

QUESTIONI APERTE

Tutela dei diritti del detenuto

La decisione

Trasferimento dei detenuti - Diritto alla salute dei detenuti e degli internati - Reclamo giurisdizionale (Ord. penit., artt. 11, 35 *bis*, 42, 69, comma 1, lett. b).

In caso di trasferimento, il detenuto deve essere comunque destinato all'istituto più vicino alla sua dimora o a quella della famiglia ovvero al suo centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. Ne consegue che qualora l'Amministrazione penitenziaria disponga il trasferimento in assenza di ragioni che consentano di derogare a tali criteri, sradica il detenuto dal contesto territoriale e sociale di riferimento, provocando, in un soggetto già fragile, una destabilizzazione dell'equilibrio psichico tale da causare danni irreparabili. Nel caso di specie, lamentando la palese lesione del diritto ad essere destinato ad un istituto prossimo alla famiglia o al centro di riferimento sociale, l'interessato, imputato in stato di custodia cautelare in carcere, ha proposto reclamo giurisdizionale. Il Magistrato di sorveglianza, competente funzionalmente, preso atto della perizia disposta dal giudice procedente, secondo cui l'istituto presso cui era stato trasferito il detenuto non fosse idoneo alla sua condizione psichica, ha disposto il trasferimento in un istituto dotato di struttura psichiatrica permanente, ritenendo che la destinazione ad un istituto privo di tale struttura costituisse un grave pregiudizio all'esercizio del diritto alla salute, in assenza di ragioni che si ponessero come assolutamente ostative al trasferimento.

MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI VITERBO, 8 MARZO 2022 (ud. 24 febbraio 2022) - P.M. (DIFF.) - S.S., *reclamante*.

Brevi osservazioni sulla tutela dei diritti del detenuto

Con l'ordinanza in commento, il Magistrato di sorveglianza di Viterbo ha ritenuto che l'omesso trasferimento del detenuto in un istituto dotato di struttura psichiatrica permanente costituisca grave pregiudizio all'esercizio del diritto alla salute. Il contribuente, dopo aver esaminato i profili relativi all'ambito applicativo del reclamo giurisdizionale e alla competenza del Magistrato di sorveglianza nell'ipotesi che esso sia proposto da un imputato in stato di custodia cautelare in carcere, si sofferma sul reclamo risarcitorio conseguente alla violazione dell'art. 3 C.E.D.U., scaturente dalla totale insussistenza di ragioni giustificative per lo spostamento dall'iniziale luogo di detenzione più vicino a quello di residenza dei familiari del detenuto.

Brief observations on the protection of prisoners' rights

With the ordinance in question, the supervisory magistrate of Viterbo has upheld that omission of

transfer of the detainee to an establishment equipped with a permanent psychiatric unit seriously compromises the exercise of the right to health. This contribution, after examining the profiles relative to the judicial complaint and the supervisory magistrate, assuming that the complaint is lodged by a defendant held in custody, focuses on the claim for compensation following the violation of article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which derives from the total inexistence of justifiable reasons for the transfer away from the initial place of detention nearer to the residence of the detainee's family.

SOMMARIO: 1. Il caso deciso. - 2. Una breve esposizione del sistema di tutela dei diritti dei detenuti. - 3. Le posizioni soggettive tutelabili mediante il reclamo giurisdizionale. - 4. La competenza a decidere del Magistrato di sorveglianza in caso di reclamo proposto da detenuto in stato di custodia cautelare in carcere. - 5. La tutela della salute psichica del detenuto. - 6. Un profilo del trattamento penitenziario: i trasferimenti. - 7. Il rimedio riparatorio.

1. *Il caso deciso.* Con il provvedimento in epigrafe, il Magistrato di sorveglianza di Viterbo ha accolto il reclamo proposto dalla difesa del detenuto, ex art. 35 *bis* ord. penit., ed ha, per l'effetto, disposto il trasferimento di quest'ultimo dalla casa circondariale di Viterbo a quella di Pescara.

La vicenda processuale può sintetizzarsi nei termini che seguono.

S.S., detenuto in virtù di misura cautelare, già condannato in primo grado ed in attesa di deposito della motivazione della sentenza di secondo grado, confermativa della condanna irrogatagli dal giudice di prime cure, veniva trasferito dall'istituto penitenziario di Pescara a quello di Viterbo. Avverso tale provvedimento, la difesa proponeva reclamo, ritenendo il trasferimento lesivo dei diritti statuiti a favore dei detenuti dall'art. 42 della legge di ordinamento penitenziario e, rilevando che il detenuto aveva tentato il suicidio, evidenziava come «spesso i trasferimenti interrompono percorsi intrapresi e sono anche una delle cause ricorrenti dei tentativi di suicidio».

Il Magistrato di sorveglianza, rilevato che il perito nominato dalla Corte di assise di appello dell'Aquila, nel ritenere compatibili le condizioni psichiche del prevenuto con la detenzione, diagnosticando «disturbi di personalità con tratti prevalenti del Cluster B istrionici, narcisistici ed antisociali», definiva l'istituto detentivo di Viterbo non idoneo alle condizioni psichiche del detenuto, ha ritenuto che l'omesso rientro dello stesso presso la Casa circondariale di Pescara o comunque l'omesso trasferimento presso un istituto dotato di struttura psichiatrica permanente costituisca un grave pregiudizio all'esercizio del diritto alla salute del detenuto, in assenza dell'indicazione di ragioni che si pongano come assolutamente ostative al trasferimento e, pertanto, ha disposto che il detenuto sia trasferito presso la Casa circondariale di Pescara o, in presenza di ragioni assolutamente ostative, presso altro istituto dotato di strut-

tura psichiatrica permanente.

L'ordinanza offre l'occasione per riflettere sull'ambito applicativo del reclamo giurisdizionale e sulla competenza del Magistrato di sorveglianza in caso che venga adito da un imputato in stato di custodia cautelare in carcere, nonché sulla tutela della salute psichica del detenuto e sul rimedio compensativo introdotto dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92.

2. *Una breve esposizione del sistema di tutela dei diritti dei detenuti.* I diritti dei detenuti hanno necessitato di un lungo *iter* giurisprudenziale affinché fosse loro riconosciuta una concreta giustiziabilità. Infatti, nella formulazione originaria la legge di ordinamento penitenziario non prevedeva un rimedio giurisdizionale di carattere generale per la tutela dei diritti del detenuto, bensì soltanto rimedi specifici per specifiche situazioni. In particolare, era previsto ed è tuttora previsto il reclamo al tribunale di sorveglianza contro i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria in materia di sorveglianza particolare ed in materia di regime detentivo speciale, mentre contro i provvedimenti in materia disciplinare l'art. 69, comma 6, ord. penit. prevede che il detenuto possa proporre reclamo nelle forme stabilite dall'art. 14 *ter* della medesima legge.

In tutti gli altri casi nei quali il detenuto lamentasse la violazione di un diritto, in virtù di un provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria, era prevista soltanto la possibilità di rivolgere le proprie doglianze a varie autorità amministrative e giudiziarie, tra le quali anche il Magistrato di sorveglianza, nelle forme del reclamo cosiddetto generico previsto dall'art. 35 della legge di ordinamento penitenziario. Tuttavia, tale reclamo non aveva carattere giurisdizionale, decidendo il magistrato al di fuori di qualsiasi formalità processuale e senza contraddittorio¹ e con un provvedimento privo di forza cogente nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria², nonché non impugnabile, attesa la sua natura amministrativa, né con reclamo giurisdizionale al Tribunale di sorveglianza né con ricorso in Cassazione³. Quindi, chiamata a pronunciarsi sulla

¹ Cfr. Cass., Sez. I, 23 maggio 2002, n. 20240, Rv. 221446; Id., Sez. I, 7 marzo 2001, n. 17270, Rv. 218821. In dottrina, nello stesso senso, DI CHIARA, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2013, 315 ss.

² È il rilievo di Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Cass. pen.*, 1999, 1718, secondo cui «il reclamo dei detenuti o internati, ancorché rivolto al magistrato, non si distingue da una semplice doglianza, in assenza di alcun potere dell'interessato di agire in un procedimento che ne consegue».

³ Cass., Sez. I, 7 marzo 2001, n. 17270, cit. In dottrina, per un analogo rilievo, cfr. COPPETTA, *Art. 35*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, Padova, 2019, 457; nonché, NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019, 53.

legittimità del sistema di tutela previsto dalla legge di ordinamento penitenziario, in particolare degli artt. 35 e 69 nella parte in cui limitano a specifiche situazioni l'utilizzabilità del reclamo giurisdizionale, la Corte costituzionale, sul finire degli anni novanta del secolo passato, ne dichiarava la illegittimità nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei dritti dei detenuti, osservando, da un lato, che lo stato di detenzione non annulla la titolarità dei diritti del detenuto; dall'altro, che alla titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il potere di farli valere dinanzi a un giudice con un procedimento giurisdizionale⁴. Tuttavia, la lacuna normativa generata da tale declaratoria di illegittimità ha stentato ad essere colmata. Difatti, soltanto in seguito ad una ulteriore condanna dell'Italia, da parte della Corte EDU, per la violazione dell'art. 3 C.E.D.U., a causa del sovraffollamento carcerario, è stato introdotto il reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 35 *bis* ord. penit.⁵, onde adempiere agli obblighi imposti dalla Corte di Strasburgo, che, rilevata l'assenza nell'ordinamento italiano di rimedi effettivi che consentissero sia di intervenire per interrompere immediatamente una violazione in atto, sia di fornire una adeguata riparazione del danno subito a causa della violazione, concedeva all'Italia il termine di un anno, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza, entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio al problema definito sistemico dall'organo di giustizia sovranazionale⁶. Contestual-

⁴ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, cit., che sollecitava un intervento legislativo per colmare le lacune del sistema. Tuttavia, l'inerzia del legislatore costringeva il Giudice delle leggi ad intervenire nuovamente, ribadendo che spettasse al legislatore effettuare le scelte necessarie per disciplinare la materia e spettasse «ai giudici, frattanto, individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato» (Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, in *Cass. pen.*, 2001, 823). A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità individuava nella procedura disciplinata dall'art. 14 *ter* ord. penit. lo strumento giurisdizionale utilizzabile dal magistrato di sorveglianza per l'accertamento di eventuali lesioni dei diritti dei detenuti ad opera dell'Amministrazione penitenziaria (Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 1362).

⁵ Il riferimento è al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in L. 21 febbraio 2014, n. 10, intitolato «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria». A parere di DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 133, tale provvedimento legislativo ha dato finalmente «riconoscimento normativo al principio, affermato in giurisprudenza, della tutelabilità delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria»; mentre, «La collocazione del nuovo reclamo subito dopo l'art. 35 o.p., dedicato al reclamo non giurisdizionale, ha il significato - come si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legge - di "sottolineare la progressività dei meccanismi di tutela e la loro riconducibilità ad un sistema integrato e unitario"».

⁶ Il riferimento è a Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013, con nota di VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Per

mente sono state apportate modifiche all'art. 69 ord. penit., relativo alle funzioni ed ai provvedimenti del Magistrato di sorveglianza, che disciplina i casi nei quali il reclamo può essere attivato.

3. *Le posizioni soggettive tutelabili mediante il reclamo giurisdizionale.* Per quanto rileva in questa sede va osservato che il nuovo reclamo giurisdizionale può essere impiegato anche in caso di inosservanza, da parte dell'Amministrazione, di disposizioni previste dalla legge di ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalle quali derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.

Il problema interpretativo più complesso è l'individuazione delle situazioni soggettive meritevoli di tutela. A tal proposito, il legislatore ha rimesso al diritto vivente la determinazione del perimetro operativo del reclamo giurisdizionale, manifestando, di tal guisa, grande fiducia nella magistratura⁷. Risulta, quindi, preliminare alla determinazione delle situazioni soggettive tutelabili la fissazione dei criteri per la loro individuazione. Tuttavia, non sempre la tutelabilità in astratto di una determinata situazione giuridica soggettiva è sufficiente ad assicurare che la domanda del detenuto sia fondata⁸; mentre, la posizione particolare del detenuto impone che egli debba godere di una tutela particolarmente attenta⁹.

ulteriori commenti alla sentenza, senza pretesa di esaustività, cfr. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani dir. internaz.*, 2013, 147 ss.; DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 948 ss.; TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.; TAMIETTI-FIORI-DE SANTIS DI NICOLA-RANALLI-LEDRI, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani ed altri*, in *Rass. penit. criminol.*, 2013, 49. Merita ricordare che la sentenza in parola era stata preceduta da Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. penit. criminol.*, 2009, 375 ss., la quale aveva condannato per la prima volta l'Italia per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. - che, come noto, vieta la sottoposizione a tortura e a trattamenti inumani e degradanti - a causa delle condizioni in cui era costretto il detenuto all'interno dell'istituto penitenziario, affermando che il sovraffollamento oltre un certo limite, ossia allorché lo spazio vitale a disposizione del singolo detenuto sia inferiore a 3 mq, costituisce trattamento inumano e degradante.

⁷ Così VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di Caprioli-Scomparin, Torino, 2015, 220.

⁸ Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2013.

⁹ In tali termini, ancora, VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, cit., 220. Per MARCHESELLI, *I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in www.ristretti.it, «anzi forse [...] più attenta e intensa di un soggetto libero». Peraltro, la tutela in parola deve fondarsi sul principio di proporzionalità. A tal proposito, cfr. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1348, il quale osserva che «ancorché delimitata dalla legge, l'attività amministrativa - che miri alla doverosa realizzazione dell'interesse pubblico, attraverso interventi capaci di comprimere la sfera giuridica della persona ristretta - deve essere guidata dal criterio d'azione della proporzionalità [il

La giurisprudenza di legittimità, per individuare il confine delle posizioni tutelabili, si è sempre richiamata alla distinzione tra diritti soggettivi e aspettative di mero fatto¹⁰. I primi tutelabili con il mezzo giurisdizionale previsto dall'art. 14 *ter* ord. penit.; le seconde, con il reclamo *de plano* previsto dall'art. 35 della stessa legge¹¹. In dottrina, invece, è stata impiegata una classificazione sistematica, che suddivide le posizioni soggettive tenendo conto, da un lato, del combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Costituzione; dall'altro, della funzione rieducativa della pena, principio pur esso di fonte costituzionale¹². Di tal guisa, facendo riferimento alla funzione che la Costituzione assegna alla pena, viene individuato un primo nucleo di diritti, riconosciuti ai soli internati e condannati e comprensivo del diritto alla rieducazione e del diritto ad un trattamento penitenziario non differenziato. Viceversa, un secondo nucleo di di-

quale] si pone come limite irrinunciabile all'esercizio dei poteri amministrativi di natura autoritativa, assicurando che si adottino, nei confronti della persona *in vinculis*, misure restrittive o coercitive non eccessivamente afflittive e, comunque, sempre rispettose del "nucleo essenziale" di ciascun diritto fondamentale»; e, volendo, TABASCO, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Padova, 2017, 9-10, in cui viene osservato che «Nel rapporto tra le situazioni giuridiche soggettive del detenuto e l'esercizio dei poteri autoritativi dell'Amministrazione penitenziaria, il valore della dignità umana, posto al centro del sistema normativo dalla Costituzione, impone che l'interesse pubblico perseguito possa essere legittimamente realizzato soltanto attraverso misure restrittive e coercitive che comportino un sacrificio delle situazioni giuridiche del detenuto proporzionato rispetto al beneficio perseguito. Nel contesto di tali rapporti [quindi] il principio di proporzionalità esplica la sua efficacia, garantendo che i diritti del detenuto delimitino le posizioni di potere, [di guisa che in virtù di esso] l'esecuzione di misure restrittive e coercitive imposte dall'Amministrazione non deve determinare un sacrificio eccessivo ed inaccettabile dei diritti inviolabili del detenuto».

¹⁰ Cass., Sez. I, 7 ottobre 2013, n. 41474, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2014, con nota di GASPARRI, *L'alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41 bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*; Id., Sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, Rv. 238841; Id., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, Rv. 227517.

¹¹ Senza pretesa di esaustività vengono individuate alcune situazioni soggettive che sono state tutelate in via giurisprudenziale prima dell'introduzione del reclamo giurisdizionale. Cass., Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, cit., che ha riconosciuto il diritto del detenuto a non subire condizioni detentive inumane, a causa del sovraffollamento; Id., Sez. I, 8 marzo 2011, n. 20979, Rv. 250506, che ha affermato il diritto di un detenuto, sottoposto al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., ad incontrare in via permanente un ministro di culto; Id., Sez. I, 24 novembre 2009, n. 49988, Rv. 245969, che ha ritenuto contraria agli artt. 3 e 8 CEDU, oltre che all'art. 27, comma 3, della Costituzione, la sottoposizione di un detenuto a videosorveglianza costante anche nel locale adibito a bagno; Id., Sez. I, 20 febbraio 2008, n. 7791, Rv. 238721, che ha riconosciuto il diritto del detenuto ad accedere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita; Id., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, cit., secondo cui l'amministrazione penitenziaria deve operare nel rispetto di determinate garanzie, e che l'esercizio del potere di perquisizione è comunque soggetto a controllo giurisdizionale, per cui il detenuto non va sottoposto a perquisizioni ingiustificate; Id., Sez. un., 26 febbraio 2003, cit., che ha riconosciuto il diritto del detenuto ad avere colloqui visivi e telefonici.

¹² Per tale inquadramento cfr. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, *passim*.

ritti, che trovano fondamento negli artt. 2 e 13 della Costituzione e che sono comuni a condannati ed imputati, garantisce che siano rispettati il diritto alla dignità personale, il diritto alla libertà personale, ovviamente con la limitazione che lo stato di detenzione comporta, il diritto all'integrità psicofisica e alla salute, il diritto alla libertà di coscienza, che comprende sia la libertà di religione che il diritto all'istruzione, il diritto a manifestare il proprio pensiero e alla informazione, il diritto al lavoro, il diritto all'affettività, connesso con il diritto alla comunicazione con l'esterno e con il diritto alla sessualità, il diritto alla giurisdizione¹³. La tutela di tali posizioni soggettive, atteso che il «reclamo giurisdizionale, introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, costituisce il rimedio generale di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive del detenuto e dell'internato, laddove l'ordinamento penitenziario non preveda modelli specifici»¹⁴, è attribuita al Magistrato di sorveglianza, il quale dovrà adottare la procedura disciplinata dagli artt. 69, comma 6, lett. b) e 35 *bis* della legge di ordinamento penitenziario, che, invece, non troverà applicazione, nell'ipotesi di lesione di aspettative di mero fatto¹⁵ o di diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale¹⁶.

Tuttavia, occorre rilevare che l'art. 69, comma 6, lett. b), ord. penit. delimita l'area dei diritti tutelabili. Difatti, prevede che il detenuto possa proporre re-

¹³ Così VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, cit., 221-224. Invece, NOTARO, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale, Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2012, 46, distingue fra diritti intangibili, fra i quali certamente va ricompreso il diritto a non subire un trattamento inumano e degradante, e diritti tangibili, i quali, «inevitabilmente investiti dall'esecuzione della pena, sono destinati ad essere compressi, salvo conservare un margine di rilevanza che risulta da un'operazione di bilanciamento con l'interesse pubblico all'esercizio della pretesa punitiva». Nello stesso senso FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, 2818 ss.

¹⁴ Così FIORENTIN-FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, 575, per i quali «l'ambito di applicazione del nuovo reclamo attiene alla lesione delle posizioni soggettive del detenuto: trattasi, in particolare, della tutela dei diritti e degli interessi legittimi del detenuto la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti, ma anche da comportamenti omissivi o elusivi della amministrazione penitenziaria».

¹⁵ Per tali posizioni soggettive, senza pretesa di esaustività e a mero titolo esemplificativo, cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 2013, n. 23379, Rv. 255490, che ha negato la tutela giurisdizionale alla pretesa del detenuto di vedersi somministrato latte caldo per la prima colazione; Id., Sez. I, 27 ottobre 2008, n. 39974, Rv. 241563, che pure ha negato la tutela giurisdizionale alla pretesa del detenuto di essere assegnato a una determinata sezione dell'istituto carcerario anziché ad un'altra, sempre che questo non si traduca in una violazione di diritti del detenuto.

