

L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA PREVENTIVA DEI DIRITTI DEI DETENUTI E DEGLI INTERNATI

A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.

di Sergio Romice

Abstract. *Lo scritto analizza il testo delle disposizioni dell'art.35-bis della legge n.354/1975 in chiave critica, evidenziandone le incongruenze nel sistema di tutela dei diritti e più in generale delle posizioni giuridiche dei detenuti e degli internati.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'oggetto della tutela preventiva: il fatto illecito penitenziario. – 3. Gli elementi costitutivi del fatto illecito. – 3.1. La violazione della norma dell'ordinamento penitenziario. – 3.2. Il pregiudizio all'esercizio dei diritti. – 3.3. I diritti oggetto di tutela. – 3.4. L'estensione della tutela agli interessi legittimi. – 3.5. La gravità e l'attualità del pregiudizio. – 4. Il reclamo generico. – 5. Il diritto alla rieducazione. – 6. I diritti derivanti dalle prestazioni di lavoro. – 7. L'effettività delle decisioni del magistrato di sorveglianza: l'ottemperanza.

1. Introduzione¹.

Il Magistrato di sorveglianza provvede, tra l'altro, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'inosservanza da parte dell'Amministrazione di disposizioni dell'ordinamento penitenziario, dalla quale derivi, al detenuto o all'internato, un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti².

¹ Sull'art.35-bis della legge 354/1975, introdotto con l'art. 3, comma 1, lettera b del Decreto Legge n.146/2013, conv. con mod. nella L.n.10/2014, si rimanda a M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, Archivio Penale, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,563 e segg. C. FORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in Archivio Penale, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,504; S.ANASTASIA *Un'età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in Archivio Penale, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,487; M.MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi compensativi prospettive de iure condendo*, in Archivio Penale maggio agosto 2014 fascicolo 2 anno LXVI,591; F.FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*,3, settembre dicembre 2013, 235 e segg.; AA.VV. *Emergenza Carceri: radici remote e recenti soluzioni normative. Atti del convegno di Teramo 6 marzo 2014*, Torino, 2014; *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti; le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F.CAPRIOLI E L.SCOMPARIN, Torino, 2015; A. DELLA BELLA, *Emergenza Carceri e sistema penale: decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte Costituzionale n.32/2014*, con presentazione di E.DOLCINI E G.L.GATTA Torino,2014.

² Art.69 comma 6 lettera b, L.n.354/1975.

Il procedimento relativo a tali reclami, attivabile senza termini di decadenza, finché dura il grave pregiudizio o nell'immanenza del grave pregiudizio, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale³.

Il Magistrato di sorveglianza, all'esito del procedimento, accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio all'esercizio dei diritti, ordina all'Amministrazione interessata⁴ di porvi rimedio stabilendo anche un termine per l'adempimento⁵.

Avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza (in questo come in ogni altro caso previsto dall'art.35-bis della legge 354/1975) è ammesso reclamo al Tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa⁶.

La decisione del Tribunale di sorveglianza, a sua volta, è ricorribile per Cassazione, per violazione di legge, nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa⁷.

In caso di mancata esecuzione del provvedimento del Magistrato di sorveglianza o del reclamato Tribunale, non più soggetto ad impugnazione, in questo come in ogni altro caso previsto dall'art.35-bis della legge 354/1975, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale può richiedere l'ottemperanza al Magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Per tale richiesta si osservano le disposizioni di cui agli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale⁸.

Il Magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'Amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto⁹; dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito¹⁰; nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*¹¹.

³ Art.35-bis, comma 1, L.n.354/1975.

⁴ Non si tratta soltanto dell'Amministrazione penitenziaria; può essere destinataria dell'ordine anche l'Amministrazione sanitaria che ha una specifica competenza in materia di tutela della salute dei detenuti e degli internati o l'Amministrazione scolastica che ha specifiche competenze sull'organizzazione di corsi di scuola dell'obbligo; ma, si ritiene, possa rivestire il ruolo di contraddittore eventuale, una qualsiasi altra Amministrazione pubblica che si trovi in una relazione qualificata con l'interesse o la posizione del detenuto o internato; sono stati, infatti, estesi "a tutto campo" i poteri del magistrato di sorveglianza con riguardo alla tutela delle posizioni giuridiche dei condannati; così M.BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale*, Archivio Penale, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,563 e segg.

⁵ Art.35-bis comma 3 seconda parte, L.n.354/1975.

⁶ Art.35-bis comma 4 L.n.354/1975.

⁷ Art.35-bis comma 4-bis L.n.354/1975.

⁸ Art.35-bis comma 5 L.n.354/1975.

⁹ Art.35-bis comma 6 lettera a, L.n.354/1975.

¹⁰ Art.35-bis comma 6 lettera b, L.n.354/1975.

¹¹ Art.35-bis comma 6 lettera d, L.n.354/1975.

Nel procedimento per l'ottemperanza, il Magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario¹².

Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per Cassazione per violazione di legge¹³.

La posizione di queste regole nell'ordinamento, era stata sollecitata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁴ che aveva rilevato come "il reclamo rivolto al Magistrato di sorveglianza in virtù degli articoli 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario", fosse " un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica", e come nell'ordinamento italiano non esistesse "un ricorso in grado di consentire alle persone incarcerate in condizioni lesive della loro dignità di ottenere una qualsiasi forma di riparazione per la violazione subita".

Analoga sollecitazione era presente nel ns. ordinamento per effetto della sentenza n.26/1999 della Corte Costituzionale; con tale arresto, la Corte di legittimità delle Leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non prevede(vano) una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della Amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale¹⁵ ma senza indicare positivamente quale fosse il rimedio giurisdizionale allo stato applicabile, lasciandone il compito al legislatore. In mancanza di intervento sulla materia da parte del Parlamento era stata la giurisprudenza applicativa¹⁶ a colmare il vuoto lasciato dal legislatore dopo l'intervento della Corte Costituzionale; secondo la giurisprudenza citata, infatti, le procedure per reclamo giurisdizionalizzato, già previste nell'ordinamento penitenziario¹⁷ potevano essere estese ai reclami aventi ad oggetto la generalità delle posizioni giuridiche meritevoli di tutela del condannato.

¹² Art.35-bis comma 7, L.n.354/1975.

¹³ Art.35-bis comma 8, L.n.354/1975.

¹⁴ Sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani v. Italia.

¹⁵ Con sentenza 8/11.2.1999 n. 26 la Corte Costituzionale infatti intervenne sull'art. 35 e sul successivo art. 69, dichiarandone la contrarietà alla Legge fondamentale nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale, ma non ritenne di indicare positivamente quale fosse il rimedio giurisdizionale allo stato applicabile, onde si verificarono incertezze e contrasti, opinando taluni che la lacuna non potesse essere colmata se non dal legislatore, individuando altri alternativamente uno dei possibili mezzi di gravame previsti dall'ordinamento penitenziario o dal codice di rito

¹⁶ È stata Cass. Sez. un., con sentenza 26 febbraio 2003, n.25079, Gianni (in Dir. Pen. e Processo, 2003, 954 ; Riv. Pen., 2004, 121), cui si è uniformata la successiva giurisprudenza, a stabilire che i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria incidenti su diritti soggettivi sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nella L. n. 354 del 1975, art. 14-ter; secondo la massima: "contro i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria in materia di colloqui e di corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati sussiste la competenza del magistrato di sorveglianza con la procedura prevista dagli artt. 69 e 14-ter ord. penit.; è peraltro legittima la disciplina differenziata in materia prevista per i detenuti per i delitti individuati dal primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis".

¹⁷ I reclami al Tribunale di Sorveglianza con procedimento giurisdizionalizzato, sono previsti nell'art. 14-ter O.P. (reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare) e

Per effetto delle disposizioni sopra indicate, introdotte nell'ordinamento con l'art. 3 comma 1 del D.L. 146/2013 conv. con mod. nella Legge 10/2014, quando ricorre "il pregiudizio, grave ed attuale, all'esercizio dei diritti" dei detenuti o degli internati, derivante dall' "inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni" dell'ordinamento penitenziario, i detenuti o gli internati possono presentare reclamo al Magistrato di Sorveglianza e così aprire un procedimento giurisdizionale regolato dagli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale; in tal modo, il legislatore, nel rispondere alle sollecitazioni dell'Alta Corte Europea, supera l'orientamento pretorio che finora, nella materia in esame, supplendo all'inerzia del legislatore¹⁸, aveva fatto applicazione del procedimento regolato dall'art. 14-ter O.P. (cd. procedimento giurisdizionale semplificato).

Come precisato dalla più recente giurisprudenza¹⁹, in tal modo è stato introdotto nell'ordinamento un vero e proprio giudizio di carattere contenzioso vertente sull'accertamento, in contraddittorio del "grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti" finalizzato all'adozione di un provvedimento riparatorio (consistente nell'ordine di porre rimedio) e imperniato sul coesistente antagonismo tra la parte privata reclamante (attrice necessaria ed esclusiva) e l'amministrazione penitenziaria (contraddittore istituzionale) potenzialmente resistente.

Con tale strumento di tutela mutano i rapporti di forza negli ambiti della più dura repressione pubblica quale quella punitiva; in particolare, si pone un freno al potere regolamentare e disciplinare dell'Amministrazione incaricata di provvedere all'esecuzione della pena criminale; viene altresì contrastata la tendenza tipica delle cd. istituzioni totali e particolarmente delle prigioni ad affrancarsi dal controllo dell'Autorità Giudiziaria²⁰; in definitiva, si introduce un elemento di democratizzazione del rapporto punitivo: aumentando le capacità di controllo del potere disciplinare o regolamentare dall'Autorità preposta alla gestione dei prigionieri, muta la prospettiva della relazione Stato-prigioniero che non è più unilaterale, ma diventa bilaterale e conflittuale; l'emergenza e l'esigenza di un tale modello avrebbe il

18-ter comma 6 O.P. (reclamo avverso i provvedimenti che dispongono limiti e controlli alla corrispondenza); quest'ultima disposizione dispone l'utilizzazione della procedura prevista dall'art. 14 ter O.P.. Si tratta di un procedimento giurisdizionale semplificato rispetto a quello di cui agli artt. 678 e 666 c.p.p..

