



UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI LECCE

N. 17/10 Reg. S15

N. Reg. Ord.

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul reclamo proposto da Slimani Abdelaziz, nato in Tunisia il 9 agosto 1982, detenuto a Lecce, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Stomeo, contro il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato di Lecce, con l'intervento del Procuratore Aggiunto della Procura della Repubblica di Lecce dott. Ennio Cillo, avente ad oggetto la richiesta di accertamento della lesione dei diritti soggettivi del detenuto previsti dagli artt. 1, 5, 6, 12, l. 354/1975, artt. 6, 7, d.P.R. n. 230/2000, art. 3 CEDU, artt. 2, 3 e 27 Cost. e la conseguente liquidazione a titolo di indennizzo della somma di 7.000,00 euro o quella maggiore ritenuta congrua secondo discrezionale giudizio di equità per aver sopportato detenzione inumana e degradante.

FATTO

Con reclamo proposto in data 17 giugno 2010 lo Slimani rappresentava di trovarsi ristretto a far data dal 4 luglio 2009 in forza di ordine di esecuzione emesso dalla Procura della Repubblica di Padova n. 1509/08 SIEP, presso la Casa circondariale di Lecce, all'interno di una cella della grandezza circa di 11,50 mq, dotata di un'unica finestra, con annesso servizio igienico privo di finestra, unitamente ad altri due detenuti, fruendo di letti a castello, il più alto dei quali situato ad appena 50 cm. dal soffitto. Costretto a trascorrere all'interno della suddetta cella 18 ore al giorno, in quanto ammesso a fruire della possibilità di sostare per due ore la mattina e due ore nel pomeriggio in uno spazio comune all'aperto, chiuso da mura di cinta e protetto da rete a copertura. Inoltre, si duoleva di non poter fruire di alcuno spazio destinato alla socialità, alla lettura, alla preghiera, all'esercizio fisico. Nel corso delle suddette 18 ore, inoltre, la grata della cella secondo la prospettazione dello Slimani sarebbe restata chiusa ininterrottamente, ed il blindo, invece, tra le 22.00 e le 7.00. Ancora il bagno della cella non sarebbe stato provvisto di acqua calda e l'impianto di riscaldamento nel periodo invernale sarebbe stato acceso solo dalle ore 20.00 alle ore 21.00. Sempre nello stesso periodo lo Slimani lamentava di non essere stato ammesso a svolgere attività lavorativa o a partecipare ad altre attività trattamentali o ad esercitare i riti inerenti il proprio credo religioso. Rappresentava, infine, il detenuto che l'elevato sovraffollamento della Casa circondariale di Lecce, destinata ad ospitare meno di 700 detenuti, ma di fatto abitata da poco meno di 1400

ristretti, sarebbe stato presumibilmente all'origine dei due suicidi avvenuti nel mese precedente al deposito del ricorso, e la stessa situazione lo avrebbe indotto ad uno sciopero della fame in data 8 maggio 2010 culminato con un gesto di autolesionismo con tagli profondi.

Dalla presenza di simili condizioni il reclamante lamentava la lesione della dignità e dei diritti umani minimi sanciti dalle Convenzioni internazionali e dalla Costituzione italiana, che non possono essere negati ad alcun detenuto indipendentemente dal grado di pericolosità sociale che lo caratterizza o dal comportamento antiggiuridico dallo stesso posto in essere. Al contempo, evidenziava il mancato rispetto delle norme dell'ordinamento penitenziario citate in epigrafe, nonché dell'art. 3 CEDU che proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti. A tal riguardo sottolineava come il CPT (Comitato per la Prevenzione della Tortura) ha fissato in 7 mq per persona la superficie minima auspicabile per una cella di detenzione (in base al secondo rapporto generale CPT/Inf(92)3). Superficie indicata per celle destinate alla detenzione temporanea e, quindi, inferiore alla metratura quadrata necessaria per i periodi di detenzione ordinari che devono caratterizzarsi non solo per il soddisfacimento di esigenze cautelari, ma anche per consentire la rieducazione del condannato. Al di sotto dello spazio minimo indicato dal CPT la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe mostrato di ritenere compensabile il deficit abitativo delle celle in ragione della possibilità di viveri spazi comuni, di fruire di adeguati servizi igienici, di palestre, biblioteche, luoghi di lavoro e di formazione. Possibilità quest'ultime che il detenuto negava di aver avuto, così avendo sommato alla mancanza di spazio vitale, l'assenza delle opportunità sopra descritte e di conseguenza avendo sofferto una detenzione inumana e degradante, tale da poter essere valutata alla stregua di una tortura secondo le indicazioni offerte dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 luglio 2009 nell'affaire Sulejmanovic c. Italia. Circa la commisurazione del danno morale patito lo Slimani richiamava le indicazioni offerte dalla citata sentenza della Corte europea, che ha condannato lo Stato italiano a liquidare a titolo di indennizzo una somma compresa tra i 200,00 ed i 300,00 euro mensili, tanto da liquidare per un periodo di detenzione intercorrente tra novembre 2002 ed aprile 2003 la somma di euro 1000,00 durante il quale aveva avuto a disposizione uno spazio minimo vitale inferiore a 3 mq. A giudizio del detenuto, però, la somma in questione andrebbe aumentata in modo più che proporzionale al crescere del periodo di detenzione, atteso che il danno subito dal detenuto aumenta in modo esponenziale con il prolungarsi del periodo di detenzione secondo modalità degradanti, da ciò deriva la richiesta di corresponsione della somma di 7.000,00 euro per 11 mesi di detenzione oltre le spese legali.

In data 21 ottobre 2010 il reclamante depositava memorie integrative ponendo l'accento sull'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle pronunce della Corte europea dei diritti

dell'uomo e chiedendo di acquisire tramite apposita istruttoria conferma alla prospettazione fattuale esposta con il ricorso introduttivo. Sempre con la stessa memoria la difesa dello Slimani approfondiva la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza non solo in rapporto agli altri organi giurisdizionali italiani, ma anche in relazione alla giurisdizione della Corte europea.

In data 25 novembre 2010 si costituiva in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Lecce con una memoria di stile.

In data 9 giugno 2011 l'Avvocatura poneva in evidenza come il reclamante avesse trascorso la sua detenzione all'interno della cella di superficie netta pari a mq 10,17 con un'altezza pari a 2,70 ml., dotata di ampia finestra e di annesso locale con servizi igienici, privo di finestra ma dotato di areazione forzata. Nel merito l'Avvocatura ribadiva come, da un lato, l'indicazione dei 7 mq per detenuto da parte del CPT fosse stata valutata come un mero auspicio nelle opinioni dei giudici dissenzienti Zagrebelsky e Jociene nel giudizio Sulejmanovic c. Italia sopra citato. Dall'altro, che la Corte europea in quella sentenza aveva valutato sufficiente uno spazio di 3,24 mq, ossia tale da non configurare tortura e nel giudizio in corso sarebbe emersa la disponibilità a favore dello Slimani di 3,39 mq. Inoltre l'altezza dell'ultimo letto dal soffitto corrisponderebbe a quella dell'ultima cuccetta in un vagone letto. Quanto alla mancanza di acqua calda l'Avvocatura sottolineava la possibilità concessa ai detenuti di poter fruire di acqua calda nel locale docce nelle fasce orarie 8,30-11,30 e 12,15-15,15. Circa il riscaldamento evidenziava come nel 2009-2010 fosse stato acceso 5 ore al giorno, mentre nel 2010-2011 4 ore al giorno. Circa le attività trattamentali veniva sottolineato che lo Slimani aveva avuto accesso al corso di scuola elementare. Infine, sulla possibilità di accesso all'assistenza religiosa, ai locali destinati alla biblioteca, ai colloqui familiari e agli orari che scandiscono la quotidianità all'interno della Casa circondariale di Lecce l'Avvocatura si richiamava ai precetti contenuti nel regolamento interno d'istituto, desumendo da tutto ciò l'assenza di una lesione apprezzabile in capo al detenuto nonostante il fenomeno di sovraffollamento che ha interessato la Casa circondariale di Lecce.

Pertanto all'odierna udienza le parti hanno così concluso:

l'Avv. Stomeo difensore del reclamante per l'accoglimento del reclamo

L'Avv. Gustapane per l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Lecce per il rigetto del reclamo

Il Proc. Aggiunto della Repubblica di Lecce, dott. Cillo per il rigetto del reclamo.

DIRITTO

1. La richiesta avanzata dal detenuto dinanzi all'odierno giudicante si presenta come assolutamente nuova nel panorama giurisprudenziale italiano e pertanto necessita di un inquadramento di carattere

generale sia pure nel rispetto del principio della domanda che sovrintende, quale regola generale della giurisdizione di diritto soggettivo, anche l'odierna fattispecie. La soluzione al quesito in esame, in realtà, presuppone il superamento di altra questione ossia se il fondamento dell'odierno reclamo poggi sulla lesione di una *causa petendi* riconducibile ad una posizione giuridica soggettiva o se invece l'odierno reclamante avanzi domanda di rifusione patrimoniale a tutela di un mero interesse di fatto. La soluzione prescelta finisce, infatti, per riverberarsi anche sulla natura giuridica dello strumento di tutela invocato. Optando per la prima soluzione dovrà concludersi nel senso che il Magistrato di Sorveglianza viene adito in veste giurisdizionale, optando per la seconda soluzione dovrà concludersi, invece, nel senso che il Magistrato di Sorveglianza interviene in veste *latu sensu* amministrativa, con ciò che ne consegue in termini di disciplina applicabile in sede processuale o procedimentale e soprattutto di efficacia della decisione assunta, nonché di immediata reiezione della richiesta giacché non esiste nell'ordinamento alcuna norma che investa il Magistrato di Sorveglianza di un potere non giurisdizionale di rifusione di somme a favore di interessi non giuridicamente protetti del detenuto. Può brevemente rammentarsi come appaia assolutamente pacifico che all'ingresso del circuito penitenziario il detenuto si vede riconosciuto dall'ordinamento giuridico nei confronti dell'amministrazione penitenziaria un proprio patrimonio di situazioni soggettive meritevoli di tutela. Questa conclusione poggia, oltre che in via diretta sull'esame della l. 354/1975 e del d.P.R. 230/2000, anche sull'esegesi offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, in tema di tutela del diritto alla corrispondenza a cominciare dalle sentenze del 15 novembre 1996 nei casi *Diana c. Italia* e *Domenichini c. Italia*, cui ha fatto seguito la legge 8 aprile 2004, n. 95, che introducendo l'art. 18-ter, l. n. 354/1975, prevede che le limitazioni alla corrispondenza dei detenuti vengano disposte solo a seguito di provvedimento dell'autorità giurisdizionale. Nonché sull'interpretazione contenuta in alcune pronunce cardine della Corte costituzionale, tra le quali in modo esemplare si presenta Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, che afferma: *“L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti.*

I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto

una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979).

L'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art.1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario". Possiamo dire, quindi, che grazie ai precetti fondamentali contenuti nella Carta costituzionale che trovano espresso recepimento anche a livello di legislazione ordinaria non può più ritenersi che la detenzione determina il sorgere di una relazione di supremazia speciale tra amministrazione e condannato tale da azzerare il patrimonio giuridico di quest'ultimo. Con l'ingresso del detenuto nel circuito penitenziario non vi è alcuna abdicazione ad i diritti fondamentali che fanno parte del patrimonio indefettibile dell'uomo, ma si registra la limitazione di alcuni di questi diritti, si pensi alla libertà di movimento o alla libertà di comunicazione, ovvero un soddisfacimento degli stessi con modalità distinte rispetto a quelle previste per tutti coloro che non sono presi in carico nel circuito penitenziario. Ulteriori esempi possono ricercarsi nella tutela del diritto alla salute, se si pone mente alla disciplina dettata dall'art. 11, l. 354/1975, ma anche nelle modalità di accesso alla tutela giurisdizionale che avviene in forme diversificate rispetto a quanto accade per chi sia estraneo al regime intramurario, tenendo in particolare considerazione le difficoltà che incontra il detenuto nel relazionarsi anche con gli organi giurisdizionali. Infine, si registra la nascita di nuove posizioni giuridiche derivanti dalla relazione tra l'amministrazione penitenziaria ed il detenuto, alcune delle quali, direttamente riconducibili all'esecuzione della pena, possono variamente atteggiarsi sotto forma di interesse legittimo o di diritto soggettivo. E tra queste alcune vedono nell'amministrazione un referente indefettibile al fine di assicurare il loro soddisfacimento. Non bisogna in definitiva pensare al detenuto come ad una

soggetto che nel varcare le mura di cinta del carcere subisca una riduzione del proprio patrimonio giuridico, sicché le sue posizioni giuridiche vengono ricondotte alla situazione di meri interessi di fatto. Ma come ad un individuo che conserva l'intero bagaglio di quei diritti fondamentali inalienabili, che possono subire una limitata compressione nel rispetto del precetto scolpito nell'art. 27 cost., ed acquisisce nuove posizioni giuridiche, la cui tutela deve essere assicurata, ponendo altrimenti a rischio l'utilità stessa della pena. Dalla prospettazione offerta dallo Slimani nel suo reclamo si evince la richiesta di risarcimento per posizioni soggettive che ricevono dall'ordinamento autonomo riconoscimento giuridico. Sicché può concludersi che in questa sede il detenuto avanzi una richiesta di ristoro patrimoniale in relazione a situazioni di interesse qualificate e differenziate dall'ordinamento, che devono trovare adeguata risposta giurisdizionale in omaggio ai principi di effettività della tutela giurisdizionale consacrati negli artt. 24 e 113 cost.

