

LESIONI DEI DIRITTI DEI DETENUTI CONSEGUENTI AD ATTI E PROVVEDIMENTI DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

Giur. merito 2010, 11, 2810

Fabio Fiorentin

Sommario: 1. Premessa. - 2. La persona detenuta. - 3. Le fonti internazionali. - 4. La tutela dei diritti fondamentali nella nuova prospettiva europea. - 5. Le fonti nazionali. - 6. Il rapporto di esecuzione penale. - 7. Il rapporto tra l'Amministrazione penitenziaria e la persona detenuta o internata. - 8. La selezione delle posizioni soggettive tutelabili. - 9. Indennizzo da detenzione inumana. - 10. La risarcibilità del c.d. «danno esistenziale». - 11. Le forme di tutela giurisdizionale: il «sistema multilivello». - 12. I reclami davanti al magistrato di sorveglianza. - 13. La sentenza costituzionale n. 26 del 1999 e gli sviluppi successivi. - 14. L'ottemperanza alle decisioni del Magistrato di Sorveglianza. - 15. Prospettive de jure condendo.

1. PREMESSA

Il provvedimento in rassegna si segnala per l' articolato svolgimento dei dibattuti profili concernenti la tutela per la lesione delle posizioni soggettive dei detenuti, incise da atti o provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria. Il tema è di stringente attualità, alla luce di recenti episodi di cronaca e del drammatico problema del sovraffollamento carcerario, ormai divenuto «strutturale» nella realtà penitenziaria italiana. L'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Lecce prende in considerazione le forme procedurali ed i poteri attribuiti al giudice di sorveglianza in tema di «reclami atipici» (artt. 35, 69 l. 26 luglio 1975, n. 354), affermando la giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza (MdS) sulle violazioni dei diritti dei detenuti attuate nell'ambito del trattamento penitenziario, e il carattere vincolante delle disposizioni impartite dal MdS all'amministrazione, nel caso risulti accertata la lesione di una posizione soggettiva della persona detenuta o internata. La questione è stata recentemente ripresa dalla sentenza costituzionale 8 ottobre 2009, n. 266, che ha contribuito a meglio precisare l'ambito di tutela assicurato dall'ordinamento penitenziario, prendendo in esame le scansioni procedurali che caratterizzano il giudizio davanti al magistrato di sorveglianza, ed

assegnando al P.M. un inedito ruolo di «avvocato della parte pubblica», incaricato di sostenere la posizione dell'amministrazione penitenziaria. La materia, in continua evoluzione ad opera della giurisprudenza nazionale ed europea, presenta rilevanti profili di incertezza e sconta la perdurante inerzia del legislatore, che non ha ancora risposto alla sollecitazione rivoltagli dalla pronuncia costituzionale n. 26 del 1999, al fine del varo di una organica disciplina dei c.d. «reclami atipici» al magistrato di sorveglianza). Le note che seguono intendono offrire un quadro aggiornato dello «stato dell'arte», riprendendo la traccia percorsa dal provvedimento del magistrato di sorveglianza di Lecce, non senza la piena consapevolezza che ogni approdo potrà essere, nel prossimo futuro, rimesso in discussione dagli sviluppi possibili - e allo stato difficilmente prevedibili - del quadro giuridico-normativo.

2. LA PERSONA DETENUTA

La persona che affronta un'esperienza di detenzione si trova - suo malgrado - inserita in un sistema che, per sua stessa natura, impone limiti e stretti controlli sulla sfera personale del soggetto, comprimendo in varia misura alcune delle principali facoltà soggettive (auto-organizzazione della propria esistenza, libertà di comunicazione, di movimento ecc.), in funzione delle esigenze organizzative connesse all'esecuzione penale. Tale situazione, non scevra, evidentemente, di concreti pericoli per la sopravvivenza dei diritti fondamentali della persona, ha indotto sia l'ordinamento interno (l. 26 luglio 1975, n. 354, c.d. «Ordinamento penitenziario»), che quello europeo (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; Trattato di Lisbona, in vigore dall'1 dicembre 2009) a riconoscere nel detenuto un «soggetto debole», destinatario di norme di tutela della sfera di facoltà personali e di salvaguardia delle stesse nei confronti di eventuali incisioni che non trovino valida giustificazione in motivi di ordine e sicurezza pubblica e, in generale, nell'esigenza di assicurare la regolare esecuzione della pena; ovvero derivino da modalità di esecuzione non conformi agli standard minimi che assicurano il rispetto della dignità della persona e dell'umanità nell'esecuzione della pena.

In una prospettiva ispirata a canoni di civiltà giuridica, occorre riconoscere che il soggetto detenuto ha diritto non soltanto a vedere apprestati dall'ordinamento strumenti adeguati di tutela «negativa» (volta, cioè, alla conservazione, delle facoltà inerenti a una posizione soggettiva pre-esistente alla restrizione carceraria); ma ha, altresì e in egual misura, il diritto di usufruire della tutela «positiva», quelle proposte trattamentali, cioè, finalizzate alla rieducazione che consegue alla modificazione della personalità del reo in senso socialmente adeguato. La prima forma di salvaguardia trova origine in fonti sopranazionali e nei principi costituzionali che proteggono il nucleo di incompressibili diritti fondamentali della persona umana, tali che nemmeno l'esecuzione della sanzione penale può annichilire del tutto, a pena d'illiceità per contrasto con il senso di umanità cui deve essere informata l'esecuzione della pena (art. 27 comma 3 Cost.). Il secondo profilo è, invece, previsto dalla legislazione sull'ordinamento penitenziario, informata al principio secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (art. 27 comma 3 Cost.).

L'interesse pubblico alla esecuzione della pena e l'interesse del soggetto detenuto alla conservazione ed allo sviluppo della propria sfera soggettiva, rappresentano, in altri termini, due profili che possono trovarsi in contrasto di fatto, ma sul piano giuridico essi procedono in sintonia. La ponderazione comparativa tra i detti interessi è realizzata dal legislatore col ritenere suscettive di tutela quelle (e soltanto quelle) posizioni soggettive che non comportino un pregiudizio degli interessi pubblici connessi all'esecuzione penale e, in primo luogo, alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza, condizioni imprescindibili della stessa finalizzazione rieducativa dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza: art. 1 comma 3 l. n. 354 del

1975; art. 2 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

3. LE FONTI INTERNAZIONALI

Le fonti internazionali valorizzano soprattutto il profilo di tutela dei diritti fondamentali afferenti alla persona detenuta: a salvaguardia della sfera di libertà, patrimonio di ogni persona umana, è posto il presidio dell'art. 5 l. n. 848 del 1955 (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), che sancisce il diritto di tutti alla libertà e alla sicurezza, stabilendo i casi tassativi nei quali tale diritto può essere limitato. A tutela della dignità della persona si pone l'art. 7 l. 25 ottobre 1977, n. 881, di ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966, a sanzione dell'illiceità di pene inumane e degradanti. Gli artt. 10 e 11 l. 3 novembre 1988, n. 498 (Ratifica della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984), impongono agli Stati membri di reprimere in ogni modo possibile il ricorso alla tortura dei soggetti detenuti, prevedendo (art. 14) il diritto ad un equo risarcimento alle vittime di torture. L'art. 5 comma 5 l. n. 848 del 1955 e l'art. 9 comma 5 l. n. 881 del 1977, attribuiscono alla persona che ha subito senza legittima ragione un periodo di arresto o detenzione il diritto a un congruo indennizzo. Sul piano della rieducazione dei condannati, la Risoluzione ONU 30 agosto 1955 offre interessanti spunti di riflessione sulle implicazioni correlate ai diritti della persona in ambito carcerario: il par. 65 stabilisce che il trattamento dei condannati a pene privative della libertà deve avere lo scopo «di suscitare in essi la volontà e le capacità che permetteranno loro, dopo la liberazione, di vivere nel rispetto della legge e di provvedere a se stessi», aggiungendo: «Tale trattamento deve essere tale da incoraggiare nel soggetto il rispetto di se stesso e da sviluppare in lui il senso della responsabilità». Il successivo par. 71, prevede, in tema di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, che esso «deve essere, nei limiti del possibile, di tale natura da mantenere ed aumentare (...) la capacità di guadagnare onestamente da vivere dopo la liberazione (...) Nei limiti compatibili con una selezione professionale razionale e con le esigenze dell'Amministrazione e della disciplina penitenziaria, i detenuti devono poter scegliere il genere di lavoro che desiderano compiere» (Ris. ONU 30 agosto 1955, par. 71). Il par. 78 impone all'Amministrazione penitenziaria di organizzare all'interno degli istituti di pena delle attività volte a favorire il benessere fisico ed intellettuale dei detenuti. Questi ultimi devono essere «(...) incoraggiati a mantenere o iniziare relazioni con persone o enti esterni che possono favorire gli interessi della sua famiglia e il proprio riadattamento sociale» (Ris. ONU 30 agosto 1955, par. 80).

4. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA NUOVA PROSPETTIVA EUROPEA

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore l'1 dicembre 2009, amplia la prospettiva della protezione dei diritti fondamentali nello spazio europeo (1)

(1) Cfr. Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (reperibile alla url www.europeanrights.eu

), I diritti fondamentali nello spazio di libertà sicurezza e giustizia - prospettive e responsabilità dopo il trattato di Lisbona, 2009. . La nuova fonte pattizia dichiara, infatti, che l'Unione si fonda su un insieme di valori, taluni dei quali non erano esplicitamente menzionati nei trattati precedenti: dignità, eguaglianza, tolleranza, giustizia, solidarietà (art. 2 Trattato dell'Unione Europea). Alla solenne proclamazione consegue l'obbligo per gli Stati aderenti e per le

istituzioni europee di adeguare i propri ordinamenti e - più in generale - la propria politica alla tutela di quei valori, anche nelle relazioni internazionali (art. 3, p. 5, Trattato UE). L'attribuzione di pieno valore giuridico alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Uomo (art. 6 TUE) e l'adesione dell'Unione alla CEDU (art. 12 TUE) determina un radicale cambiamento di prospettiva, che vincola direttamente gli ordinamenti interni al rispetto della dignità e dei diritti delle persone, con particolare riguardo per i soggetti che risultano particolarmente a rischio. Tra le «Osservazioni», indirizzate dall' Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa al Parlamento europeo ai fini dell'attuazione di una migliore protezione dei diritti fondamentali, si trovano alcune importanti enunciazioni, che investono direttamente la questione della tutela dei diritti delle persone in stato di limitazione della libertà personale. In particolare, si raccomanda il ravvicinamento delle legislazioni con riguardo alle disposizioni relative a «standard minimi di detenzione» (minimum standards in prison conditions: cfr. relazione Turco 24 febbraio 2004, recante «Proposta di raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sui diritti dei detenuti nell'Unione europea»). È auspicato che gli strumenti adottati in materia non siano limitati ai soli casi «transfrontalieri» ma siano suscettibili di applicarsi a tutte le persone coinvolte in procedimenti penali negli Stati membri, «creando un elevato zoccolo comune di diritti per tutti coloro che si trovano nel territorio dell'UE». È, inoltre, raccomandata la stipula di accordi internazionali di assistenza giudiziaria e di estradizione con gli Stati terzi che in tema di diritti fondamentali, al fine di prevenire «ogni rischio di trattamenti inumani e degradanti».

Sul piano giudiziario, la prevista adesione dell'Unione alla CEDU, la forza vincolante attribuita alla Carta dei diritti fondamentali e il - pur limitato - ampliamento dei poteri della Corte di Giustizia rappresentano convergenti fattori destinati a potenziare il ruolo e gli spazi di intervento dei giudici delle Corti europee e nazionali. Ne deriva che, nello spazio europeo, la tutela dei diritti è sempre più affidata ad un sistema «multilivello» in cui si intersecano gli ordinamenti nazionali, l'ordinamento comunitario e l'ordinamento CEDU.

