

ROSA MARIA GERACI

Ricercatore di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

## Lesione dei diritti dei detenuti e poteri del magistrato di sorveglianza

### *Prisoners' rights injury and Surveillance Judge powers*

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

Lo scritto analizza l'evoluzione della tutela dei diritti dei detenuti alla luce dei più significativi arresti della Corte costituzionale e della Corte di legittimità, soffermandosi in particolare sull'ambito delle posizioni soggettive tutelabili in sede di reclamo *ex art. 35 ord. pen.* e sull'effettiva sussistenza in materia di una giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di sorveglianza.

*The writing focuses on the development of prisoners' rights protection in the Italian Criminal Procedure System, through the analysis of the most important decisions of the Corte costituzionale and the Supreme Court. It identifies the rights protected by the "reclamo ex art. 35 ord. pen.", inquiring the actual existence of a full jurisdiction of the Magistrate of surveillance.*

#### **Una pronuncia dirompente. L'iter argomentativo**

Cercando di colmare in via interpretativa i persistenti vuoti normativi in tema di tutela dei diritti del detenuto e portando a ulteriori conseguenze quel processo di "giurisdizionalizzazione" già avviato in materia dal Giudice delle leggi e dalla Corte di legittimità,<sup>1</sup> il prov-

vedimento in commento compie affermazioni autenticamente dirompenti in ordine alle posizioni soggettive tutelabili, alla giurisdizione del Magistrato di sorveglianza ed ai poteri allo stesso spettanti.

Chiamato a pronunciarsi sul reclamo di un detenuto che lamentava di aver subito

<sup>1</sup> C. cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, *Giur. cost.*, 1999, 176, con note di Fazzioli, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, e *Diritti dei detenuti e tutela giurisdiziona-*

*le*; di Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; di Santoriello, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*. Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Cass. pen.*, 2003, 2961.

una detenzione inumana e degradante, di cui chiedeva la riparazione, il magistrato di sorveglianza di Lecce ha non solo riconosciuto il *vulnus* inflitto alle sue posizioni soggettive, ma - dato quanto mai significativo - ha altresì condannato l'Amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno arrecato, ritenendo sussistente in materia una sua giurisdizione esclusiva piena.

L'articolato *iter* motivazionale seguito dall'organo giudiziario muove dalla preliminare risoluzione di un triplice ordine di questioni: la natura della *causa petendi* posta a fondamento del reclamo; l'effettiva sussistenza della giurisdizione del Magistrato di sorveglianza; la consonanza del procedimento innanzi a questo rispetto ai canoni del giusto processo *ex art. 111 Cost.*

Sotto il primo profilo, l'ordinanza richiama innanzitutto l'autorevole insegnamento della Consulta, secondo cui il detenuto, per quanto ristretto nella sua libertà, mantiene nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria un proprio patrimonio di situazioni giuridiche meritevoli di tutela, intatto restando il «bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo» che anch'egli «porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale». Nessuna «*capitis deminutio*» di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta all'esecuzione della pena, dunque, anzi: dalla peculiare relazione che si innesta tra l'amministrazione e il detenuto scaturisce la nascita di nuove posizioni giuridiche, che possono variamente atteggiarsi come diritti soggettivi o interessi legittimi. E ciò conformemente all'assetto del vigente ordinamento costituzionale, improntato «sul primato della persona umana e dei suoi diritti».<sup>2</sup> Dalla prospettazione offerta dal reclamante nel caso in questione, l'organo giudiziario desume l'inerenza della richiesta di tutela a posizioni giuridiche soggettive rico-

nosciute dall'ordinamento, e non a meri interessi di fatto, ciò che assume rilievo decisivo quanto a forme di tutela praticabili: il giudice di sorveglianza è infatti investito in via giurisdizionale, e non *lato sensu* amministrativa, con conseguente efficacia vincolante delle sue decisioni e potere di condanna alla rifusione del danno arrecato.

Sotto il secondo aspetto, la verifica dell'insussistenza di un difetto di giurisdizione del Magistrato di sorveglianza nella materia *de qua* è condotta attraverso un duplice percorso argomentativo che, muovendo dall'esatta ricostruzione della natura e della disciplina della giurisdizione esercitata da tale organo in sede di reclamo, da un lato esclude l'obbligo di rimessione delle sollevate questioni al giudice amministrativo o al giudice civile e, dall'altro, afferma la competenza del Magistrato di sorveglianza a condannare l'amministrazione al risarcimento del danno a favore del detenuto.

A tal fine, si ricorda come sulla fisionomia tradizionale del reclamo generico ai sensi dell'art. 35 l. n. 354 del 1975 abbia inciso in maniera determinante l'opera del Giudice delle leggi, che ne ha sancito il carattere giurisdizionale ove lo stesso sia attivato a tutela di posizioni giuridiche soggettive del detenuto, senza distinzione tra diritti aventi fondamento costituzionale e non.<sup>3</sup>

Non solo.

L'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104 del 2010) - sostiene l'ordinanza - offre più di un appiglio ai fini dell'insussistenza in materia della giurisdizione del giudice amministrativo. L'art. 133, comma 1, lett. c) elenca, infatti, le controverse rimesse alla giurisdizione esclusiva di tale organo, annoverandovi anche quelle «in materia di pubblici servizi». Ora, sebbene non sia dubitabile che «il trattamento penitenziario posto in essere dall'amministrazione sia

<sup>2</sup> C. cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, *cit.*; C. cost., sent. 6 agosto 1979 n. 114, *Cass. pen.*, 1980, 616.

<sup>3</sup> C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit.* In argomento, v. più diffusamente *infra*.

riconducibile nella categoria dei servizi pubblici», trattandosi di «un'attività materiale posta in essere dall'amministrazione penitenziaria, rivolta a favore della collettività, ed organizzata attraverso atti amministrativi», va tuttavia rilevato come «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».

D'altro canto, il predetto codice non manca di offrire ulteriori elementi da cui desumere in negativo la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo: manca, infatti, in esso il riferimento a simili controversie, pur esistendo nella legge-delega n. 69 del 2009 una specifica direttiva [n. 44, comma 2, lett. b), punto 1], secondo cui il legislatore delegato era vincolato a «disciplinare le azioni e le funzioni del giudice [...] riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni».

Ciò che conferma come la fattispecie in esame non rientri tra le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Né, per altro verso, può sostenersi l'incompetenza della Magistratura di sorveglianza a provvedere sulle pretese risarcitorie avanzate dal detenuto per la lesione di sue posizioni soggettive da parte dell'amministrazione penitenziaria.

A tal riguardo, oltre a sottolinearsi come la stessa Consulta, pur intervenendo con declaratorie di illegittimità su talune precise tipologie di reclami,<sup>4</sup> mai ha messo in discussione

ne la competenza generale della magistratura di sorveglianza, che ha di fatto confermato, si evidenzia come non persuasiva apparirebbe «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».

Tale impostazione, invero, apparirebbe inficiata da profili di incongruenza sistematica, sia per il misconoscimento del principio di "concentrazione delle forme di tutela" dinanzi ad un unico giudice riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale come di diretta derivazione degli artt. 24 e 111 Cost.<sup>5</sup>, che per l'aggravio imposto al detenuto, costretto a dover instaurare due diversi giudizi, col rischio di violare il principio di ragionevole durata e di favorire la formazione di giudicati contraddittori.

Più coerente quindi - conclude l'ordinanza - ritenere che sussista una giurisdizione esclusiva piena del magistrato di sorveglianza, che può non solo accertare la lesione dei diritti del detenuto, ma assicurare direttamente anche una tutela risarcitoria degli stessi.

Del resto, tale conclusione è - nella riferita impostazione - sintonica sia con il dato normativo particolare che con l'assetto sistematico generale.

troverse di lavoro tra detenuto e amministrazione penitenziaria, v. C. cost., sent. 27 ottobre 2006 n. 341, *Cass. pen.*, 2007, 30, con nota di Centofanti, *Lavoro penitenziario e giusto processo*, che aveva ricondotto la giurisdizione in tema di controversie lavoristiche tra detenuto e amministrazione penitenziaria alla competenza del giudice del lavoro, ma non per la scelta in sé di assegnare tali controversie alla cognizione del magistrato di sorveglianza, bensì per l'inadeguatezza del procedimento ex art. 69, comma 6, lett. a) ord. pen., ad assicurare piena tutela giurisdizionale al detenuto.

<sup>5</sup> C. cost., sent. 11 maggio 2006 n. 191, *Giur. it.*, 2006, 1729.

<sup>4</sup> Specificamente, in materia di cognizione delle con-

Non può, infatti sottacersi come il tenore letterale dell'art. 35 ord. pen., nella genericità della sua dicitura, «non determina in senso tassativo il contenuto del reclamo, portando a ritenere che ne siano esclusi i reclami risarcitori»; dall'altro lato, poi, appare indubitabile come i rapporti tra amministrazione e detenuto siano assolutamente «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». E «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».

Soluzione, questa, che a ben vedere è perfettamente aderente all'orientamento del Giudice di Strasburgo,<sup>6</sup> volto a incoraggiare gli Stati membri a valorizzare il ruolo della magistratura di sorveglianza, come appunto avviene ove la stessa non si limiti a rimuovere la lesione in atto, ma ristori anche i danni per le lesioni patite, «risultando così dotat[a] di reali poteri di enforcement sull'amministrazione penitenziaria a tutela del detenuto».

Infine, sotto il terzo profilo, secondo il Giudice pugliese appare «tutta da dimostrare» «l'eventuale minore adeguatezza del sistema giurisdizionale governato dal Magistrato di Sorveglianza», che invero, ad un'analisi più approfondita, appare rispettoso dei canoni consacrati all'art. 111 Cost.

Per quanto, infatti, si sia dubitato di ciò - *in primis* e soprattutto sotto il profilo dell'effettiva attuazione del contraddittorio tra parti

poste in posizione di parità, non potendo nel procedimento ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen., l'amministrazione intervenire personalmente tramite un suo rappresentante in udienza, ma avendo solo facoltà di presentare memorie - facendo tesoro dell'insegnamento della Consulta<sup>7</sup>, secondo cui parità tra le parti non vuol dire «identità dei rispettivi poteri processuali», essendo legittime talune «dissimetrie», purché sorrette da razionale giustificazione, si evidenzia la «asimmetrica» «posizione di supremazia sostanziale assunta dall'amministrazione penitenziaria nei confronti del detenuto», posizione che, a ben vedere, «si riequilibra in sede processuale».

Peraltro, una lettura costituzionalmente orientata dell'articolato normativo induce l'organo di sorveglianza a non aderire a quell'esegesi incline a ritenere che l'amministrazione sia durante il processo sprovvista di difesa tecnica: l'art. 14-ter, comma 3 ord. pen., laddove afferma che «il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore», deve essere letto nel senso che per «difensore» deve intendersi il difensore delle parti, ivi inclusa l'amministrazione penitenziaria, che a tal fine sarà rappresentata dal Ministro della Giustizia e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato. Con ciò pienamente garantendosi il diritto al contraddittorio dell'amministrazione penitenziaria.

Affermata, dunque, la sussistenza nel caso sottoposto ad esame della giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di sorveglianza, l'ordinanza passa all'analisi del merito della questione.

<sup>6</sup> Corte e.d.u., sez. IV, 22 ottobre 2009, n. 17885, *Orchowski - Sikorski c. Polonia*.

<sup>7</sup> C. cost., sent. 9 aprile 2009 n. 108, *Foro it.*, 2009, I, 1649; C. cost., sent. 4 aprile 2008 n. 85, *Giur. cost.*, 2008, 1032, con nota di Bargis, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*; C. cost., sent. 6 febbraio 2007 n. 26, *Cass. pen.*, 2007, 1883, con nota di Ceresa Gastaldo, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*.

Il reclamante si doleva di esser stato sottoposto ad una detenzione lesiva della dignità umana, lamentando un'aggressione talmente intensa alla stessa da integrare una violazione del divieto di tortura o di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti sancito dagli artt. 3 Cedu e 27, comma 3 Cost.

La doglianza è solo parzialmente accolta dal magistrato di sorveglianza.

Richiamandosi a quell' "approccio multifattoriale" fatto proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo per valutare la violazione dell'art. 3 Cedu - volto a considerare l'insieme di tutte le condizioni in cui nel caso concreto si è svolta la detenzione (durata del trattamento, modalità dello stesso, sovraffollamento, effetti fisici e psichici in relazione al sesso, all'età, alle condizioni di salute del soggetto ristretto) - l'ordinanza conclude nel senso che «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».

«Questa conclusione» - si precisa - «non porta, però, al rigetto tout court del reclamo essendo necessario verificare se la dignità del detenuto sia stata lesa sotto altro profilo». Lesione che, invero, il giudice di sorveglianza ravvisa durante parte del periodo detentivo spiato - quello estivo - in cui il reclamante ha dovuto subire condizioni detentive particolarmente severe ed afflittive (sovraffollamento, riduzione dello spazio minimo vitale, assenza di attività da svolgere al di fuori della cella detentiva), risultando privato di un'effettiva offerta trattamentale orientata alla sua progressiva rieducazione.

E poiché la dignità umana compone insieme alla finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 3 Cost., un binomio inscindibile - costituendo la seconda una specificazione del più ampio dovere gravante in capo allo Stato di rimuovere i limiti che impediscono il pieno sviluppo della persona umana - conformemente

all'insegnamento del Giudice delle leggi, è da ritenere che, laddove si inibisca *tout court* l'accesso a una pena che sia in grado di raggiungere la menzionata finalità rieducativa, si generi una lesione della dignità umana, con conseguente danno non patrimoniale del detenuto, che l'amministrazione penitenziaria è tenuta a risarcire.

Il reclamo generico al Magistrato di sorveglianza ex art. 35 ord. pen.: cos'era e cos'è

La pronuncia in commento è espressione di una piena consapevolezza circa l'inadeguatezza dello strumento del reclamo generico ex art. 35 ord. pen. ad assicurare un'efficace tutela ai diritti dei detenuti e circa lo stallo verificatosi in seguito alla perdurante inerzia del legislatore, sordo alle sollecitazioni di riforma dell'istituto rivolte dal Giudice delle leggi.<sup>8</sup>

Consapevolezza espressamente dichiarata, che induce il giudicante a sforzarsi di cercare di colmare in via interpretativa il «deficit strutturale di tutela» esistente, tentando «di tracciare una rotta a legislazione invariata che, valorizzando il ruolo dei principi generali, assicuri standard adeguati di tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto».

Nel far ciò, la pronuncia si spinge però oltre gli sforzi a tal fine già compiuti dalla Consulta e dalla Corte di legittimità,<sup>9</sup> arrivando a compiere affermazioni sulla cui totale condivisibilità appare legittimo avanzare qualche riserva.

La complessità della tematica impone di procedere con ordine, delineando innanzitutto la significativa evoluzione che ha interessato il reclamo generico al magistrato di sorveglianza ex art. 35 ord. pen. quale strumento di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti incise durante il trattamento da atti o provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit.*

<sup>9</sup> C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit.*; Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *cit.*

<sup>10</sup> L'art. 35 ord. pen., oltre al reclamo al magistrato

Come è noto, l'istituto è stato tradizionalmente concepito come rimedio generico previsto nei confronti delle determinazioni dell'amministrazione penitenziaria, innescante una procedura decisionale «totalmente priva di connotati di giurisdizionalità»: infatti, «oltre a decidere de plano, cioè in assenza di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio, il magistrato di sorveglianza emanava una decisione priva di efficacia vincolante per la stessa amministrazione penitenziaria e insuscettibile di ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza o di ricorso per cassazione».<sup>11</sup>

L'autorità di sorveglianza operava, in sostanza, nei casi previsti dalla norma *de qua* «in ambito amministrativo, al di fuori cioè delle fattispecie giurisdizionalizzate disciplinate dall'Ordinamento penitenziario»,<sup>12</sup> ciò che

---

di sorveglianza, attribuisce ai detenuti e agli internati il potere di rivolgersi ad autorità interne od esterne al sistema penitenziario, aventi natura politica, amministrativa o giudiziaria (prive in tal caso del potere di inchiesta o di decisione), tutte interessate all'esecuzione della pena sotto il profilo della legalità e della tutela della salute (Varraso, *Art. 35 L. 26 luglio 1975, n. 354*, in Giarda - Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2010, 10411). L'eterogeneità dei destinatari si riflette sulla natura dell'atto proposto e sulle scelte del decidente: l'atto, infatti, assume di volta in volta il carattere di reclamo, istanza, esposto o petizione (Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, cit.), sollecitando determinazioni che se a volte non esorbitano dall'ambito amministrativo, altre involgono la concreta tutela di un diritto del detenuto (C. cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266, *Giur. cost.*, 2009, 3766, con nota di Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*).

<sup>11</sup> Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 24. Analogamente, Filippi - Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, 426 e 440; Coppetta, Art. 35, in Grevi - Giostra - Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2006, 392-393. Conclusioni, queste, fondate sul tenore generico della disposizione in esame, che nulla prevede circa le modalità di svolgimento della procedura e l'efficacia della decisione conclusiva. Né al riguardo pare poter esser d'ausilio l'art. 75 reg. penit. che, integrando tale disciplina, si limita a stabilire che il reclamante sia nel più breve tempo possibile informato dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato l'eventuale mancato accoglimento.

<sup>12</sup> Fiorentin - Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza*. La

giustificava in letteratura un diffuso scetticismo circa la concreta efficacia dell'istituto.<sup>13</sup>

Su tale assetto ha tuttavia inciso profondamente l'opera del Giudice delle leggi, che con la sentenza n. 26 del 1999 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, *ex artt.* 24 comma 1 e 113 comma 1 Cost., degli artt. 35 e 69 l. n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.<sup>14</sup>

Il fulcro di tale decisione - sotto diversi profili "storica" - consisteva nella «individuazione dello status di detenuto quale momento genetico di posizioni soggettive connesse al trattamento ed il riconoscimento della necessaria giurisdizionalità del procedimento destinato a tutelare quelle posizioni, cui seguiva l'indicazione della magistratura di sorveglianza quale giudice dei diritti dei detenuti».<sup>15</sup>

Più in particolare, dopo avere ribadito che i diritti inviolabili dell'uomo trovano nella condizione di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati dalla stessa, essendo anche in tale eventualità la dignità della persona protetta dalla Costituzione, la Corte affermava che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di

---

*giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008, 5.

<sup>13</sup> Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 83.

<sup>14</sup> In argomento, cfr. Marafioti, *Il procedimento per reclamo*, Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 322 ss.

<sup>15</sup> R. Mura, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, *Cass. pen.*, 2004, 1364. In argomento, v. pure D'Agnolo, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, Scalfati (a cura di) *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 142, e Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 241.

farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»: «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost.».<sup>16</sup>

Alla dichiarazione di principio, non si accompagnava tuttavia l'indicazione della disciplina normativa applicabile onde garantire effettivamente il crisma della giurisdizionalità, compito questo ritenuto di esclusiva spettanza della discrezionalità del legislatore, cui si indirizzava il relativo monito a provvedere.<sup>17</sup>

Nella perdurante inerzia di questo,<sup>18</sup> si ge-

<sup>16</sup> La Corte, precisando l'ambito della questione oggetto di scrutinio, sottolineava come la stessa inerisse precipuamente alla «tutela dei diritti suscettibili di essere lesi per effetto a) del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero per effetto b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere». Restavano, invece, esclusi sia i diritti che sorgevano nell'ambito di rapporti estranei all'amministrazione penale (protetti secondo le regole generali poste dall'ordinamento per l'azione in giudizio), che le posizioni soggettive che potevano venire in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, incidendo concretamente sulla misura e sulla qualità della pena (valendo pienamente in tal caso la riserva di giurisdizione prevista dall'art.13, comma 2 Cost. in tema di libertà personale, con conseguente configurazione del relativo procedimento applicativo in termini sicuramente giurisdizionali). In dottrina, in argomento cfr. Fiorio, *Ancora verso la "giurisdizionalizzazione" del procedimento per reclamo*, *Giur. di Merito*, 2006, 524 ss.

<sup>17</sup> La Corte riteneva di non poter estendere all'ipotesi de qua la disciplina del reclamo ex art. 69, comma 6 ord. pen., come pure aveva chiesto il giudice rimettente, non trattandosi di una soluzione costituzionalmente obbligata.

<sup>18</sup> Secondo la dottrina prevalente, la pronuncia della Consulta appartiene al novero delle sentenze additive di principio: conseguentemente, nella perdurante inerzia del legislatore, sussiste l'obbligo dell'interprete di individuare in via provvisoria e con specifico riguardo al caso di reclamo in concreto di volta in volta avanzato, la disciplina applicabile (Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, *Giur. cost.*, 1999, 199; Della Casa, *Art. 69, Ordinamento penitenziario*, cit., 833; Pulvirenti, *Il controllo*

nerava quindi una situazione di grave disorientamento applicativo, non essendo chiaro quale procedura attivare in caso di reclamo al magistrato di sorveglianza volto a far valere i diritti in questione: ad un primo indirizzo, incline a ritenere praticabili le cadenze procedurali pienamente giurisdizionalizzate del procedimento di sorveglianza ex artt. 666 e 678 c.p.p.,<sup>19</sup> si contrapponeva l'orientamento persistente nell'applicazione del procedimento *de plano* ai sensi dell'art. 35 ord. pen.<sup>20</sup>

A comporre il contrasto sono, quindi, intervenute le Sezioni unite della Corte di legittimità che hanno individuato nel procedimento disciplinato dagli artt. 14-ter e 69 ord. pen. lo strumento idoneo – in quanto connotato dal carattere della giurisdizionalità – ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive del detenuto, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi (sempre che, naturalmente, questi ultimi possano configurarsi nell'ambito del regime trattamentale).<sup>21</sup>

Per effetto di tale pronuncia, dunque, i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti su dette posizioni sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14-ter della legge 26 luglio 1975 n. 354.<sup>22</sup> Tale ordinanza, nell'impostazione condivisa successivamente anche dalla Consulta, è dotata di

*giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, a cura di Kalb, 2009, 337). L'impostazione è stata in seguito confermata dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 22 novembre 2000 n. 526, (Cass. pen., 2001, 823).

<sup>19</sup> Cass., sez. I, 28 maggio 2003, n. 27344, C.E.D. Cass. 225011; Cass., sez. I, 15 maggio 2002, n. 22573, *ivi* 221623.

<sup>20</sup> Cass., sez. I, 18 aprile 2002, n. 20240, C.E.D. Cass. 221446; nel senso dell'esclusione della ricorribilità per cassazione, Cass., sez. I, 7 marzo 2002, *Giur. it.*, 2002, II, 2121.

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *cit.*

<sup>22</sup> Cfr. Cass., sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, C.E.D. Cass. 238841.

carattere cogente, avendo efficacia vincolante nei confronti dell'amministrazione penitenziaria.<sup>23</sup>

### Le posizioni soggettive tutelabili

La descritta evoluzione dell'istituto del "reclamo generico" ha dischiuso prospettive fino a tempi non troppo lontani inedite, delineando la possibilità di un articolato sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Ciò sollecita l'interprete ad interrogarsi sulla concreta articolazione di tale tutela, e sotto il profilo dell'ambito oggettivo delle posizioni protette, che dei poteri di cui l'organo giudiziario è investito.

Dal primo punto di vista, sebbene ampia parte della giurisprudenza di legittimità, pur dopo le menzionate decisioni della Consulta e delle Sezioni unite, sia rimasta ancorata ad una impostazione "tradizionalista", che si traduce in una lettura restrittiva delle stesse, riconoscendo l'operatività del procedimento giurisdizionale *ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen.* solo in caso di violazioni di diritti soggettivi del detenuto,<sup>24</sup> la via praticabile sembra essere un'altra.

Coerentemente ai *dicta* di quelle decisioni ed in linea con una concezione moderna della giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza in materia di trattamento penitenziario, che ne valorizzi il ruolo (come sollecita-

to dal Giudice di Strasburgo), è da ritenere che tutte le lesioni delle posizioni soggettive giuridicamente rilevanti dei detenuti verificatesi per effetto del trattamento penitenziario siano suscettibili di tutela giurisdizionale innanzi all'autorità di sorveglianza, senza distinzione tra diritti soggettivi (di rilievo costituzionale o meno) e interessi legittimi, restando escluse solo le aspettative di mero fatto, oltre che quelle particolari posizioni attive per l'accertamento della cui lesione la legge prevede una apposita procedura.

In sostanza, è da ritenere che il procedimento giurisdizionale *ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen.* non si configuri come un meccanismo "onnicomprensivo", connotato da un'indiscriminata valenza sostitutiva nei confronti del "vecchio" reclamo generico, ma costituisca, al contrario, uno strumento di controllo riservato alle posizioni giuridiche soggettive oggetto - secondo l'insegnamento delle Supreme magistrature - di riserva giurisdizionale, restando salve le altre specifiche procedure particolari vigenti e lo stesso reclamo generico *ex art. 35* che, lungi dallo scomparire, esplica una sua funzione lato sensu di garanzia proprio al di fuori delle materie oggetto della citata riserva giurisdizionale.<sup>25</sup>

Ne risulta confermata, insomma, la pluralità di moduli attraverso cui garantire all'interno del sistema penitenziario la tutela delle posizioni soggettive di chi si trova ristretto nella sua libertà.<sup>26</sup>

Ciò pone, naturalmente, il problema dell'identificazione del criterio discrezionale alla luce del quale selezionare le posizioni giuridiche soggettive tutelabili nell'ambito della procedura giurisdizionale, distinguendole dalle situazioni di interesse che non appaiono beneficiare da tale protezione.

<sup>23</sup> C. cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266, *cit.*, che ha sottolineato come la previsione di cui al comma 5 dell'art. 69 ord. pen., secondo cui il magistrato di sorveglianza impartisce nel corso del trattamento «disposizioni» dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei detenuti, significa non mere "segnalazioni" (oggetto, peraltro, della specifica previsione di cui al comma 1 dell'art. 69 *cit.*), bensì "prescrizioni" od "ordini" «il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue».

<sup>24</sup> Sul punto si rinvia all'approfondita rassegna di Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, *Giur. di Merito*, 2010, 2810 ss.

<sup>25</sup> Mag. sorv. Varese, 24 febbraio 2005, in *www.diritto.it*

<sup>26</sup> Conti, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti del detenuto*, *Cass. pen.*, 2006, 283; Fiorio, *Ancora verso la "giurisdizionalizzazione"*, *cit.*, 404.



Al riguardo, in letteratura si è individuato un criterio fondamentale che fa riferimento ad un duplice parametro orientativo: la "differenziazione" della situazione di interesse e la sua "qualificazione" ad opera di una norma giuridica.<sup>27</sup>

In virtù di esso risultano innanzitutto giustiziabili i diritti soggettivi, sia consacrati dalla Carta fondamentale e dalle fonti sovranazionali, che privi di tale "copertura", essendo previsti da norme legislative o di rango sottordinato.<sup>28</sup>

Più nel dettaglio, detti diritti possono in concreto essere identificati alla luce di un triplice ordine di fattori: l'espressa qualificazione normativa,<sup>29</sup> una formula di attribuzione implicita,<sup>30</sup> la tipizzazione di un modulo di tutela giudiziale.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Cfr, per tutti, Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3781.

<sup>28</sup> Così Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782.

<sup>29</sup> È il caso, ad esempio, degli artt. 26, comma 3 ord. pen. e 94, comma 1-*quater* d. lgs. n. 271 del 1989, che sanciscono, rispettivamente, il diritto al culto dei detenuti appartenenti a religione diversa dalla cattolica e il diritto dei detenuti a poter sempre consultare la propria cartella personale e di ottenere copia dei provvedimenti dell'autorità giurisdizionale in essa contenuti (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

<sup>30</sup> Tale eventualità ricorre «quando le norme dell'ordinamento penitenziario utilizzano espressioni assertive cui non corrisponde alcuna discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria (si pensi all'art. 8, comma 1 ord. pen., secondo cui "sono assicurati" a tutti i detenuti "l'uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni o docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona) o che attribuiscono all'amministrazione una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini (è il caso della corrispondenza telefonica, secondo quanto ritenuto "malgrado il lessico talora utilizzato sia dalla legge sia dal regolamento" nella fondamentale sentenza Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079)» (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

<sup>31</sup> In tutti i casi in cui, infatti, l'ordinamento prevede una procedura giurisdizionalizzata diretta a vagliare una determinata situazione di interesse (ad esempio, il reclamo avverso il provvedimento disciplinare ex art. 69, comma 6, lett. b), ovvero, il reclamo sul provvedimento di sospensione delle ordinarie regole del trattamento ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quinquies*), deve ritenersi

L'utilizzazione del menzionato criterio discrezionale, imperniato sull'esistenza di una situazione di interesse "differenziata" e "qualificata", consente di ritenere avvinte dalla protezione giudiziale anche le posizioni di interesse legittimo riferibili ai detenuti, incise dalla potestà dell'amministrazione penitenziaria (sia essa di tipo organizzatorio, decisivo o di altra natura).

Tali situazioni giuridiche soggettive possono venire in rilievo sotto una duplice forma: come interessi cd. "oppositivi", nascenti da «diritti soggettivi "degradati" dall'adozione di un provvedimento amministrativo», ove «la relativa potestà si sia estrinsecata al di fuori delle norme che ne regolano l'esercizio», ovvero, quali interessi "pretensivi", ove il detenuto si sia visto negare con un provvedimento amministrativo emanato nell'esercizio illegittimo della relativa potestà un interesse materiale di cui è portatore.<sup>32</sup>

Diversamente è a dirsi, invece, per i cd. "interessi di mero fatto" o "aspettative di fatto", che restano fuori dall'area di operatività della tutela giurisdizionale ex artt. 14-*ter*, 35 e 69 ord. pen., non sussistendo una situazione di interesse "differenziata", ovvero, pur ravvisandosi questa, mancando comunque l'elemento della sua "qualificazione" ad opera di una norma giuridica.

Si tratta di situazioni che possono per lo più venire in rilievo in relazione alla potestà organizzatoria dell'amministrazione penitenziaria, relativamente alla quale sussiste un'ampia discrezionalità valutativa della stessa.<sup>33</sup>

che al detenuto sia attribuita una situazione giuridica soggettiva attiva (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

<sup>32</sup> Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782-3783.

<sup>33</sup> Si pensi all'ora d'aria: il detenuto non può pretendere di trascorrerla con altri soggetti ristretti con cui ha affinità ed ha instaurato un rapporto di simpatia, così come, secondo l'esempio fatto da Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3781, non può pretendere di essere assegnato ad un determinato operatore che ritenga più empatico o professionale di altri.

In tali eventualità, a fronte di ritenute lesioni, l'unico rimedio attivabile sarebbe il reclamo generico *ex art. 35 ord. pen.* alle autorità non giurisdizionali, ovvero al magistrato di sorveglianza nell'esercizio di funzioni amministrative.<sup>34</sup>

### I poteri del Magistrato di sorveglianza

Il profilo più significativo dell'ordinanza in commento è senza dubbio costituito dall'interpretazione "lata" dei poteri spettanti al magistrato di sorveglianza in sede di reclamo giurisdizionale: si ritiene, infatti, che questo possa non solo, come è ovvio, accertare la lesione della situazione giuridica protetta, ma anche pronunziarsi sulla pretesa risarcitoria avanzata dal reclamante, condannando l'amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno.

È un assunto, questo, di difficile condivisibilità, sia per considerazioni di ordine sistematico, che per la non completa persuasività degli argomenti addotti a sostegno dello stesso.

Nessun indice in tal senso si ricava invero dagli artt. 35 e 14-*ter* ord. pen., che nulla dispongono al riguardo, limitandosi a delineare le (scarne) cadenze procedurali dei reclami ivi previsti; né può a tal fine essere d'ausilio l'art. 69 ord. pen. che, scolpendo senza possibilità di fraintendimenti le funzioni e i provvedimenti tipici del magistrato di sorveglianza, non contempla la competenza a decidere sulle istanze risarcitorie.

Ciò, del resto, è pienamente conforme alla specifica fisionomia dell'organo giurisdizionale *de quo*, giudice specializzato cui è affidato il controllo costante sulla concreta esecuzione del trattamento penitenziario in funzione della finalità rieducativa e cui sono perciò devolute – come efficacemente messo in rilievo dalla Relazione al progetto preliminare del codice

di procedura penale - «quelle materie, facenti parte del diritto penale sostanziale e non di quello processuale, in cui prevalente appare il giudizio sulla funzionalità ed efficienza della pena in relazione al fine specifico della rieducazione del condannato e quelle dove appare essenziale l'accertamento della pericolosità del soggetto».

Ciò spiega le attività allo stesso spettanti: ispettive (vigila sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena, sullo svolgimento dei vari servizi all'interno di essi e sul trattamento dei detenuti); consultive (esprime pareri motivati sulle domande e sulle proposte di grazia); deliberative (ad esempio, in materia di riesame della pericolosità sociale della persona sottoposta a misura di sicurezza o di revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza).<sup>35</sup>

All'interno di questo contesto, lo strumento del "reclamo generico" *ex art. 35 ord. pen.* assolve alla specifica funzione di consentire un contatto immediato del detenuto con l'organo di sorveglianza – da realizzare anche tramite periodici colloqui individuali o accessi ispettivi – finalizzato unicamente ad un'eventuale riparazione in forma specifica, in linea con le attribuzioni conferite al giudice *de quo* dall'art. 69 ord. pen., tra cui è da annoverare il potere di impartire «nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» (art. 69, comma 5, ult. parte, ord. pen.).

Il magistrato di sorveglianza è, insomma, per così dire il giudice dell' "attualità" e del "futuro" della detenzione, su cui deve vigilare costantemente, attivandosi immediatamente in caso di violazione delle posizioni soggettive del detenuto, ripristinando la situazione di fatto conforme al diritto.

<sup>34</sup> Renoldi, *Una nuova tappa*, cit., 3781.

<sup>35</sup> Tranchina, *La magistratura di sorveglianza*, Siracusa – Galati – Tranchina – Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, 679.

Per il danno già patito dal soggetto ristretto, non può provvedere lui, bensì il giudice civile, secondo le regole ordinarie in tema di riparto di giurisdizione, che non possono essere aggirate in via interpretativa, come appunto fa l'ordinanza in commento.

Allo stato, dunque – finché, perlomeno, non intervenga una modifica legislativa che alteri l'assetto delle menzionate regole – è da ritenere che viga un sistema improntato su un concorso cumulativo di rimedi: in sede civile, per ciò che concerne i profili risarcitori; innanzi al magistrato di sorveglianza, per quanto riguarda la riparazione in forma specifica.

Né, invero, pare potersi obiettare alla delineata impostazione che, posta la non rara impossibilità di attuare concretamente l'obbligo di ripristino (basti pensare alle ipotesi di sovraffollamento delle carceri), la condanna risarcitoria ad opera del giudice di sorveglianza assumerebbe una valenza per così dire "sostitutiva-suppletiva": è questa, infatti, una soluzione che a ben vedere si risolverebbe in un (quantomeno parziale) diniego di tutela, lasciando di fatto irripulito il danno già patito in passato dal detenuto. Piuttosto, in presenza di situazioni di questo genere, connotate da un obiettivo livello di insostenibilità della situazione lesiva, che danneggia il percorso ri-educativo del condannato, e si traduce in una forma di detenzione inumana e degradante, ci si può forse interrogare sulla possibilità che trovino esplicazione istituti clemenziali, in primis la grazia, sulla cui proposta o istanza – è bene ricordarlo – il magistrato di sorveglianza è legittimato ad esprimere un parere motivato (art. 69, comma 9 ord. pen.).

A favore dell'esegesi contraria a quella qui sostenuta non sembrano, invero, potersi invocare con valenza dimostrativa insuperabile gli argomenti addotti dall'ordinanza in esame.

Quanto alla pretesa rispondenza ai canoni del giusto processo del reclamo al magistrato di sorveglianza – nell'ambito del quale dunque, ben potrebbero essere prese in considera-

zione le pretese risarcitorie, con conseguente possibile condanna dell'Amministrazione – basti ricordare che proprio la riscontrata inadeguatezza del procedimento *ex art. 14-ter* ord. pen. ad assicurare un adeguato livello di contraddittorio, ha indotto la Corte costituzionale a riconoscere in capo al giudice del lavoro la giurisdizione in materia di lavoro prestato dai detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.<sup>36</sup>

E il sempre il Giudice delle leggi ha, invero, smentito con forza l'esistenza di un principio generale di "concentrazione delle forme di tutela", affermando che «non esiste sul piano costituzionale una esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione (non prevista dalla procedura) avanti ad un unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice».<sup>37</sup>

Conseguentemente, alla luce di tutto quanto esposto, pare potersi affermare che il detenuto, al pari di qualsiasi altro soggetto, gode nel nostro ordinamento di una tutela "articolata", ripartita innanzi alle varie giurisdizioni, secondo le previsioni legislative ordinarie.

Egli, quindi, può innanzitutto rivolgersi al magistrato di sorveglianza, cui è specificamente devoluta la cognizione del *vulnus* arrecato alle sue posizioni soggettive in conseguenza del trattamento penitenziario; può rivolgersi al giudice penale, ove ritenga di esser stato vittima di un reato; può agire innanzi al giudice civile per il riconoscimento della re-

<sup>36</sup> C. cost., sent. 27 ottobre 2006 n. 341, *cit.*

<sup>37</sup> C. cost., ord. 18 dicembre 2001, n. 414, *Foro it.*, 2002, II, 1291. La Corte ha altresì precisato che «non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali [...] secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria».

sponsabilità aquiliana dell'Amministrazione; può adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo.<sup>38</sup>

Di tal ch , in conclusione, l'alterazione in via interpretativa del delineato assetto di ri-

parto di giurisdizione realizzato dall'ordinanza in commento finisce col risolversi in un difetto relativo di giurisdizione, censurabile innanzi alla Corte di cassazione, con conseguente annullamento senza rinvio dell'atto.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> L'impostazione   condivisa da Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2833-2834 ss.

<sup>39</sup> Mambriani, voce *Giurisdizione penale*, Spangher (a cura di) *Procedura penale. Dizionari sistematici*, Milano, 2009, 164-165; cfr. pure Satta, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss.