

Il volume presenta i risultati conseguiti dal Progetto di ricerca di Rilevante Interesse Nazionale "I danni da attività giudiziaria penale", finanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con il bando Prin 2012. Il progetto ha visto coinvolte cinque Unità di Ricerca: la Sapienza Università di Roma, l'Università degli Studi di Salerno, l'Università degli Studi di Palermo, l'Università degli Studi di Foggia, la Libera Università Jean Monnet di Bari.

Il volume "La vittima del processo" è dedicato alla tutela che l'ordinamento dovrebbe assicurare a colui il quale il sistema processuale ha riconosciuto estraneo alla vicenda processuale. Il processo penale ha ricadute fortemente negative sotto molti profili, ad esempio immagine, reputazione, onore, riservatezza, identità personale, attività economiche. Si possono allora configurare una serie di fatti processuali leciti e lesivi, da accumulare insieme in quello che può essere definito come il "danno da attività giudiziaria lecita". Viene così individuata la nuova figura della "vittima del processo penale": colui che risulti aver subito un pregiudizio dall'attività processuale condotta nel rispetto delle regole. Il volume quindi delinea, in aggiunta a misure di prevenzione anti-lesive, in che modo l'ordinamento debba ristorare la vittima del processo: indennizzi, condotte riparatorie, rimedi compensativi e molto altro ancora.

Dal punto di vista metodologico e contenutistico, il lavoro non scandaglia *funditus* le varie situazioni e i vari istituti, ma traccia piuttosto la cornice delle diverse evenienze nelle quali si produce un pregiudizio per l'indagato e l'imputato, così da evidenziarne la necessità di tutela. E se la prima vittima del processo penale è risultato essere l'indagato o l'imputato, non si è tralasciato di considerare né la persona offesa né il terzo estraneo.

Il volume dapprima esplora, al fine di assicurare una copertura alla "vittima del processo penale", gli orizzonti delle disposizioni costituzionali: il principio di solidarietà (art. 2) e le ulteriori potenzialità dell'art. 24 Cost. Successivamente il tema è affrontato nella sua dimensione "europea", "convenzionale" e "comparata," nonché verificando in quali limiti la disciplina civilistica e amministrativistica tuteli il danno da attività lecita. Si passa poi all'analisi delle situazioni suscettibili di tutela nei diversi segmenti processuali. Infine si individuano – in una visione globale – quelli che possono essere considerati come i nuovi danni, i nuovi fatti lesivi e le nuove vittime mietute dal processo penale durante il suo corso. In conclusione la ricerca individua una serie di situazioni che reclamano tutte una giusta compensazione, qualora non si riesca – con i rimedi preventivi proposti nel volume – a fare in modo che il processo penale si svolga senza seminare vittime nel suo percorso.

Giorgio Spangher (Trieste 1944) è professore ordinario di procedura penale. Tra le pubblicazioni principali: *Considerazioni sul processo penale criminale italiano* (Giappichelli 2015); *La Pratica del processo penale* (Cedam 2010 e 2012); *Procedura penale. Teoria e pratica del processo* (Utet 2015); *Trattato di Procedura penale* (Utet 2008-2011).

G. Spangher (a cura di) – LA VITTIMA DEL PROCESSO

LA VITTIMA DEL PROCESSO

I danni da attività processuale penale

a cura di Giorgio Spangher



G. Giappichelli Editore

HOMELESSNESS E MISURE ALTERNATIVE AL CARCERE: UN RAPPORTO PROBLEMATICO

Girolamo Daraio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le dimensioni e la crescente intensità del fenomeno dell'*homelessness* nella società italiana. – 3. La difficoltà di praticare, nei confronti delle persone senza dimora, soluzioni decarcerizzanti – 4. La particolare condizione di vulnerabilità dei detenuti stranieri sul piano delle opportunità trattamentali extramurarie. – 5. L'assenza di legami significativi con il territorio quale ostacolo fattuale all'espiazione *extra moenia* della pena. – 6. Dubbi sulla compatibilità costituzionale di un sistema di accesso a misure extracarcerarie condizionato, nel suo concreto operare, dal grado di integrazione socio-economica del condannato. – 7. Ipotizzabilità di un danno (non patrimoniale) da perdita di *chance* di risocializzazione ed eventuale responsabilità risarcitoria dello Stato. – 8. L'auspicabile istituzione di luoghi non custodiali di dimora sociale e la necessità di un maggiore coinvolgimento della società civile nelle dinamiche dell'esecuzione penale esterna.

1. Premessa

Benché il problema sia solo tangenzialmente sfiorato dal dibattito politico-istituzionale, e in parte trascurato anche dagli studiosi delle scienze sociali e giuridiche, non sfugge ai pratici del diritto che l'accesso al c.d. sistema di esecuzione penale esterna (vale a dire al complesso di soluzioni alternative all'espiazione intramuraria della sanzione penale detentiva), come configurato dalla normativa penitenziaria vigente in Italia, non è uguale per tutti i condannati. Risulta, infatti, molto problematico per le categorie sociali più deboli e disagiate, in particolare per le persone che non hanno un tetto sotto cui ripararsi e vivono per la strada, in condizioni di povertà estrema (i c.d. *homeless*, o *clochard*, *roofless*, *senzatetto*, *persone senza fissa dimora*, che dir si voglia). Costoro, infatti, se condannati alla pena detentiva, difficilmente beneficiano di misure alternative al carcere, stante lo sradicamento dal territorio in cui dimorano. È, in particolare, la deprivazione abitativa, in uno alla mancanza di solidi legami familiari e sociali ed all'emarginazione dal mercato lavorativo e produttivo, a rendere difficoltoso, per queste persone, l'accesso a forme di esecuzione *extra carceraria* della pena, con conseguen-

te perdita di *chance* sotto il profilo della rieducazione/risocializzazione, attesi i noti limiti, al riguardo, del trattamento in carcere.

Il sistema di esecuzione *extra moenia* della pena detentiva, dunque, nel suo concreto operare, può essere foriero di discriminazione tra detenuti e fonte di danno ingiusto per le persone che vivono ai margini della società.

2. Le dimensioni e la crescente intensità del fenomeno dell'*homelessness* nella società italiana

E non si pensi che, in Italia, l'*homelessness* sia un fenomeno, tutto sommato, alquanto circoscritto! Una recente ricerca nazionale Istat sulla condizione delle persone che vivono in povertà estrema – consultabile all'indirizzo www.istat.it – ha infatti evidenziato come, nel nostro Paese, la condizione *de qua* riguardi oltre 50.000 individui (di cui il 58% stranieri), con un trend, negli ultimi anni, in costante crescita per via della perdurante crisi economica e dell'ondata migratoria che ha investito e continua ad investire la nostra penisola.

Né si commetta l'errore di ritenere che il *clochard* sia, comunque, una persona in aperto e deliberato conflitto con la società e, pertanto, non bisognosa o desiderosa di reintegrazione sociale. I sociologi, infatti, ci dicono che l'*homelessness* moderno è una "patologia" sociale che ha pochissimo in comune con il *barbonismo* di altri tempi e che sono sempre meno coloro i quali arrivano all'autoesclusione come vera e propria scelta di vita. Viceversa, è aumentata l'incidenza dei fattori esogeni legati a condizioni di povertà economica, culturale e affettiva, proprie dell'ambiente di origine, e dunque sedimentatesi nel tempo, o indotte da esperienze traumatiche sia di tipo familiare sia di rapporto con le istituzioni, come nel caso di ex carcerati, vittime di abuso domestico, malati mentali, alcolisti, tossicodipendenti.

Il *cliché* del giovane capellone con zaino, chitarra e cagnolino che gira il mondo e che dorme all'addiaccio su giacigli di cartone per scelta di vita, dunque, è niente più che una leggenda metropolitana. Certo, non mancano *clochard* per scelta, ma sono una minima percentuale rispetto alle decine di migliaia di persone che vivono in strada, spesso ridotte in condizione di assoluta miseria, perché ritrovatesi sole nell'affrontare repentini e dolorosi cambiamenti di vita, quali la perdita del lavoro, il fallimento della propria impresa commerciale, una malattia improvvisa, la dipendenza da alcool o da sostanze stupefacenti, la separazione coniugale, la carcerazione per una condanna penale, ecc. Persone di ogni età e di ogni ceto sociale, travolte da eventi traumatici, che mai avrebbero immaginato di finire in strada e che, invece, si ritrovano in fila per un pasto alle mense dei poveri ed a pernottare in ricoveri di fortuna o, quando possibile, presso pubblici dormitori. Persone spesso prive di una residenza anagrafica (essendo state cancellate dal-

l'anagrafe comunale della popolazione residente) e di un documento che ne attesti l'identità, poiché smarrito, sottratto o distrutto.

C'è, poi, la marginalità legata all'immigrazione illegale (clandestina o irregolare), condizione questa che preclude la possibilità di svolgere un lavoro regolare (costituisce reato occupare alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno o con permesso scaduto) e di godere di una sistemazione alloggiativa stabile, nonché di vedersi attribuita una residenza anagrafica, presupposto indispensabile per accedere alle prestazioni dello Stato sociale, ivi compresa l'assistenza socio-sanitaria.

Nelle odierne realtà metropolitane, insomma, si finisce in strada non per scelte personali ma per emarginazione sociale: da un iniziale stato d'indigenza (secondo le stime diffuse dall'Istat nel suo ultimo *report* sulla povertà – consultabile all'indirizzo www.istat.it – basato sui dati dell'indagine sulle spese per consumi delle famiglie italiane, nel 2015, nel nostro Paese, ben 4 milioni e 598 mila individui – pari al 7,6% dell'intera popolazione residente – versavano in condizioni di povertà assoluta, non riuscendo ad accedere a quel paniere di beni e servizi considerato essenziale a uno standard di vita minimamente accettabile) si passa, progressivamente, all'isolamento e alla marginalità, come zona a rischio; l'ultimo *step* è l'esclusione dal consesso civile, condizione che può indurre a scelte devianti da parte dell'escluso, spesso per necessità di sopravvivenza.

3. La difficoltà di praticare, nei confronti delle persone senza dimora, soluzioni decarcerizzanti

Orbene, la condizione di “povertà estrema” (definita dal Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite come “una combinazione di penuria di entrate, sviluppo umano insufficiente ed esclusione sociale”) che affligge molti nostri connazionali e una larga fascia di popolazione immigrata presente nel nostro Paese (specialmente quelli che si trovano in Italia in condizione di clandestinità o di irregolarità) riverbera i suoi effetti anche sul sistema dell'esecuzione penale, con particolare riguardo alla fruibilità delle soluzioni alternative all'esecuzione carceraria della sanzione penale. Come si diceva innanzi, infatti, risulta obiettivamente difficile mettere in pratica, nei confronti di condannati privi di un legame stabile con il territorio e senza validi punti di riferimento esterni all'istituto carcerario, soluzioni trattamentali extramurarie come l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.) o la semilibertà (art. 48 ord. penit.), o disporre (per ragioni umanitarie o per altro motivo) l'esecuzione domiciliare della pena (artt. 47-ter e 47-quinquies ord. penit.; art. 1, l. n. 199/2010).

L'impossibilità e/o incapacità da parte dei *senzattoo* di provvedere autonomamente al reperimento di un lavoro e al mantenimento di un'abitazione in senso

proprio, la loro difficoltà nello strutturare e mantenere relazioni significative e la ricorrente esclusione – anche a cagione della loro tendenziale “invisibilità” nella società – dai processi di solidarietà istituzionali, fanno dunque sì che queste persone, ove incappate nelle maglie della giustizia penale e destinatarie di una condanna a pena detentiva, entrino in istituto penitenziario e vi restino per tutta la durata della pena, vivendo per intero l’esperienza carceraria, a dispetto anche di positive evoluzioni psico-comportamentali che legittimerebbero un anticipato rientro nel consorzio civile.

Per queste persone, le porte del carcere si aprono ancor prima di una condanna, ove debbano subire, *ante iudicium*, una restrizione della libertà personale, intesa a scongiurare taluno dei *pericula* indicati nell’art. 274 c.p.p. Nei loro confronti, infatti, la scelta della custodia cautelare in carcere – ricorrendo i presupposti indicati negli artt. 273 e 280 c.p.p. – è spesso una scelta necessitata dall’impraticabilità degli arresti domiciliari (per la mancanza di un luogo di privata dimora idoneo o di un luogo pubblico di cura od assistenza che possa accoglierle) o dalla difficoltà di applicare quelle ulteriori misure previste dal codice di rito penale che, esplicitamente o implicitamente, richiedono la disponibilità in capo al soggetto di una sistemazione alloggiativa: si pensi, per es., alla misura dell’obbligo di dimora, tra le cui prescrizioni esecutive l’art. 283, co. 3, c.p.p. menziona l’impegno dell’interessato a dichiarare agli organi di polizia il luogo ove fisserà la propria abitazione, con facoltà per il giudice di stabilire gli orari di reperibilità per eventuali controlli; o alla misura disciplinata dall’art. 282 c.p.p., che comporta l’obbligo per l’imputato di presentarsi a un determinato ufficio di polizia giudiziaria in determinati giorni della settimana e in determinate ore del giorno, che il giudice fissa tenendo conto anche del luogo di abitazione del destinatario della misura.

Ma, anche quando la disponibilità di una sistemazione alloggiativa idonea non costituisca requisito per l’applicazione della misura, la complessiva situazione di marginalità economica e sociale del soggetto assume comunque rilievo ai fini della valutazione di sussistenza dei *pericula libertatis* che giustificano in concreto l’esercizio del potere cautelare, in particolare rispetto al pericolo di fuga ed al pericolo di reiterazione del reato. Normalmente, infatti, le esigenze cautelari *de quibus* vengono accertate tenendo conto anche dello stile di vita della persona e dei suoi legami con il luogo di residenza, nonché della possibilità di esperire un adeguato regime di controlli del sottoposto a misura cautelare; sicché, non risulta difficile ritenerle sussistenti allorché la misura richiesta riguardi un senzatetto.

Se poi si tratta di cittadino extracomunitario privo di un titolo legittimo per trattarsi nel territorio italiano e, per tale motivo, destinatario di un ordine di espulsione c.d. amministrativa (art. 13, co. 2, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 286/1998) rimasto ineseguito (ad es., per la necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine all’identità o alla nazionalità dello straniero ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo), il pericolo di

fuga addotto a giustificazione del diniego della misura cautelare extracarceraria viene tendenzialmente desunto dalla stessa esistenza del provvedimento di espulsione. Così come si ritiene indice sintomatico di *periculum libertatis* l'eventuale espulsione ordinata dal giudice a titolo di misura di sicurezza, nei confronti dello straniero condannato per taluno dei delitti espressamente indicati dalla legge, che risulti socialmente pericoloso (art. 15, d.lgs. n. 286/1998; artt. 235 e 312 c.p.; art. 86, d.p.r. n. 309/1990) o quella disposta, a titolo di sanzione sostitutiva od alternativa alla detenzione, nei confronti dello straniero clandestino o irregolare che debba scontare una pena detentiva di breve durata (art. 16, d.lgs. n. 286/1998).

Può dunque accadere, e spesso accade, che l'intera pena venga espiata anticipatamente, in custodia cautelare in carcere, nell'indifferenza della comunità sociale, poco incline a ragionare in termini di presunzione di non colpevolezza. E le principali vittime di questa situazione sono i c.d. "ultimi", le persone cioè collocate alla periferia della società, escluse dai suoi processi fondamentali, non integrate nel suo tessuto; condizione, questa, in cui si trova la gran parte degli stranieri detenuti delle nostre carceri, molti dei quali ancora in attesa di giudizio. I dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria sulla composizione della popolazione carceraria italiana alla data del 31.8.2016 (dati consultabili su www.giustizia.it) attestano, infatti, che su 54.195 detenuti complessivamente presenti negli istituti penitenziari – un terzo dei quali (18.311) di origine straniera – ben 18.720 (il 34,5%) sono in stato di custodia cautelare (dunque ancora attendono una decisione definitiva in ordine alla loro responsabilità penale); tra questi, i detenuti stranieri sono 7.762 (circa il 41,5%).

Quando, peraltro, il periodo di custodia cautelare subito non è sufficiente a coprire la durata della pena inflitta in sentenza, e il residuo di pena da scontare non superi i due anni di reclusione o di arresto, non è detto che rispetto ad esso operi l'istituto della sospensione condizionale della pena di cui agli artt. 163 ss. c.p. Infatti, gli stessi fattori di vulnerabilità – insiti nella condizione di *homelessness* – che hanno impedito, nel corso del processo, l'adozione – in via originaria o sostitutiva – di una misura cautelare extracarceraria, potrebbero ostacolare, in fase deliberativa della sentenza, l'applicazione della sospensione condizionale della pena, per la loro significativa incidenza sulla prognosi di non recidivanza cui l'art. 164, co. 1, c.p. subordina la concessione del beneficio. Prognosi di non recidivanza che, sia pure non indispensabile *ope legis*, sembra costituire presupposto logico essenziale anche del provvedimento dispositivo delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui agli artt. 53 ss., l. n. 689/1981 (vale a dire la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria della specie corrispondente), adottabile "nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p." (art. 58, l. n. 698/1981).

4. La particolare condizione di vulnerabilità dei detenuti stranieri sul piano delle opportunità trattamentali extramurarie

L'eventualità di un *continuum* tra custodia cautelare in carcere ed esecuzione *intra moenia* della pena detentiva è tutt'altro che remota quando il condannato sia un cittadino di nazionalità straniera, specie se extracomunitario irregolarmente presente nel nostro Paese.

Vero è, infatti, che la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno riconosciuto, a più riprese, l'applicabilità delle misure alternative previste dal nostro ordinamento penitenziario anche agli stranieri, benché sprovvisti di titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato, chiarendo che la mancanza del permesso di soggiorno "di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima" (così Corte cost. n. 78/2007; v., pure, Cass., sez. un., 28.3.2006, n. 7458). Pare incontestabile, tuttavia, che, per gli stranieri, a parità di condotta rispetto ad un cittadino italiano, la carcerazione è più probabile e più duratura: essi, infatti, entrano facilmente nel circuito penitenziario e difficilmente beneficiano di misure extracarcerarie, che costituiscano un'alternativa alla detenzione in sé (affidamento in prova al servizio sociale) o alla espiazione in carcere della pena (detenzione domiciliare) o che diano luogo, semplicemente, a modalità alternative di esecuzione della detenzione carceraria (semilibertà).

Eloquenti, in proposito, sono i dati forniti dal Ministero della giustizia relativi al primo semestre del 2016 (dati consultabili all'indirizzo www.giustizia.it), dai quali emerge che su un totale di 19.128 affidamenti in prova ben 16.405 sono stati usufruiti da italiani e solo 2.722 da stranieri (per lo più extracomunitari); analogamente, al 30.6.2016, risultano ammessi al regime di semilibertà (che, com'è noto, consiste nel trascorrere parte della giornata in libertà, svolgendo attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale, e la restante parte dimorando in istituto penitenziario) solo 129 stranieri su un totale di 1.069 beneficiari della misura: è la riprova delle difficoltà in cui s'imbatta la magistratura di sorveglianza allorché è chiamata ad approvare, con riguardo ai detenuti stranieri, percorsi trattamentali extracarcerari; e ciò, nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia da tempo incluso tra le attività risocializzanti, indispensabili per ottenere la misura della semilibertà, lo svolgimento di lavoro non retribuito (Cass., sez. I, 21.12.2000, n. 11299), ivi comprese le attività aventi scopo altruistico, come quelle di volontariato. Non dissimile la situazione per quanto concerne la fruizione della misura della detenzione domiciliare: gli stranieri che ne hanno beneficiato sono stati 3.306 su un totale di 17.442 concessioni.

Più agevole pare essere stato l'accesso, da parte degli stranieri, alla misura dell'"esecuzione presso il domicilio" delle pene detentive non superiori a diciotto

mesi (originariamente, “dodici mesi”), introdotta come soluzione “temporanea” dall’art. 1, l. n. 199/2010 e poi “stabilizzata” ad opera dell’art. 5, l. n. 10/2013. È noto come, nel tentativo di incidere – in via di urgenza – sulla dolorosa realtà del sovraffollamento della popolazione detenuta, causa di disagi ed intollerabili condizioni di vita all’interno delle carceri italiane e di conseguenti inevitabili condanne del nostro Paese in sede europea, il legislatore abbia delineato, nel 2010, un istituto analogo alla misura penitenziaria della detenzione domiciliare, consistente appunto in una esecuzione in luoghi diversi dal carcere – segnatamente, presso “l’abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza” – della pena detentiva non superiore a diciotto mesi, ancorché costituente parte residua di maggior pena. Misura, questa, configurata dalla legge come strumento atto sia a favorire l’espiazione della pena in forme extramurarie per le persone già detenute, sia ad evitare l’ingresso in carcere dei condannati a pena detentiva, in procinto di espirla.

Orbene, secondo dati di fonte ministeriale, riferiti esclusivamente ai casi in cui il beneficio sia stato concesso dallo stato di detenzione, nel periodo che va dalla data di entrata in vigore della l. n. 199/2010 fino al 31.8.2016, gli stranieri usciti dal carcere sono stati 6.084, rispetto ai 19.752 italiani che, nello stesso periodo, hanno fruito della misura. Tali dati sembrerebbero escludere discriminazioni tra detenuti italiani e detenuti stranieri nell’accesso al beneficio: grosso modo, infatti, è rispettata la proporzione di uno a tre che caratterizza la composizione della popolazione carceraria nel nostro Paese (gli stranieri, come già evidenziato, costituiscono circa un terzo dei detenuti presenti). E tuttavia, essi nulla ci dicono riguardo il numero delle richieste di esecuzione domiciliare della pena avanzate da cittadini italiani e stranieri, né in ordine alla percentuale di accoglimento delle stesse ed ai motivi di eventuali reiezioni. Sarebbe interessante capire, infatti, quale rilevanza i magistrati di sorveglianza abbiano dato – ai fini della decisione circa la concessione della misura – alle condizioni ostative indicate nell’art. 1, co. 2, lett. *d*), l. n. 199/2010, ed in particolare alla previsione circa l’inapplicabilità della detenzione presso il domicilio “quando non sussista l’idoneità e l’effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato”.

Ferma restando, infatti, la plausibilità *ipso iure* – ai fini della fruizione della misura – della domiciliazione presso un “luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza”, sarebbe interessante sapere quanti detenuti, astrattamente meritevoli della misura in considerazione della pena residua da scontare, non abbiano potuto beneficiarne in concreto perché sprovvisti di un’abitazione e non in grado di indicare altro luogo idoneo ed effettivo per l’espiazione extramuraria, a cagione della mancanza di un effettivo radicamento sul territorio.

5. L'assenza di legami significativi con il territorio quale ostacolo fattuale all'espiazione *extra moenia* della pena

Lo "sradicamento dal territorio" è problema comune a tutti i soggetti marginali presenti nelle nostre carceri: siano italiani o stranieri, essi risultano, di fatto, esclusi dal sistema dell'esecuzione penale esterna in quanto privi di relazioni interpersonali (coniugali, parentali, amicali, ecc.) e, più in generale, di un tessuto sociale di riferimento all'esterno dell'istituto carcerario che renda effettivamente praticabili e fruibili le varie soluzioni di espiazione *extra moenia* previste dalla legge penitenziaria.

Né alla carenza *de qua* può sopperire l'operato del difensore, quasi sempre nominato d'ufficio sin dalla fase della cognizione, ove, presumibilmente, si è limitato a fare l'indispensabile, e che verosimilmente approfondirà sul versante esecutivo un impegno ancor più minimale, continuando a mancare lo specifico "valore aggiunto" del rapporto difensivo fiduciario.

Vero è che il procedimento per la concessione di una misura alternativa alla detenzione può avviarsi anche *ex officio iudicis*: è, questa, una connotazione tipica ed esclusiva del rito di sorveglianza (art. 678 c.p.p.), estranea all'archetipo procedimentale esecutivo (art. 666 c.p.p.), concepita proprio per consentire di supplire all'inerzia degli interessati e garantire loro la più ampia fruizione delle forme di trattamento extracarcerario, specie nei casi in cui tali soggetti siano affetti da malattie o deficit mentali ovvero – come gli *homeless* – siano privi di validi sostegni nell'ambiente esterno. E tuttavia, il potere di promuovere d'ufficio il procedimento di sorveglianza – come in dottrina non si è mancato di evidenziare – è di limitata incidenza in rapporto all'applicazione delle misure alternative, avendo maggiori possibilità operative in tema di revoca dei benefici già concessi.

L'avvio di un percorso rieducativo volto alla concessione di una delle misure alternative previste dal nostro ordinamento penitenziario, infatti, comporta una ricaduta sulla pubblica amministrazione, in particolare sugli Uffici di esecuzione penale esterna (UEPE), cui compete, tra l'altro, elaborare e proporre alla magistratura il programma di trattamento extramurario da applicare in caso di affidamento in prova e verificarne la corretta esecuzione da parte del beneficiario della misura. Uffici per lo più gravati da carenze di organico (dovute al blocco del *turn over*) e da un significativo sovraccarico di lavoro, aggravatosi dopo l'introduzione – ad opera della l. n. 67/2014 – dell'istituto della *probation* processuale per imputati adulti.

Ad ogni modo, l'attivarsi *motu proprio* della magistratura di sorveglianza e dell'UEPE potrebbe non essere risolutivo ai fini dell'attuazione, nei confronti dell'*homeless*, della soluzione decarcerizzante.

La misura alternativa, infatti, in tanto potrà essere concessa al soggetto che si trovi astrattamente nelle condizioni legali per goderne, in quanto, concretamente, si rinvengano sul territorio strutture ricettive (dormitori pubblici, case famiglia,

comunità alloggio, centri residenziali, ecc.) che possano dargli ospitalità per tutto il tempo di esecuzione della misura, sopperendo, così, al suo bisogno abitativo e nel contempo, rendendo possibile l'esecuzione dei necessari controlli; nonché enti, aziende, organizzazioni di volontariato, cooperative sociali od altre agenzie pubbliche e del privato sociale disposte a partecipare all'azione di reinserimento ed inclusione sociale del soggetto, offrendogli la possibilità di svolgere un'attività lavorativa, anche non remunerata (ad es., lavoro a favore della collettività).

Insomma, senza una sistemazione alloggiativa idonea e una concreta prospettiva lavorativa (anche a titolo gratuito), nessuno può uscire dal carcere in misura alternativa, difettando elementi fondamentali per esprimere un giudizio prognostico positivo sul successo della soluzione decarcerizzante.

In particolare, la mancanza di un'“abitazione” o di “altro luogo di privata dimora” (che abbia i requisiti di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali) o di un “luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza” che possa offrire ospitalità temporanea, così come impedisce al giudice di pace di infliggere la sanzione della permanenza domiciliare (artt. 52 e 53, d.lgs. n. 274/2000), preclude alla magistratura di sorveglianza la concessione della misura della detenzione domiciliare (artt. 47-ter e 47-quinquies ord. penit.).

La fissazione della dimora, per una sicura reperibilità, è altresì requisito per l'affidamento in prova al servizio sociale, rientrando – unitamente all'obbligo lavorativo – tra le prescrizioni che l'affidato è tenuto a seguire (art. 47, co. 5, ord. penit.). In effetti, la prognosi di rieducabilità e di non recidività del condannato cui la normativa penitenziaria subordina la concessione della misura *de qua* – venuta ormai meno la necessità di osservazione della personalità in istituto – poggia essenzialmente sull'osservanza – o meglio, sulla possibilità che ha il condannato di osservare – le prescrizioni comportamentali dettate dal giudice di sorveglianza in ordine ai rapporti che occorre avere con il servizio sociale, alla fissazione della dimora ed allo svolgimento di un'attività lavorativa.

Il lavoro è condizione fondamentale anche per la fruizione della semilibertà (art. 48, co. 1, ord. penit.): la prassi, infatti, evidenzia come la giurisprudenza conceda più facilmente la semilibertà se è subordinata allo svolgimento di un'attività lavorativa (anche a titolo gratuito), piuttosto che istruttiva o di altro genere, poiché la disponibilità di un lavoro dovrebbe impedire la commissione di ulteriori reati.

Orbene, la persona senza dimora, da sola, non potrebbe garantire il soddisfacimento di queste condizioni (se non aveva casa e lavoro nella vita anteatta, è impensabile che possa reperirli autonomamente in costanza di detenzione carceraria!): occorre, a tal fine, l'intervento di organizzazioni e strutture esterne (pubbliche o private) disposte a farsi carico delle sue esigenze abitative e lavorative in funzione della fruizione della misura extramuraria; in difetto, la persona resta in carcere, luogo sempre meno in grado di adempiere al mandato rieducativo – nell'accezione di recupero sociale o, come anche si dice, di ri-socializzazione – attri-

buitogli dalla Costituzione, restituendo spesso alla società individui più desocializzati e più vulnerabili di quanto non lo fossero prima dell'esperienza reclusiva, considerato anche lo stigma sociale implicato nell'aver scontato la sanzione detentiva.

6. Dubbi sulla compatibilità costituzionale di un sistema di accesso a misure extracarcerarie condizionato, nel suo concreto operare, dal grado di integrazione socio-economica del condannato

In Italia, dunque, sembra che l'accesso *in executivis* a benefici e misure alternative al carcere dipenda, *de facto*, dal grado di integrazione socio-economica del condannato. La sensazione, cioè, è che nel nostro sistema penitenziario vi sia, soprattutto per la fascia dei reati meno gravi, un percorso differenziato di espiazione della pena detentiva, uno di serie A ed uno di serie B.

I condannati che dispongono di risorse patrimoniali e di un sostrato di relazioni sociali significativo tale da legittimare un giudizio prognostico positivo sul successo della soluzione espiativa *extra moenia*, avranno probabilmente accesso da subito ad una misura alternativa, senza passare nemmeno per il carcere. La pena detentiva inferiore ai tre anni (o ai quattro, nel caso di condannati tossicodipendenti) potrà infatti essere scontata *ab initio* in forma extramuraria, in virtù del meccanismo di automatica sospensione dell'ordine di esecuzione contemplato dall'art. 656 c.p.p., introdotto dalla legge c.d. Simeoni-Saraceni (l. n. 165/1998) proprio per scongiurare l'ingresso in carcere dei condannati a piede libero in possesso dei requisiti necessari per ottenere una misura alternativa alla detenzione.

I soggetti in condizioni di indigenza economica ed emarginati dal tessuto delle relazioni sociali, invece, difficilmente potranno fruire di opportunità trattamentali extracarcerarie, ancorché debbano scontare pene di modesta entità e non presentino una particolare pericolosità soggettiva. Per loro, al contrario, si prospetta un percorso punitivo senza soluzione di continuità, che inizia già con la custodia carceraria *ante iudicium* (giacché, come si è visto, nei loro confronti, il ricorso alla carcerazione preventiva non costituisce l'*extrema ratio*, ma la soluzione cautelare di fatto più praticabile) e cessa a fine pena.

Ed è davvero paradossale che il percorso esecutivo penale attraverso misure ri-socializzanti extracarcerarie sia appannaggio soprattutto di chi è meno bisognoso di reintegrazione sociale, poiché già inserito, in maniera soddisfacente, nel contesto territoriale in cui vive e lavora, e magari è persino collocato ai gradini superiori della scala sociale.

Orbene, questa disparità di trattamento, per cui, a parità di pena da scontare, v'è, per le categorie sociali più deboli, ed in particolare per le persone senza dimora (italiani o stranieri che siano), un *surplus* di sofferenza – “legale”, poiché

non contrastante con la legge – per mancata fruizione di soluzioni esplicative extramurarie, è inaccettabile.

Che persone già gravemente provate dalle avversità della vita, sperimentando sulla propria pelle la povertà, la solitudine e l'emarginazione, debbano vedere vanificata, a cagione della loro condizione personale e sociale, la legittima aspettativa di espriare la pena secondo modalità alternative al carcere – modalità cui si accompagnano, di regola, maggiori *chances* di reintegrazione sociale – è davvero intollerabile, in un Paese civile.

Ciò, peraltro, pare difficilmente conciliabile con i principi costituzionali di eguaglianza dinanzi alla legge (art. 3 Cost.) e del finalismo rieducativo della pena (art. 27, co. 3, Cost.).

Il principio di eguaglianza, infatti, non tollera discriminazioni fra cittadini in considerazione delle rispettive condizioni personali e sociali, né tra cittadini e stranieri, quando trattasi di rispettare i diritti inviolabili (Corte cost. n. 12/1967; Corte cost. n. 432/2005), impegnando altresì la Repubblica a creare le condizioni di eguaglianza sostanziale tra i consociati, con la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto impediscono il pieno esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti. E il giudice delle leggi, fin dalle sue prime sentenze, ha riconosciuto l'inerenza della maggior parte dei diritti costituzionali alla persona in quanto tale, indipendentemente dallo *status civitatis*; in particolare, ha riconosciuto "il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani" (Corte cost. n. 105/2001) ed ha escluso che l'eventuale irregolarità del soggiorno di uno straniero (e l'essere quindi passibile di un provvedimento di espulsione) comporti un affievolimento nella tutela delle libertà fondamentali (così Corte cost. n. 78/2007, cit., che ha conseguentemente dichiarato l'illegittimità delle norme sull'ordinamento penitenziario ove interpretate nel senso che allo straniero extracomunitario irregolare sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative).

Dal canto suo, l'art. 27, co. 3, Cost., nell'imporre allo Stato il dovere di configurare la pena in modo che "tenda alla rieducazione del condannato", non definisce la possibilità di espiazione della sanzione penale con queste caratteristiche come un diritto di alcune categorie sociali con esclusione di altre (ad es., come un diritto del solo cittadino italiano o del solo migrante "regolare"). Piuttosto, come chiarito dalla Corte costituzionale, il precetto costituzionale *de quo* impegna il legislatore non solo a tenere presenti le finalità rieducative della pena, ma anche a "predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle" (Corte cost. n. 204/1974).

Tutti i condannati a pena detentiva, dunque, a prescindere dalla nazionalità e dalle condizioni personali e sociali, hanno il diritto a un periodico "riesame" della propria posizione *in executivis* – onde accertare se la parte di pena già espriata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo – e ad accedere, in con-

dizioni di parità con gli altri detenuti, a percorsi riabilitativi extramurari, sulla base di un progetto individualizzato di risocializzazione (è eloquente, a quest'ultimo riguardo, la chiusa dell'art. 1 ord. penit., secondo cui: "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti").

Diversamente, si produrrebbe un ulteriore effetto desocializzante per il condannato escluso, nascente dalla constatazione che, a parità di meriti e di volontà di partecipazione di altri, gli è di fatto precluso il ritorno alla vita libera, o semi-libera, per cause indipendenti dal suo impegno e dalla sua volontà di reinserimento sociale.

Ma vi sarebbe un pregiudizio altresì per lo Stato e per la collettività intera, perché il mantenimento in carcere per l'espiazione di un periodo breve di reclusione, solo perché è difficoltoso avviare il condannato a percorsi rieducativi esterni, è disfunzionale rispetto alle politiche di decarcerizzazione perseguite con insistenza, negli ultimi anni, dal Governo italiano, incalzato in tal senso dalla Corte di Strasburgo.

7. Ipotizzabilità di un danno (non patrimoniale) da perdita di *chance* di risocializzazione ed eventuale responsabilità risarcitoria dello Stato

Come rimediare, allora, alla descritta situazione?

Intanto, ci si deve chiedere – nell'economia della presente ricerca – se la mancata fruizione di benefici extramurari, per l'insussistenza, nel caso concreto, di elementi fattuali (disponibilità di un'abitazione, possibilità di svolgimento di un'attività all'esterno dell'istituto penitenziario, ecc.) costituenti condizioni legali – espresse o implicite – di accesso al regime extracarcerario, consenta di configurare, in capo al condannato, un danno civilmente risarcibile, di cui lo Stato possa essere chiamato a rispondere. Si tratterebbe, ove fosse ipotizzabile, di un danno "non patrimoniale" ristorabile ai sensi dell'art. 2059 c.c., giacché afferente ad interessi della persona non connotati da rilevanza economica, quale l'interesse a fare ritorno, quanto prima, alla vita libera o parzialmente libera, per dare nuovo impulso alla speranza di ricucire legami familiari e di intessere relazioni sociali che consentano di affrancarsi dalle difficoltà della vita in strada; nonché l'interesse – che è un vero e proprio diritto, ove ricorrano le condizioni di legge – ad intraprendere percorsi trattamentali alternativi al carcere, potenzialmente in grado di fornire opportunità di recupero sociale nettamente superiori a quelle discendenti da un trattamento rieducativo praticato esclusivamente in ambiente carcerario: in questo caso, si profilerebbe una responsabilità risarcitoria per danno – potremmo dire – "da perdita di *chance* di risocializzazione".

Mette conto rilevare, preliminarmente, che il principio dell'assoluta ed insindacabile liceità dell'operato dei pubblici poteri ("*the King cannot do wrong*"), caposaldo fondamentale all'interno del sistema della responsabilità civile fino a non molto tempo fa, ha subito, anche nel nostro Paese, in un'ottica di crescente tutela dei principi di libertà, di dignità personale e di eguaglianza sostanziale, una lenta ma irresistibile opera di erosione: in un primo momento, rispetto alle attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione; successivamente, con riguardo ad ogni forma di esplicazione di potestà pubblica.

Ne costituiscono riprova – con specifico riguardo al settore dell'attività giudiziaria – le fattispecie di responsabilità previste dall'art. 314 c.p.p. (in materia di ingiusta detenzione), dall'art. 643 c.p.p. (in materia di errore giudiziario) e dalla l. n. 89/2001 (in materia di irragionevole durata dei processi), costituenti ipotesi di responsabilità "speciali" rispetto al paradigma di responsabilità disciplinato dalla l. n. 117/1988 (in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie), a sua volta di carattere speciale rispetto al modello generale di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

Orbene, ai fini della presente indagine, si tratta di capire, *in primis*, se il pregiudizio, di natura non patrimoniale, discendente dalla mancata fruizione di misure extracarcerarie, sia riconducibile, in qualche modo, a forme già codificate di responsabilità civile dello Stato da attività giudiziaria, rientranti tra i "casi determinati dalla legge" ai quali l'art. 2059 c.c. fa rinvio nel consentire la riparazione del danno non patrimoniale; in subordine, ove cioè si escludesse la riconducibilità del pregiudizio *de quo* ad ipotesi tipiche di responsabilità aquiliana da attività giudiziaria, bisognerebbe verificare se lo stesso possa comunque farsi rientrare nell'area operativa dell'art. 2059 c.c.