¹⁶ Così, ancora, FIORENTIN-FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 575, i quali osservano che tali rapporti «trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio e le posizioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti che incidono sulla misura e la qualità della pena».

clamo giurisdizionale soltanto per la tutela di diritti che trovino la loro fonte in una norma della legge di ordinamento penitenziario oppure in una norma del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 231. V'è da chiedersi, allora, se tale previsione possa impedire di presentare reclamo giurisdizionale in caso di violazione di un diritto che trovi fondamento in un ambito normativo diverso dall'ordinamento penitenziario. A tal proposito, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha riscritto l'art. 1 ord. penit., aggiungendo un nuovo terzo comma, in virtù del quale a «ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali». La norma di nuovo conio consente di far rientrare nell'area tutelata dall'art. 35 *bis* ord. penit. tutte le istanze che, attenendo a facoltà strettamente connesse all'individuo in quanto persona, appaiono fondamentali e come tali vanno garantite anche nel corso dell'esecuzione penale. Di tal guisa, anche laddove non sia rintracciabile nell'ordinamento penitenziario una specifica disposizione attributiva di diritti al soggetto *in vinculis*, «il pregiudizio attinente a un aspetto inviolabile della persona astrattamente integra una violazione dell'art. 1, comma 3, ord. penit.», da cui consegue che l'esercizio della potestà amministrativa è illegittimo non solo quando pregiudica al detenuto o all'internato l'espletamento di una facoltà esplicitamente garantita dalla legge di ordinamento penitenziario e del relativo regolamento, ma soprattutto «quando incide irragionevolmente sui diritti e sulle libertà che appartengono alla persona in quanto essere umano e che spettano ugualmente a tutti, anche all'interno del carcere»¹⁷. Una seconda delimitazione è introdotta dalla previsione che il pregiudizio al diritto del detenuto debba essere attuale e grave. Quanto a tale previsione, va osservato che se l'attualità del pregiudizio è da intendersi come esclusione dall'area dei reclami ammissibili i casi in cui il detenuto lamenti una violazione subita in passato e non più in atto, oppure i casi in cui si voglia prevenire una possibile violazione, che non è ancora in atto, la gravità del pregiudizio non è facilmente definibile e costituisce un giudizio di valore rimesso alla valutazione discrezionale del giudice¹⁸, che, a tal fine, «prenderà in considerazione molteplici fattori, quali, tra i tanti, le conse-

¹⁷ NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, cit., 62, la quale prende in prestito la definizione di diritti fondamentali da FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 42.

¹⁸ Come noto i giudizi di valore vengono contrapposti ai giudizi di fatto. La distinzione si fonda sul presupposto che il giudizio di valore non costituisce, in realtà, un vero e proprio giudizio giacché non fornisce una vera e propria conoscenza, bensì la semplice enunciazione di una situazione emotiva. Tuttavia, ciò non esclude che anche i giudizi di valore siano verificabili. Occorre solo stabilire le modalità della verifica, una volta che si ritenga di non poter estendere ad essi i criteri empirici e logico formali ritenuti idonei a verificare tutti gli altri tipi di giudizio.

guenze fisiche e psichiche del detenuto, la lunghezza del trattamento carcerario, l'età, la salute ed il sesso della vittima»¹⁹.

Or, dunque, venendo al caso di specie, alla luce delle brevi osservazioni esposte, la decisione in commento è condivisibile.

4. *La competenza a decidere del Magistrato di sorveglianza in caso di reclamo proposto da detenuto in stato di custodia cautelare in carcere.* Nel caso deciso dall'ordinanza in commento il reclamo è stato proposto da un detenuto in stato di custodia cautelare in carcere. Occorre, dunque, affrontare la questione inerente alla competenza a decidere del Magistrato di sorveglianza. L'Ordinamento penitenziario, con riferimento a taluni istituti, disciplina specificamente la competenza. Ad esempio, i permessi di necessità sono concessi ai condannati e agli internati dal Magistrato di sorveglianza; viceversa, agli imputati, dall'autorità giudiziaria competente a disporre il trasferimento in luoghi esterni di cura, ossia il giudice che procede²⁰. In materia di ricoveri in luoghi esterni la competenza è distribuita in virtù della posizione giuridica dei detenuti, di guisa che nei confronti degli imputati il provvedimento è adottato

¹⁹ FIORENTIN-FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 584, i quali osservano che il grado della gravità «non potendo costituire grandezza “tabellare” predeterminata, dovrà essere valutato volta per volta, nel singolo caso all'esame del giudice». DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 140, ritiene che la gravità del pregiudizio non sia nozione condivisibile, giacché la violazione del diritto del detenuto, qualora accertata, deve essere rimossa, senza valutazioni sulla sua maggiore o minore gravità, dal momento che l'ordinamento non può tollerare alcuna deviazione dalla legalità nell'esecuzione della pena detentiva.

²⁰ Merita osservare che l'interessato potrebbe essere detenuto nella duplice veste di imputato e di condannato. In tal caso, in merito alla individuazione del giudice competente a concedere il permesso, la giurisprudenza di legittimità non è univoca. Secondo un primo orientamento la competenza spetta esclusivamente al giudice della cognizione, il quale può utilizzare gli stessi criteri valutativi di cui si servirebbe il Magistrato di sorveglianza anche mediante assunzione di informazioni sul comportamento in carcere del richiedente (Cass., Sez. I, 19 marzo 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 961; Id., Sez. I, 28 settembre 1982, in *Rass. penit. criminol.*, 1982, 226). Analogamente, qualora la richiesta venga formulata da soggetto che rivesta la duplice veste di detenuto in espiazione di pena e di imputato in stato di custodia cautelare, per un reato in ordine al quale non sia intervenuta sentenza di primo grado e non siano ancora decorsi i termini per proporre appello, Cass., Sez. I, 14 maggio 1998, in *Riv. pen.*, 1998, 916, per ragioni di speditezza e di economia processuale, ha ritenuto la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza, escludendo, perciò, la competenza del Magistrato di sorveglianza. Viceversa, secondo un orientamento minoritario la competenza spetterebbe contemporaneamente al Magistrato di sorveglianza ed al giudice procedente (Cass., Sez. I, 8 marzo 1977, in *Giust. pen.*, 1977, III, 553 ss., secondo cui «La necessità della doppia pronuncia si impone per la diversità dei criteri di valutazione che devono essere utilizzati: il magistrato di sorveglianza dovrà basarsi sulla condotta tenuta in carcere dal condannato; il giudice procedente sulle esigenze connesse al procedimento in corso, che possono comportare l'opportunità di avere a disposizione l'imputato». Nello stesso senso Cass., Sez. I, 10 novembre 1976, in *Riv. pen.*, 1977, 509). Tali difficoltà avrebbero dovuto spingere il legislatore ad individuare un criterio idoneo a fugare ogni dubbio circa l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente.

dal giudice procedente, mentre per i condannati e gli internati provvede il Magistrato di sorveglianza²¹.