5. LE FONTI NAZIONALI

Nell'ordinamento interno, la tutela dei diritti della persona detenuta si fonda sulla già ricordata legge di riforma dell'Ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), ampiamente modificata dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. «legge Gozzini»); e dal correlato regolamento di esecuzione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) (2)

(2) Considera determinante la riforma penitenziaria ai fini della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale Cavallari, *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Carcere e Società*, Venezia, 1976, 42. Per un profilo particolare della giurisdizionalizzazione, cfr. Vitello, *Significativo mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi-premio*, in *Cass. pen.*, 1994, 1904. . A tale corpus fondamentale si aggiungono numerose leggi extravagantes, che hanno inciso sulla disciplina di specifici profili, quali la l. 26 maggio 1998, n. 165, in materia di applicazione provvisoria delle misure alternative alla detenzione; la l. 19 dicembre 2002, n. 277, in materia di riforma della liberazione anticipata; la l. 8 aprile 2004, n. 95, in materia di controllo sulla corrispondenza dei detenuti.

6. IL RAPPORTO DI ESECUZIONE PENALE

Il procedimento di esecuzione penale, avviato su impulso del Pubblico Ministero (art. 655 c.p.p.), genera un complesso rapporto giuridico, una coordinata sequenza di atti pubblici

attraverso cui si manifesta la volontà dello Stato di applicare concretamente la sanzione penale nei confronti della persona condannata in via definitiva. Il rapporto esecutivo penale, pur qualificato dal carattere pubblicistico, non è, tuttavia, caratterizzato da una condizione di totale soggezione del condannato di fronte alla potestà pubblica. L'ordinamento struttura, infatti, il rapporto di esecuzione su un modello procedimentale, che nasce con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, si sviluppa attraverso l'esecuzione penitenziaria (detenzione ordinaria in carcere, misure alternative alla detenzione, liberazione condizionale e anticipata ecc.) fino a estinguersi per integrale espiatione o per altra causa (ad es., amnistia, grazia presidenziale ecc.). Entro tali complesse sequenze, il condannato rimane titolare di posizioni giuridiche soggettive, cui si accompagnano forme di tutela giurisdizionale nei casi in cui l'esercizio dei diritti sia illecitamente precluso, ovvero a fronte di provvedimenti dell'organo statale che connotino illegittimamente la sfera soggettiva dell'esecutato.

Il riconoscimento in capo alla persona condannata di uno status coerente con la titolarità di diritti e interessi non comprimibili neppure per effetto dell'applicazione della pena detentiva non ha costituito un approdo immediato, bensì una progressiva codificazione delle posizioni giuridiche attive dei detenuti, a partire dall'intervento della Corte costituzionale che, con una storica decisione in tema di liberazione condizionale (art. 176 c.p.), affermò il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva sia riesaminato, al fine di accertare se la quantità di pena già espiata abbia, o no, assolto il suo fine rieducativo (sentenza n. 204 del 1974). Tale diritto, stabilì la Consulta, «deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale». La riforma dell'ordinamento penitenziario, varata proprio su impulso della sentenza costituzionale n. 204 del 1974, ha determinato un vero e proprio ribaltamento dei tradizionali rapporti fra il detenuto e l'Amministrazione penitenziaria, di tal che la figura del detenuto viene portata in primo piano, non più quale soggetto passivo dell'esecuzione penale, bensì quale titolare di posizioni soggettive e destinatario delle proposte trattamentali degli operatori penitenziari (3)

(3) Sull'evoluzione della legislazione penitenziaria, cfr. Dalia, I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, (a cura di Grevi), Bologna, 1982; Margara, La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere, in *Quest. Giust.*, 1986. . Vi fu anche chi osservò, non senza una sfumatura paradossale, come la riforma penitenziaria rappresentasse «il solenne riconoscimento che lo status di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale status, ma, anzi, altri gliene attribuisce» (4)

(4) Galli, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-77*, Milano, 1978, 128. .

7. IL RAPPORTO TRA L'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA E LA PERSONA DETENUTA O INTERNATA

Il rapporto esecutivo penale è caratterizzato, in definitiva, dall'esistenza di un potere pubblico che, con i propri atti e provvedimenti, interagisce con i sottoposti a esecuzione penale non già in termini unilaterali (relazione potestà/soggezione); ma bilaterali (potere/diritto soggettivo - diritto

affievolito - interesse legittimo). Che di rapporto vero e proprio e non di mera soggezione si tratti, è reso evidente dalla considerazione che l'ordinamento democratico riconosce, accanto al potere organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria, la sussistenza (recte: permanenza), in capo al soggetto privato su cui si esercita detto potere, di un fascio di diritti e posizioni soggettive non sacrificabili di fronte alle scelte discrezionali dell'organo amministrativo (5)

(5) C. cost., sent. 8-11 febbraio 1999, n. 26/1999, in G.U. 17 febbraio 1999, n. 7, I serie speciale. . Una diretta conseguenza del ravvisato carattere bilaterale del rapporto tra l'Amministrazione penitenziaria e la persona in stato di detenzione concerne la posizione di garanzia che la particolare situazione segregativa in cui si trova il detenuto fa sorgere il capo all'Amministrazione penitenziaria, quale istituzione deputata alla custodia dei condannati e internati. Da tale posizione nasce un'articolata serie di obblighi per l'Amministrazione, quali la tutela dell'integrità fisica, della salute, della sfera sociale, familiare e affettiva della persona sottoposta a esecuzione penale, che, «pur trovandosi in situazione di privazione della libertà personale in forza della sentenza di condanna, è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti» (6)

(6) Così C. cost. n. 212 del 1997. Più in generale, per il riconoscimento che, anche in situazioni di restrizione della libertà personale, sussistono diritti che l'ordinamento tutela, cfr. le sentenze della C. cost. n. 410 del 1993, n. 351 del 1996, n. 376 del 1997 e la stessa C. cost., sent. n. 26 del 1999, cit. .

La legge sull'ordinamento penitenziario ha, coerentemente a tale impostazione, riconosciuto, alla persona detenuta o internata, la facoltà di agire personalmente apud iudicem a tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive (artt. 4 e 69 ord. penit.). L'ordinamento democratico deve, infatti, assicurare un controllo giurisdizionale completo ed effettivo sulle modalità con cui lo Stato esercita il potere organizzativo e coercitivo in ambito penitenziario, così che non residuino spazi vuoti di tutela nei confronti di eventuali distorsioni nell'uso della potestà amministrativa rispetto alle finalità legislativamente prefissate. La lesione di tali posizioni, conseguenti al tradimento della posizione di garanzia importano l'insorgere di responsabilità a carico dell'Amministrazione, che può essere fatta valere in sede civilistica (sotto il profilo risarcitorio), in concorso cumulativo con i rimedi attivabili presso il magistrato di sorveglianza (di più immediata natura riparativa in forma specifica).

È, peraltro, questione di non agevole soluzione stabilire quali siano - concretamente - le posizioni soggettive dei detenuti oggetto della tutela ope iudicis affermata dal Giudice delle leggi; quali gli strumenti giurisdizionali di tutela concretamente attivabili; quale, infine, l'ampiezza del controllo del magistrato di sorveglianza sull'atto amministrativo che si assume lesivo.

8. LE FATTISPECIE GENERATRICI DEL DANNO RISARCIBILE: SELEZIONE DELLE POSIZIONI SOGGETTIVE TUTELABILI

La giurisprudenza costituzionale ha stabilito che il precetto contenuto negli artt. 24 e 113 Cost. impone che venga assicurata tutela giurisdizionale sia ai diritti aventi rango costituzionale che

alle posizioni soggettive che trovano fondamento in fonti normative di rango sottordinato. Si tratta della tutela dei diritti che possono subire pregiudizio per effetto (a) del potere dell'Amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del «trattamento» di ciascun detenuto; ovvero per effetto (b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere (7)

(7) C. cost., sent. n. 26 del 1999, cit. .

Per effetto del ricordato arresto costituzionale, l'ordinamento prevede ora un articolato sistema di tutela giurisdizionalizzata delle posizioni soggettive dei detenuti che siano lese all'Amministrazione nell'ambito del trattamento penitenziario. La giurisprudenza ha, tuttavia, dato una lettura restrittiva delle possibilità dischiuse dalla pronuncia costituzionale, selezionando rigorosamente le posizioni soggettive suscettibili di tutela, e riconoscendo il più ampio controllo giurisdizionale assicurato dal combinato disposto degli artt. 35 e 69 ord. penit., soltanto alle doglianze riferibili alla violazione di diritti soggettivi. Mentre, infatti, è ammesso il ricorso ex art. 111 Cost., avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza resi su reclamo avverso atti dell'Amministrazione penitenziaria che incidono su diritti soggettivi dei detenuti (ad es. in tema di modalità di perquisizione personale: Cass., sez. I, 3 febbraio 2004); tale possibilità è, invece, negata nel caso di ordinanze emesse dal MdS a seguito di un reclamo generico in ordine a provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria che non incidono sui diritti soggettivi del detenuto (ad es. nel caso di reclamo nei confronti del rigetto delle richieste di avere copia di un'istanza, di dotazione di acqua calda e docce nelle celle, di rimozione di un pannello posto sulle finestre della cella, ecc.: Cass. sez. I, 21 maggio 2008). Si tratta, a ben considerarsi, di una posizione che risente della concezione tradizionale della giustiziabilità delle posizioni soggettive, laddove, alla luce di una moderna concezione della giurisdizione esclusiva del MdS in materia di trattamento penitenziario, la tradizionale partizione tra diritti e interessi legittimi perde consistenza, dal momento che tutte le lesioni delle posizioni soggettive dei detenuti incise per effetto del trattamento penitenziario sono suscettibili di tutela concentrata presso il magistrato di sorveglianza. Si tratta di una sottolineatura importante, che l'estensore del provvedimento in rassegna non manca di evidenziare, richiamando la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 ed osservando che, nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al MdS, «la tradizionale distinzione tra diritti ed interessi legittimi assume rilievo del tutto marginale nell'ambito del trattamento».

Piuttosto, deve riconoscersi che l'abuso/cattivo uso del potere pubblico costituisce la fattispecie generatrice dell'illecito dal quale si può produrre la lesione del diritto, e tanto più essa potrà trovare ristoro, quanto più l'ordinamento estenderà l'ambito del controllo giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria. La lesione della posizione soggettiva del condannato nel corso del trattamento penitenziario può consistere in condotte omissive (nel momento in cui, a es., nei confronti dell'interessato non è avviata l'osservazione della personalità, ovvero non è redatto il programma di trattamento, o non sono attivate le proposte trattamentali ecc.); in condotte attive lesive dei diritti garantiti (nel caso, a es., in cui il programma di trattamento contenga violazioni palesi dei diritti stessi; nel caso di sistemazione dei detenuti in spazi inferiori agli standard minimi ecc.); ovvero in comportamenti riconducibili a negligenza professionale (qualora a es., venga omissso di inviare un detenuto in gravi

condizioni di salute presso un centro medico esterno ecc.). Il punto critico sta nel selezionare, tra tutte le doglianze che pervengono alla magistratura di sorveglianza, quali debbano comportare l'adozione della procedura giurisdizionalizzata introdotta dalla Corte costituzionale. Il problema non si pone, ovviamente, riguardo alle ipotesi in cui sia applicabile una procedura specifica, espressamente prevista dalla legge (a es., in tema di reclamo avverso il decreto che dispone controlli sulla corrispondenza dei detenuti: art. 18-ter ord. penit.); bensì in relazione a quelle fattispecie indeterminate per cui resta esperibile (unicamente) la via del ricorso «atipico» previsto dall'art. 35 ord. penit. (8)

(8) Cfr. Fiorentin - Marcheselli, Il punto sui diritti dei detenuti, in questa Rivista, 2006, 20: «Si tratta di un aspetto che incide pesantemente sulla efficacia della tutela, posto che è la stessa materiale difficoltà di governare la massa delle istanze, denunce, segnalazioni a rendere tardiva e inefficiente la tutela, poiché una indiscriminata attuazione di tali modelli per ogni segnalazione ricevuta non solo rischia di comportare la paralisi della attività, ma renderebbe pressoché impossibile la selezione dei casi: la diluizione degli interventi su una miriade di casi ne eliderebbe la capacità di penetrazione».