Rispetto alla prima evenienza, giova ricordare che la risarcibilità del danno "non patrimoniale" cagionato da attività giudiziaria è espressamente prevista sia per l'irragionevole durata del processo (art. 1 *bis*, co. 2, l. n. 89/2001), sia per il comportamento, atto o provvedimento giudiziario produttivo di danno ingiusto posto in essere da un magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero conseguente a diniego di giustizia (art. 2, co. 1, l. n. 117/1988); sia, ancora, per l'errore giudiziario che abbia determinato il proscioglimento in sede di revisione (giusta il riferimento, fatto dall'art. 643, co. 1, c.p.p. alle "conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna" quale parametro cui commisurare la riparazione). Non è espressamente prevista, invece, la riparabilità del pregiudizio di natura non economica derivante dall'ingiusta detenzione, ma il silenzio della legge può essere considerato soltanto apparente, atteso il rinvio operato dall'art. 315, co. 3, c.p.p. alle norme sulla riparazione dell'errore giudiziario.

Orbene, senza scendere nei dettagli di istituti oggetto di specifica ed approfondita disamina in altra parte del presente volume, appare evidente la non configurabilità, relativamente al danno che si è definito "da perdita di *chance* di risocializzazione", di alcuna ipotesi di responsabilità civile ai sensi della l. n. 117/1988.

Rispetto al problema che ci occupa, infatti, il giudice di sorveglianza, tutto sommato, si muove nel solco della legge penitenziaria; la quale, nel delineare le condizioni di accesso alle singole misure alternative alla detenzione, pur lasciando a volte ampi margini di discrezionalità nelle mani dell'organo decidente (v., per es., l'inciso finale del co. 1 dell'art. 48 ord. penit.), mostra chiaramente di considerare lo sradicamento del condannato dal territorio fattore suscettibile di vanificare la proficua applicazione delle misure dell'affidamento in prova e della semilibertà, così come la mancanza di un domicilio rende, all'evidenza, impraticabile la detenzione domiciliare.

Né tantomeno il diniego di concessione della misura extracarceraria per difetto delle condizioni di legge può qualificarsi errore giudiziario, rimediabile con l'impugnazione straordinaria prevista dagli artt. 629 ss. c.p.p. e riparabile mercé il procedimento disciplinato dagli artt. 643 ss. c.p.p.

Neppure sembra esperibile, in funzione ristorativa del danno patito dal soggetto escluso da percorsi extracarcerari di espiazione della pena, lo strumento della riparazione per ingiusta detenzione (artt. 314-315 c.p.p.), preordinato – allo stato – ad un'equa riparazione per la sola carcerazione cautelare rivelatasi ingiusta. Vero è che la Corte costituzionale ha allargato le maglie dell'istituto, includendovi la detenzione sofferta in esecuzione di un ordine di esecuzione "erroneo", rilevando che questa "offende la libertà della persona in misura non minore della detenzione cautelare ingiusta" ed escludendo, conseguentemente, che si possano operare, ai fini della riparazione, differenziazioni tra custodia cautelare ed esecuzione di pena detentiva (Corte cost. n. 310/1995). È altrettanto vero, però, che, per quanto si possa estendere il raggio di operatività dell'istituto *de quo* alla fase *post iudicatum*, le cause generatrici del danno, e del conseguente diritto alla riparazione previsto nell'art. 314 c.p.p., rimangono comunque la c.d. "ingiustizia sostanziale" (è l'ipotesi della privazione della libertà personale che, pur imposta legittimamente, risulti *ex post* non dovuta, perché l'addebito si rivela infondato all'esito del processo) o la c.d. "ingiustizia formale" (che si ha quando il provvedimento restrittivo della libertà personale sia stato emesso o mantenuto *contra legem*); laddove, invece, il pregiudizio per mancata fruizione, *in executivis*, di soluzioni espiative extracarcerarie trae origine non già da un errore giudiziario (*in iudicando* o *in procedendo*), ma dalla corretta applicazione del diritto positivo.

Questa considerazione porta ad escludere anche la possibilità di esperire con successo, con riguardo al danno in questione, un ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione del diritto alla riparazione consacrato nell'art. 5, § 5, Cedu, dal momento che tale diritto è riconosciuto a favore della vittima di arresto o di detenzioni ingiuste perché *contra ius*.

Pare altresì non praticabile la strada del reclamo giurisdizionale *ex artt. 35-bis e 69, comma 6, ord. penit.*, azionabile esclusivamente contro i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria aventi natura disciplinare o asseritamente forieri di un grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del detenuto o internato.

Così come non potrebbero esperirsi, nel caso di specie, i rimedi risarcitori, previsti dall'art. 35 *ter* ord. penit. per l'ipotesi di violazione, da parte dell'amministrazione penitenziaria, dell'art. 3 Cedu in danno di soggetti detenuti o internati. La concessione delle misure alternative alla detenzione, infatti, spetta esclusivamente al giudice di sorveglianza, non all'amministrazione penitenziaria.

La circostanza che il pregiudizio che ci occupa non sia riconducibile ad alcuna delle anzidette fattispecie tipiche di responsabilità dello Stato da attività giudiziaria, non significa, però, che dello stesso lo Stato non possa essere chiamato a rispondere.

L'art. 2059 c.c., infatti, secondo la lettura costituzionalmente orientata datane, qualche anno fa, dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. III, 31.5.2003, n. 8827 e 8828) prima, e dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 233/2003) poi, consente la riparazione del danno non patrimoniale, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge (*in primis*, quando discenda da fatto illecito penale), in tutte quelle ipotesi in cui venga ad essere lesa un interesse di rango costituzionale inerente alla persona (v., pure, Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26972 e, da ultimo, Cass., sez. III, 28.1.2014, n. 1766).

E non v'è dubbio che l'interesse del detenuto ad intraprendere un percorso rieducativo *extra moenia* sia un interesse di rilievo costituzionale, la cui tutela costituisce proiezione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di eguaglianza) quanto attinenti direttamente all'esecuzione penale (principio d'individualizzazione della pena e della progressività trattamentale).

Orbene, è fin troppo evidente che inibire al detenuto l'accesso alla misura extracarceraria solo perché, nel caso concreto, fanno difetto, per ragioni estranee alla sua volontà, elementi fattuali (domicilio idoneo e/o opportunità lavorative fuori del carcere) che consentano una prognosi positiva sul successo della soluzione decarcerizzante significa creare diseguaglianza di trattamento di fronte alla pena, la cui esecuzione, così, risulterebbe proporzionata rispetto alla responsabilità personale ma non anche rispetto alle esigenze rieducative che ne conseguono.

Vero è che non tutte le misure alternative alla detenzione hanno connotazioni rieducative, se per rieducazione s'intenda l'attuazione di un trattamento individualizzato volto a favorire, attraverso adeguati interventi di sostegno socio-culturali e di avviamento al lavoro, la riappropriazione, da parte del condannato, dei valori elementari della convivenza civile e la sua reintegrazione sociale. La detenzione domiciliare, ad esempio, a differenza della semilibertà e dell'affidamento in prova al servizio sociale, è carente di contenuti rieducativi nel senso sopra precisato, realizzando piuttosto esigenze di tipo umanitario-assistenziale o finalità di deflazione carceraria. Tuttavia, nella misura in cui vale ad evitare "l'inutile sofferenza del carcere" (Cass., sez. I, 1.10.1996, n. 4837) – pregiudizievole per gli *homeless*, non meno che per le persone socialmente integrate, rischiando, i primi, di vedere definitivamente infranta, per lo stigma dovuto alla carcerazione, ogni residua speranza di dignitoso rientro nel consorzio civile – anche il beneficio peniten-

ziario *de quo* può legittimamente iscriversi nell'armamentario degli strumenti statuali atti a fornire al destinatario di una condanna penale *chance* di riabilitazione sociale o, comunque, a scongiurare una sua desocializzazione (o ulteriore desocializzazione).

Appare chiaro, a questo punto, come il pregiudizio di cui si discute in queste pagine sia conseguenza non già di un comportamento *contra legem* del magistrato, che si limita a fare esercizio della discrezionalità attribuitagli dalla legge, ma di opzioni normative riguardo le condizioni di accesso ai benefici penitenziari e di carenze nel sistema statale di *welfare*.

Rispetto alla perdita di *chance* di risocializzazione, insomma, sembra ipotizzabile una responsabilità per danni da attività legislativa o da attività amministrativa, piuttosto che da attività giudiziaria, benché l'accesso all'espiazione *extra moenia* della pena dipenda, in concreto, da una decisione giudiziaria.

Siffatta conclusione, secondo cui la scaturigine remota, la causa originaria degli effetti pregiudizievoli, in danno dell'*homeless*, discendenti dal diniego di concessione della misura extrapenitenziaria richiesta, va ravvisata in colpe non ascrivibili al magistrato decidente e tantomeno al soggetto istante, impone, però, di valutare se, del pregiudizio in questione, lo Stato possa comunque essere chiamato a rispondere civilmente, per avere introdotto – in dispregio del principio espresso nell'art. 3, co. 1, Cost. – una disciplina eguale per situazioni diseguali, ponendo sullo stesso piano, ai fini dell'accesso al sistema delle misure extracarcerarie, soggetti in condizioni di estrema marginalità (a causa del loro statuto sociale e/o dei loro percorsi di vita) e soggetti pienamente integrati nel tessuto sociale e lavorativo; nonché, per avere disatteso il compito – stabilito nell'art. 3, co. 2, Cost., letto in combinazione con l'art. 27, co. 3, Cost. – di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto le opportunità di risocializzazione del condannato, impediscono il pieno sviluppo della sua personalità e precludono alla pena di svolgere la funzione che la Costituzione le assegna.

La soluzione affermativa sembrerebbe trovare conforto nelle risultanze di studi dottrinali in ordine alla configurabilità di un illecito extracontrattuale dello Stato nell'esercizio della funzione legislativa, in particolare circa la possibilità di applicare l'art. 2043 c.c. in favore del privato danneggiato dall'emanazione di una legge incostituzionale o da un'omissione del legislatore contraria a principi e norme della Costituzione [tra gli studi più recenti, cfr. C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali]. L'idea di un illecito "legislativo" dello Stato, peraltro, è da tempo recepita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che riconduce tale illecito alla lesione dei diritti sanciti nella Convenzione, riconoscendo a se stessa, ai sensi dell'art. 41 Cedu, il potere di accordare un'equa soddisfazione alla parte lesa che ne abbia fatto richiesta, in relazione ai danni – patrimoniali e non patrimoniali – che siano eventualmente derivati dalla violazione della normativa convenzionale e che non abbiano trovato compiu-

ta riparazione in base al diritto nazionale (cfr., *ex multis*, Corte Edu 6.3.2007, Scordino c. Italia; Corte Edu 11.12.2003, Carbonara e Ventura c. Italia; Corte Edu 30.5.2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia; Corte Edu 31.10.1995, Papamichalopoulos c. Grecia). La responsabilità risarcitoria dello Stato per i danni cagionati a singoli da atti od omissioni del legislatore è stata riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che l'ha affermata – alla luce dei principi del primato del diritto dell'Unione, dell'effettività delle sue norme e della loro uniforme applicazione, e di leale collaborazione tra istituzioni dell'Unione e Stati membri – in riferimento al mancato, tardivo o scorretto recepimento di direttive europee ovvero all'incompatibilità tra normativa interna e diritto dell'Unione (cfr., in particolare, Corte giust. UE, 19.11.1991, C-6/90, C-9/90, Francovich e Corte giust. UE, 5.3.1996, C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame).

Di diverso avviso la nostra Corte di cassazione, la quale, allorché ha affrontato il problema della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea, ha palesato resistenze verso l'idea di un sindacato giurisdizionale sulla liceità dell'azione legislativa, giudicando non compatibile con il nostro diritto nazionale il modello di responsabilità delineato dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. In particolare, la Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, ha escluso l'applicabilità dell'art. 2043 c.c., qualificando come mero indennizzo la responsabilità per danni del legislatore nazionale (Cass., sez. un., 17.4.2009, n. 9147).

Orbene, siffatto approccio della giurisprudenza di legittimità alla tematica della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea rende evidente come il problema relativo alla idoneità del regime aquiliano (artt. 2043 ss. c.c.) a disciplinare le fattispecie dannose riconducibili all'agire pubblico, in particolare ove esso sia espressione della funzione legislativa, non possa ancora dirsi giunto ad una sistemazione concettuale sufficientemente condivisa.

Ad ogni modo, con riguardo al pregiudizio di cui stiamo discorrendo – il danno da perdita di *chance* di risocializzazione – un eventuale ricorso al paradigma dell'art. 2049 c.c. in funzione risarcitoria (a prescindere dal fatto che si ipotizzi, per detto danno, una responsabilità da attività giudiziaria o, piuttosto, da atti od omissioni del legislatore o della pubblica amministrazione) comporterà, per il ricorrente, l'onere di dimostrare l'*an* e il *quantum* del danno lamentato.

Il danno non patrimoniale, infatti, anche in ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona, non può mai ritenersi *in re ipsa*, ma va debitamente allegato e provato da chi ne invoca il risarcimento (Cass., sez. lav., 14.5.2012, n. 7471; Cass., sez. un. 16.2.2009, n. 3677). Né, nel nostro caso, potrebbero soccorrere presunzioni semplici o massime di comune esperienza, avendo la giurisprudenza chiarito che la “perdita di *chance*” – intesa come la perdita di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato utile – deve presentare, per dar luogo a risarcimento, una elevata probabilità di avverarsi, desumibile da elementi precisi ed obiettivi, non essendo sufficiente una sua mera potenzialità di avveramento (Cass., sez. lav., 1.3.2013, n. 5138).

Se, dunque, la perdita di *chance* è certamente annoverabile tra i pregiudizi meritevoli di considerazione a titolo di danno non patrimoniale (Cass., sez. lav., 25.8.2014, n. 18207), non possono sottacersi le difficoltà d'ordine probatorio che connotano il suo accertamento giudiziale. Ed anzi, con riguardo al bene impalpabile (“*chance* di risocializzazione”) asseritamente perduto dal detenuto non ammesso a percorsi trattamentali extramurari, la prova assume quasi connotazioni di *probatio diabolica*.

8. L'auspicabile istituzione di luoghi non custodiali di dimora sociale e la necessità di un maggiore coinvolgimento della società civile nelle dinamiche dell'esecuzione penale esterna

Quale che sia la risposta che s'intenda dare al problema, or ora affrontato, della risarcibilità del danno da perdita di *chance* di risocializzazione, certo è che, di fronte a questa stortura del sistema di esecuzione penale esterna, lo Stato non può rimanere inerte!

Non si può pensare, infatti, di gestire la criminalità – prevalentemente micro – espressa dai soggetti in condizione di povertà estrema esclusivamente con gli strumenti del trattamento intramurario, solo perché fa difetto il requisito del radicamento sul territorio, c'è carenza di strutture residenziali per persone senza dimora e non vi sono concrete prospettive lavorative: circostanze tutte indipendenti dalla volontà dell'interessato.