¹⁸ C.FORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Archivio Penale*, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,504; l'introduzione del reclamo giurisdizionalizzato secondo l'autore avrebbe posto fine alla situazione di supplenza resasi necessaria a seguito di Corte Cost. n.26 del 1999.

¹⁹ Cass. Sez.1, 12 dicembre 2014 n.5697 CED on line 2015, in motivazione, ove si precisa ulteriormente, la differenza con il procedimento di esecuzione che, in linea di principio, può essere fungibilmente promosso sullo stesso oggetto, sia dal Pubblico Ministero, sia dal condannato, affatto indifferentemente e che è volto a stabilire nell'interesse della giustizia il concreto contenuto dell'esecuzione.

²⁰ S.ANASTASIA *Un'età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Archivio Penale*, maggio – agosto 2014 fasc.2, anno LXVI,487, a proposito delle istituzioni totali e delle prigioni, parla di naturale vocazione "alla degradazione della persona che vi è costretta" e di inevitabile tendenza a preservare l'ordinario funzionamento "contro l'espressione dei-bisogni umani di chi vi venga costretto".

proprio fondamento o la propria giustificazione²¹ nella trasformazione del modello penale italiano da modello riabilitativo a modello neutralizzatore e segregante; o nella sostituzione della pena orientata alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato, con “l’incarcerazione di massa”; o, ancora, con l’abbandono delle politiche dell’inclusione sociale in favore di politiche dell’esclusione; ovvero, in definitiva, con la sostituzione dell’idea che la devianza sia il prodotto di un deficit di risorse morali e materiali cui la cura dell’istituzione penitenziaria può rimediare, con l’idea della rimozione sociale dell’autore del reato ritenuto soggetto pericoloso.

Il rafforzamento delle tutele troverebbe giustificazione proprio in tali trasformazioni avvenute negli anni più recenti e costituirebbe l’emblema della “residua forma di legittimazione democratica del sistema penitenziario”²².

2. L’oggetto della tutela preventiva: il fatto illecito penitenziario

L’oggetto della tutela è predefinito dal legislatore.

La fattispecie a base del reclamo appare, in particolare, svilupparsi attraverso la ricorrenza di almeno tre presupposti²³ e precisamente: a) una violazione di una norma dell’ordinamento penitenziario; b) un grave ed attuale pregiudizio all’esercizio di un diritto di un detenuto o di un internato; c) un nesso di derivazione del pregiudizio, dalla violazione di una norma dell’ordinamento penitenziario.

La fattispecie dovrebbe potersi ricondurre al fatto illecito (art.2043 c.c.); dovrebbe trattarsi di un particolare fatto illecito, a carattere permanente.

Autore di tale fatto illecito può essere solo l’Amministrazione pubblica²⁴, sempreché si trovi in una relazione diretta con una posizione “di diritto” del detenuto o dell’internato²⁵.

²¹ S.ANASTASIA *Un’età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, cit.,487.

²² S.ANASTASIA *Un’età dei diritti? La nova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, cit.,487.

²³ Per M.BORTOLATO in *“Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale”* in Archivio Penale, maggio-agosto 2014, 576 sarebbero stati introdotti tre requisiti: deve trattarsi della inosservanza di una disposizione prevista dalla legge penitenziaria (legge 354/1975) o dal relativo regolamento (D.P.R.n.230/2000), deve trattarsi di un pregiudizio attuale, deve trattarsi di un pregiudizio grave.

²⁴ Cass. Sez.1 7 luglio 2015 n.32470 CED on line 2015, ha precisato che “è da escludere che la procedura di reclamo possa utilizzarsi per impugnare un provvedimento del magistrato di sorveglianza” secondo questa giurisprudenza, in particolare, il provvedimento adottato dal magistrato di sorveglianza sull’istanza di autorizzazione al ricovero in luogo esterno di cura ai sensi dell’art. 11 o.p. non sarebbe impugnabile con reclamo ex art. 35-bis che viceversa, dice la Cassazione è azionabile in caso di “inottemperanza dell’amministrazione”.

²⁵ Per M.BORTOLATO in *“Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale”* cit.,570, “si tratta, a seconda dei casi, del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria quale articolazione del Ministero della Giustizia eventualmente nelle sue sub-articolazioni periferiche in relazione al pregiudizio lamentato (Direttore dell’istituto e Provveditore regionale) o dell’Amministrazione sanitaria (ASL/USL competente)”; deve tuttavia ritenersi che autore dell’illecito possa essere una qualsiasi altra Amministrazione pubblica

Soggetto passivo dell'illecito e legittimato al reclamo, è la persona detenuta anche solo per effetto di una ordinanza di custodia cautelare in carcere²⁶.

Avverso tale ipotesi di fatto illecito la legge appresta un particolare rimedio di natura preventiva²⁷.

3. Gli elementi costitutivi del fatto illecito

3.1. La violazione di una norma dell'ordinamento penitenziario

Ciascuno dei presupposti sopra indicati necessita di una spiegazione.

La norma si limita a richiedere una violazione di una norma dell'ordinamento penitenziario senza fare cenno alcuno all'attività realizzatrice della stessa.

Trattandosi di fattispecie di illecito che dà luogo o che può dar luogo ad una responsabilità, essa dovrebbe potersi realizzare²⁸: a) attraverso una mera attività materiale; b) attraverso un provvedimento amministrativo²⁹; c) attraverso un'attività materiale collegata ad un atto amministrativo³⁰.

Il fatto illecito sarà inoltre configurabile anche in caso di omissione.

L'attività amministrativa tipica dell'Autorità penitenziaria, quella che sfocia in provvedimenti di amministrazione attiva, nei rapporti con il detenuto o l'internato, si caratterizza come attività di regolamentazione della vita degli stessi detenuti o internati; il regolamento interno di un istituto penitenziario, così come le norme dell'ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione, sono norme prevalentemente rivolte a disciplinare gli aspetti anche più intimi (es.corredo e oggetti di proprietà personale) della vita dei detenuti e degli internati; le attività quotidiane dei direttori delle Carceri sono prevalentemente caratterizzate dall'assunzione di provvedimenti di regolamentazione della vita dei detenuti e degli internati; anche

che possa avere una qualche competenza nella gestione dei detenuti e degli internati e quindi possa attraverso le proprie decisioni incidere sull' "esercizio dei diritti" dei detenuti e degli internati (es. amministrazione pubblica scolastica).

²⁶ Cass. Sez.1, 4 marzo 2014, n.18207 in CED on line.

²⁷ Cass. Sez.1, 12 dicembre 2014 n.5697 cit ; ma, secondo C.MASIERI, [La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.](#), in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, poiché la legge presuppone "la sussistenza e attualità del pregiudizio" piuttosto che "l'attualità e gravità del pericolo", il rimedio dovrebbe essere definito di tipo "inibitorio".

²⁸ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 2002,160.

²⁹ precisa M.NIGRO cit.,160, che in alcuni casi il danno sorge direttamente e immediatamente con l'emanazione dell'atto; ciò avviene sempre allorquando l'atto sia per sé stesso idoneo a produrre automaticamente modificazioni nelle situazioni giuridiche dei soggetti amministrati.

³⁰ A.M.SANDULLI, *Manuale del diritto amministrativo*, vol.2, Napoli, 1984, 1121, secondo cui spesso il danno non viene arrecato dall'emanazione dell'atto, bensì soltanto dalla sua esecuzione oppure dall'emanazione e dalla divulgazione; in ambito penitenziario è rilevante il riferimento alle operazioni di perquisizione la cui esecuzione piuttosto che la deliberazione è spesso fonte di responsabilità; la perquisizione personale o ambientale costituisce un'operazione di polizia, la principale operazione del Corpo di Polizia Penitenziaria.

l'Amministrazione penitenziaria centrale è impegnata prevalentemente alla predisposizione di regole per l'esecuzione della pena detentiva e quindi per l'organizzazione o la regolamentazione della vita dei detenuti e degli internati³¹.

In questa prospettiva, è possibile, solo per approssimazione, fare delle analogie con attività di regolazione propria delle Autorità indipendenti; con l'evidente differenza che trattasi di attività di regolamentazione che è svolta da un "autorità amministrativa" e, quindi, al di fuori delle garanzie dell'indipendenza tipiche dell'Autorità Amministrative indipendenti.

Il termine violazione, dovrebbe implicare una illegittimità dell'agire pubblico; ma non è chiaro se basti anche una mera irregolarità³²; né è chiaro se il riferimento alla violazione della norma sia comprensivo delle forme di sviamento del potere tipiche dell'eccesso di potere³³; non sembra, inoltre, potersi operare distinzioni tra nullità e annullabilità delle manifestazioni dell'agire pubblico; per legge basta una violazione ossia basta che l'agire pubblico si ponga in contrasto con una norma dell'ordinamento penitenziario.

La violazione presupposto dell'illecito e della reclamabilità è riferita alle disposizioni previste "dalla presente legge e dal relativo regolamento".

Non sembra, tuttavia, potersi ritenere l'apposizione di tale indicazione in funzione limitante, ossia, come riferita letteralmente alle sole disposizioni dell'ordinamento penitenziario; non foss'altro perché le disposizioni dell'ordinamento penitenziario sono disposizioni attuative di più ampi principi; una violazione rilevante si verifica, pertanto, non solo quando si individui il preciso disposto dell'ordinamento penitenziario violato, ma anche quando ne siano violati i principi ispiratori e precisamente l'esigenza di rieducazione posta dall'art.27 comma 3 della Costituzione e il principio di proporzionalità³⁴ immanente al sistema giustizia.

A tal proposito, occorre ricordare che, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione erano prevalsi orientamenti interpretativi cd. riduttivi del finalismo

³¹ Da ultimo, circolare della Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento D.A.P. Roma a firma del Capo del dipartimento n.3663/6113 del 23/10/2015, avente ad oggetto: "modalità di esecuzione della pena".