Il problema più complesso (e più importante in pratica) è allora stabilire dove passi il confine tra le posizioni pienamente tutelabili e aspettative di mero fatto. In effetti, si possono ipotizzare modelli teorici assai diversi, ma la soluzione resta difficile. Una delle tentazioni più irresistibili per l'interprete, in proposito, è cercare di selezionare tra diritti soggettivi e interessi legittimi, o modelli concettuali simili, che tuttavia - nell'ambito della giurisdizione esclusiva, tendono a perdere consistenza. Un'altra strada può essere percorsa verificando se, nella fattispecie, sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione (e allora la tutela è quella ordinaria), ovvero si tratta di interessi che vengono incisi dalla detenzione. Ma se si verifica questa seconda situazione è evidente che l'interessato si trova in una posizione giuridicamente differente da quella del soggetto libero. Nella situazione, cioè, di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione, o meglio con lo scopo della detenzione.

Tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella di un soggetto libero, ma pur sempre differente. Il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e interesse del singolo. Siamo, in altri termini, nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. La linea di confine della tutela accordata dall'ordinamento sembra dover essere, allora, quella delle aspettative di mero fatto: non è azionabile la procedura a fronte di doglianze che non coinvolgano lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative.

A simmetriche conclusioni si approda con riferimento alle fattispecie generatrici del danno risarcibile: il danno si genera - attesa la particolare condizione del soggetto detenuto - in due ipotesi: qualora la condotta dell'Amministrazione incida su posizioni della sfera soggettiva non comprimibili in assoluto; ovvero nel caso l'azione amministrativa involga profili soggettivi connotabili dal potere organizzativo, senza rispettare il criterio di proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della singola persona (9)

(9) Cass., sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791. . In altri termini: il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. Tra queste ultime va annoverata la lesione da detenzione inumana, la cui lesione è tutelata dalla CEDU con un «equa soddisfazione» (cfr. art. 41 CEDU), ma che trova anche nell'ordinamento interno un adeguato riconoscimento (10)

(10) «Il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale» (sez. un. n. 26972 del 2008). .

Il catalogo dei diritti non comprimibili dal potere organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria, che rispetto ad essi riveste una posizione di garanzia, coincide con i diritti fondamentali enunciati dalla Carta costituzionale. Si prenderanno in considerazione alcune fattispecie maggiormente ricorrenti:

a) Salute

Rileva, anzitutto, la tutela della salute, quale bene giuridico primario tutelato in via primaria dall'art. 32 Cost. e - sia pure in via indiretta e con specifico riferimento all'esecuzione penale - dall'art. 27 comma 3 Cost., che vieta l'adozione di pratiche contrarie al senso di umanità nel corso dell'esecuzione delle pene (11)

(11) La potestà punitiva dello Stato, che si esplica nella sottoposizione coattiva del condannato alla detenzione trova un limite nella salvaguardia della salute, tutelata quale bene e valore primario dalla Costituzione (Cass., sez. I, 26 aprile 1994, n. 1138, Tana, in Ced Cass.). . Parimenti, deve essere riconosciuto il «diritto a non essere curato», implicante un comportamento passivo/omissivo con il quale si realizza un aspetto della personalità umana: si pensi, ad es., al rifiuto di cure dettato dall'adesione a particolari gruppi religiosi (ad es. in tema di trasfusioni di sangue), da idee politiche (manifestazione suprema di ribellione allo Stato), da motivazioni personali (affermazione di sé di fronte all'istituzionalizzazione penitenziaria). Con riferimento all'ambito penitenziario, si pone, in particolare, il problema del rapporto tra la posizione di garanzia dell'Amministrazione penitenziaria, quale centro di imputazione dell'obbligo di assicurare idonea tutela alla salute dei ristretti, e la libertà di questi ultimi di rifiutare gli interventi terapeutici loro proposti. In altri termini, si tratta di valutare la prevalenza, o no, del diritto di libertà individuale a gestire il proprio corpo e la propria stessa vita (facoltà desumibile dai principi contenuti negli artt. 2, 13, 32 comma 2 Cost.), sul dovere dello Stato di assicurare la tutela della salute ai consociati (art. 32 comma 1 Cost.). In via di massima, il contemperamento di tali diritti e doveri in possibile contrapposizione dialettica va risolto con richiamo al principio della prevalenza del diritto del singolo laddove ciò non comporti la compromissione delle facoltà degli altri consociati; con conseguente affievolimento di tale posizione nel caso contrario (paradigmatico il caso del soggetto detenuto affetto da grave malattia contagiosa che metta in pericolo la salute degli altri ristretti, ovvero dall'infermo di mente pericoloso per l'incolumità dei terzi). Qualora venga in linea di conto unicamente la salute del singolo, è decisivo a legittimare l'attività terapeutica la prestazione del consenso da parte

dell'interessato (12)

(12) Cfr. Mantovani, Diritto penale, Padova, 1988. V. anche Manna, Considerazioni in tema di consenso presunto, Parte prima, in Giust. pen., 1984, II, 168-192, e L'operatività del consenso presunto nell'ordinamento penale italiano, in Giust. pen., 1984, II, 231-255. Secondo tale A., «Il consenso del paziente deve essere in ogni caso richiesto, ma non per rendere lecito l'intervento con riferimento ai beni della vita e dell'integrità fisica, bensì per rispettare il diritto alla libera determinazione del paziente medesimo. In altri termini, se il medico omette di chiedere al malato l'assenso per l'operazione e quest'ultimo era in condizioni di manifestarlo, commetterà in primo luogo il delitto di violenza privata o quello, forse più consono alla fattispecie, previsto dall'art. 613 c.p., e ciò a prescindere dalle ulteriori ipotesi criminose inerenti ai delitti di lesione e di omicidio».

Correlato alle tematiche della salute delle persone detenute è il fenomeno dello «sciopero della fame» - quale comportamento volontario di rifiuto dell'alimentazione a carattere totale, privo di giustificato motivo medico - costituisce, nel suo complesso, uno dei particolari aspetti che può assumere la comunicazione nell'istituzione penitenziaria: sostituisce il linguaggio in quelle condizioni o circostanze in cui risulta difficoltoso o inutile comunicare verbalmente, fornendo canali simbolici, profondi ed alternativi al fine di inviare un messaggio o ricevere una risposta (13)

(13) Cfr. Maffei, Lo sciopero della fame della persona detenuta, in Rassegna Penitenziaria e Criminologica, 2003, n. 3, 15-42. . «Lo sciopero della fame» costituisce una fenomenologia statisticamente significativa nell'ambito dei rapporti tra Amministrazione penitenziaria e soggetti ristretti: esso, da un lato presenta costi giudiziari assai ridotti per il soggetto agente, non essendo, in generale, perseguibile (né penalmente né in via disciplinare) la condotta di chi si astiene dall'assunzione di cibi o bevande; dall'altro, esso rappresenta un mezzo molto efficace per entrare in contatto diretto con gli organi dell'Amministrazione, sui quali incombe il dovere di tutela della salute dei ristretti, che discende a sua volta dalla posizione di garanzia in tal senso rivestita dalla parte pubblica. La manifestazione esplosiva, plateale dell'astensione dalla nutrizione finisce per diventare il mezzo della riappropriazione dell'autodeterminazione, una reazione all'istituzionalizzazione e alla conseguente perdita d'identità (14)

(14) «Nell'istituzione penitenziaria (...) accade che l'individuo riceva una visione di sé quale oggetto gestito da forze sconosciute e sulle quali non può influire; la propria auto-immagine, qualunque fosse, è implacabilmente ridefinita attraverso il riflesso del proprio ruolo di delinquente da custodire e controllare e lo spazio di iniziativa che gli rimane, se non è appiattimento strumentale alle regole, o sfruttamento clandestino delle piccole illegalità possibili, diviene auto-implosivo, autodistruttivo o fantasmatico». (Mosconi, Tempo sociale e tempo del carcere, in Sociologia del diritto, 1996, 2, 89). . Sotto il profilo della lesione dei diritti, si pone la questione dell'obbligo in capo all'Amministrazione di preservare la salute del ristretto con le cure

e gli interventi attivati in tali casi (monitoraggio dei parametri metabolici, visite mediche, terapie di supporto alimentare, sedazione, ricovero ospedaliero, e simili), e in particolare il problema se «alla libertà dell'individuo di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo possano essere posti dei limiti(...) e più in generale, se nel conflitto tra il diritto alla libertà personale ed il diritto alla vita, quest'ultimo, matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto della persona - appartenga all'individuo stesso o alla società» (15)

(15) Maffei, Lo sciopero della fame..., cit., 19. .

Dalla parte del diritto di libertà si pongono i presidi costituzionali, in particolare il principio di inviolabilità della persona umana e dei suoi diritti (art. 2 Cost), della sua libertà personale (art. 13 Cost.) e di quella di rifiutare cure o trattamenti sanitari, se non imposti per legge (art. 32 comma 2 Cost.). Sull'altro piatto della bilancia sta la tutela della salute, che rientra tra i compiti fondamentali dello Stato (art. 32 comma 1 Cost.), sul quale incombe il dovere di prevenire e rimuovere quegli ostacoli, causati dalla malattia, che impediscono al soggetto una vita piena e dignitosa; obbligo reso ancor più stringente, all'interno dell'istituzione penitenziaria, dalla vista posizione di garanzia dell'Amministrazione, e dall'affievolimento della posizione soggettiva dei ristretti che, per effetto della segregazione penitenziaria, non possono autodeterminarsi in ordine alle cure mediche e, più in generale ai trattamenti a tutela del bene-salute, se non in termini e modalità assai ristrette (cfr. art. 11 ord. penit.). Entrano, inoltre, in linea di conto, il divieto di eseguire trattamenti sanitari obbligatori, se non nei casi espressamente previsti dalla legge (già previsto dall'art. 33 l. n. 833 del 1978); mentre l'art. 54 c.p. - o piuttosto l'art. 51 c.p. - esime il medico che intervenga sul paziente qualora ricorrano le condizioni oggettive che integrano il c.d. «stato di necessità», ovvero «l'adempimento di un dovere» da parte del soggetto agente nascente dall'art. 32 Cost. (16)

(16) Allegranti - Giusti, Lo sciopero della fame del detenuto. Aspetti medico-legali e deontologici, Padova, 1983. .

Il quadro normativo sopra richiamato rende evidente che il consenso del soggetto e la condizione di necessità, che impone al sanitario l'adempimento del dovere, costituiscono i riferimenti sui quali parametrare la liceità dell'intervento pubblico sulla libertà personale dell'individuo: con la conseguenza che quest'ultima può essere coartata soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, qualora ricorrano i presupposti del «trattamento sanitario obbligatorio»; e che le esimenti sopra viste non potranno essere invocate nei casi in cui sarebbe possibile raccogliere il consenso del paziente - a es. mediante una dichiarazione preventiva nel senso di accettazione o rifiuto delle cure, nel caso la condizione clinica si aggravi al punto di far ritenere il pericolo *quoad vitam* - ed ancor meno se quest'ultimo è apertamente dissenziente rispetto all'offerta di cure mediche (17)

(17) Così Onida, Dignità della persona e diritto di essere ammalati, in *Questioni giuridiche*, 1982, 361. Una giurisprudenza ha, in proposito, affermato il principio secondo cui: «Nel caso di

rifiuto di intervento in rapporto ai casi di «sciopero della fame», il sanitario dell'istituto penitenziario sarà tenuto, per un verso, ad informare l'interessato circa e conseguenze che tale condotta può comportare sulle condizioni di salute; dall'altro, in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte» (Cass., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in Cass. pen., 2003, 542). . Tale conclusione non pare inficiata dal richiamo alla normativa che consente, genericamente, il ricorso a mezzi di coercizione fisica «al fine di evitare danni a persone o a cose o di garantire l'incolumità dello stesso soggetto» (art. 41 ord. penit., e art. 82 d.P.R. n. 230 del 2000), poiché la liceità dell'utilizzo di detti strumenti è limitato ai casi ivi indicati, tra i quali non è compreso il trattamento sanitario (18)

(18) Sui profili di liceità dell'alimentazione forzata nel caso di sciopero della fame, cfr. Riello, *Sciopero della fame e alimentazione forzata*, in *Nuovo dir.*, 1982, 369 ss. .

b) Dignità

Il riconoscimento pieno della dignità umana deve essere salvaguardato anche nella condizione restrittiva della libertà personale (19)

(19) «Il rispetto della dignità della persona, che il detenuto ha ritenuto violata dall'operato dell'Amministrazione penitenziaria, costituisce una posizione giuridica soggettiva qualificabile quale diritto soggettivo pieno e costituzionalmente tutelato dall'art. 27 Cost. Ne consegue l'ammissibilità del reclamo al magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 69 ord. penit., anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 99 del 26, la quale, riconosciuta la carenza, nell'ordinamento vigente, di uno strumento giuridico adeguato di tutela delle eventuali lesioni dei diritti delle persone detenute, auspica un intervento del legislatore nel senso indicato, essendo ad ogni effetto insufficiente l'attuale disciplina dettata dagli artt. 35 e 69 ord. penit.» (Mag. sorv. Vercelli, ord. 17 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 9). . L'Amministrazione penitenziaria assume in tal senso una posizione di garanzia al rispetto della dignità umana dei detenuti e degli internati. Essa non può essere sacrificata se non nei limiti strettamente necessari a garantire l'ordine e la sicurezza degli istituti. Particolarmente impellente, nell'attuale situazione di sovraffollamento degli istituti di pena, è il dovere dell'Amministrazione penitenziaria di garantire sufficienti condizioni di vivibilità nelle camere di detenzione, evitando di custodire nelle celle un numero di detenuti superiori a quello consentito. L'eventuale violazione di tali parametri è tutelabile di fronte al magistrato di sorveglianza e in sede europea (CEDU).

c) Comunicazione

Accanto alle norme poste a salvaguardia della salute fisica, l'ordinamento stabilisce disposizioni di salvaguardia dell'uomo detenuto considerato nella sua sfera sociale e affettiva, assicurando ai soggetti ristretti la possibilità di comunicare con persone appartenenti alla società libera. Tale facoltà è espressione del diritto, stabilito dalla Costituzione, alla libertà di comunicazione (art. 15 Cost.). È evidente che il diritto costituzionalmente tutelato alla comunicazione, sia essa telefonica, visiva o epistolare, costituisce una forma estremamente significativa di realizzazione

personale, sia essa intesa come medium per conseguire la realizzazione di sé in altri ambiti (es. famiglia, lavoro ecc.), sia quale espressione personale riguardata ex se (comunicazione, dunque, per il piacere intellettuale e umano di comunicare, per interesse culturale o intellettuale, e così via). L'importanza che il legislatore annette all'interazione con la società libera è, peraltro, evidenziata dall'indicazione stessa della legge: essa pone, infatti, «i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia» tra gli elementi sui cui si fonda il trattamento penitenziario (art. 15 ord. penit.). La possibilità di comunicazione con l'esterno è soggetta a particolari «autorizzazioni» ai colloqui - visivi o telefonici - rilasciate, secondo l'articolata previsione di legge (art. 18 ord. penit.), dall'autorità giudiziaria per gli imputati e dalla direzione dell'istituto per i condannati dopo il primo grado di giudizio e gli internati.

Consequente a tali limitazioni è, secondo la prevalente letteratura, l'insussistenza di un vero e proprio diritto soggettivo in rapporto ai colloqui ed alla corrispondenza telefonica, qualificandosi, piuttosto, tale posizione soggettiva nei termini più limitati dell'interesse legittimo, alla luce del contenuto letterale delle norme - che non qualificano l'accesso ai colloqui ed alle telefonate nei termini di «diritto»- e prendendo atto che il sistema delle autorizzazioni amministrative necessarie alla fruizione di colloqui visivi e telefonate contrasterebbe con la natura di diritto soggettivo perfetto degli istituti in questione. Soltanto la più recente giurisprudenza ha, invece, riconosciuto ai colloqui natura di vero e proprio diritto, tutelabile in sede giurisdizionale, riconoscendo al giudice «più vicino» (il magistrato di sorveglianza) incisivi poteri di controllo e sanzione dell'eventuale illegittimità dell'atto di diniego emesso dall'Amministrazione penitenziaria (20)

(20) La giurisprudenza più recente ha condiviso l'orientamento secondo cui «I reclami contro i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria che incidono sui diritti dei detenuti, tra cui quelli relativi ai colloqui e alle conversazioni telefoniche, danno origine a procedimenti che si concludono con decisioni del magistrato di sorveglianza munite della forma e del contenuto della giurisdizione. Ne consegue che in mancanza di forme procedurali speciali relative alla materia dei reclami contro gli atti dell'Amministrazione lesivi dei diritti dei detenuti, l'attuazione della tutela giurisdizionale deve necessariamente realizzarsi attraverso l'ordinario modello procedimentale delineato dall'art. 678 c.p.p., che attraverso il rinvio all'art. 666 comma 6 stesso codice, rende ricorribili per cassazione le ordinanze emesse dalla magistratura di sorveglianza». (Cass., sez. I, 15 maggio 2002, n. 22573, p.m. in proc. Valenti, in Ced Cass.; conforme Cass., sez. I, 19 febbraio 2002, n. 654, Di Liberto, in Rass. pen. crim., 2002, 231). Un indirizzo di merito ha affermato che «Il reclamo proposto dal detenuto riguarda il diniego di concessione dell'autorizzazione al colloquio con la signora ..., persona diversa da familiare o convivente. (...) La posizione giuridica dell'odierno reclamante consiste nel diritto alla corretta osservanza delle norme in materia di colloqui, espressamente individuata dalla ricordata sentenza delle sez. un. come posizione giuridica soggettiva suscettibile di tutela giurisdizionale piena, e pertanto adeguatamente valutabile con la procedura prevista dagli artt. 14-ter e 69 l. n. 354 del 1975» (Mag. sorv. Varese, ord. 24 febbraio 2005). In dottrina, per un ampio excursus giurisprudenziale, sia consentito il rinvio a Fiorentin - Sandrelli, L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, Padova 2007. .

Il carattere assoluto e immediatamente cogente del presidio costituzionale della libertà di comunicazione, salve le limitazioni poste dal legislatore con le garanzie della duplice riserva,

non può, infatti, arrestarsi alle soglie del carcere. Ne consegue che le eventuali limitazioni stabilite al pieno dispiegarsi della libertà sopra detta, per ragioni di tutela della sicurezza e dell'ordine carcerario, non possono rivestire carattere tale da determinare la vanificazione pratica del diritto connotato, ovvero da renderne eccessivamente difficoltoso l'esercizio. Su tale premessa, si può dunque ritenere che il canone costituzionale della doppia riserva (di legge e di giurisdizione) posta a tutela della libertà di comunicazione, caratterizzi le autorizzazioni di competenza dell'autorità amministrativa (direzione dell'istituto di pena) previste dalle norme regolamentari, quali atti a discrezionalità vincolata, il cui rilascio è, cioè, subordinato al mero accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivi previsti dalla norma, senza che sussista in capo all'organo deputato alcun ulteriore margine di apprezzamento discrezionale. Al contempo, deve riconoscersi pienamente operante il sindacato del giudice di sorveglianza in rapporto all'operato dell'Amministrazione penitenziaria, ai sensi dell'art. 69 comma 5 ord. penit., in tutti i casi in cui la compressione del diritto alla libera comunicazione trasmodi dai limiti della discrezionalità vincolata (sottenda, cioè, fini di premialità al di fuori dei margini consentiti dalla legge o, all'opposto, di sanzione disciplinare nei confronti di detenuti «difficili»). Correlata al diritto costituzionalmente tutelato di comunicare con gli altri, e strumento principe della possibilità di realizzazione personale all'interno del carcere, è la corrispondenza con l'esterno. La disciplina dei controlli della corrispondenza dei detenuti, introdotta con la l. 8 aprile 2004, n. 95, ha integrato l'Ordinamento penitenziario con una disciplina organica dei controlli, attribuiti alla competenza dell'autorità giudiziaria. Si è trattato di un provvedimento destinato a colmare una lacuna legislativa già costata all'Italia numerose condanne in sede europea, in seguito ad una serie di ricorsi di detenuti italiani avanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), la quale ha dichiarato l'illegittimità del regime dei controlli sulla corrispondenza dei soggetti ristretti, quale era disciplinato dalla legge penitenziaria italiana, per contrasto con i principi stabiliti, in ambito europeo, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, a tutela della libertà e riservatezza della corrispondenza (21)

(21) La «Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali», firmata a Roma il 4 novembre 1950, è stata ratificata dall'Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, integrata dal Protocollo addizionale n. 11, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994 e ratificato dall'Italia con l. 28 agosto 1997, n. 348. . La Corte Europea dei diritti dell'Uomo si è pronunciata in più occasioni, interpretando in senso estensivo la nozione di corrispondenza contemplata dall'art. 8 Convenzione, ritenendola comprensiva non soltanto delle comunicazioni su supporto cartaceo, ma anche delle altre forme di contatto interpersonale realizzate attraverso mezzi diversi, quali il telefono (22)

(22) Il leading case è costituito dalla sentenza CEDU 15 novembre 1996 (Diana c. Italia, in Bartole S., Conforti B. e Raimondi P., Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, 311-312. . La l. n. 95 del 2004, promulgata con l'intento di conformare la legislazione interna ai principi sanciti a livello europeo, introduce la completa giurisdizionalizzazione del procedimento in tema

di controlli sulla corrispondenza, con l'indicazione di condizioni tassative per l'attivazione delle misure restrittive, ma soprattutto con l'introduzione della possibilità di reclamo di fronte all'autorità giudiziaria dei provvedimenti in materia di controllo della corrispondenza.

d) Affettività e sessualità

Particolare valore è annesso, dall'Ordinamento penitenziario, alla tutela della famiglia, oggetto di una specifica previsione normativa a contenuto programmatico (art. 27 ord. penit.) (23)

(23) «Intesa nella sua dimensione lata - riconducibile alla sfera affettiva del detenuto con conseguente superamento della distinzione tra le situazioni di fatto e quelle di diritto - la famiglia costituisce per l'ordinamento un sicuro punto di riferimento al quale dedicare una cura particolare. Anche la scelta delle parole non è casuale: in altri termini, un impegno, una tensione umana, assidua e costante che coinvolge il presente, il passato, il futuro delle persone dall'esigenza di «mantenere, migliorare e ristabilire le relazioni» tra il detenuto e la famiglia sia nel suo complesso, sia con riferimento ai suoi singoli componenti, soprattutto in relazione ai minori». (Giostra - Grevi - Della Casa, Ordinamento penitenziario, Padova 2000, 534-568). . Ricaduta concreta dell'impegno codificato dall'art. 27 ord. penit., è il dovere dell'Amministrazione penitenziaria di favorire il contatto diretto dei ristretti con i propri «familiari», in tale novero dovendo considerarsi tutte le persone legate al soggetto recluso da particolari vincoli di affetto. Va - dunque - riconosciuto che tale ampia accezione dei soggetti considerabili «familiari» estende la portata della disciplina normativa in materia di colloqui (art. 18 ord. penit.), così da comprendere i conviventi more uxorio, i compagni del detenuto nell'ipotesi di stabile rapporto (anche di tipo omosessuale), ma anche i/le fidanzati/e, i c.d. «padri spirituali» (padrini o madrine, parenti stretti, o addirittura i punti di riferimento culturale o morale dell'interessato, ad es. il professore, l'allenatore, il parroco, il confessore) (24)

(24) Una giurisprudenza ha ritenuto meritevole di accoglimento la richiesta di un detenuto di ottenere un incontro con il proprio cane all'interno del carcere (Mag. sorv. Vercelli, ord. 24 ottobre 2006, in questa Rivista, 2007, 3287, con nota di Fiorentin). Nella fattispecie, il magistrato di sorveglianza ha ritenuto di tutelare la posizione soggettiva del detenuto sulla base dell'art. 28 l. 26 luglio 1975, n. 354, laddove prevede che «una particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti con le famiglie». Il legame affettivo prospettato dal detenuto deve assumere, dunque, secondo la citata giurisprudenza, un'effettiva rilevanza giuridica nel procedimento amministrativo di autorizzazione e va, pertanto, tutelato laddove ciò non osti con altri (e prevalenti) principi e diritti previsti dall'ordinamento costituzionale, quali il diritto alla salute, alla sicurezza delle persone, all'igiene e alla tutela dell'ambiente penitenziario. .

Strettamente connessa alla materia dell'affettività è la questione della sessualità dei detenuti e degli internati, intesa quale forma di espressione fondamentale della natura umana. La soluzione del problema richiederà senz'altro una modifica legislativa, poiché, accanto alla predisposizione di idonei locali all'interno degli istituti penitenziari, dovranno essere congruamente disciplinate le ipotesi nelle quali consentire i contatti diretti tra i reclusi ed i loro compagni a scopo sessuale. Dovrà, inoltre, essere precisato se la facoltà di contatto a fini

sessuali concernerà le c.d. conjugal visits o potrà essere di più ampia portata.

e) Procreazione

Un diritto la cui realizzazione appare particolarmente difficoltosa concerne la facoltà di procedere alla procreazione medicalmente assistita. Nel caso di soggetti detenuti, tale procedura, consistente nell'ingresso presso l'istituto di pena di un medico per effettuare i prelievi di campioni di sangue e di liquido seminale al fine di iniziare un programma di procreazione assistita. In seguito al ricordato arresto costituzionale n. 26 del 1999, è stato ritenuto tutelabile con procedimento giurisdizionalizzato davanti al magistrato di sorveglianza il diritto del detenuto ad avvalersi della procedura di procreazione assistita nel caso risultino patologie che impediscono il concepimento per via naturale. La giurisprudenza ha, infatti, affermato il diritto all'ammissione del detenuto al programma di protezione medicalmente assistita, qualora in concreto la pretesa asseconi criteri di proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della singola persona (25)

(25) Cass., sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791, in Ced Cass.. Tale posizione soggettiva assume spessore maggiormente significativo quando il ricorso a tale procedura sia necessario per rimuovere le cause impeditive della procreazione, quali sterilità o di infertilità, alla luce delle «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita», di cui al decreto del Ministero della Salute dd. 11 aprile 2008, pubblicato in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008 (26)

(26) Cass., sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673, in Ced Cass.. Ricorrendo tali condizioni, l'accesso alla procreazione assistita integra, infatti, un diritto soggettivo perfetto garantito al cittadino dall'art. 4 l. 19 febbraio 2004, n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004). Nella giurisprudenza europea rileva la decisione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (Grande Chambre, sent. 4 dicembre 2007, Dickson vs. Regno Unito), che ha condannato il Regno Unito per violazione dell'art. 8 della Convenzione. Merita una sottolineatura il passo della decisione europea che ha disatteso l'argomento secondo il quale la fiducia nel sistema penitenziario sarebbe compromessa se gli elementi retributivi e dissuasivi della pena venissero annullati dal fatto di autorizzare dei detenuti ritenuti colpevoli di un delitto a concepire un figlio, osservando che non vi è posto, nel sistema della Convenzione, che riconosce la tolleranza e l'apertura di spirito come caratteristiche di una società democratica, per una privazione automatica dei diritti fondamentali dei detenuti fondata unicamente sul fatto che ciò potrebbe infastidire l'opinione pubblica. La giurisprudenza di merito si è occupata di un caso in cui tale procedura appariva la più idonea ad evitare rischi per il feto, poiché il padre, detenuto, era risultato positivo per HCV. L'Amministrazione si era opposta, ritenendo che «le attività mediche con nesce alla procreazione assistita non possono essere qualificate come prestazioni sanitarie autorizzabili ai sensi dell'art. 11 ord. penit. in quanto non sono collocabili nelle categorie della diagnostica, della prevenzione o della cura». Adito su reclamo ai sensi degli artt. 35 e 69 ord. penit., il magistrato di sorveglianza ha ritenuto che la fattispecie integrasse il diritto soggettivo perfetto dell'interessato ad accedere al trattamento assistito, imponendo all'Amministrazione di conformarsi. Il giudice ha richiamato il principio europeo secondo cui sussiste violazione dell'art.

8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nel caso in cui l'Amministrazione penitenziaria comprima ingiustificatamente il diritto del detenuto di accedere all'inseminazione artificiale (27)

(27) Mag. sorv. Padova, ord. 29 gennaio 2009. .

f) Lavoro

In seguito alla sentenza costituzionale 23-27 ottobre 2006, n. 341, resta affidata alla magistratura di sorveglianza - poiché rientrante nella cognizione sui profili di cui all'art. 69, lett. b), ord. penit. - unicamente la materia dei reclami concernenti il lavoro penitenziario afferenti a profili di natura disciplinare. È il caso dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione penitenziaria che dispongono l'esclusione del detenuto o internato dall'attività lavorativa svolta all'interno dell'istituto penitenziario, motivato da ragioni disciplinari (in senso contrario si esprime, tuttavia, una risalente giurisprudenza, che opina per l'estraneità alla materia disciplinare del provvedimento di esclusione dell'attività lavorativa (28)

(28) Cass., sez. I, 2 giugno 1992, in Ced Cass.. Certamente esclusa dalla competenza del magistrato di sorveglianza, già alla luce dell'assetto precedente al dictum costituzionale è, invece, la materia dell'accertamento della natura subordinata del lavoro svolto da un detenuto alle dipendenze di una cooperativa sociale (29)

(29) Mag. sorv. Varese, ord. 28 aprile 2004. . Per le stesse ragioni, rimane esclusa dalla competenza del giudice del lavoro la tutela avverso il diniego di ammissione del detenuto al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.; art. 48 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

9. INDENNIZZO DA DETENZIONE INUMANA

La detenzione deve avvenire senza che lo Stato violi il canone di umanità. Il diritto ad una detenzione sofferta nel rispetto delle condizioni di «umanità» è principio sancito dalla Costituzione (art. 27 comma 3 Cost.) e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 3). Si tratta di posizione non sacrificabile, in senso assoluto (30)

(30) La Corte ricorda che l'art. 3 della Convenzione sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Esso proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti, quali che siano i fatti commessi dalla persona interessata (Saadi c/Italia [GC], n. 37201/06, par. 127, 28 febbraio 2008, e Labita c/Italia [GC], n. 26772/95, par. 119, CEDU 2000-IV). Esso impone allo Stato di assicurarsi che le condizioni detentive di ogni detenuto siano compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente assicurate (Kudda c/Polonia [GC], n. 30210/96, par. 92-94, CEDU 2000-XI). .

Il fenomeno del sovrappopolamento carcerario ha portato all'attenzione della giurisprudenza europea il tema della violazione del principio di umanità nella esecuzione della detenzione, con riguardo alle determinazioni dell'Amministrazione relative alla sistemazione di un numero eccessivo di detenuti in un'unica camera detentiva. Con una recente sentenza, la Corte di giustizia europea (CEDU) ha stabilito che condizioni di eccessivo affollamento delle camere di detenzione integrano una forma di restrizione inumana, che, per la sua stretta inerenza al divieto di tortura, costituisce posizione non sacrificabile in assoluto e suscettibile di indennizzo («equa soddisfazione», nella terminologia CEDU). La CEDU ha utilizzato, quale parametro per la verifica delle condizioni detentive, le raccomandazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), secondo cui ciascun detenuto dovrebbe poter trascorrere almeno otto ore al giorno fuori della cella e che lo spazio disponibile per ciascun detenuto nelle celle dovrebbe essere di 7 mq, con una distanza di 2 metri tra le pareti e di 2,50 metri tra il pavimento e il soffitto (31)

(31) CEDU, sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia. In più occasioni la Corte ha fatto riferimento ai parametri del CPT nella sua giurisprudenza: si veda, in particolare, Kalachnikov c/Russia, n. 47095/99, CEDU 2002-VI). . La Corte ha precisato, peraltro, di non potere quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso ad ogni detenuto ai sensi della Convenzione. Esso può, infatti, dipendere da numerosi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso alla passeggiata all'aria aperta o le condizioni mentali e fisiche del detenuto (32)

(32) CEDU, sent. Trepachkine c/Russia, n. 36898 del 2003, par. 92, 19 luglio 2007. In alcuni casi, la mancanza di spazio personale per i detenuti era talmente flagrante da giustificare, da sola - secondo la CEDU - la constatazione di violazione dell'art. 3. In tali fattispecie, in linea di principio, i ricorrenti disponevano individualmente di meno di 3 m² (cfr. CEDU, Aleksandr Makarov c/Russia, n. 15217/07, par. 93, 12 marzo 2009; si vedano anche CEDU, Lind c/Russia, n. 25664 del 2005, par. 59, 6 dicembre 2007; CEDU, Kantyrev c/Russia, n. 37213 del 2002, parr. 50-51, 21 giugno 2007; CEDU, Andreï Frolov c/Russia, n. 205 del 2002, parr. 47-49, 29 marzo 2007; CEDU, Labzov c/Russia, n. 62208 del 2000, par. 44, 16 giugno 2005, e CEDU, Mayzit c/Russia, n. 63378 del 2000, par. 40, 20 gennaio 2005). 42. Nei casi in cui la Corte europea ha riscontrato che il disagio causato dalla sovrappopolazione non era così eccessivo da rappresentare ex se un problema sotto il profilo dell'art. 3 della Convenzione, la Corte ha stabilito che, nell'esame del rispetto di questa disposizione, andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive. Tra di essi figurano la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base (si vedano anche gli elementi risultanti dalle regole penitenziarie europee adottate dal Comitato dei Ministri). Così, anche in casi in cui ogni detenuto disponeva di uno spazio variabile dai 3 ai 4 m², la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 dal momento che la mancanza di spazio si accompagnava ad una mancanza di ventilazione e di luce (CEDU, Moisseiev c/Russia, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; si vedano anche CEDU, Vlassov c/Russia, n. 78146 del 2001, par. 84, 12 giugno 2008;

CEDU, Babouchkine c/Russia, n. 67253 del 2001, par. 44, 18 ottobre 2007). . Tuttavia, in linea di principio, la riscontrata mancanza di spazio personale per i detenuti inferiore a 3 mq è ritenuta circostanza tale da integrare ex se violazione dell'art. 3 Convenzione EDU (33)

(33) Il diritto interno (d.m. della Sanità 5 luglio 1975, in G.U. 18 luglio 1975), prevede 9 mq per ogni camera di detenzione singola, più altri 5 mq per ogni altro detenuto in caso di cella multipla. Una fonte normativa secondaria e successiva, si richiama, invece, alla pronuncia europea, prevedendo quale standard minimo di spazio disponibile per detenuto i 3 mq (Circ. DAP.GDAP-0308424-2009 del 25 agosto 2009, «Capienza istituti di pena-standard minimi di vivibilità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»). .

In via generale, la giurisprudenza della Corte è consolidata nel ritenere che le condizioni detentive non devono sottoporre l'interessato ad un disagio o a restrizioni di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione (34)

(34) CEDU, sent. Kudza c/Polonia [GC], n. 30210/96, parr. 92-94, CEDU 2000-XI. , e che, per essere censurato ai sensi dell'art. 3 Convenzione EDU, la sofferenza deve attingere una soglia minima di gravità. La valutazione di tale minimo coefficiente è, tuttavia, relativa; essa dipende dall'insieme degli elementi della situazione concreta e, in particolare dalla durata del maltrattamento e dalle sue conseguenze fisiche o mentali nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima (35)

(35) Si vedano, tra le altre, CEDU, sent. Price c/Regno Unito, n. 33394 del 1996, par. 24, CEDU 2001-VII; CEDU, sent. Mouisel c/Francia, n. 67263 del 2001, par. 37, CEDU 2002-IX; CEDU, sent. Gennadi Naoumenko c/Ucraina, n. 42023 del 1998, par. 108, 10 febbraio 2004. . La quantificazione del danno da detenzione inumana è operata dalla CEDU con criteri equitativi (36)

(36) La Corte ha riconosciuto la compatibilità con l'art. 3 della Convenzione EDU del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, che impone condizioni carcerarie molto più severe di quelle ordinarie (si vedano, in particolare, Gallico c/Italia, n. 53723 del 2000, 28 giugno 2005, e Viola c/Italia, n. 8316 del 2002, 29 giugno 2006, due casi in cui il regime speciale era stato applicato rispettivamente per più di dodici e tredici anni): «(...) La Corte ammette che la protratta applicazione delle restrizioni può porre un detenuto in una situazione tale da costituire un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 3. Tuttavia, (...) essa ha il dovere di verificare se, in un dato caso, la proroga delle sanzioni fosse giustificata o se, al contrario, costituisse una reiterazione di restrizioni che non avevano più motivo di essere. (...) la Corte osserva che le argomentazioni addotte per giustificare il mantenimento delle limitazioni non erano sproporzionate rispetto ai fatti precedentemente contestati al

ricorrente, condannato a pene pesanti per fatti gravissimi. Pertanto, la sofferenza e l'umiliazione che il ricorrente può avere provato non hanno ecceduto quelle che inevitabilmente comporta una data forma di trattamento - nella fattispecie prolungato - o di pena legittima» (CEDU, sentenza Gallico c/Italia, n. 53723 del 2000, parr. 21-22, 28 giugno 2005). .

10. LA RISARCIBILITÀ DEL C.D. «DANNO ESISTENZIALE»

Il detenuto o l'internato che subisca, per effetto del comportamento colpevole dell'Amministrazione penitenziaria, un danno ingiusto, è titolare di una pretesa risarcitoria ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c. Con riferimento ai danni non patrimoniali, risarcibili a titolo di danno extracontrattuale, che rappresentano la conseguenza del fatto dannoso, è possibile ipotizzare la risarcibilità del c.d. danno esistenziale. Tale categoria di danno consiste, com'è noto, nella compromissione alla sfera realizzatrice di un individuo.

È evidente che l'accezione di danno esistenziale comunemente accolta (lesione della posizione soggettiva tale da impedire l'attività realizzatrice, ovvero di limitarne l'estrinsecazione, pur non impedendo lo svolgimento dell'attività stessa, costringendo la vittima a praticarla in modo diverso o con modalità differenti), deve essere opportunamente adattata alla peculiare condizione di segregazione in cui si trova il detenuto o l'internato, nel senso che potranno formare oggetto di risarcimento soltanto quelle limitazioni all'effettuazione dell'attività realizzatrice che costituiscano un'ingiustificata compressione della sfera soggettiva dell'interessato, aggiuntiva rispetto alle inevitabili limitazioni conseguenti alla corretta applicazione delle leggi e dei regolamenti penitenziari. In altri termini, in tanto il danno da lesione della sfera esistenziale potrà essere riconosciuto nell'ambito del trattamento penitenziario, in quanto si ravvisi nell'impedimento opposto dall'Amministrazione all'esplicarsi dell'attività realizzatrice del detenuto o dell'internato un *quid pluris* che travalichi ingiustificatamente il minimo di restrizioni necessarie a garantire l'ordine e la sicurezza interni all'istituto di pena e la realizzazione del trattamento penitenziario e rieducativo.

La recente pronuncia delle sez. un., 24 giugno-11 novembre 2008, n. 26972 pare aver rimesso in discussione la esistenza del «danno esistenziale» quale autonoma specie di danno risarcibile. Ci si limita in questa sede a svolgere qualche considerazione con riferimento ai profili che più direttamente coinvolgono la materia dell'esecuzione penale e specificamente del trattamento penitenziario. Anzitutto, pare ormai acquisita la lettura costituzionalmente orientata secondo cui, nel vigente assetto dell'ordinamento, assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2, riconosce e garantisce diritti inviolabili dell'uomo - così che il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica (37)

(37) Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in Ced Cass.; Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in Ced Cass.. Pare, inoltre, definitivamente accolto nell'ordinamento il principio che impone l'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di beni di rilievo costituzionale, sia perché in tali ipotesi il risarcimento costituisce la forma minima di ristoro (e dunque non assoggettabile a limitazioni che si risolverebbero in denegata tutela); sia perché è stata da tempo riconosciuta l'efficacia immediatamente precettiva delle disposizioni della Carta fondamentale che presidiano le posizioni soggettive fondamentali tutelate al massimo livello della gerarchia delle fonti (38)

(38) «Il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale» (sez. un., 24 giugno-11 novembre 2008, n. 26972). .

11. LE FORME DI TUTELA GIURISDIZIONALE: IL «SISTEMA MULTILIVELLO»

L'art. 4 l. 26 luglio 1975, n. 354, stabilisce che «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale». Tali posizioni soggettive, qualora siano lese da una condotta illecita (attiva od omissiva) della P.A., sono suscettibili di tutela giurisdizionale. In linea di principio, la condizione di detenuto non limita la possibilità di adire il giudice secondo le regole di competenza ordinarie:

- a) A.G.O. per il risarcimento del danno ex artt. 2043, 2059 c.c., con azione attivabile per lesione di un diritto soggettivo da parte della P.A. (si pensi all'esperienza delle azioni possessorie spiegate contro l'Amministrazione in tema di occupazione usurpativa, o dell'azione ex art. 2932 c.c. nei confronti dell'Amministrazione che abbia sottoscritto un preliminare di vendita);
- b) A.G.A. per l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ed il conseguente ristoro patrimoniale, in tutti i casi in cui sia lamentato il cattivo uso del potere amministrativo (39)

(39) La Corte costituzionale ha precisato che la giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza concerne diritti e posizioni giuridiche lese con riguardo al trattamento penitenziario: «(...) L'unica alternativa sarebbe, in astratto, quella di ritenere la materia rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ma, nella specie, ciò che il reclamante lamenta non è il cattivo esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria, bensì il mancato riconoscimento - in forza della lacuna normativa denunciata - di un diritto fondamentale, com'è il diritto inviolabile alla difesa, sub specie di diritto al colloquio con il proprio difensore» (C. cost. n. 212 del 1997). ;

c) giudice del lavoro per le controversie di natura laburistica inerenti al rapporto di lavoro eventualmente contratto con l'Amministrazione penitenziaria.

A tale schema il sistema aggiunge una connotazione più articolata (divenendo un «sistema multilivello») nel momento in cui accorda alla persona detenuta la possibilità di tutela di fronte a due altre istanze giurisdizionali:

d) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che può essere adita dall'interessato ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;

e) alle persone detenute è riconosciuta, inoltre, una speciale tutela presso il Magistrato di Sorveglianza, funzionalmente competente a conoscere delle violazioni subite dai detenuti in relazione alle condizioni detentive inerenti il trattamento penitenziario.

La difesa esercitabile presso il Magistrato di Sorveglianza - attraverso lo strumento giurisdizionale del reclamo «atipico» (artt. 35, 69 ord. penit.) costituisce una forma più immediata di tutela in forma specifica, attivabile nei casi di inerzia o comportamento illegittimo dell'Amministrazione penitenziaria, nei casi in cui il ristoro della posizione soggettiva dell'interessato può essere effettuata, in via diretta e immediata, attraverso l'attivazione dell'organo giudiziario (anche - secondo alcuni - attraverso la nomina di commissari ad acta nel

caso di inottemperanza dell'Amministrazione penitenziaria), con forme procedurali agili e flessibili, idonee a perseguire il fine del rapido riequilibrio della posizione soggettiva illegittimamente connotata dall'operato dell'Amministrazione. Tipico è il caso dell'intervento del magistrato di sorveglianza quando emette il decreto previsto dall'art. 69 comma 5 ord. penit., al fine di rimuovere le riscontrate violazioni dei diritti dei detenuti in seguito a reclamo degli stessi ovvero in sede di controllo del programma di trattamento.

Occorre, peraltro, ribadire che il potere riconosciuto al giudice di sorveglianza di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il riequilibrio della posizione soggettiva del detenuto ingiustamente lesa dall'Amministrazione penitenziaria (artt. 35 e 69, cit., letti alla luce della sentenza costituzionale n. 26 del 1999), rappresenta uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino-detenuto nei confronti della pubblica Amministrazione, ed opera con esclusivo riguardo alla materia del trattamento penitenziario.

L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dall'ordinamento alla magistratura di sorveglianza, ma completa, in ambito penitenziario, la previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo ai diritti piena ed effettiva tutela, implica necessariamente che il giudice sia munito di adeguati poteri, così come ricorda anche l'estensore del provvedimento in rassegna.

La questione se il magistrato di sorveglianza, giudice naturale dei soggetti detenuti o internati possa, oltre che accertare l'illegittimità delle condotte dell'Amministrazione penitenziaria generatrici del danno, anche pronunciare la condanna dell'Amministrazione stessa al ristoro del medesimo, deve risolversi per l'opinione negativa, pur segnalando che una giurisprudenza di merito aveva ritenuto possibile, nelle materie attribuite alla sua competenza esclusiva (ai sensi della disposizione di cui all'art. 69, lett. a), l. 26 luglio 1975, n. 354, ora dichiarata incostituzionale in seguito alla sentenza costituzionale 23-27 ottobre 2006, n. 341), pronunciare la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle somme non corrisposte al detenuto lavoratore, oltre agli interessi moratori maturati (40)

(40) Mag. sorv. Roma, ord. 11 aprile 2005; in senso contrario, tuttavia, Mag. sorv. Nuoro, ord. 27 settembre 2005, tutti in www.personaedanno.it ..

Non pare vi siano, peraltro, ostacoli a ipotizzare la possibilità, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del MdS in relazione alla tutela dei diritti dei detenuti, di una garanzia difensiva piena, che implichi non soltanto la mera possibilità di disapplicazione dell'atto amministrativo; bensì la previsione legislativa di una vera e propria giurisdizione di annullamento dell'atto illegittimo e la possibilità della condanna al risarcimento del danno che da esso origina. In prospettiva, pertanto, una lettura conforme alla giurisprudenza costituzionale (41)

(41) C. cost. 6 luglio 2004, n. 204. sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, potrebbe indurre a ritenere che, nelle materie attribuite alla propria «competenza esclusiva» (involgente le violazioni tanto dei diritti quanto di ogni altra posizione soggettiva) (42)

(42) C. cost. 8-11 febbraio 1999, n. 26; Cass, sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079. , il Magistrato di Sorveglianza, accertata l'illegittimità della condotta amministrativa riconosca anche i danni patrimoniali e non patrimoniali consequenziali (43)

(43) «(...) Le precisazioni sopra esposte fanno ritenere che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa (sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento); secondo una cognizione che non può ridursi agli usuali canoni di demarcazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, attesa la riserva di giurisdizione connaturata alla necessità del rispetto dell'art. 27 comma 3 Cost. Secondo quanto, del resto, risulta comprovato dall'intero assetto dei rimedi previsti dall'ordinamento penitenziario, pure a prescindere dalla tipologia di posizioni soggettive oggetto di tutela» (sez. un. n. 25079 del 2003). .

Tale prospettiva implica, tuttavia, l'intervento del legislatore, nel quadro di una radicale rivisitazione della posizione adottata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite sul modello procedimentale utilizzabile, poiché il procedimento ex art. 14-ter ord. penit., non appare idoneo ad assicurare un adeguato livello di contraddittorio, così come del resto ha riconosciuto la sentenza costituzionale n. 341 del 2006, che ha attribuito la giurisdizione in materia di lavoro prestato dai detenuti alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria al giudice del lavoro, proprio per la riscontrata inadeguatezza del procedimento di sorveglianza.

12. I RECLAMI DAVANTI AL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

L'art. 35 l. 26 luglio 1975, 354 e l'art. 75 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, rendono possibile al detenuto l'immediato contatto con il Magistrato di Sorveglianza e la possibilità, per tutti i detenuti e internati, di rivolgersi direttamente a detta autorità giudiziaria, anche per mezzo di periodici colloqui individuali. Nel corso di tali colloqui, i detenuti possono presentare istanze o reclami al magistrato che, svolti i necessari accertamenti, comunicherà agli interessati i provvedimenti adottati o i motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento (44)

(44) In tema, cfr. Canepa - Merlo, Manuale di diritto penitenziario, 8^a ed., Milano, 2006, 607; Di Ronza, Manuale dell'esecuzione penale, Padova, 2003, 513; Coppetta, in Giostra - Grevi - Della Casa, cit., 323; Fiorentin, in Aa.Vv., Codice penale e di procedura penale commentati, 2^a ed., Torino, 2009. . Il Magistrato di Sorveglianza può, inoltre, effettuare accessi ispettivi presso gli istituti di prevenzione e pena, su denuncia o di ufficio, per verificare personalmente la sussistenza di eventuali violazioni dei diritti dei detenuti o altre situazioni di illegalità, disponendo all'esito i provvedimenti necessari a far cessare le irregolarità eventualmente riscontrate.

Tuttavia, l'ordinamento penitenziario, pur riconoscendo in capo ai soggetti detenuti un fascio di diritti soggettivi e facoltà, non ha espressamente previsto correlate forme di tutela giurisdizionale a salvaguardia di quelle posizioni soggettive, adeguate al riconosciuto rango di primaria importanza delle situazioni giuridiche che fanno capo alla persona detenuta. Tale situazione si pone(va) in contrasto con i principi costituzionali, segnatamente con quelli concernenti il diritto di difesa giurisdizionale dei diritti e interessi delle persone, sancito dall'art.

24 Cost.

13. LA SENTENZA COSTITUZIONALE N. 26 DEL 1999 E GLI SVILUPPI SUCCESSIVI

Investita della questione di incostituzionalità degli artt. 35 e 69 l. 26 luglio 1975, n. 354, sotto il profilo che tali norme non garantivano alcuna tutela giurisdizionale nei confronti delle eventuali lesioni dei diritti soggettivi dei detenuti, la Corte, con una sentenza per molti aspetti «storica», ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 l. 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale (45)

(45) C. cost. 8-11 febbraio 1999, n. 26. . Si compiva, con tale arresto, un importante passo nella direzione della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria che, tuttavia, appariva monco, poiché la Corte non indicava un modello procedimentale tra i tanti azionabili (46)

(46) In dottrina, ex plurimis, cfr. Presutti, La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, 993. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 26 del 1999, aveva precisato che «(...)i procedimenti e le varianti procedurali previste, nei singoli casi, dall'ordinamento, sono numerosi e importanti, cosicché manca un rimedio giurisdizionale che possa essere considerato di carattere generale, che possa essere assunto ad archetipo da estendere ad ogni ipotesi di violazione di diritti della persona detenuta». . La svolta decisiva nella tormentata questione della scelta del rito applicabile ai procedimenti per reclamo in materia di colloqui dei detenuti si è determinata in seguito all'intervento delle Sezioni Unite, che hanno individuato quale strumento procedimentale idoneo ad assicurare, nella materia de qua, forme garantite di tutela giurisdizionale dei detenuti, il procedimento disciplinato dall'art. 14-ter l. 26 luglio 1975, n. 354 (47)

(47) Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in Giust. pen., 2004, II, 282-300: «(..)l'esistenza di un microsistema entro il quale lo stato di detenzione, lasciando sopravvivere posizioni soggettive e spazi di tutela giurisdizionale coincidenti col diritto di azione, anche a prescindere dalle tipizzazioni stratificate da novazioni legislative o da decisioni della Corte costituzionale, impone la verifica dello strumento attivabile, da attivare sempre e comunque in un modello diretto ad investire la magistratura di sorveglianza». . La Cassazione riunita, adottando un'interpretazione secundum Constitutionem della normativa in materia di mezzi di tutela designati dai caratteri della giurisdizione, assicurati dall'ordinamento nei confronti della lesioni delle posizioni soggettive dei detenuti, alla luce del quadro costituzionale delineato secondo le progressive sequenze ermeneutiche illustrate dalla sentenza n. 26 del 1999, ha autorevolmente affermato che un simile mezzo non può che identificarsi - proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere, in quello previsto dal disposto dell'art.14-ter

della legge sull'ordinamento penitenziario (48)

(48) «(..) Rilevano queste Sezioni Unite che, se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela designato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi - proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere - a quelle di cui agli artt. 14-ter e 69 ord. penit., che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni» (sez. un. 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, cit.). In seguito a tale arresto, la giurisprudenza dei magistrati di sorveglianza e della Corte di cassazione, nonché parte della dottrina, ha configurato *ex novo* il reclamo di cui al citato art. 35, attribuendogli carattere giurisdizionale nel prevedere la possibilità di decidere mediante l'adozione della procedura prevista dagli artt. 69 comma 6 e 14-ter per i reclami dei detenuti e degli internati concernenti la lesione di posizioni soggettive. La pronuncia della Suprema Corte è assai rilevante perché alla «approvazione» circa il rito adottato dal magistrato di sorveglianza consegue che a tale giudice viene riconosciuta la competenza a conoscere delle violazioni subite dai detenuti nelle loro posizioni soggettive e dunque che essi sono titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi (49)

(49) «(...) sembra dunque sgomberato il campo da dubbi residui circa la titolarità in capo ai detenuti di diritti soggettivi e la conseguente attribuzione al giudice ordinario della competenza a conoscere delle eventuali lesioni di tali diritti poste in essere...mediante atti dell'Amministrazione penitenziaria. Legittimata dunque a conoscere di atti e comportamenti lesivi provenienti dall'Amministrazione penitenziaria è la magistratura di sorveglianza, alla quale la Corte costituzionale riconosce «una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati» e, specificamente il magistrato di sorveglianza quale giudice «più vicino»» (Cesaris, Nota a ord. Mag. Sorv. Agrigento 8 novembre 2001, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2002, 237. Nello stesso senso, cfr. Della Casa, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *DPP*, 1999, 859).

Nella prospettiva sopra delineata, all'art. 35 ord. penit., integrato in via interpretativa con il ricorso alla procedura di cui agli artt. 14-ter e 71 della stessa legge, è pertanto assegnata funzione di rimedio generale, quale norma di chiusura del «microsistema» del diritto penitenziario. La giurisprudenza successiva risulta essersi adeguata all'indirizzo espresso dalla Cassazione (50)

(50) Cass. n. 7791 del 2008 e n. 46269 del 2007. , che peraltro è conforme anche ai principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (51)

(51) CEDU, sent. 11 gennaio 2005, n. 33965 del 1996. .

Tale assetto è stato posto in discussione in seguito alla sentenza costituzionale 23-27 ottobre 2006, n. 341, che ha sottratto alla competenza del magistrato di sorveglianza le controversie di natura laburistica insorte tra l'Amministrazione e i soggetti detenuti, proprio ritenendo lo strumento di cui all'art. 35 ord. penit., inadeguato ad assicurare un'adeguata soglia di garanzia giurisdizionale. Con il successivo arresto n. 266 del 2009, la Corte ha precisato il suo pensiero, chiarendo che l'inadeguatezza del rito ex art. 14-ter ord. penit., riferita riguardo alla materia laburistica, ingenerando una ingiustificata disparità di trattamento con riguardo esclusivo a quella particolare categoria di posizioni giuridiche, mentre per quanto concerne le altre posizioni incise nel corso del trattamento penitenziario rimane fermo il principio dell'adeguatezza della tutela assicurata con il reclamo al giudice di sorveglianza (52)

(52) «(...) La sentenza di questa Corte n. 341 del 2006 ritenne illegittima ogni «irrazionale ingiustificata discriminazione», con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini; affermò che sia i detenuti sia le rispettive controparti avevano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24 comma 2 e 111 comma 2 Cost.; considerò il procedimento di cui all'art. 14-ter l. n. 354 del 1975, imposto dalla norma censurata per tutte le controversie civili nascenti dalle prestazioni lavorative dei detenuti, inadeguato - se riferito alle controversie di lavoro - ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa (ponendo in evidenza, tra l'altro, che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore restava addirittura escluso dal contraddittorio); (...) Come si vede, dunque, la sentenza de qua non incise affatto sulla competenza generale della magistratura di sorveglianza, ma si pronunciò con riguardo ad una ben precisa tipologia di reclami in materia di lavoro, ossia con riferimento a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è istituito un giudice specializzato. Pertanto, resta valido quanto già affermato da questa Corte con la citata sentenza n. 212 del 1997, per la quale l'ordinamento penitenziario, nel configurare l'organizzazione dei «giudici di sorveglianza» (magistrati e tribunale di sorveglianza) «ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria» (C. cost. 8-23 ottobre 2009, n. 266). .

L'arresto costituzionale n. 341 del 2006 ha, del resto, ribadito l'assunto secondo cui, in via generale, tutti i rapporti giuridici che nascono e si sviluppano tra soggetti ristretti e Amministrazione all'interno dell'istituzione penitenziaria ricadono nella cognizione del giudice di sorveglianza, essendoci un indissolubile collegamento funzionale tra la materia penitenziaria e competenza della magistratura di sorveglianza, che si radica soltanto con riferimento a quei rapporti giuridici che: a) sono espressamente sussunti da una espressa disposizione di legge che ne assegna la competenza alla magistratura di sorveglianza ovvero b) afferiscono in ogni caso a profili strettamente collegati con l'esecuzione della pena o, ancora meglio, alla finalizzazione rieducativa di detta esecuzione (53)

(53) In tema, Fiorentin - Marcheselli, Il punto sui diritti...., cit., 23. . Per tale ragione, la Consulta ha riaffermato che, anche nella materia penitenziaria, le situazioni rilevanti per il diritto non soffrono eccezioni sotto il profilo della loro tutela giurisdizionale - neppure con riferimento al momento processuale di tale difesa - per il solo fatto che il colui che si assume titolare dell'interesse leso si trovi ristretto in un istituto penitenziario in condizioni di limitazione della propria libertà personale. In questa affermazione sta la ragione fondante per la quale - prendendo in esame la situazione sottostante alla pronunzia costituzionale - il detenuto lavoratore può e deve adire il giudice naturale della tutela laboristica (il giudice del lavoro) e non già il magistrato di sorveglianza, non dissimilmente da come accade quando il detenuto, la cui integrità fisica sia stata compromessa da un comportamento (anche omissivo) dell'Amministrazione penitenziaria (paradigmatico il caso del detenuto che si procura lesioni cadendo dal letto a castello difettoso, o si intossica con il vitto fornito dall'Amministrazione) si rivolge, per la propria tutela risarcitoria, al giudice civile e non a quello di sorveglianza. L'assetto della materia, pare, in conclusione, sistematizzabile nel senso che il detenuto, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento, è tutelato nelle forme civilistica e penalistica secondo gli strumenti ordinari: potrà quindi ricorrere al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno aquiliano per fatto doloso o colposo dell'Amministrazione (a es. nel caso di infortunio occorso in seguito a carenze addebitabili all'Amministrazione); potrà rivolgersi al giudice penale nel caso si ritenga vittima di un reato (a es., nel caso di omissioni o di condotte dell'amministrazioni che integrino fattispecie presidiate a livello penale); potrà, infine, rivolgersi al G.A. per ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo che assuma illegittimo. Ma egli, in ragione della sua posizione di soggetto «debole», gode di una tutela maggiore per tutte le incisioni della propria sfera soggettiva che siano consequenziali all'effettuazione del trattamento penitenziario, la cui cognizione è attribuita alla giurisdizione esclusiva del MdS. Nell'ambito di tale giurisdizione, il MdS opera con lo strumento della mera segnalazione all'Amministrazione, nel caso venga investito di doglianze inerenti a mere aspettative di fatto; mentre opera con provvedimento giurisdizionale nel caso di violazione di posizioni soggettive normativamente tutelate, attraverso il procedimento di cui al coordinato disposto degli artt. 14-ter, 35 e 69 ord. penit.

14. L'OTTEMPERANZA ALLE DECISIONI DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

La principale ragione dell'inefficacia pratica della tutela prevista dagli artt. 35, 69 ord. penit. risiede nel fatto che le decisioni assunte dal Magistrato di Sorveglianza, se pure vincolanti per le parti e soprattutto per l'Amministrazione penitenziaria, sono del tutto prive della possibilità di essere eseguite in forma coattiva nel caso di inottemperanza. Ciò è dovuto ad una grave carenza normativa che non prevede una specifica disciplina dell'esecuzione di tali provvedimenti. In ogni caso, il provvedimento del magistrato non ha efficacia vincolante per l'Amministrazione penitenziaria. Tale presa d'atto è alla base del diffuso scetticismo manifestato dalla dottrina in ordine alla concreta efficacia dell'istituto (54)

(54) Per tutti, cfr. Grevi (a cura di), Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663, in L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (l. 10 ottobre 1986, n. 663), Padova, 1988, 83. .

La casistica è alquanto articolata. Anzitutto, può darsi il caso in cui il Magistrato di Sorveglianza abbia riconosciuto la lesione della posizione soggettiva di un detenuto provocata da una condotta dell'Amministrazione, materializzata in un atto amministrativo (es. programma di

trattamento; sanzione disciplinare; diniego di autorizzazione a colloqui, telefonate ecc.). In tal caso, l'ordinanza del magistrato che afferma la sussistenza della lesione (e del correlativo diritto negato) disapplica l'atto amministrativo, ma tale esito può non essere sufficiente al ristoro della posizione incisa, nel caso l'Amministrazione non uniformi la propria condotta al rispetto del dictum: ad es., a poco vale, per l'interessato, vedere riconosciuto il diritto al colloquio con un proprio familiare se poi l'Amministrazione persiste nel negare l'autorizzazione all'ingresso in istituto del congiunto. In secondo luogo, può darsi il caso in cui il magistrato accerta che una scelta organizzativa dell'Amministrazione ha inciso una posizione soggettiva non comprimibile (es. ha ristretto i detenuti in spazi troppo angusti; ha negato prestazioni sanitarie necessarie, ecc.). In terzo luogo, è possibile che il giudice accerti che una determinata situazione o stato di fatto contrasta con i diritti dei detenuti (a es. assenza di servizi igienici; insalubrità dei luoghi di detenzione ecc.). Anche in questi casi, la mera declaratoria della sussistenza di una lesione è lettera morta laddove non sia consentito al giudice di emettere sentenze di condanna in seguito all'accertamento dell'illiceità di determinati fatti o condotte, imputabili all'Amministrazione penitenziaria; né dettare alla medesima prescrizioni assistite da sanzioni per il caso di inottemperanza, così che il provvedimento giudiziale possa costituire titolo esecutivo contro la P.A. Il diritto vivente è, allo stato attuale, contrario alla possibilità che il Magistrato di Sorveglianza possa emettere pronunce di annullamento dell'atto amministrativo e/o di condanna dell'Amministrazione. Pesa, soprattutto, la ragione che l'attuale configurazione della procedura di reclamo davanti al MdS non garantisce un livello di contraddittorio adeguato - sotto il profilo delle garanzie costituzionali in tema di contraddittorio e diritto di difesa - a sostenere una eventuale pronuncia di condanna (55)

(55) Fiorentin - Marcheselli, cit., 27. . Si registra, peraltro, in senso favorevole alla sussistenza di una giurisdizione di annullamento, la posizione espressa dall'estensore del provvedimento in rassegna, che sembra ritenere possibile già in via interpretativa e diretta procedere all'annullamento dell'atto amministrativo (laddove pare, invece, che strada obbligata sia la procedura di verifica costituzionale dell'attuale assetto, sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 24 Cost.).

Nella stessa ottica restrittiva, la giurisprudenza mantiene un atteggiamento assai prudente, e nega la possibilità di ricorso ex art. 111 Cost. avverso le decisioni assunte dal MdS ai sensi dell'art. 35 ord. penit., anche dopo la sentenza costituzionale n. 26 del 1999. Tale arresto costituzionale non è ritenuto, infatti, di ostacolo alla ravvisata inammissibilità dei gravami esperiti mediante lo strumento dell'art. 111 Cost., poiché la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale del ricordato art. 35 non consente di intervenire additivamente sul sistema normativo vigente (56)

(56) Cass., sez. I, 7 marzo 2001; Cass., sez. I, 16 febbraio 2000; Cass., sez. I, 6 marzo-8 aprile 2008, n. 14656. . Tale indirizzo si richiama al principio secondo cui soltanto la violazione di un diritto soggettivo della persona detenuta giustifica l'attivazione del procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 69 ord. penit., e che unicamente tale ambito è tutelato dalla garanzia del ricorso ex art. 111 Cost. Siffatto orientamento è stato

confermato dalle pronunce più recenti, secondo cui l'ordinamento non prevede nessun mezzo di impugnazione avverso provvedimenti eventualmente adottati sui generici reclami proposti nelle forme di cui all'art. 35 ord. penit., che possono essere indirizzati a una pluralità indifferenziata di organi amministrativi o giurisdizionali.

In ogni caso, l'ottemperanza alla decisione rimane un aspetto problematico, qualunque sia l'opzione che si adotta. Anche sotto questo aspetto, si possono ipotizzare soluzioni molto diverse. La più incisiva è ritenere che il pronunciamento del Magistrato di Sorveglianza secondo quanto previsto dall'art. 69 comma 5 l. 26 luglio 1975, n. 354, comporti che le direttive impartite si sostituiscono a quelle del vertice dell'Amministrazione (che sarebbe una sorta di commissario ad acta individuato ex lege, incaricato dell'esecuzione del contenuto precettivo della pronuncia giudiziale), con conseguente immediato dovere degli operatori penitenziari di attuare la decisione, disapplicando gli eventuali ordini contrari degli organi gerarchicamente sovraordinati (Direttore, Provveditorato e Dipartimento). In tale ricostruzione, il potere di ingerenza del Magistrato di Sorveglianza assumerebbe peraltro un contenuto invasivo nell'area dell'Amministrazione di eccezionale (e forse non opportuna) rilevanza. È assai dubbio che questo fosse il significato della norma in esame nella mente del legislatore. Nell'ipotesi in cui si ritenesse il provvedimento una condanna a carico della P.A., sarebbero attivabili le reazioni per l'inottemperanza al giudicato, con tutti i problemi - di ben nota rilevanza - rispetto all'esecuzione coattiva di un facere, per di più da parte della P.A. Se, invece, si ritiene che il provvedimento sia un accertamento di una condotta antigiuridica, l'effetto della decisione è limitato alla dichiarazione di illegittimità di un certo assetto. Tale accertamento non ha però effetti diretti dal punto di vista esecutivo, pur potendo formare oggetto della valutazione incidentale quando sorga un diverso giudizio (disciplinare o penale) sulle eventuali responsabilità.

15. PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO

De jure condendo, occorre riconoscere che la scarsa effettività della tutela dei diritti all'interno del carcere è soprattutto originata dalla situazione di fatto che vede i soggetti detenuti grandemente limitati nella possibilità di far valere in giudizio le proprie difese risarcitorie in ragione delle oggettive limitazioni imposte dalla restrizione carceraria. Ne deriva la necessità, alla luce del disposto costituzionale (artt. 3, 24 Cost.), di implementare il ruolo del «giudice vicino», e dunque del MdS. In tale prospettiva, si può pensare a strutturare la giurisdizione del MdS sul modello della giurisdizione esclusiva del G.A., riconoscendo la competenza sulla base dell'attribuzione «a blocchi di materie» (attualmente, con riguardo, a es., a tutto quanto concerne il trattamento penitenziario), ed attribuendo, entro tali ambiti, incisivi poteri al giudice in ordine all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ed al conseguenziale ristoro patrimoniale; nonché in relazione alla possibilità di accertare la lesioni di posizioni soggettive e di pronunciare condanna al risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2059 c.c. Sul piano processuale, occorre adottare il procedimento ex artt. 666 ss. c.p.p., più garantito della procedura sommaria di cui all'art. 14-ter ord. penit., in materia di cognizione sulla lesione delle posizioni soggettive in materia di trattamento penitenziario, attribuendo, anche sulla scorta dell'autorevole indicazione venuta dalla Corte costituzionale (sent. n. 266 del 2009) le funzioni di tutela delle ragioni dell'Amministrazione al P.M., quale «avvocato della parte pubblica». A garanzia dell'effettività dell'intervento del MdS, occorre, infine, stabilire una *taxatio* per ogni giorno di inottemperanza dell'Amministrazione alle disposizioni impartite dal giudice di sorveglianza, da versarsi a favore della cassa delle ammende a titolo di sanzione processuale, sulla base della loro immediata vincolatività per l'Amministrazione.

