

## **I diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività**

Alberto Marcheselli (Magistrato di Sorveglianza)

### *1. La tutela dei diritti dei detenuti*

La trattazione può essere schematizzata come segue.

In primo luogo è opportuno l'inquadramento generale della tutela dei diritti delle persone detenute. Successivamente, si potrà trattare degli aspetti specifici che mi sono stati indicati, con particolare riguardo alla materia della sospensione delle regole di ordinario trattamento e il diritto alla salute.

Sul piano generale e astratto sono possibili diversi schemi di tutela, che vanno dalla generalizzata attuazione di una tutela giurisdizionale, con forme a contraddittorio pieno e di fronte a una giurisdizione unica, a forme più variegate, che distinguano, ad esempio, a seconda della posizione giuridica fatta valere e da questo facciano dipendere differenze circa la procedura e la giurisdizione. Senza addentrarsi nell'esame di modelli solo teorici e limitandosi al dato normativo concreto, si può osservare come la scelta operata dall'Ordinamento Penitenziario e della Legge Gozzini si reggesse, sostanzialmente, su una tripartizione.

In primo luogo, diritti dei detenuti configurati esattamente alla stessa stregua di quelli delle persone libere, con la stessa tutela. Così, evidentemente, non portando la detenzione una *capitis deminutio* del condannato, c'è tutta un'area di situazioni nelle quali la posizione di questo non è modificata: o perché si tratta di questioni che non sono incise dalla detenzione, o perché si tratta di posizioni che non devono essere incise dalla detenzione. Esempio del primo tipo: la lesione di interessi patrimoniali del condannato avvenuta all'esterno del carcere. Salvi gli effetti della eventuale interdizione legale, il condannato gode della tutela ordinaria: può citare persone in giudizio per l'adempimento, esercitare rivendiche, ecc. Altro esempio, l'impugnazione al Tar di una delibera che neghi una concessione edilizia. Esempio del secondo tipo, il danno biologico patito per effetto di colpa medica nelle cure praticate durante la detenzione. Anche in questo caso la tutela segue, pacificamente, le forme ordinarie.

In questa prima area, l'affermazione della Corte Costituzionale secondo cui "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" (Corte cost. n. 26/99)" ha il significato più pieno: significa: la persona detenuta è uguale alla persona libera.

È molto interessante osservare che l'ambito in cui si esplica tale tutela ordinaria non è rigido e immutabile, ma dipende da valutazioni e dalla sensibilità socio giuridica del momento.

Esemplare, in proposito, la questione della tutela dei diritti del detenuto lavoratore. Stando a una notissima sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per esempio, la giurisdizione in tema di lavoro penitenziario spetterebbe al Magistrato di Sorveglianza, ai sensi della previsione dell'art. 69 O.P. tenuto conto del fatto che "Le diversità strutturali fra il rito applicabile per le ordinarie controversie di lavoro e quello proprio del procedimento delineato dall'art. 69 della legge n. 354 del 1975 per il lavoro dei detenuti, una volta assunta la natura giurisdizionale quale minimo denominatore comune delle une come dell'altro, manifestamente non escludono la ragionevolezza della scelta del legislatore di prevedere una diversa competenza per le controversie concernenti quest'ultimo tipo di lavoro, attese le peculiarità del relativo rapporto che, avendo come parte un detenuto, è, per ciò stesso, inserito in un contesto di attività che risultano strettamente connesse e consequenziali alla pena e, pertanto, istituzionalmente sottoposte alla sorveglianza del giudice penale.

Secondo questa impostazione, insomma, il lavoro sarebbe un'area sulla quale incide (nel senso giuridico appena precisato) la detenzione, di tal che è ammessa la differente giurisdizione e tutela.

A dimostrazione della relatività di tali impostazioni, è interessante sottolineare l'esistenza di un diverso orientamento, ben rappresentato dalla recente e nota sentenza della Corte di Appello di Roma, secondo cui, il sistema di tutela affidato al Magistrato di Sorveglianza non sostituirebbe

quello ordinario, ma vi si affiancherebbe, rimettendosi all'interessato la scelta, irrevocabile, tra l'uno e l'altro. La Corte di merito osserva, tra l'altro: "che il legislatore del 1986 non intendesse modificare l'art. 409 c.p.c. risulta evidente dalla notevole diversità dei due rimedi, il che esclude che il rimedio dinanzi al magistrato di sorveglianza sia idoneo a "sostituire" il rimedio ex art. 409 c.p.c., avendo una struttura ed una funzione ben diversa ed essendo dotato di congegni processuali ben più riduttivi rispetto agli strumenti previsti per l'esplicazione del diritto di difesa dei lavoratori. Tanto riduttivi che la diversa interpretazione sostenuta dalle Sezioni Unite non potrebbe che scontrarsi, come si dirà, con principi costituzionali e sovranazionali.

Basti osservare che la procedura ex art. 14 ter non prevede la partecipazione del contraddittore necessario del rapporto di lavoro e cioè del Ministero della Giustizia (datore di lavoro nel rapporto carcerario "interno" come quello in esame), che non assume la veste di parte, non prevede la partecipazione personale dell'interessato, che non può essere sentito personalmente, non prevede la pubblicità del procedimento.

Va anche considerato che la procedura è configurata come reclamo entro 10 giorni avverso un provvedimento dell'amministrazione (art. 14 ter), che non sempre è riscontrabile nelle controversie lavorative, e il magistrato di sorveglianza può solo pronunciarsi sulla fondatezza o meno del reclamo, ma non può emettere ad esempio provvedimenti di condanna (tipico corollario della diversa configurazione della natura dei giudizi, il primo impugnatorio, il secondo di tutela dei diritti soggettivi nel rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive).

Si è anche osservato in dottrina che il magistrato di sorveglianza, - per i compiti istituzionali di vigilanza che gli sono attribuiti dall'ordinamento penitenziario -, sembra svolgere una funzione propria diversa da quella che si riconosce all'ordinario organo giudicante delle controversie civili, sicché la procedura in esame ha funzione e struttura del tutto diverse dall'ordinario processo del lavoro, costituendo in realtà una tutela "interna" al regime carcerario e come tale non sovrapponibile né sostituibile alla normale tutela giurisdizionale, se non in base ad una libera scelta del detenuto lavoratore."

Questi due orientamenti scolpiscono plasticamente, con la forza del caso concreto, il problema della interazione delle posizioni giuridiche con la detenzione e la relatività di tali valutazioni.

Nel merito, a me pare che la soluzione formulata dalla Corte di Appello di Roma sia preferibile: la soluzione mi pare equilibrata nell'individuare i rapporti tra le due giurisdizioni e più appagante laddove riconosce la più ampia tutela conseguente al riconoscimento della giurisdizione ordinaria. Si noti che tale pienezza non è solo sul piano della teorica ampiezza del contraddittorio ma su quello, assai più immediato e concreto, della pronuncia ottenibile. Si osserva che solo davanti al giudice del lavoro sarebbe possibile ottenere una pronuncia di condanna, esecutiva nei confronti del datore di lavoro.

## *2. La tutela semplificata*

A fianco delle posizioni suscettibili di tutela ordinaria, il legislatore dell'O.P. e della legge Gozzini aveva poi configurato una situazione intermedia, disciplinata dall'art. 69, quanto a materia, e 14 ter e 71 e ss. O.P., quanto a procedura. Grossolanamente, si tratta di una procedura semplificata, posto che il contraddittorio si attua mediante il deposito di memorie (ed è esclusa la fisica partecipazione dell'interessato all'udienza), il provvedimento terminativo è una ordinanza del Magistrato di Sorveglianza ricorribile in Cassazione.

Tale rito era intermedio, siccome collocato tra la tutela con le forme ordinarie (vista sopra) e il c.d. reclamo generico, di cui all'art. 35 O.P. In questo ultimo caso, di fatto, l'istituto previsto è una "segnalazione" al Magistrato di Sorveglianza, che non conduce a un vero e proprio procedimento/provvedimento giurisdizionale, ma conduce a iniziative amministrative il cui esito è, essenzialmente, l'adozione da parte del Magistrato di Sorveglianza dei poteri di sollecitazione, relazione, intervento previsti in generale dall'art. 69 comma 1 e 5 O.P. All'interessato non è riconosciuta una partecipazione o tutela particolare all'interno di tale procedimento.

Su un piano teorico e generale, anche questo sistema aveva una sua logica coerente. A una tutela con procedimento giurisdizionale nelle materie di cui all'art. 69 comma 6 O.P. (lavoro e responsabilità disciplinare) affiancava, per le materie residue, una garanzia costituita dal potere di intervento di un organo terzo e imparziale, il Magistrato di Sorveglianza. A prescindere dai problemi sul rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, e ragionando in termini di potenziale efficienza del sistema, vale la pena di sottolineare che tale strumento avrebbe potuto avere anche una efficacia dirompente.

Ormai la questione si può dire superata dagli eventi (in particolare, la sentenza 26/1999 della C. Cost.), ma forse avrebbe potuto una fortuna diversa, in pratica, quanto disposto dal comma 5 dell'art. 69 O.P.: "il Magistrato di Sorveglianza impartisce nel corso del trattamento le disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati". Sarebbe stato sufficiente intendere "trattamento" come regime penitenziario e non come "programma di trattamento" e calcare la mano sulla vincolatività di quelle "disposizioni" del Magistrato di Sorveglianza.

Sempre sul piano generale, e prima di prendere atto della sentenza 26/1999 della Corte Costituzionale, che ha comportato la giurisdizionalizzazione di tutta la materia, è anche interessante osservare che non si può nemmeno affermare che l'aumento dell'area della giurisdizionalizzazione sia una tendenza reale dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. A parte la spinta, interna alla materia penitenziaria, per la creazione di Garanti dei detenuti, spinta che è compatibile con tale tendenza, volendosi affiancare un organo propulsivo a quello giurisdizionale, vale la pena di ricordare come, in altri settori, ci sia una tendenza opposta. Penso alla diffusa creazione di authority, con competenza su settori di rilevante importanza economica o finanziaria. O, senza andare troppo lontani, alla resistenza della c.d. clausola compromissoria negli sport professionistici. In ogni caso, l'architettura descritta fino qui è stata rivoluzionata dalla sentenza 26/1999 della Corte delle Leggi. Essa, sulla base del sillogismo per cui a ogni posizione giuridica meritevole di tutela deve corrispondere una tutela e che questa tutela deve essere giurisdizionale ha, come noto, dichiarato incostituzionale la disciplina appena descritta proprio perché non prevedeva l'accesso a forme giurisdizionali per le materie non disciplinate dall'art. 69 comma 6 O.P.

Si tratta di sentenza fondamentale, per il rigore del principio affermato.

Tale sentenza della Corte ha però lasciato sul campo due interrogativi. Il primo è quello delle posizioni giuridiche tutelabili. Il secondo, esplicito già nella stessa sentenza, quello procedura applicabile.

### *3. La sentenza 26/1999 C. Cost. e le posizioni giuridiche tutelabili*

Sul piano della portata, va subito rilevato che, come già sottolineato, la sentenza non impatta, come è ovvio, su tutta l'area delle posizioni giuridiche già suscettibili di tutela ordinaria (che godono già di tutela piena), così come di quelle già oggetto di disciplina espressa (ad esempio, la materia disciplinare).

Il problema più complesso (e più importante in pratica) è però un altro: dove passi il confine tra le posizioni tutelabili e aspettative di mero fatto. In effetti, si possono ipotizzare modelli teorici assai diversi, ma la soluzione resta difficile. Una delle tentazioni più irresistibili per l'interprete, in proposito, è cercare di selezionare tra diritti soggettivi e interessi legittimi, o modelli concettuali simili. A mio avviso, si tratta però di una strada poco produttiva. Al di là dell'enfasi che si mette normalmente sulle affermazioni - assolutamente corrette - della dignità della persona detenuta e l'esistenza di posizioni giuridiche non comprimibili, sta il fatto che delle due l'una. O sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione (e allora la tutela è quella ordinaria), ovvero si tratta di interessi che vengono incisi dalla detenzione. Ma se si verifica questa seconda situazione è evidente che l'interessato si trova in una posizione giuridicamente differente da quella del soggetto libero.

Nella posizione di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione, o meglio con lo scopo della detenzione. Tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella di un soggetto libero, ma differente. Il

giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e interesse del singolo.

Siamo nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. Il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, oltre a non ledere posizioni non sacrificabili in assoluto.

Il tentativo, insomma, di distinguere tra ciò che è tutelabile e ciò che non lo è passando per le categorie del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo è destinato a sicuro fallimento. Il criterio è allora diverso, saranno tutelabili tutte le posizioni giuridiche: a) espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie; b) riconoscibili a un soggetto libero, non importa di quale natura.

#### *4. Il procedimento applicabile*

Come noto, la sentenza 26/1999 della Corte Costituzionale, dichiarata incostituzionale la normativa dell'art. 35 O.P per la mancata attuazione delle garanzie della giurisdizione, e rilevata l'esistenza di molteplici modelli procedurali, rinviava al legislatore per la concreta individuazione di quello applicabile nella fattispecie.

Il legislatore, tuttavia, non interveniva nella materia. È così rimasto sul tappeto il problema, teorico e pratico, della scansione procedurale da utilizzare. Nella materia sono infine intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno ritenuto applicabile il rito di cui all'art. 14 ter O.P. Gli artt. 14-ter, 69, 71 e seguenti dell'ordinamento penitenziario prevedono il termine di dieci giorni per proporre reclamo; il termine di cinque giorni per l'avviso dell'udienza al pubblico ministero, all'interessato e al difensore; la partecipazione non necessaria del difensore e del pubblico ministero all'udienza; la facoltà dell'interessato di presentare memorie; la possibilità di proporre ricorso per cassazione entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Tale ricorso per cassazione è nelle facoltà anche dell'Amministrazione Penitenziaria, per le materie di cui agli artt. 14 ter e 69 comma 6 O.P. Pena un evidente lesione del diritto al contraddittorio, se questa è la procedura applicabile alla tutela dei diritti dei detenuti, dovrà ammettersi anche in questi casi la legittimazione al ricorso per la P.A.

La individuazione di tale procedura, al di là della somma autorevolezza del collegio giudicante, è da ritenersi soddisfacente.

La Corte osserva che “un simile mezzo non può che ricondursi - proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere - a quello di cui agli artt. 14-ter e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni.” E, ancora, che altre soluzioni, in particolare quella con la partecipazione dell'interessato costituirebbero “modello esorbitante la necessaria semplificazione della procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale prevista dal codice di procedura penale.”

Resta solo un passaggio oscuro nella motivazione della Suprema Corte, laddove si afferma che “la semplificazione della procedura resta in gran parte ridimensionata dalla possibilità di proporre reclamo al tribunale di sorveglianza secondo il modello prefigurato dall'art. 14-ter della legge adesso ricordata”. In effetti l'art. 14 ter è applicabile per il modello di procedimento, ma nelle procedure prese a *tertium comparationis* (69 comma 6), laddove la competenza sul reclamo è prevista in capo al Magistrato di Sorveglianza, non è assolutamente ammesso un ulteriore reclamo intermedio al Tribunale di Sorveglianza. Né avrebbe pregio il tentativo di costruire un parallelo con la procedura di cui al novellato articolo 18 ter O.P., in materia di corrispondenza. In tali casi vi è effettivamente un reclamo ex art. 14 ter al Tribunale di Sorveglianza contro un provvedimento del Magistrato di Sorveglianza.

Ma il provvedimento del Magistrato di Sorveglianza è proprio l'atto che dispone la limitazione di cui si duole il condannato. Nei casi di cui stiamo trattando l'atto che si assume lesivo è quello dell'Amministrazione e l'intervento del Magistrato di Sorveglianza è già una forma di reclamo.

Semmai, ci si potrebbe domandare perché la legge 95/2004 abbia attribuito la competenza in tema di reclamo al giudice collegiale e se da ciò non si possano trarre argomenti per desumerne, a posteriori, l'opportunità di analoga soluzione per la tutela dei diritti in genere.

Tale suggestione non è convincente: la procedura di cui all'art. 18 ter è permeata di maggiori garanzie (la più evidente è che la limitazione del diritto proviene da organo giurisdizionale, il Magistrato di Sorveglianza) proprio perché si tratta della tutela di diritto costituzionalmente garantito e con garanzia di giurisdizione: art. 15 comma 2 Cost. Ne risulta confermato che la procedura applicabile è quella di cui all'art. 14 ter: reclamo al Magistrato di Sorveglianza e ricorso per Cassazione, udienza senza la presenza delle parti.

### *5. L'effettività della tutela*

Ciò posto, si impone almeno un doppio ordine di considerazioni, a garanzia della effettività della tutela.

Il primo interrogativo riguarda l'individuazione delle possibilità di selezionare, tra tutte le doglianze che pervengono alla Magistrato di Sorveglianza, quali debbano comportare l'adozione della procedura in esame.

Il problema non è tanto rispetto alle ipotesi in cui sia applicabile una procedura diversa, visto che queste sono ipotesi espressamente previste (es. corrispondenza), oppure ipotesi che ricadono nella giurisdizione generale (es. azione per risarcimento danni da colpa medica), ma quelle in cui resti utilizzabile la via, interamente amministrativa, dell'art. 35 O.P. Non il confine interno, ma il confine esterno.

Si tratta di un aspetto che incide pesantemente sulla efficacia della tutela, posto che, come è ben noto a chi svolge le funzioni di Magistrato di Sorveglianza, molto spesso è la stessa materiale difficoltà di governare la massa delle istanze, denunce, segnalazioni a rendere tardiva e inefficiente la tutela. Detto in altri termini, una indiscriminata attuazione di tali modelli per ogni segnalazione ricevuta non solo rischia di comportare la paralisi della attività, ma renderebbe pressoché impossibile la selezione dei casi: la diluizione degli interventi su una miriade di casi ne eliderebbe la capacità di penetrazione.

In effetti, per le ragioni viste sopra, la linea di confine sembra dover essere quella delle aspettative di mero fatto: non è azionabile la procedura a fronte di doglianze che non coinvolgano lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative. Tale selezione non è detto però che sia così efficace: anche solo implicitamente, la più gran parte delle doglianze può andare a concernere interessi teoricamente meritevoli di tutela (incontrare persone o ricevere oggetti può consentire l'espressione della personalità, il diritto di manifestazione del pensiero, del credo religioso, ecc. mentre molte condotte o situazioni potrebbero incidere, almeno in teoria, sul diritto alla salute). Non solo, ma occorre tener ben ferma la distinzione tra allegato fondamento della domanda, da un lato e fondatezza della medesima, dall'altro. Se implicitamente o esplicitamente una domanda afferma di denunciare una violazione di un diritto, la causa pretendi è quel diritto, e la procedura va attivata. La domanda sarà poi ritenuta infondata, ma la procedura è doverosa.

Viene allora da domandarsi se il sistema non manchi di uno strumento di selezione, quale, per l'art. 666 c.p.p. il rilievo della manifesta infondatezza o della mera reiterazione.

Ma esiste un altro profilo problematico, ancora più grave, in termini di efficacia della tutela: quello della attuazione della decisione del Magistrato di Sorveglianza. Si tratta di un terreno non particolarmente esplorato.

La soluzione, in diritto, dipende dalla natura che si voglia attribuire all'intervento del Magistrato di Sorveglianza. Sono ipotizzabili almeno tre diverse ricostruzioni. Quella di giudizio di annullamento su atti; quello di accertamento di fatti; quello di accertamento e condanna.

Nella prima configurazione, al Magistrato di Sorveglianza spetterebbe solo di verificare la legittimità di un provvedimento della P.A. ed eventualmente annullarlo.

Nella seconda configurazione il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe accertare la situazione di fatto e se questa sia conforme a diritto, con una pronuncia dichiarativa.

Nella terza dovrebbe accertare quanto appena espresso e ordinarne la rimozione, il suo provvedimento costituendo titolo esecutivo contro la P.A.

La prima soluzione sconta la difficoltà rappresentata dal fatto che molto spesso a ledere i diritti non sono tanto singoli provvedimenti espressi, ma scelte organizzative generali, se non addirittura mere situazioni materiali.

La terza è, di fatto, tendenzialmente respinta dalla stessa giurisprudenza (da ultimo, la sentenza della Corte di Appello di Roma in tema di lavoro, affermava a chiare lettere di presupporre l'impossibilità per il Magistrato di Sorveglianza di condannare la P.A.). Tra l'altro, dal lato della Amministrazione, è fortemente dubbio che sarebbe costituzionalmente legittima la possibilità di ottenere un titolo esecutivo, con cadenze di contraddittorio così semplificate. Questa soluzione sarebbe probabilmente incostituzionale. Resta sul campo la soluzione mediana. In ogni caso, l'ottemperanza alla decisione rimane un aspetto problematico, qualunque sia l'opzione che si adotta. Anche sotto questo aspetto, si possono ipotizzare soluzioni molto diverse.

La più "forte" (ragionando in termini teorici: non mi risulta abbia precedenti) è ritenere che quanto previsto dall'art. 69 comma 5 O.P. significhi che le direttive del Magistrato di Sorveglianza si sostituiscono a quelle del vertice della Amministrazione (che sarebbe una sorta di commissario ad acta ex lege), con conseguente immediato dovere degli operatori penitenziari di attuare la decisione, disapplicando gli eventuali ordini contrari di Direttore, Provveditorato e Dipartimento. In tale ricostruzione il potere di ingerenza del Magistrato di Sorveglianza assumerebbe un contenuto invasivo nell'area dell'Amministrazione di eccezionale (e forse non opportuna) rilevanza. È quantomeno dubbio che questo fosse il significato della norma in esame.

Nell'ipotesi in cui si ritenesse il provvedimento una condanna, sarebbero attivabili le reazioni per l'inottemperanza al giudicato, con tutti i problemi ben noti, rispetto all'esecuzione coattiva di un facere, per di più da parte della P.A.

Se invece si ritiene che il provvedimento sia un accertamento, l'effetto della decisione è limitato alla dichiarazione di illegittimità di un certo assetto. Tale accertamento non ha però effetti diretti dal punto di vista esecutivo. Potrà essere semmai oggetto della valutazione incidentale quando sorga un diverso giudizio (disciplinare o penale) sulle eventuali responsabilità. È però quantomeno dubbio che tale accertamento sia vincolante in quelle sedi.

In questa prospettiva, allora, l'esito complessivo non può che ritenersi largamente insoddisfacente, sul piano della effettività, non ostante l'importanza delle affermazioni di principio che hanno costituito il punto di partenza delle riflessioni.