³² Sull'irregolarità si rinvia a V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 472.

³³ Rispetto alle attività delle Autorità Amministrative indipendenti è proprio l'eccesso di potere lo strumento che consente di valutare il rispetto da parte del regolatore, dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta; tale è l'opinione espressa, con esclusivo riferimento all'attività di regolazione delle Autorità indipendenti, da R.GIOVAGNOLI, in, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in "www.giustizia-amministrativa.it".

³⁴ Il principio di proporzione, oltre a caratterizzare l'idea generale di giustizia costituisce uno dei criteri – guida che presiedono allo stesso funzionamento dello Stato di diritto; un trattamento rieducativo correttamente inteso, presuppone che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli viene inflitta; la "proporzionalità" tra fatto e sanzione avvertita come tale dal reo, [anche nella fase propriamente esecutiva (n.d.s.)] costituisce una premessa ineliminabile dell'accettazione psicologica di un trattamento volto a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento; in tal senso si veda G.FIANDACA ED E.MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, 2004, 654.

rieducativo³⁵; la rieducazione, secondo tali orientamenti, era posta in secondo piano e, comunque, come affare dell'esecuzione penale e non già della pena in se stessa nella fase applicativa.

Negli orientamenti più recenti della Corte Costituzionale³⁶, tende, comunque, a prevalere una concezione polifunzionale della pena, dove retribuzione, prevenzione generale e finalismo rieducativo, sono posti sullo stesso piano, in posizione flessibile, secondo l'orientamento politico del legislatore, che però non può trascurare, nel minimo, nessuna delle tre esigenze o funzioni e, comunque, laddove operi una graduazione o valorizzazione di una esigenza a favore o a discapito di un'altra, deve farlo comunque razionalmente o nei limiti della ragionevolezza.

Violazioni rilevanti si ritiene possano configurarsi anche dove le determinazioni dell'Amministrazione si pongano in contrasto con fonti sovranazionali e ulteriori strumenti votati da organismi internazionali quali, in particolare, Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus adottato dall'ONU con risoluzione 30 agosto 1955 ed Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 gennaio 1973.

L'aver fatto riferimento alla violazione di una norma, evoca la necessità dell'elemento soggettivo³⁷; pur tuttavia, non sembra che tale elemento possa svolgere

³⁵ Occorre ricordare che secondo Corte Cost. decisione n.12/1966 "il principio della rieducazione del condannato è stato elevato al rango di precetto costituzionale senza negare l'esistenza e la legittimità della pena laddove essa non contenga o contenga minimamente le condizioni idonee a realizzare detta finalità"; secondo Corte Cost. decisione n.264/1974, che si è occupata della legittimità costituzionale dell'ergastolo, "funzione e fine della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile; a prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non v'è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena".

³⁶ Secondo Corte Cost. decisione n.306/1993 "tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena (...) quella di prevenzione generale e difesa sociale con i connessi caratteri di afflittività e retributività e (...) quelle di prevenzione speciale e di rieducazione che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo, non può stabilirsi una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte e in ogni condizione". Il legislatore tuttavia "nei limiti della ragionevolezza" può dare la preferenza di volta in volta all'una o all'altra finalità "a patto che nessuna di essa ne risulti obliterata"; e, ancora, secondo C.Cost. decisione n. 257/2006 in materia di permessi premio, tra gli scopi della pena non è possibile fare aprioristicamente una gerarchia fissa poiché "le differenti contingenze storicamente mutevoli che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale così da dar vita a un sistema normativamente flessibile" e non c'è elusione delle funzioni costituzionali della pena "in quanto il sacrificio dell'una, sia il minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché, soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi dell'adeguatezza e della proporzionalità delle misure (...) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e quindi la compatibilità costituzionale) degli equilibri prescelti dal legislatore"; in questo senso più di recente anche e Corte Cost. 78/2007.

³⁷ Profili del dolo e della colpa appaiono necessari nella responsabilità civile della p.a. per lesione di interessi legittimi derivanti dall'esercizio della funzione amministrativa; invero, in tema di fatto illecito provvedimento la giurisprudenza individua la colpa nella grave violazione di legge; più precisamente, una volta accertata l'illegittimità dell'azione della p.a., è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero

un ruolo nel rimedio preventivo; esso sarà richiesto e valutato in sede di risarcimento del danno, ossia, in un momento diverso e probabilmente successivo, a quello dell'esperimento del rimedio preventivo.

3.2 Il pregiudizio all'esercizio di un diritto

Ad una violazione di una norma giuridica, così come sopra precisata, deve accompagnarsi o collegarsi, attraverso un nesso di derivazione, un pregiudizio grave ed attuale all'esercizio di un diritto.

Tale presupposto costituisce l'aspetto più complesso della fattispecie.

Intanto, non sembra superfluo evidenziare come la legge si riferisca non tanto o non solo al diritto in sé, quanto piuttosto "all'esercizio di un diritto"; la tutela, per legge, dovrebbe, perciò, riguardare i diritti nella fase dinamica della loro affermazione; è come se la legge volesse dire che il condannato detenuto, non abbia diritto ad una tutela preventiva, dell'in sé del diritto, ma abbia diritto ad una tutela preventiva della proiezione o dell'affermazione del diritto o della pretesa in cui si concreta il diritto. Il concetto appare diverso da quello dell'ingiustizia, insito nella definizione del fatto illecito, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale; non basterebbe infatti, la lesione del diritto, secondo le note affermazioni dell'ingiustizia³⁸; per reclamare la

l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita: cfr. Cons di Stato Sez.IV, 10 gennaio 2012 n. 482; id, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; id., 18 novembre 2010, n. 8091; id. sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384; id., sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14; id., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4242; sul punto, tra i numerosi contributi, si richiamano quelli di M. FRANZONI, *I danni da lesione di diritti e interessi*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Atti del 6° convegno nazionale SISD, Napoli, 2012, 151; e di C. VOLPE, *la tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo: in particolare l'influenza del diritto europeo*, in "www.giustizia-amministrativa.it"; avverte VOLPE *op.cit.*, che "specialità nella specialità della responsabilità della pubblica amministrazione per danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere, si verifica nel campo degli appalti pubblici dove, in caso di violazione della normativa relativa, la colpa dell'amministrazione si presume in modo assoluto" configurandosi, così, un'ipotesi di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione; tale regola varrebbe "per tutti gli appalti, anche quelli al di sotto delle soglie stabilite dalle direttive europee. La giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686), infatti, ritiene che la regola comunitaria dell'irrelevanza della colpa in materia di appalti pubblici non possa essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma debba estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel codice degli appalti". In tal senso si era pronunciata la *Corte di Giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09*. Ulteriore ipotesi di responsabilità oggettiva dello Stato è quella prevista e disciplinata dall'art.35 ter dell'Ordinamento penitenziario; si vedano in tal senso C.MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art.35 ter O.P.*, cit.; e il ns. S.ROMICE, *brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, 2014, in "www.federalismi.it", 4.

³⁸ L'ingiustizia riguarda l'aggressione del bene protetto e non le conseguenze dell'aggressione, essa si concreta nella lesione dell'interesse giuridicamente protetto e si individua, secondo parte della dottrina (TORRENTE-SCHLESINGHER, *Manuale del diritto privato*, Milano, 2007, 801) attraverso una complessa opera di valutazione ad opera del giudice o, secondo altra dottrina (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol.V Milano 2012, 587) attraverso le applicazioni pratiche della giurisprudenza; afferma C.M.BIANCA, cit., che la formula che richiede una valutazione comparativa degli interessi alla stregua degli indici normativi o dei principi

tutela preventiva, occorrerebbe, invece, che si sia generato un pregiudizio all'esercizio di un diritto, ossia, ad un diritto nel momento in cui è affermato, "esercitato" appunto; solo in questo caso, il condannato detenuto potrebbe adire il magistrato di sorveglianza con lo strumento del reclamo in esame; la legge, collegando il pregiudizio non solo e semplicemente al diritto in sé, ma al suo esercizio, dovrebbe aver voluto collegare l'intervento del giudice, non tanto alla lesione in sé dell'interesse sostanziale, sotteso al diritto, quanto piuttosto alla pretesa giuridica che è manifestazione esplicita del diritto.

Quali le conseguenze di questa precisazione?

La tutela non appare attivabile al di fuori di un rapporto dialettico detenuto-pubblica amministrazione; precisamente il presupposto della tutela appare essere la crisi di tale rapporto ossia, la mancata corrispondenza tra la pretesa dell'affermazione dei propri diritti o della propria personalità in carcere e la decisione o il provvedimento o il comportamento dell'Amministrazione pubblica o dell'Amministrazione penitenziaria³⁹; in questi casi, di crisi della relazione Stato-detenuto⁴⁰, la legge consentirebbe al detenuto di appellarsi ad un arbitro imparziale, il magistrato di sorveglianza, cui è affidato il compito di controllare se quel comportamento o quella attività della pubblica amministrazione, a fronte dell'esercizio di un diritto del condannato detenuto, sia o meno legittima e di impartire le conseguenti disposizioni.

L'indicazione non deve sorprendere perché il rapporto dialettico Stato-detenuto è un rapporto continuo che inizia con il momento dell'ingresso in carcere e cessa al momento della scarcerazione; esso si concreta essenzialmente in un'attività di osservazione, di realizzazione di un programma di trattamento e di ammissione alle attività organizzate nell'istituto, nonché, nei casi previsti dalla legge, alle misure alternative alla detenzione; per cui, durante tutta l'esecuzione della pena, vi è una perenne tensione tra il potere pubblico che provvede all'esecuzione della pena e ad applicare il regime penitenziario previsto dalla legge e il detenuto o l'internato che,

costituzionali appare generica e non in grado di essere utilizzata al fine di stabilire quali siano i danni ingiusti. Secondo l'autore, andrebbe svolta invece un'opera di identificazione degli interessi che risultano concretamente tutelati nella realtà del nostro ordinamento; occorre cioè "verificare le soluzioni del diritto vigente nella realtà del suo operare, cioè del diritto effettivo come si manifesta principalmente negli orientamenti giurisprudenziali".