2. Risolta positivamente la prima questione appare opportuno verificare la sussistenza di un eventuale difetto di giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza, che sebbene non eccepita dalla difesa dell'amministrazione ben potrebbe essere rilevata d'ufficio dal Giudice, anche al fine di ricorrere agli strumenti a tutela del reclamante contenuti nella disciplina della *translatio iudicii* assicurata dall'art. 59 della l. 69/2009. Al quesito, può darsi risposta solo a seguito della ricostruzione della natura e della disciplina della giurisdizione esercitata dal Magistrato di Sorveglianza in sede di reclamo. La vicenda ben nota grazie all'intervento del Giudice delle leggi può essere ricostruita nei seguenti termini. La sentenza della Corte costituzionale, 3 luglio 1997, n. 292, pur non disconoscendo la doppia anima che può assumere il reclamo ai sensi dell'art. 35, l. 354/1975, dinanzi al Magistrato di Sorveglianza, ha chiaramente affermato che: *“Il procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza costituente rimedio per far valere diritti non comprimibili dei detenuti che sia possibile far valere soltanto in quella sede ha natura di giudizio e pertanto in tale sede quel magistrato è legittimato a sollevare questioni di costituzionalità”*. Questa pronuncia è stata seguita da altro e più importante intervento della Consulta, che con la sentenza del 17 febbraio 1999, n. 26, ha dichiarato *“...incostituzionali, per difetto della garanzia giurisdizionale sancita dall'art. 24 cost., gli art. 35 e 69 l. 26 luglio 1975 n. 354 (il secondo nel testo sostituito dall'art. 21 l. 10 ottobre 1986 n. 663), nella parte in cui non prevedono, in favore di chi subisca restrizioni della libertà personale, una tutela giurisdizionale nei confronti di atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti, quando la lesione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a quella restrizione”*. L'intervento del Giudice delle leggi non può però dirsi di natura ortopedica, atteso che alla declaratoria di incostituzionalità non ha fatto seguito l'indicazione di una disciplina processuale alla quale fare riferimento, avendo ritenuto la Corte che: *“...spetta, tuttavia, al legislatore, di fronte ai diversi meccanismi ipotizzabili, rimediare a detta carenza*

nell'esercizio della funzione normativa ad esso appartenente in attuazione dei principi della Costituzione". L'autorevole precedente della Consulta si apprezza per l'ampio fondamento che assegna alla giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza, la Corte in quella sede precisa, infatti, che la copertura giurisdizionale deve riguardare non solo i diritti costituzionalmente garantiti, ma tutte le posizioni giuridiche soggettive, giacché diversamente opinando, ossia se si operasse un distinguo tra posizioni di rilievo costituzionale e non, finirebbe per essere leso il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale assicurato dagli artt. 24 e 113 cost. La Consulta pone l'accento, in particolare, su quelle posizioni giuridiche che possono essere lese a seguito di provvedimenti dell'amministrazione che attraverso misure speciali, modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto (un riferimento immediato può essere fatto all'art. 14-bis o all'art. 41-bis, l. 354/1975); ovvero su quelle incise da determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere. Categoria quest'ultima nell'ambito della quale sembra poter trovare collocazione la prospettazione del reclamante. Un simile approdo appare, però ancora non del tutto confortante, atteso che le considerazioni svolte dal Giudice delle leggi devono essere attualizzate. Appare, quindi, opportuno coprire sul piano interpretativo il decennio che separa la sentenza n. 16/1999, dal deposito della presente ordinanza. Una simile urgenza appare ancor più cogente sol che si ponga mente ai cambiamenti radicali che hanno interessato le relazioni giuridiche tra amministrazione, cittadino sul piano della tutela giurisdizionale, nonché al mutamento dei rapporti tra plessi giurisdizionali, che sottendono alla generalizzazione del principio della *translatio iudicii*. Per consolidare, quindi, la premessa in merito alla sussistenza sulla fattispecie oggetto del presente giudizio della giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza è necessario compiere un duplice percorso. Dapprima escludere attraverso un'analisi del diritto positivo che vi siano indicazioni che militino nel senso di dover rimettere la questione al giudice amministrativo per difetto di giurisdizione o al giudice civile per difetto di competenza. In seguito valutare se esistano ragioni dalle quali desumere che pur a fronte della genericità del dettato normativo di cui all'art. 35, l. 354/1975, possa ritenersi che il Magistrato di Sorveglianza possa adottare una pronuncia con la quale condannare l'amministrazione a risarcire il danno a favore del detenuto.

2.1. Sulla prima questione appare opportuno, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), limitarsi ad aggiornare alcune considerazioni svolte in altra sede da questo Giudicante. Quanto alla possibile ricorrenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ammissibile in astratto, come si può desumere da Corte cost. 140/2007, anche in relazione alle controversie aventi ad oggetto diritti di rango costituzionale incisi dal potere amministrativo, l'unica norma di riferimento potrebbe essere rinvenuta nell'art. 133, comma 1, lett. c), d.lgs. 104/2010 secondo la quale: "*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice*

amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ...le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità” in combinato disposto con il dettato dell’art. 7 comma 5, c.p.a. (Codice del processo amministrativo): *“Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall’articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi”*. L’art. 133 c.p.a. nasce sulle ceneri dell’art. 33, d.lgs. n. 80/98, che già assegnava al g.a. la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici. Non è dubitabile che il trattamento penitenziario posto in essere dall’amministrazione sia riconducibile nella categoria dei servizi pubblici. In quanto si tratta di un’attività materiale posta in essere dall’amministrazione penitenziaria, rivolta a favore della collettività, ed organizzata attraverso atti amministrativi che assumono la qualifica di atti generali, più raramente si pensi al caso del regolamento interno di istituto quella di atti normativi subsecondari. In particolari occasioni (si pensi all’istanza di trasferimento di un detenuto presso altra Istituto penitenziario), tra le quali non rientra quella in esame il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto può altresì orchestrarsi attraverso veri e propri provvedimenti amministrativi sottoposti in assenza di più analitica disciplina a quella generale contenuta nella l. 241/90. Il citato art. 33, riscritto dall’art. 7 comma 1, lett. a) l. n. 205/2000, a seguito di una prima declaratoria di incostituzionalità da parte di Corte cost. n. 292/2000 per eccesso di delega, è stato oggetto di una nuova e decisiva disamina da parte di Corte cost. n. 204/2004, che ne ha riscritto la portata, rintuzzando la diffusa utilizzazione da parte del legislatore ordinario del criterio di riparto per “blocchi di materie”, caldeggiato da Cons. St. ord. 1/2000, a scapito di quello costituzionalmente previsto, fondato sulla natura della posizione giuridica azionata. Con la pronuncia del 2004 la Consulta stigmatizza la scelta del legislatore di un’idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell’ordinamento, di un rilevante pubblico interesse. Afferma al contrario il Giudice delle leggi come una corretta lettura dell’art. 113 cost. porta a ritenere che il legislatore può assegnare alla giurisdizione esclusiva del g.a. particolari materie, tali perché in assenza di simile previsione, *“contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale*

davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".

Una situazione di tal fatta non si riscontra nei rapporti tra amministrazione e detenuto, dominati dalla presenza della giurisdizione principale del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza che appare il referente giurisdizionale in relazione agli istituti che concretamente incidono sulla misura e sulla qualità della pena. Al contrario, proprio la centralità che assume a livello sistemico il Magistrato di Sorveglianza consente di concludere per la sussistenza di una giurisdizione esclusiva di quest'ultimo su tutte le controversie aventi ad oggetto la violazione di diritti come potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale, recata da atti dell'amministrazione ad esso preposta. Nello stesso senso milita la declaratoria di incostituzionalità della lett. e) del comma 2 dell'art. 33, in cui comunque era esplicitata, anche prima dell'intervento demolitorio del giudice delle leggi, l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del g.a. dei rapporti individuali di utenza. Nei rapporti tra amministrazione e detenuto, la prima non sempre agisce in veste di autorità e comunque quando anche adotta atti amministrativi che modificano le modalità concrete del trattamento o incidono sulla gestione ordinaria della vita del carcere, questi non sono mai espressione di discrezionalità amministrativa quante volte si riverberano direttamente o indirettamente sul trattamento penitenziario con esclusiva finalità rieducativa. La scelta discrezionale, infatti, viene normalmente intesa come individuazione di un comportamento lecito preceduta dalla ponderazione di un interesse pubblico primario con un interesse pubblico o privato secondario, al fine del soddisfacimento del primo con il minor pregiudizio del secondo. Ma nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria. Allo stesso modo non si apprezza la presenza di un merito amministrativo accostato agli atti dell'amministrazione che incidano sul trattamento penitenziario. Una buona amministrazione penitenziaria quale nucleo di un insindacabile potere discrezionale rimesso all'amministrazione può essere presente in ragione di atti generali dell'amministrazione penitenziaria o di scelte quali quelle di edilizia penitenziaria che non si riverberano sul trattamento del singolo detenuto o ancora in presenza di un contrapposto interesse all'ordine ed alla sicurezza dell'Istituto. Ma non nel caso di atti che incidono per finalità rieducative sul trattamento, essendo gli stessi tutti rimessi al vaglio della giurisdizione di sorveglianza, che svolge un ruolo di garante assoluto del trattamento. Non va dimenticato sotto tale profilo che è competenza del Magistrato di Sorveglianza approvare la

relazione di sintesi che reca il programma trattamentale del detenuto a riscontro dell'assenza di lesioni di posizioni giuridiche del detenuto e della presenza di valide indicazioni programmatiche. La discrezionalità che anima le scelte dell'amministrazione penitenziaria in questo campo ha natura di discrezionalità tecnica, ossia di valutazione di fatti resa alla stregua di canoni scientifici e tecnici, che non conosce un momento di ponderazione di interessi. Il giudizio di opportunità che caratterizza la cd. discrezionalità amministrativa pura è sostituito dal giudizio di opinabilità all'esito del quale l'amministrazione è chiamata a scegliere tra una pluralità di percorsi trattamentali possibili quello più adeguato per il detenuto. Pertanto, i diritti soggettivi correlati al trattamento che l'amministrazione deve soddisfare non sono riconducibili ad atti autoritativi dell'amministrazione penitenziaria. Ulteriori elementi a sostegno dell'assenza di giurisdizione da parte del g.a. possono desumersi in negativo dal mancato riferimento proprio all'interno del Codice del processo amministrativo di simili controversie, pur in presenza di una direttiva contenuta nella delega art. 44, comma 2, lett. b), punto 1), l. 69/2009, secondo la quale il legislatore delegato era vincolato a: "*b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:*

1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni". Un'analisi della struttura del citato art. 133 c.p.a. esclude che questa direttiva della delega non sia stata rispettata. Del resto la tendenziale esaustività delle ipotesi di giurisdizione esclusiva a favore del g.a. descritta dall'art. 133, c.p.a. si desume dalla stessa clausola di salvaguardia nell'incipit della norma: "*salvo ulteriori previsioni di legge*", che nella materia in esame non si rinvergono. Si può giungere ad una prima parziale quanto decisiva osservazione quindi nel senso che la fattispecie non rientra tra le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a.

2.1.1. Un'ultima notazione va fatta prima di lasciare il tema della competizione giurisdizionale tra giurisdizione del g.a. e del Magistrato di Sorveglianza. Infatti, prima dell'entrata in vigore del c.p.a., nella vigenza quindi dell'art. 7, l. TAR come modificato dalla l. 205/2000, si sarebbe posto il problema della eventuale riconducibilità dell'azione risarcitoria autonoma dinanzi al g.o. ovvero al g.a. La presente lite che è intervenuta all'indomani del 16 settembre 2010, può valersi con profitto della norma contenuta nel comma 4 dell'art. 7 secondo la quale: "*Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*". Nella fattispecie, per quanto si dirà meglio *infra*, però, il detenuto non prospetta la presenza di un danno derivante dalla lesione di una posizione giuridica riconducibile alla nozione di interesse legittimo. Il che porta ad escludere anche sotto tale profilo che si possa delineare una

giurisdizione risarcitoria di legittimità a favore del g.a. Questo perché come sopra ricordato il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto appare ispirato sempre dal fine rieducativo, ma a questo si accompagna in ragione della natura stessa del compito dell'amministrazione penitenziaria, anche un'attenzione particolare per la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza. Accade, pertanto, che l'amministrazione penitenziaria eserciti in alcune ipotesi una discrezionalità mista, in quanto espressione sia di discrezionalità tecnica per il peso assunto dalla vocazione trattamentale dei provvedimenti assunti sia di discrezionalità pura per la necessaria tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza che l'amministrazione deve perseguire. Un tipico esempio di questo potere è quello di disporre trasferimenti (art. 42, l. n. 354/1975). In questo caso il detenuto vanta un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo. Anche in queste fattispecie si radica la giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza alla luce delle conclusioni alle quali sono giunti due autorevoli precedenti quali Corte cost., 212/1997, e Cass., Sez. Un., 25079/2003. La prima delle citate pronunce ci accompagna sino alla posizione del problema quando afferma che: *“Ora, poiché nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo.*

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”. La seconda opera un passo decisivo, quando afferma che: *“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, 3° comma, della Costituzione. 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.”*

2.2. Occorre a questo punto interrogarsi sulla possibilità che l'odierno giudicante non sia competente a trattare la richiesta risarcitoria proposta dallo Slimani. Una simile eventualità deve

essere esclusa in omaggio a quanto affermato da Corte cost., n. 341/2006, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 374, non per la scelta di assegnare al Magistrato di Sorveglianza la cognizione delle controversie lavoristiche tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria fondata sulla *ratio* del rilievo assunto sul piano trattamentale del lavoro penitenziario, ma per la inadeguatezza dello strumento congegnato dal legislatore per assicurare piena tutela giurisdizionale alle correlate posizioni giuridiche del detenuto. Precisa la Consulta che: *“Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle suesposte garanzie costituzionali, si deve notare, in primo luogo, che la procedura camerale in essa prevista, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo. Per altro verso, la disposizione non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza”*. Ma più ancora dalla successiva Corte cost., n. 266/2009. Quest'ultima pronuncia veniva sollecitata dal Magistrato di Sorveglianza in ragione del manifesto disinteresse del legislatore per le indicazioni operate da Corte cost. 26/1999, ed all'indomani di Corte cost. 341/2006 che aveva ricondotto la giurisdizione sulle questioni lavoristiche del detenuto nella competenza del giudice del lavoro per l'ingiustificata disparità di trattamento tra le identiche situazioni del lavoratore e del detenuto lavoratore, essendo a quest'ultimo in modo ingiustificato assicurata una tutela giurisdizionale di rango inferiore. Quest'approdo non ha, però, condotto il giudice delle leggi a sottrarre la tutela dei diritti del detenuto al Magistrato di Sorveglianza, tanto che la questione rimessa dal Magistrato di Sorveglianza di Nuoro veniva dichiarata inammissibile. Al contrario, la Consulta richiamando la propria sentenza n. 212/1997, ha affermato che: *“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»). La Corte, il cui insegnamento verrà ripreso più avanti nel trattare delle questioni di carattere più strettamente procedurale, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni scrutinate, chiosa nei seguenti termini: *“Il rimettente non ha motivato in modo sufficiente in ordine alle ragioni che gli impedirebbero di adottare una interpretazione costituzionalmente corretta della normativa de qua, così incorrendo in un ulteriore profilo di inammissibilità”*. Quest'ultima indicazione suona come un invito alla Magistratura di Sorveglianza a “prendere sul serio i diritti dei detenuti” e pone in senso ultimativo, stante il preoccupante disinteresse del legislatore, un obbligo in capo al Magistrato di Sorveglianza ad analizzare il sistema in modo tale da verificare se effettivamente i crivelli processuali di cui dispone siano in grado di assicurare gli standard imposti dagli artt. 24, 111 e 113 cost. Si deve prendere atto di come le critiche rivolte al positivismo giuridico specie sul versante dei diritti fondamentali, sia pure nelle diverse declinazioni assunte negli ordinamenti giuridici occidentali, paiono aver abbandonato il piano meramente sostanziale per spostarsi su quello più tipicamente processuale, attraverso la facile, benché non immediata conclusione, da un lato che anche il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale è un diritto fondamentale; dall'altro che questo diritto condiziona in termini di effettività la tutela di tutte le posizioni giuridiche. Basti pensare al riguardo come gli interventi a livello di Unione europea sul riavvicinamento dei sistemi processuali si sia tradotto in raramente in normative calate dall'alto (è il caso ad esempio della direttiva n. 665/89 in materia di appalti pubblici), quanto piuttosto nella difesa a tutta oltranza del principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel senso che lo Stato membro non può introdurre meccanismi processuali che rendano eccessivamente difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale per le posizioni giuridiche di derivazione comunitaria. Sicché prima ancora di fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, è la stessa Corte di Giustizia (Corte giustizia CE, grande sezione, 13/03/2007, n. 432) che segnala come: *“Spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”*. In una situazione quale quella in esame, quindi, la via da seguire non può essere quella di limitarsi a prendere atto della presenza di un deficit strutturale di tutela, ma occorre cercare di tracciare una rotta a legislazione invariata che, valorizzando il ruolo dei principi generali, assicuri standard adeguati di tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto, senza che in questo percorso considerazioni generali sul funzionamento e sugli equilibri della società possano paralizzare una simile riflessione sino a giungere al risultato concreto di una denegata giustizia. Prima di concludere però nel senso che non può pertanto seriamente dubitarsi che la vicenda in esame non rientri nella competenza del giudice civile occorre sciogliere un ultimo nodo, quello relativo alla possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di condannare l'amministrazione al

risarcimento del danno. Se, infatti, vi è copiosa giurisprudenza sia di merito che di legittimità che ha concluso positivamente in merito alla possibilità che il Magistrato di Sorveglianza assicuri una tutela in forma specifica dei diritti del detenuto, non si ravvisano precedenti in ordine alla possibilità che l'odierno giudicante possa utilizzare strumenti risarcitori per equivalente. La questione in termini più netti passa per la possibilità che il Magistrato di Sorveglianza possa risarcire il danno non patrimoniale sofferto dal detenuto e cagionato dall'amministrazione penitenziaria.

2.2.1. La risposta ad un simile quesito deve essere preceduta da un'analisi dei rapporti tra giurisdizione e processo negli ultimi anni, giacché le necessarie qualità che devono accompagnare quest'ultimo finiscono per condizionare inevitabilmente anche la conformazione della prima. Il rapporto di strumentalità che deve avvincere il soddisfacimento della posizione giuridica attraverso l'intervento giurisdizionale era già acquisito nel diritto vivente della Corte costituzionale prima della modifica dell'art. 111 cost. Così Corte cost., 220/1986, riteneva che: *“Il giusto processo... vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo...deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice”*. Quest'impostazione viene ulteriormente confermata dal legislatore costituzionale nel 1999, tanto che la stessa Corte investita della questione della cd. *translatio iudicii* con la sentenza n. 77/2007, si esprimeva in questi termini: *“Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.*

Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce

affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta.

Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito". Simili importanti riflessioni sulla possibile concorrenza di più organi giurisdizionali potenzialmente competenti sulla stessa controversia ci porta a dire con autorevole dottrina che solo quando il processo è giusto ed è regolato dalla legge si ha autentica attuazione della giurisdizione. Ma ciò impone che il processo si svolga dinanzi al giudice naturale, rispetto al quale il cittadino abbia facilità di accesso. Il rapporto tra colui che chiede tutela ed il giudice chiamato ad amministrarla deve essere visto necessariamente dalla parte del primo, ciò in quanto l'unica effettiva ragione che sorregge la presenza di una pluralità di giudici riposa su quella specializzazione che si traduce in maggiori conoscenze utili per assicurare giustizia. È la finalità di assicurare una migliore risposta giurisdizionale ai diritti del detenuto che pervade il complesso di norme rappresentato dagli artt. 35 e 69 sul quale poggia la giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza. Né in questo senso appare convincente una ricostruzione secondo la quale il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe limitarsi ad accertare la lesione del diritto del detenuto, assicurandone eventualmente una tutela in forma diretta, salva la possibilità per il detenuto stesso di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'accertata lesione. Una simile ricostruzione rievoca i tormentati rapporti che hanno interessato a livello di riparto di giurisdizione la questione relativa al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo. Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 191/2006, circa l'esigenza in attuazione dei precetti contenuti negli artt. 24 e 111 cost. di assicurare la concentrazione delle forme di tutela giurisdizionale dinanzi ad un unico giudice, confortano l'idea che il Magistrato di Sorveglianza possa assicurare una tutela anche risarcitoria dei diritti del detenuto. L'importanza della concentrazione delle forme di tutela e della possibilità che questo principio venga a sagomare direttamente i rapporti tra giudici diversi emerge con tutta la sua forza nel recente arresto delle Sezioni Unite della Cassazione, ordinanza, 25 febbraio 2011, n. 4615, secondo la quale: *"Rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. una domanda subordinata relativa all'indennità di occupazione legittima, quante volte il diritto che ne costituisca l'oggetto sia alternativo alla tutela chiesta in via principale rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo e le domande siano proposte sulla base dei medesimi fatti, dipendendo l'accoglimento dell'una o dell'altra da un accertamento avente carattere prioritario di competenza del giudice amministrativo. Ciò in applicazione del principio di concentrazione delle tutele, ai fini di economia processuale e della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.)"*.

2.2.1.1. Del resto una diversa conclusione esporrebbe, da un lato, il detenuto al rischio di dover instaurare due diversi giudizi con vulnerazione del principio di ragionevole durata del processo nel caso in cui si ritenga che l'accertamento della lesione della posizione giuridica in questione non possa essere operata in via incidentale sotto forma di verifica della presenza di un danno *non jure e contra jus* del giudice civile. Ovvero diversamente opinando esporrebbe il sistema al rischio di giudizi contraddittori ben potendo il Magistrato di Sorveglianza ritenere insussistente la lesione del diritto del detenuto e per lo stesso motivo, invece, il giudice civile concludere per il risarcimento del danno della stessa posizione giuridica. Tali nefaste possibilità vengono escluse dalla previsione di una giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di Sorveglianza. Del resto in termini di esame strettamente sistematico, appare evidente che: 1) l'indicazione generica contenuta nell'art. 35 l. 354/1975, non determina in senso tassativo il contenuto del reclamo, portando a ritenere che ne siano esclusi i reclami risarcitori; 2) non si registra una previsione di esclusiva assegnazione delle controversie risarcitorie al giudice civile; 3) quanto all'assenza di norme che disciplinino l'azione risarcitoria del Magistrato di Sorveglianza va rilevato che allo stesso modo non esistono norme che disciplinino il giudizio risarcitorio dinanzi al giudice civile; 4) le norme sul risarcimento del danno sono contenute, come noto, nel Libro IV del codice civile, che è patrimonio giuridico delle relazioni sostanziali al quale ben può attingere anche il Magistrato di Sorveglianza; 5) non sussistono quelle preoccupazioni esternate da Corte cost., n. 341/2006, perché non vi è disparità di trattamento tra la persona detenuta danneggiata dall'amministrazione e la persona non detenuta danneggiata dall'amministrazione, atteso che si è in presenza di situazioni diverse. Circostanza quest'ultima anche esclude il rischio di applicazione difforme da parte di giudici distinte delle stesse disposizioni alla quale peraltro può giungere in soccorso il ruolo nomofilattico della Suprema Corte. Inoltre, l'eventuale minore adeguatezza del sistema giurisdizionale governato dal Magistrato di Sorveglianza, peraltro tutta da dimostrare come si vedrà *infra* (basti pensare che il presente giudizio si è concluso entro un anno dalla sua proposizione nel pieno rispetto dei principi costituzionali), nelle liti tra amministrazione e detenuto rispetto alle altre, trova una sua giustificazione nella maggiore facilità di accesso, anche in termini di costi, del detenuto al giudizio dinanzi al Magistrato di Sorveglianza, nonché nella maggiore specializzazione assicurata da quest'ultimo; 6) l'importanza del ruolo da riconoscere ad una figura che presenta le caratteristiche tipiche del Magistrato di Sorveglianza, è stata riconosciuta di recente dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza sez. IV, 22/10/2009, n. 17885, *Orchowski - Sikorski c. Polonia*: “*The Court would in any event, observe that a ruling of a civil court cannot have any impact on general prison conditions because it cannot address the root cause of the problem. For that reason, the Court would encourage the State to develop an efficient system of complaints to the authorities supervising*

detention facilities, in particular a penitentiary judge and the administration of these facilities which would be able to react more speedily than courts and to order, when necessary, a detainee's long-term transfer to Convention compatible conditions". Ruolo che viene ad essere ulteriormente valorizzato laddove si ritenga che il Magistrato di Sorveglianza possa non limitarsi a rimuovere la lesione in atto, ma anche a ristorare i danni per le lesioni patite, risultando così dotato di reali poteri di *enforcement* sull'amministrazione penitenziaria a tutela del detenuto; 7) una vicenda dai contorni analoghi è stata vissuta nel recente passato nel nostro ordinamento sul tema della possibilità per il giudice amministrativo di risarcire il danno da lesione di interesse legittimo. Nonostante si tratti in quel caso del conflitto tra due distinti plessi giurisdizionali, appare importante rammentare come la stessa Corte n. 191/2006, ha affermato che: "*L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria - non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, e con la previsione di mezzi istruttori, in primis la consulenza tecnica, schiettamente "civilistici" (art. 35, comma 3) - si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica...*". In definitiva, il ruolo rivendicato al Magistrato di Sorveglianza dalla presente pronuncia appare come uno dei tanti esempi di crisi della legge nazionale dinanzi all'esplosione ed all'internazionalizzazione delle fonti del diritto e come conseguente crisi della sua capacità di assicurare certezza dinanzi ad istanze di giustizia che, se il legislatore nazionale può trascurare di prendere in esame, non possono essere ignorate dal singolo giudice, chiamato a riannodare tra regole e principi una disciplina processuale e sostanziale che offra risposta al caso concreto, prestando omaggio alle indicazioni provenienti dalle Supreme Corti nazionali ed internazionali. La complessità del panorama giuridico deve trovare una sintesi nella pronuncia giurisdizionale in modo da risolvere la *res controversa* secondo quelle regole giuridiche che il legislatore nazionale concorre a determinare, ma delle quali non è più il solo artefice. Regole che possono anche fondare su mutati orientamenti degli organi giudicanti in presenza dei quali il bilanciamento tra prevedibilità della decisione ed esigenza di assicurare la giustizia del caso concreto poggia anche su di un adattamento delle regole processuali onde assicurare un contraddittorio ancora più esteso a tutela dell'affidamento ingenerato dalla presenza di un orientamento costante (Cass. 11.7.2011, n. 15144), anche ove questo si esprima nell'assenza di pronunce in materia, che facciano apparire alcune come controversie con non giustiziabili.

2.3. Acclarata la presenza della giurisdizione dell'odierno giudicante nella fattispecie che ci occupa, è necessario passare alla verifica della capacità del processo dinanzi al Magistrato di Sorveglianza di rispettare i canoni dell'art. 111 cost. Giacché è proprio nel rispetto dei primi due commi di

quest'articolo ed in particolare nel rispetto della tutela del contraddittorio che risiede la legittimazione del giudice. Qualora non fosse possibile ricostruire un architettura processuale idonea a rispettare i precetti consacrati nella citata norma costituzionale, il risultato non potrebbe che essere quello perseguito con l'ordinanza di remissione alla quale ha fornito una prima risposta Corte cost. 266/2009. La formula del giusto processo racchiusa nell'art. 111 cost., che riecheggia il *fair and public trial* dell'art. 6 CEDU rappresenta, quindi, la stella polare alla luce della quale testare la capacità delle regole seguite nel presente procedimento per giungere all'emanazione della presente ordinanza. Il giusto processo si caratterizza: 1) per essere regolato dalla legge; 2) per svolgersi nel contraddittorio delle parti in posizione di parità; 3) per svolgersi dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale; 4) per avere forme tali da assicurarne la ragionevole durata; 5) per potersi svolgere su richiesta dell'interessato in pubblica udienza. Il rispetto della quinta condizione non appare scontato e verrà esaminato per ultimo, poiché dalla soluzione della questione dipende dalla soluzione della questione più ampia dei rapporti tra il nostro ordinamento e le norme della CEDU.

2.3.1. Quanto alla prima condizione (riserva di legge statale), la stessa si apprezza secondo due distinte accezioni entrambe operanti: una positiva ed una negativa. La prima impone al legislatore di attivarsi, assicurandogli una riserva di legge (statale, art. 117 cost.) assoluta, non potendo il processo essere regolato da fonti subordinate alla legge se non in chiave meramente esecutive. La seconda vale, invece, quale limite negativo per il giudice. Quest'ultimo, infatti, non potrà creare in via pretoria forme e termini di carattere processuale, essendo tenuto ad operare entro il recinto delle regole fissate dal legislatore, che pure dovrà interpretare in modo costituzionalmente orientato. Nella presente controversia il rito seguito è stato quello definito dagli artt. 14-ter, 35 e 69 l. 354/1975, in omaggio all'interpretazione costituzionalmente offerta dalle Sezioni unite penali, con sentenza del 26 febbraio 2003, n. 25079, e ribadita da ultimo nell'ordinanza n. 266/2009 del Giudice delle leggi. Sicché ci si è mossi in un quadro di disposizioni previste dal legislatore.

2.3.2. Quanto alla seconda condizione (tutela del contraddittorio tra le parti in posizioni di parità), siamo dinanzi ad un punto particolarmente delicato giacché l'esame degli articoli sopra citati della l. 354/1975, induce la giurisprudenza in modo conforme a ritenere che l'amministrazione non possa intervenire tramite un suo rappresentante personalmente in udienza, ma abbia solo facoltà di presentare memorie. Prima di constatare in concreto la presenza di un profilo di insostenibile distanza tra il precetto costituzionale e la disciplina del rito seguito, va però precisato che la stessa Corte costituzionale (9 aprile 2009, n. 108) ha affermato che: *“il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali: «stanti le differenze fisiologiche fra le due parti, dissimmetrie sono, così, ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere*

contenute nei limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni - è stato ribadito - per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008)».

Una asimmetria di tal fatta può essere giustificata dalla differente posizione di supremazia sostanziale assunta dall'amministrazione penitenziaria nei confronti del detenuto, che si riequilibra in sede processuale. Senza dire che il Magistrato in sede istruttoria ben avrà la possibilità di ascoltare membri dell'amministrazione penitenziaria assumendone a verbale le dichiarazioni. Un'ulteriore ragione di tensione tra le regole seguite ed il principio di effettività del contraddittorio è rappresentata dall'esegesi secondo la quale l'amministrazione non solo non potrebbe intervenire in udienza, ma sarebbe sprovvista durante il processo anche di difesa tecnica. Dinanzi a questa interpretazione che rischia di porre il procedimento giurisdizionale in chiaro contrasto con l'art. 111 cost., la Consulta (ord. 266/2009) ha offerto un prezioso suggerimento, sebbene con modalità dubitative: "...è rimasta non esplorata la possibilità che le posizioni di detta amministrazione siano rappresentate per l'appunto dal pubblico ministero nel contraddittorio col difensore del reclamante".

La possibilità che il pubblico ministero svolga il ruolo di difensore delle ragioni dell'amministrazione non appare, però, realmente praticabile in ragione del ruolo che l'ordinamento gli riconosce. Infatti, benché il pubblico ministero sia in alcune ipotesi deputato ad adottare atti aventi natura amministrativa sia pure in limine rispetto all'attività giurisdizionale: è il caso ad esempio dell'ordine di esecuzione, si tratta sempre di un'attività priva di discrezionalità, che viene eseguita quale diretta attuazione del precetto legislativo ed in altri ricopre ruoli di impulso o di contraddittorio a tutela di interessi pubblici (si pensi al ruolo del pubblico ministero nei procedimenti sulla capacità delle persone fisiche), siamo sempre in presenza di ipotesi nelle quali non risulta portatore di interessi di parte, ma piuttosto svolge il ruolo di osservatore del rispetto delle norme di legge attraverso l'esercizio di un potere neutrale. Pertanto, la natura del ruolo da assegnargli in questa sede appare più simile a quello di tutore della corretta esecuzione della pena detentiva nel rispetto dei diritti del detenuto, quasi in veste di *amicus curiae*, piuttosto che di difensore delle ragioni dell'amministrazione penitenziaria. Persuasi da quest'impostazione viene fortemente in rilievo la possibilità che il presente giudizio offra il fianco ad una censura di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 111 cost. Sennonché una simile eventualità può essere superata attraverso una lettura costituzionalmente orientata proprio dell'art. 14-ter, l. 354/1975, laddove dispone al comma 3, che: "*Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore...*" La lettera della norma, infatti, non precisa che la locuzione utilizzata faccia riferimento in via esclusiva al difensore del detenuto, riferendosi in modo generico al "difensore". Deve, pertanto, ritenersi che per "difensore" debba intendersi il difensore delle parti, ivi inclusa

l'amministrazione penitenziaria, rappresentata nella fattispecie dal Ministro della Giustizia, che ai sensi degli artt. 1 e 11, comma 2, r.d. n. 1611/1933, è difeso dall'Avvocatura distrettuale di Lecce, che nel presente giudizio si è, infatti, costituita, accettando il contraddittorio e difendendo le ragioni dell'amministrazione. È appena il caso di rammentare che l'art. 1, r.d. n. 1611/1933, prevede che: *“1. La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato.*

2. Gli avvocati dello Stato, esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità”. Mentre l'art. 11, comma 2, stabilisce che: *“Ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificati presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza”.* In questo modo viene pienamente garantito il diritto al contraddittorio dell'amministrazione penitenziaria.

2.3.3. In merito alla terza condizione (garanzia di un giudice terzo ed imparziale) si tratta di una questione che non può essere valutata in astratto, ma solo in concreto. Il nostro ordinamento conosce e disciplina anche a livello costituzionale organi giurisdizionali quali il Consiglio di Stato (art. 100, comma 1, cost.), che hanno veste amministrativa e giurisdizionale. Si tratta di un'eventualità legata alla trasformazione del principio di rigida separazione dei poteri, che porta a rinvenire in alcuni organi funzioni proprie vuoi dell'amministrazione vuoi della giurisdizione, senza che ciò evidenzii profili di incostituzionalità. Ciò non toglie che laddove l'esercizio preventivo di una funzione amministrativa possa evidenziare la presenza di un pregiudizio da parte del giudice che potrebbe non apparire come terzo ed imparziale allora scatteranno i rimedi tipizzati dal legislatore dell'astensione e della ricsuzione. Nello stesso senso oltre ad essersi pronunciata l'ordinanza 266/2009 della Corte costituzionale, è anche la posizione della Corte europea, che ha scrutinato la questione in relazione a quella di più frequente verificaione di giudici amministrativi che svolgano anche funzioni di natura amministrativa. La soluzione offerta dai giudici di Strasburgo nelle pronunce *Procola v. Luxemburg* del 28 settembre 1995 e *McGonnell v. United Kingdom* dell'8 febbraio 2000 è nel senso che il rispetto dei precetti della CEDU non passa attraverso l'imposizione allo Stato di una determinata architettura istituzionale che neghi in radice la possibilità di convergenza in capo allo stesso organo di competenze amministrative e giurisdizionali, quanto nell'evitare che il giudice si sia occupato sotto distinte vesti della “medesima questione”. Pertanto, in costanza di funzioni sufficientemente definite in capo al Magistrato di Sorveglianza chiamato ad intervenire sia con atti aventi natura amministrativa e giurisdizionale, il

rispetto del principio di imparzialità passa attraverso la verifica concreta che non si sia occupato della “medesima questione” evenienza che nella fattispecie non ricorre.

2.3.4. Quanto alla quarta condizione (rispetto del principio di ragionevole durata del processo), la configurazione estremamente snella del procedimento dinanzi al Magistrato di Sorveglianza consente la definizione dello stesso in tempi assolutamente ragionevoli (nella fattispecie meno di un anno). La previsione che vuole il decreto di citazione venga notificato alle parti appena 10 dieci giorni liberi prima dell'udienza e che il deposito dell'ordinanza segua nei cinque giorni successivi all'udienza, benché quest'ultimo abbia natura di termine ordinatorio, rappresentano crivelli processuali in grado di garantire la definizione del giudizio in tempo rapidi. Inoltre, l'intero giudizio in termini di velocità di formazione del giudicato fruisce dell'assenza di un grado d'appello di merito atteso che ai sensi dell'art. 71-ter, avverso la presente ordinanza è possibile soltanto interporre ricorso per Cassazione. Eventualità questa che non appare lesiva di precetti costituzionali atteso che nella giurisdizione del g.o. non è costituzionalizzato il doppio grado di giudizio, come dimostrato dalle ipotesi nelle quali la Corte d'appello interviene quale unico giudice di merito, ad esempio in tema di determinazione dell'indennità d'esproprio.

2.3.5. L'ultima condizione: la facoltà dell'interessato di ottenere un'udienza pubblica, sembrerebbe non rispettata tanto da poter porre a rischio la compatibilità costituzionale del presente giudizio in via indiretta in ragione della mancata osservanza del diritto ad una pubblica udienza contenuto nell'art. 6 CEDU. È pacifica, infatti, la natura camerale del rito utilizzato. Una riflessione al riguardo deve necessariamente partire dagli approdi di Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 117, comma 1, cost. in relazione all'art. 6, § 1, Cedu, l'art. 4 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e l'art. 2 ter della l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. La Consulta, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Bocellari e Rizza c/Italia 2007; Perre c/Italia 2008), ha precisato che resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 c.p.p., è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse. Rinviando più avanti per gli approfondimenti inerenti i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento appare opportuno rammentare come la questione in passato sia stata affrontata dal giudice di legittimità (Cass. pen., sez. I, 26 febbraio 2008, n. 14010), che aveva escluso l'estensione della giurisprudenza di Strasburgo al procedimento ex art. 41-bis, ritenendo necessario passare attraverso la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 cost. in

omaggio alle indicazioni offerte da Corte cost. 348 e 349/2007. Secondo il ragionamento offerto dalla Consulta e ripreso dalla Cassazione, la CEDU è norma interposta, sicché in caso di contrasto tra norma interna e CEDU opera un controllo centralizzato della Consulta per violazione dell'art. 117 cost. anche in applicazione della teoria dei controlimiti. Prima di sollevare la questione il giudice a quo deve, però, tentare un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale in ragione di una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU in ordine all'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo non solo per il legislatore nazionale ma anche per la giurisdizione nazionale. Come appare evidente la soluzione in merito alla presenza di un diritto del condannato di ottenere un'udienza pubblica passa attraverso i rapporti tra ordinamento interno e CEDU. Pertanto, è bene riprendere le soluzioni alternative a quella offerta dal giudice delle leggi attraverso le quali sono stati declinati i rapporti tra l'ordinamento nazionale e la Convenzione europea. Secondo una prima tesi la CEDU è stata comunitarizzata ai sensi dell'art. 6 Trattato sull'Unione europea nella versione consolidata all'indomani del Trattato di Lisbona del 2007 par. 2 e 3: *"2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"*. Da ciò deriva che la norma nazionale può essere disapplicata ex art. 11 cost. salvo il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Questa è la tesi sposata in giurisprudenza, da ultimo, da TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 18/05/2010, n. 11984; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220. Per una seconda tesi di derivazione dottrinale le norme CEDU spiegano efficacia diretta nell'ordinamento nazionale se corrispondono alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 di Nizza e se si versa in una materia di competenza dell'Unione. Nel caso, invece, in cui non si versa in una materia di competenza dell'Unione occorrerà seguire la via della remissione alla Consulta. Adottando questa soluzione che pare quella preferibile nel nostro caso sembra necessario giungere ad una soluzione positiva atteso che l'art. 47 della Carta di Nizza prevede espressamente il diritto ad un processo pubblico. Pertanto, il precetto in questione ha diretta efficacia nell'ordinamento nazionale. Sicché anche sotto questo profilo il rito seguito appare pienamente compatibile con le direttrici fondamentali nazionali e sovranazionali, grazie alla possibilità di indicare nel decreto di citazione il diritto del detenuto ad ottenere un'udienza pubblica.