Pur nella consapevolezza che le problematiche individuali e sociali che hanno condotto alla marginalità – e, presumibilmente, anche all'atto criminoso – meriterebbero ben altre attenzioni e risposte da parte dello Stato e dell'intera comunità sociale, è fondamentale che le stesse non abbiano a ripercuotersi sulla prospettiva di una maggiore umanizzazione dell'esecuzione penale, ostacolando la messa in opera di soluzioni decarcerizzanti.

A tal fine, probabilmente, bisognerebbe intervenire, prima ancora che sul sistema di misure semidetentive o alternative alla detenzione previste dalla legge penitenziaria, sul sistema sanzionatorio principale, introducendo, con riguardo ai reati di gravità medio-bassa (che sono quelli di cui maggiormente la “povera gente” si rende artefice), pene diverse dalla reclusione e dall'arresto, come, ad es., le sanzioni a contenuto prescrittivo (ivi compresa la prestazione di un lavoro di utilità sociale) o interdittivo.

La stessa detenzione domiciliare – sanzione certamente priva di quell'effetto desocializzante che si accompagna alla carcerazione – potrebbe costituire pena principale per una certa fascia di reati. Ed era questa la soluzione ipotizzata nella l. n. 67/2014, che, in una più ampia prospettiva di deflazione del carico giudiziario penale e di decongestione carceraria, aveva previsto – unitamente ad interventi di depenalizzazione in astratto ed alla possibilità di proscioglimento per particola-

re tenuità del fatto e di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato – la revisione organica del sistema sanzionatorio, con l'introduzione di pene detentive non carcerarie, a tal uopo conferendo al Governo apposita delega.

Il Governo, però, ha deciso di non dare attuazione alle previsioni della legge prefiguranti un nuovo sistema sanzionatorio, che avrebbe avuto come asse portate proprio la detenzione domestica (v. art. 1, l. n. 67/2014), benché – e questo costituisce un punto debole della delega – si prospettasse, per l'ipotesi d'indisponibilità di un domicilio idoneo, il ritorno alla detenzione carceraria, con conseguente rischio di una profonda sperequazione di trattamento ai danni di chi, privo di una sistemazione alloggiativa, sarebbe stato costretto all'espiazione intramuraria della condanna.

Eppure, il problema dell'impossibilità di eseguire la detenzione domiciliare (pena principale o misura alternativa alla detenzione) per mancanza di un domicilio o di altro luogo di esecuzione idoneo era stato affrontato e risolto egregiamente dalla Commissione Palazzo, incaricata, nella primavera 2013, dall'allora Ministro della giustizia Anna Maria Cancellieri, di “elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale”. Al riguardo, era parso che la soluzione più adeguata e rispettosa dei principi costituzionali fosse l'utilizzazione di appositi “luoghi non custodiali di dimora sociale”, individuati sulla base di convenzioni con enti locali o privati e modellati nel limite del possibile sulle caratteristiche dell'abitazione domestica. In alternativa, e comunque in attesa della istituzione di tali luoghi, la Commissione prospettava il ricorso ad una sorta di semidetenzione surrogatoria negli istituti o nelle sezioni di cui all'art. 48, co. 2, ord. penit. (cui sono assegnati i condannati o internati ammessi al regime della semilibertà nonché, appunto, le persone cui sia irrogata dal giudice della cognizione, a titolo sostitutivo della pena detentiva, la sanzione della semidetenzione), accompagnata da prescrizioni e limitazioni relative alla libertà di movimento o alla frequentazione di determinati luoghi.

La questione *de qua* è stata nuovamente affrontata in seno al Comitato di esperti incaricato di predisporre le linee di azione per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena (denominata “Stati Generali sulla esecuzione penale”), che ha mostrato di prediligere quest'ultima soluzione, prospettando l'opportunità di ricorrere alla misura della semilibertà “anche quando le misure caratterizzate da un maggior *favor libertatis* non possano essere concesse per mancanza di domicilio idoneo, evitando così l'esecuzione in carcere per far fronte ad un problema puramente logistico” (così si legge nel *documento finale* – p. 70 – redatto a conclusione dei lavori, reperibile sul sito web del Ministero della Giustizia all'indirizzo www.giustizia.it).

Ad ogni modo, quale che sia la soluzione che si adotti – si consenta cioè all'*homeless* di espriare la pena totalmente all'esterno del carcere, in un luogo non custodiale di dimora sociale, oppure di trascorrere parte della giornata in libertà, per svolgere attività lavorativa o altra attività utile al reinserimento sociale, e la

restante parte dimorando in istituto penitenziario – è fondamentale, perché la soluzione decarcerizzante diventi effettiva opportunità di recupero sociale per il condannato, il coinvolgimento, nelle dinamiche dell'esecuzione penale, della società civile, ed in particolare delle varie realtà di volontariato presenti sul territorio.

L'esecuzione *extra moenia* della pena deve iscriversi, insomma, in un percorso complessivo di integrazione sociale dell'*homeless*, visto nella sua totalità di persona portatrice di bisogni – per usare la classificazione operata da Abraham Maslow – non solo “esistenziali” (quelli fisiologici, legati alla sopravvivenza, e di sicurezza, esprimenti l'esigenza di protezione e assicurazione circa la propria incolumità), ma anche “relazionali” (il sentirsi parte di un gruppo, ricevere affetto, sostegno e approvazione da parte degli altri) e “di crescita” (il bisogno cioè di realizzare le proprie potenzialità, in ambito lavorativo, di studio, ecc.).

Il recupero sociale della persona che vive ai margini della società e che non ha un domicilio presso cui scontare la pena detentiva inflittale, insomma, non può identificarsi ed esaurirsi nel mero collocamento della stessa presso strutture di accoglienza, nella disponibilità della pubblica amministrazione – a titolo di proprietà, locazione, comodato d'uso, ecc. – o di enti privati (associazioni, fondazioni, istituti religiosi, enti ecclesiastici, cooperative sociali, ecc.), appositamente destinate all'esecuzione della detenzione domiciliare o di altra misura che richieda un'ideale sistemazione alloggiativa; al di là dell'accoglienza abitativa temporanea, occorre favorire l'ingresso del condannato nel circuito lavorativo, aiutarlo a creare o recuperare relazioni significative con la famiglia e con il territorio, accompagnarlo in eventuali percorsi autoresponsabilizzanti che abbia deciso di intraprendere, protesi al risanamento della frattura relazionale provocata dal reato e, se possibile, alla riparazione del danno procurato dalla sua azione delittuosa, anche mediante la prestazione di attività lavorativa non retribuita in favore della vittima o sotto forma di *community service*. Tutto ciò è impensabile senza lo sviluppo di iniziative di collaborazione con il territorio, in particolare con le organizzazioni non profit e di volontariato.

Comunque, al di là delle innegabili difficoltà – peraltro acuite dall'attuale crisi economica – di realizzazione di una complessiva opera d'integrazione sociale del soggetto (la cui intrapresa ha senso, potendo favorire una positiva evoluzione della personalità del condannato, anche quando trattasi di cittadino extracomunitario destinato a sicura espulsione dal territorio dello Stato dopo l'espiazione della pena), è certamente possibile, senza rinunciare alla pena, ridimensionare l'incidenza carceraria sulla sua esecuzione e conseguire il rilevante obiettivo, in termini di eguaglianza sostanziale, di una opportuna perequazione del trattamento sanzionatorio delle persone in condizioni di marginalità socio-economica.

Consentendo loro, ogni qual volta vi siano le condizioni giuridiche per attuare una soluzione decarcerizzante (sia in fase di cognizione sia *in executivis*), di fruire di una sistemazione alloggiativa idonea e coinvolgendole in attività lavorative o in attività solidaristiche a favore della vittima e/o della comunità, se occorre, an-

che con l'impiego di dispositivi di controllo a distanza (braccialetto, cavigliera elettronica), potrebbe già essere sufficiente perché il carcere cessi di essere quella "discarica sociale", quel grande contenitore in cui raccogliere (e rimuovere) problematiche sociali che altrove non trovano adeguate risposte.