Quanto al reclamo giurisdizionale, l'art. 69 ord. penit., nella nuova formulazione introdotta dalla recente riforma penitenziaria, dispone che il Magistrato di sorveglianza provvede anche sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla [...] legge [di ordinamento penitenziario] e del relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

Il termine detenzione accomuna «esperienze strutturalmente e funzionalmente diversificate, quali, da un lato, la carcerazione eseguita in ossequio ad una sentenza irrevocabile di condanna e, dall'altro lato, la custodia cautelare disposta nella pendenza del processo di cognizione, al fine di soddisfare determinate esigenze cautelari ed in presenza di gravi indizi di colpevolezza. Ancora detenuta è la persona che si trova in stato di arresto e fermo»²². Quindi, ricompreso l'imputato in stato di custodia cautelare in carcere nel concetto polisemico di detenuto, ne consegue, come disposto dalla norma, la competenza del Magistrato di sorveglianza a decidere il reclamo giurisdizionale dallo stesso proposto.

In conclusione, il trasferimento del detenuto è stato disposto, dall'Amministrazione penitenziaria, senza alcuna giustificazione, in palese contrasto alle specifiche e tassative indicazioni dei motivi racchiusi nell'art. 42 della legge di ordinamento penitenziario, causando un grave pregiudizio all'esercizio del diritto alla salute. Da qui, l'ammissibilità del reclamo, in quanto il riferimento all'inosservanza delle norme, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, comporta che esso sia utilizzabile sia per contestare i pregiudizi ai diritti del detenuto che derivino da provvedimenti illegittimi sia quelli che scaturiscono da comportamenti omissivi od elusivi dell'Amministrazione; dall'altro, la competenza a decidere del Magistrato di sorveglianza, in quanto la vicenda giudiziaria integra la materia che fonda la giurisdizione sui diritti.

Quanto alla richiesta gravità del pregiudizio per l'ammissibilità del reclamo, opportunamente il giudice adito ne ha riconosciuto la sussistenza, non poten-

²¹ Anche con riferimento al beneficio penitenziario in parola l'interessato potrebbe essere detenuto nella duplice veste di imputato e di condannato, riproponendosi, di tal guisa, la problematica circa l'individuazione del giudice competente a disporre il ricovero, che, tuttavia, potrebbe essere risolta, applicando analogicamente la soluzione adottata dalla giurisprudenza in tema di permessi di necessità.

²² FIORENTIN-FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 27.

dola revocare in dubbio alla luce dei parametri da impiegare per la sua valutazione.

5. *La tutela della salute psichica del detenuto.* Con l'ordinanza in commento, il Magistrato di sorveglianza di Viterbo ha disposto il trasferimento del detenuto dalla casa circondariale di Viterbo a quella di Pescara, ritenendo che l'omesso rientro presso quest'ultima casa circondariale o comunque l'omesso trasferimento del detenuto presso un istituto dotato di struttura psichiatrica permanente costituisca un grave pregiudizio all'esercizio del diritto alla salute. La motivazione con la quale viene accolto il reclamo induce a soffermarsi su talune criticità della recente novella normativa della legge di ordinamento penitenziario in tema di tutela della salute psichica del detenuto²³, la quale si pone in un particolare rilievo nell'ambito dell'assistenza sanitaria²⁴. La direttiva della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, per la riforma penitenziaria, contrassegnata dalla lett. l), prescriveva la «revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena». Tuttavia, il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, recante «riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103, il cui capo I è dedicato al diritto alla salute del soggetto sottoposto a restrizione della libertà in esecuzione di una pena o di una misura cautelare custodiale, ha dato attuazione soltanto alla parte della delega relativa alle disposizioni sanitarie generali, senza nulla prevedere in ordine alla salute psichiatrica. Peraltro, nella nuova formulazione del comma 2 dell'art. 11 della

²³ Sul punto vedi PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 119.

²⁴ L'attenzione dedicata dalla legge di ordinamento penitenziario alle condizioni di salute dei detenuti, sebbene affondi le sue radici nella Carta costituzionale, trae spunto anche da altre fonti sovranazionali, fra le quali assumono rilevanza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 25, rubricato «Protezione della salute», stabilisce che «Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»; le Regole penitenziarie europee, che dedicano l'intera parte III alla salute, prescrivendo all'art. 39 che «Le autorità penitenziarie devono tutelare la salute di tutti i detenuti di cui hanno la custodia»; e gli *Standard* approvati dal Comitato per la prevenzione della tortura. Quanto alla C.E.D.U., è pur vero che essa non contiene alcuna disposizione che tuteli espressamente il diritto alla salute. Tuttavia, il diritto alla salute dei detenuti viene riconosciuto attraverso l'interpretazione ricostruttiva, operata dalla Corte di Strasburgo, dell'art. 3 della Convenzione, che vieta «trattamenti inumani o degradanti».

legge di ordinamento penitenziario, pur essendo ribadito quanto già previsto nella previgente formulazione, circa la predisposizione all'interno dell'istituto penitenziario di un servizio sanitario «rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati», viene omesso completamente di prevedere, come, invece, era stabilito nella formulazione previgente, che l'istituto penitenziario disponga dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria²⁵. Ne consegue che, non solo non viene potenziato il servizio psichiatrico, contravvenendo alla direttiva della delega per la riforma penitenziaria, ma viene addirittura omesso l'unico riferimento normativo specifico ad esso riservato prima della recente riforma²⁶. L'abrogazione, ovviamente, desta perplessità, essendo riscontrabile la presenza di malati mentali anche in istituti ordinari.

L'ordinanza in commento è eloquente sul punto ed apre la riflessione su una ulteriore criticità della recente novella normativa in materia penitenziaria, relativa alla tutela della salute psichica, tuttavia superata in virtù di una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Come noto, secondo un orientamento costante e consolidato della giurisprudenza di legittimità il soggetto affetto da una infermità esclusivamente psichica non può beneficiare del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ex artt. 146 e 147 c.p., né tanto meno della detenzione domiciliare in deroga ex art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, della legge di ordinamento penitenziario. A tal proposito, viene rilevato che l'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. penit. richiama espressamente solo le condizioni di infermità di cui agli articoli 146 e 147 c.p. e non anche le condizioni di cui all'art. 148 c.p. sull'infermità psichica sopravvenuta. Gli schemi di decreto legislativo n. 501 e 17, recanti «riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83, 85, lettere a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), r), s), t), e u), della legge 23 giugno 2017, n. 107», mai giunti ad approvazione, attraverso l'aggiunta, all'art. 147, comma 1, n. 2, c.p., delle parole «o psichica», estendevano la possibilità di disporre il differimento dell'esecuzione della pena anche nel caso di grave infermità psichica, e prevedevano l'abrogazione dell'art. 148 del codice penale. Equiparata l'infermità psichica all'infermità fisica, anche in caso di infermità psichica, in alternativa

²⁵ A parere di GERACI, *Il diritto alla salute del detenuto e il ruolo del Servizio Sanitario Nazionale*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, Torino, 2020, 225, «molto deludente appare il modo in cui il decreto attuativo (non) affronta il tema del disagio psichico».

²⁶ Così VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di Balducci-Macrillò, Milano, 2020, 713.

al differimento dell'esecuzione della pena, avrebbe potuto essere disposta la detenzione domiciliare cosiddetta umanitaria²⁷. Tuttavia, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 aveva soppresso le modifiche al codice penale in tema di infermità psichica ai condannati, di guisa che la detenzione intramuraria rimaneva obbligata per il soggetto affetto da grave infermità psichica, non essendo previsti strumenti alternativi. Appariva chiara l'inadeguatezza del trattamento sanitario, che, nella sua attuazione concreta, non risultava conforme ai principi costituzionali e convenzionali.

Sollecata la questione di legittimità dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* della L. 26 luglio 1975, n. 354, con riferimento agli articoli 2, 3, 27, 32, 117 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena²⁸, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma «nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il Tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-*ter*», «rivelando, anche sotto tale profilo l'inadeguatezza della recente riforma penitenziaria»²⁹, che, avendo

²⁷ Sul punto MANI, *La detenzione intramuraria "obbligata" del soggetto affetto da grave infermità psichica e l'assenza di strumenti alternativi idonei ad assicurare un trattamento conforme ai principi costituzionali e convenzionali*, in questa Rivista (web), 2018, 2, 3-5 e 11, la quale, nell'evidenziare la criticità della normativa penitenziaria, con riferimento all'assenza di strumenti alternativi alla detenzione carceraria per il detenuto in esecuzione pena con residuo superiore a quattro anni, affetto da grave patologia psichica sopravvenuta, essendo inapplicabili non solo il differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena previsti rispettivamente dagli articoli 146 e 147 c.p., nonché la sospensione o il differimento dell'esecuzione in caso di infermità psichica sopravvenuta, ex art. 148 c.p., bensì anche la detenzione domiciliare cosiddetta umanitaria in quanto nell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, ord. penit. manca ogni rinvio all'art. 148 del codice penale, affermava che l'abrogazione dell'art. 148 c.p., norma ormai priva di concreta utilizzazione e l'inserimento, nel corpo dell'art. 147 c.p. - relativo al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena - del riferimento alla infermità psichica», costituissero l'unica soluzione razionalmente ipotizzabile.

²⁸ Cass., Sez. I, ord. 22 marzo 2018, n. 13382, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 aprile 2018.

²⁹ VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, cit., 714. Per analoghi rilievi critici sulla recente riforma penitenziaria, senza pretesa di esaustività, cfr. BORTOLATO, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 136 ss.; DE VITO, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Quest. giust.*, 2018, 2, 149 ss.; DOLCINI, *La Riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2018; FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, Milano, 2018, 11, il quale ritiene che si tratti di una «riforma incompiuta», che, atteso il suo carattere di «settorialità» e alcuni non secondari disallineamenti con la filosofia ispiratrice su cui si fondava il primo decreto attuativo, «non può propriamente ritenersi - al di là della sua intitolazione formale - quale esercizio della delega contenuta nella l. 103/2017, segnando, piuttosto, un passaggio che sancisce una netta soluzione di continuità con essa e che, se da un lato ne sterilizza i più importanti capisaldi, pone le basi per una complessiva rivisitazione dell'esecuzione penale e penitenziaria per come essa è venuta

accantonato le più significative innovazioni normative elaborate dalla Commissione ministeriale, presieduta dal prof. Glauco Giostra, e confluite nei richiamati schemi di decreto legislativo, ha rinunciato ad un'ampia riforma della normativa penitenziaria, che avrebbe contribuito ad allinearla più compiutamente al disposto del comma 3 dell'art. 27 della Costituzione.

6. *Un profilo del trattamento penitenziario: i trasferimenti.* Sotteso all'ordinanza in commento è anche il tema dei trasferimenti. A tal proposito, l'art. 11, comma 1, lett. p) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha introdotto significative novità nella disciplina. In primo luogo, ha modificato l'art. 14 ord. penit., che, nella nuova formulazione, dispone che i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia, o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari³⁰. Analogamente, sostituendo integralmente il comma 2 dell'art. 42 ord. penit., la rinnovata normativa ha prescritto che «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 salute³¹. Anche in questo caso, come per le assegnazioni, l'Amministrazione penitenziaria deve dare «conto delle situazioni che ne giustificano la deroga³²». Ne consegue, come già esposto, che il

sviluppano nell'ultimo decennio»; FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 3, 740; GIOSTRA-GIANFILIPPI, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, 132; e, volendo, TABASCO, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, 2018, 10.

³⁰ Osserva TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di Colamussi, cit., 265, che l'assegnazione ad un istituto prossimo alla residenza della famiglia è finalizzata ad «assicurare l'effettivo esercizio dell'affettività (in attuazione del criterio di cui alla lettera n) della delega penitenziaria). DAGA, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1320; NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, 50 ss.; STRACUSANO, *Art. 25*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, cit., 331, sono dell'opinione che i rapporti con la famiglia rilevano sia sotto il profilo trattamentale, poiché molte volte apportano un contributo decisivo alla rieducazione del condannato, sia sotto il profilo del reinserimento sociale, in quanto la famiglia spesso costituisce il punto di partenza per iniziare una attività volta al recupero graduale del condannato verso la società civile.

³¹ Secondo TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, cit., 265, per centro di riferimento va inteso quello in cui il detenuto «aveva i principali legami affettivi e/o assistenziali e dunque concrete ragioni di radicamento territoriale (la precedente residenza, il luogo in cui aveva instaurato consistenti rapporti amicali o aveva ricevuto assistenza economica e sociale)».

³² Ancora TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, cit., 265-266, ritiene che «si tratta di un'innovazione quanto mai opportuna «considerato che spesso i trasferimenti interrompono percorsi intrapresi e sono anche una delle cause ricorrenti dei tentativi di suicidio». A parere di NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, cit., 116, la novella normativa ha riconosciuto al

trasferimento del detenuto disposto dall'Amministrazione penitenziaria senza che siano esplicitate le ragioni che ne giustificano la deroga è illegittimo e la posizione soggettiva del detenuto è tutelabile attraverso il reclamo in via giurisdizionale davanti al Magistrato di sorveglianza. Viceversa, i motivi di salute possono determinare il trasferimento in altro istituto, idoneo a garantire specifiche cure e assistenza che non possono essere fornite dall'istituto in cui si trova il detenuto.

Facendo ottimo governo delle norme in parola, l'ordinanza in commento ha disposto il trasferimento del detenuto presso un istituto dotato di struttura psichiatrica permanente, ponendosi, così, in linea anche con i principi di umanizzazione della condizione carceraria e del rispetto della dignità della persona, che costituiscono le coordinate fondamentali del trattamento penitenziario, applicato a tutti i detenuti e, pertanto, anche agli imputati in stato di custodia cautelare in carcere, «i quali godono al pari dei condannati e degli internati dei diritti cui si riferisce l'art. 4 della legge di ordinamento penitenziario e della corrispondente tutela giurisdizionale»; mentre, «il trattamento propriamente rieducativo è riservato ai condannati in via definitiva e agli internati, coerentemente con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato di matrice costituzionale»³³.

Tuttavia, occorre soffermarsi sul profilo critico che connota la novella normativa in tema di trasferimenti. Infatti, il legislatore non ha previsto che il trasferimento sia notificato, all'interessato, con un congruo anticipo. Ciò rende concreto il rischio che il reclamo al Magistrato di sorveglianza «non sia in grado di evitare il danno conseguente allo sradicamento, riuscendo al più a ripri-

detenuto il diritto di essere assegnato ad un istituto più prossimo alla residenza della sua famiglia o al proprio centro di riferimento. Un diritto cui dovrebbe essere garantita la protezione giurisdizionale prevista dall'art. 35 *bis* della legge di ordinamento penitenziario. Che la modifica normativa abbia riconosciuto al detenuto un vero e proprio diritto è sostenuto anche da BORTOLATO, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, cit., 136 ss.; *contra* FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., 74, il quale ritiene che «l'intervento portato dalla riforma non abbia modellato un vero e proprio diritto soggettivo del detenuto in relazione al luogo ove essere destinato in caso di trasferimento».

³³ FIORENTIN, *L'osservazione e il trattamento*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di Della Casa-Giostra, Torino, 2021, 19. Con riferimento all'art. 1 ord. penit., rubricato «trattamento e rieducazione», occorre distinguere sul piano lessicale tra trattamento penitenziario e trattamento rieducativo. A tal proposito, osservano CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 111-113, che la formula trattamento penitenziario comprende il «complesso di norme e di attività che regolano ed assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale». Viceversa, con il termine trattamento rieducativo si intende fare riferimento alla «specifica attività che l'Amministrazione penitenziaria è chiamata a svolgere in occasione della detenzione e della privazione della libertà personale, al fine della risocializzazione della persona».

stinare lo *status quo ante* quando la sua variazione ha comunque ormai prodotto effetti deleteri»³⁴.

Nel caso deciso dall'ordinanza in commento il rischio paventato si è concretizzato: una volta appresa la notizia del trasferimento, il detenuto ha tentato il suicidio. Il Magistrato di sorveglianza ha potuto soltanto disporre il trasferimento del detenuto presso l'istituto penitenziario di prima destinazione, laddove, avendo iniziato un percorso di formazione e di studio, assistito dai docenti interni all'istituto medesimo, egli aveva concrete ragioni di radicamento territoriale.

7. *Il rimedio riparatorio.* Come già esposto, la Corte di Strasburgo, rilevata l'assenza nell'Ordinamento italiano di rimedi effettivi che consentissero sia di intervenire per interrompere immediatamente una violazione in atto, sia di fornire un'adeguata riparazione del danno subito a causa della violazione, formulava precise indicazioni precettive a cui lo Stato avrebbe dovuto dare attuazione. Perciò, pressato dalla necessità di adempiere agli obblighi imposti dall'organo di giustizia sovranazionale, il Governo prima introduceva nell'Ordinamento penitenziario il reclamo giurisdizionale con il d.l. 23 dicembre 2013, conv. in L. 21 febbraio 2014, n. 10, recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»; quindi, con il successivo d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. in L. 20 agosto 2014, n. 192, recante «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile», introduceva i «rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati».

Come noto, il legislatore ha ritenuto di compensare i periodi di trattamento inumano e degradante con «una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio». Qualora, invece, il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire l'intera detrazione, ovvero qualora il periodo

³⁴ TRIGGIANI, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, cit., 266.

di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 C.E.D.U. risulti inferiore a quindici giorni, il magistrato di sorveglianza liquida al richiedente «una somma di denaro pari a 8 € per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio». Infine, nell'ipotesi in cui il pregiudizio sia stato subito da un soggetto «in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare», ovvero che «abbia terminato di espiare la pena detentiva in carcere» il rimedio risarcitorio va esperito davanti al giudice civile, individuato nel Tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio il richiedente ha residenza, nel termine di decadenza di sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere.

V'è da chiedersi se il caso deciso dall'ordinanza in commento possa costituire presupposto per promuovere un rimedio risarcitorio conseguente alla violazione dell'art. 3 C.E.D.U.

Ebbene, con riferimento alla *causa petendi*, per esperire il rimedio risarcitorio, il pregiudizio deve concretizzarsi in condizioni di detenzione che violino l'art. 3 C.E.D.U, come interpretato dalla Corte EDU³⁵.

Le condotte vietate ai sensi della norma convenzionale sono «quelle che integrano la tortura ovvero la pratica di trattamenti inumani o degradanti: situazioni distinte dalla giurisprudenza di Strasburgo secondo un criterio empirico, parametrato al livello di sofferenza arrecato nel singolo caso alla vittima, a sua volta valutato caso per caso, tenendo conto delle circostanze soggettive e oggettive della fattispecie»³⁶. La sussistenza della violazione dell'art. 3 C.E.D.U. e la gravità intrinseca della stessa viene, quindi, accertata sulla base della gravità dell'intensità della sofferenza arrecata alla vittima. Di tal guisa, va qualificato inumano «il trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità; mentre al trattamento “degradante” sono associate manifestazioni quali il sentimento di paura, di angoscia e inferiorità, capacità di umiliare e avvilitare, rottura di resistenza fisica e mentale, così da umiliare fortemente l'individuo davanti agli altri e tale da farlo agire anche

³⁵ FIORENTIN-FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 585, i quali rilevano che alla magistratura nazionale è richiesto di valutare la legittimità dello *status detentionis*, alla luce dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto cfr., da ultimo, Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6551, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 23 febbraio 2021, secondo cui «in base all'art. 35-ter ord. pen., l'interpretazione dell'art. 3 CEDU da parte della Corte diventa parte della norma che il giudice nazionale deve applicare».

³⁶ LEONARDI, *I rimedi riparatori: il procedimento ex art. 35-ter ord. penit.*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di Balducci-Macri, cit., 807.

contro la sua volontà e coscienza»³⁷. Il giudice interno, dunque, non potrà apprezzare liberamente la violazione dell'art. 3 C.E.D.U ma dovrà muoversi all'interno della cornice delineata dalla giurisprudenza della Corte europea³⁸, documentandosi su tutte le pronunce in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a valutare il rispetto del parametro convenzionale ed ha riconosciuto un trattamento contrario all'art. 3 C.E.D.U.³⁹ Tuttavia, il precetto presenta un orizzonte applicativo tale da abbracciare qualsiasi violazione della norma pattizia, quindi, *in primis*, l'adeguatezza delle prestazioni sanitarie e le condizioni di salute incompatibili con la detenzione⁴⁰. Ne consegue che la detenzione presso un istituto penitenziario che pregiudichi l'esercizio del diritto alla salute costituisce, certamente, condizione di detenzione inumana e degradante, che legittima a promuovere il reclamo volto ad ottenere un rimedio compensativo⁴¹.

³⁷ FIORENTIN, *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Muršič (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*, in questa Rivista, 2017, 2, 724.

³⁸ BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di Della Casa-Giostra, cit., 122.

³⁹ LEONARDI, *I rimedi riparatori: il procedimento ex art. 35-ter ord. penit.*, cit., 808. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., afferma che il contenuto precettivo dell'art. 35 ter ord. penit. «è determinato *per relationem*, tramite un meccanismo di rinvio mobile, agli indirizzi interpretativi elaborati dalla Corte EDU in ordine all'art. 3 della Convenzione, in quanto le decisioni della Corte EDU hanno il compito non solo di dirimere le controversie di cui è investita, ma, in modo più ampio, di chiarire, salvaguardare e approfondire le norme della Convenzione, svolgendo un ruolo chiave nella definizione e concretizzazione dei diritti e delle libertà elencati nel testo, con formule generalmente aperte». Pertanto, «si tratta del primo caso di espressa integrazione diretta del sistema normativo interno ai contenuti della giurisprudenza sovranazionale, elevati, in questa materia, a parametro normativo, vincolante *erga omnes* per l'interpretazione e qualificazione della condotta», di guisa che «gli orientamenti tratti dalle pronunce della Corte EDU, [in virtù di] una clausola di rinvio formale, fanno ingresso nell'ordinamento quale fonte cui è demandata la determinazione della fattispecie».

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia, secondo cui l'aver trattenuto in carcere un soggetto molto anziano affetto da una serie di gravi patologie è incompatibile con il divieto di trattamenti inumani o degradanti.

⁴¹ Sul punto, va, ancora, richiamata Cass., Sez. Un., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., che, in tema di spazio minimo vitale del detenuto, ha statuito che «il riconoscimento dei trattamenti disumani e degradanti è frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale da parte dell'Amministrazione penitenziaria in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati e, quindi, pur non violando la regola dettata dalla Corte EDU, possa costituire un fattore negativo ai fini della valutazione delle condizioni complessive di detenzione». Perciò, nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richieste al fine di ritenere violato l'art. 3 C.E.D.U. Tra tali fattori negativi, sono ricomprese anche le cattive condizioni sanitarie e igieniche, cui si

Gli ultimi profili da esaminare attengono alla legittimazione a proporre il reclamo, alla corretta individuazione del giudice competente e al tipo di rimedio che può essere riconosciuto al reclamante, il quale venga sottoposto a condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della C.E.D.U., come interpretato dalla Corte EDU, durante la permanenza in carcere in virtù dell'esecuzione di una misura cautelare prima della pronuncia di una sentenza irrevocabile.

Preliminarmente va esaminato il caso di chi si trovi ristretto, unicamente in forza dell'esecuzione di una misura cautelare. Nell'ipotesi che il reclamante, allorché esperisca il rimedio risarcitorio si trovi *in vinculis* in forza della custodia cautelare in carcere e la misura coercitiva permanga al momento della decisione, il Magistrato di sorveglianza potrà riconoscergli soltanto l'indennizzo economico pari ad 8 € per ciascun giorno di detenzione inumana, giacché non sussiste alcuna pena da ridurre nella durata. Viceversa, se l'istante al momento della proposizione del reclamo si trova in stato di custodia cautelare in carcere e, in pendenza del procedimento cui il reclamo ha dato luogo, diviene irrevocabile una sentenza di condanna per un reato commesso prima del sofferto pregiudizio, il Magistrato di sorveglianza provvederà alla riduzione della durata della pena di un giorno ogni dieci di detenzione inumana patita, operando la detrazione sulla pena irrogata con la sentenza definitiva. Nell'ipotesi in cui il soggetto si trovi ristretto in forza di misure cautelari e sentenze definitive, potrà chiedere la riduzione della durata della pena ancora da spiare così come determinata dal cumulo delle condanne definitive, purché tali condanne si riferiscano a reati commessi in data pregressa alla detenzione inumana patita. Infine, qualora colui che abbia subito un trattamento inumano durante la permanenza in carcere in forza dell'esecuzione di una misura cautelare venga scarcerato per decorrenza dei termini massimi della misura cautelare, ovvero perché venga emessa una sentenza definitiva ed intenda esperire reclamo risarcitorio, soltanto una volta che abbia riacquisito la libertà, dovrà rivolgersi al giudice civile del capoluogo del distretto di Corte d'appello nel cui territorio ha la residenza entro il termine di decadenza di sei mesi dalla liberazione. Ovviamente, se alla liberazione per decorrenza dei termini massimi di durata della custodia cautelare in carcere o alla sentenza di proscioglimento in primo o in secondo grado, segua una sentenza di condanna irrevocabile, per lo stesso reato o per un reato commesso prima della detenzione inumana patita, purché non sia decorso il

aggiungono la mancanza di accesso al cortile o all'area e alla luce naturale, la cattiva aereazione, la temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, l'assenza di riservatezza nella *toilette*.

temine di decadenza semestrale, il prevenuto assumerà lo *status* di condannato in espiazione della pena. Di tal guisa, potrà proporre reclamo al Magistrato di sorveglianza per ottenere una riduzione della pena detentiva ancora da espiaire, nella misura di un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. Tuttavia, se, *medio tempore*, è stato promosso reclamo al giudice civile, quest'ultimo resta competente a decidere e il reclamante potrà beneficiare del solo indennizzo pecuniario, giacché il giudice civile non è autorizzato a riconoscere nessun altro ristoro¹².

GIUSEPPE TABASCO

¹² Per tali osservazioni cfr. LEONARDI, *I rimedi riparatori: il procedimento ex art. 35-ter ord. penit.*, cit., 831-833.