³⁹ Spiega M. BARTOLATO in *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"* in Archivio Penale, maggio-agosto 2014, 579 "l'esercizio di questi diritti, che fuori dalle mura è perfetto ma che all'interno del carcere dovrebbe avere una ampiezza tendenzialmente corrispondente a quella del soggetto in libertà subisce una forte limitazione imposta dallo stato detentivo a fronte del necessario contemperamento delle esigenze organizzative dell'istituto tale per cui il detenuto dovrà, per esercitare tale diritto, necessariamente chiedere al direttore l'adozione di un provvedimento (autorizzazione dispensa nulla osta) e soltanto di fronte ad un eventuale diniego il detenuto potrà vantare un interesse oppositivo che deve ritenersi pienamente tutelabile avanti al magistrato di sorveglianza nelle forme dell'odierno reclamo ex art.35-bis o.p.".

⁴⁰ Chiarisce Corte Cost. decisione n.349/1993 che l'assoggettamento ad una pena detentiva comporta l'instaurazione di un rapporto trilatero "fra l'Amministrazione - cui compete la responsabilità della custodia, del trattamento e della sicurezza dell'istituzione penitenziaria - gli individui assoggettati al regime di detenzione e di rieducazione prescritto, e l'Ordine giudiziario cui spetta istituzionalmente l'attuazione della potestà punitiva dello Stato e il controllo sull'esecuzione della pena."

attraverso un percorso di collaborazione (o di non collaborazione) con l'opera di rieducazione e di accettazione (o di non accettazione) del programma individualizzato di trattamento, tende a non farsi sopraffare o annientare dal potere repressivo e ad affermare la propria personalità o i propri diritti durante il corso della detenzione.

Rimarchiamo che tali precisazioni, sull'uso dell'espressione "pregiudizio all'esercizio di un diritto", sono coerenti con i più recenti approdi della dottrina nella spiegazione del rapporto detenuto-pubblica amministrazione; a tal proposito deve ritenersi superata l'affermazione della dottrina tradizionale⁴¹ secondo cui i detenuti e gli internati si troverebbero in una posizione di soggezione speciale nei confronti dell'Amministrazione; secondo le precisazioni della più moderna dottrina⁴² all'interno dell'esecuzione penale si genererebbe ormai un complesso rapporto giuridico, una coordinata sequenza di atti pubblici, attraverso cui si manifesta la volontà dello Stato di applicare concretamente la sanzione penale nei confronti della persona condannata in via definitiva; il rapporto esecutivo penale, pur qualificato dal carattere pubblicistico, non sarebbe più caratterizzato da una condizione di totale soggezione del condannato di fronte alla potestà pubblica; il rapporto esecutivo penale sarebbe invece caratterizzato dall'esistenza di un potere pubblico che con i propri atti e provvedimenti interagisce con i sottoposti a esecuzione penale non già in termini unilaterali (relazione potestà-soggezione) ma bilaterale⁴³.

È importante precisare che la legge, nel definire la fattispecie avverso la quale il detenuto o l'internato può avanzare tutela preventiva, non usa l'espressione danno ma solo quella di "pregiudizio"; un tale riferimento al "pregiudizio" piuttosto che al "danno" genera problemi di coordinamento con la norma fondamentale della responsabilità extracontrattuale.

L'uso del termine pregiudizio non dovrebbe avere una funzione di limite alla tutela e, infatti, tale termine dovrebbe essere comprensivo sia del danno evento che del danno conseguenza.

È probabile che il legislatore facendo riferimento al "pregiudizio" abbia voluto far intendere che la tutela preventiva, prescinde o può prescindere⁴⁴ dalla ricorrenza o dalla dimostrazione della ricorrenza di un danno-conseguenza⁴⁵.

⁴¹ A.M.SANDULLI, *Manuale del diritto amministrativo*, vol.1, Napoli,1984,308.

⁴² F.FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del 41-bis e tutela dei diritti fondamentali*, in "www.rassegnapenitenziaria.it", 190.

⁴³ Secondo M. PAVARINI, *Diritti umani nelle carceri*, in *La formazione sui diritti dell'Uomo "la dignità della persona al centro della legalità"* pubblicazione edita dal Ministero della Giustizia nell'anno 2001 in occasione del cinquantesimo anniversario della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, la Corte costituzionale con la sentenza 8/11.2.1999 n. 26 avrebbe dato il via ad una lettura conflittuale e non più di tipo correzionalistico, del rapporto punitivo determinando una sorta di inversione dell'onere della prova: chi ha il potere legittimo di punire deve essere in grado di giustificare ogni ulteriore limitazione della sfera dei diritti del condannato; l'intervento della corte, secondo l'autore, avrebbe aperto un fronte di conflittualità in carcere; tuttavia, aggiunge PAVARINI, poiché il carcere costituisce pur sempre una superstita pena corporale, solo ipocritamente è oggi possibile parlare di diritti e di tutele dei diritti dei detenuti.

⁴⁴ M.MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi compensativi prospettive de iure condendo*, cit.,591 la quale, riferendosi al rimedio introdotto con l'art. 35-bis O.P. afferma che "la tutela diretta della posizione del singolo è

Ne deriva che la tutela preventiva dovrebbe avere ad oggetto l'illecito, piuttosto che il danno⁴⁶.

Ma occorre chiedersi, quali sono i rapporti tra la tutela preventiva e la tutela ordinaria avverso gli atti illeciti dell'Amministrazione penitenziaria.

A tal proposito, secondo le indicazioni della dottrina⁴⁷ il detenuto al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento, sarebbe tutelato "nella forma civilistica e penalistica secondo gli strumenti ordinari" egli, "potrà rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo che assuma illegittimo ma, in ragione della sua posizione di soggetto debole gode di una tutela maggiore per tutto quello che incide sulla propria sfera soggettiva da atti o comportamenti dell'Amministrazione" nell'ambito delle attività che regolano e assistono la privazione della libertà nel corso dell'esecuzione della pena.

Si afferma⁴⁸ che "in linea di principio" la condizione di detenuto non limita la possibilità di adire il giudice secondo le regole di competenza ordinarie; il detenuto avrebbe perciò la possibilità di adire: 1) il giudice ordinario per il risarcimento del danno ex artt.2043 e 2059 c.c. con azione attivabile per lesione di un diritto soggettivo

raggiunta nella misura in cui lo Stato membro è in grado di apprestare misure individuali. Nella specie esse si risolvono in rimedi interni per il detenuto finalizzati a sfociare ove accertata la violazione in un mutamento della sua condizione detentiva. Il che si traduce in un procedimento di controllo interno al quale il detenuto potrà avere agevole accesso e che in tempi rapidi accertata la violazione si concluda con un provvedimento capace di avere forza cogente dinanzi all'Amministrazione penitenziaria e dunque permettere un mutamento in senso positivo delle condizioni detentive del singolo". In tal senso anche M.BORTOLATO in *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"* cit., 566, secondo cui i diritti dei condannati sarebbero stati sottratti all'ambito amministrativo e assegnati "al vaglio esclusivo della Magistratura di sorveglianza *ratione materiae* con l'obiettivo di sottoporre l'intera vita del carcere ai principi e alle regole generali dello Stato di diritto".

⁴⁵ La giurisprudenza (Cass. Civ. Sez. Un. 11 novembre 2008. n.26972 in Nuova Giur. Civ., 2009, 2, 1, 102 con nota di BARGELLI E DI MARZIO; in Riv. Dir. Civ., 2009, 1, 2, 97 con nota di BUSNELLI; in Giur. It., 2009, 10, 2196, con nota di ANGIULI), nel campo dell'illecito civile, ha ormai chiarito che sono risarcibili i danni derivanti dalla lesione degli interessi costituzionalmente rilevanti secondo la formula della cd. ingiustizia costituzionalmente qualificata; precisa, inoltre, la giurisprudenza che la risarcibilità presuppone altresì che la lesione (dell'interesse) sia grave e cioè superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che il danno conseguente sia serio o non sia futile vale a dire, non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario; la risarcibilità, inoltre, riguarda il danno non patrimoniale che è categoria onnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile individuare, se non con funzione meramente descrittiva, ulteriori sottocategorie (come il danno esistenziale).

⁴⁶ C.M.BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, Milano, 2012, 585, che precisa: "per qualificare il fatto come illecito non occorre tuttavia che il danno si sia già verificato essendo sufficiente che il fatto sia idoneo a produrlo. La norma che vieta di ledere l'altrui interesse ha infatti per oggetto il fatto dal quale il danno scaturisce, e il porre in essere quel fatto integra già di per sé l'illecito ancor prima che il danno si sia verificato. Prima di tale momento è quindi possibile fare ricorso ai rimedi preventivi volti ad inibire il fatto dannoso". Correvva l'anno 1930 quando JOSEPH RUTSAERT nel suo *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle: etude de doctrine et de jurisprudence contemporaines* Bruxelles, 47 affermava "l'atto illecito ... si concepisce perfettamente senza un danno ... l'interesse di questo rilievo è che consente di giustificare le misure di difesa personale e il ricorso alla giustizia da parte di chi è minacciato nei suoi interessi".

⁴⁷ M. BARTOLATO in *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"* cit.,579.

⁴⁸ P.CENDON, *Trattato dei nuovi danni, vol.V, informazioni erronee, soggetti deboli, illeciti informatici, danni ambientali*, Padova, 2011, 470.

da parte della p.a.⁴⁹; 2) il giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ed il conseguente ristoro patrimoniale, in tutti i casi in cui sia lamentato il cattivo uso del potere amministrativo⁵⁰; 3) il giudice del lavoro per le controversie in materia laburistica inerenti il rapporto di lavoro eventualmente contratto con l'A.P.. A tale schema si aggiunge la possibilità di poter adire nei casi previsti dalla legge la CEDU (art. 34 della convenzione) e il magistrato di sorveglianza (ex art.35, 35-bis 35-ter e 69 O.P.) e il sistema si caratterizza per essere un sistema di tutela multilivello.

Alla luce di tali indicazioni, sembra che in caso di illecito commesso dall'Amministrazione penitenziaria il detenuto si trovi nella possibilità di adire sia la tutela preventiva, che la tutela ordinaria. In effetti, mancano norme di coordinamento tra le due forme di tutela; il rimedio preventivo, a differenza delle tutele d'urgenza dei diritti esperibili davanti al giudice civile⁵¹ o delle tutele d'urgenza esperibili davanti al giudice amministrativo⁵², e che pure dovrebbero ammettersi nei casi in esame, è affidato ad un giudice, il magistrato di sorveglianza, che è diverso dal giudice

⁴⁹ Il Giudice di Pace di Salerno, con sentenza n. 2424 del 1 giugno 2012, inedita, ha condannato il Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria al pagamento della somma di euro 1.000 a titolo di risarcimento danni oltre interessi, dall'evento al soddisfo, avendo accertato che il detenuto attore, era stato sottoposto ad un trattamento carcerario contrario ai principi costituzionali, nonché a quelli affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo e, quindi, ad una illegittima ed incostituzionale restrizione della libertà personale, riconoscendo alla domanda attorea, l'attinenza a situazioni di interesse meritevoli di tutela giurisdizionale nel rispetto dei principi contemplati dagli artt. 24 e 113 Cost..

⁵⁰ Il riferimento al "cattivo uso del potere" è contenuto nella decisione della Corte Costituzionale n.212 del 1997 laddove, in motivazione, si afferma: "tuttavia è indubitabile, come sottolinea il remittente, che il reclamo al magistrato di sorveglianza, a norma dell'art. 35 dell'ordinamento penitenziario, costituisce l'unico rimedio apprestato dall'ordinamento in vigore al condannato detenuto, che intenda far valere una violazione del proprio diritto di difesa, sotto specie del diritto ad avere colloqui con il proprio difensore, diritto che si assume illegittimamente negato dall'autorità amministrativa penitenziaria. Ora, poiché nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo. L'unica alternativa sarebbe, in astratto, quella di ritenere la materia rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ma, nella specie, ciò che il reclamante lamenta non è il cattivo esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria, bensì il mancato riconoscimento – in forza della lacuna normativa denunciata – di un diritto fondamentale, com'è il diritto inviolabile alla difesa, sub specie di diritto al colloquio con il proprio difensore.

⁵¹ La particolare strumentalità e sussidiarietà della tutela d'urgenza avanti al giudice civile, "esige che nei casi in cui tale tutela è chiesta *ante causam*, il ricorso introduttivo, che deve comunque specificare il provvedimento richiesto anche con riguardo al suo contenuto, contenga la formulazione o comunque l'indicazione della domanda di merito che funge da punto di riferimento per individuare i presupposti della tutela cautelare"; in questo senso C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol.IV, l'esecuzione forzata – i procedimenti speciali non cognitivi, Torino, 2007,314; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza* Padova, 1983, 222 e segg.; Id. *Provvedimenti d'urgenza*, in Enciclopedia del diritto, XXXVIII Milano,1988,856 e segg..

⁵² Anche nel processo amministrativo, la tutela cautelare ha carattere di strumentalità: A.TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014,281; M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Padova, 2002,231.

competente ad emettere la sentenza di risarcimento dei danni e la tutela preventiva non appare collegata in alcun modo alla tutela piena dei diritti reclamati.

In mancanza di norme di coordinamento, sebbene sia assolutamente prevalente l'opinione che la tutela offerta dal rimedio preventivo sia una tutela aggiuntiva o una tutela che si aggiunge alle tutele ordinarie previste in materia di tutela dei diritti, una tutela che, inoltre, per il detenuto o l'internato è maggiormente appetibile, perché attivabile senza l'ausilio della difesa tecnica in giudizio, sorge comunque il dubbio che le due tutele quella preventiva e quella ordinaria possano tra loro disporsi in un ordine logico e naturale

Può, infatti, osservarsi che la competenza del magistrato di sorveglianza, si atteggia, nella materia in esame, come competenza esclusiva e specialistica e tende a sostituirsi a quella di qualsiasi altro giudice; un'azione legale avanti al giudice ordinario o al giudice amministrativo, nei confronti di atti o comportamenti illeciti dell'Amministrazione penitenziaria, per violazione delle norme dell'Ordinamento Penitenziario, non potrebbe non tenere conto di tale competenza giurisdizionale specifica⁵³; il che potrebbe rendere vano, in linea del tutto ipotetica e sotto il profilo delle condizioni dell'azione, l'esperimento immediato, in tali situazioni, di un'azione civile o amministrativa o di una tutela d'urgenza; in altre parole, non appare, così scontata la possibilità di ricorrere immediatamente all'azione civile o all'azione amministrativa, a fronte di un fatto illecito dell'amministrazione penitenziaria, nei casi in cui sia stato prodotto un grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti, mentre, una tale azione, dovrebbe certamente ammettersi dopo l'intervento del magistrato di sorveglianza⁵⁴.

Mentre il detenuto potrà rivolgersi immediatamente e, senza alcun dubbio, al giudice ordinario o al giudice amministrativo nei casi del fatto illecito già consumato o di fatto illecito che abbia già generato un pregiudizio e un danno conseguenza.

Inoltre, nei casi particolari dell'illecito che consista nella violazione dell'art. 3 della CEDU⁵⁵, sarà il Magistrato di sorveglianza o il Tribunale ordinario, a seconda dei

⁵³ M.BORTOLATO in *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"* cit.,579 osserva che alla luce della novella legislativa resterebbe confermata "l'attribuzione al magistrato di sorveglianza in via esclusiva della giurisdizione su tutto quello che incide sulla sfera soggettiva del detenuto e che sia conseguenza del trattamento penitenziario (in senso lato).

⁵⁴ M.MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi" prospettive de iure condendo*, in Archivio Penale, maggio agosto 2014, fascicolo 2 anno LXVI pag.597; secondo questa dottrina in una prospettiva de iure condendo, si potrebbe pensare di attribuire alla decisione del magistrato di sorveglianza che accerti la lesione, un valore vincolante nel giudizio civile per il risarcimento del danno; in quest'ultimo senso si è espressa anche la Commissione di Studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione presso il Ministero della Giustizia, Ufficio legislativo (si veda il documento conclusivo reperibile in *questa Rivista*, alla voce [Le conclusioni della commissione Giostra in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione](#), 20 dicembre 2013).

⁵⁵ Si rinvia sul tema a DELLA BELLA, [Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014](#), in *questa Rivista*, 13 ottobre 2014; al ns. S.ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati* in "www.federalismi.it"; GIOSTRA, *sub art.35 ter*, in, *Ordinamento penitenziario comm.* a cura di GIOSTRA DELLA CASA, Padova, 2015,415; F.FIORENTIN , *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art.3 CEDU per (mal)trattamenti*

casi, a poter condannare l'Amministrazione al risarcimento predeterminato per legge, dei "danni" patiti dal detenuto.

Ed importante rimarcare come l'art.35-ter dell'O.P. a differenza dell'art. 35-bis contenga un esplicito riferimento al "risarcimento dei danni" patiti dal detenuto o dall'internato.

Precisamente secondo quest'ultima norma, allorquando il pregiudizio "grave ed attuale all'esercizio dei diritti" consista, "per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", su istanza presentata dal detenuto, "il magistrato di sorveglianza può disporre, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio ovvero, quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura della pena, la liquidazione al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio". In questo caso, la legge consente al giudice di sorveglianza e al giudice civile, a seconda dei casi⁵⁶ di provvedere a "risarcire" i detenuti "che hanno subito condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo" sulla base del mero accertamento di queste particolari condizioni di detenzione, allorquando dovrà ritenersi presupposto, con presunzione assoluta⁵⁷, l'ulteriore pregiudizio (grave ed attuale) all'esercizio dei diritti; è, infatti, la stessa legge a chiarire che il risarcimento del danno è dovuto quando il pregiudizio grave ed attuale consista nella violazione dell'art. 3 della CEDU; non si comprende, pertanto, l'orientamento pretorio secondo cui, nel caso di violazione dell'art. 3 della CEDU, il magistrato dovrebbe accertare l'attualità del pregiudizio, prima di disporre il risarcimento; tale orientamento sembra confondere il piano dell'illecito con quello del risarcimento, mentre il risarcimento, nel caso dell'art.35-ter appare dovuto in tutti i casi di violazione dell'art. 3 della CEDU; in tale evenienza, è la legge che riconosce o definisce l'esistenza di un danno evento grave ed attuale; la diversa interpretazione fornita finora da parte della giurisprudenza applicativa, tradisce il senso delle parole usate dal legislatore e la ratio della norma (art.35-ter o.p.)

detentivi tra accertamento multifattoriale e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza EDU, 12 marzo 2015 Mursic c. Croazia, in Archivio Penale 2015, n. 3.

⁵⁶ In base all'art.35 ter comma 3: "Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere".

⁵⁷ Parte della giurisprudenza che si è occupata del tema, è orientata in senso nettamente contrario alle conclusioni del testo; di ciò riferisce G.GIOSTRA nel suo editoriale [Un pregiudizio "grave ed attuale"? a proposito delle prime applicazioni del nuovo art.35 ter O.P.](#), in questa Rivista, 24 gennaio 2015.

introduttiva del rimedio risarcitorio⁵⁸; la legge, quando si riferisce all'attualità e alla gravità, infatti, non si riferisce al danno conseguenza, che deve essere sempre risarcito, nella misura peraltro predeterminata dalla legge, ma solo al danno giuridico o al danno evento la cui ricorrenza dà luogo ad un risarcimento, a prescindere dalle contingenze del danno conseguenza e a prescindere dalla collocazione temporale del pregiudizio, per l'ovvia ragione che una violazione dell'art.3 della CEDU non potrebbe mai non essere attuale nemmeno quando la violazione è cessata determinando una lesione così profonda della personalità dell'uomo, da non poter non essere considerata attuale, nemmeno a distanza di tempo dalla sua consumazione⁵⁹.