3. Prima di affrontare il merito della vicenda è necessario chiarire quale sia l'influenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno alla luce del dettato dell'art. 46 CEDU, che in una lettura evolutiva sembra far assumere portata vincolante alle

pronunce della Corte europea non solo per gli Stati ma anche per le giurisdizioni nazionali. Il reclamante, infatti, nell'articolare le sue ragioni invoca esplicitamente la già richiamata sentenza Sulejmanovic ed afferma l'avvenuta lesione dei diritti scolpiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che secondo i giudici di Strasburgo rappresentano: "*constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings*" (Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 dicembre 2001, *Bankovi c'*, ric. n. 52207/99). La delicatezza del tema discende dalla parziale sovrapposizione dei diritti fondamentali protetti dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha come effetto quello di ottenere pronunce sullo stesso tema da parte di organi giurisdizionali differenti, con l'ovvia difficoltà di individuare in caso di divergenti interpretazioni quella vincolante per il giudice nazionale. Il contrasto può raggiungere vette estreme come testimoniato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. II) sui ricorsi Agrati e altri c. Italia (n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09) che confligge apertamente con il *dictum* di Corte cost. n. 311/2009. Attualmente il punto di equilibrio raggiunto nel dialogo tra le Corti ruota attorno al ruolo riconosciuto dalla Corte di Strasburgo agli organi giurisdizionali nazionali. A quest'ultimi la Corte assegna il compito nel verificare la lesione dei diritti della Convenzione secondo il diritto vivente creato dalla stessa Corte di Strasburgo di utilizzare un "margine di apprezzamento" nell'applicare il diritto del singolo tenendo conto dell'interesse della collettività. Mentre la Corte costituzionale italiana ritiene che il primato degli obblighi internazionali nel sistema interno non sia assoluto ma incontri comunque l'esigenza del rispetto del sistema di valori interni, tanto che la Consulta si riserva il potere di verificare se le norme CEDU risultano conformi alle garanzie costituzionali. Solo qualora superi tale controllo, la norma internazionale può integrare il parametro di legittimità costituzionale (Corte cost. 348/2007). Nella fattispecie, però, la presenza di un divieto analogo contenuto nell'art. 3 CEDU e nell'art. 27 comma 3 cost. quanto ai trattamenti inumani ed il divieto di tortura, che si impone come vedremo *infra* anche alla luce dello *jus cogens* su di un terreno giuridico superiore persino alla nostra Carta fondamentale, non comporta alcun rischio di contrasti, tanto che le pronunce della CEDU come quelle della Consulta debbono essere utilizzate dal giudizio nazionale al fine di ispirare la propria decisione. Sotto questo profilo appare, pertanto, necessario analizzare la giurisprudenza della Corte europea sulla violazione dell'art. 3 CEDU, secondo il quale: "*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*".

3.1. Il reclamante si duole in generale della lesione della dignità dell'uomo tutelata dalla nostra Carta costituzionale e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ed in particolare di un'aggressione talmente intensa a quest'ultima tale da manifestarsi sotto forma della violazione del divieto di tortura o di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti già vietata dall'art. 3

CEDU, ma anche dall'art. 27, comma 3, cost.. Il richiamo a posizioni giuridiche di derivazione nazionale e sovranazionale impone una chiarificazione in merito al diverso peso assunto dalle stesse nel presente giudizio ed all'apprezzamento che delle stesse è stato fatto nell'ambito delle rispettive giurisdizioni. In termini generali possiamo dire che nel confronto tra le posizioni giuridiche individuate dalla CEDU e quella tutelate dalla Costituzione italiana, la dignità umana assume almeno *prima facie* un ruolo diverso. Infatti, mentre nella Convenzione europea manca un richiamo esplicito alla dignità dell'uomo, la nostra *Grundnorm* la innalza all'art. 2, quale elemento fondamentale dell'intero ordinamento giuridico. Questa distanza che potrebbe apparire come realmente significativa viene però a ridursi già sul piano dei richiami formali se si pone mente al richiamo contenuto nel preambolo della CEDU alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che pone la dignità umana al centro del sistema ed alla formula utilizzata nel preambolo del protocollo 13 della CEDU laddove gli Stati contraenti affermano che: "*everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings*". Accanto a questi richiami di tipo formale alla nozione di dignità umana si può rilevare dall'esame della giurisprudenza della Corte europea ed in particolare dalla prospettazione di violazioni agli artt. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 14 della CEDU, come la Corte di Strasburgo nella soluzione dei casi concreti operi abituali rinvii alla nozione di dignità umana. In questa sede un'attenzione particolare verrà posta alla disamina di quelle pronunce che si incentrano sulla violazione dell'art. 3 CEDU e quindi sulla lesione della dignità del detenuto. La dignità umana viene utilizzata quale parametro per verificare la presenza di un trattamento inumano o degradante a partire dalla seconda metà degli anni '70. Nella sentenza del 25 aprile 1978 *Tyrrer/United Kingdom*, la Corte europea chiarisce quando una pena assume le fattezze della tortura e del trattamento inumano e degradante precisando che: "*...the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 (art. 3) to protect, namely a person's dignity and physical integrity*". In questa prima pronuncia si individua chiaramente uno dei presupposti per ritenere integrata una lesione alla dignità dell'uomo nell'essere considerato: "*an object in the power of the authorities*". In pronunce successive (11 marzo 2004, *Yankov/Bulgaria*) si equipara la lesione della dignità umana alla presenza di comportamenti tesi a far sorgere nell'interessato sentimenti di paura, angoscia, inferiorità in grado di umiliarlo. La presenza di un trattamento degradante (*ill-treatment*) implica sempre la presenza di una lesione della dignità umana. Una simile eventualità può essere generata anche dal sovraffollamento (*overcrowding*), problema comune a molti Stati occidentali non europei dinanzi al quale i Governi non sempre si

sono mostrati in grado di trovare soluzioni in grado di governare il problema: emblematica è stata la risposta giudiziaria data l'8 aprile 2009 da una Corte federale degli Stati Uniti, che sollecitata a tanto da una *class action* ha ordinato al governatore della California, di ridurre di 40.000 unità entro due anni la popolazione carceraria dello Stato, portando il sistema penitenziario al 137,5% della sua capacità di progetto. Esistono numerose pronunce della Corte di Strasburgo nelle quali il rispetto della dignità umana del detenuto viene indicato quale elemento che deve essere rispettato per la positiva valutazione della gestione amministrative degli istituti di reclusione. Nella recente sentenza del 27 marzo 2008 (*Sukhovoy/Russia*) la Corte europea "...reiterates that irrespective of the reasons for the overcrowding, it is incumbent on the respondent Government to organise its penitentiary system in such a way as to ensure respect for the dignity of detainees, regardless of financial or logistical difficulties". In definitiva gli Stati aderenti alla Convenzione devono assicurare condizioni di detenzione che assicurino il rispetto della dignità umana: "*the manner and the method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured*" (11 marzo 2004, *Yankov/Bulgaria*). In definitiva attraverso l'indagine sulla presenza di quei dati oggettivi attraverso i quali è possibile definire le nozioni di tortura o trattamenti inumani o degradanti la Corte accerta la presenza di una lesione della dignità umana per operare una lettura estensiva del campo di applicazione del citato art. 3, che non si limita agli atti di tortura, o alle pene ma anche ai trattamenti sanitari e di polizia che incidono sulla libertà degli individui e che producono non solo sofferenze fisiche ma anche psichiche e morali. La lesione della dignità umana rappresenta l'esito certo della presenza di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti. È evidente quindi che l'invocata lesione della dignità umana e dell'art. 3 CEDU appare strettamente connessa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, occorre pertanto verificare quali sono le condizioni che determinano a giudizio della Corte europea una simile eventualità.

3.2. E' bene premettere che i giudici di Strasburgo operano un vaglio delle sole condizioni oggettive, ossia si limitano a verificare la mera presenza di tortura o trattamenti degradanti o inumani, senza che a tal fine rilevi un atteggiamento volontario del singolo Stato: "*Premesso che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo obbliga gli Stati a garantire ai detenuti condizioni compatibili con il rispetto per la dignità umana e che le misure di reclusione applicate non debbano determinare sofferenze di intensità superiore al livello comunque inerente alla detenzione, la Corte rileva che nel caso di specie si sono determinate, a causa del sovraffollamento, delle sconcertanti condizioni materiali di detenzione non compatibili con un sufficiente spazio personale. Tali condizioni, seppure non determinate dall'intenzione di porre in essere comportamenti*

degradanti o umilianti, devono considerarsi, in associazione alla durata per la quale si sono protratte (quindi mesi), in contrasto con l'art. 3 Convenzione Cedu in quanto equiparabili a trattamenti degradanti" (Corte europea dir. uomo, sez. III, 15/06/2010, n. 35555, Ciupercescu/Romania). In altra pronuncia resa contro lo Stato italiano, « *l'absence, dans le chef des autorités nationales, d'une volonté d'humilier ou de rabaisser l'intéressé n'exclut pas définitivement un constat de violation de l'article 3; cette disposition peut aussi bien être enfreinte par une inaction ou un manque de diligence de la part des autorités publiques* » (17 settembre 2009, Scoppola/Italia). Si tratta di un approccio casistico nel quale l'indagine dei giudici di Strasburgo si serve però della verifica di una pluralità di elementi, che non si identifica unicamente con il sovraffollamento, la citata sentenza indica plasticamente queste condizioni: “*101. La Cour réaffirme d'emblée que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances et les agissements de la victime (Labita c. Italie [GC] no 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV), même dans les circonstances les plus difficiles, tels la lutte contre le terrorisme et le crime organisé (Ramirez Sanchez c. France [GC], no 59450/00, § 115, CEDH 2006 IX).*

102. La Cour rappelle par ailleurs sa jurisprudence selon laquelle, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. (voir, parmi d'autres, Enea précité, § 55).” L'insieme di condizioni che rende il trattamento inumano e degradante è rappresentato dalla durata del trattamento, dai suoi effetti fisici e psichici in relazione al sesso, l'età, le condizioni di salute dell'interessato. Nelle stesse motivazioni della Corte si afferma che « *les mesures privatives de liberté impliquent souvent un élément de souffrance ou d'humiliation* », che non risulta di per se in grado di determinare una violazione dell'art. 3 CEDU. Pertanto, nella fattispecie la Corte individua una violazione dell'art. 3: “*129. La Cour relève qu'à la prison de Bucarest-Jilava, le requérant a partagé avec dix-neuf autres détenus une cellule de neuf lits (paragraphe 38 ci-dessus). Ce fait n'a pas été contredit par le Gouvernement. Bien que la période pendant laquelle il est resté dans cette cellule ne soit pas précisée par les parties, la Cour déduit de ces données qu'au moins pendant un certain temps, le requérant a été confronté à une surpopulation carcérale grave. En effet, chacune des personnes détenues dans la cellule du requérant disposait d'un espace vital d'environ 0,75 m². La Cour note en outre que, même si le requérant n'était pas amené à partager son lit, l'espace prévu pour un détenu variait entre 1,50 et 1,57 m², ce qui est bien en dessous de la norme*

recommandée dans le rapport du CPT (4 m²) dressé à l'issue de sa dernière visite dans les établissements pénitentiaires roumains, dont celui de Jilava. Par ailleurs, elle estime qu'il convient de prendre en compte le fait que cet espace était en réalité encore réduit du fait de la présence du mobilier qui rétrécissait les cellules (*Viorel Burzo c. Roumanie*, nos 75109/01 et 12639/02, § 98, 30 juin 2009 et *Branduse c. Roumanie*, no 6586/03, § 49, 7 avril 2009). L'intéressé était lui aussi confiné la majeure partie de la journée, ne bénéficiant d'une promenade dans la cour de la prison que pendant un temps très réduit chaque jour.

130. La Cour prend note également de ce qu'en raison du surpeuplement carcéral, le requérant, en détention provisoire, a été obligé de partager sa cellule avec des condamnés, ses conditions de détention contrevenant ainsi à la loi interne (paragraphes 20 et 22 ci-dessus). Or, comme l'a Cour l'a déjà fait remarquer, l'effet cumulatif du surpeuplement et du placement intentionnel d'une personne dans une cellule avec des détenus qui pourraient présenter un danger pour lui pourrait soulever un problème sous l'angle de l'article 3 de la Convention (*Gorea c. Moldova*, no 21984/05, § 47, 17 juillet 2007). Certes, en l'espèce, le requérant ne s'est pas plaint devant les juridictions nationales d'un comportement dangereux concret de la part des codétenus condamnés. Il n'en reste pas moins que, dans le contexte de l'affaire et surtout au vu du constat des juridictions nationales (a contrario *Gorea précité*, § 47 in fine), le fait d'être détenu avec des condamnés peut constituer une circonstance aggravante." Appare chiaro, quindi, come non vi sia un'equivalenza tra sovraffollamento, ossia spazio minimo vitale a disposizione del detenuto e violazione dell'art. 3, ma che la stessa, pur emendata da qualsivoglia indagine su un atteggiamento doloso o colposo del singolo Stato, involge la valutazione di una pluralità di elementi. Una conferma di queste esegesi si apprezza nella recente sentenza della Grande Camera del 21 febbraio 2011, sulle condizioni di detenzione e di esistenza di un richiedente asilo espulso, che conclude per l'esistenza di una violazione dell'art. 3, in quanto "Il ricorrente è stato detenuto in condizioni deplorabili, ha subito maltrattamenti e insulti da parte dei poliziotti nel centro di detenzione, e ciò nonostante che tali condizioni siano già state considerate alla stregua di un trattamento degradante nei casi in cui vi sono sottoposti i richiedenti asilo. La detenzione, pur breve, non può essere considerata di durata irrilevante. La sensazione di aver subito un arbitrio, il sentimento d'inferiorità e di angoscia che vi sono spesso associati, la consapevolezza di essere violati nella propria dignità, sentimenti provocati da queste condizioni di detenzione, costituiscono un trattamento degradante. Inoltre, il danno subito dal ricorrente è stato accentuato dalla vulnerabilità inerente la sua qualità di richiedente asilo". Ciò nonostante la presenza di uno spazio minimo vitale appare un dato di immediata rilevazione e può divenire elemento da solo sufficiente da far pervenire all'accertamento del mancato rispetto dell'art. 3, quando sia inferiore o uguale a 3 mq (*Aleksandr Makarov c/Russia*,

n. 15217/07, § 93, 12 marzo 2009; si vedano anche Lind c/Russia, n. 25664/05, § 59, 6 dicembre 2007; Kantyrev c/Russia, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno 2007; Andreï Frolov c/Russia, n. 205/02, §§ 47-49, 29 marzo 2007; Labzov c/Russia, n. 62208/00, § 44, 16 giugno 2005, e Mayzit c/Russia, n. 63378/00, § 40, 20 gennaio 2005). Ma la stessa Corte accompagna sempre una simile indicazione ad altri fattori di contorno che determinano una violazione dell'art. 3. Così la sentenza del 15 giugno 2010, n. 34334, ha indicato come: *“L’aver tenuto un detenuto in una gabbia di ferro di 3 mq. per tutta la durata del processo di appello senza che siano state fornite concrete ragioni di sicurezza e senza che niente nel comportamento o nella personalità dell’imputato giustificasse tale misura; l’essersi protratto tale processo di appello per tre mesi, con venti udienze della durata media di quattro ore, può avere indotto nell’imputato un senso di umiliazione e di inferiorità che ben può configurare un trattamento degradante in contrasto con l’art. 3 della convenzione Cedu”*.

3.2.1. Acquisito, quindi, che la mancanza di uno spazio minimo vitale rappresenta con i limiti sopra indicati, uno, ma non l’unico, dei più importanti dati dai quali desumere la violazione dell’art. 3, che si traduce comunque in un vulnus della dignità umana, è necessario confrontarsi con le motivazioni della sentenza del 16 luglio 2009, n. 22635 (Sulejmanovic/Italia), che ha condannato l’Italia per violazione di detto articolo, ritenendo che, per il detenuto, avere a disposizione solo 2,70 metri quadrati ha inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani, costringendolo a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti). La flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, quindi, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante. La pronuncia, che ha visto la presenza di alcune condivisibili opinioni dissenzienti del giudice Zagrebelsky, alla quale aderisce la giudice Jočienė, opera importanti affermazioni di principio che nella giurisprudenza successiva, come già anticipato, sembrano però trovare un’opportuna correzione. La circostanza che la sentenza giunga ad una condanna dello Stato italiano impone però dare il giusto rilievo alle motivazioni addotte anche al fine di verificare la presenza di una situazione analoga a quella scrutinata nel caso deciso dai giudici di Strasburgo. Secondo la ricostruzione fattuale in quella fattispecie il reclamante per un periodo di oltre due mesi e mezzo, ha avuto a disposizione in media un spazio in cella di solo 2,70 mq. Una tale situazione, a giudizio della Corte europea, ha inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente, costretto a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT (Comitato per la Prevenzione della Tortura). Pertanto, la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante. Una simile situazione non si è più verificata quando il detenuto ha disposto ora di 3,24 mq, ora di 4,05 mq, ora di 5,40 mq. Né durante il periodo

di detenzione la Corte ha rilevato la presenza di un problema di sovraffollamento tale da incidere significativamente tanto che lo stesso si è presentato in percentuali variabili tra il 14,50% e il 30%. Inoltre, la Corte apprezza che il tempo che il detenuto poteva trascorrere fuori della cella era di otto ore e cinquanta minuti. Sin qui la presa di posizione della Corte, dalla quale si discosta condivisibilmente l'opinione del giudice Zagrebelsky, alla quale aderisce la giudice Jočienė, sulla scorta della nozione di “*minimo di gravità*” nell'applicazione dell'articolo 3, ossia dell'impossibilità di porre a fondamento della violazione dell'art. 3, in modo automatico la disponibilità da parte del detenuto di uno spazio minimo vitale inferiore a 3 mq. Nella citata opinione dissenziente si pone, pertanto, l'accento sulla pluralità di indicatori utilizzati dalla giurisprudenza della Corte europea per ritenere integrati le condizioni di tortura o di trattamento inumano o degradante, ed in concreto si sottolinea come, nonostante la disponibilità di uno spazio minimo vitale di 2,70 mq, il detenuto durante la giornata, aveva accesso alla passeggiata dalle ore 8.30 alle ore 11 e dalle ore 13 alle ore 15. Dalle ore 16 alle ore 18.50, egli aveva accesso alle docce e alla sala da tennis tavolo e poteva dedicarsi alla preparazione della cena. Inoltre, dalle ore 18.50 alle ore 20.20, a quanto pare egli poteva trattenersi in celle diverse dalla sua per momenti di convivialità. Un simile approccio sterilizza il rischio di una “*una pericolosa deriva verso la relativizzazione del divieto, dato che, quanto più si abbassa la soglia « minima di gravità », tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze (oppure ad annullare l'equa soddisfazione)*”.

All'indomani della sentenza Sulejmanovic, la Corte di Strasburgo sembra aver nuovamente messo al centro della valutazione in merito alla violazione dell'art. 3, un approccio multifattoriale: “54. *Pour établir une violation de l'article 3, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », qui peut cependant résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (Ramirez Sanchez, précité, § 117).*

55. *Les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation. S'il s'agit là d'un état de fait inéluctable qui, en tant que tel et à lui seul n'emporte pas violation de l'article 3, cette disposition impose néanmoins à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités de sa détention ne le soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate ; en outre, les mesures prises dans le cadre de la détention doivent être nécessaires pour parvenir au but légitime poursuivi (Frérot c. France, no 70204/01, 12 juin 2007, § 37, et Renolde c. France, no 5608/05, §§ 119-120, 16 octobre 2008)*” (20 aprile 2011, Payet/Francia). Tanto che in quest'ultima fattispecie la Corte europea rileva una violazione dell'art. 3, anche se il detenuto poteva fruire di

uno spazio minimo vitale di 4,15 mq, considerando che “...*le sentiment d'oppression était accentué par l'absence d'ouverture extérieure donnant à l'air libre et que l'éclairage électrique insuffisant ne permettait pas de compenser le manque de lumière naturelle pour lire ou écrire. Par ailleurs, le détenu ne pouvait sortir de sa cellule qu'une heure par jour pour une promenade qui, compte tenu de la configuration des lieux, ne lui permettait pas de faire de l'exercice physique*”. Nello stesso senso può essere letta la pronuncia del 18 marzo 2010, *Kouzmin/Russia*, che rinviene una violazione dell'art. 3, per il periodo trascorso da un detenuto in una cella che pur disponendo di uno spazio minimo vitale superiore a 3mq, si caratterizzava per l'assenza di luce naturale e di un sistema igienico che offrisse al detenuto la possibilità di soddisfare i suoi bisogni naturali in delle condizioni di decenza.

3.3. L'analisi svolta della giurisprudenza della Corte europea non può dirsi conclusa senza un'ultima precisazione: la presenza di un patrimonio giuridico essenziale in capo all'essere umano ha portato le Corti competenti in materia di diritti dell'uomo a ritenere che la violazione del divieto imperativo di tortura faccia parte del cd. *jus cogens*. In questo senso, la sentenza della Corte europea nel caso *Al-Adsani/Regno Unito, 2001*, in senso ancora più ampio ha concluso la Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso *Caesar/Trinidad e Tobago, 2005*, che ha incluso nella nozione di *jus cogens* anche l'insieme dei trattamenti degradanti ed inumani, ed ancora la sentenza del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia (sentenza *Furundžija*). Lo *jus cogens* tutela valori materialmente superiori dell'ordinamento internazionale, nel senso di limitare non solo la capacità degli Stati di porre in essere accordi che si pongano in violazione dello *jus cogens* (in questo senso la Convenzione di Vienna del 1969, che però non perimetra lo *jus cogens*), ma di esporre gli Stati stessi a forme di responsabilità internazionali e nazionali come indicato da Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5044: “*Le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali, e che configurano come crimini internazionali i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono parte integrante dell'ordinamento italiano e costituiscono parametro dell'ingiustizia del danno causato da un fatto doloso o colposo altrui. In particolare, la deportazione della popolazione civile, nel corso di un conflitto armato - consumatosi, nel caso di specie, in territorio italiano - e l'assoggettamento dei deportati ai lavori forzati devono essere qualificati come crimini internazionali. La commissione di tali crimini comporta la possibilità di esercitare la giurisdizione civile nei confronti dello Stato cui essi risultino attribuibili, in applicazione del principio della giurisdizione universale ed in stretta analogia con la disciplina prevista per l'immunità funzionale degli organi statali nelle medesime ipotesi. I crimini suddetti si traducono inoltre in violazione di norme inderogabili poste a protezione dei diritti fondamentali della persona umana, che si*

collocano al vertice dell'ordinamento internazionale e tendono quindi a prevalere su ogni altra norma, di carattere convenzionale o consuetudinario. Tali norme precludono allo Stato straniero, convenuto per il risarcimento dei danni derivanti dalla loro violazione, di giovare dell'immunità della giurisdizione, in ragione del carattere essenziale che i valori da esse tutelati rivestono per l'intera comunità internazionale".

4. E' necessario a questo punto verificare se anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea le condizioni detentive dello Slimani siano state tali da integrare una violazione dall'art. 3 CEDU. Il periodo monitorato attraverso l'istruttoria disposta va dal 25 luglio 2009 al 31 gennaio 2011, durante il quale il reclamante è stato ristretto presso la Casa circondariale di Lecce. La suddetta struttura ha una capienza di 660 posti ed una capienza tollerabile secondo le indicazioni offerte dalla stessa amministrazione penitenziaria pari a 1.100 detenuti. A fronte di questi dati, la Direzione della Casa circondariale di Lecce ha comunicato che nel 2009 il suddetto Istituto penitenziario si è caratterizzato per una presenza media giornaliera di 1278 detenuti, che è divenuta di 1377 nel 2010. All'interno della Sezione detentiva dove è stato allocato il reclamante tutte le celle, dotate di impianto di illuminazione e di ampia finestra, misurano 10,17 mq al lordo degli arredi ivi presenti e ad esse è annesso un vano contenente i servizi igienici (lavandino, water e bidet) fruibili in maniera riservata, ma privi di acqua calda. Le celle sono sprovviste di vano docce, ma i detenuti possono fruire di quelli, dotati di acqua calda e collocati in sezione una volta al giorno con esclusione dei giorni festivi. Tutti i detenuti possono, inoltre, trascorrere fuori dalla stanza detentiva dalle ore 8,30 alle ore 11,00 e dalle ore 15,00 alle ore 17,00. In particolare, il reclamante ha frequentato il corso di scuola elementare che si svolge dal lunedì al sabato dalle ore 8,30 alle ore 12,30. Quanto al fattore: spazio minimo vitale lo Slimani è stato ristretto per lo più in una cella con altro detenuto, potendo quindi fruire di 5,08mq e solo in alcuni periodi di 3,39mq, quando è stato ristretto con altri due detenuti, i periodi più significativi al di sopra delle due settimane sono stati dal 3 settembre 2009 all'1 novembre 2009, dal 19 dicembre 2009 all'8 gennaio 2010, dal 3 febbraio 2010 al 7 marzo 2010; dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010. In questi periodi, il reclamante si duole di aver occupato il più alto letto a castello della cella posto ad appena 50 cm. dal soffitto, affermazione quest'ultima non smentita dall'amministrazione penitenziaria. La stessa amministrazione affermava che tali locali vengono riscaldati d'inverno mediamente tra le 4 e le 5 ore al giorno e che i detenuti possono esercitare il proprio credo religioso secondo le disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario ed è assicurata il rispetto delle pratiche religiose che comportano variazioni alimentari quali ad esempio il Ramadan. Infine, nessuna risultanza in merito ad atti di autolesionismo si evinceva dagli atti a disposizione dell'amministrazione penitenziaria a carico del detenuto eccezion fatta per un breve periodo dal 20 maggio 2010 al 25 maggio 2010 nel

quale aveva intrapreso lo sciopero della fame. Né il reclamante a tal fine indicava ulteriori elementi fattuali, tali da circostanziare l'episodio in questione e consentire l'espletamento di un approfondimento istruttorio ulteriore. Facendo applicazione delle coordinate offerte dalla Corte europea, non può ritenersi integrato quel "minimo di gravità" necessario per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU e ritenere che vi sia stata a danno del reclamante tortura o un trattamento inumano o degradante. Infatti, lo spazio minimo vitale anche nei periodi nei quali il detenuto è stato ristretto con altre due persone è superiore ai 3mq, le celle detentive sono dotate di adeguati servizi igienici e sono adeguatamente areate, riscaldate ed illuminate. Inoltre, l'interessato nel corso del giorno ha potuto fruire di spazi all'aperto, ha potuto fare la doccia al di fuori della propria cella ed ha potuto frequentare il corso di scuola elementare. Pertanto, l'unico periodo nel quale si è andati vicini ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, è stato dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, periodo nel quale la chiusura del corso scolastico e la limitazione delle ore fruibili all'esterno della cella detentiva condivisa con altri due detenuti se ulteriormente protratto nel tempo avrebbe potuto comportare una violazione del precetto contenuto nel citato art. 3. Pertanto, questo giudicante ritiene che non vi sia stata nei confronti del detenuto tortura o trattamento inumano o degradante. Questa conclusione non porta, però, al rigetto tout court del reclamo essendo necessario verificare se la dignità del detenuto sia stata lesa sotto altro profilo. È evidente, infatti, che mentre la CEDU salvaguarda la dignità del detenuto dal punto di vista meramente conservativo, la Costituzione italiana anche nella lettura correttamente operata dal legislatore ordinario si spinge oltre ed in un'ottica positiva, orienta la pena verso una finalità rieducativa, che deve concretamente apprezzarsi nel corso della detenzione alla quale è sottoposto ogni detenuto.

4.1. Il combinato disposto degli artt. 2 e 3 cost. impone, infatti, allo Stato italiano di attivarsi anche in fase propulsiva e non meramente conservativa rispetto al patrimonio giuridico anche dei detenuti, che devono avere la possibilità durante il periodo di detenzione di vedere rimossi quegli ostacoli all'apprezzamento dei valori costituzionali il cui travisamento ha comportato da parte loro la commissione di illeciti penali. Quest'affermazione merita di essere giustificata attraverso una brevissima, e per evidenti esigenze di economia, sintetica disamina della nozione di dignità dell'uomo all'interno del nostro ordinamento nazionale. Lo Stato costituzionale, anche nella dimensione italiana, nato nello scorso secolo all'indomani della seconda guerra mondiale, frutto dell'incontro della tradizione liberale con quella democratica e socialista pone in modo chiaro al centro del sistema l'individuo (l'unico precedente significativo è l'esperienza della Repubblica di Weimar), innanzitutto attraverso la sua protezione dalle aggressioni della maggioranza. Autorevole dottrina con immagine fulminante ha suggerito che le norme costituzionali del dopo guerra abbiano trovato nei campi di concentramento il loro laboratorio più triste e al contempo più fecondo. Non a

caso i diritti fondamentali vengono riconosciuti come preesistenti a guisa che lo Stato diviene servente rispetto alla loro realizzazione. L'individuo quale soggetto di diritto vive nelle carte costituzionali non solo attraverso l'intangibilità di alcune delle sue posizioni giuridiche definite fondamentali, ma per il tramite delle relazioni sociali attraverso le quali proietta la sua individualità che deve essere tutelata anche in quelle dinamiche. Di questa doppia valenza che assume il patrimonio giuridico dell'individuo una sintesi eccellente è rappresentata dalla dignità umana. La fortuna di questa nozione è tale da valicare i confini meramente nazionali, come rammentato *supra* e da ritagliare una dimensione giuridica autonoma al singolo individuo indipendentemente dal suo far parte di una collettività, tanto da poterla rivendicare autonomamente grazie al rilievo che assume nelle più importanti convenzioni internazionali, si pensi al Preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945, al Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, al Preambolo del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, al Preambolo della Dichiarazione di Vienna del 1993, anche contro lo Stato. Accanto, però, alla dimensione meramente conservativa che ben soddisfaceva le esigenze dello Stato monoclasse, le nuove carte costituzionali, ivi inclusa quella italiana, sono attente a soddisfare le esigenze del nascente Stato pluriclasse attraverso meccanismi che ruotando attorno al singolo producono l'effetto di comporre e prevenire quella conflittualità che caratterizza ogni società pluralista. Il doppio volto assunto dalla nozione di dignità umana si è cristallizzato all'interno del patrimonio costituzionale europeo come dimostrato ad esempio nell'esperienza costituzionale tedesca oltre che in quella italiana alla quale doverosamente si farà cenno in seguito. Nella prima l'esegesi dell'art. 1 comma 1 del *Grundgesetz* è stata fortemente influenzata dalla nozione di elaborazione dottrinale dell'"*Objektformel*", secondo la quale la dignità umana è lesa tutte le volte in cui l'uomo è ridotto a semplice mezzo. Riflessione quest'ultima che appare particolarmente utile nel segnare la dimensione negativa dei limiti del potere dello Stato che pure nell'applicazione della pena detentiva raggiunge una portata estrema rispetto alla capacità di limitare i diritti fondamentali dell'individuo. Pure quando agisce per applicare la pena il detenuto non può mai assumere una dimensione meramente strumentale, la sua dignità umana sarebbe lesa, se la pena si resolvesse, ad esempio, nel mero controllo dei livelli di criminalità, ossia se l'intervento statale fosse indirizzato a governare la statistica dei reati, risultando il singolo quasi un elemento fungibile all'interno di questo processo. Affianco a questa dimensione meramente negativa si genera un fattore positivo in quanto la dignità umana per essere pienamente tutelata necessita del riconoscimento della stessa da parte collettività, quindi della sua promozione attraverso azioni positive agganciate al binomio dignità – solidarietà. Questa peculiare forza propulsiva assegna alla dignità umana nella sua dimensione sintetica il ruolo di concetto chiave per la tutela costituzionale dei singoli diritti fondamentali.

Il primato della persona umana è evidente anche nella nostra Costituzione che da un lato vieta ogni strumentalizzazione dell'individuo; dall'altro ne propone la promozione in ogni formazione sociale. Sotto il primo profilo merita di essere ricordato il passo motivazionale della celebre sentenza della Corte cost. 364/1988, che quale dimostrazione ultima dell'incostituzionalità dell'art. 5 c.p., si esprime nei seguenti termini: *“Far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati”*.

Pertanto, l'art. 2 cost. stabilisce quale valore base dello Stato la tutela della persona; l'art. 3, comma 1, immette nell'ordinamento la nozione di pari dignità sociale, mentre, l'art. 3, comma 2 cost., impegna lo Stato nello sviluppo dei valori che la Carta costituzionale riconosce ad ogni individuo. Il legame tra la dignità umana ed i singoli valori fondamentali è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale. A titolo esemplificativo basti rammentare quanto affermato da Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366, nel chiarire il rapporto tra dignità umana e la libertà e la segretezza della corrispondenza: *“Sin dalla sentenza n. 34 del 1973, questa Corte ha affermato che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile.*

La stretta attinenza di tale diritto al nucleo essenziale dei valori di personalità - che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana - comporta una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. In base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente. In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva

assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria". Più di recente la stessa Corte (22 luglio 2010, n. 269) segnala il legame esistente tra dignità umana e diritto alla salute: *"Questa Corte ha già più volte affermato che «lo straniero è [...] titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona» (sentenza n. 148 del 2008) ed in particolare, con riferimento al diritto all'assistenza sanitaria, ha precisato che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»*". Lo stretto filo che lega la dignità umana ed i singoli diritti tutelati dalla Costituzione è presente in numerosissime sentenze del Giudice delle leggi che si occupano dell'ordinamento penitenziario. In questo caso il binomio è dignità umana e finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 cost.), quest'ultima specificazione del più ampio dovere gravante in capo allo Stato di rimuovere i limiti che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Anche in queste si coglie un duplice impianto; da un lato, la perentoria affermazione in merito al fatto che la restrizione della libertà personale non azzera i diritti fondamentali della persona umana (Corte cost. 26/1999; 158/2001); dall'altro, la lesione a carico della dignità umana che si genera laddove venga inibito tout court l'accesso ad una pena che sia in grado di raggiungere quella finalità rieducativa scolpita nell'art. 27, comma 3, cost. Così Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, ha affermato che: *"Il legislatore ben può, ovviamente - tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno - diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale. L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa*". La centralità della funzione rieducativa della pena come appare

evidente anche dall'impianto generale dell'ordinamento penitenziario non riguarda com'è ovvio solo gli strumenti alternativi alla detenzione, ma anche la conduzione della detenzione stessa, che non può essere concepita se non in funzione della progressiva rieducazione del detenuto. Intesa quest'ultima come offerta di occasioni trattamentali che devono poter liberamente essere colte dal soggetto condannato. In assenza di quest'ultime la mera detenzione vedrebbe degradare il detenuto a mero oggetto di esecuzione penale. Pertanto, la posizione giuridica che nella fattispecie sembra poter essere aggredita dal comportamento dell'amministrazione penitenziaria non è tanto la dignità umana sub specie di diritto a non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti assunto, quanto la dignità umana del detenuto intesa come diritto a subire una pena che sia costantemente orientata verso un processo rieducativo e non si risolva in mero decorso del tempo in un regime particolarmente aspro nella misura in cui è costretto a trascorrere 19 ore e mezza al giorno nell'estate del 2010 dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, 67 giorni condividendo una cella con altri due detenuti con a disposizione un limitato spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi e dormendo su di un letto posto ad appena 50 cm. dal soffitto, periodo nel quale si raggiungono temperature torride (in assenza pare superfluo rammentarlo di un impianto di condizionamento dell'area come di un frigorifero in cella per la refrigerazione degli alimenti), ed avendo la sola possibilità di trascorrere fuori dalla camera detentiva dalle ore 8,30 alle ore 11,00 e dalle ore 15,00 alle ore 17,00, periodo nel quale l'ora d'aria trascorsa in un cortile di cemento di modeste dimensioni non appare come un'attività "salutare". In questo periodo l'assenza di qualsivoglia offerta trattamentale, in considerazione della chiusura del corso scolastico frequentato dal detenuto, il sovraffollamento della struttura penitenziaria occupata da 1377 a fronte di una capienza di 660 detenuti ed una tollerabilità di 1100, esaltano il disagio rappresentato dalle condizioni detentive particolarmente severe, in modo tale da risultare lesive della dignità del detenuto, che si vede catapultato in un buco nero nel quale l'unico sollievo sembra poter essere rinvenuto nel mero decorso del tempo scandito da un'alba sempre uguale e senza fine. L'accertamento della lesione della dignità del detenuto nei termini sopra indicati non comporta però il suo automatico addebito in capo all'amministrazione penitenziaria, in quanto ciò dipende dal regime giuridico della responsabilità, che si ritenga operante nella fattispecie.

5. La lesione della dignità del detenuto e del diritto a soffrire una pena orientata alla rieducazione genera un danno non patrimoniale nell'accezione affermata all'indomani delle celebri sentenze della III Sezione della Suprema Corte nn. 8827 e 8828/2003 e n. 233/2003, della Corte costituzionale, che hanno ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. la lesione del danno esistenziale, sintagma utilizzato per descrivere il danno cagionato a diritti costituzionali inerenti la persona. Tra questi come sopra specificato rientra quale manifestazione della dignità umana anche il diritto della

persona sottoposta ad esecuzione penale a subire una pena che sia costantemente orientata alla sua rieducazione. Importanti specificazioni sul tema del danno non patrimoniale sono state offerte da Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 (e più di recente da Cass., Sez. Un., 30 giugno 2011, n. 14402), che ha dettato una sorte di decalogo in materia, al quale in questa sede appare opportuno uniformarsi, partendo dal presupposto della necessità che i diritti della persona di rango costituzionale siano assistiti da una forma di tutela risarcitoria qualunque sia la natura contrattuale o aquiliana della responsabilità del danneggiante: *“Nell’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l’obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; se l’inadempimento dell’obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell’azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all’espedito del cumulo di azioni”*. Rinviando al punto successivo la disamina in merito alla natura giuridica della responsabilità dell’amministrazione penitenziaria nelle articolazioni possibili in questa sede della responsabilità extracontrattuale e della responsabilità da contatto sociale qualificato, che richiama la disciplina della responsabilità da inadempimento contrattuale, appare opportuno verificare la presenza di un filtro posto dalla citata sentenza delle Sezioni Unite per evitare che il più ampio ambito di applicazione riconosciuto all’art. 2059 c.c. si risolva nella diffusione del risarcimento di danni bagatellari. Il giudice nomofilattico, infatti, afferma che: *“La gravità dell’offesa costituisce requisito per l’ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili: il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità e il pregiudizio non sia futile”*. Secondo l’insegnamento della Suprema Corte, quindi, la lesione dell’interesse giuridico deve essere tale da superare quella soglia minima di tollerabilità che, come orienta la vita nella società libera, allo stesso modo ispira i rapporti tra detenuti ed amministrazione penitenziaria, all’insegna di un dovere di solidarietà che grava anche in capo ai primi. Ancora il danno non deve essere futile ossia non deve tradursi nell’esercizio del diritto in modo disagiata, ovvero nella pretesa tutela di diritti del tutto immaginari. Sia il requisito della gravità della lesione che della serietà del danno si riscontrano nel periodo di detenzione che va dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010 risulta essere presente. In

considerazione del fatto che in questo lasso temporale le condizioni particolarmente afflittive della detenzione sofferta: la riduzione dello spazio minimo vitale nei termini sopra indicati, l'effetto sovraffollamento, l'assenza di attività da svolgere al di fuori della cella detentiva eccezion fatta per la fruizione del cortile passeggi e della doccia, unitamente all'assenza di attività trattamentale hanno raggiunto un adeguato livello di gravità che si è tradotto in un danno serio consistito nella battuta d'arresto nel percorso rieducativo del condannato, che in ottica esponenziale ha raggiunto il suo livello massimo a ridosso degli ultimi giorni di carcerazione sofferta in simili condizioni, il cui limite temporale non era altrimenti conosciuto dal detenuto. In quei giorni la dignità del detenuto è stata lesa, perché la privazione della sua libertà personale avvenuta in condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, non si è accompagnata ad alcun processo rieducativo.

6. Quanto alla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria le strade percorribili sono tre: quella della responsabilità aquiliana, quella della responsabilità da contatto sociale qualificato e quella della responsabilità, *latu sensu*, contrattuale. Mentre la prima riposa sul precetto generico del *neminem laedere*, la seconda trova fondamento in una lettura a compasso allargato dell'art. 1173 c.c., che valorizza l'atipicità delle fonti delle obbligazioni, che possono trovare sede non solo in sede contrattuale, ma più in generale nell'ordinamento giuridico in forza di un contatto sociale qualificato. Infatti, potrebbe riprendersi il ragionamento sviluppato da Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in tema di responsabilità medica, l'amministrazione penitenziaria ed i suoi operatori non possono essere considerati alla stregua del *quisque de populo* responsabile unicamente del dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica, nello stesso senso le sentenze 8826/2007 sempre della III Sezione, nonché le Sezioni Unite 577/2008. Questa impostazione che riesce a dare spiegazione di quelle situazioni nelle quali si valorizza la presenza di obblighi di protezione in assenza di un obbligo primario di prestazione non si attaglia all'odierna fattispecie nella quale non si discute della responsabilità del singolo appartenente all'amministrazione penitenziaria. L'intero apparato amministrativo della struttura penitenziaria, infatti, con gli apporti degli uffici esterni sovrintende all'esecuzione della pena detentiva ed è gravato da un insieme di obblighi specifici, che preesistono al comportamento dannoso, nei confronti del detenuto, alcuni dei quali rivolti alla tutela di beni costituzionali fondamentali (si pensi al diritto alla salute ed a quello alla riservatezza), altri finalizzati al soddisfacimento di quella che con una formula meramente descrittiva può essere qualificata come un'obbligazione di mezzi, ossia il dovere di offrire occasioni trattamentali al detenuto. Inoltre, sul piano più strettamente teorico appare preferibile aderire all'impostazione espressa da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, che restringe la portata dell'art. 1173 c.c. nella parte in cui dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato gli altri atti o fatti idonei a far produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico e sottolinea come il

regime generale degli obblighi ex lege non si discosti da quello che caratterizza gli obblighi di derivazione contrattuale. La responsabilità *latu sensu* contrattuale, anche quando l'obbligo è fissato dallo stesso legislatore poggia, infatti, sulla violazione di un obbligo assunto o imposto per la legge e sul mancato raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione. Siamo in presenza di un'ipotesi analoga a quella analizzata dalla giurisprudenza nel caso di danno da mobbing cagionato dall'amministrazione-datrice di lavoro al proprio dipendente per violazione dell'art. 2087 c.c., fattispecie che viene fatta rientrare ordinariamente nel paradigma della responsabilità contrattuale, pur non escludendo la possibilità che il danneggiato in alcune ipotesi possa agire anche per via aquiliana. Nel caso in esame viene in rilievo la diretta violazione di quegli obblighi contenuti nei testi fondamentali sovranazionali come nazionali, nonché nelle norme dell'ordinamento penitenziario a guisa che si può apprezzare non soltanto la perdita derivante dalla lesione alla dignità del detenuto, ma anche il non miglioramento del suo processo di rieducazione ex art. 27 comma 3 cost. Sotto questo profilo viene in essere una responsabilità per violazione di un obbligo *ex lege* differente da quella scrutinata da Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147 e da Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, che si sono occupate del danno dello Stato-legislatore da mancata trasposizione di direttiva comunitaria anche in quelle occasioni si è valorizzata la natura contrattuale della responsabilità del danneggiante. Nei citati precedenti giurisprudenziali si è giunti, infatti, ad una conclusione, che non può essere estesa al caso in esame, avendo la Suprema Corte concluso per la natura indennitaria della responsabilità della p.a. in quanto proveniente da atto illecito sul piano comunitario, ma non su quello nazionale. Al contrario, nella fattispecie il comportamento dell'amministrazione risulta antigiusuridico nella misura in cui viola obblighi che operano a livello nazionale. Da ciò deriva che l'inadempimento non genera il diritto ad un indennizzo, ma ad un risarcimento da parte dell'amministrazione.

6.1. La qualificazione della natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria quale responsabilità contrattuale non incide sulla possibilità che da quest'ultima si generino danni non patrimoniali. Anche sotto questo profilo vale il richiamo alle indicazioni offerte da Cass., Sez. Un., 26972/2008: *“Nell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno*

non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni”.

7. La qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria in termini di responsabilità, *latu sensu*, contrattuale richiama la disciplina giuridica della responsabilità da inadempimento ex artt. 1218 e segg. c.c.. Pertanto, dal punto di vista probatorio vale il regime previsto nell'art. 1218 c.c., secondo l'esegesi offerta da Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533. In omaggio al principio di vicinanza della prova e di persistenza presuntiva del diritto, il danneggiato deve limitarsi ad allegare l'inadempimento oggettivo, ossia il fatto storico e soggettivo (l'imputabilità del fatto storico), mentre spetta al presunto danneggiante prova di aver adempiuto ovvero di non versare in colpa per non aver potuto adempiere. Nell'atto di reclamo il detenuto ha contestato la violazione di una pluralità di obblighi. Il mancato rispetto di alcuni di questi è stato accertato a seguito dell'istruttoria disposta. Oltre al più ampio richiamo agli artt. 2, 3, comma 2, 3 27 comma 3 cost., rileva il mancato rispetto di alcuni obblighi discendenti dalla l. n. 354/1975. In particolare dell'art. 1, commi 1 e 6: *“Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona... Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti”*; dell'art. 5, comma 1: *“Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati”*; dell'art. 6 comma 1: *“I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente”*; dell'art. 13, commi 1 e 3: *“Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto... Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni di merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione.”*; dell'art. 15, commi 1 e 2: *“Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi d'impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro.”*. Nonché di alcuni obblighi che discendono dal d.P.R. n. 230/2000 ed in particolare dall'art. 1, comma 2: *“Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale”*; dall'art. 7, comma 2: *“I vani in cui sono collocati i servizi igienici forniti di acqua corrente, calda e*

fredda, sono dotati di lavabo, di doccia e, in particolare negli istituti o sezioni femminili, anche di bidet, per le esigenze igieniche dei detenuti e internati”; dall’art. 16, comma 2 e 4: *“La permanenza all’aperto, che deve avvenire, se possibile, in spazi non interclusi fra fabbricati, deve essere assicurata per periodi adeguati anche attraverso le valutazioni dei servizi sanitario e psicologico, accanto allo svolgimento delle attività trattamentali, come strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale... Gli spazi destinati alla permanenza all’aperto devono offrire possibilità di protezione dagli agenti atmosferici”*. Infatti, il detenuto nel periodo di reclusione sofferto dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, è stato ristretto in un istituto sovraffollato occupato da 1377 a fronte di una capienza di 660 detenuti ed una tollerabilità di 1100, non ha fruito di alcuna attività trattamentale formulata secondo un programma individualizzato, non ha fruito di un vano igienico dotato di acqua calda, non ha fruito di spazi all’aperto dotati di protezione dagli agenti atmosferici, non ha fruito di un programma trattamentale che alternasse attività finalizzate alla rieducazione alternate ad attività all’aperto. Infine, ha trascorso 19 ore e mezzo in una cella utilizzando uno spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi, dormendo su di un letto a castello posto a 50 cm. dal soffitto della stanza. Quest’ultima situazione appare violare il precetto dell’art. 6, comma 1, l. 354/1975, in quanto pur se manca espressamente un’indicazione legislativa su quale sia l’ampiezza sufficiente dei locali detentivi, non può non rilevarsi come si tratti di uno spazio di poco superiore a quello di 3 mq dalla Corte europea ritenuto ex se in grado di determinare un trattamento inumano nella citata sentenza Sulejmanovic, di gran lunga inferiore all’indicazione contenuta nel 2° Rapporto Generale [CPT/Inf (92) 3] che per le celle di Polizia: *“Il criterio che segue (considerato come un livello auspicabile piuttosto che uno standard minimo) è attualmente usato nel valutare celle di polizia intese per essere occupate da una sola persona che resti al massimo qualche ora: nell’ordine di 7 metri quadrati, 2 metri o più tra le pareti, 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto”* ed a quella prevista dall’art. 62 del regolamento edilizio del Comune di Lecce nel cui ambito territoriale ricade la Casa circondariale dove è stato ristretto il detenuto secondo il quale: *“I locali di categoria A1 adibiti a letto devono avere una superficie minima di mq. 9 se per una persona e mq. 14 se per due persone”*.

8. Rispetto a ciò che è emerso in sede istruttoria e che ha consentito di appurare la violazione delle norme sopra riportate la puntuale difesa da parte dell’Avvocatura dello Stato ha consentito di convenire anche grazie alle indicazioni fornite dall’amministrazione penitenziaria sull’assenza di ulteriori violazioni di obblighi a partire da quanto detto in tema di mancato rispetto dell’art. 3 CEDU o di obblighi dell’ordinamento penitenziario, ma non ha portato a ritenere inesistenti le violazioni dei precetti sopra descritte.

9. Non merita, invece, di essere accolto il reclamo del detenuto in relazione alle richieste risarcitorie che riguardano un prospettato ma non provato danno biologico discendente dalle condizioni detentive alle quali il detenuto è stato sottoposto, in questo senso, va rammentato come in omaggio alle indicazioni offerte dalla già pronuncia delle Sezioni Unite n. 26972/2008: *“Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato”*, sia pure mediante presunzioni, possibilità questa, però, che impone un'allegazione di fatti e circostanze che non è in concreto avvenuta, essendosi limitato il detenuto genericamente ad affermare di aver messo in atto gesti autolesionistici senza indicare alcuna precisa modalità di tempo e di luogo.

Allo stesso modo non merita di essere accolto il reclamo del detenuto nella parte in cui avanza richiesta di risarcimento del danno per lesione della dignità umana anche nelle forme, sopra meglio esplicate, del diritto ad una pena orientata ad una finalità rieducativa, in quanto in ragione delle modalità detentive meno estreme alle quali risulta essere stato sottoposto e della fruizione da parte del detenuto di un sia pur minimo trattamento penitenziario quel danno non ha superato un livello di tollerabilità tale da dovere essere risarcito, tanto in omaggio al dovere di solidarietà sociale che grave anche in capo a chi sia detenuto.

10. In merito alla quantificazione del danno, pur essendo l'odierno giudicante a conoscenza della pronuncia della Cassazione n. 12408/2011, che ha di recente sottolineato come i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal Tribunale di Milano devono essere applicati su tutto il territorio nazionale, rappresentando essi un valore da ritenersi equo, ovvero in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare, come tali, in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità in funzione della cd. personalizzazione del danno, ritiene di non dovere fare applicazione di quelle tabelle, essendo opportuno in assenza di un danno biologico subito dal reclamante fare applicazione di un criterio equitativo che tenga in considerazione anche le determinazioni assunte in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle pronunce sopra citate nelle quali ha ritenuto sussistente la presenza della violazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte europea nella già citata sentenza 16 luglio 2009, Sulejmanovic/Italia ha concesso al detenuto un equo indennizzo pari a 1.000,00 euro per il danno morale sofferto per periodo di due mesi e mezzo nel quale poteva fruire di uno spazio minimo vitale di 2,70 mq. Rispetto a quella situazione la lesione cagionata all'odierno reclamante è di poco più contenuta sotto il punto di vista temporale e manifesta un'aggressione meno intensa al comune bene giuridico della dignità umana. In presenza di una situazione tale da integrare la tortura o il trattamento inumano o degradante si genera, in assenza di conseguenze fisiche, una sofferenza psichica di elevata intensità. Nella

presente fattispecie, pertanto, il danno può essere commisurato in misura proporzionalmente inferiore e va stimato in complessivi in 220,00 (duecentoventi/00) euro. Su quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno spettano la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat a partire dal 6 settembre 2010 (data nella quale è cessato l'illecito dell'amministrazione penitenziaria) ad oggi e gli interessi compensativi calcolati nella misura legale separatamente sul capitale via via rivalutato dalla data della domanda sino al soddisfo (Cass. civ., Sez. III, 9338/2009).

11. Sulla richiesta di condanna alle spese va rilevata preliminarmente l'assenza di una disciplina direttamente applicabile al giudizio dinanzi al Magistrato di Sorveglianza. La lacuna deve essere colmata facendo applicazione delle norme contenute nel codice del processo civile, la cui natura di principi generali che informano l'ordinamento processuale nazionale è stata di recente ribadita dall'art. 44, comma 1, l. 69/2009. Nella fattispecie appare opportuno addivenire ex art. 92, comma 3, c.p.c. ad una compensazione delle spese sopportate dalle parti sia in ragione del solo parziale accoglimento del reclamo, vuoi a causa della condotta collaborativa prestata anche dalla parte sia pure parzialmente soccombente, infine per l'assoluta novità delle questioni il cui esame è stato affrontato nella presente controversia.

P.Q.M.

Accoglie parzialmente il reclamo nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto condanna il Ministero della Giustizia in favore di Slimani Abdelaziz a titolo di risarcimento del danno del complessivo importo di 220,00 (duecentoventi/00) euro, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali secondo i criteri di cui in parte motiva.

Compensa le spese di cui al presente giudizio.

Manda alla Cancelleria.

Lecce, 9 giugno 2011

Il Magistrato di Sorveglianza

(Dr. Luigi Tarantino)