 'evoluzione della personalità'), tale da rendere assai limitati gli sperati immediati effetti deflativi. Ferma restando l'applicazione integrale, non derogata, della disciplina 'ordinaria' dell'art. 54 o.p., si dovrebbe in ogni caso rimettere integralmente alla magistratura di sorveglianza, caso per caso, la concessione della maggiore detrazione per i pregressi periodi già valutati anche ai condannati 'per taluno dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* o.p.' osservando in ogni caso, anche in questa sede, come già in occasione delle precedente audizione del luglio 2013, che irrazionali automatismi riferiti a particolari categorie di condannati non sembrano tenere in adeguato conto le esigenze di personalizzazione ed individualizzazione del trattamento connesse alla funzione rieducativa della pena così come sancita dall'art. 27 Cost. poiché si sostituiscono alla valutazione del giudice cui solo spetta l'apprezzamento della pericolosità;

- non si comprende, dato il testo letterale del comma 4, se ai condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* o.p., possa essere concessa, in mancanza del presupposto ivi previsto ('concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità'), in ogni caso la detrazione ordinaria di gg. 45 per i periodi non ancora maturati, con evidente disparità di trattamento (in caso di interpretazione più restrittiva) rispetto a coloro che, nelle loro stesse condizioni, abbiano viceversa già ottenuto il beneficio ordinario.

- **art. 7 (Garante nazionale)**. Si esprime apprezzamento per l'introduzione della nuova figura del Garante nazionale al fine di assicurare una migliore tutela dei diritti delle persone detenute rafforzandone anche il primo livello, quello non giurisdizionale. Sebbene tale organo sia istituito presso lo stesso Ministero della Giustizia si ritiene che il previo parere della competenti Commissioni parlamentari sia comunque idoneo a garantirne appieno imparzialità ed indipendenza al fine dello svolgimento di compiti che richiedono necessariamente tali requisiti (compiti di vigilanza, di sollecitazione e di informazione nonché di raccordo con le istituzioni interessate, ivi compresa la magistratura).

- **art. 1 co. 1 lett. a**. Per quanto riguarda infine **la norma sul c.d. 'braccialetto elettronico'** (in realtà una 'cavigliera'), la cui efficacia è stata comunque differita al momento della conversione in legge, lascia perplessi l'inversione dell'onere motivazionale del giudice. In effetti, con tale

inversione, il legislatore sembra operare una parziale trasformazione della ratio di tale strumento, che diviene mezzo di rafforzamento in via ordinaria della misura domiciliare, laddove, finora, si trattava di una particolare e più efficace modalità di esecuzione della misura medesima, diretta a ridurre il ricorso alla custodia in carcere, attraverso la messa a disposizione di una forma di controllo al domicilio più agevole ed immediata. Apprezzabile risulta invece l'intento di sollevare le forze dell'ordine dai pesanti obblighi di controllo al domicilio, ai quali dovrà peraltro sostituirsi la previsione di interventi immediati nel caso in cui il sistema di controllo elettronico riveli l'avvenuta violazione della misura. Infine, andrebbe attentamente approfondita, sul piano pratico, la compatibilità fra tale scelta normativa e la concreta disponibilità delle predette apparecchiature e la possibilità di rapida installazione e collaudo.

Esprimendo in definitiva un parere sostanzialmente positivo sull'intervento riformatore, pur con le riserve illustrate sopra, la magistratura associata ribadisce che il problema del sovraffollamento carcerario continua a richiedere in ogni caso ulteriori interventi strutturali di largo respiro, dentro e fuori le carceri, e sottolinea le difficoltà in cui si viene a trovare, in particolare, la magistratura di sorveglianza, che finora non ha ottenuto benefici dalla recente riforma delle circoscrizioni giudiziarie (riforma per altri aspetti sostenuta con forza dalla magistratura associata) e che si appresta ancora una volta ad affrontare riforme straordinarie con organici insufficienti e con personale amministrativo ridotto al minimo.

Roma, 9 gennaio 2014

L'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI