

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE

IN GIURISPRUDENZA



**II GARANTE DEI DIRITTI DELLE PERSONE
PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE**

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Laura Cesaris

TESI DI LAUREA

Chiara Menicatti

Anno Accademico 2010/ 2011

Ai miei genitori

e

a nonno Mimmo

INDICE

1. L' ESECUZIONE PENALE E LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTA' PERSONALE: DALLE CARTE INTERNAZIONALI ALLA COSTITUZIONE.....	6
1.1 I Diritti inviolabili dell'Uomo.....	7
1.2 Il Riconoscimento e la garanzia dei diritti delle persone limitate nella libertà personale nelle Carte internazionali.....	12
1.2.1. La Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo.....	12
1.2.2 Dalla Convenzione contro la tortura al Comitato preposto alla tutela dei diritti.....	14
1.2.3 La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Corte europea dei diritti dell'uomo.....	17

1.2.4 La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti : il ruolo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura..... ..26

2. Il riconoscimento dei diritti delle persone private della libertà personale nella Costituzione e ordinamento penitenziario.....36

2.1 L'ordinamento penitenziario tra riforme e garanzie.....41

CAPITOLO 2 : LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE PERSONE LIMITATE NELLA LIBERTA' PERSONALE : QUALI MODALITA' E QUALI ORGANI.....46

2. La Magistratura di sorveglianza. Cenni generali.....46

2.1 Le funzioni del magistrato di sorveglianza nell'ordinamento penitenziario.... 50

2.2 (*segue*) Le funzioni ispettive..... 53

2.3 (*segue*) Le funzioni in materia di misure di sicurezza..... 55

2.4 (*segue*) Le funzioni in ordine all'approvazione del programma di trattamento..... 58

2.5 (*segue*) La funzione consultiva..... 60

3.0. I diritti dei detenuti e la loro tutela giurisdizionale. Poteri e atti dell'amministrazione penitenziaria.....	62
3.1 Il reclamo generico come strumento di tutela.....	64
3.2 Influenze della Corte costituzionale. Verso una soluzione giurisdizionale.....	70
3.3 L'effettività della tutela. Posizioni giuridiche soggettive tutelabili.....	72
4.0 La figura del difensore civico delle persone private della libertà personale. Cenni	75

CAPITOLO 3 : IL GARANTE DEI DIRITTI DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTA' PERSONALE.76

3.1 Profili comparatistici sulla figura del Garante.....	78
3.2 I Garanti in Italia. Premesse all'istituzione. Caratteristiche e finalità comuni.....	82
3.3 Istituzione del Garante dei diritti dei detenuti negli enti locali. Alcune esperienze: Provincia di Milano, Comune di Reggio Calabria, Regione Sicilia.....	85
3.4 Le attività e le aree di intervento dei Garanti locali.....	95

3.5 Il diritto alla salute e le condizioni generali di detenzione.....	97
3.6 Il "servizio nuovi giunti".....	103
3.7 La questione della disabilità fisica del detenuto.....	104
3.8 I problemi del sovraffollamento e i detenuti stranieri.....	109
3.9 (<i>segue</i>) La predisposizione di una carta dei diritti dei detenuti e l'assistenza dei bisogni primari. I detenuti stranieri.....	112
3.10 (<i>segue</i>) La questione dei trasferimenti per ragioni di studio e familiari	113
3.11 (<i>segue</i>) Il diritto di voto in carcere. interventi del Garante.....	118
3.12 Il Patto penitenziario permanente. Una novità nel Comune di Reggio Calabria.....	120
3.13 Il Garante dei diritti delle persone private della libertà personale. Inserimento nell'ordinamento penitenziario.....	121
3.14 I problemi suscitati dalle figure locali.....	124

**CAPITOLO 4 : L' ISTITUZIONE DEL GARANTE NAZIONALE E I RAPPORTI
CON LA MAGISTRATURA DI
SORVEGLIANZA.....128**

4.1 La necessità di istituire un Garante nazionale.....	128
---	-----

4.2 La prima proposta di legge per l'istituzione di un'autorità garante nazionale dei diritti dei detenuti.....	130
4.2 La proposta di legge n. 626 / 2006 concernente l'istituzione del Garante delle persone detenute o private della libertà personale	134
4.3 Altre proposte di legge in tema di Garanti: Il d.d.l. n. 343 d'iniziativa del sen. Fleres e la proposta di legge per l'introduzione del reato di tortura.....	146
4.4 La proposta di legge per l'istituzione del Garante nazionale promossa dal coordinamento Garanti territoriali.....	151
4.5 I punti deboli del meccanismo e la blanda azione ispettiva del magistrato di sorveglianza. Necessità dell'azione del Garante nazionale.....	153
Conclusioni.....	158
Bibliografia.....	161
Ringraziamenti.....	168

1. L'ESECUZIONE PENALE E LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE PERSONE

PRIVATE DELLA LIBERTA' PERSONALE :DALLE CARTE INTERNAZIONALI ALLA COSTITUZIONE.

1.1 I Diritti Inviolabili dell'Uomo

Il concetto di inviolabilità dei diritti esprime l'idea che i diritti non possano e non debbano costituire oggetto di lesione qualunque sia la situazione giuridica da tutelare.

Nell'ambito dell'esecuzione penale, vi è l'esigenza di una più sicura ed efficace tutela da apprestare a prescindere dal consenso o dall'iniziativa del titolare del bene protetto e dalla situazione in cui si trova e, in particolar modo, ciò è richiesto quando la persona si trova in stato di privazione della libertà personale ai fini penali.

A seguito dell'entrata in vigore della legge sull'Ordinamento Penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354 , quale primo strumento normativo che ha dato attuazione concreta ai principi costituzionali di umanizzazione delle pene e trattamento personalizzato, il detenuto è considerato in *primis* come " *persona* " ed è posto al

centro dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale¹. Nell'esecuzione penale, il legislatore ha voluto dare attuazione ai diritti della persona riconosciuti e garantiti dalla Costituzione nonché rispettare gli impegni assunti dall'Italia negli accordi internazionali. A tal'uopo nell'ordinamento penitenziario vengono richiamati i principi dell'umanità e del rispetto della dignità della persona umana; in questo modo le norme assicurano al detenuto l'esecuzione della pena nel pieno rispetto dei propri diritti e il rispetto della sua dignità personale. Le disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario, relative a tali diritti, riconoscono a tutti i detenuti la titolarità di situazioni soggettive anche e soprattutto nei confronti dell'amministrazione penitenziaria configurando le aree di intervento del magistrato di sorveglianza che si caratterizza per il ruolo di garante della legalità nei confronti dell'operato dell'amministrazione stessa².

Nella Costituzione, più precisamente nell'art. 2, è sancito il riconoscimento e la garanzia da parte della Repubblica dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La prima parte dell'art.2 tutela il principio che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana; ciò significa che non è l'uomo in funzione

¹ S.BELLOMIA, *Enciclopedia del Diritto*, Vol.XXX pp 920 ss

² S. BELLOMIA, *cit.*, p. 922

dello Stato ma, diversamente, lo Stato in funzione dell'uomo, poiché è compito della Repubblica tutelarne i diritti e rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. L'inviolabilità non si riferisce solamente ai diritti che la Costituzione espressamente qualifica come inviolabili, quali la libertà personale, di domicilio, di comunicazione, diritto di difesa, ma si estende ad altri diritti previsti nel testo come la libertà di pensiero, il diritto alla vita, all'unità familiare, il diritto alla salute. Tra i diritti fondamentali sono inclusi anche i diritti sociali o di prestazione, cosicché l'inviolabilità acquista un senso diverso da quello di garanzia negativa contro indebite intromissioni dell'autorità nella sfera riservata dell'individuo per assumere il significato di pretesa all'effettivo soddisfacimento delle esigenze primarie della persona.³ Il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo si estende alle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, tali formazioni sono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali, ma nella misura in cui consentono e favoriscono il libero sviluppo della persona o meglio nella misura in cui garantiscono la tutela di interessi diffusi rilevanti costituzionalmente.⁴ Anche questa parte della disposizione in esame si collega al principio democratico in quanto costituisce il riconoscimento delle formazioni sociali, ossia di ogni tipo di organizzazione o di comunità che si

³ G. DI COSIMO, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, 2° ed., Cedam, 2008, p. 10

⁴ G. DI COSIMO, *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., 12

frapponga tra l'individuo e lo Stato ove effettivamente si svolge la personalità dell'uomo. Questo principio è esteso altresì ai detenuti, in quanto l'art.2 tutela anche i diritti inviolabili all'interno delle formazioni sociali, ivi compresi i cosiddetti ordinamenti speciali, tra cui l'ordinamento penitenziario, nei quali il perseguimento delle finalità che caratterizzano il singolo ordinamento non può comportare un sacrificio totale dei diritti delle persone.⁵ A tal proposito diverse sono state le pronunce della Corte, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 (diritto di reclamo) e 69 (funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza) l. 26 luglio 1975 n. 354 (d'ora in poi citata come ord. penit.) nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale del detenuto nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti delle persone private nella libertà personale. 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 diritti⁶. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione.

⁵ G. DI COSIMO, *Commento all'art. 2 Cost., cit*, 13

⁶ Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999 n. 26

L'art. 27 comma 3° Cost. 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 dei detenuti. La dignità della persona (art. 3 comma 1° Cost.) è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio dei diritti inviolabili dell'uomo che anche il detenuto conserva lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art.1 comma 1° ord.penit. ha inteso dare all'intera disciplina del sistema.⁷

⁷ Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999 n. 26

1.2 Il riconoscimento e la garanzia dei diritti delle persone limitate nella libertà personale nelle carte internazionali.

1.2.1. La Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 ha approvato La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che rappresenta il punto di riferimento di ogni deliberazione nazionale o locale o trattato internazionale sull'argomento. Come è ben noto, questa Carta individua i diritti civili, politici, economici, sociali, culturali che devono essere garantiti e protetti a chiunque in quanto si fondano sulla libertà dell'essere umano. Può essere definita una dichiarazione di principi in quanto non ha valore vincolante per gli Stati membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, ma di fatto ha orientato l'evoluzione del diritto internazionale ed è stata recepita in molte legislazioni nazionali e Trattati internazionali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo fissa alcuni dei principi base per la tutela dei diritti delle persone limitate nella libertà personale e più in generale delle persone che entrano a qualsiasi titolo a contatto col sistema giudiziario e penale del proprio Paese.

E' il caso specifico dell'art.5 che enuncia un principio cardine : *“Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a punizione crudeli, inumani o degradanti”*, dell'art. 9, che sancisce che *“Nessuno individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto, esiliato”*, dell'art.10, secondo cui *“Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza,, ad un' equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta”*.

In generale, diverse parti della Dichiarazione possono tradursi in principi di tutela dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a misure penali. Infatti essa si caratterizza per la sua universalità e quindi si riferisce ad ogni persona senza distinzione alcuna per ragioni di razza, colore , di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica, di ricchezza, di nascita o di altra condizione; di conseguenza, anche alle persone sottoposte a limitazioni di libertà personale a seguito della normativa del Paese in cui si trovano. A tal proposito, si estendono anche alle persone detenute i diritti individuali fondamentali quali il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza personale (art.3) , alla tutela da ogni forma di discriminazione (art. 7) , il diritto alla famiglia e la tutela delle relazioni familiari (art. 16) e il diritto alla libertà religiosa (art. 18). Analogamente interessante, nell'ottica di una riflessione sulla funzione della pena e sul trattamento penitenziario, appare il riferimento all'art. 23 sul diritto al lavoro, il quale

stabilisce che *"Ogni individuo ha diritto al lavoro , alla libera scelta d'impiego,, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione. Ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro. Ogni individuo che lavora ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui e alla sua famiglia un'esistenza conforme alla dignità umana ed integrata,, se necessario ad altri mezzi di protezione sociale"*. Merita altresì di essere considerato l'art.26,secondo cui *"ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione dev'essere gratuita {...}l'istruzione elementare dev'essere gratuita .l'istruzione tecnica e professionale dev'essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore dev'essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito"*.

1.2.2 Dalla Convenzione contro la tortura al Comitato preposto alla tutela dei diritti.

Oltre ai principi generali di tutela dei diritti fondamentali della persona contenuti nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, le Nazioni Unite hanno promosso altri strumenti specifici per garantire la tutela dei diritti e il rispetto di

condizioni minime dignitose nel trattamento delle persone private della libertà personale.

Il primo grande problema affrontato dall'ONU è quello relativo alla tortura e alle pene e trattamenti inumani e degradanti ; a tal proposito è stata emanata un'apposita convenzione "Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli,, inumani e degradanti", siglata il 10 dicembre 1948 ed entrata in vigore il 26 giugno 1987 attraverso la quale è stato istituito il *Comitato contro la tortura* competente a verificare l'attuazione della Convenzione negli Stati aderenti all'Onu.

Lo scopo di questo Comitato è quello di raccogliere ed esaminare rapporti periodici sullo stato di attuazione della Convenzione da parte dei singoli Stati ed eccezionalmente prendere in considerazione esposti individuali sulla violazione dei diritti che sono oggetto della Convenzione. L'azione dell'organizzazione delle Nazioni Unite nel campo della tutela delle persone sottoposte a limitazione della libertà personale non si è limitata agli aspetti legati alla salvaguardia dell'integrità fisica e morale della persona, ma a seguito del primo Congresso sulla prevenzione del crimine e sul trattamento degli autori del reato (tenutosi a Ginevra nell'agosto del 1955), sono state introdotte " *le regole minime per il trattamento dei detenuti*" atte a riconoscere e garantire i principi umani nel trattamento dei detenuti e nella gestione degli istituti penitenziari, che costituiscono una sorta di condizione

minima accettabile per delineare un sistema compatibile con i valori fondativi dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. Queste regole comprendono più o meno tutti i settori della vita carceraria, dalla pulizia degli ambienti all'igiene personale, al diritto alla salute, al servizio sanitario, alla tutela delle relazioni familiari; essi sono stati ripresi ed integrati con la risoluzione Onu n. 43/173, emanata il 9 dicembre del 1988, che ha dato vita ad un Corpus dei principi per la protezione di tutte le persone in stato di detenzione. Scopo di questo documento è la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi forma di detenzione o di imprigionamento, che, secondo il testo, devono essere trattate in maniera umana e con rispetto della dignità della persona. Arresto, detenzione e imprigionamento devono essere applicati soltanto se previsti dalla legge e da parte di ufficiali competenti o persone autorizzate a questo scopo. I principi statuiti devono essere applicati alle persone presenti all'interno del territorio di uno Stato, senza distinzione di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinioni politiche. Speciali misure di protezione sono previste per le donne, specialmente se incinte, bambini, anziani, malati e handicappati. Ad ognuno è attribuita la facoltà di essere assistito da un difensore come stabilito dalla legge. Altri principi enunciati nel documento riguardano il diritto, riconosciuto a ciascuna persona in stato di arresto, di essere prontamente informata dei propri diritti, nonché della ragione del suo arresto, della possibilità di ricevere visite e di

consultare il proprio difensore, ma anche di ricevere adeguate garanzie affinché non sia sottoposta a tortura o violenza di qualsiasi tipo. La Risoluzione n. 45/111, riafferma i “Principi base per il trattamento dei detenuti”, in particolare ciò che viene messo in evidenza è il rispetto della dignità il valore come esseri umani.⁸

1.2.3 La Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo e la Corte europea dei diritti dell’uomo.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), siglata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore nel 1953, sancisce la tutela dei diritti fondamentali della persona, tra cui il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza dell’individuo, il diritto ad un processo equo per chi è sottoposto a procedimenti penali o civili, la proibizione della tortura, nonché l’obbligo per gli Stati membri di rispettare i diritti dell’uomo, e il potere all’individuo di ricorrere ad un’istanza nazionale qualora la violazione dei diritti sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali.

⁸ Cfr., Risol. Onu 14 dicembre 1990 n. 45/111 concernente i principi fondamentali sul trattamento dei detenuti, adottata dall’Assemblea generale.

In primo luogo l'art. 1 Cedu, il quale stabilisce che " Le alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà", delinea un carattere generale che è proprio degli obblighi sostanziali che la stessa e i relativi Protocolli aggiuntivi impongono agli Stati. Gli Stati parti, per conformarsi agli obblighi enunciati dalla Convenzione, devono adeguare il proprio ordinamento sin dal momento in cui gli obblighi sorgono nei loro confronti, ossia dal momento della ratificazione della Convenzione. L'adempimento richiesto è quello di tenere un comportamento attivo volto a raggiungere gli obiettivi stabiliti nonché quello di prevenire e reprimere le attività delle Autorità che incidono passivamente sul godimento dei diritti da parte di altri individui. In Europa, non pochi Stati per ragioni legate alle pressioni subite da altri Stati nell'affrettarsi a divenire parte della Convenzione e dei Protocolli, hanno cercato di sfuggire all'esigenza di mettere tempestivamente in regola il proprio ordinamento, creando così delle ratifiche premature poiché non accompagnate dalla necessaria attività di adeguamento e comportando un pericolo di mancanza di credibilità dello strumento internazionale quale la Convenzione.⁹ Nel richiedere che gli Stati parti garantiscano i diritti enunciati, le disposizioni della Cedu non impongono che uno Stato renda la stessa direttamente invocabile dinanzi ai propri organi, ma è necessario inserire nell'ordinamento statale norme

⁹ G. DI GIORGI, *Commento all'art. 1 Cedu*, in *Commentario alla Cedu*, a cura di S. Bartole-B. Conforti- G. Raimondi, Cedam, 2001, p.24 ss

riproduttive di quelle della Convenzione. Gli obblighi a carico degli Stati sono da ritenersi posti essenzialmente nell'interesse degli individui; la possibilità per ciascuno Stato parte di pretendere il rispetto degli stessi obblighi ha la funzione di dare tutela ai diritti enunciati a beneficio degli individui lesi; di conseguenza non assume rilevanza l'antecedenza o meno, rispetto ai fatti che determinano la violazione, della data in cui la Convenzione è entrata in vigore per lo Stato che fa valere l'illecito. Infatti, proprio per il carattere obiettivo degli obblighi stabiliti nella Convenzione, la Corte europea ha previsto la possibilità per uno Stato parte di avvalersi delle garanzie collettive anche indipendentemente da un proprio specifico interesse, quale potrebbe risultare dal fatto che gli individui i cui diritti sono violati siano cittadini dello stesso Stato.¹⁰

L'art.1 della Cedu stabilisce che i diritti riconosciuti nel titolo I della stessa Convenzione devono essere garantiti a ciascun individuo, come indicato espressamente nell'art.14 Cedu sono vietate discriminazioni fra persone nella tutela dei diritti garantiti¹¹. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che nella Convenzione il termine "giurisdizione" ha un significato ampio e che la responsabilità degli Stati può sorgere in ragione di atti che emanano da propri

¹⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 18 gennaio 1978, Irlanda c. Regno unito, Gov. Irlanda c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e altri, *Massima redazionale*, 2005

¹¹ Cfr. art. 14 Cedu " Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente convenzione deve essere garantito senza alcuna distinzione, fondata soprattutto sul sesso, la razza, il colore, la lingua, al religione, le opinioni politiche, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, sui beni di fortuna, nascita o ogni altra condizione".

organi e producono effetti fuori dai territori degli stessi Stati¹². A tal proposito ciò che è rilevante è la circostanza che lo Stato sia in grado di incidere con il proprio comportamento sul rispetto dei diritti, sia che si tratti di diritti che vengano in considerazione nell'ambito della sovranità territoriale sia invece che si prospetti l'ipotesi di un controllo dello Stato al di fuori del proprio territorio. Anche nel caso di un controllo, il comportamento illecito di uno Stato può rilevarsi solamente nell'omissione, nella repressione o incoraggiamento delle attività di individui che pregiudichi il rispetto dei diritti di altri individui. La convenzione non stabilisce in alcun caso una forma di garanzia che renda imputabile allo Stato qualsiasi violazione del diritto enunciato; occorre però che la responsabilità derivi da un comportamento, sia pure omissivo, dello Stato .

Correlativamente al riconoscimento da parte della Cedu dell'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo è doveroso soffermarsi su quali siano le specifiche garanzie per la protezione e il godimento effettivo dei suddetti diritti. La dottrina ha più volte sottolineato la stretta interdipendenza tra diritti sostanziali e processuali, in quanto i primi possono considerarsi esistenti solo ove esistano norme processuali dirette a garantire che esso sia attuato anche in caso di mancata cooperazione spontanea da parte di chi è tenuto a rispettarlo¹³. Infatti un ordinamento che si

¹² Cfr. Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 1992, Drozd e Janousek c. Francia e Spagna, Serie A, n. 240, in *Riv. Inter. Dir. uomo*, 3, pp 1018-1032

¹³ Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2010, p.29

limitasse ad affermare unicamente una situazione di vantaggio a livello sostanziale, senza predisporre a livello di diritto processuale gli strumenti idonei a garantire l'attuazione del diritto anche in caso di una sua violazione, sarebbe un ordinamento incompleto e che non potrebbe essere qualificato come giuridico, poiché non garantirebbe l'attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela, nel momento della sua violazione¹⁴.

Nell'art. 13 è riconosciuto il diritto ad un ricorso effettivo; la disposizione stabilisce che "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto di presentare un ricorso avanti ad una magistratura nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio di funzioni ufficiali".

Il ricorso ad un'istanza nazionale per la protezione dei diritti è una clausola contenuta in numerosi testi internazionali e costituisce un importante elemento volto a superare un sistema di semplice enunciazione dei diritti dell'uomo per dotarli di precise garanzie di giustizia; infatti una volta affermati a livello internazionale, i diritti ricevono tutela dagli Stati stessi, purchè ne sia garantita l'effettività, salva poi la possibilità di ricorso ad organi internazionali una volta

¹⁴ Cfr. PROTO PISANI, *op.cit.*, p.34

esperiti i rimedi interni¹⁵. Tra questi rimedi è stata ritenuta compresa anche la questione di legittimità costituzionale, qualora dalla pronuncia della Corte costituzionale possa conseguire un effettivo rimedio alla denunciata violazione del diritto protetto dalla Cedu¹⁶.

Analizzando analiticamente l'art.13 Cedu si evince come il punto centrale della disposizione sia quello di offrire uno strumento di tutela per chi si ritenga vittima della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione. In questo contesto il ricorso non è da intendersi come appello o istanza contro una decisione giudiziaria, ma è concepito come una procedura attraverso la quale un soggetto può rivolgersi ad un'autorità, investita dall'ordinamento per lamentare la violazione di un proprio diritto ed ottenere, ove la violazione sia effettivamente accertata, la riparazione; affinché il ricorso sia idoneo a raggiungere lo scopo è necessario che l'autorità a cui viene rivolto abbia la possibilità di prendere provvedimenti idonei a risarcire il soggetto leso. A questo proposito la dottrina ha sottolineato la varietà di rimedi che le istanze nazionali competenti possono apprestare a fronte dell'avvenuta violazione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione; a tal proposito la disposizione in esame pare lasciare un ampio spazio di discrezionalità agli Stati, tale per cui a seguito dell'accertata

¹⁵ Cfr art.35 comma 1° Cedu "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

¹⁶ Cfr. Corte eur.dir.uomo, 12 marzo 1976, Sacchi c. Italia

violazione, l'autorità competente possa disporre la cessazione materiale del comportamento lesivo, l'annullamento, il ritiro o la modifica dell'atto lesivo, il risarcimento civile o la sanzione penale o disciplinare. L'adozione di tali provvedimenti richiede che il procedimento si sviluppi in un arco temporale per cui, in attesa della sua conclusione, il diritto o la libertà di cui il ricorrente chiedeva la protezione, sia pregiudicato. Per questo sempre al fine di assicurare l'effettività del ricorso, l'autorità investita del potere di giudicare deve essere dotata di strumenti idonei ad assicurare una tutela immediata; tra questi emerge la facoltà o il potere di sospendere l'efficacia dell'atto o del comportamento lesivo¹⁷. Per quanto concerne i soggetti che possono essere ritenuti responsabili della violazione l'art.13 sembra voler ricomprendervi chiunque, ed in particolare anche coloro che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo , istituita nel 1959 con sede a Strasburgo, è l'organo che controlla il rispetto della Cedu da parte degli Stati contraenti, è formata da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti e scelti tra giuristi di notoria competenza. Essa giudica in composizione collegiale composta da tre giudici, nonché attraverso camere composte da sette giudici. Il ricorso alla Corte può essere proposto da un altro Stato contraente nell'interesse obbiettivo, o

¹⁷G. CAMPANELLI, *Le forme di tutela immediata dei diritti fondamentali tra giudice comune e Corte costituzionale, le nuove frontiere dei diritti*. (Pontignano aprile 2000), in *Tecniche di Garanzia dei diritti fondamentali*, a cura di G.Rolla, ed 2001, Giappichelli, Torino, p.191

da qualsiasi persona fisica o giuridica od organizzazione o gruppo di individui; occorre che il ricorrente sia vittima di una violazione della Convenzione . La Corte è competente in relazione a tutti i livelli della procedura, dalle fasi preliminari alla pronuncia della sentenze definitiva.

La trattazione consiste in un primo tentativo di conciliazione tra le parti per poi passare, nel caso esso non produca nessun esito, ad un udienza pubblica in cui il giudice pronuncia la sentenza definitiva e vincolante per gli Stati interessati e prevedono l'erogazione di un indennizzo alla parte lesa ma anche in alcuni casi l'avvio di azioni concrete per la riparazione del danno causato imponendo allo Stato l'adozione di misure adeguate per rimediare agli effetti delle violazioni. Tra le istanze individuali presentate alla Corte le più frequenti riguardano la violazione dei diritti delle persone private della libertà personale.

In particolare ciò che è rilevante è l'influenza della CEDU nell'evoluzione del sistema penitenziario italiano.¹⁸ Si può ad esempio ricordare l'art. 18-ter ord.penit., introdotto con la l.18 aprile 2004 n. 95, che detta nuove regole "in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti", in conseguenza delle numerose condanne della Corte Europea a carico dell'Italia, in quanto la regolamentazione della censura sulla corrispondenza dei detenuti violava vari principi della Convenzione. In *primis* l'inosservanza ha riguardato l'art.8 il quale

¹⁸ F.DELLA CASA, *Suggerimenti influenze e standard europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass.pen.* 2004, p. 1207

stabilisce che “Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

L’art.18 ord. penit. ha concesso alle autorità competenti un ampio margine di discrezionalità nelle prerogative del controllo sulla corrispondenza non avendo precisato dall’inizio né la durata del provvedimento di controllo ma soprattutto le ragioni del medesimo¹⁹. Ad oggi con tale previsione, il legislatore ha individuato i presupposti del provvedimento censorio e la durata del medesimo e in particolare, ha previsto che contro tale provvedimento è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza competente e ricorso in Cassazione ; la censura non può riguardare la corrispondenza indirizzata al difensore , agli organi di reclamo art 35 ord.penit, ai membri del Parlamento , alle rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di cui gli interessati sono cittadini e agli organismi

¹⁹ E. BERTELOTTI, *Commento all’art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, I, a cura di F. Della Casa, 4° ed. Cedam, 2011, p. 239 ss

internazionali amministrativi e giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'Uomo.²⁰

1.2.4 La Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti : il ruolo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

Ad integrazione della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, il Consiglio d'Europa, in data 26 novembre 1987 ha adottato la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene, e trattamenti inumani e degradanti* ; essa introduce un sistema aggiuntivo di tutela e di controllo sul rispetto dei diritti delle persone limitate nella libertà personale. Si è avvertita la necessità di rafforzare gli strumenti di protezione per quanto riguarda le persone detenute, esigenza che nasce dalla presa d'atto che gli atti di tortura e i trattamenti o le pene inumani o degradanti nei confronti di tali persone da parte di un'autorità pubblica sono le più gravi violazioni della dignità umana, sia della vittima che dell'autore del reato. L'art. 3 Cedu vieta in modo assoluto ogni atto di tortura e trattamenti o pene inumani e degradanti; tale divieto ha portata assoluta, posto

²⁰ F. DELLA CASA, *Suggerimenti influenze e standard europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano, cit.*, p. 1207

che la previsione convenzionale non consente né eccezioni né limitazioni al diritto garantito. Questa intangibilità viene confermata dai lavori preparatori, nei quali si legge che il delegato del Regno Unito, in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio D'Europa, esortava i relatori della Convenzione a vietare ogni forma di tortura da chiunque e per qualunque motivo posta in essere. L'Assemblea ha ritenuto che tale divieto debba essere assoluto e che la tortura non possa essere consentita per nessuno scopo, né per scoprire prove, né per la sicurezza dello Stato. Tale principio è riaffermato nella giurisprudenza degli organi di tutela della Convenzione secondo cui anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo o al crimine organizzato, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti. Nell'ambito dell'esecuzione penale, i giudici europei hanno più volte affermato che la detenzione non priva l'interessato delle garanzie dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione.

In questo contesto rilevante è l'attività che viene svolta dal Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, istituito sulla base del testo della relativa Convenzione del 26 giugno 1987 e adottato dal Comitato dei Ministri dopo aver consultato l'Assemblea: il testo della Convenzione è stato aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa il 26 Novembre 1987 e ratificato dall'Italia con la l. 2 gennaio 1989, n. 7.

L'importanza di tale Convenzione sta, dunque, nel fatto di aver dato vita ad un corpo di ispettori internazionali (il Comitato per la prevenzione della tortura) che, secondo il mandato della Convenzione, visitano liberamente tutti i luoghi dei Paesi membri in cui le persone sono private della loro libertà in forza di un provvedimento di una autorità pubblica. Quest'organo internazionale presenta vari tratti del tutto originali degni di approfondimento.²¹ Il primo aspetto significativo è costituito dalla sua finalità precipua, vale a dire la prevenzione. Le indagini del Comitato non hanno come fine solo quello di stabilire se uno Stato infligga o meno trattamenti disumani o degradanti o commetta atti di tortura. L'obiettivo del Comitato è quello di prevenire tali trattamenti o atti. Di conseguenza, le visite negli istituti hanno come oggetto le condizioni di detenzione delle persone private della libertà: le condizioni ambientali, le cure mediche, il vitto, i rapporti con i familiari, la possibilità di ricorrere contro abusi delle autorità amministrative, il diritto all'istruzione, a svolgere attività lavorative, ecc.

Negli ultimi anni, poi, il Comitato si trova a effettuare le proprie indagini in nuove aree di privazione della libertà quali i Centri di permanenza temporanea per immigrati illegali e le zone "internazionali" degli aeroporti. Il Comitato

²¹ A. NALDI, *Europa, carcere, penalità e lavoro: una ricerca transazionale*, in Quaderni di Antigone, Sinnos, 2005, p.34

deve, in questo contesto, non solo accertare se esistono condizioni che già appaiono disumane o degradanti e se vengono praticate forme di tortura, ma deve anche verificare se esistono condizioni suscettibili di degenerare, portando a trattamenti disumani o degradanti e pratiche di tortura.

Un ulteriore aspetto che caratterizza il Comitato riguarda i suoi compiti. La funzione essenziale è quella di effettuare dei sopralluoghi o visite negli istituti penitenziari degli Stati membri del Consiglio d'Europa : sotto questo profilo, il CPT è un organo non giurisdizionale, con funzioni ispettive²²; esso può organizzare visite regolari o periodiche oppure visite *ad hoc* quando ciò sia richiesto da particolari esigenze o circostanze. Richiede agli organi statali competenti di visitare, in qualunque momento, qualsiasi luogo ove vi siano persone detenute da una autorità pubblica. La scelta è stata quella di non specificare il lasso di tempo che deve trascorrere fra la notificazione ed il momento della visita effettiva. Senza dubbio, al fine d'indagare sulla realtà quotidiana dei luoghi di detenzione, sarebbe stato più utile poter entrare nei Paesi e negli istituti liberamente ; ma questa non è stata fin dall'inizio la strada percorsa, considerando la circostanza che, senza preavviso e senza il consenso delle autorità statali, nessuna commissione internazionale può di fatto intervenire sul territorio di uno Stato, in ragione della sovranità nazionale. La stessa scelta di non

²² A. NALDI, *op.cit.*, 21, p. 36

indicare il periodo della visita è in parte vanificata dal rispetto del principio di cooperazione, il quale impone al Comitato, da un lato, di attivarsi entro un tempo ragionevole dalla comunicazione, dall'altro di concedere allo Stato un margine sufficiente per rendere materialmente possibile la visita. Il Comitato espleta il suo compito informando la sua attività a principi ispiratori fondamentali nei rapporti con gli Stati membri, tra cui la cooperazione. Quest'ultima comporta che lo Stato, sul cui territorio viene svolta l'indagine, deve garantire al Comitato una serie di agevolazioni nello svolgimento del suo compito. Pertanto la delegazione, di norma composta oltre che da taluni membri del Comitato anche da esperti membri del Segretariato permanente di Strasburgo e da interpreti, ha accesso al territorio dello Stato e ha il diritto di spostarsi senza restrizioni. Ha altresì accesso a tutte le informazioni complete sui luoghi dove si trovano persone private della libertà come a tutte le informazioni di cui dispone lo Stato e che il Comitato ritiene necessarie allo svolgimento del suo compito. Il Comitato può inoltre intrattenersi con le persone private della libertà senza la presenza di testimoni ed entrare in contatto liberamente con qualsiasi persona pensa possa fornirgli informazioni utili.

In virtù della Convenzione del 1987, il Comitato ha la possibilità di comunicare alle autorità competenti osservazioni anche già durante la visita, senza cioè dover aspettare il momento del rapporto, che resta comunque una tappa

obbligata. Questa facoltà dovrebbe essere utilizzata solo in casi eccezionali, ad esempio quando venga ravvisato un bisogno urgente di migliorare il trattamento delle persone private della libertà, in riferimento a situazioni specifiche come le condizioni intollerabili di alcune celle di sicurezza o d'isolamento. L'uso mirato di questo strumento si è spesso dimostrato efficace. Un primo "intervento" può essere effettuato già al termine della visita e prima di lasciare il Paese. Gli ispettori hanno infatti il potere di formulare "osservazioni immediate" alle autorità statali circa le misure da adottare urgentemente. Questo potere è stato esercitato più volte, e sempre con risultati positivi. La collaborazione tra il Comitato e lo Stato interessato è, dunque, essenziale perché il primo possa svolgere il proprio lavoro, il cui scopo non è quello di condannare moralmente o politicamente gli Stati, ma fornire loro gli strumenti per rafforzare la tutela dei reclusi.

Il Comitato svolge il suo lavoro nel rispetto di un altro importante principio - la confidenzialità, senza la quale difficilmente uno Stato consentirebbe la "intromissione" della delegazione europea, in virtù del limite della sovranità nazionale. Sotto questo profilo la confidenzialità è indispensabile perché il Comitato possa avere una effettiva collaborazione da parte degli Stati e poter quindi tenere sotto controllo una dimensione altrimenti inaccessibile.

L'obbligo di confidenzialità si traduce, in primo luogo, nella disciplina prevista per i Rapporti contenenti le conclusioni che il Comitato invia ai Governi dopo

ogni visita. Al termine della visita, infatti, il Comitato elabora un Rapporto in cui espone i fatti constatati, le raccomandazioni e i consigli che ritiene necessari per migliorare la situazione delle persone private della libertà, sulla base dei quali si instaura un dialogo costante con lo Stato interessato. Questo rapporto, di natura confidenziale, viene trasmesso allo Stato e contiene, altresì, la richiesta di una risposta scritta da parte dello Stato; risposta nella quale verranno indicate le misure adottate per mettere in atto le raccomandazioni, le reazioni ai commenti e le risposte alle richieste di informazioni.

Il rapporto del Comitato e le risposte dello Stato possono essere pubblicate su richiesta dello Stato in cui ha avuto luogo la visita. In secondo luogo, se lo Stato non collabora o rifiuta di conformarsi alle raccomandazioni del Comitato, quest'ultimo può decidere, a maggioranza dei due terzi dei suoi membri e dopo aver dato allo Stato la possibilità di fornire spiegazioni, di fare una dichiarazione pubblica sulla questione, il c.d. *public statement*, il quale si caratterizza per la pressione che è in grado di produrre a livello internazionale, attraverso la presentazione di un'immagine negativa del Paese. A questo proposito va sottolineato che la dichiarazione del Comitato non è una sanzione coercitiva perché, nell'elaborare la Convenzione, gli Stati decisero che gli ampi poteri d'ispezione che erano disposti ad accordare al Comitato dovevano essere

bilanciati sia dalla riservatezza dei rapporti, che dall'assenza di poteri sanzionatori coercitivi.

In merito alla proibizione della tortura e a pene e trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 Cedu, di recente la Corte europea ha condannato l'Italia a causa delle condizioni di detenzione causate dal sovraffollamento. Si allude al caso di specie²³ che riguardava un cittadino della Bosnia-Erzegovina detenuto nel carcere romano di Rebibbia per scontare una sentenza di condanna. "Riferiva il ricorrente che nel corso della sua permanenza nel carcere romano aveva soggiornato in diverse celle, ciascuna di circa 16,20 metri quadrati, che aveva condiviso con altri detenuti. In particolare, il ricorrente si doleva del fatto che dal 30 novembre 2002 al 15 aprile 2003 aveva dovuto dividere la cella con altre cinque persone, ognuna delle quali poteva disporre di una superficie di circa 2,70 metri quadrati, mentre dal 15 aprile al 20 ottobre 2003 aveva condiviso la cella con altri quattro detenuti, disponendo così ciascun detenuto, in media, di una superficie di 3,40 metri quadrati. Il ricorrente si rivolgeva pertanto alla Corte di Strasburgo lamentando che le condizioni della sua detenzione avevano violato l'art. 3 CEDU (divieto tortura). In particolare, il ricorrente, invocava i parametri indicati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) – ai quali anche la Corte aveva fatto riferimento in

²³ Cfr. Corte eur.dir.uomo, 16 luglio 2009, Sulejamovic c.Italia, n. 22635/03, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 9, 1175

alcune sue pronunce – che indicano in 7 metri quadrati la superficie minima auspicabile di cui ciascun detenuto deve poter disporre all'interno della propria cella.

Il ricorrente, infine, rilevava come i disagi subiti a causa del sovraffollamento dell'istituto penitenziario presso cui era detenuto si erano aggravati a causa della mancata concessione del beneficio della possibilità di lavorare in carcere".²⁴

La Corte ricorda preliminarmente che l'art. 3 della Convenzione "sancisce uno dei valori fondamentali di tutte le società democratiche, ed impone allo Stato di assicurare che le condizioni detentive siano compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della pena non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore al livello di sofferenza che discende, inevitabilmente, dallo stato di privazione della libertà personale, e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente garantite"²⁵. Ai fini di tali valutazioni, la Corte ha utilizzato come parametro di riferimento quello indicato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o degradanti , che ha individuato in sette metri quadrati per detenuto "la superficie minima auspicabile per una cella detentiva". I giudici di Strasburgo

²⁴ Cfr. Corte eur.dir.uomo, 16 luglio 2009, Sulejamovic, *cit.*, p.1175

²⁵ Cfr. Corte eur.dir.uomo, 16 luglio 2009, Sulejamovic, *cit.*, p.1175

hanno poi precisato che non è possibile quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso a ciascun detenuto ai sensi della Convenzione, in quanto esso dipende da diversi fattori, come la durata della privazione della libertà personale, la possibilità di accesso alla passeggiata all'aria aperta nonché le condizioni mentali e fisiche del detenuto.

Nel caso di specie, tuttavia, in analogia con altri precedenti, la Corte europea ha giudicato la situazione di sovraffollamento talmente evidente da giustificare, da sola, la constatazione della violazione dell'articolo 3. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha rilevato che la permanenza del ricorrente, fino all'aprile del 2003, in una cella nella quale ciascun detenuto poteva disporre di soli 2,7 metri quadrati, quindi di una superficie di gran lunga inferiore a quella minima ritenuta auspicabile dal Comitato, costituiva trattamento inumano e degradante ai sensi dell'articolo 3 Cedu. Per il periodo di detenzione successivo, durante il quale il ricorrente aveva potuto disporre di un spazio personale di oltre 3,2 metri quadrati, la Corte ha ritenuto, invece, che il trattamento cui era stato sottoposto il ricorrente non avesse raggiunto quel livello di gravità minimo richiesto per rientrare nella previsione dell'articolo 3. Nessuna rilevanza è stata riconosciuta alla doglianza del ricorrente circa la negata autorizzazione a svolgere lavoro in carcere, in quanto la Corte ha affermato che tale circostanza da sola non costituisce un trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione.

Infine, in via equitativa, la Corte ha altresì riconosciuto all'istante la somma di 1.000,00 € a titolo di risarcimento per i danni morali patiti.

Si segnala l'opinione concordante del giudice Sajó, il quale rileva che, nel caso in esame, non è stata la mancanza di spazio nella cella a costituire di per sé un trattamento inumano e degradante, quanto la mancata adozione da parte dello Stato membro di misure compensative supplementari volte ad attenuare le condizioni estremamente gravose derivanti dalla situazione di sovrappopolazione del carcere.²⁶

2. Il riconoscimento dei Diritti delle persone limitate nella libertà personale nella Costituzione e Ordinamento penitenziario.

Le persone che sono soggette a provvedimenti restrittivi della libertà personale necessitano di un'attenzione primaria volta a far sì che la loro condizione non si presti a svilimenti della loro dignità. L'ordinamento costituzionale è chiamato ad assicurare la loro piena dignità sociale attraverso interventi atti a garantire i diritti

²⁶ Cfr. Corte eur. dir.uomo, 16 luglio 2009. Sulejmanovic c. Italia. *cit.*, p.1175

essenziali della persona, tra cui quello ad un adeguato sviluppo della personalità, principalmente in virtù della concezione rieducativa che è propria della pena.

Il principio del finalismo rieducativo della pena trova fondamento nell'art. 27, comma 3° Cost., il quale stabilisce che " le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". La Corte costituzionale ebbe modo di interpretare l'art.27 comma 3°rilevando che la norma non si limita a dichiarare che "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato",ma dispone che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" e devono tendere alla rieducazione del condannato. Le due proposizioni sono congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma sono in funzione l'una dell'altra. Da un lato, infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è il presupposto necessario per la rieducazione del condannato; dall'altro è appunto in un azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca ad una inerte e passiva indulgenza²⁷. Alla pena dunque, con tale proposizione, il legislatore ha inteso soltanto segnare dei limiti, mirando ad impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità. Numerose sono le pronunce della Corte Costituzionale sul significato e sulla portata del finalismo rieducativo della pena. Il primo problema che l'articolo 27

²⁷ Cfr Corte cost.15 gennaio 1966 n.12, in *Foro it.*, 1966, c.550

comma 3° Cost. pone all'interprete è quello di chiarire se la formula "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato" stia ad indicare i limiti più significativi di una disciplina generale della pena oppure soltanto i limiti dell'esecuzione penale²⁸. Questo è un interrogativo a cui la Corte costituzionale ha risposto in maniera non sempre univoca. Non si può fare a meno di constatare come per molto tempo la Corte abbia adottato un'interpretazione decisamente riduttiva della funzione rieducativa della pena. A tale risultato è giunta sulla base di autorevoli indicazioni dottrinali che attribuivano alle fasi della comminatoria legale, della irrogazione giudiziale e dell'esecuzione una diversa funzione, ed in particolare confinavano la funzione rieducativa esclusivamente nella fase dell'esecuzione. La Corte costituzionale ha interpretato il comma 3° dell'art. 27 nel quadro di una concezione sostanzialmente "polifunzionale" della pena: così accanto alla rieducazione del condannato, che si pone come finalità ultima ma non unica della pena, quest'ultima perseguirebbe altre finalità quali la dissuasione, la prevenzione e la difesa sociale. Con la sentenza 15 gennaio 1966, n. 12 il giudice delle leggi ha considerato il fine rieducativo come marginale o addirittura eventuale e comunque sempre ridotto entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario. Il significato dell'art. 27 comma 3° Cost., -afferma la Corte, attenuando la sua

²⁸ M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 117

posizione- "non può essere forzato fino a condurre alle estreme conseguenze la tesi che il fine rieducativo inerisce ad ogni pena, dovendo esso necessariamente temperarsi con le altre funzioni di retribuzione e di difesa sociale".²⁹ Parte della dottrina preferiva l'interpretazione che riferisce il principio della rieducazione alla sola fase esecutiva: la norma costituzionale imporrebbe soltanto in questa fase di predisporre i mezzi più idonei a promuovere il reinserimento sociale del soggetto, mentre lascerebbe impregiudicata l'individuazione dei criteri finalistici di commisurazione della pena³⁰. Per contro, altra dottrina ritiene che "con l'affermare che in sede esecutiva devono venir posti in essere tutti quei congegni che dal legislatore ordinario sono considerati idonei a favorire il riadattamento sociale del condannato (come lavoro, studio, ecc.), si viene ugualmente ad ammettere la legittimità solo di quelle pene di cui siano astrattamente configurate modalità applicative tendenzialmente rieducative"³¹, con ciò si dimostra infondata la pretesa di riferire l'art. 27 comma 3° alla sola fase dell'esecuzione.

Successivamente la giurisprudenza della Corte costituzionale ha subito una svolta: la portata del principio rieducativo della pena viene evidenziata in tutta la

²⁹ Cfr Corte cost. 26 ottobre 1988, n. 1023, in *Foro it.*, 1989, c. 3001

³⁰ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Collana di studi penalistici, a cura di G. Bettiol, P. Nuvolone, XVII, Cedam, 1979, p. 96 ss.

³¹ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, in *Studi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1970, p.91 ss

sua estensione. Si parla di svolta perché si è operata un'inversione di tendenza rispetto alla consolidata prassi giurisprudenziale che considerava la funzione rieducativa circoscritta al solo ambito dell'esecuzione. Essa ha individuato nel fine rieducativo della pena il principio che deve informare di sé i diversi momenti che siglano il processo ontologico di previsione, applicazione, esecuzione della sanzione penale. La Corte ha affermato che "in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena". Ed ancora che "la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue".³²A giudizio della Corte riconoscere l'incidenza del principio rieducativo al solo momento esecutivo significa comprometterne l'efficacia in questa stessa fase.

³² Cfr Corte Cost. 3 luglio 1990 n. 30

2.1 L' Ordinamento Penitenziario tra riforme e garanzie

La storia penitenziaria italiana, fino all'approvazione della l.26 luglio 1975 n. 354 è stata caratterizzata da una filosofia di applicazione della pena che vedeva nelle privazioni e nelle sofferenze fisiche dei detenuti, gli strumenti per favorire l'educazione ed il riconoscimento dell'errore per determinare nel reo, attraverso il ravvedimento, un miglioramento personale.³³

Il sistema penitenziario delineato dal Regolamento del 1931 si fondava sull'ideologia di adesione coatta alle regole in quanto il Regolamento proprio per il suo carattere rigido , violava le più elementari regole del rispetto della dignità della persona; di conseguenza i diritti dei detenuti erano sempre più compressi e la pena sempre più a carattere retributivo.

L'entrata in vigore della Costituzione ha imposto quale dovere giuridico sia la rivisitazione legislativa delle forme di restrizione della sfera giuridica del detenuto connesse all'esecuzione della pena e quindi all'incidenza sulla disciplina penitenziaria del 3° comma dell'art. 27, sia la tutela giurisdizionale dei diritti attraverso l'incidenza degli artt. 24, 25, 101 , 104 e 111 più volte invocati come si avrà modo di constatare nel presente lavoro, quali parametri nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le disposizioni in tema di

³³ Di GENNARO- BREDA-LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione* , Giuffrè, 1997, p. 355

Ordinamento penitenziario e di esecuzione di misure alternative e limitative della libertà personale.

Nel luglio del 1975, il Parlamento ha approvato l'Ordinamento penitenziario. La legge ha introdotto importanti innovazioni, portando a un mutamento delle tradizionali linee di tendenza delle istituzioni penitenziarie e che estendono ai detenuti i fondamentali diritti riconosciuti dalla Costituzione ad ogni cittadino. La legge consente più ampi e costanti collegamenti con la società libera, attraverso una disciplina più liberale della corrispondenza, dei colloqui e dell'accesso ai mezzi di informazione; sono ammesse attività collettive di carattere sportivo, ricreativo e culturale, realizzate anche mediante l'intervento di persone estranee all'amministrazione penitenziaria; infine viene istituzionalizzata la partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa. Nuovi istituti quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la liberazione anticipata ed il regime di semilibertà, con il quale il condannato è ammesso a trascorrere parte della giornata fuori dal carcere per partecipare ad attività istruttive o lavorative, consentono di evitare o di ridurre l'incidenza dello stato di privazione per quei detenuti che dimostrano di essere maturi per essere riammessi nella società libera.³⁴ L'Ordinamento si conforma ai principi costituzionali di umanità e dignità, corollari del principio di imparzialità assoluta nei riguardi di tutti i detenuti senza discriminazione alcuna.

³⁴ G. NEPPI MODONA, *Le pene nell'ordinamento italiano*, in *Enciclopedia Garzanti*. Vol.II ,ed. 1997,p. 886

Esaminando più da vicino l'ordinamento penitenziario, il legislatore del 1975 ha voluto valorizzare gli elementi della personalità del detenuto ai fini di un suo riadattamento sociale facendo leva sulla concezione di trattamento penitenziario quale principio ispiratore dell'intero ordinamento, inteso quale attività dello Stato volta ad attuare concretamente la sanzione penale irrogata dall'autorità giudiziaria nei confronti del condannato attraverso l'adozione di metodologie operative finalizzate all'obiettivo di rieducarlo e consentirgli la piena reintegrazione nella società. Il legislatore ha posto l'accento sul trattamento quale idea forza dell'intero settore della esecuzione delle pene detentive³⁵. L'attuazione dei principi costituzionali con riguardo al momento dell'esecuzione della pena detentiva trova nell'art.1 piena garanzia e trova attraverso l'art.27 comma 3° Cost. l'area di incidenza del vincolo costituzionale sulle scelte della legislazione penale e penitenziaria.

L'art.1 non si limita ad una serie di affermazioni che corrispondono ai principi costituzionali dettati in materia, ma mira a tradurli, adattarli e integrarli in relazione alle esigenze di fondo cui la legge è preordinata³⁶. In esso si proclama che il trattamento penitenziario deve essere conforme al senso di umanità quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva, e questo si manifesta esplicitamente laddove il legislatore pone la persona del detenuto al

³⁵ V. GREVI, *Commento all'art. 1*, in *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 6

³⁶ V. GREVI, *Commento all'art. 1*, in *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 7

centro del sistema penitenziario; da ciò si evince che al detenuto viene riconosciuto il diritto ad trattamento rieducativo e risocializzante, in armonia con le regole di umanità e dirispetto della sua dignità, introducendo così il principio dell'autodeterminazione del condannato dal quale deriva il divieto di misure coercitive per finalità trattamentali

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, il trattamento penitenziario costituisce un vero e proprio diritto per il detenuto un aspetto del più generale diritto alla rieducazione cui corrisponde un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria.³⁷ A differenza del Regolamento del 1931, l'ordinamento penitenziario ha riconosciuto al detenuto una propria soggettività giuridica venendo identificato e definito quale titolare di diritti e aspettative e legittimato all'agire giuridico ,proprio nella qualità di titolare di diritti che appartengono alla sua condizione.

Si tratta di situazioni giuridiche soggettive che corrispondono pienamente ai valori dettati dalla Costituzione .Come già affermato nei precedenti paragrafi anche durante la detenzione, la Costituzione riconosce alcuni diritti .La Corte Costituzionale afferma che la detenzione in carcere non deve in alcun modo comportare la "morte civile del detenuto" e che è principio di civiltà giuridica che

³⁷ Cfr Corte cass. 24 marzo 1982, in *Rass. Penit. e crimin.* 1983, p.873 ss nonché Cass. 29 marzo 1986, in *Rass. penit. e crimin.* 1986, p.1178

al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni giuridiche soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca.

La dottrina prevalente ha evidenziato, nel caso di dubbi interpretativi, come l'inviolabilità deve spingere il giudice a considerarla sempre come "tendenzialmente prioritaria" e che è necessario offrire sempre strumenti adeguati di tutela giurisdizionale più efficaci.

L'art. 1 dell'ord.penit. sancisce il riconoscimento dei diritti *uti* persona del detenuto, cosicchè il detenuto conservi tutte le libertà , salvo le restrizioni previste e non è più completamente assoggettato al potere dell'Amministrazione.³⁸

³⁸ L'art.1 comma 3 ord.penit. recita " negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o , nei confronti degli imputati , non indispensabili ai fini giudiziari".

CAPITOLO 2 : LA TUTELA DEI DIRITTI DELLE PERSONE LIMITATE NELLA LIBERTA' PERSONALE : QUALI MODALITA' E QUALI ORGANI.

2. La magistratura di sorveglianza cenni generali

Nell'ordinamento penitenziario la funzione attribuita ai giudici di sorveglianza è riferita a due organi distinti: il Magistrato di sorveglianza e il Tribunale di sorveglianza.

La magistratura di sorveglianza è nata con la legge di riforma penitenziaria 26 luglio 1975 n. 354, attuativa dell'art. 27 Cost. Il legislatore, in sede di lavori preparatori del nuovo codice di rito, ha ritenuto l'introduzione nel sistema penale di una procedura giurisdizionale, concernente la modificazione e l'esecuzione della pena, un progresso della civiltà giuridica, una rivitalizzazione del principio del finalismo rieducativo della pena previsto dall'art. 27 comma 3° Cost.³⁹.

Con il regolamento degli istituti di prevenzione e di pena del 1930 non si era avvertita l'esigenza di introdurre la concezione rieducativa della sanzione penale e nemmeno l'esigenza di un processo di giurisdizionalizzazione della materia, riconoscendo veri e propri diritti al detenuto, il cui riconoscimento era affidato alla magistratura di sorveglianza. Del resto il sistema sanzionatorio previgente

³⁹ M.RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G. P. Voena, Vol. XLIII, Giuffrè, 2009, pp.6-7

all'ordinamento penitenziario aveva carattere retributivo e la fase esecutiva era finalizzata ad assicurare l'integrale attuazione del dispositivo contenuto nella sentenza di condanna senza preoccuparsi del recupero sociale del condannato⁴⁰. L'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario ha segnato il passaggio da un sistema sanzionatorio retributivo ad un modello di esecuzione penitenziaria che si fonda sul recupero sociale del condannato⁴¹.

Presso ogni distretto di corte d' appello e per ogni circoscrizione territoriale di sezione distaccata di Corte d' appello è costituito un Tribunale di sorveglianza. Esso giudica in un collegio di 4 membri, costituito per metà da magistrati ordinari e per metà da giudici non togati quali professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia nonché docenti esperti in scienze criminalistiche. Una diversa composizione del collegio darebbe senz'altro luogo a nullità. Ciò che caratterizza tale organo è dunque la collegialità volta ad assicurare una minore possibilità di errore, e la specializzazione, che mira a garantire l'idoneità di tale giudice a operare un giudizio tecnico e scientifico sulla personalità del detenuto⁴². Riguardo alla componente togata l' art. 70 comma 7 ord. penit. prevede poi che uno dei due magistrati che compone il tribunale sia il magistrato di sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il condannato o

⁴⁰ B. FERRARO- C. DE STEFANIS, *Procedimenti e provvedimenti della magistratura di sorveglianza*, in *Collana di Studi penitenziari*, diretta da B. Ferraro, Cedam, 1995, p.12 ss.

⁴¹ M.RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 39, p.7

⁴² G.CERBO, *La magistratura di sorveglianza*, in www.4ensicmag.com.

l'internato in ordine alla cui posizione si deve provvedere al fine di assicurare la possibilità di una conoscenza diretta della situazione dell'interessato. Come si evince dagli artt. 680, 682, 683, 684 c.p.p. nonché dal comma 3° dell' art. 70 ord. penit, il tribunale è competente per la concessione e revoca delle misure alternative, quali affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare speciale, semilibertà, la liberazione condizionale, la revoca o cessazione dei suddetti benefici, nonché delle riduzioni di pena e del il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive ai sensi degli artt. 146, 147 numeri 1 e 2 c.p.

In ordine al rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, il legislatore ha stabilito che a fronte dell'esigenza di tutelare la maternità , "l'esecuzione di una pena che non sia pecuniaria è differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, nonchè di madre di infante di età inferiore ad anni uno". Il differimento incontra dei limiti in quanto è escluso o se è concesso è revocato se la gravidanza si interrompe, se la madre è dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale, se il figlio muore, viene abbandonato o affidato ad altri sempreché l'interruzione di gravidanza o il parto siano avvenuti da oltre due mesi. La disposizione in esame interessa in *primis* le pene detentive; ma per effetto della l. 24 novembre 1981 n. 689 si applica anche alla semidetenzione e alla libertà vigilata, e del pari può riferirsi alle pene di permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità

irrogate dal giudice di pace con l. 20 agosto 2000 n. 274⁴³. Del pari, in merito al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, l'art. 147 comma 1 c.p. stabilisce che "l'esecuzione può essere differita se è presentata domanda di grazia, se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita per chi si trova in condizioni di grave infermità fisica e se una pena restrittiva deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni" Nel caso in cui sia presentata la domanda di grazia, il differimento riguarda qualsiasi pena principale, anche pecuniaria. Il legislatore per impedire che l'esecuzione della pena sia differita per un tempo indeterminato pone il limite di sei mesi dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, oltre il quale la pena è obbligatoriamente eseguita. Il rinvio è disposto anche nel caso in cui il soggetto si trovi in stato di grave infermità fisica; la gravità si fonda su due requisiti che devono concorrere tra di loro; ovvero sia la gravità oggettiva della malattia tale da determinare un serio pericolo di vita del condannato o la probabilità di altre conseguenze dannose nonché la possibilità di fruire in stato di libertà di cure e trattamenti più efficaci rispetto a quelli che possono essere esperiti in regime di detenzione.⁴⁴

⁴³ G.MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 428 ss; nonché L.FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 302 ss,

⁴⁴ G.MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale, cit.*, 43, p. 306 ss

Il Tribunale di sorveglianza opera sia come giudice di primo grado che come giudice d'appello in ordine ai provvedimenti del magistrato di sorveglianza. Le ordinanze del Tribunale sono soggette al ricorso per cassazione.

Diversamente dal tribunale, l'ufficio di sorveglianza, quale organo monocratico, è costituito su base pluricircondariale e le funzioni sono assai diverse da quelle del tribunale, come si vedrà nei paragrafi successivi.

2.1 Le funzioni del magistrato di sorveglianza nell'ordinamento penitenziario.

La creazione della figura del giudice di sorveglianza, quale organo giudiziario che si occupa della sorveglianza sull'esecuzione della pena dotato di potestà giurisdizionali e amministrative, ha suscitato molto interesse fra i penalisti e i cultori della materia penitenziaria. Questa figura è stata introdotta per la prima volta dai codici penale e di procedura penale del 1930 e preceduto da un movimento di pensiero che ha conferito al giudice il potere di controllare l'esecuzione in tutti i suoi aspetti, compresa l'attuazione delle pene detentive⁴⁵. L'impostazione della riforma del 1975 si fonda su solide premesse ovvero che se l'amministrazione della giustizia deve svolgersi con garanzie di carattere giudiziario, correlativamente anche l'esecuzione penale dev'essere subordinata a

⁴⁵ G. TARTAGLIONE, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rass. studi penit.*, 1972, p. 173 ss

simili garanzie e non può fare a meno della presenza di un giudice che eserciti specifiche funzioni. Poiché il procedimento di esecuzione non può riprodurre le linee di quello di cognizione, occorre dare ad esso una diversa configurazione e attribuire al giudice un complesso di funzioni diverse.

Il legislatore, nell'ordinamento penitenziario, nell'art. 68 comma 4 stabilisce che i magistrati che esercitano funzioni di sorveglianza non debbono essere adibiti ad altre funzioni giudiziarie. Questa disposizione segna le premesse di una nuova concezione della figura del giudice chiamato ad assicurare il rispetto della legge nell'esecuzione delle sanzioni penali⁴⁶. Allo stato attuale, le competenze del magistrato di sorveglianza si articolano tanto nel campo della vigilanza e controllo degli istituti di pena, quanto nel settore amministrativo tanto sempre più in quello propriamente giurisdizionale. L'attività del magistrato di sorveglianza assume primaria importanza, le funzioni attribuite in materia di esecuzione delle pene sono disciplinate dall'art. 69 ord.penit., che delinea le principali aree di intervento dell'organo. Tra queste, è opportuno ricordare che il magistrato di sorveglianza vigila sugli istituti di prevenzione e di pena, prospettando al Ministro della giustizia eventuali esigenze degli istituti con particolare riguardo all'attuazione del trattamento rieducativo; vigila che l'esecuzione degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti;

⁴⁶ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2010, p.49

controlla l'esecuzione delle misure di sicurezza personali, provvede al riesame della pericolosità ai sensi del 1° e 2° comma dell' art. 208 c.p. nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza. Provvede altresì, alla eventuale revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza. Il magistrato di sorveglianza approva il programma di trattamento penitenziario che deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto; se nel programma ravvisa elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione; impartisce inoltre disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati. Decide sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali; nonché sulle condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolta, provvede, sui permessi, sulle licenze ai detenuti semiliberi ed agli internati, e sulle modifiche relative all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare. Oltre a queste funzioni, con ordinanza provvede sulla riduzione di pena per la liberazione anticipata e sulla remissione del debito, nonché sui ricoveri previsti

dall'articolo 148 c.p.; ed esprime motivato parere sulle proposte e le istanze di grazia concernenti i detenuti. Svolge, inoltre, tutte le altre funzioni attribuitegli dalla legge.

2.2 (segue) Le funzioni ispettive

Il magistrato di sorveglianza svolge funzioni ispettive di vigilanza e controllo, rivestendo un ruolo molto ampio in merito all'organizzazione e gestione di ogni singolo istituto penitenziario. Egli è chiamato a conoscere dei problemi degli istituti e deve stabilire con gli operatori penitenziari e detenuti un rapporto di leale collaborazione tale da consentire di assumere il ruolo di garante dei diritti dei ristretti⁴⁷. Per conoscere la realtà dell'istituto, l'art. 75 reg. esec. stabilisce che il magistrato di sorveglianza deve offrire la possibilità a tutti i detenuti e internati di entrare direttamente in contatto con lui attraverso periodici colloqui individuali ed attraverso la presentazione di istanze o reclami anche orali. In particolare, la funzione di vigilanza si esercita con riguardo all'attuazione del trattamento rieducativo. Per quanto concerne nello specifico le modalità di attuazione, sono da considerare alcune disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario con le quali il legislatore attribuisce la funzione ispettiva al

⁴⁷ M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 46, p. 50

magistrato di sorveglianza. In particolare è necessario volgere l'attenzione al raccordo tra l'art.35 ord. penit. e l' art. 5 reg. esec.: l'art. 35 riconosce al detenuto la possibilità di rivolgere istanze e reclami, mentre l'art.5 reg. esec. determina le modalità con cui si estrinseca il potere di vigilanza del *magistrato de quo*, in riferimento oltre alle visite e ai colloqui, anche alla visione di documenti⁴⁸. Nella prassi, a fronte di una realtà carceraria molto diverse rispetto al modello di vigilanza che il legislatore del 1975 ha voluto descrivere nell'art. 69 ord. penit. , il magistrato di sorveglianza, anche allorquando svolga adeguatamente il compito di vigilanza riservatogli dalla legge, si trova a confrontarsi con il Ministero della giustizia, quale interlocutore, che talvolta fornisce risposte insoddisfacenti od omette qualsiasi risposta. Così facendo, si sono create le premesse per un diffuso scetticismo da parte dei magistrati sull'effettiva incidenza della funzione di vigilanza ad essi riservata, con conseguente rarefazione della loro presenza all'interno degli istituti e un affievolimento della funzione attribuita⁴⁹.

⁴⁸ F. DELLA CASA: *Commento all'art. 69 ord. penit* in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi -Giostra - Della Casa, 4° ed, Cedam 2011, p.926

⁴⁹ F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69, cit.*, p.48

2.3 (segue) Le funzioni in materia di misure di sicurezza

Le misure di sicurezza costituiscono una delle più significative novità introdotte dal legislatore del 1930, il quale affiancò al sistema delle pene inflitte in funzione della colpevolezza del reo, questa categoria di sanzioni penali, tenuto conto della pericolosità sociale dello stesso allo scopo di riadattarlo alla società. Si tratta dunque di istituti incentrati sull'idea di pericolosità: pericolosità delle persone e pericolosità delle cose; da qui la distinzione tra le misure di sicurezza personali e le misure di sicurezza patrimoniali. Le misure di sicurezza personali, che incidono sulla libertà della persona, si distinguono a loro volta, in misure personali detentive, quali l'assegnazione a una colonia agricola o casa di lavoro, ad una casa di cura e di custodia, all'ospedale psichiatrico e giudiziario, al riformatorio giudiziario; e le misure di sicurezza personali non detentive, quali la libertà vigilata, il divieto di soggiorno, l'espulsione dello straniero dallo Stato. Le misure di sicurezza patrimoniali, che di contro incidono sul patrimonio, sono la confisca dei beni e la cauzione di buona condotta.⁵⁰ La durata delle misure di sicurezza personali è indeterminata nel massimo poiché collegata al protrarsi o alla cessazione della pericolosità sociale. La legge, altresì, fissa una durata minima con la conseguenza che il magistrato di sorveglianza (al quale è conferito il potere

⁵⁰ G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 43, p. 449 ss.

di sovrintendere alle misure di sicurezza, ai sensi dell'art. 69 comma 3 ord. penit.) ha il potere di esecuzione, trasformazione e revoca di tali misure a seguito dell'accertamento della persistenza della pericolosità sociale. Egli provvede altresì con decreto motivato all'eventuale revoca delle dichiarazioni di delinquenza abituale, professionale o per tendenza di cui agli articoli da 102 a 108 c.p.

Tutto ciò sta ad indicare che il potere del giudice di sorveglianza nell'applicazione delle misure di sicurezza si configura come autonomo e non sostitutivo rispetto a quello del giudice di cognizione nonché esclusivo per quanto concerne la modificazione, la sostituzione e la revoca delle medesime. Le misure di sicurezza rientrano nel campo d'azione del sistema giudiziario con precise garanzie formali poiché tutte queste consistono in riduzioni o limitazioni di diritti, e in specie, quelle personali comportano la privazione della libertà individuale a seconda che si tratti o meno di misure detentive. La attuazione di tali misure, secondo la dottrina, non comporta solamente difficoltà nel garantire i diritti soggettivi di cui i ristretti sono titolari, bensì anche difficoltà nell'elaborare una diagnosi di pericolosità del soggetto e nell'evidenziare gli aspetti della pericolosità sociale, che influiscono sulla criminogenesi, sulle abitudini di vita antisociale, sulla particolare poclività al delitto dovuta ad altri fattori.⁵¹

⁵¹ G. TARTAGLIONE, *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, cit., 173 ss.

In questo settore l'attività del giudice di sorveglianza è di somma responsabilità e non si riduce ad un'azione formale destinata alla salvaguardia di situazioni giuridiche soggettive bensì si fonda su un programma operativo ben definito. Con riferimento alle misure di sicurezza, il sistema previgente alla riforma del 1975 affidava la funzione di vigilanza all'autorità di pubblica sicurezza, riservando al giudice soltanto i provvedimenti conseguenti alle trasgressioni.⁵² Secondo l'attuale disciplina, il magistrato deve essere costantemente informato ed impartisce direttive cui gli organi di polizia devono adeguarsi anche in relazione ad eventuali reclami della persona sottoposta a misure di sicurezza. Quanto agli accertamenti relativi alla pericolosità sociale e al riesame dell'istituto, il 4° comma dell'art. 69 ord. penit. si limita a tracciare una distinzione tra l'esecuzione di una misura di sicurezza già ordinata dai giudici di cognizione e l'applicazione *ex novo* della medesima in sede di esecuzione penale ai sensi dell'art. 205 c.p. Egli è tenuto ad accertare la persistenza e il grado della pericolosità sociale del soggetto al momento dell'applicazione della misura.

⁵² F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69*, cit., p. 926

2.4 (segue) Le funzioni in ordine all'approvazione del programma di trattamento

A seguito della riforma del 1975, la figura del magistrato di sorveglianza ha assunto competenze sempre più ampie, sia per la previsione legislativa che gli ha conferito nuove attribuzioni sia per l'ampliamento della quotidiana gestione degli istituti assumendo così una grande rilevanza nell'ordinamento penitenziario. Tra le varie funzioni merita attenzione l'intervento del magistrato in ordine alle attività trattamentali. Il 5° comma dell'art. 69 stabilisce che il magistrato approva con decreto il programma di trattamento dei condannati e degli internati e se ravvisa in esso elementi costituenti violazione dei diritti, lo restituisce alla direzione penitenziaria con le osservazioni opportune al fine di una nuova formulazione. Il 5° comma dell'articolo in esame è il frutto di due interventi legislativi: il primo attuato con la l. 10 ottobre 1986, n. 663⁵³, la quale ha stabilito

⁵³ Si tratta della c.d. "*legge Gozzini*" che viene approvata in Parlamento con ampio consenso. L'a ratio è quella di affermare la prevalenza della funzione rieducativa della pena mettendo in secondo piano le funzioni di prevenzione attraverso la paura della pena che nei paesi civilizzati sono alla base dello strumento penale. In tal senso la legge dà attuazione all'art. 27 della Cost., che vieta una pena detentiva in violazione dei diritti umani e afferma che la pena deve tendere alla rieducazione del carcerato. Essa, infatti, dispone una serie di misure alternative alla detenzione in carcere in favore di coloro che hanno commesso un reato. essa ha introdotto le misure alternative alla detenzione quali

che il magistrato di sorveglianza approva il programma di trattamento con decreto e non con ordinanza. Più significative appaiono invece le modificazioni introdotte nella l. 12 gennaio 1977, n. 1 che ha reso più chiaro il comma in esame in relazione a quei riferimenti che sembravano consentire al magistrato di esercitare il controllo attraverso tale funzione, sugli aspetti tecnico-operativi del trattamento tale da determinare una diarchia tra le direzioni degli istituti e l'organo. Per l'approvazione del programma di trattamento il magistrato di sorveglianza deve adottare il procedimento di sorveglianza. Il controllo è generico e si esercita sul documento che è il programma di trattamento della singola persona detenuta rispetto alla quale la legge non stabilisce alcun requisito contenutistico; inoltre la questione concernente il carattere vincolante degli interventi riservati al magistrato di sorveglianza sul programma tratta mentale è fonte di dubbio interpretativo. Se con il decreto l'organo approva il programma, nulla è stato detto nel caso contrario, ossia qual è la conseguenza nell'ipotesi della non approvazione con relative osservazioni agli operatori penitenziari. Poiché il programma deve risultare aderente alla situazione penitenziaria del detenuto, possono determinarsi successivi adeguamenti con ulteriori interventi di ratifica da parte del magistrato di sorveglianza; sarebbe incongruente una normativa che

permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione anticipata

si limitasse a circoscrivere il controllo di esso solamente al momento dell'approvazione e non a quello dell'attuazione.⁵⁴

Il 5° comma dell'art. 69 conferisce il potere di controllare il modo con cui viene attuato il programma di trattamento e di impartire all'occorrenza disposizioni volte ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e internati; queste disposizioni sono vincolanti a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con sentenza del 26 febbraio 1999.

2.5 (segue) La funzione consultiva

Secondo quanto stabilito dall'art. 69 comma 9° ord. penit., il magistrato di sorveglianza è chiamato ad esprimere un parere motivato sulle proposte e sulle istanze di grazia concernenti i detenuti. Facendo una premessa , la grazia è un provvedimento di clemenza individuale , ossia che si rivolge ad un condannato e la cui concessione è riservata ai sensi dell'art. 87 Cost., al Presidente della Repubblica. La portata estintiva della grazia è limitata alle sole pene principali, ma può estendersi anche alle pene accessorie nel caso in cui il singolo decreto presidenziale disponga in tal senso. L'effetto estintivo consiste sia nel condono

⁵⁴ F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69 ord. penit., cit.*, p. 929

totale o parziale della pena inflitta, sia nella commutazione in altra specie di pena meno⁵⁵. L'art. 681 comma 2° c.p.p. stabilisce che "la domanda di grazia, se il condannato è detenuto o internato può essere presentata al magistrato di sorveglianza , il quale dopo aver acquisito tutti gli elementi di giudizio utili e le osservazioni del procuratore generale presso la Corte di appello del distretto ove ha la sede il giudice indicato nell'art. 665 c.p.p., la trasmette al ministro con il proprio parere motivato . Si evince da queste disposizioni che il magistrato di sorveglianza riveste una funzione primaria esprimendo un parere motivato sulle proposte e istanze dei detenuti. Si è arrivati a questo dopo l'entrata in vigore della l. 10 ottobre 1986 n. 633, poichè l'originaria versione del comma 7 dell'art. 69 ord. penit. prevedeva che il parere del magistrato di sorveglianza fosse da acquisire nella sola ipotesi di una proposta di grazia avanzata dal consiglio di disciplina esprimendo in ogni caso il suo parere nel più breve tempo possibile previa acquisizione del materiale probatorio proveniente dalla direzione del carcere o dal centro di servizio sociale.⁵⁶

⁵⁵ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 439 ss

⁵⁶ F. DELLA CASA, *Commento all'art. 69 ord. penit.*, cit., p.930

3.0. I diritti dei detenuti e la loro tutela giurisdizionale. Poteri e atti dell'amministrazione penitenziaria

Come si è già affermato nel capitolo precedente, dall'art. 2 e dall'art.27 Cost. discende un principio di civiltà giuridica secondo il quale le persone sottoposte a restrizione della libertà personale per fini penali conservano la titolarità di situazioni soggettive. Da ciò si evince che la restrizione non comporta la privazione assoluta dei diritti di libertà della persona e che negli istituti penitenziari "quel residuo di libertà che la detenzione lascia sopravvivere è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la personalità individuale del detenuto"⁵⁷. In ossequio ai precetti costituzionali, l'ordinamento penitenziario individua l'esistenza di una serie di diritti che competono ai ristretti proprio in quanto persone, e correlativamente un dovere inderogabile a carico degli organi preposti all'esecuzione di garantirli e azionare le tutele in caso di violazione. Nell'ambito dell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, o delle misure coercitive di custodia cautelare in carcere, lo Stato per mezzo dei suoi organi amministrativi esercita un potere di coazione regolato dalle norme dell'ordinamento penitenziario; si tratta di una potestà

⁵⁷ Cfr . Corte cost. 28 luglio 1993 n.349

pubblica che incontra dei limiti precisi nella garanzia del rispetto dei diritti inviolabili dei detenuti e degli internati.

L'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti di varia natura in ordine alle modalità esecutive di pena, ma tali provvedimenti salvo le esigenze di ordine e sicurezza negli istituti, non devono incidere ancor di più sui diritti del detenuto, già compressi a seguito della sentenza di condanna a suo carico. L'amministrazione deve evitare di adottare, salvo i casi di ordine e sicurezza, altri provvedimenti amministrativi in grado di introdurre nuove ulteriori restrizioni, impedendo i movimenti e le azioni dei ristretti, nonché evitare di negare o comprimere il godimento di quei diritti inviolabili dei detenuti e degli internati posti a tutela dei minimi spazi vitali, il divieto di incidere sulla quantità o qualità della pena, e la possibilità di comportare un seppur temporaneo distacco carcerario, di precludere o di condizionare l'applicabilità dei benefici penitenziari quali ad esempio la sospensione di ogni attività di osservazione e di trattamento del detenuto che è la preconditione per la concessione di detti benefici.⁵⁸

"L'amministrazione penitenziaria è competente limitatamente sulle modalità concrete di attuazione del regime carcerario e dunque già potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo

⁵⁸ N.G. MELCHIORRE, *La tutela dei diritti dei detenuti e degli internati lesi da atti illegittimi dell'Amministrazione penitenziaria*, in www.diritto.it,

Stato di detenzione”.⁵⁹ Nonostante tali limitazioni della sfera di competenza, l’amministrazione penitenziaria esercita poteri amministrativi di natura discrezionale in grado di aggredire diritti soggettivi e interessi legittimi dei detenuti e degli internati determinando così l’esigenza sempre più marcata di una qualche forma di tutela di tali posizioni soggettive giuridicamente rilevanti che possono essere potenzialmente lese da atti o condotte omissive e commissive dell’amministrazione stessa.

3.1 Il reclamo generico come strumento di tutela

Il reclamo è uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e degli internati avente come precisa finalità quella di portare a conoscenza i motivi di doglianza della vita carceraria, sollecitando così gli interventi necessari per la rimozione degli effetti lesivi derivanti da atti illegittimi o da fatti illeciti dell’amministrazione. Il diritto al reclamo costituisce un sistema di garanzie dei detenuti e internati affinché sia assicurato un pieno rispetto dei loro diritti e interessi.⁶⁰ L’art. 35 ord. penit. prevede per questi soggetti una generica possibilità di rivolgere istanze o reclami da indirizzare non solo al magistrato di

⁵⁹ Cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996 n. 351

⁶⁰ M. COPPETTA, *Commento all’art. 35, in Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi – Giostra – della Casa, 4° ed, Cedam, 2011, p.426

sorveglianza ma ad altri soggetti quali il direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al Presidente della giunta regionale, al Capo dello Stato attraverso la presentazione di istanze scritte od orali. La norma accomuna in un'unica previsione due istituti diversi : il reclamo volto a lamentare la violazione di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e l'istanza finalizzata ad una particolare richiesta indipendentemente dalla lesione di un diritto o interesse. I reclami al pari delle istanze, possono essere predisposti in forma verbale o scritta; in quest'ultimo caso sono inoltrati anche in busta chiusa e, ai fini propri della tutela, il detenuto deve provvedere alla chiusura della busta apponendo all'esterno la dicitura "riservata" , ed in caso di mancanza di fondi del mittente, è la stessa direzione che provvede a fornire il materiale necessario per redigere le richieste. Il D.P.R. 30 giugno 2000 n.230 contenente il regolamento di esecuzione, al fine di favorire la presenza nei vari istituti del magistrato di sorveglianza prevede che l'istanza o i reclami possono essere rivolti anche oralmente mediante colloquio con il magistrato *de quo* di modo tale che ci sia una diretta percezione delle condizioni di vita negli istituti e che correlativamente sia concretizzata la funzione di vigilanza del magistrato stesso.⁶¹ Può verificarsi l'ipotesi che l'organo a cui è destinato il reclamo non lo accolga; a tal proposito la legge garantisce che il detenuto sia

⁶¹ M COPPETTA, *commento all'art. 35 ord. penit., op. cit.*, 60, p.427

informato nel più breve tempo possibile del rigetto e in particolare dei motivi sul quale si fonda. Da ciò si deduce che il magistrato di sorveglianza in merito al reclamo generico decide con procedimento *de plano* ovverosia << al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio>> attraverso l'adozione di un provvedimento che ha carattere amministrativo e non giurisdizionale, inoppugnabile; infatti << contro la decisione del magistrato di sorveglianza è inammissibile sia il reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza di cui all' art. 14-ter ord.penit.⁶² sia il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa norma nella parte in cui non prevede una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizioni della libertà personale. L'incostituzionalità deriva dal fatto che mancano le garanzie di tutela al detenuto in ordine alle decisioni prese dal magistrato di sorveglianza chiamato a pronunciarsi sul reclamo generico. Si tratta di un vuoto legislativo che non può essere colmato attraverso l'estensione per analogia del rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 69 comma 6° ord. penit.⁶³ poiché si tratta di un rimedio esperibile per singoli settori quali il lavoro

⁶² Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26

⁶³ Il comma 6° dell' art. 69 ord. penit. stabilisce che "il magistrato di sorveglianza decide con ordinanza impugnabile soltanto per cassazione, secondo la procedura di cui all'art.14-ter ord. penit. sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti sia l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali, sia per quanto concerne le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la contestazione degli addebiti e le facoltà di discolpa".

carcerario e la disciplina negli istituti. La Corte prende atto della necessaria importanza di una norma e di una procedura *ad hoc* che racchiude la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti lesi dall'amministrazione stessa. La dottrina⁶⁴ ha rilevato che la sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale rientra tra quelle additive di principio, ovverosia una pronuncia che fissa un principio generale, che deve essere attuato attraverso un intervento del legislatore, ma al quale può far riferimento il giudice nella decisione di casi concreti. L'importanza della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti trova giustificazione nella necessità da parte della Corte costituzionale di rispettare la discrezionalità del legislatore in connessione con il ruolo della medesima quale garante della legittimità costituzionale delle leggi e dei diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente tutelati.⁶⁵ A tal proposito nell'ipotesi di reclamo generico, la forza vincolante della sentenza *de qua* in attesa dell'intervento del legislatore, si esplica nell'individuare caso per caso la disciplina provvisoriamente applicabile fornendo così adeguata tutela. Tale pronuncia impone nella fase transitoria un tempestivo intervento sia del legislatore sia dell'organo giurisdizionale circa l'applicazione del principio enunciato. Nella sentenza in esame, la Corte si è astenuta dal determinare il giudice competente e i meccanismi procedurali adottabili. Per quanto concerne il giudice competente pare più

⁶⁴ M.COPPETTA, *Commento all'art. 35, cit.*, p.427

⁶⁵ MALFATTI – PANIZZA- ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p.130 ss.

che ad occuparsi sia il magistrato di sorveglianza anziché il tribunale di sorveglianza, poiché ben più economico ed appropriato rappresentando conseguenza quasi necessaria della declaratoria di illegittimità costituzionale.⁶⁶

I problemi maggiori, si sono verificati nell'individuazione dei meccanismi procedurali adottabili. La dottrina al riguardo è divisa. Alcuni studiosi⁶⁷ hanno ritenuto opportuno che fosse adottato un modello pienamente giurisdizionalizzato con le garanzie costituzionali di cui all'art.111 Cost; ossia quello che trova fondamento negli art. 666 e 678 c.p.p. ; altri invece⁶⁸ hanno ritenuto più consono, adottare il procedimento per reclamo di cui all'art.14-ter ord. penit. Altri ancora hanno auspicato << l'elaborazione di una scala di valori delle situazioni tutelabili che consenta di ritenere idonea garanzia di certi diritti anche alla luce dei principi costituzionali sul giusto processo, una procedura ulteriormente semplificata rispetto a quella prevista dall'art.14-ter ord. penit. magari fondata su n un contraddittorio meramente cartolare>>⁶⁹ . A fronte del silenzio in merito ai rimedi applicabili, la giurisprudenza, seguito della sentenza emanata dalla Corte costituzionale, si è avvalsa del procedimento *de plano*. E in alcuni casi adottando il procedimento tipico di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 668 c.p.p.

⁶⁶M. COPPETTA, *commento all'art. 35 ord. penit. cit.*, p. 428 ss

⁶⁷ M. COPPETTA, *commento all'art. 35 ord. penit. cit.*,p. 428 ss

⁶⁸ M. COPPETTA, *commento all'art. 35ord. penit. cit.*,p. 429 ss

⁶⁹ M. COPPETTA, *commento all'art. 35 ord. penit. cit.*,p. 429 ss

La sentenza della Corte costituzionale avrebbe dovuto costituire un nuovo sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e degli internati, ma non è stato così almeno nell'immediato poiché in un primo momento non ha riconosciuto nell'art. 35 ord. penit. i caratteri propri del procedimento giurisdizionale ritenendo di conseguenza inammissibili i ricorsi presentati avverso i relativi provvedimenti conclusivi e si è sostenuto che la decisione del magistrato di sorveglianza "adottata al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio è priva di stabilità e di forza giuridica cogente e di conseguenza non è soggetta ad ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza nè al ricorso per cassazione poiché consentito unicamente contro provvedimenti pronunciati da organi giurisdizionali".⁷⁰ Successivamente è emesso un orientamento giurisprudenziale più consono ai principi dettati dalla Corte, secondo il quale i reclami *ex art. 35 ord. penit.* non devono essere più considerati appartenenti al settore amministrativo bensì giurisdizionale con la motivazione che "si è davanti ad un procedimento che presenta dei caratteri propri della giurisdizione ritenendo corretta la scelta del magistrato di sorveglianza adottando le forme del procedimento di sorveglianza". La Corte di cassazione ha sostenuto che in mancanza di forme procedurali speciali relative alla materia dei reclami contro gli atti dell'amministrazione penitenziaria, lesivi dei diritti dei detenuti,

⁷⁰ Cfr. Cass. Sez I, 16 febbraio 2000, Camerino, in *Cass. pen.*, 2001, 1017

l'attuazione della tutela deve necessariamente realizzarsi attraverso l'ordinario procedimento di cui all'art. 678 c.p.p., che attraverso il rinvio all'art. 666 comma 6, del medesimo codice, rende ricorribili per cassazione le ordinanze emesse dalla magistratura medesima.⁷¹

3.2 Influenze della Corte costituzionale. Verso una soluzione giurisdizionale

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno individuato un sistema di tutela delle posizioni soggettive connesse alla predisposizione e all'attuazione del programma di trattamento nonché alle modalità della sua esecuzione.⁷² Si sostiene che la garanzia giurisdizionale delle posizioni giuridiche collegate al trattamento rieducativo trova fondamento proprio nell'art. 69 comma 5 ord. penit. ; secondo i giudici questa norma risulterebbe depotenziata qualora non ritenesse valida la possibilità di azionare i meccanismi giurisdizionali per tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei detenuti. Le Sezioni unite sono intervenute sul punto statuendo che sarebbe opportuno adottare una via intermedia ritenendo applicabile l'art. 14-ter ord. penit. poiché si tratta di un procedimento non complesso ed in grado di rispondere alle esigenze di celerità e semplificazione rispetto al rito di sorveglianza. In merito alla tutela dei diritti dei detenuti, sembra

⁷¹ Cfr. Cass. Sez I, 27 febbraio 2002, Panarisi, in *Giur.it*, 2002,

⁷² Cfr Cass. Sez un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Riv.pen.*, 2004,121

preferibile la procedura *ex art. 14-ter ord. penit.* quale strumento di tutela veloce rispetto alla procedura camerale ordinaria, che prevede il termine di dieci giorni per proporre reclamo avverso il provvedimento dell'amministrazione; nonché il termine di cinque giorni per la comunicazione dell'avviso dell'udienza al difensore, al pubblico ministero, all'interessato; la partecipazione non necessaria all'udienza del difensore e del pubblico ministero; la facoltà per l'interessato e per l'amministrazione di presentare memorie e di proporre entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento del giudice, ricorso per cassazione.⁷³

La questione della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti a fronte della sentenza della Cassazione Sezioni Unite, affronta solamente in parte il problema. Procedendo ad esaminare i motivi della sentenza *de qua* della Suprema corte, resta da considerare un'altra questione 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 di cui all'art.14-ter ord. penit.", poiché laddove la competenza sul reclamo è prevista in capo al magistrato di sorveglianza, è escluso un ulteriore reclamo intermedio al Tribunale di sorveglianza. Questa affermazione trova la sua giustificazione nel fatto che l'atto

⁷³ N.G. MELCHIORRE, *la tutela dei diritti dei detenuti e degli internati lesi da atti illegittimi dell'Amministrazione penitenziaria.*, cit., www.diritto.it

che si assume lesivo è quello dell'amministrazione e l'intervento del magistrato è già una forma di reclamo.⁷⁴

3.3 L'effettività della tutela. Posizioni giuridiche soggettive tutelabili

Per garantire una tutela effettiva in ordine alle questioni che pervengono al magistrato di sorveglianza, è opportuno individuare quelle ipotesi in cui sia utilizzabile la via amministrativa dell'art. 35 ord.penet. Si tratta di un aspetto di difficile soluzione poiché la selezione delle doglianze può comportare un rischio di paralizzare l'attività del magistrato di sorveglianza che, vista la massa di istanze, denunce, reclami, risulta di per sé già complicata. La soluzione è racchiusa nella distinzione tra posizioni giuridiche soggettive da tutelare ed aspettative di mero fatto; sostenendo che non è esperibile la procedura a fronte di doglianze che hanno come oggetto quest'ultime.⁷⁵ Tale soluzione però potrebbe risultare inefficace implicitamente poiché la maggior parte delle violazioni possono aggredire interessi teoricamente meritevoli di tutela, non solo; se implicitamente od esplicitamente si verifica la violazione di un diritto a prescindere dalla

⁷⁴ A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività: Un'ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale*, in *Rass. penit. crimin.*, 2010, p. 95 ss

⁷⁵ A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività: Un'ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale*, cit., 75, p. 101 ss

fondatezza della medesima, la procedura è doverosa ed a seguito di questa, la violazione sarà poi ritenuta infondata o meno.⁷⁶

Un'altra questione problematica riguarda l'esecuzione delle decisioni del magistrato di sorveglianza. In dottrina sono state ipotizzate tre diverse soluzioni in merito : l' annullamento degli atti, tale per cui al magistrato di sorveglianza spetterebbe verificare la legittimità di un provvedimento dell'amministrazione ed eventualmente annullarlo; l'accertamento di fatti che comporterebbe l'accertamento della situazione di fatto e se non è stata riscontrata la violazione, egli emana una pronuncia dichiarativa, e, per ultimo quella di accertamento e condanna tale per cui il provvedimento adottato costituisca titolo esecutivo contro l'amministrazione stessa. L'ottemperanza alla decisione è un aspetto problematico indipendentemente dalle possibilità dei provvedimenti che il magistrato può emanare. A tal proposito si possono ipotizzare soluzioni diverse tra cui la più importante è che le direttive del magistrato di sorveglianza, considerato commissario *ad acta ex lege*, si sostituiscono a quelle del vertice dell'Amministrazione con correlativo dovere a carico degli operatori penitenziari di dare attuazione alla decisione disapplicando eventuali ordini derivanti dal direttore dell'istituto, provveditorato e dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. Altre soluzioni trovano fondamento nel caso in cui si condanni

⁷⁶ A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività. Un'ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale.*, cit., 75, p.104

l'amministrazione attraverso apposito provvedimento di condanna, ma ciò comporterebbe l'attivazione dei meccanismi per ottenere da parte dell'amministrazione l'ottemperanza al giudicato con tutti i problemi al quale consegue. Di contro, se si ritiene che il provvedimento si espliciti in un accertamento, l'effetto della decisione risulterebbe limitato alla dichiarazione di illegittimità non avendo così effetti di natura esecutiva.

In questo vuoto legislativo si è inserita la giurisprudenza più recente.⁷⁷ La Corte costituzionale ha aperto nuove prospettive in materia di diritti umani in carcere tale per cui d'ora in poi, a fronte di una violazione di diritti accertata dal magistrato di sorveglianza, l'amministrazione penitenziaria avrà l'immediato obbligo di provvedere. L'eventuale omissione sarà sanzionata *ex art.* 328 c.p.⁷⁸. La sentenza della Corte costituzionale non si ritiene innovativa rispetto all'interpretazione dell'assetto normativo in materia di tutela dei diritti dei detenuti ma si limita a confermare i principi già espressi dai precedenti interventi della Corte costituzionale e dell'applicazione degli stessi forniti dalla Corte di cassazione. La Corte ribadisce che l'assetto inerente alla tutela dei diritti dei

⁷⁷ Cfr. Corte cost. 23 settembre 2009, n. 266, In fatto, il magistrato di sorveglianza di Nuoro nel decidere un reclamo con il quale il detenuto lamentava l'illegittimità della sua inclusione nel circuito penitenziario dell'elevato indice di vigilanza, in quanto proveniente dal regime 41-*bis*, sollevava dubbio di legittimità costituzionale relativo al sistema di tutela del detenuto in tali condizioni. La sentenza ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt.35, 14ter e 71 ord. penit. in materia di circuiti penitenziari.

⁷⁸ A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività. Un'ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale*.cit., p.106

detenuti è in linea con i principi costituzionali e sottolinea ancora una volta che le ipotesi in cui le determinazioni che il magistrato è chiamato ad adottare e quelle in cui è posta in discussione la concreta tutela di un diritto del detenuto, sono differenti.

4.0 La figura del difensore civico delle persone private della libertà personale.

Cenni

Il magistrato di sorveglianza è il prioritario punto di riferimento per i detenuti che lamentano patologie nell'operato dell'amministrazione penitenziaria. Nonostante ciò, non sono da sottovalutare altre figure di controllo, che risultano essere considerati secondari rispetto al magistrato *de quo*; si pensi alle visite negli istituti da parte delle autorità di cui all'art. 67 ord. penit., la presentazione di ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, le visite e le relazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Il magistrato di sorveglianza è l'organo per eccellenza di garanzia della tutela dei diritti dei ristretti, ma le modalità attraverso la quale esplica tale funzione porta a considerare la necessità di istituire una nuova figura all'interno dell'ordinamento atta a collaborare con il magistrato di sorveglianza per garantire l'effettiva tutela dei diritti. I fattori che inducono a formulare tale conclusione sono molteplici; *in primis* tale concezione può imputarsi ad un ridotto organico della magistratura di sorveglianza tale per

cui, a fronte di un aumento del carico di lavoro, l'attività ispettiva è la prima ad essere sacrificata, rimanendo marginale⁷⁹. Inoltre è da considerare che questo carattere marginale, sia il risultato di una scelta consapevole da parte di numerosi magistrati di sorveglianza per salvaguardare al massimo il senso di appartenenza ad un apparato della magistratura che tende ad isolarsi con la conseguenza che il loro ingresso negli istituti, al solo scopo ispettivo, si riduce e che i detenuti utilizzano la possibilità di incontrarlo solo per ricevere informazioni circa la concessione di permessi e misure alternative. Ci sono settori sottratti anche parzialmente al controllo continuativo di un organo esterno all'amministrazione penitenziaria ed altri in cui tale controllo ha modo di effettuarsi e che l'istituzione di una figura esterna non giurisdizionale e complementare al giudice di sorveglianza sia un'opportunità per dar atto all'effettività della tutela. Ovvero il Garante dei diritti dei detenuti.

⁷⁹ A. MARCHESELLI, *Il difensore civico delle persone private della libertà personale*. in www.diritto.it.

CAPITOLO 3 : IL GARANTE DEI DIRITTI DELLE PERSONE PRIVATE

DELLA LIBERTA' PERSONALE.

3.1 Profili comparatistici sulla figura del Garante

L'attenzione alla tutela dei diritti delle persone limitate nella libertà personale si iscrive in un *frame* normativo sovranazionale e transazionale. Non può esserci dunque alcun dubbio sull' enfasi crescente attribuita nel tempo, dall' Onu e dal Consiglio d'Europa all'istituzione e al rafforzamento di organismi nazionali e locali di controllo dei luoghi di detenzione. Al riguardo, il Consiglio d'Europa ha insistito sulla necessità, per ogni Paese europeo, di costituire un comitato nazionale indipendente con ampi poteri ispettivi, articolato a livello locale e che cooperi con gli organismi internazionali dotati di analoghe competenze. Il risultato è che in molti paesi europei è stata introdotta una nuova figura di garanzia: l' *Ombudsman*.

L'Ombudsman, fu inserito per la prima volta nella Carta costituzionale Svedese del 1809, quale organo di garanzia, con la funzione di vigilare sull'operato del Governo e sul funzionamento della pubblica amministrazione ed in grado di

concorrere alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, ovunque si configuri il rischio di violazioni⁸⁰.

Tenendo conto del modello di *Ombudsman* svedese, in Europa, si è assistito ad una riflessione sui temi della difesa civica nel contesto dell'esecuzione penale e sono stati istituiti organismi, anche non specificamente appartenenti all'amministrazione penitenziaria dotati di poteri ispettivi.⁸¹ Tra questi si ricorda, in Austria, la *Vollzugskommissionem* che ha il compito di vigilare sulle condizioni di trattamento dei detenuti, con l'obbligo di effettuare almeno una volta l'anno visite, senza preavviso, negli istituti penitenziari; in Danimarca, il *Board of Visitors*, quale organo indipendente composto da due membri eletti per quattro anni in ciascuna Regione, che ha la funzione di effettuare ispezioni -anche non preannunciate- nelle carceri ove sono reclusi detenuti in attesa di giudizio; ogni abuso riscontrato dal Garante è denunciato al Ministero della giustizia, che provvede ad esaminarlo⁸²; In Finlandia, gli istituti penitenziari sono regolarmente ispezionati dall' *Assistant Parliamentary Ombudsman*; si tratta di un esperto eletto dal Parlamento con un mandato di quattro anni, che ha la funzione di supervisore del sistema penitenziario, con poteri di visita sia degli istituti penitenziari nonché di altri luoghi di detenzione ove si possa concretare il rischio di maltrattamenti; in

⁸⁰ G. DE VERGOTTINI, voce *Ombudsman*, in *Enc. Dir.*, Vol XXIX, Giuffrè 1979, p. 879 ss

⁸¹ P.GONNELLA, *L'ombudsman per i diritti dei detenuti*, in *Diritti in carcere: il difensore civico nella tutela dei diritti dei detenuti*, A cura di A. Cogliano, Quaderni di Antigone, vol. I, 1° ed. 1997, p.32 ss.

⁸² P.GONNELLA, *L'ombudsman per i diritti dei detenuti*, .cit., 33

Ungheria, nel 1995, è stato istituito il difensore civico che può ricevere reclami dei detenuti ed effettuare visite ispettive di controllo nelle carceri. Un sistema diversificato di controlli è presente in Olanda; un organo indipendente composto da membri esperti, *Supervisory Board*, è presente in ogni carcere, e svolgendo ruoli ben precisi quali di supervisione del trattamento dei detenuti e di garanzia del rispetto della legge. Ogni mese, i membri di quest'organo hanno colloqui con il direttore dell'istituto al fine di relazionare sulla situazione detentiva.⁸³

In questa sede, un' attenzione particolare è rivolta alla Francia, che dopo aver firmato il protocollo opzionale della Convenzione Onu contro la tortura- che contempla appunto l'istituzione di un organismo di controllo di tutti i luoghi di privazione della libertà personale- con legge 30 ottobre 2007 ha provveduto ad istituire il *Controleur général des lieux privés de liberté*, ovverosia un' autorità indipendente in grado di garantire il rispetto dei diritti umani sia nelle carceri, sia in altri luoghi quali i centri educativi per giovani delinquenti, i centri di detenzione e di attesa e in tutti gli altri luoghi di limitazione della libertà personale. Le scelte recenti della Francia confermano la necessità che l'istituzione del Garante sia stabilita dalla legge, che si tratti di un organo indipendente e con propri collaboratori dotati di competenze pluridisciplinari, e soprattutto che

⁸³ P.GONNELLA, *L'ombudsman per i diritti dei detenuti*, cit., p.33

possiedono una reale conoscenza del settore penitenziario e che siano in contatto con gli attori istituzionali e non istituzionali interessati nei luoghi di privazione della libertà. La delineazione del *Controleur* è stato l'esito di un percorso che ha visto il *Mediateur de la Republique* avere esperienze con soggetti a vario titolo interessati, che oltre ad avere unanimemente sostenuto la necessità di un meccanismo nazionale finalizzato alla riaffermazione dei diritti dell'uomo, ne hanno indicato le caratteristiche e le modalità di funzionamento coerenti con i compiti conferiti⁸⁴.

Tali organismi appena descritti, costituiscono le strutture portanti che le Nazioni Unite e altre organizzazioni internazionali raccomandano agli Stati di istituire avendo un ruolo essenziale per garantire la tutela dei diritti umani.

In Italia, il garante dei diritti delle persone private della libertà personale è la risposta più adeguata per precedere ed affiancare la tutela giurisdizionale dei diritti; in quanto ad oggi anche la Magistratura di sorveglianza, notevolmente impegnata nelle sue funzioni, svolge un ruolo ispettivo degli istituti di pena strettamente limitato tale per cui il potere di visita sancito dall'art. 67 ord. penit. è esercitato occasionalmente⁸⁵.

⁸⁴ G. BERTAZZINI, *Il Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale*, in *Atti della Provincia di Milano*, Relazione 2008, p. 3 ss

⁸⁵ G. BERTAZZINI, *Relazione attività Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale*, in *Atti della Provincia di Milano*, 2007, p. 2 e ss

Nell'affrontare la questione della tutela dei diritti dei detenuti è necessario cogliere la complessità del problema; ovverosia focalizzarsi sui diritti che quotidianamente devono essere garantiti alle persone ristrette a vario titolo (ed anche alle persone comunque private nella libertà personale nelle stazioni di polizia così come nei centri di detenzione per gli immigrati, o nelle camere di sicurezza), stabilire le diverse modalità di intervento ed infine mettere a confronto modelli diversi per definire una proposta in grado di rispondere e risolvere il problema. Le condizioni generiche di detenzione, la salute, l'affettività e le relazioni interpersonali, nonché l'istruzione, il lavoro e la formazione personale costituiscono nell'ambito dell'esecuzione penale, una barriera contro la pena retributiva. E' necessario quindi costruire un apparato articolato ed efficace in grado di rispondere alle esigenze dei detenuti. In questo, come in altri ambiti, l'istituzione del Garante dei diritti dei detenuti costituisce la premessa per rendere completa la tutela; esso si propone di trovare soluzioni extra-giudiziali alle richieste dei detenuti.

Per meglio comprendere i compiti del Garante possono essere riassunti in poche righe. Essi consistono in visite ispettive necessarie per accertare personalmente le reali condizioni di detenzione; nell'individuazione delle problematiche dei detenuti, su loro sollecitazione ed istanze; interventi con strumenti e modalità adeguate anche e soprattutto con la collaborazione della amministrazione

penitenziaria per risolvere i problemi detentivi in conformità agli standard internazionali in tema di tutela dei diritti.⁸⁶

Senza volere negare o sottovalutare il ruolo svolto sia dall'amministrazione penitenziaria sia dal Magistrato di Sorveglianza, è bene valutare nuove forme di controllo della legalità nei luoghi di detenzione e pensare ad una diversa formulazione del concetto stesso di pena che in ogni caso non può essere afflittiva.

3.2 I Garanti in Italia. Premesse all'istituzione. Caratteristiche e finalità comuni.

Del Garante si cominciò a parlare nel 1997 in occasione di un Convegno organizzato dall'Associazione Antigone,⁸⁷ nel quale è stata affrontata la questione dei diritti dei detenuti e del loro significato nell'esecuzione penale nonché della necessità di una più efficace tutela al fine di evitare possibili involuzioni del

⁸⁶ P.GONNELLA, *L'ombudsman per i diritti dei detenuti*, cit., 33

⁸⁷ Antigone è una un'associazione non governativa con sede centrale a Roma che si interessa della tutela dei diritti e delle garanzie nel sistema penale. In particolare promuove elaborazioni e dibattiti sul modello di legalità penale e processuale del nostro Paese e sulla sua evoluzione. Raccoglie e divulga informazioni sulla realtà carceraria, cura la predisposizione di proposte di legge e la definizione di eventuali linee emendative di proposte in corso di approvazione. Promuove, inoltre, campagne di informazione e di sensibilizzazione su temi o aspetti particolari attinenti all'innalzamento del modello di civiltà giuridica del nostro Paese.

sistema penale, riaprendo il dibattito sulla concezione della umanizzazione della pena. Questo principio, di cui all'art. 27 comma 3 Cost. si completa il riferimento ad un altro principio di portata più ampia, ovvero il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino riconosciuti dalla Costituzione, il cui esercizio sia compatibile con lo stato di detenzione e con le esigenze di ordine e sicurezza negli istituti.⁸⁸

Il principio di umanizzazione della pena ha evidenziato chiaramente i diritti dei detenuti conducendo ad una affermazione degli stessi oltre che in innumerevoli articoli, carte europee dei diritti fondamentali, anche ovviamente, in diverse pronunce della giurisprudenza costituzionale, nelle quali si è affermato che " la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona" e, soprattutto, che "chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può spandersi la sua personalità individuale".⁸⁹

Tutto ciò ha reso necessario che accanto al magistrato di sorveglianza e all'amministrazione penitenziaria si istituisse una figura esterna all'apparato

⁸⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2009, p.37

⁸⁹ Cfr Corte cost., 28 luglio 1993 n. 349

carcerario: Il Garante dei diritti delle persone private della libertà personale.⁹⁰ A differenza degli altri Paesi europei, in Italia, la figura del Garante è presente in Comuni, Province e Regioni, così che è articolata localmente ma non è stata ancora istituita a livello nazionale. Analizzando le caratteristiche comuni alle varie figure di Garante operanti territorialmente, si evince che si tratta di un organo capace di svolgere attività di diversa natura, quali ad esempio di mediazione, allentando le tensioni all'interno del carcere, creando uno spazio comune di incontro e relazione e raccogliendo un patrimonio di informazioni e conoscenze. Funge da deterrente rispetto a possibili maltrattamenti e abusi, rendendo pubbliche le condizioni di detenzione e la loro iniquità. Si tratta di un organo atto a promuovere l'esercizio dei diritti e delle opportunità di partecipazione alla vita civile; agevolando la fruizione di servizi comunali, provinciali, regionali in merito alle questioni inerenti ai detenuti nonché garantendo il diritto al lavoro, alla formazione alla crescita culturale, alla tutela alla salute, alla cura della persona e promuovendo diverse attività formative, culturali e sportive; e in ultimo, avvicinando la società civile al carcere.

Quanto ai poteri del Garante, comprendono il controllo di tutto ciò che si ponga in contrasto con i diritti umani, diritti costituzionali e la normativa penitenziaria al fine di rendere meno afflittivo lo *status detentionis*; egli deve procedere

⁹⁰ M. GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, dibattiti*, in *Giust. pen.* 2007, II, c.536

trattando ogni questione controversa, anche raccogliendo *ex officio* prove, senza essere vincolato da particolari regole di assunzione probatoria.⁹¹

3.3 Istituzione del Garante dei diritti dei detenuti negli Enti locali. Alcune esperienze: Provincia di Milano, Comune di Reggio Calabria, Regione Sicilia.

In Italia, l' esigenza di introdurre l' *Ombudsman* penitenziario si fonda sulla perdurante differenza fra quanto sancito in materia di diritti sanciti dalla Costituzione e il sistema di tutela dei diritti previsti nel sistema penitenziario vigente, fondato esclusivamente sul generico diritto di reclamo attribuito al detenuto; sistema definito nel 1999 dalla Corte costituzionale parzialmente incostituzionale proprio per la carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale.⁹²Dunque, l'istituzione del Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale, si è andata profilando progressivamente come la risposta più adeguata alla parziale incostituzionalità dell' art. 35 ord. penit. nella parte in cui non prevede una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

⁹¹ M GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, dibattiti*, cit., c.536 ss.

⁹² Cfr Corte cost. 11 febbraio 1999 n. 26

A tutt'oggi, nonostante i numerosi disegni di legge presentati sia alla Camera dei Deputati che al Senato, -come già si è ricordato- non è stato ancora istituito un Garante nazionale ma solamente territoriale. L'istituzione del primo Garante territoriale è avvenuta nel 2003 con delibera comunale e con legge regionale, che ha portato all'istituzione rispettivamente del Garante del Comune di Roma, e quello della Regione Lazio, seguiti poi a breve da ulteriori quattordici Garanti, di cui due provinciali (Milano e Lodi), tre regionali (Sicilia, Umbria, Emilia Romagna) e numerosi comunali (Tra cui Reggio Calabria).

Di seguito verranno esaminate le esperienze della Provincia di Milano, del Comune di Reggio Calabria e della Regione Sicilia.

Con delibera n. 56 del 14 dicembre 2004 e atti n. 265958/8800/04 il Consiglio provinciale di Milano ha provveduto all'istituzione del Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale. Nella relazione presentata al Consiglio, la Giunta Provinciale prendeva atto che si stava introducendo una figura innovativa, tracciando una strada su basi empiriche, in attesa di una normativa nazionale specifica. Questa figura monocratica, rigorosamente *super partes*, sviluppa un triplice ruolo di promozione della cultura di umanizzazione della pena, anche mediante iniziative di sensibilizzazione pubblica sui temi dei diritti umani fondamentali. Stipula altresì intese con le altre istituzioni pubbliche per la fruizione di tutti i diritti da parte delle persone detenute e limitate nella libertà

personale, ed esercita funzioni di osservazione, vigilanza e segnalazione di eventuali violazioni delle autorità competenti.

Come si evince dalla delibera, il potere di nomina del Garante è riservato al Consiglio provinciale, che lo elegge scegliendolo tra “ le persone di prestigio nel campo delle scienze giuridiche e sociali presso gli istituti di prevenzione e pena ovvero nelle strutture dei Servizi Sociali degli Enti Locali finalizzati al reinserimento sociale e lavorativo dei soggetti interessati”⁹³. Ciò comporta che il candidato abbia una profonda conoscenza delle realtà penitenziarie della Provincia di Milano (sia all’area adulta che del settore minorile) e dei meccanismi che sono alla base sia dello sviluppo della cultura dell’esercizio dei diritti che delle attività trattamentali e lavorative, nonché della regolamentazione dei diversi istituti e dei differenti ruoli degli operatori. Tale figura deve essere di alto profilo, conosciuta e stimata dall’ amministrazione penitenziaria e dalla magistratura di sorveglianza per interagire nei termini più compiuti con entrambe, senza interferire nelle competenze proprie di quest’ultima autorità. Si tratta quindi di una scelta fiduciaria. Risulta eletto il candidato che abbia ottenuto almeno 30 voti. Il Garante resta in carica nei limiti del mandato del Presidente del Consiglio provinciale, ed opera in *prorogatio* sino alla nomina del nuovo Garante; inoltre è rieleggibile una sola volta. L’incarico può essere revocato dal presidente quando

⁹³ Art. 1 Regolamento istitutivo Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale, in *Atti della Provincia di Milano*, N. Rep. Gen. 56/2004.

riporta condanne previste dall'art. 58 comma 1 TUEL⁹⁴; e può essere altresì revocato, anche su richiesta del Consiglio provinciale, per gravi motivi connessi all'esercizio delle sue funzioni o per gravi inadempimenti dei compiti affidati. La delibera prevede che l'incarico di Garante è incompatibile con l'esercizio di funzioni pubbliche nei settori dell'amministrazione della giustizia e della pubblica sicurezza così come con ogni carica elettiva o di amministratore in enti, aziende o società partecipate dalla Provincia di Milano ed inoltre con la figura di amministratori di organismi che ricevono contributi economici dalla provincia di Milano.⁹⁵

Quanto alle funzioni del Garante, in piena autonomia, definisce e propone interventi ed azioni finalizzate a promuovere la reale garanzia dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a detenzione ovvero a misure alternative alla libertà personale espletando interventi e funzioni ; più precisamente definisce iniziative volte a facilitare la garanzia di prestazioni inerenti al diritto alla salute, all'affettività e alla qualità della vita, all'istruzione scolastica, alla formazione professionale e al lavoro sempre nell'ottica dei principi di recupero e reintegrazione sociale; ha il compito di segnalare agli organismi competenti

⁹⁴ Si tratta del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali; l'art 58 indica le cause ostative alla candidatura alle elezioni provinciali, comunali, circostanziali, e, tale articolo è esteso anche alla candidatura di Garante dei diritti dei detenuti.

⁹⁵ Art. 2 *Regolamento istitutivo Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale. Atti della Provincia di Milano*, N. Rep. Gen. 56/2004.

eventuali condizioni di rischio o di danno dei detenuti dei quali venga a conoscenza in qualsiasi modo e forma. Si attiva nei confronti delle amministrazioni pubbliche interessate affinché queste ultime assumano le necessarie iniziative volte a garantire le prestazioni di servizio nel campo del diritto alla salute, dell'istruzione scolastica, del lavoro. E' anche una figura promotrice di interventi ed iniziative rispetto alle strutture competenti laddove siano accertate inosservanze di prescrizioni o comunque situazioni non conformi all'ordinamento tali da compromettere l'erogazione delle prestazioni di servizi a favore dei soggetti detenuti o limitati nella libertà personale. Altro importante compito si riferisce alla presentazione, alle Direzioni provinciali competenti, di proposte o iniziative di divulgazione culturale sui temi dei diritti e delle garanzie dei soggetti ristretti, esperendo anche azioni volte ad assicurare il reale rispetto delle persone, in diretta collaborazione con gli organi dell'amministrazione della giustizia e con i servizi sociali territoriali interessati.⁹⁶

E' necessario evidenziare che la Provincia di Milano ha contribuito al consolidamento della figura del Garante sia attraverso la sollecitazione dell'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente che vigili sulla promozione della tutela dei diritti delle persone limitate nella libertà personale, sia rispetto alle proprie competenze peculiari tra cui quello di promuovere i

⁹⁶ Art. 3 *Regolamento Istitutivo Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale Provincia di Milano*. in *Atti provincia di Milano*, N. Rep. Gen. 56/2004

processi di *governance territoriale* concernenti l'inclusione sociale delle persone sottoposte a provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

Con riferimento alle persone ristrette, le Province sono titolari di attribuzioni in materia di formazione professionale e politiche attive per l'occupazione delle persone ristrette e di programmazione di interventi e servizi sociali⁹⁷ attraverso l'attuazione dei piani di zona che devono contemplare le modalità per realizzare il coordinamento con gli organi periferici delle amministrazioni statali con particolare riferimento all'amministrazione penitenziaria.⁹⁸

Con la riforma del titolo V Cost. le Province sono chiamate ad esercitare un ruolo determinante nell'attuazione dei processi di *governance* costituendosi come snodo essenziale tra Comuni e Regioni per la promozione dello sviluppo locale, concorrendo alla determinazione del programma regionale di sviluppo e degli altri programmi e piani regionali formulando propri programmi pluriennali.

Oltre che nelle Province, anche nei Comuni è apparso il Garante; in particolare il Comune di Reggio Calabria, tenuto conto della tutela e della promozione della

⁹⁷ Cfr. art 15 l. 8 giugno 1990 n. 142 contenente l' *Ordinamento delle autonomie locali*, il quale stabilisce che " la Provincia raccoglie e coordina le proposte avanzate dai comuni, ai fini della programmazione economica, territoriale ed ambientale della Regione; concorre alla determinazione del programma regionale di sviluppo e degli altri programmi e piani regionali secondo norme dettate dalla legge regionale; formula e adotta con riferimento alle previsioni e agli obiettivi del programma regionale di sviluppo propri programmi pluriennali sia di carattere generale che settoriale e promuove il coordinamento dell'attività programmatica dei comuni". Si veda altresì l' art. 132 d.lgvo 31 marzo 1998 n. 112, relativo al Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti locali.

⁹⁸ Cfr. art.19 l. 8 novembre 2000 n. 328 (*legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*).

persona umana contro ogni forma di sopraffazione e di violenza e dei principi del rispetto della libertà e della solidarietà sociale, ha deliberato il Regolamento per l'istituzione del Garante comunale, da scegliersi tra le persone residenti nel Comune, e, come nell'esperienza della provincia di Milano, tra le persone di indiscusso prestigio e di notoria fama nel campo delle scienze giuridiche, dei diritti umani o delle attività sociali esercitate negli istituti di prevenzione e pena e nei centri di servizio sociale, che per esperienze acquisite offrono la massima garanzia di moralità, indipendenza e capacità di esercitare le proprie funzioni.⁹⁹

Il Garante del Comune di Reggio Calabria è stato istituito con delibera del Consiglio Comunale del 1 agosto 2006 n. 46; egli svolge la sua attività in piena indipendenza e non è sottoposto ad alcuna forma di controllo gerarchico e funzionale; opera per migliorare le condizioni di vita e di inserimento sociale delle persone private della libertà personale mediante la sensibilizzazione pubblica sui temi dei diritti umani e dell'umanizzazione delle pene ed opera per attuare la promozione di iniziative volte ad affermare il pieno esercizio dei diritti dei detenuti mediante relazioni ed interazioni anche con gli attori esterni. Quest'organo, svolge le sue funzioni anche attraverso intese ed accordi con le Amministrazioni interessate volte a consentire una migliore conoscenza delle

⁹⁹ Art. 4 *Regolamento per l'istituzione del garante delle persone private nella libertà personale del Comune di Reggio Calabria. Atti Consiglio Comunale*, prot. n. 120894 del 28/07/2006

condizioni delle persone private nella libertà personale, mediante visite ai luoghi ove esse stesse si trovino, nonché con associazioni ed organismi operanti per la tutela dei diritti della persona stipulando a tal fine anche convenzioni specifiche.

Il Garante comunale, a fronte di segnalazioni che giungono anche in via informale alla sua attenzione, e riguardino violazioni di diritti, garanzie e prerogative delle persone private della libertà personale, può rivolgersi alle autorità competenti per avere ulteriori informazioni del caso concreto segnalando il mancato o inadeguato rispetto dei diritti e può informare costantemente le autorità medesime sulle condizioni dei luoghi di detenzione, con particolare attenzione all'esercizio dei diritti riconosciuti ma non adeguatamente tutelati nonché al rispetto di garanzie la cui applicazione risulti contrastata o ritardata nei fatti. Il Garante promuove, inoltre, l'esercizio dei diritti e delle opportunità di partecipazione alla vita civile e di fruizione di servizi comunali delle persone comunque private della libertà personale, ovvero limitate nella libertà di movimento domiciliare, residenti, dimoranti nel territorio del Comune di Reggio Calabria con particolare riferimento ai diritti fondamentali, al lavoro, alla formazione alla cultura, alla tutela alla salute, tenendo conto altresì della loro condizione di restrizione.

Per quanto concerne l'attività del Garante, essa si articola prevalentemente in una serie di contatti con la realtà carceraria e le istituzioni locali e nazionali, ma

soprattutto con altri attori portatori di interessi comuni presenti sul territorio quali il dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, la direzione dell'istituto penitenziario, l'ufficio esecuzione penale esterna, l'ente locale, la magistratura, le associazioni di volontariato, e più in generale il, terzo settore.¹⁰⁰

Proseguendo nell'esame dei regolamenti istitutivi dei Garanti, nella regione Sicilia, la nomina è avvenuta nel 2007 con l'entrata in vigore dell'articolo 33 della legge regionale 19 maggio 2005, n. 5. Più precisamente, il Garante è stato nominato con D.P. della Regione Sicilia 3 agosto 2006, n. 480, e con D.P. del 26 aprile 2007 n. 310 è stato istituito l'ufficio del Garante ed indicata la struttura, il Dirigente e tutto il personale già interno alla Regione.

Il comma 4 dell' art. 33 della legge regionale stabilisce che "il Garante è scelto fra persone residenti nel territorio della Regione da almeno sette anni che abbiano maturato una consolidata esperienza nella tutela dei diritti umani, ovvero nella promozione delle attività sociali dei detenuti; resta in carica cinque anni e può essere riconfermato per non più di una volta"¹⁰¹.

Per quanto concerne le funzioni che è chiamato a svolgere, pone in essere ogni iniziativa necessaria od opportuna al fine di promuovere e facilitare, anche attraverso azioni congiunte con altri soggetti pubblici e con soggetti privati,

¹⁰⁰Art. 4 *Regolamento per l'istituzione del garante delle persone private nella libertà personale del Comune di Reggio Calabria. Atti Consiglio Comunale*, prot. n. 120894 del 28/07/2006

¹⁰¹ Art. 33 l. regionale 19 maggio 2005 n.5 comma 4. in BUR 22/2005

l'inserimento lavorativo nonché il recupero culturale e sociale, la formazione scolastica ed universitaria delle persone private della libertà personale, incluse quelle che scontano la pena anche in forma alternativa nel territorio siciliano, intervenendo pure a sostegno della famiglia ed in particolare dei figli minorenni; vigila affinché sia garantito l'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei soggetti e dei loro familiari, per quanto di competenza della Regione, degli enti locali e delle ASL, tenendo conto della loro condizione di restrizione. A tale scopo il Garante si rivolge alle autorità competenti per eventuali informazioni, segnala il mancato o inadeguato rispetto di tali diritti e conduce un'opera di assidua informazione e di costante comunicazione alle autorità stesse; inoltre promuove iniziative ed attiva strumenti di sensibilizzazione pubblica sui temi dei diritti umani delle persone private della libertà personale, del loro recupero sociale; promuove con le amministrazioni interessate protocolli di intesa utili al migliore espletamento delle sue funzioni, anche attraverso visite ai luoghi di detenzione; esprime parere sui piani di formazione destinati ai detenuti o ex detenuti, nonché sulle istanze presentate ai sensi della legge regionale 19 agosto 1999, n. 16.

il Garante della regione Sicilia svolge le sue funzioni in modo indipendente e presenta relazioni sull'attività all'Assemblea regionale siciliana ed al Presidente della Regione almeno una volta all'anno; ha facoltà di formulare proposte e di richiedere all'Assemblea, alle Commissioni parlamentari ed al Presidente della

regione, l'avvio di iniziative ed interventi, per quanto di loro competenza. Per lo svolgimento dei propri compiti, all'ufficio del Garante è destinato personale regionale da individuarsi con D.P.R. nell'ambito delle dotazioni organiche, sempre però su proposta del Garante

3.4 Le attività e le aree di intervento dei Garanti locali.

I Garanti locali ogni anno rendono noto il loro operato attraverso la presentazione di relazioni all'esecutivo locale, all'Assemblea rappresentativa e alle Commissioni consiliari. In queste relazioni sono descritte le diverse attività intraprese durante l'anno, gli obiettivi prefissati e raggiunti. Gli interventi in questi anni, sono stati di varia natura, si pensi all'opposizione alla volontà di soppressione in un carcere di cattedre di italiano per persone straniere che rischiavano di rimanere private delle opportunità di imparare la lingua, alla richiesta di rafforzare l'organico dei mediatori socio-sanitari e culturali operanti all'interno degli istituti per adulti e anche minorili; ed ancora al reperimento di nuove commesse per le tipografie operanti all'interno del carcere che rischiava di far concludere prematuramente l'opportunità lavorativa, alla segnalazione delle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione di un ciclo di lavorazione della serra all'interno del carcere.

Si possono ancora ricordare interventi che spaziano dalla valorizzazione delle cooperative sociali che si occupano del reinserimento dei detenuti, al recepimento delle segnalazioni circa la qualità del vitto e sopravitto offerto dal carcere, nonché in materia di precarie condizioni igieniche. Ed ancora, dalla possibilità di adottare procedure semplificate per la prenotazione di esami e visite specialistiche per i detenuti, o comunque di abbreviare i tempi per un ricovero ospedaliero all'attivazione tempestiva di procedure per assicurare il diritto al voto del detenuto; dall'organizzazione di momenti di confronto fra esperti sulle tematiche della pena, alla creazione di un apposito opuscolo informativo tradotto in più lingue da distribuire al momento dell'ingresso in carcere che possa aiutare i detenuti ad orientarsi sulle modalità di vita in carcere, alle richieste di trasferimenti di detenuti per motivi di studio e di famiglia, dall'assicurare il rispetto dei diritti previdenziali del detenuto lavorante alla valorizzazione nei centri di permanenza temporanea, delle attività di sostegno delle donne immigrate.¹⁰²

Dando uno sguardo più attento ad alcuni aspetti degli interventi, ho voluto soffermarmi sulla sfera dei diritti legati alla salute e più in generale alle condizioni detentive, al sovraffollamento, ai trasferimenti e al diritto di voto.

¹⁰² M. GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, cit., c.543

3.5 Il diritto alla salute e le condizioni generali di detenzione

Tra i diritti che lo Stato assicura ad ogni persona, spicca il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 comma 1° Cost. inteso non solo come interesse della collettività ma soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo.

Con la disciplina dettata dal d.lgs 22 giugno 1999 n.230 attuativo della delega conferita al Governo con l'art. 5 l. 30 novembre 1998 n. 419 è stata riorganizzata la medicina penitenziaria da effettuarsi nell'ambito del servizio sanitario nazionale; più precisamente, dal 15 giugno 2008 è entrato in vigore il decreto che sancisce l'assistenza dei detenuti da parte del servizio sanitario nazionale. Tale decreto ha segnato la conclusione di un lungo percorso legislativo iniziato con d.lgs. n. 230/1999. L'*iter* si è quindi perfezionato con il decreto del presidente del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2008. Il transito della competenza dei servizi sanitari penitenziari dal Ministero della giustizia al servizio sanitario nazionale è un processo maturato nel tempo e risponde alle richieste del carcere, in tema di assistenza, per l'evoluzione delle conoscenze cliniche, per le possibilità diagnostiche e terapeutiche che sono offerte a tutti i cittadini liberi e che devono essere offerte allo stesso modo anche alle persone detenute. Tutte le funzioni sanitarie, quali l'assistenza di base, gli interventi di urgenza, gli interventi specialistici, i ricoveri, i reparti per HIV, i reparti per l'osservazione psichiatrica,

per la disabilità , svolte dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e dal Dipartimento della giustizia minorile, sono trasferite al servizio sanitario nazionale.¹⁰³

Attraverso la riforma sono stati enucleati due principi: il primo, *principio di competenza*, ha ripartito le funzioni tra il Ministero della Salute e il Ministero della Giustizia attraverso il trasferimento al primo delle funzioni sanitarie di programmazione e coordinamento tra strutture penitenziarie, amministrazioni centrali, Regioni e aziende sanitarie locali per quanto concerne l'esigenza di tutela della salute dei detenuti. Da ciò si deduce che la mancata applicazione e i ritardi nell'attuazione delle misure previste per lo svolgimento dell'assistenza sanitaria penitenziaria è del Direttore generale della struttura sanitaria, con funzione di controllo residua all'amministrazione penitenziaria.

Altro principio introdotto con la riforma è quello della *collaborazione* in relazione agli interventi di assistenza sociale e sanitaria da parte dello Stato, delle Regioni e delle Province autonome, dei Comuni , delle Aziende sanitarie e degli istituti penitenziari. Le Regioni devono garantire l'espletamento del servizio attraverso le aziende sanitarie nel cui ambito di competenza sono ubicati gli istituti di pena. L'affidamento delle competenze assistenziali in carcere è dunque una positiva

¹⁰³ A.M. SIVIGLIA. *La transizione della medicina penitenziaria*, Relazione annuale ufficio Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale, Comune di Reggio Calabria, *in Atti Consiglio comunale, 2008*, p.12 e ss.

rivoluzione, che dovrà essere gestita al meglio per evitare criticità sanitarie in un ambito assistenziale così delicato. La salute in carcere ha carattere di assoluta priorità per il Garante, in considerazione dei problemi di cui sono portatori numerosi detenuti; sia l'ordinamento penitenziario che il regolamento di esecuzione hanno definito con grande precisione gli ambiti e i compiti dei sanitari all'interno del sistema dell'esecuzione penale.

Facendo alcuni esempi degli interventi dei Garanti locali, a Milano, l'ufficio del Garante ha seguito con molta attenzione l'implementazione del trasferimento al servizio sanitario nazionale delle competenze in materia. In tal senso ha sollecitato la costituzione dell'Osservatorio regionale incaricato del monitoraggio dei processi coinvolti, ai sensi del DPCM del 1 aprile 2008.

Si sono inoltre avviate positive interlocuzioni con gli organismi dirigenti delle aziende ospedaliere, alle quali sono state attribuite le competenze relative agli istituti di pena sul territorio con l'obiettivo di avviare una informazione circolare e supportare l'individuazione dei correttivi più utili ad accompagnare la delicata fase di transizione. Negli istituti penitenziari, l'organizzazione del servizio sanitario assicura l'attuazione degli interventi terapeutici necessari per il detenuto dal momento del suo ingresso, e nei confronti dei soggetti che prestano la loro

opera all'interno dell'istituto per controllare periodicamente l'idoneità al lavoro.¹⁰⁴

Il legislatore, ha stabilito nell'art. 11 ord. penit. che gli istituti penitenziari sono dotati di servizi medici e farmaceutici che rispondono alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti; e che se nel corso della detenzione, questi ultimi necessitano di cure o accertamenti che non possono essere apprestati sono trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi di cura, esterni al carcere. L'assistenza sanitaria é prestata sin al momento dell'ingresso in istituto attraverso visite mediche al fine di accertare le condizioni generali di salute e l'eventuale presenza di malattie fisiche o psichiche. Le visite devono essere garantite durante tutto il corso della detenzione con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati. Il sanitario ha l'obbligo di visitare ogni giorno gli ammalati e coloro che ne facciano richiesta.

In merito alle malattie psichiche, sono adottati i provvedimenti più opportuni nel rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale. Al fine dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi sanitari, l'amministrazione penitenziaria, collabora con i servizi pubblici sanitari locali,

¹⁰⁴ G. BERTAZZINI, *Promozione e tutela della salute*, Relazione annuale ufficio Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale, in *Atti Provincia di Milano, 2008, p.46 ss.*

ospedalieri ed extra ospedalieri, d'intesa con la regione e secondo gli indirizzi del Ministero della Sanità.

Il medico provinciale visita almeno due volte l'anno gli istituti di prevenzione e di pena allo scopo di accertare lo stato igienico - sanitario, l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive, disposte dal servizio sanitario penitenziario, e le condizioni igieniche e sanitarie dei ristretti negli istituti.

3.6 Il servizio " nuovi giunti "

A garanzia del diritto alla salute è stato introdotto il c.d. "servizio nuovi giunti"; esaminando il comma 5 dell'art. 11 ord. penit. e l'art. 23 reg. esec. è opportuno soffermare l'attenzione sulla parte in cui il legislatore stabilisce che "all'atto dell'ingresso nell'istituto i soggetti sono sottoposti a visita medica generale allo scopo di accertare eventuali malattie fisiche o psichiche". Essendo il carcere una comunità, esigenze di tutela di interessi collettivi hanno suggerito al legislatore di utilizzare la possibilità offerta dal 2° comma dell'art. 32 Cost. imponendo ai soggetti che entrano nel circuito penitenziario l'obbligo di sottoporsi a controllo sanitario. Tale visita deve essere effettuata con la massima sollecitudine ed in modo approfondito al fine di evitare che patologie sia fisiche che psichiche

sfuggano al tempestivo controllo sanitario e siano trascurate, quindi, nel corso della detenzione o dell'internamento.

L'organizzazione del "Servizio nuovi giunti" risulta avere carattere prioritario allo scopo di evitare tutti i rischi connessi alla fase iniziale della detenzione. A tal proposito, il D.a.p. ha emanato una circolare concernente nuove linee guida delle procedure di accoglienza allo scopo di attenuare gli effetti traumatici della privazione della libertà e di predisporre tutti gli interventi necessari a tutela della incolumità fisica e psichica conseguenti all'ingresso nell'istituto.¹⁰⁵ E' necessario quindi accertare e trattare con tempestività stati di disagio psicologico, di malattia psichica e di malattia fisica, nonché attuare la prevenzione e garantire la continuità delle terapie eventualmente già in corso al momento dell'ingresso, al fine di intervenire tempestivamente a garanzia del diritto alla salute nella sua interezza.

Il servizio di accoglienza prevede due livelli : il primo si articola a seguito della conclusione delle procedure amministrative di ingresso; il secondo, il più importante, ricomprende tutti gli interventi successivi. In particolare, per la valutazione del rischio autolesionistico si attivano gli interventi dello psicologo e di tutti quegli altri specialisti di cui si rende necessaria la consulenza, con

¹⁰⁵ Cfr. 1a Cir. D.A.P 6 giugno 2007 n.181045 relativa ai *detenuti provenienti dalla libertà: regole di accoglienza. Linee di indirizzo*, in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, a cura di G. Zappa - C. Massetti, 13°ed. Celt, 2011,p. 717

particolare riguardo allo psichiatra se è sospettata o individuata precocemente una patologia mentale. Se si tratta di detenuto tossicodipendente il Ser.T, previa accordi opportuni con l’A.s.l di competenza, è coinvolto il prima possibile e comunque entro le 12 ore dall’ingresso.¹⁰⁶

In materia di tutela del diritto alla salute, numerosi sono stati gli interventi sul territorio; in particolare, il Garante della Provincia di Milano ha posto la attenzione su diverse questioni tra le quali l’attuazione di un processo di integrazione fra gli istituti penitenziari e le aziende ospedaliere di riferimento e di un modello organizzativo più adeguato ad assicurare tale cooperazione; nonché, la predisposizione di misure adeguate alle diverse peculiarità degli istituti di pena, la predisposizione di misure in grado di sopperire alla logistica spesso inadeguata degli istituti con particolare riferimento agli interventi di urgenza , soprattutto, per le patologie cardiache che se non adeguatamente curate, comportano per i detenuti un forte rischio di mortalità; l’attenzione del Garante ha riguardato anche la ricalibrazione degli aspetti connessi alla sicurezza e alla

¹⁰⁶ Con il termine “Ser.T” si intendono i Servizi per le Tossicodipendenze. Si tratta di servizi pubblici del Sistema Sanitario Nazionale dedicati alla cura, alla prevenzione ed alla riabilitazione delle persone che hanno problemi conseguenti all’abuso di sostanze psicoattive che generano dipendenza dalle stesse. I SerT attuano interventi di primo sostegno e orientamento per i tossicodipendenti e le loro famiglie, operando anche a livello di informazione e di prevenzione, particolarmente nei confronti delle fasce giovanili di popolazione..Nello specifico, accertano lo stato di salute psicofisica del soggetto, definendo programmi terapeutici individuali da realizzare direttamente o in convenzione con strutture di recupero sociale, e valutano periodicamente l’andamento e i risultati del trattamento e dei programmi di intervento sui singoli tossicodipendenti in riferimento agli aspetti di carattere clinico, psicologico e sociale.

gestione organizzativa al fine di tutelare la salute in tutti i circuiti dove si articolano i regimi detentivi, ad esempio attraverso l'opportunità durante il periodo estivo di disporre l'apertura notturna delle porte blindate delle celle e l'aumento di ore da trascorrere all'aperto ma anche l'importanza di avviare un dialogo tra operatori sanitari e autorità giudiziaria circa i criteri atti a determinare l'incompatibilità con il regime detentivo¹⁰⁷. Uno dei tanti interventi del Garante della Provincia di Milano ha riguardato la necessità di studiare una diversa considerazione della tutela della salute e del trattamento rivolto alle persone con disabilità, in assenza, ad oggi di strutture specializzate adeguate sia sotto il profilo logistico, sia sotto quello dell'assistenza sanitaria. La tutela del diritto alla salute in tutte le sue forme, nella fase dell'esecuzione della pena detentiva, è una delle questioni più dibattute che impone la risoluzione preliminare del problema della compatibilità tra il regime carcerario e le condizioni del detenuto.

3.7 La questione della disabilità fisica del detenuto.

La Lombardia risulta essere la regione con il maggior numero di ristretti con disabilità fisica; nonostante la rilevanza del problema, ancora non esiste una

¹⁰⁷ G. BERTAZZINI, *Promozione e tutela della salute*, Relazione annuale ufficio Garante dei diritti delle persone private nella libertà personale, in *Atti della Provincia di Milano*, 2008, p.49 ss.

disciplina specifica bensì alcuni istituti, tra i quali si menziona la tutela apprestata dall'art. 37 l. 104 del 1992, attinente al procedimento penale in cui sia interessata una persona disabile¹⁰⁸; dagli artt. 146 – 147 c.p. relativi al differimento dell'esecuzione della pena, e dall'art. 47-ter ord. penit. che disciplina la detenzione domiciliare. E' necessario chiarire il concetto di "particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto" quale presupposto indispensabile per la concessione dei benefici e delle previsioni normative appena menzionate¹⁰⁹.

Il legislatore ha riservato una tutela particolare –disposta dall'art. 47 ter ord. penit.- ai detenuti che versano in condizioni di salute particolarmente gravi tali da richiedere costanti contatti con le strutture sanitarie¹¹⁰. Tale disposizione

¹⁰⁸ La legge quadro n. 104 del 5 febbraio 1992 è stata, e continua ad essere, una legge fondamentale per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili..

Gli scopi che la legge persegue sono in *primis*, garantire il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e promuoverne la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; prevenire e rimuovere le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona disabile alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; perseguire il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicurare i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; predisporre interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona disabile. L'art. 37 della presente legge stabilisce che "Il Ministro della Giustizia, il Ministro dell'interno e il Ministro della Difesa, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, disciplinano con decreto le modalità di tutela della persona disabile, in relazione alle sue esigenze terapeutiche e di comunicazione, all'interno dei locali di sicurezza, nel corso dei procedimenti giudiziari penali e nei luoghi di custodia preventiva e di espiazione della pena.

¹⁰⁹ A. CENTONZE, *L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, In *Rass. Pen. crim*, 2011,p.30

¹¹⁰ La misura alternativa della detenzione domiciliare di cui all'art.47 ter ord.penit.è stata introdotta il 10 ottobre 1986 n. 663 di modifica dell'Ordinamento Penitenziario. Con tale beneficio il legislatore ha ampliato l'opportunità delle misure alternative, consentendo la prosecuzione, per quanto possibile, delle attività di cura, di assistenza familiare, d'istruzione professionale, già in corso nella fase della

costituisce l'attuazione del diritto alla salute nel campo dell'esecuzione penale. La nozione "particolare gravità delle condizioni di salute", quale stato patologico del detenuto, è indispensabile per la concessione della misura alternativa, e deve risultare idonea ad incidere in modo notevolmente significativo sulla personalità del ristretto, in modo da condizionare la sua risposta al trattamento penitenziario intramurario e da aggravare significativamente l'afflittività della detenzione¹¹¹. Oltre al requisito della particolare gravità delle condizioni della salute, deve sussistere, ai fini della concessione, la necessità di costanti contatti con i presidi sanitari territoriali ed è proprio il carattere costante del presidio esterno che rende applicabile la misura alternativa, non essendo sufficiente solamente il primo requisito. Per completezza, la giurisprudenza formatasi in tema di detenzione domiciliare, stabilisce che "la semplice esigenza di un'assistenza fisica a soggetto impedito sin dalla nascita, le cui condizioni non risultino essere aggravate nel periodo di carcerazione non rappresenta il presupposto della concessione della misura alternativa, qualora tali condizioni non siano aggravate nel periodo di carcerazione, anche se sorgono patologie che necessitano di costanti contatti con

custodia cautelare nella propria abitazione (arresti domiciliari) anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, evitando così la carcerazione e le conseguenze negative sul reo. L'art. 47 *ter* ord. penit. è stato modificato dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, che ha ampliato la possibilità di fruire di questo beneficio. La misura consiste nell'esecuzione della pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, o in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza.

¹¹¹Cfr. Cass. Sez. I, 14 luglio 1998, Rossi, in *Giust. pen.* 1999, III, c. 530

presidi sanitari extra carcerari”¹¹². La giurisprudenza formatasi in tema di differimento della pena nei confronti di persona colpita da malattia particolarmente grave, per effetto della quale, risulta incompatibile con lo stato di detenzione, sottolinea solamente la gravità oggettiva della malattia, richiedendo come requisito per ottenere il rinvio di cui all’art. 146 c.p. che essa implichi un serio pericolo per la vita del recluso o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose.¹¹³ Il requisito della particolare gravità delle condizioni di salute del detenuto, costituisce l’elemento centrale ai fini della concessione della detenzione domiciliare o del rinvio obbligatorio dell’esecuzione della pena. Secondo la dottrina, la differenza tra i due istituti attiene al fatto che il rinvio obbligatorio della pena si ispira ad esigenze di carattere umanitario, mentre la detenzione domiciliare si ispira ad esigenze di carattere prevalentemente assistenziale e rieducativo.¹¹⁴ La magistratura di sorveglianza, ai fini della concessione del rinvio dell’esecuzione della pena, previsto dall’art. 146 comma 1 n. 3 c.p. , deve verificare che la malattia del detenuto sia talmente grave da non consentire più l’attuazione di un programma terapeutico di recupero clinico; in quest’ ambito sono ricomprese patologie quali quelle tumorali o le distrofie irreversibili, in presenza delle quali non è più attivabile un percorso terapeutico intramurario.

¹¹² Cfr. Cass. sez I, 5 luglio 1994, Plini, in *Foro it.*, c. 797

¹¹³ Cfr. Cass. Sez. I, 31 gennaio 2000, Carriero, in *Cass.pen.* 2001, p. 517

¹¹⁴ A. CENTONZE, *L’esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p. 30

Secondo la dottrina, il concetto di malattia particolarmente grave del detenuto, richiamato dalla disposizione in esame, si identifica in “una patologia che non consente l’attivazione di un percorso di recupero terapeutico nell’ambiente carcerario in considerazione dell’avanzato stato di degenerazione fisiologica del paziente”¹¹⁵. Il rinvio obbligatorio della pena detentiva si impone, in ragione del fatto che lo stato degenerativo delle condizioni di salute del condannato ha raggiunto un livello così elevato da dover escludere la prosecuzione dell’esecuzione della sentenza di condanna in un istituto penitenziario, in contrasto con l’art. 27 comma 3 Cost. ovvero sia col principio di umanità. Di contro, per ricostruire la nozione di “patologia particolarmente grave del condannato”, risulta fondamentale il riferimento alla previsione dell’art. 47 *ter* comma 1 n. 3 ord. penit. con la quale il legislatore stabilisce che per beneficiare della misura alternativa, il condannato deve versare in condizioni di salute particolarmente gravi e tali da consentire costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, ed è proprio questo elemento che costituisce la differenziazione con la previsione del rinvio obbligatorio dell’esecuzione della pena. Secondo la dottrina, questo requisito comporta il perseguimento di finalità assistenziali e non di umanità, con la conseguenza che “lo stato di irreversibilità della patologia da cui è affetto il detenuto, non è determinante per la concessione della detenzione

¹¹⁵ A. CENTONZE, *op. cit.*, 111, p.32

domiciliare¹¹⁶”; è necessario anche un altro requisito ovvero il costante contatto con i presidi territoriali.

La Cassazione si è pronunciata sull’ argomento, sostenendo che “lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento della pena per infermità fisica o l’applicazione della detenzione domiciliare, non è limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita, dovendosi avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare una situazione di esistenza al di sotto di una soglia di dignità da rispettarsi pure nella condizione di restrizione carceraria¹¹⁷”. L’orientamento risulta compatibile con fattispecie relative all’incapacità di reggere la stazione eretta, a condizioni generali scadute con ipotomia e ipertrofia muscolare.

3.8 I problemi del sovraffollamento e i detenuti stranieri.

In merito alle condizioni generali di detenzione, i Garanti locali si sono soffermati più volte sulla questione del sovraffollamento.

¹¹⁶ A. CENTONZE, *L’esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto*, cit., p. 33 ss

¹¹⁷ Cfr. Cass. Sez.I, 8 maggio 2009, A.C., Cassazione, 2009

Nonostante l'indulto, a causa della complessa crisi del sistema giudiziario italiano, si registra oggi una situazione preoccupante, dovuta soprattutto alla generale inadeguatezza strutturale degli istituti penitenziari e alla carenza di personale. Una tale situazione, legata anche all'eccessiva frammentazione territoriale degli Istituti, provoca un forte calo delle azioni di recupero, che certamente non giova alla qualità del trattamento, né alla sua reale efficacia. All'interno del più complessivo problema del sovraffollamento, è da registrare il fenomeno della detenzione di stranieri che costituiscono circa il 40% dei reclusi. La diversa nazionalità provoca disagi sotto vari profili sia di natura sanitaria, alimentare, religiosa e culturale, sia di natura giudiziaria e trattamentale. A questi problemi stanno tentando di porre rimedio sia le associazioni di volontariato sia i Garanti dei diritti dei detenuti, che, come detto, offrono alle carceri educatori, interpreti, animatori, assistenti e psicologi, che alleviano le condizioni degli stranieri, soprattutto nei loro rapporti con i familiari, con la giustizia e con il sistema penitenziario italiano.

Il Garante locale si occupa di assistenza ai detenuti; molto frequentemente vengono sottoposti all'attenzione degli uffici vicende di ogni natura. Dalla relazione presentata dal Garante della regione Sicilia si comprende che, rendendosi conto che molti detenuti stranieri lamentano problemi di interpretazione delle norme carcerarie, si è occupato di mettere a disposizione

interpreti. La promozione di un elenco degli interpreti si è resa necessaria a causa dell'elevata presenza negli istituti di soggetti i quali spesso, per problemi di lingua, non conoscono neanche le motivazioni della detenzione, con ciò soffrendo di una ulteriore condizione di disagio del tutto intollerabile, aldilà del reato che essi avrebbero commesso. Infine, l'Ufficio del Garante svolge un ulteriore ruolo di assistenza ai detenuti, che si manifesta attraverso l'attività della corrispondenza, ma non solo con i ristretti, bensì anche con i loro familiari. Le richieste provenienti dai detenuti sono molteplici; spesso si tratta di trasferimenti presso altre strutture per avvicinarsi alla famiglia, altre volte sono sollecitati interventi sanitari o la riattivazione di corsi scolastici, altre volte ancora si tratta di semplici ringraziamenti per le visite effettuate dal Garante. Volendo citare qualche cifra, il Garante della Regione Sicilia, ad oggi, ha dato seguito a oltre 300 pratiche, assai complesse, sono stati trasferiti molti detenuti, e sono stati garantiti alcuni trattamenti medici indispensabili nei confronti di chi ne aveva la necessità.¹¹⁸

Le attività del Garante si sono esplicate anche attraverso la collaborazione con le direzioni degli istituti di pena. Nel corso delle numerose visite presso le carceri, i rispettivi Direttori hanno presentato i problemi relativi alla gestione delle strutture con fondi spesso insufficienti. Sicuramente l'ufficio vive le medesime

¹¹⁸ S.FLERES. *Attività di assistenza ai detenuti*. Relazione sull'attività svolta dal Garante per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento sociale, in *Atti della Regione Sicilia*, 2009, p.14 ss.

problematiche, ma si è comunque deciso di provvedere alla richiesta di assegnazioni di fondi per il completamento o l'acquisto di materiali ritenuti, fondamentali per l'espletamento di compiti anche di reinserimento sociale. Tra queste è bene citare l'acquisto di attrezzature sportive, di materiale musicale, computer, tv, macchine da cucire, lavatrici, attrezzature sportive, libri, cancelleria ed altro ancora.

3.9 (segue) La predisposizione di una Carta dei diritti dei detenuti e l'assistenza dei bisogni primari. I detenuti stranieri.

Dall'inizio fino a tutta la durata della detenzione, al detenuto deve essere data la possibilità di consultare liberamente materiale informativo cartaceo redatto in forma semplice e comprensibile dei servizi offerti nell'istituto e sui diritti che egli conserva in stato di detenzione. Recentemente, è maturata l'idea del Ministro della Giustizia di predisporre una " Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti", un vademecum di comportamento proprio ai fini dell'orientamento in un mondo complesso e demarcato tra il rispetto delle regole e improvvisa perdita di identità e forzata convivenza con gli altri detenuti. ¹¹⁹

¹¹⁹ Cfr. la cir. D.A.P. 6 giugno 2007 n. 181045, *i detenuti provenienti dalla libertà: regole di accoglienza. Linee di indirizzo*. in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., 105, p.718

Quanto alle procedure legate alla tutela della dignità della persona, Il detenuto all'atto del suo ingresso in istituto che può avvenire in qualsiasi ora del giorno, è portatore di bisogni primari che necessitano di una risposta immediata da parte delle Direzioni; egli spesso arriva dopo aver soggiornato nelle camere di sicurezza della questura, nelle stazioni dei carabinieri ed è necessario provvedere al cibo, all'igiene personale, ed anche al sostegno morale e materiale; in quest'ultimo caso è prevista la costituzione di un centro di ascolto con la partecipazione degli operatori appartenenti alle diverse aree con l'obiettivo di realizzare vari interventi collegati a problemi di ordine familiare, personale, sostegno di carattere psicologico, assistenza ai bisogni materiali e di prima necessità quali vestiario, materiale igienico ed altro; nonché in particolar modo, assistenza ai bisogni legati allo status dello straniero.¹²⁰

3.10 (segue) La questione dei trasferimenti per ragioni di studio e familiari

I Garanti sono intervenuti anche in merito alla questione dei trasferimenti.

La *ratio* del legislatore del 1975 è stata quella di istituire uno strumento utile per attuare l'assegnazione dei detenuti agli istituti appropriati e per rispondere

¹²⁰ Cfr. la circ. D.A.P. 6 giugno 2007 n. 181045, *Disposizioni in ordine all'ingresso del detenuto "nuovo giunto"*, in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., 105, p. 720

all'esigenze del trattamento. L'art. 42 ord. penit. stabilisce che "i trasferimenti possono essere disposti oltre che per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto e per motivi di giustizia, anche per motivi di salute, allo studio e familiari". Analizzando tali motivi, si nota che quelli inerenti alla salute, allo studio, e familiari attengono specificamente a particolari bisogni dei soggetti. Ed è proprio in relazione a questi bisogni che il Garante ha provveduto ad intervenire, in particolar modo per la tutela delle relazioni familiari. Da una lettura sistematica dell'art. 42 ord. penit. si evince che contiene un obiettivo programmatico laddove impegna gli organi dell'amministrazione penitenziaria a contemperare le esigenze di ordine e sicurezza con quelle di cura, mantenimento ed eventuale ristabilimento delle relazioni familiari ed affettive delle persone ristrette in carcere¹²¹. Un unico criterio è dettato dalla legge per la scelta dell'istituto di destinazione. Nei limiti del possibile, il detenuto deve essere assegnato nel luogo più vicino a quello di residenza della famiglia.

La competenza in materia di trasferimenti è del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, per gli spostamenti tra istituti situati in distretti diversi, mentre la competenza spetta al Provveditore regionale per gli spostamenti in istituti situati all'interno dello stesso distretto. Il trasferimento

¹²¹ M.COPPETTA, *Commento all'art. 42*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi- Giostra - Della Casa, 4° ed, Cedam, 2011, p.490 ss

definitivo dei condannati e degli internati, deve essere comunicato, ai sensi del l' art. 85 reg. esec. comma 4 , al magistrato di sorveglianza. Sull'operato dell'amministrazione penitenziaria non è previsto alcun controllo giurisdizionale. Questa lacuna è stata fortemente criticata dalla dottrina, in quanto il trasferimento del detenuto incide sul suo trattamento penitenziario, determinando in alcuni casi una regressione della risocializzazione. A questo problema ha cercato di porre rimedio l'art. 83 reg. esec., al comma 9°, stabilendo che "quando si rendono necessari trasferimenti collettivi di detenuti non possono essere inclusi i detenuti e gli internati per i quali sono in corso attività trattamentali, particolarmente in materia di lavoro, istruzione e formazione professionale o per i quali sia in corso procedura di sorveglianza per l'ammissione a misure alternative; i detenuti e gli internati nei cui confronti sono in corso trattamenti sanitari non agevolmente perseguibili in altra sede; le detenute con prole in istituto; gli imputati prima della sentenza di primo grado o gli appellanti quando sia già stata fissata udienza per la decisione dell'impugnazione".

Nonostante questa previsione, in realtà gli abusi in materia sono molti, infatti, dato che spesso i detenuti vengono trasferiti per generici "motivi di opportunità", pregiudicando così tutta l'attività iniziata nell'istituto di provenienza. E' anche vero, che l'osservazione della personalità dei detenuti è dettagliatamente descritta nella cartella personale, che dovrebbe sempre seguire il detenuto ovunque vada,

ma i ritardi nella comunicazione delle informazioni fra gli istituti e fra gli uffici giudiziari, spesso, non impediscono che si verifichi la temuta regressione del trattamento.

Sempre riguardo al controllo giudiziario esercitabile sull'operato dell'amministrazione penitenziaria in materia di trasferimenti, in dottrina ci si è chiesti se possa ritenersi legittimo l'intervento del magistrato di sorveglianza per impartire all'amministrazione penitenziaria disposizioni volte ad eliminare la eventuale violazione dei diritti del detenuto nel corso del trattamento ordinario.

A questo quesito si è risposto sostenendo che non è configurabile un diritto del detenuto ad essere assegnato o trasferito ad un determinato istituto, bensì un mero interesse legittimo.

Da un'interpretazione sistematica dell'art. 42 ord. penit. e dell'art. 83 reg. esec. si è dedotto che " all'amministrazione penitenziaria incombe un reale obbligo di motivazione dell'atto con cui dispone o rifiuta un trasferimento"¹²². Al detenuto è riconosciuto la possibilità di esercitare la propria tutela oltre che con il reclamo generico di cui all'art. 35 ord. penit. anche attraverso il ricorso amministrativo al tribunale amministrativo regionale e al Consiglio di Stato. anche se l'esiguità della presentazione dei ricorsi di fronte al gran numero di trasferimenti appare un rimedio inidoneo.

¹²² G.NESPOLI, *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*, in *Rass. penit. crimin.* 1982, p.50 ss.

3.11 (segue) il diritto di voto in carcere. Interventi del Garante

Oltre ai trasferimenti, altri interventi dei Garanti locali sono stati esperiti in merito al diritto di voto. Le persone ristrette presso le case circondariali o gli istituti penali, sia in esecuzione di pena che in custodia cautelare, che hanno mantenuto il diritto di voto, devono poter esercitare tale diritto fondamentale per la vita democratica.¹²³ Per fare ciò, le direzioni delle case circondariali e degli istituti di pena devono predisporre per tempo i comizi elettorali, un sistema capillare di comunicazione alle persone detenute con le informazioni indispensabili all'esercizio del diritto di voto. Ed è proprio in questi contesti che il Garante è intervenuto.

Come è noto, le persone detenute al momento della consultazione elettorale possono esercitare il diritto di voto nel luogo di reclusione, ai sensi degli artt. 8 e 9 legge 23 aprile 1976 n. 136.¹²⁴ L'esercizio di tale diritto è subordinato ad alcuni adempimenti. Innanzitutto gli aventi diritto interessati devono far pervenire al sindaco del comune, nelle cui liste elettorali sono iscritti, una dichiarazione attestante la volontà di esprimere il voto nel luogo di detenzione,

¹²³ Il diritto di voto trova fondamento nell'art. 48 Cost. Il comma 2 dell'art. stabilisce che il voto è personale, uguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico.

¹²⁴ L. 23 aprile 1976 n. 136. *Riduzione dei termini e semplificazione del procedimento elettorale.*

non oltre il terzo giorno antecedente la data di votazione. La dichiarazione deve recare in calce l'attestazione del direttore dell'istituto comprovante la detenzione dell'elettore ed è inoltrata al comune di destinazione sempre per il tramite del direttore. Tra i vari adempimenti, una volta pervenuta la richiesta, il sindaco, provvede a rilasciare ai richiedenti anche per telegramma un'attestazione dell'avvenuta inclusione negli elenchi distinti per sezioni. I detenuti per procedere alla votazione devono esibire oltre che la tessera elettorale anche l'attestazione della loro avvenuta inclusione negli elenchi.¹²⁵

E' essenziale informare i detenuti della necessità di questi adempimenti, in modo che possano attivarsi. Ed e' proprio qui che è intervenuto il Garante. La tempestiva informazione può favorire l'esercizio di un diritto fondamentale per la partecipazione alla vita politica del nostro paese delle persone detenute, che mai come in questo momento, hanno bisogno di sentire riconosciuto il loro diritto di cittadinanza.

¹²⁵ L'art. 8 comma 2 lettera a) l. 23 aprile 1976 n. 136 stabilisce che il sindaco appena ricevuta la dichiarazione provvede ad includere i nomi in appositi elenchi distinti per sezioni; tali elenchi successivamente sono consegnati all'atto della costituzione del seggio, al presidente di ciascuna sezione il quale provvede subito a prenderne nota sulla lista elettorale sezionale.

3.11 Il Patto penitenziario permanente. Una novità del Comune di Reggio Calabria.

Un altro intervento di fondamentale importanza riguarda l'operato dell'ufficio del Garante del Comune di Reggio Calabria che dopo il primo anno di attività portate avanti in modo soddisfacente, si è posto come primo obiettivo quello di istituire un "Tavolo penitenziario" al fine di individuare forme di cooperazione tra l'amministrazione comunale e i vari enti del terzo settore in grado di rispondere concretamente alle esigenze dei detenuti.

Il tavolo penitenziario, grazie all'azione degli attori sociali locali, è divenuto parte integrante di un progetto più complesso, sfociato successivamente nel "Patto penitenziario permanente per la città e la provincia di Reggio Calabria" istituito in data 22 maggio 2008.

L'obiettivo risulta quello di istituire e istituzionalizzare un sistema territoriale di *Governance penitenziaria* focalizzando l'attenzione e gli sforzi operativi intorno all'istituzione di una "Agenzia per l'inclusione sociale delle persone provenienti da percorsi penali". I partners dell'accordo hanno perseguito tra i tanti obiettivi quello di promuovere l'accesso al mercato del lavoro dei soggetti dimessi dal carcere e dei loro familiari; realizzare attività di orientamento individualizzato e corsi di formazione professionali, tenendo conto delle richieste del mercato del

lavoro; promuovere la microimprenditorialità e la creazione di cooperative; realizzare un sostegno alle famiglie delle persone provenienti dai percorsi penali con l'obiettivo di offrire risposte concrete ai bisogni e alle difficoltà riscontrate quotidianamente; affrontare problemi abitativi, di salute e di accompagnamento sociale dei soggetti dimessi dal carcere e favorire, attraverso specifiche azioni territoriali i processi di inclusione sociale della fasce svantaggiate e dei settori a rischio¹²⁶. Per le finalità e gli obiettivi dell'accordo, l'ufficio del Garante si è impegnato a stimolare e coordinare le attività interistituzionali, programmare e coordinare in interazione con la Prefettura e con le associazioni imprenditoriali di categoria interessate ad aderire all'inserimento lavorativo dei soggetti provenienti dai percorsi penali; monitorare le attività programmate; coaudivare con i partners di competenza i corsi di formazione professionale dei detenuti.

¹²⁶ Art. 3 del *Patto penitenziario permanente per la città e la provincia di Reggio Calabria*. Relazione delle attività del Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale, in *Atti del comune di Reggio Calabria*, 2008, p. 27.

3.12 Il Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale.

Inserimento nell'ordinamento penitenziario.

Con la legge 27 febbraio 2009 n. 14 è stata introdotta un'importante novità legislativa: il riconoscimento e quindi l'inserimento dei Garanti dei diritti delle persone limitate nella libertà personale nell'ordinamento penitenziario. Più precisamente le modifiche apportate hanno riguardato gli artt. 67 e 18, ripagando così le aspettative della categoria che negli anni ha svolto con serietà ed efficienza le funzioni conferite dai regolamenti istitutivi. Nella normativa previgente, per i Garanti, il contatto con il carcere si realizzava solamente a seguito di apposite autorizzazioni concesse dalle direzioni degli istituti, previo parere favorevole del magistrato di sorveglianza, con equiparazione del Garante ad un volontario che favorisca il contatto tra società e carcere e svolgendo una serie di attività a ciò ordinate. Da qui il parallelo ricorso all'art. 78 ord. penit. con il quale il legislatore consente all'amministrazione penitenziaria di autorizzare "persone idonee all'assistenza e all'educazione a frequentare istituti penitenziari allo scopo di partecipare all'opera rivolta al sostegno morale dei detenuti e degli internati e al futuro reinserimento sociale".

Con le modifiche apportate agli artt. 18 e 67 ord. penit. il legislatore ha attribuito ai Garanti la possibilità di accedere agli istituti di pena e di avere colloqui con i detenuti senza alcuna autorizzazione. L'amministrazione penitenziaria, in un primo momento, ha interposto un ostacolo all'attuazione pratica della novella, stabilendo, per quanto concerne i colloqui con i detenuti, che dovesse sussistere il presupposto dei "ragionevoli motivi".¹²⁷ A seguito di questo, la dottrina ha suggerito una lettura sistematica delle norme in esame, tale per cui il Garante può frequentare gli istituti penitenziari ed incontrare i detenuti senza dover essere autorizzato ai sensi degli artt. 17 e 78 ord. penit. Il D.a.p. ha previsto che i colloqui con il Garante possano avvenire in ambienti diversi da quelli in cui si effettuano gli incontri con i familiari; in particolare, sono destinate le sale avvocati e le sezioni; inoltre gli incontri con tale figura non sono computati nel numero dei colloqui che il singolo ha a disposizione ogni mese.¹²⁸

Pur in presenza dell'importante riconoscimento conferito al ruolo dei Garanti dalla l. n. 14/2009, al fine salvaguardare i diritti nei luoghi di privazione della libertà personale, è necessaria una costante presenza nei vari istituti, nonché la stretta collaborazione con le amministrazioni penitenziarie, magistrati di sorveglianza e autorità competenti. E' necessario che sia costituito un organismo

¹²⁷ Cfr. la circ. D.A.P. 2 aprile 2009 n. 361/6068, in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., p. 915

¹²⁸ Cfr. la circ. D.a.p. 21 luglio 2009, n. 3622/6072; nonché Circ. D.a.p. 1 febbraio 2010 n. 0046129, in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, cit., p.918

di vigilanza nazionale, indipendente, settoriale, articolato localmente in grado di esercitare con la necessaria autorevolezza i compiti di tutela e promozione dei diritti delle persone limitate nella libertà personale.

Secondo una recente ricerca¹²⁹, le caratteristiche del Garante “devono cogliere i massimi comuni denominatori delle esperienze europee a protezione dei diritti umani: organo indipendente come nei Paesi scandinavi, settoriale come in Inghilterra, unico su base nazionale come nei Paesi del Centro Europa, articolato localmente come in Italia”. Per cui in Italia egli deve essere indipendente, ovverosia la nomina parlamentare è garanzia di non asservimento del potere esecutivo; l’aggettivo settoriale deve riferirsi alla specificità delle competenze, che è garanzia di professionalità, efficienza ed effettività; nazionale ovverosia che i diritti vanno tutelati su scala nazionale per evitare disomogeneità applicative che sarebbero causa di sperequazioni di trattamento; articolato localmente a garanzia di effettività e reale presa in carico dei problemi che costituiscono spesso l’origine dei conflitti in ambito penitenziario.

¹²⁹ *Il Garante dei diritti delle persone limitate nella libertà personale*. Rapporto di ricerca finanziato dall’Unione Europea nell’ambito del Progetto europeo AGIS 2004, Libertà in carcere, p. 114, Ed. promidea, Roma, 2006.

3.14 I problemi suscitati dalle figure locali

La funzione primaria del Garante è quella di assicurare nell'ambito dell'esecuzione penale il rispetto dei diritti sanciti dalla Costituzione. E' da questo assunto che sono tutelati i diritti, inviolabili per tutti, garantiti dallo Stato sociale.

Nell'attuale quadro normativo, non è stato istituito un Garante nazionale, per cui alcune amministrazioni regionali e locali, per sopperire a tale mancanza, hanno deciso di istituire la figura a livello territoriale.

Il Garante non è dotato di poteri specifici e formalizzati, deve relazionarsi con tutti i vari enti e associazioni istituzionali e sociali che operano nel carcere. Ed è proprio a tal proposito che vengono in evidenza gli aspetti maggiormente problematici che la recente esperienza dei Garanti istituiti a livello locale ha mostrato. Tra i vari problemi, un aspetto degno di attenzione è costituito dalla natura della nomina che, essendo politica, può determinare l'assunzione della carica da parte di soggetti che si possono rivelare inadeguati allo svolgimento di tale funzione. Invero, l'efficacia della funzione svolta dipende fortemente, oltre che dall'incisività dei poteri attribuiti, dalla personalità di chi la ricopre.

Il rischio che si cela dietro il carattere politico della nomina è quello della possibile designazione di soggetti che presentino affinità politico-ideologiche con l'organo titolare del potere di nomina, ma che non abbiano maturato i requisiti

attitudinali richiesti dai provvedimenti istitutivi, tra i quali merita particolare attenzione il godimento *"di indiscusso prestigio e di notoria fama nel campo dei diritti umani, ovvero delle attività sociali degli Istituti di prevenzione e pena e nei centri di servizio sociale"*. E' evidente che un' amministrazione locale che presenti una scarsa propensione ad affrontare il problema carcerario, non tenderà ad assegnare l'incarico di Garante ad un soggetto che, in ordine a tale specifico aspetto, sia propenso ad agire per raggiungere le finalità che è tenuto a perseguire.

Altro problema riguarda le diverse modalità di nomina dei Garanti locali; nella maggioranza dei casi il Garante è eletto dai Sindaci, in altri casi dal Presidente della Provincia.; e poi un ulteriore problema riguarda le sovrapposizioni tra Garanti regionali, provinciali, comunali, con il rischio che alcuni di essi siano svuotati di potere e di risorse economiche da impiegare.

C'è molta disparità tra i vari Garanti. Per fare un esempio il Garante della regione Sicilia è dotato di un organico e di uffici funzionanti collocati su tutto il territorio, ed aventi ognuno specifiche competenze; in altri casi invece la figura del Garante è meramente formale, priva di risorse economiche con conseguente vanificazione delle attività.

E' necessario quindi istituire tale figura a livello nazionale, poiché servirebbe a rinforzare le prassi che in questo momento sono molto differenti tra di loro. In alcune realtà locali si è operato l'accorpamento tra il garante dei detenuti e il

difensore civico, nonostante il difensore civico sia una figura completamente diversa. Ciò è successo recentemente nella provincia di Milano a seguito delle dimissioni nel 2010 del Garante locale. Il Consiglio provinciale ha deliberato che il Difensore civico della Provincia di Milano assolve anche le funzioni del Garante delle persone limitate nella libertà personale, assorbendo così tutti i compiti previste nel regolamento istitutivo del 2004. A fronte di questo, ad oggi il Difensore civico della Provincia di Milano svolge il ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica amministrazione a tutela dei diritti e dei generali interessi dei cittadini, inclusi i diritti delle persone limitate nella libertà personale¹³⁰. Da ciò si evince che la decisione presa dal Consiglio provinciale di Milano ha svuotato completamente i poteri del Garante; essendo una figura specifica, con determinate attitudini ed esperienze, non può essere accorpata ad altra figura. Il garante dei diritti delle persone private della libertà personale deve innanzi tutto saper ascoltare, pre-condizione per qualsiasi iniziativa o proposta: dovere di ascolto dei bisogni, delle necessità, delle aspettative, non solo della popolazione detenuta, ma di tutti gli operatori penitenziari, del volontariato, delle associazioni, degli enti locali. Ancora, dovere di ascolto in relazione al rapporto, fra diritti negati e doveri

¹³⁰ Delibera Consiglio Provinciale 14/ 2011, *istituzione del Difensore Civico territoriale. modifiche statutarie e regolamentari e relative decisioni.*

mancati, fra aspettative tradite e poteri abusati, fra rivendicazioni legittime e omissioni colpevoli.

CAPITOLO 4 : L' ISTITUZIONE DEL GARANTE NAZIONALE E I RAPPORTI CON LA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA.

4.1 La necessità di istituire un Garante Nazionale.

A distanza di qualche anno dall'avvio dell' attività dei Garanti, è necessario soffermarsi sugli esiti della sperimentazione avviata nei Comuni, Province e Regioni che hanno finora istituito figure di garanzia dedicate alle persone limitate nella libertà personale. A fronte delle continue esigenze che hanno giustificato l'istituzione di questa figura e in considerazione dell'esame comparato delle competenze degli *Ombudsman* attivi nei Paesi europei, è necessario soffermarsi sulla necessità di istituire in Italia, un'Autorità Garante Nazionale dei diritti dei detenuti. La previsione dell'istituzione di tale organo rispetta e dà attuazione al fine costituzionale proprio della funzione di rieducazione della pena, nonché ai principi contenuti nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.¹³¹

In questa sede, si vuole affrontare il tema di una legge quadro che istituisca un Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento nella società rappresentando il quadro di riferimento concorrente

¹³¹ Cfr. la Relazione al d.d.l. relativo alla “ *Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento sociale e coordinamento con Garanti o autorità regionali con identica finalità*”, presentato il 29 gennaio 2009 dal sen. Di Giovan Paolo e altri, in *Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Disegni di legge e relazioni, stamp., n. 1347*.

per l'attività promossa dai Garanti istituiti a livello locale. E' necessario costituire un riferimento nazionale che si integri con le figure già presenti a livelli regionale, provinciale e comunale e con le quali si condividono i fini, l'informazione e la formazione, nel rispetto delle loro competenze territoriali ma anche costituendo un complessivo sistema che risponda alla comune esigenza superiore di migliorare le forme di detenzione ed assicurare la reale e dovuta presenza di umanità e civiltà nei luoghi che dovrebbero ricostruire il senso di legalità. Ed è proprio il ruolo del Garante nazionale con i garanti locali che può costituire un momento fondamentale di attenzione e di miglioramento del carcere; esso è un riferimento per i garanti locali, ma anche un veicolo di comunicazione con le istituzioni pubbliche.¹³²

¹³²Cfr. *La Relazione al d.d.l. relativo alla "Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti"*, cit.

4.2 La prima proposta di legge per l'istituzione di un'autorità Garante nazionale dei diritti dei detenuti.

In questi anni in Italia, sono state presentate in Parlamento, numerose proposte di legge per l'istituzione del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale.

La prima proposta risale all'anno 1997 ed è stata promossa dall'Associazione Antigone; si tratta di un disegno di legge composto da 15 articoli, presentato pubblicamente in occasione del cinquantesimo anniversario dell'emanazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani, e depositato in entrambe le Camere.¹³³ L'Associazione ha voluto evidenziare la necessità di istituire un organismo su base nazionale e di nomina parlamentare, denominato "Difensore civico delle persone private della libertà personale", con il fine preciso di coniugare i compiti di sicurezza nei luoghi di detenzione con le garanzie inalienabili dei diritti umani. Secondo quanto stabilito all'art. 2 della proposta di legge in esame, il difensore civico delle persone private della libertà personale è un organo collegiale costituito da quattro membri, di cui due eletti dalla Camera dei Deputati, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, e due eletti dal Senato

¹³³ Cfr. *Senato della Repubblica..XIII Legislatura, Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 3744; nonché *Camera dei deputati, Disegni di legge XIII Legislatura, Disegni di legge e relazioni*, stamp.n.5509

della Repubblica, anch'esso a maggioranza assoluta , con voto limitato. I soggetti risultati eletti nominano al proprio interno il Presidente dell'organo, il cui voto prevale in caso di parità. Quanto alle funzioni e ai poteri stabiliti dall'art. 4 della proposta citata si evince che l'organo, i componenti del suo ufficio, i difensori civici regionali e delle province autonome¹³⁴ -a seguito di apposita convenzione- hanno diritto di accesso anche senza preavviso, in tutti gli istituti penitenziari, negli ospedali psichiatrici giudiziari, negli istituti di pena per i minori, nei centri di detenzione per immigrati, nelle caserme dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, nonché nei commissariati di pubblica sicurezza, ove vi sono camere di sicurezza. Inoltre hanno il potere di incontrare chiunque senza restrizioni, di consultare qualsiasi fascicolo personale o cartella medica, anche di detenuti in attesa di giudizio, senza il previo nulla osta dell'autorità giudiziaria. In caso di mancata risposta alla richiesta di informazioni, o chiarimenti, possono accedere a qualsiasi ufficio delle strutture appena menzionate, esaminare e fare copia dei documenti richiesti, senza che possa essere opposto il segreto d'ufficio, nonché convocare sia il direttore dell'istituto che il responsabile del comportamento contestato.

¹³⁴ Secondo quanto disposto dal d.d.l. dell'Associazione, Il Difensore civico delle persone private della libertà personale, per l'esercizio delle sue funzioni, può avvalersi dei difensori civici Regionali e delle province autonome a seguito di apposita convenzione tra essi, con la quale sono stabilite le funzioni e gli oneri economici derivanti dall'esercizio delle mansioni che devono svolgere i difensori civici regionali e delle Province autonome.

Per l'associazione Antigone, è fondamentale istituire un Garante nazionale quale organo terzo rispetto all'amministrazione penitenziaria, che ha peculiarità ispettive, di monitoraggio, di influenza, di indicazione legislativa, e successivamente di trasferimento alla Magistratura di Sorveglianza delle situazioni che lo stesso ha accertato lesive dei diritti. Dal disegno di legge presentato dall'associazione *de qua* è stata predisposta un' ipotetica figura dotata di un potere di indagine molto ampio, che sia in grado inoltre di esprimere raccomandazioni pressanti alle amministrazioni penitenziarie in caso di lesione dei diritti dei detenuti, di trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza, di agire con le associazioni non governative presenti nel Paese e soprattutto in grado di inviare una relazione annuale al Parlamento, volta a fornire indicazioni legislative sulle varie questioni affrontate.¹³⁵ L'associazione, tra l'altro ha delineato l'ipotesi di una figura forte, autorevole e ben articolata, non incorporata nella figura del Difensore civico generale, il quale a fronte della presenza di molteplicità di interessi da tutelare, correrebbe il rischio di assumere un ruolo marginale. Ecco perché si sottolinea la scissione dall'ufficio del Difensore civico, del Difensore civico dei diritti nei luoghi di detenzione, che si occupi non solo della tutela dei diritti nei luoghi di esecuzione della pena, ma in tutti i luoghi di

¹³⁵ M.PALMA, *L'ombudsman per un ruolo di indirizzo e di promozione dei diritti*. in *Diritti in carcere: il difensore civico nella tutela dei diritti dei detenuti*, a cura di A. Cogliano, Quaderni di Antigone, vol. I, 1° ed. 1997, p.150 ss.

privazione della libertà. Si deve trattare di una figura che dia una risposta a quelle esigenze della quotidianità delle cosiddette “piccole questioni”, della qualità della vita detentiva, senza la quale i diritti fondamentali potrebbero risultare mere enunciazioni¹³⁶.

Un altro aspetto importante contenuto nella proposta di legge in esame, riguarda i meccanismi di sanzione esercitabili dall'organo, e ancor prima con quali modalità e provvedimenti può concretizzare la sua azione. L'associazione Antigone con l'art. 7 propone che il Difensore civico delle persone private della libertà personale disponga di un potere raccomandatorio, e -rispetto ai casi segnalati e a seguito di inchiesta- svolga in prima una funzione di persuasione nei confronti dell'amministrazione interessata, affinché si adegui a quanto raccomandato. D'altro canto, il funzionario o l'organo competente devono trovare soluzioni al problema nei termini indicati dal Difensore stesso. Nei casi di illegittima omissione di provvedimenti dovuti -da parte delle amministrazioni- il Garante può chiedere all'autorità competente l'ottemperanza a quanto segnalato, rivolgendosi ai soggetti superiori gerarchicamente rispetto a quelli rimasti inerti. In caso di riscontrata persistente inadempienza a quanto raccomandato, egli può emanare una dichiarazione pubblica di biasimo, e nei casi più gravi, richiedere al

¹³⁶ M. PALMA, *L'ombudsman per un ruolo di indirizzo e di promozione dei diritti*, cit., p.149

magistrato di sorveglianza l'attivazione di un procedimento disciplinare; l'esito di tale procedimento dovrà poi essere comunicato al Difensore civico.

4.2 La proposta di legge n. 626/ 2006 concernente l'istituzione del Garante delle persone detenute o private della libertà personale.

Un'altra proposta di legge innovativa, meritevole di essere descritta dettagliatamente, è quella presentata alla Camera dei Deputati nel maggio 2006 relativa alla "istituzione del difensore civico delle persone private della libertà personale"¹³⁷, e approvata nel 2007 alla Camera con pareri favorevoli espressi dalla Commissione Affari sociali e Commissioni Lavoro, in un testo unificato, e trasmessa al Senato della Repubblica recante in epigrafe "Commissione nazionale per la promozione e protezione dei diritti umani".¹³⁸

¹³⁷ Si tratta del d.d.l. relativo alla "*Istituzione del Difensore civico delle persone private della libertà personale*", in *Camera dei Deputati, XV Legislatura. Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 626.

¹³⁸ Cfr. il d.d.l. relativo alla "*Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e protezione dei diritti umani*", trasmesso dal Presidente della Camera dei Deputati, il 5 aprile 2007, in *Senato della Repubblica. XV Legislatura, Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 1463. L'istituzione della "*Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani*" permette al nostro ordinamento di recepire, anche se con ritardo, le numerose convenzioni, raccomandazioni, risoluzioni dell'Unione Europea, così come le dichiarazioni, le convenzioni o le risoluzioni dell'ONU iniziate con la Dichiarazione Universale del 1948 fino ad arrivare alla risoluzione n. 48/134 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 Dicembre 1993; permette altresì di applicare in modo significativo taluni principi generali sanciti dalla Costituzione italiana e di fornire un quadro nazionale di riferimento alle diverse iniziative che già sono state realizzate da taluni Enti Locali.

Questo disegno di legge è innovativo, poiché a differenza delle tante proposte presentate in Parlamento¹³⁹, la figura del Garante è inquadrata come "sezione specializzata" all'interno dell'istituzione della *Commissione nazionale per la tutela dei diritti umani*. Il testo unificato, pur mantenendo inalterata la struttura del Garante, lo ha trasformato in una mera articolazione interna della Commissione per la tutela dei diritti umani. Ed è proprio questa la novità.

Il disegno di legge si costituisce di tre Capi, rubricati rispettivamente "Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani"; "Funzioni di Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale"; "Adempimenti della Commissione e copertura finanziaria".

Il primo disciplina appunto la "Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani", che -come stabilito dall'art. 1 comma 1- ha lo scopo di "promuovere e tutelare i diritti fondamentali della persona, riconosciuti dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte"; ed indica i soggetti titolari del potere di nomina, le modalità, i requisiti positivi e negativi necessari per essere destinatari della nomina, le competenze di cui la Commissione è titolare e i poteri affidati per l'espletamento delle funzioni.

¹³⁹ Cfr. il d.d.l relativo alla "Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e protezione dei diritti umani", in *Senato della Repubblica, XIII Legislatura, Disegni di legge e relazione*, stamp. n. 3744, nonché *Camera dei Deputati, XIII Legislatura*, stamp. n. 5509.

Quanto alle competenze della Commissione, l'art. 2 individua un elenco di funzioni, le quali attengono ad alcuni grandi settori di intervento. Innanzitutto occorre prendere in esame l'attività che la Commissione compie in collaborazione con le istituzioni scolastiche ed universitarie; è attribuita infatti la facoltà di elaborare specifici percorsi informativi diretti alla promozione della cultura dei diritti umani e della diffusione della conoscenza delle norme che regolano la materia e delle relative finalità, oltre che di compiere un'attività collaborativa con le stesse per realizzare i progetti didattici e di ricerca sulle tematiche concernenti i diritti umani. Uno dei più importanti compiti della Commissione attiene all'attività di monitoraggio in ordine al rispetto dei diritti umani in Italia, ed è proprio tale attività che costituisce la ragione d'essere di tale organismo. La Commissione inoltre ha la facoltà di formulare pareri, raccomandazioni e proposte al Governo e al Parlamento su ogni questione concernente i diritti umani; in merito ai rapporti col Governo, essa ha la facoltà di proporre iniziative legislative, di regolamenti e di atti amministrativi, nonché di sollecitare la firma o la ratifica di accordi internazionali relativi alla materia dei diritti umani. D'altro canto, è posto in essere un correlativo dovere del Governo a trasmettere alla Commissione i progetti di atti legislativi e regolamentari che possono avere incidenza sui diritti umani. Detta Commissione, ai sensi dell'art. 2 lettera d) può formulare al Governo raccomandazioni e suggerimenti volti alla definizione della

posizione italiana nell'ambito di negoziati bilaterali o multilaterali che possono "incidere sul livello di tutela dei diritti umani", e in aggiunta a questo potere, verifica l'effettiva attuazione delle Convenzioni e degli accordi internazionali in materia di diritti umani ratificati dall'Italia. Tra le competenze risulta molto importante il coordinamento, disciplinato dall'art. 2 lett. f) , in particolare, quello con le Autorità, le istituzioni, gli organismi pubblici ed in particolare con i Difensori civici "cui la legge attribuisce a livello centrale o locale specifiche competenze in relazione alla tutela dei diritti umani".

Per quanto riguarda i poteri assegnati alla Commissione, il disegno di legge precisa che si tratta di poteri di accertamento, di controllo e di denuncia nell'ambito del procedimento davanti ad essa, descritto dall' art. 3 comma 4. Nello specifico, una volta ricevute segnalazioni relative a violazioni di diritti dagli interessati o dalle associazioni che li rappresentano, la Commissione, verificate le condizioni di procedibilità, informa le parti interessate, chiedendo anche di fornire informazioni ed esibire i documenti ; e proprio per rendere cogente tale obbligo è prevista, in caso di omissione senza giustificato motivo, una sanzione amministrativa.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Cfr. L' art. 3 comma 2 del disegno di legge stabilisce che " se le parti rifiutano od omettono senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla Commissione, esse sono punite con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 4.000 a 24.000; tale sanzione può essere incrementata fino al doppio del massimo se le parti forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri; in caso di inottemperanza da parte di soggetti pubblici, la

Quanto agli aspetti procedurali, l'art 3 comma 4 del disegno di legge in esame delinea una assai opportuna forma di contraddittorio orale, con facoltà delle parti di essere sentite personalmente o per mezzo di un procuratore speciale.

Verificata la ricevibilità della segnalazione, la Commissione, qualora accerti la sussistenza di situazioni non conformi alle norme interne e internazionali relative ai diritti umani, richiede al soggetto interessato di agire conformemente, mediante la promozione di un tentativo di conciliazione; se il tentativo non raggiunge l'esito auspicato, formula allora specifiche raccomandazioni. A questo punto innanzi al destinatario della richiesta della Commissione si apre una pluralità di prospettive: innanzitutto può accogliere l'invito formulato ad assumere condotte rispettose delle norme interne e internazionali in tema di diritti umani; in tal caso non si pone alcun problema, ma diversamente, è tenuto a comunicare alla Commissione il suo dissenso motivato nel termine di trenta giorni. Se il soggetto in questione omette di comunicare il dissenso motivato, ovvero nel caso in cui la Commissione reputi la motivazione sottoposta insufficiente, si rivolge, in presenza dei necessari presupposti, all'autorità giudiziaria competente. Nell'ipotesi in cui il soggetto destinatario della richiesta sia una pubblica amministrazione, qualora ometta di conformarsi alla richiesta e non comunichi il dissenso motivato nel termine di trenta giorni ovvero qualora

Commissione può rivolgersi ad uffici sovraordinati ai quali è rimessa la valutazione in ordine alla responsabilità disciplinare del dipendente inadempiente”.

esso sia ritenuto insufficiente dalla Commissione, quest'ultima si rivolge agli uffici sovraordinati a quelli originariamente interessati.

Se gli uffici sovraordinati decidono di agire in conformità alla richiesta della Commissione, l'art. 3 comma 8 del disegno di legge in esame, prevede, come obbligatoria, l'attivazione del procedimento disciplinare nei confronti del dipendente cui è attribuibile l'inerzia. Tuttavia può accadere che neppure gli uffici sovraordinati accolgano la richiesta: in tale estrema ipotesi la Commissione può adire l'autorità giudiziaria competente, chiedendo l'annullamento dell'atto reputato illegittimo ovvero di ordinare all'autorità interessata di tenere il comportamento dovuto.

Nel disegno di legge in esame, il capo II traccia le funzioni della Commissione in quanto Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.¹⁴¹ Come precisa l'art. 9 comma 2 d.d.l. il Presidente della Commissione conferisce ad uno dei membri eletti, la funzione di coordinatore per l'esercizio delle attribuzioni del Garante; si tratta di un organo chiamato a cooperare con gli organismi istitutivi a livello regionale, provinciale e comunale prendendo in esame le segnalazioni da essi effettuate anche avvalendosi dei loro uffici e del

¹⁴¹ L'art 9 del disegno di legge precisa che " la Commissione svolge anche le funzioni di Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale secondo le disposizioni di cui al capo II" ed è il presidente della Commissione a conferire le funzioni di coordinatore ad uno dei componenti di essa.

relativo personale sulla base di apposite convenzioni con l'ente interessato.¹⁴² Vi è un limite su cui soffermarsi, stabilito dall'ultimo comma dell'art. 10 secondo cui " in nessun caso la Commissione può delegare l'esercizio delle sue funzioni". Questa prerogativa nasce per evitare pericolose e preoccupanti abdicazioni di funzioni che determinerebbero un pregiudizio degli obiettivi che il legislatore auspica di raggiungere.

I poteri in capo alla Commissione sono elencati nell'art. 11 della legge in esame. Esercita una essenziale attività di vigilanza volta a far sì che l'esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati e dei soggetti sottoposti alla custodia cautelare in carcere o ad altre forme di limitazione della libertà personale, avvenga in conformità ai principi costituzionali, alle fonti sui diritti umani ratificate dall'Italia, alle leggi statali e ai regolamenti; adotta, inoltre, le proprie determinazioni in ordine alle istanze e ai reclami che sono ad essa rivolti dai detenuti e dagli internati ai sensi dell'art. 35 comma 2 ord. penit. come modificato dall'art. 12 comma 2 del disegno di legge in esame.¹⁴³

Di estrema importanza risulta essere l' art. 11 comma 2 lett. a) in quanto prevede un potere di visita, senza necessità di preavviso o di autorizzazione, dei vari luoghi in cui si trovano i soggetti detenuti, internati e coloro sottoposti a custodia

¹⁴²M. GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, dibattiti*, in *Giust. pen.* 2007, c.542

¹⁴³ Cfr. GEMELLI, *op.cit.*, c. 543

cautelare: in particolare si fa espresso riferimento agli istituti penitenziari, agli ospedali psichiatrici giudiziari, agli istituti penali, alle comunità per minori ed infine agli enti convenzionati con il Ministero della Giustizia per l'esecuzione di misure privative della libertà personale che ospitano condannati che usufruiscono di misure alternative alla detenzione.

Il potere di visita si estende ad ogni locale dei summenzionati istituti, senza alcuna restrizione, e comprende il potere di incontrare chiunque sia privato della libertà personale con garanzia della riservatezza del colloquio.

La Commissione ha diritto di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo della persona privata della libertà personale con alcune limitazioni: oltre che quelle derivanti in materia di protezione dei dati personali di cui al D.Lgs. n. 196/2003, le limitazioni riguardano soprattutto gli atti coperti dal segreto istruttorio nell'ambito del procedimento penale.¹⁴⁴

Le restanti funzioni della Commissione sono complementari rispetto a quelle di carattere generale. Il disegno di legge prescrive di verificare che le strutture edilizie adibite alla restrizione della libertà delle persone, siano idonee alla salvaguardia della dignità umana, con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali, imponendo così alla Commissione lo svolgimento di una attività

¹⁴⁴ Come stabilito dall'art. 11 lettera d) del disegno di legge in esame, al fine di rendere effettivo il potere di accedere agli atti e documenti che riguardano i detenuti, "nel caso in cui l'amministrazione non fornisce risposta alle richieste entro trenta giorni, la Commissione informa il Magistrato di Sorveglianza territorialmente competente il quale può richiedere di emettere un 'ordinanza di esibizione dei documenti richiesti".

strumentale che costituisce senza dubbio un controllo volto ad assicurare che l'esecuzione delle misure privative della libertà personale avvenga in conformità ai principi costituzionali, a quelli delineati dalle fonti europee ed internazionali.

Il Garante, non limita la sua attività agli istituti di privazione della libertà personale, ma la estende anche alle camere di sicurezza eventualmente esistenti presso le caserme dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza e presso i commissariati di pubblica sicurezza, nonché ai centri di identificazione ed espulsione per extracomunitari, verificando in quest'ultimo caso, il rispetto degli adempimenti e delle procedure presso tali centri, nel rispetto della disciplina dell'immigrazione.¹⁴⁵

Tra le novità previste del disegno di legge in esame merita attenzione la possibilità per i detenuti di inoltrare il reclamo generico di cui all'art. 35 ord. penit. alternativamente al magistrato di sorveglianza o alla Commissione nazionale per la promozione dei diritti umani, ovvero il Garante. Qualora verifichi la fondatezza dei reclami proposti, la Commissione può richiedere all'amministrazione di agire per far fronte alle doglianze o per adeguarsi alle raccomandazioni. Il Garante ha il potere di trasmettere al magistrato di

¹⁴⁵ Per approfondimenti, cfr. l. 5 luglio 1998, n. 286. Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero; nonché art. 2, l. 6 marzo 1998, n. 40; l. 30 dicembre 1986, n. 943.

sorveglianza il reclamo destinato alle amministrazioni competenti, di modo tale che decida secondo i poteri attribuiti dall'art. 69 ord. penit.

Merita attenzione anche il cd. procedimento di accertamento di cui all'art. 13 del disegno di legge in esame, il quale stabilisce che, qualora le amministrazioni responsabili delle strutture e degli istituti penitenziari tengano condotte difformi dai principi di legalità e dignità oppure le istanze e i reclami ad essa rivolti siano fondati, la Commissione richiede all'amministrazione interessata di agire, attraverso un tentativo di conciliazione e nel caso in cui esso risulti infruttuoso, può formulare raccomandazioni. A questo punto, l'amministrazione se si adegua alle prescrizioni fornite dalla Commissione, provvederà a rimuovere le anomalie riscontrate, qualora però non intenda agire in conformità ad essa è tenuta a comunicare il dissenso motivato entro il termine di trenta giorni.

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione non osservi la richiesta e il dissenso motivato non sia stato comunicato o ancora sia stato ritenuto insufficiente, la Commissione può informare gli uffici sovraordinati all'amministrazione, che dovranno esaminare *ex novo* le doglianze espresse dalla Commissione, valutando così se accogliere la richiesta o rigettarla. Nel caso di accoglimento, secondo quanto stabilito dall'art. 13 comma 4, il legislatore deve obbligatoriamente attivare un procedimento disciplinare a carico del dipendente al quale risulta attribuibile l'inerzia. Nel caso di rigetto della richiesta, la Commissione trasmette

il reclamo al magistrato di sorveglianza il quale decide secondo quanto stabilito all'art.69 comma 6 ord. penit.

Gli ultimi due commi dell'art. 13 disciplinano il procedimento nell'ipotesi di violazioni riscontrate nei centri di identificazione ed espulsione, *ex art. 14 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286*. In tal caso l'intervento è prescritto qualora la Commissione verifichi comportamenti non conformi agli artt. 20, 21, 22 e 23 del D.P.R. 394/1999 ovvero qualora le istanze e reclami promananti dai soggetti trattenuti in tali strutture siano fondati.¹⁴⁶ E' prevista anche in tal caso l'applicazione dell'art. 13 commi 1-4, con la possibilità finale di adire l'autorità giudiziaria competente per ottenere l'annullamento dell'atto reputato illegittimo ovvero l'ordine all'amministrazione pubblica di tenere il comportamento dovuto, qualora gli uffici sovraordinati non accolgano la richiesta di agire in conformità alle prescrizioni rivolte.

Il terzo capo del disegno di legge disciplina " gli adempimenti della Commissione e la copertura finanziaria". Come si evince dall'art. 14, la Commissione, nel caso in cui ravvisi -nei confronti di soggetti privati della libertà personale- trattamenti inumani e degradanti, ha l'obbligo di presentare denuncia all'autorità giudiziaria competente.

¹⁴⁶Il D.P.R. 31 agosto 1999, n. 384 contiene il *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

Infine, merita attenzione l'attività relazionale della Commissione con i soggetti istituzionali. Nell'esercizio delle funzioni di Garante dei diritti delle persone private della libertà personale è tenuta a presentare una relazione annuale al Parlamento sull'attività esperita nell'anno trascorso, indicando i tipi di intervento attuati e i relativi risultati ottenuti, le proposte utili a migliorare la protezione dei diritti umani sul territorio nazionale ed estero, nonché le proposte utili a tutelare e promuovere i diritti delle persone private della libertà personale. Tale relazione è trasmessa sia agli organismi internazionali competenti in materia di tutela e promozione dei diritti umani "previsti dalle convenzioni internazionali di cui l'Italia è parte", ovvero al Comitato per la prevenzione della Tortura, sia al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro degli Affari Esteri, al Ministro dell'interno, Ministro della giustizia, al Ministro dell'economia e delle finanze, al Ministro del lavoro e della previdenza sociale e al Ministro della solidarietà sociale. E' prevista inoltre la pubblicazione della Relazione in un Bollettino Ufficiale, nel quale vengono menzionati gli atti, i documenti e le attività.

Come si evince dal contenuto del disegno di legge sopra descritto, si ritiene necessario introdurre nel nostro ordinamento il difensore civico delle persone limitate nella libertà personale quale soggetto terzo rispetto alle amministrazioni centrali, con poteri di ispezione e di controllo, che contribuisca a realizzare la tutela necessaria dei detenuti spesso privati anche di diritti fondamentali.

4.3 Altre proposte di legge in tema di Garanti : il d.d.l. n. 343 d’iniziativa del sen. Fleres e la proposta di legge per l’introduzione del reato di tortura.

La fine anticipata della XV legislatura ha interrotto, in un momento quasi decisivo, un accordo volto ad istituire la Commissione italiana per la promozione e la tutela dei diritti umani e l’istituzione del Garante delle persone detenute. Cosicché nel 2008 un gruppo di Senatori ha predisposto un ulteriore disegno di legge che tiene conto delle analoghe proposte e dei lavori parlamentari interrotti nella precedente legislatura.¹⁴⁷Nella relazione al disegno di legge si evince che pur senza neppure sottovalutare i ruoli svolti dall’amministrazione penitenziaria e dal magistrato di sorveglianza, vi è l’esigenza di istituire un organo monocratico, (e non collegiale) al fine di non dar vita a strutture costose e complesse incompatibili con l’attuale situazione finanziaria del Paese, e di dare tutela ai diritti delle persone detenute.¹⁴⁸ Si tratta cioè del Garante, il quale ha diverse finalità, tra cui l’allentamento delle tensioni tra le amministrazioni, la mediazione, la raccolta e l’organizzazione di un utile patrimonio informativo, la

¹⁴⁷ Cfr. il disegno di legge relativo al “ *Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento sociale*”, presentato il 6 maggio 2008 dai sen. Fleres, Ferrara ed altri, in *Senato della Repubblica. XVI Legislatura, Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 343.

¹⁴⁸ L’art. 1 comma 2 del disegno di legge n. 343 stabilisce che “L’ufficio Garante è composto dal garante nazionale, e da un vice Garante nazionale. Quest’ultimo assume le funzioni del Garante nazionale in caso di assenza o di impedimento del medesimo”.

funzione di deterrenza rispetto a tentazioni di maltrattamenti e il “diventare specchio pubblico delle condizioni di detenzione e punto di partenza per una periodica discussione parlamentare dei temi sul carcere e dei diritti delle persone private della libertà personale”.¹⁴⁹ Anche nel disegno di legge in esame, il Garante gode di poteri e funzioni molto ampie, descritte nell’art. 3 della disegno *de qua*¹⁵⁰, tra cui quella di “verificare se le strutture edilizie pubbliche adibite alla restrizione della libertà personale siano idonee a salvaguardare la dignità e il rispetto dei diritti fondamentali di chi è ospite”. In ordine alle funzioni e ai poteri del Garante, disciplinati dall’art. 3, merita attenzione quanto disposto nella lett. f) nella parte in cui stabilisce che “l’attività del Garante è rivolta anche ai detenuti italiani che scontano la pena al di fuori del territorio nazionale in collaborazione con le Autorità diplomatiche e consolari”; si tratta di una novità particolarmente rilevante rispetto a quanto previsto nel disegno di legge n.626, dato che la tutela dei diritti si estende anche al di fuori del territorio italiano, e si rende effettiva anche a fronte della collaborazione con le Autorità appena menzionate.

Un’altra novità riguarda l’istituzione dell’Ufficio per le relazioni con il pubblico cui destinare almeno cinque unità di personale, in servizio nella pubblica

¹⁴⁹ Cfr. *la Relazione al d.d.l. n. 343*, cit.

¹⁵⁰ Il Garante ha la funzione di informare correttamente l’opinione pubblica sulla situazione all’interno delle carceri in modo da superare le emergenze legislative, garantisce, attraverso visite ispettive, una continua verifica del rispetto degli *standard* minimi di trattamento, verifica la congruità e la compatibilità con la legge delle circolari ministeriali, più monitorare i regolamenti interni, la loro compatibilità con le condizioni dignitose di detenzione e gli *standard* europei etc.

amministrazione statale, regionale e locale, esperti in materia di comunicazione pubblica istituzionale e con un anzianità di servizio di almeno cinque anni; nonché l'istituzione dell'ufficio stampa composto da tre giornalisti di cui uno con la qualifica di redattore capo.¹⁵¹

Per completezza, in materia di protezione di diritti dell'uomo, oltre alla proposta di legge istitutiva del Garante nel 2008, è stata presentata al Senato della Repubblica, dallo stesso sen. Fleres, la proposta di legge per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale.¹⁵²

Essa è definita dalla Convenzione contro la tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti¹⁵³ come "qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o

¹⁵¹ Cfr. Art 3 lettera o) d.d.l. 343 *Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti*.

¹⁵² Cfr. il disegno di legge relativo alla "introduzione dell'art. 613 bis del codice penale in materia di tortura", presentato il 29 aprile 2008, dal sen. Fleres, Ferrara ed altri, in *Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Disegni di leggi e relazioni*, stamp.264

¹⁵³ La Convenzione in esame, è stata emanata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, ed è entrata in vigore il 26 giugno 1987; ed è stata resa esecutiva in Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498.

sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale definizione non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate”¹⁵⁴. Il divieto di tortura è previsto anche dall’art. 3 della Convenzione europea della salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali; inoltre in sede europea agisce anche il Comitato preposto ai fini della prevenzione di questa pratica.

Il disegno di legge in oggetto costituisce il necessario adeguamento alla normativa comunitaria e internazionale, colmando insufficienze del diritto interno a garanzia dei diritti umani di tutti i cittadini.¹⁵⁵ Il Parlamento è chiamato così ad allineare le garanzie giuridiche del nostro Paese a quelle internazionali e comunitarie, prevedendo tale pratica come reato, al fine di lasciare da un lato “un forte messaggio simbolico in funzione preventiva, e dall’altro con l’obiettivo di chiarire in modo inequivocabile quali sono i limiti dell’esercizio della forza coercitiva e i limiti dell’esercizio dei poteri pubblici.

Il disegno di legge in esame prevede che il reato di tortura sia collocato tra le fattispecie di delitto contro la libertà morale, ossia i delitti contro la libertà

¹⁵⁴ Cfr. Art.1 Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

¹⁵⁵ Cfr., Relazione accompagnatoria al disegno di legge relativo alla “*introduzione dell’art. 613 bis del codice penale in materia di tortura*”.

individuale. Nella proposta è stabilito che " è punito con la reclusione da quattro a dodici anni, chiunque, con violenze o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale". E' previsto inoltre il raddoppio della pena se dalle violenze deriva la morte della persona; nonché l'aumento di pena se le condotte delittuose sono poste in essere da soggetti che rivestono la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio,

L'obiettivo oltre a quello di colmare una lacuna nell'ordinamento giuridico è quello di introdurre una disposizione di rilevanza internazionale secondo la quale non può essere assicurata l'immunità diplomatica per il delitto di tortura ai cittadini stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati da un autorità giudiziaria straniera o da un tribunale internazionale; in tali casi, la norma prevede che lo straniero sia estradato verso lo Stato nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura, o nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso lo Stato individuato ai sensi della normativa internazionale vigente in materia.

4.4 La proposta di legge per l'istituzione del Garante nazionale promossa dal Coordinamento Garanti territoriali.

Nell'approfondire l'analisi dei testi delle varie proposte di legge in tema di istituzione di una figura nazionale di Garante per i diritti delle persone limitate nella libertà personale, dal testo unificato n. 626 e abb. al disegno di legge c.d. Fleres n. 343, nonché altri disegni di legge presentati in Parlamento, il Coordinamento Nazionale dei Garanti territoriali ha redatto un autonomo disegno di legge che, partendo da un'ampia rivisitazione di tutte le proposte di legge avanzate sul tema in oggetto, "potesse incontrare la maggiore condivisione possibile da parte di quanti quotidianamente, operano o intendono interagire con le problematiche del c.d. Pianeta carcere".¹⁵⁶

La proposta di legge presentata dal Coordinamento Garanti territoriali, in merito all'istituzione del Garante nazionale, è concepita come uno schema moderno e responsabile di federalismo solidale ed è unica nel panorama europeo, nella prospettiva che il Garante nazionale si raccordi con i Garanti territoriali già presenti in molte realtà locali, che continuano così a conservare autonomia di intervento sul territorio. In particolare, il Garante nazionale previsto secondo tale

¹⁵⁶ A.M. SIVIGLIA, in *Relazione accompagnatoria D.d.l* promosso dal Coordinamento Garanti territoriali *relativo alla "Istituzione del garante dei diritti delle persone private della libertà personale"*, 2008 p.28.

proposta è un organo collegiale, ed è composto dal Presidente, nominato con determinazione adottata d'intesa con i presidenti della Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica, e da quattro membri eletti, a maggioranza assoluta dei componenti e con voto limitato in numero di due dal Senato e in numero di due dalla Camera dei deputati.¹⁵⁷ Secondo il Coordinamento questo tipo di procedura di nomina e collegialità assicura al garante nazionale indipendenza, autorevolezza e democraticità. La struttura organizzativa dell'ufficio è regolamentata da una serie di norme di organizzazione, che devono essere adottate con apposito Decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto col Ministro dell' Economia e delle Finanze e del Ministro della Giustizia previo parere dello stesso Garante.¹⁵⁸ Le funzioni ed i poteri del Garante, così come il procedimento per rivolgersi al medesimo, afferiscono ad attività di monitoraggio e di vigilanza circa il rispetto dei diritti delle persone limitate nella libertà personale, ma anche e non marginalmente ad attività di supporto e di integrazione dei poteri non giurisdizionali della magistratura di sorveglianza.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cfr. Art. 1 *D.d.l. Coordinamento Garanti territoriali*.

¹⁵⁸ Cfr. Art. 5, *D.d.l. Coordinamento Garanti territoriali*.

¹⁵⁹ Cfr. art. 8- 10 *D.d.l. Coordinamento Garanti territoriali*

Anche il Coordinamento intende, con il disegno di legge appena descritto, realizzare quella pre-condizione necessaria per il raggiungimento di uno dei primari obiettivi nell'ambito della tutela dei diritti delle persone limitate nella libertà personale, ovvero, il riconoscimento nazionale della figura.

4.5 I punti deboli del meccanismo di controllo e la blanda azione ispettiva del magistratura di sorveglianza. Necessità dell'azione del Garante nazionale.

Nel corso dei dibattiti in materia di istituzione del garante sono emersi problemi inerenti al rischio di sovrapposizione delle competenze di quest'organo con le competenze del magistrato di sorveglianza. Quest'ultime riguardano principalmente i meccanismi di vigilanza e di controllo sull'operato dell'amministrazione penitenziaria. Nonostante l'ampio ventaglio di competenze affidate al magistrato, cui già si è fatto cenno, l'esecuzione della pena detentiva è caratterizzata dal predominio dell'autorità amministrativa¹⁶⁰. Per tali procedure occorre considerare da un lato il reclamo generico disciplinato dall'art. 35 ord. penit. che i detenuti possono rivolgere a varie autorità, e dall'altro, la vigilanza del magistrato di sorveglianza sull'organizzazione degli istituti di cui all'art. 5 reg. esec., il quale, nello specificare le fonti di controllo utilizzabili, fa esplicito

¹⁶⁰ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza, organizzazione competenze procedure*, Giappichelli, Torino, 2° ed. 1998, p.57 ss

riferimento alle visite, ai colloqui con i detenuti ed operatori penitenziari ed alla visione dei documenti.¹⁶¹A fronte di queste premesse è necessario, in questa sede, soffermarsi sull' effettivo esercizio delle funzioni contenute nell'art. 69 commi 1 e 2 ord. penit. ¹⁶². Si tratta di forme molto ampie di controllo in quanto il magistrato non ha alcun potere autoritativo e a fronte di illegalità non può far altro che rivolgersi al vertice dell'autorità amministrativa, salvo l'ipotesi di adire l'autorità giudiziaria competente nel caso di responsabilità penale dell'amministrazione ai sensi dell'art. 331 comma 1 c.p.p.¹⁶³

Le ragioni della debolezza della funzione di controllo sulla legalità in carcere sono varie, e attengono all' attività giurisdizionale sempre più articolata ovvero alla frequenza dell'esame delle misure alternative alla detenzione, alla diffusa convinzione della magistratura di sorveglianza di uno scarso legame tra gli interventi di propria competenza e il controllo sul carcere, e infine alla scelta consapevole effettuata da molti magistrati -che intendono salvaguardare al massimo la loro terzietà- che il loro operato possa essere pregiudicato e turbato

¹⁶¹ Cfr. art. 5 reg. esec. "il magistrato di sorveglianza nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, assume, a mezzo di visite e di colloqui, e quando occorre di visione di documenti, dirette informazioni sullo svolgimento dei vari servizi dell'istituto e sul trattamento dei detenuti e degli internati".

¹⁶² Cfr. art. 69, comma 1-2 ord. penit. Il quale stabilisce che "il magistrato di sorveglianza vigila sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena e prospetta al Ministro le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo all'attuazione del trattamento rieducativo; ed esercita, la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti.

¹⁶³ Cfr. Art. 331 stabilisce che "Salvo quanto stabilito dall'articolo 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito".

dal coinvolgimento personale in un reale controllo della legalità negli istituti. ¹⁶⁴

La debolezza della funzione *de qua* può essere superata attraverso l'esecuzione della sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 1999 n. 26 , che prescrive l'adozione di una specifica procedura giurisdizionale in merito ai reclami dei detenuti al magistrato di sorveglianza per violazione dei propri diritti.

La permanenza in un istituto carcerario, pur comprimendo la libertà di circolazione e altri diritti -la cui limitazione è strettamente collegata alla esecuzione della pena detentiva- lascia sussistere in capo al soggetto detenuto una molteplicità di situazioni soggettive attive: dai diritti di cui egli è titolare in quanto essere umano, (si pensi al diritto alla salute, alla dignità della persona) ai diritti legati alla specificità del suo *status*, (quali ad esempio, quelli inerenti alla disciplina dei trasferimenti la quale, il legislatore indica come criterio guida da adottare nel predisporre il trasferimento del detenuto, quello in prossimità dell'istituto penitenziario più vicino alla residenza della famiglia, ai fini di garantire il diritto ad avere rapporti con i propri familiari).

L'Italia, ha l'esigenza di istituire una figura, il Garante, che risponda alle esigenze di terzietà e di indipendenza dall'amministrazione penitenziaria e che svolga funzioni di vigilanza e di controllo affinché l'esecuzione della pena detentiva

¹⁶⁴ F. DELLA CASA, *Il difensore civico delle persone private della libertà personale*. intervento nell'ambito del Convegno " *Tra Custodi e Custoditi*" , Roma, 2002

rispetti i diritti e gli *status* appena menzionati; questo perché l'intervento del magistrato di sorveglianza non può essere considerato del tutto positivo, poiché ad oggi, lontano dal rapporto detenuto-istituzione penitenziaria.¹⁶⁵ Dapprima, la magistratura di sorveglianza ha avuto un ruolo positivo nella tutela dei diritti negli istituti, ma successivamente, i problemi di organico, lo scarso potere e l'estensione dei compiti attribuiti ad essa, hanno fatto sì che progressivamente l'attività di vigilanza e di controllo si affievolisse, creando così anche una distanza dal carcere dell'organo *de quo*. A fronte di ciò, è risultata necessaria l'attivazione di un altro organo di controllo che risani le attività del magistrato, e che cooperi con esso, per un fine comune ovvero la garanzia effettiva dei diritti inviolabili e il rispetto della dignità della persona. Le funzioni del Garante delle persone private della libertà personale operano in base a logiche completamente differenti rispetto al magistrato di sorveglianza, essendo diversi i settori di intervento. Egli a differenza del magistrato, funge da mediatore e dovrà avere relazioni con l'amministrazione penitenziaria, la magistratura di sorveglianza stessa, con il personale di polizia penitenziaria, le amministrazioni pubbliche, e con le associazioni di volontariato al fine di superare e risolvere questioni di primaria importanza.

¹⁶⁵ R. MERANI, *Diritti in carcere, il difensore civico nella tutela dei detenuti*, in Quaderni di Antigone, a cura di A.Cogliano, 1998, p.106 ss.

CONCLUSIONI

Lo Stato riconosce i diritti inviolabili dell'uomo ponendo alla base del l'ordinamento giuridico il rispetto della persona non soltanto come singola, ma anche quale componente della società. Al riconoscimento della persona umana si accompagna, quindi, da un lato, la socialità dell'uomo, quale sua condizione essenziale, dall'altro la protezione di tutti i diritti fondamentali e l'effettività delle tutele apprestate dall'ordinamento statale.

La Costituzione nell'art. 27 comma 3° stabilisce che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"; si evidenzia così un processo di trasformazione della funzione del carcere che, da istituzione di custodia e isolamento, si trasforma in un istituto che deve favorire la risocializzazione del detenuto, mediante un trattamento adeguato e relazioni continue con la società esterna. Peraltro è necessaria la preventiva creazione di motivazioni che inducano a tenere comportamenti socialmente corretti, e l'attuazione di strumenti volti alla responsabilizzazione e alla consapevolezza della conseguenza delle proprie azioni. Pertanto, accanto all'ideologia dei diritti dei detenuti, occorre affermare anche quella dei doveri. La rieducazione è un dovere nei confronti dell'autore del reato che deve avere l'opportunità di

trasformare la pena in un riscatto; si tratta di un dovere costituzionale, etico, ed anche di un' aspirazione dell'intera collettività per evitare il rischio che il detenuto una volta scontata la pena si trasformi in un soggetto ancor più pericoloso, in quanto incombe su di lui una condanna senza prospettiva.

Nell'esecuzione penale è un dovere inderogabile degli organi preposti, quali *in primis* la magistratura di sorveglianza e l'amministrazione penitenziaria, garantire e tutelare i diritti di ciascun detenuto, poiché alla privazione della libertà personale non deve corrispondere alcuna limitazione della dignità dell'essere umano. La dignità è il presupposto del riconoscimento del valore della persona, essa non si riferisce soltanto all'essere umano in quanto tale ma anche all'essere umano nella sua vita di relazione, e più in generale come soggetto nella società in cui vive. Il carcere non deve comportare una negazione dei diritti dell'individuo non compresi dalla sanzione penale, Con esso oltre ai diritti devono essere garantite le nuove posizioni giuridiche la cui tutela deve essere assicurata ponendo altrimenti a rischio l'utilità della stessa pena.

I diritti dei detenuti devono essere tutelati attraverso procedure chiare, che ne permettono il libero esercizio, ed organismi imparziali, pubblici e competenti, che ne garantiscono la corretta applicazione, ed il Garante ne è un esempio. La dignità umana è il diritto proprio di ogni essere umano ad essere rispettato

al pari di un diritto implicito nell'esistenza. Il diritto al rispetto è inviolabile, non è tangibile; deve anche essere difeso dalle violazioni, e rimane valido persino laddove gli uomini lo ignorano o lo negano.

La dignità umana ed i diritti umani hanno tra loro una relazione indissolubile considerato che la dignità dell'uomo costituisce il fondamento dei diritti umani.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA S. , *Diritti in carcere: Il difensore civico nella tutela dei diritti dei detenuti*, a cura di A. Cogliano. Roma, Associazione Antigone, 2000

BARTOLE S. - BIN R., *Commentario breve alla Costituzione, Breviaria iuris*, fondati da G. Cian, A. Trabucchi, Cedam , 2006

BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2001

BERTAZZINI G., Relazione sull' attività Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, in Atti della Provincia di Milano, 2007, 2008

CANEPA M. - MERLO, Manuale di diritto penitenziario, Giuffrè, 2010

CATELANI G., Il codice penitenziario commentato, Laurus Robuffo, Roma, 2005

CENTONZE A., L'esecuzione della pena detentiva e la ricostruzione sistematica della nozione di gravità delle condizioni di salute del detenuto, in Rass. pen. crim, 2011

CODICE PENITENZIARIO E DELLA SORVEGLIANZA, a cura di G. Zappa - C. Massetti, Celt , 2011.

COGLIANO A., *Diritti in carcere, il difensore civico nella tutela dei diritti dei detenuti*, Quaderni di Antigone, Vol. I , Roma, 1997

COPPETTA M.G., *Commento all'art. 42*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi – Giostra – Della Casa, 4° ed., Cedam, 2011

DELLA CASA F., *Commento all'art. 69* , in *Ordinamento penitenziario*, A cura di Grevi – Giostra – Della Casa, 4° ed., Cedam, 2011

DELLA CASA F. ,*Suggerimenti, influenze e standard europei quali fattori di evoluzione nel sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1207

DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza: organizzazione, competenze, procedure*, Giappichelli, Torino, 1998

DELLA CASA F., *Il Difensore civico delle persone private della libertà personale*, in *Tra custodi e custoditi*, Atti del Convegno, 5 novembre 2002, in www.abuondiritto.it

DI GENNARO- BREDI-LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, Giuffrè, 1997

E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, in *Collana di studi penalistici*, a cura di G. Bettiol- P. Nuvolone, XVII, Cedam, 1979

FERRARO B. – DE STEFANIS CINZI, *Procedimenti e provvedimenti della Magistratura di Sorveglianza*, , in *Studi penitenziari*, II, Collana diretta da B. Ferraro, Cedam, Padova, 1995.

FILIPPI L. – SPANGHER G. , *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè
2011

FLERES S., *Relazione sul Garante per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e per il loro reinserimento sociale*, in *Atti della Regione Sicilia*, 2009.

GREVI V., *Commento all'art. 1*, in *Ordinamento penitenziario*, A cura di Grevi – Giostra – Della Casa, 4° ed. Cedam, 2011.

G. ROLLA *Le nuove frontiere dei diritti*, in *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, a cura del medesimo, Giappichelli, Torino, 2001.

GEMELLI M., *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, dibattiti*, in *Giust. pen.* 2007, II, c. 536

I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, in *Studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1970

M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966

MALFATTI E. - PANIZZA S.- ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*,
Giappichelli, Torino, 2009

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 2009

MARCHESELLI A., *Il difensore civico delle persone private della libertà personale*.
in www.diritto.it.

MARCHESELLI A., La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività:Un' ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale,in *Rass. penit.crim.* ,2010, p.101 ss

MARCHESELLI A. – FIORENTIN F., *L'ordinamento penitenziario*, Utet Giuridica, 2005

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, parte generale. Milano, Giuffrè, 2010

MELCHIORRE N.G., *la tutela dei diritti dei detenuti e degli internati lesi da atti illegittimi dell'Amministrazione penitenziaria*,in www.diritto.it,

MERANI R., *Diritti in carcere, il difensore civico nella tutela dei detenuti*, in *Quaderni di Antigone*, a cura di A.Cogliano, 1998

NALDI A., *Europa, carcere, penalità e lavoro, ricerca transazionale* ,Roma, Sinnos, 2005

NESPOLI G., *Rilievi sulla funzione amministrativa nel rapporto di esecuzione penitenziaria*. in *Rass. penit. crimin.*, 1982, p.50 ss.

PALMA M. , *L'ombudsman per un ruolo di indirizzo e di promozione dei diritti*, In *Quaderni di Antigone*, a cura di A. Cogliano, Vol. I, Roma, 1997

PAVARINI M. GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, Martina , 2004

PRELATI G., *Il magistrato di sorveglianza*, Milano, Giuffrè, 2002

RUARO M., *La magistratura di sorveglianza*, in *Trattato di procedura penale* , diretto da G. Ubertis-G. P. Voena, Vol. XLIII

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli ,2002

SCALFATI A. , *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova,

Cedam, 2004 SIVIGLIA A.M., *Relazione sull' attività del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale*, in *Atti del comune di Reggio Calabria*, 2006, 2007, 2008.

TARTAGLIONE G. , *Le funzioni del giudice di sorveglianza*, in *Rassegna studi penitenziari*, 1972, p. 173 ss

VERRINA D., *Commento all'art. 42*, in *Ordinamento penitenziario*, A cura di Grevi -Giostra – Della Casa, 4° ed. Cedam, 2011.

SITI INTERNET CONSULTATI

www.associazioneantigone.it

www.cortecostituzionale.it

www.giurcost.org

www.giustizia.it

www.rassegnapenitenziaria.it

www.ristretti.it

www.senato.it

www.camera.it

www.associazioneantigone.it

RINGRAZIAMENTI

Questa tesi oltre ad essere il traguardo finale del mio corso di studi è l'espressione di un'esperienza maturata negli anni grazie all'incontro di persone e insegnanti speciali che hanno contribuito a tenere viva questa mia grande passione per il carcere.

Un ringraziamento particolare va innanzitutto alla Prof.ssa Laura Cesaris, per la grande disponibilità, semplicità e cortesia dimostratemi in questi mesi e per tutto l'aiuto e la pazienza fornita durante la stesura della tesi. Grazie di cuore.

Un affettuoso ringraziamento è per il Prof. Giorgio Bertazzini che mi ha trasmesso questa grande passione per il carcere sin dai tempi delle scuole superiori. A lui va tutta la mia gratitudine, per la disponibilità, per gli impagabili suggerimenti perché se ho fatto questa scelta la devo anche e soprattutto a lui. Oggi questa vittoria è anche sua.

Ringrazio anche l'Avv. Agostino Siviglia, consulente giuridico dell'Ufficio Garante dei diritti dei detenuti del Comune di Reggio Calabria, per l'aiuto e la disponibilità manifestata durante il mio soggiorno a Reggio Calabria.

Desidero ringraziare con affetto la mia famiglia, nessuno escluso, per non avermi fatto mancare nulla in questi anni, per il sostegno ed il grande aiuto che mi hanno

dato, e non solo nel raggiungere questo obiettivo, grazie di cuore, senza di voi nulla sarebbe stato possibile.

Grazie a Nazzareno che mi ha sopportato e supportato in questi ultimi 2 anni di studio.

Un ringraziamento speciale va a Davide per avermi guidato , ad Angela : tu si che sei speciale, sei riuscita sempre a capirmi e a sostenermi in momenti molto difficili, è troppo riduttivo poter esprimere la mia gratitudine in questa sede, sei davvero un amica insostituibile; Palma : io e te abbiamo iniziato insieme quest'avventura piena di ostacoli da superare, ma anche tantissime soddisfazioni. Ricordo ancora le prime lezioni e i pomeriggi in biblioteca a studiare, nonché le nostre lunghe chiacchierate. Grazie per esserci sempre stata. Ringrazio Elisa per il supporto in questi anni e soprattutto in questi ultimi mesi nonché Cristina e Francesca per avermi insegnato a non mollare mai. Questi anni sono stati indimenticabili.

Il mio più grande ringraziamento va a nonno Mimmo,sono riuscita ad arrivare fino in fondo, come avresti voluto tu.