Detto questo, l'operazione di regolamento dei confini del reclamo giurisdizionale ai sensi dell'art.35-bis dell'o.p. deve proseguire con un approfondimento sull'uso del termine "diritti".

3.3 I diritti oggetto di tutela

L'esplicito riferimento del legislatore ai diritti, sembrerebbe indicare una chiara presa di posizione del legislatore nella qualificazione e nella selezione delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti e degli internati, tutelabili con il reclamo al Magistrato di sorveglianza.

Ma, sul punto, dobbiamo avvertire che la qualificazione delle posizioni giuridiche dei detenuti e degli internati nei confronti dell'amministrazione pubblica e

⁵⁸ Osserva G. GIOSTRA, nel suo editoriale *"Un pregiudizio "grave ed attuale"? a proposito delle prime applicazioni del nuovo art.35 ter O.P."*: "sarebbe inconcepibile distinguere tra violazioni dell'art.3 della CEDU gravi e violazioni non gravi, riconoscendo soltanto alle prime la risarcibilità"; ugualmente, aggiungiamo noi, sarebbe assurdo far dipendere il risarcimento da una condizione di permanenza (attualità) dell'illecito: la legge riferendosi al pregiudizio grave ed attuale che consista nella predeterminata violazione dell'art. 3 della CEDU, ha voluto solo dire che nel caso di violazione dell'art. 3 della CEDU il pregiudizio ossia l'illecito non solo è sempre grave ma resta anche sempre attuale e deve perciò essere sempre risarcito, proprio in considerazione della particolarità dell'illecito che, nel caso in esame, integra un caso di tortura.

⁵⁹ La Corte Suprema di Cassazione con sentenza della Prima Sezione n.46966/2015 in CED on line 2015, in motivazione, ha affermato che l'attualità del pregiudizio è condizione connaturale al reclamo di cui all'art. 69 comma 6 O.P. in ragione della correlazione con la tipologia di tutela (art.35-bis comma 3) e non è presupposto necessario quando il reclamo è volto ad ottenere quegli "effetti compensativi", che "garantiscono una riparazione effettiva delle violazioni della CEDU risultanti dal sovraffollamento", richiesti dalla Corte EDU nella sentenza "pilota" Torreggiani, che il legislatore ha voluto attuare, con predeterminazione del quantum e in via prioritaria, in forma per così dire "specificata", con la riduzione della durata della pena ancora da espiare, nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio sofferto; rimedio questo che presuppone soltanto, ma necessariamente la detenzione in atto. *Sia l'interpretazione letterale sia quella sistematica della norma* – prosegue la Corte – devono quindi condurre a ritenere che il richiamo contenuto all'art. 35 ter comma 1 O.P. al pregiudizio di cui all'art. 69 comma 6 lett.b, individua la categoria del reclamo relativo alla violazione dei diritti inviolabili del detenuto e il modello procedimentale applicabile, *ma non può essere riferito ai presupposti del pregiudizio in termini di necessaria attualità al momento della domanda e ancor meno della decisione*".

della loro tutela o tutelabilità, è un tema assai complesso che la dottrina più avveduta⁶⁰ definisce di estrema delicatezza: “un territorio accidentato” o financo “una palude”. E, in effetti, la terminologia usata dal legislatore, laddove vi è riferimento ai diritti dei detenuti e degli internati, potrebbe avere il sapore della mistificazione.

Innanzitutto, deve considerarsi che non può affermarsi con assoluta certezza che i detenuti e gli internati possano essere titolari di veri e propri diritti nei confronti dell’Amministrazione penitenziaria. Sono note a tal proposito le constatazioni di realismo giuridico secondo cui per coloro che sono privati della libertà personale, il riferimento ai diritti sarebbe di per sé fuorviante; per il detenuto o l’internato, la relazione con il potere amministrativo non è soltanto occasionale, come per il libero cittadino, ma permanente o immanente nella stessa condizione di privazione della libertà personale⁶¹; vi sarebbe più di un dubbio,⁶² quindi, sulla possibilità di individuare posizioni di diritto nei confronti di chi, per il fatto stesso di essere stato privato della libertà personale, diviene, quantomeno di fatto, oggetto di governo altrui e si trova conseguentemente nella condizione di dover dipendere per il soddisfacimento di ogni più elementare esigenza, dall’iniziativa o quanto meno dal consenso di chi è preposto alla custodia; si afferma⁶³: “o sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione e, allora, la tutela è quella ordinaria, ovvero, si tratta di interessi che vengono incisi dalla detenzione. Ma se si verifica questa seconda situazione è evidente che l’interessato si trova in una posizione giuridicamente differente da quella del soggetto libero. Nella posizione di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione o meglio con lo scopo della detenzione. Tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella del soggetto libero ma differente”⁶⁴.

Nel rapporto con l’amministrazione penitenziaria, il detenuto resta, perciò, assoggettato ad un potere autoritario forte, a fronte del quale rimane effettivamente dubbio poter opporre una situazione di vero e proprio diritto⁶⁵.

⁶⁰ L. VIOLA, *La diversa impostazione del giudice amministrativo francese: analisi di un caso giurisprudenziale*, in “www.giustizia-amministrativa.it”.

⁶¹ M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti* in C.S.M., studi e ricerche, 15 febbraio 2011 in “www.csm.it”.

⁶² M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010,137.

⁶³ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario cit.*, 606.

⁶⁴ Anche la CEDU con la sentenza Torreggiani ha affermato che “la persona incarcerata può avere-bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato”.

⁶⁵ A. GABOARDI, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A.GABOARDI, A.GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, Torino, 2013, 35, afferma che ci troveremmo di fronte a un fenomeno di degradazione dei diritti, alludendo ad una sorta di asservimento dei diritti per il perseguimento di ulteriori scopi; afferma l’autore, che “a fondamento di questa degradazione vi è sovente una tendenza a disconoscere o, quantomeno, a sottovalutare la capacità del detenuto di autodeterminarsi. Al fondo si intuisce una concezione fortemente riduttiva della stessa soggettività dei ristretti. Il fenomeno è senza dubbio tipico delle istituzioni totali come il carcere e, dunque, non dovrebbe destare né sconcerto né meraviglia, visto che simili storture

Così ad esempio un detenuto, pur avendo diritto di libertà religiosa, non potrà praticare il proprio credo religioso al pari di un libero cittadino; egli potrà recarsi in Chiesa solo alle condizioni e nei limiti posti dall'Amministrazione penitenziaria o dalla Direzione dell'Istituto; allo stesso modo, un detenuto, pur avendo diritto allo studio, non potrà accedere all'offerta formativa cui può accedere un cittadino libero, che può scegliere il corso scolastico o la scuola da frequentare; è soltanto teorica la possibilità concessa ai detenuti di poter accedere ad uno dei corsi scolastici organizzati nelle strutture penitenziarie secondo propria scelta, poiché tali possibilità sono condizionate dall'adozione di un provvedimento di trasferimento del detenuto richiedente, da un istituto all'altro, provvedimento che, a sua volta, è condizionato da ulteriori elementi di valutazione che nulla hanno a che vedere con il diritto allo studio (per non parlare di recenti disposizioni dell'Amministrazione Penitenziaria che per alcune categorie di detenuti, significativamente i detenuti iscritti al circuito dell'alta sicurezza, negherebbero il diritto dei detenuti alla libera scelta dell'Università da frequentare, imponendo ai detenuti di scegliere l'Ateneo più vicino al luogo di detenzione ed escludendo ogni possibilità di trasferimento presso altri istituti anche per il solo svolgimento degli esami); analogamente, al detenuto pur in condizione di privata libertà, sono concessi residui spazi di libertà personale in carcere, tra i quali il diritto di permanere all'aria aperta; anche qui, fatti salvi i limiti minimi fissati dall'ordinamento, la regolamentazione comporta un'organizzazione logistica economica e di sicurezza (utilizzo di agenti, opportunità di svolgimento nel tempo di giorno, durata che consenta la rotazione dei gruppi, il rispetto dei divieti d'incontro, l'esecuzione degli isolamenti diurni e delle esclusioni dalle attività in comune) ed è impensabile che in questo contesto si possa procedere al sindacato di scelte caratterizzate da una dimensione organizzativa rilevante, ossia, che si possano configurare diritti di libertà personale⁶⁶.

Ne deriva che gli interessi sostanziali alla base delle posizioni giuridiche dei detenuti, pur essendo qualitativamente gli stessi di quelli alla base delle posizioni giuridiche dei soggetti liberi, hanno una dimensione contenutistica diversa, perché non possono espandersi in tutte le direzioni, così come consentito al soggetto libero, ma trovano una "perimetrazione", è il caso di dire, corrispondente alle esigenze della detenzione che, per sua natura, costringe o limita le posizioni dei soggetti che vi sono sottoposti.

riecheggiano certe forme di carità costrittiva, proprie di quelle case di correzione che hanno storicamente fornito il modello principale cui il carcere della Riforma si è ispirato. In quegli antichi stabilimenti" prosegue l'autore "vi era uno scopo concreto, in realtà: l'avviamento al lavoro. Oggi, al più ci si può richiamare al mito della rieducazione o ancor peggio alla necessità autoreferenziale dell'Amministrazione penitenziaria di giustificarsi e proteggersi dagli stessi effetti di quel trattamento inumano e degradante che è sovente il solo che essa riesce a fornire. Quindi," conclude l'autore, "una negazione protettiva dei diritti in funzione di una vera e propria falsa coscienza".

⁶⁶ S.ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, Roma 18 – 20 marzo 2007 in "www.csm.it", Ricerche 2007.

Il campo dei diritti dei detenuti, è, quindi, segnato inesorabilmente dalla limitazione della libertà personale conseguente alla detenzione⁶⁷. Se un soggetto vive in una condizione di privata libertà personale, non può esercitare o non può giungere ad esercitare, né pretendere di farlo, quei diritti che presuppongono tale condizione.

La detenzione, però, non può obliterare o cancellare il nucleo essenziale dei diritti spettanti all'uomo.

E poiché la detenzione costituisce una pena legale⁶⁸, si intuisce che è la legge e solo la legge che può delimitare (appunto legalmente) il contenuto di un diritto dell'uomo; essa sola può disciplinare l'esercizio in quelli che sono chiamati i residui spazi di libertà all'interno di un istituto penitenziario; e questi spazi di libertà, in particolare, o sono predeterminati dalla legge e allora costituiscono l'ultimo diritto dell'uomo⁶⁹; o non sono predeterminati dalla legge e, allora, sono lasciati alla mercé del potere discrezionale dell'Autorità preposta all'esecuzione della pena. Per questi ultimi interessi, che si pretende esercitare in tali spazi, pur se riconducibili alla persona detenuta, si pone un delicato problema di qualificazione; si tratta di interessi che non trovano quella pienezza di espressione e di godimento nemmeno minimale, venendo a dipendere dal potere dell'Autorità preposta alla esecuzione della punizione che deciderà per il detenuto e per i suoi interessi, regolamentandoli.

È evidente che tanto la predeterminazione per legge dello spazio di libertà quanto la regolamentazione dello stesso ad opera dell'Autorità amministrativa non sono liberi ma devono esercitarsi, il primo nel rispetto della legalità costituzionale, integrata dai principi comunitari e dai principi universalmente condivisi dalla Comunità internazionale e, il secondo, inoltre, nel rispetto dei principi e delle norme ordinarie legali primarie e secondarie che ne regolamentano l'esercizio.

In caso di violazione da parte dell'Amministrazione dello spazio di libertà predeterminato per legge, vi sarà lesione del diritto coincidente con tale spazio, con conseguente tutela giurisdizionale preventiva; negli altri casi, la tutela giurisdizionale preventiva, potrà essere ammessa, solo nella misura in cui, quel potere dell'Autorità sia stato esercitato male e, a fronte di tale cattivo uso del potere, si configuri la lesione di un interesse sostanziale riconducibile ad una posizione di diritto soggettivo⁷⁰; rispetto

⁶⁷ Nel senso che i detenuti continuano a godere dei diritti fondamentali nella misura in cui il loro esercizio non è incompatibile con lo stato di detenzione, V. E.NICOSIA, in, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, cit.,7

⁶⁸ Se si ammette la legittimità della detenzione come strumento di realizzazione della potestà punitiva dello Stato-bisogna necessariamente ammettere anche la legittimità di un certo grado di compressione dei diritti fondamentali; in questo senso chiaramente, E.NICOSIA in, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, cit.,7.

⁶⁹ Appare pacifico quanto meno a livello astratto che i diritti fondamentali di ogni persona devono essere riconosciuti anche ai detenuti ovviamente nei limiti in cui ciò sia compatibile con la condizione carceraria e che il rispetto delle norme penitenziarie che disciplinano la condizione dei detenuti è oggetto di veri e propri diritti da essi vantati E. NICOSIA, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, cit.,8.

⁷⁰ In termini più drastici si afferma che "laddove sia il legislatore a prevedere che i contenuti di un'attività di trattamento siano sanciti da una determinazione amministrativa emanata in via generale, risulta evidente come manchi la possibilità di intravedere posizioni di diritto soggettivo" S.ARDITA, *La*

allo spazio di libertà determinato con tassatività dalla legge, in altre parole, non potrebbe revocarsi in dubbio l'esistenza di un diritto o di quel che resta di un diritto e della conseguente tutelabilità in via giurisdizionale; laddove lo spazio non è prefissato per legge e sarà l'Amministrazione penitenziaria a doverlo riempire con i propri provvedimenti, l'interesse del detenuto si troverà esposto al confronto o allo scontro, con l'interesse dell'Amministrazione e, l'eventuale conflitto, potrà essere risolto dalla Magistratura di sorveglianza sempreché la crisi dei rapporti tra detenuto e pubblica amministrazione riguardi, secondo la valutazione del Magistrato, un interesse qualificabile come diritto⁷¹.

Si esclude la possibilità di fare applicazione in questa sede del criterio, carenza di potere-cattivo uso del potere; sono, infatti, in campo diritti della persona, sia pure particolarmente configurati, che, in quanto tali, devono ritenersi incompressibili⁷² e rispetto ai quali non ha senso distinguere tra i casi di carenza di potere e i casi di cattivo uso del potere; inoltre, come si vedrà diffusamente più avanti, è fortemente dubbia la configurabilità di interessi legittimi per i detenuti e gli internati, per cui, o il

giurisdizione di sorveglianza e i rapporti con l'amministrazione penitenziaria. Riflessioni sulle tutelabilità delle posizioni soggettive dei detenuti, CSM, studi e ricerche, Roma 14 – 16 febbraio 2011 in "www.csm.it".

⁷¹ Avverte la dottrina (E.NICOSIA, in, *Libertà dal carcere, libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, cit., 11 e 12,) che la detenzione può diventare lesiva della dignità della persona e dei suoi diritti qualora si svolga secondo modalità e in condizioni tali da oltrepassare quel tanto di compressione e afflizione insito nello stato detentivo e ad esso connaturato; tuttavia "stabilire a priori quando determinate restrizioni dei diritti fondamentali comprimibili siano consentite, in quanto connaturate alla detenzione e quando risultino invece oltrepassare la misura consentita, è praticamente impossibile"; di qui il ruolo determinante della giurisprudenza applicativa.

⁷² Cass. Sez. Un. 6 ottobre 1979 n.5172; si riportano alcuni passi della motivazione di questa famosa sentenza, resa con riferimento al diritto alla salute; secondo la Corte, il diritto alla salute "è protetto in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana". Si tratta, continua la Corte, di una protezione amplissima "di tipo garantistico anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, con esclusione di poteri, non solo ablatori, ma anche soltanto compressivi in capo alla medesima". "Si tratta di tutela piena che si concreta nella attribuzione di poteri di libera fruizione di utilità e di libero svolgimento di attività, di poteri di esclusione degli ostacoli che all'una o all'altro si frappongono da parte di chicchessia". Si tratta di un diritto che è difeso "contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga "altri singoli o gruppi e persino l'autorità pubblica)" e che è "assicurato all'uomo in forma garantistica, ed incondizionatamente – come uno ed anzi come il primo dei diritti fondamentali – anche nei confronti dell'autorità pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso; il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'uomo, in definitiva costituisce una "situazione giurisdizionalmente tutelabile davanti al giudice ordinario, anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere senza alcun potere che valga ad escludere o a limitare la tutela della situazione stessa davanti al detto giudice". In coerenza con tali affermazioni, il Presidente della Suprema Corte Morelli, ha potuto affermare nel corso di un importante incontro di studio tenutosi presso la Suprema Corte di Cassazione in data 29 settembre 2010, stando al report disponibile sul sito "www.cortedicassazione.it", che "i diritti fondamentali sono il cuore della nostra vita giuridica, poiché la Costituzione ha scelto (art. 2) un modello in cui la persona supera lo Stato e lo Stato è al servizio della persona. E' stato frutto di aspre battaglie il riconoscimento giurisprudenziale del fatto che l'art. 2 Cost. ha creato la categoria dei diritti fondamentali come una categoria *aperta*; tali diritti non possono essere violati; i diritti fondamentali non possono in alcun modo essere compressi, neppure nei confronti dell'azione amministrativa" e tanto meno ciò ci pare possibile, aggiungiamo noi, in ambiente penitenziario.

detenuto è titolare di un diritto ed è quindi tutelato o non lo è, ed allora è tutelato solo in forme diverse da quelle giurisdizionali.

In coerenza con tali assunti, è stata risolta la questione relativa all'esercizio del diritto del detenuto a donare alla propria moglie il proprio liquido seminale per l'accesso alle tecniche di procreazione assistita; sul punto la giurisprudenza⁷³ ha potuto affermare, in un primo caso, che "la previsione normativa del diritto di detenuti ed internati di richiedere di essere visitati a proprie spese da un sanitario di fiducia non legittima la richiesta di ammissione alla procedura di accesso alla procreazione medicalmente assistita, dal momento che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non rientra nella nozione di profilassi e cura della salute. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito" secondo la Corte "solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritta ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico"; "l'impedimento al rapporto" motiva la Corte "non è equiparabile a sterilità o infertilità, esattamente come lo stato di lontananza del coniuge non integra il presupposto richiesto dalla legge per accedere alla procedura di inseminazione artificiale".

In un secondo pronunciamento, invece, la Corte di Cassazione⁷⁴ ha potuto affermare che "in relazione alla richiesta del condannato di ammissione al programma di procreazione medicalmente assistita, il magistrato di sorveglianza è tenuto a pronunciarsi, valutando la tutelabilità concreta della pretesa avanzata, secondo un criterio di proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della singola persona" così motivando: la sentenza n. 20673/2007 negò il diritto del detenuto sul rilievo che la situazione dedotta non risultava ricompresa tra quelle utilmente invocabili ai sensi della L. n. 40 del 2004, in materia di procreazione assistita. Nel caso di specie, viceversa, risulta medicalmente accertata la patologia giustificativa del trattamento invocato, patologia della quale risulta affetta il coniuge del ricorrente.

Ora è evidente che quello che apparentemente è parso come un contrasto di orientamenti tra sentenze della Corte di Cassazione, invero, finisce per confermare l'assunto secondo cui, solo quando lo spazio residuo di libertà che spetta al detenuto è prefissato dalla legge (e la legge ammette la procreazione assistita solo in determinati casi) tale spazio di libertà costituisce diritto ed è tutelabile davanti all'A.G..

Come questo orientamento, nel caso specifico, finisce poi per determinare una disuguaglianza tra chi è malato e chi non lo è e, come si possa dubitare della ragionevolezza di tale disuguaglianza, è un altro discorso.

È con tali consapevolezza che occorre convergere sulle affermazioni di principio, secondo cui i detenuti e gli internati sono titolari di diritti. L'ordinamento

⁷³ Cass. Sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673 in Riv. Pen., 2008, 3, 320.

⁷⁴ Cass. Sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791 cit.: fattispecie nella quale il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato non luogo a provvedere in ordine al reclamo proposto da un condannato in regime di 41-bis O.P. avverso il diniego del D.A.P. di consentirgli l'accesso al programma di procreazione assistita, ancorché risultasse medicalmente accertata una patologia giustificativa del trattamento invocato.

costituzionale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti e il detenuto o l'internato, pur trovandosi in stato di privazione della libertà personale, resta pur sempre titolare di diritti incomprimibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva⁷⁵; a colui che subisce una condanna a pena detentiva è riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca; chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte delle sue libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale⁷⁶. L'estensione e la portata dei diritti dei detenuti, può subire restrizioni di vario genere, ma unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere; in assenza di tali esigenze, la limitazione non sarebbe consentita e acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare, rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost. (in tal senso costante è il richiamo al principio di proporzionalità⁷⁷).

Non possano esservi posizioni giuridiche riconosciute di diritto sostanziale, senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere⁷⁸; l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione⁷⁹ e caratterizzanti lo Stato democratico di diritto⁸⁰.

Ai detenuti deve, quindi, riconoscersi la titolarità di diritti; tali diritti sono diversi dai comuni diritti, poiché a causa della detenzione non consentono all'interesse sostanziale che ne sta alla base, di espandersi in ogni direzione e si scontrano o si confrontano continuamente con il potere dell'Autorità preposta all'esecuzione della detenzione..

⁷⁵ Corte Cost. sentenza n.114/1979.

⁷⁶ Corte Cost. sentenza n. 349 del 1993.

⁷⁷ Secondo Cass. Sez.I, 30 gennaio 2008, n.7791 in F.I.,2008, II,274 in motivazione, vi è ormai "piena consapevolezza da parte di quanti sono chiamati ad elaborare le regole della convivenza non meno che da parte di quanti quelle regole sono poi chiamate ad applicare, che quando interessi personali vengono incisi dalla detenzione nel mondo del diritto si concretizza una situazione complessa, dappoiché quell'interesse personale fa riferimento ad un soggetto non libero e, quindi, giuridicamente differente dalla generalità delle persone. Il principio da applicare in simili fattispecie non può che essere quello di contemperare interesse personale e detenzione (lo scopo della detenzione) ed il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona. Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto. E' peraltro tale principio quello ripetutamente affermato in sede di giurisdizione internazionale dalla CEDU: il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. In definitiva: devono assumersi come tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il principio di proporzionalità".

⁷⁸ Corte Costituzionale sentenza n. 212 del 1997.

⁷⁹ Corte Costituzionale sentenza n. 98 del 1965.

⁸⁰ Corte Costituzionale sentenza n. 18 del 1982.

Il sistema di tutela preventiva apprestato dall'ordinamento, nei casi previsti dalla legge, come già evidenziato, tende a fornire una tutela aggiuntiva e immediata.

È importante precisare ora come tale tutela preventiva, non preveda alcuna possibilità di intervento del giudice di sorveglianza sui danni conseguenza⁸¹. La piena e compiuta soddisfazione dell'interesse del detenuto, nei rapporti con la p.a., potrà, invece, ottenersi davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria o davanti al giudice amministrativo

Gli esiti del reclamo riguardante i diritti dei detenuti sono tipicamente previsti dal legislatore e indicati nella possibilità di impartire ordini all'amministrazione senza alcun potere né di annullamento, né di condanna; in un solo caso il giudice di sorveglianza, in base alla legge, può emettere condanna in sede di reclamo; tale caso riguarda la violazione dell'art. 3 della CEDU nei casi previsti dall'art. 35 ter..

La tutela preventiva è affidata ad un giudice di prossimità⁸², cui spetta il compito di controllare⁸³ ed eventualmente di ripristinare le condizioni di legalità dell'esecuzione della pena, ma cui non spetta né di annullare gli atti né di accertare la responsabilità dell'Amministrazione.

Può dirsi che in tal modo, il rapporto esecutivo-penitenziario e il relativo procedimento è come se si duplichino, in una sorta di doppio grado di esplicazione dell'azione amministrativa (che poi in realtà sarebbe triplo per l'avvenuta introduzione del doppio grado di merito del giudizio avviato con reclamo), con la particolarità che questo secondo grado di sviluppo dell'azione amministrativa avviene in sede giudiziaria, in una sede però dove la sostanza del fenomeno non cambia.

Può porsi conseguentemente il seguente interrogativo: o è l'Amministrazione che di fatto svolge attività giurisdizionale (il rapporto esecutivo-penitenziario non è un

⁸¹ Cass. Sez.1 26 marzo 2015 n.20488 in CED online 2015, che precisa in motivazione che "le disposizioni dirette ad eliminare le rilevate violazioni hanno proiezione ripristinatoria volta al futuro e, dunque, funzione preventiva, ma non possono contenere per insito limite concettuale l'ambito di un ristoro risarcitorio per il passato". Cass. pen. Sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772 in Dir. Pen. e Processo, 2013, 9, 1063 con nota di SOMMA: fattispecie in cui la S.C. ha confermato l'ordinanza con cui un magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile il reclamo, esperito da un detenuto ex art. 35 ord. penit., inteso ad ottenere la condanna del Ministero della Giustizia al risarcimento del danno o al pagamento di un equo indennizzo, quale conseguenza dell'accertamento della lesione dei diritti soggettivi dell'istante, a causa di un lungo periodo di carcerazione patito in condizioni di sovraffollamento.

⁸² La scelta del giudice competente nel Magistrato di sorveglianza avrebbe una sua ragione nel principio di "prossimità" di questo giudice alla posizione dei detenuti e degli internati all'interno degli istituti penitenziari, per via del potere di vigilanza sull'esecuzione della pena che è attribuito a questa Autorità giudiziaria; o nel principio di "prossimità" dell'azione amministrativa penitenziaria all'attività giurisdizionale dello stesso magistrato di sorveglianza. Tale posizione di "prossimità" ha ingenerato dubbi sull'imparzialità del giudice di sorveglianza (magistrato di sorveglianza Nuoro ordinanze del 11 febbraio 2009 nn.100 e 101) liquidati dalla Corte Costituzionale (decisione n.266/2009) con l'osservazione che "a garanzia del principio costituzionale dell'imparzialità del giudice sono contemplati gli istituti dell'astensione e della ricasazione, aventi un ampio ambito di applicazione, che si estende a tutti i tipi di procedimento giurisdizionale e tendenzialmente anche ai provvedimenti non giurisdizionali".

⁸³ Nel senso che lo strumento di cui all'art.35-bis O.P. costituisce un procedimento di controllo interno si veda M.MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi" prospettive de iure condendo* in Archivio Penale maggio agosto 2014, fascicolo 2 anno LXVI pag.591.

rapporto di amministrazione) o è il giudice che finisce per svolgere attività amministrativa attraverso un procedimento giurisdizionale⁸⁴.

In ogni caso sembra che il legislatore, in alcuni ambiti ben definiti di svolgimento dell'azione amministrativa nelle carceri (quelli coincidenti con quelli presi in considerazione nell'art.35-bis O.P.), abbia voluto introdurre un filtro all'immediata affermazione dei diritti mediante il ricorso al giudice civile o amministrativo, filtro che per le lungaggini derivanti dall'espletamento di tre gradi di giudizio, fino alla Cassazione, sembra assumere più il sapore di uno strumento di dilazione che lo strumento di immediata affermazione di quei diritti⁸⁵.

Fatte queste precisazioni possiamo dire che i diritti che trovano tutela con il reclamo giurisdizionale, sono principalmente quelli che consistono nelle manifestazioni della personalità del detenuto⁸⁶; in particolare, si tratta dei diritti della personalità del detenuto o dell'internato che sono suscettibili di essere lesi o per effetto del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero per effetto di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere; ossia, di tutti i diritti che entrano in conflitto con l'Autorità Amministrativa preposta all'esecuzione della pena⁸⁷ e che, o sono espressamente previsti dalla legge, attraverso la garanzia di un residuo spazio di libertà, o sono comunque riconoscibili in capo alla persona detenuta a fronte di un potere di regolamentazione che non può eccedere dagli scopi della detenzione, secondo le regole previste dall'ordinamento.

I diritti oggetto di tutela, va detto, infine, sono i diritti espressamente previsti dalla Costituzione o i diritti fondamentali dell'Uomo riconosciuti dalla Costituzione e dalle fonti sopranazionali come la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e di cui può essere portatore un detenuto o un internato e che sono suscettibili di trovarsi in conflitto con l'Amministrazione penitenziaria.

⁸⁴ Avverte del rischio che attraverso le procedure di reclamo si siano determinate le premesse di una invasione del merito amministrativo "aprendo in definitiva ad un governo giudiziario di competenze e prerogative proprie dell'esecutivo", F.FIORENTIN, *il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* cit.,244 che precisa come in tale ambito vi sia la possibilità di imporre un *facere* all'Amministrazione "in esito a un sindacato di natura gestionale delle scelte operate".

⁸⁵ Dubbi sulla consistenza della tutela dei diritti attraverso lo strumento del reclamo sono espressi da L.VIOLA, *La diversa impostazione del giudice amministrativo francese: analisi di un caso giurisprudenziale*, cit. in "www.giustizia-amministrativa.it".

⁸⁶ Afferma CASS. Sez.1. del 12 dicembre 2014 n.17014, in CED online, in motivazione, che per poter individuare la natura della posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela giurisdizionale, deve aversi riguardo alla tipologia di interesse del soggetto che si assume leso, posto che "soltanto gli interessi che ineriscono a beni essenziali della persona e che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo possono essere qualificati in termini di diritti soggettivi".

⁸⁷ F.FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit. 245, secondo cui il reclamo giurisdizionale sarebbe "mirato alla salvaguardia dei diritti che trovano esplicazione nell'ambito dell'espiazione della pena detentiva".

Si tratta dei diritti che hanno alla base interessi della persona umana, senza distinzione tra condizione detentiva e condizione di libertà.

Nella giurisprudenza a volte si preferisce evitare di addentrarsi nell'analisi della situazione soggettiva vantata dal detenuto nei rapporti con l'amministrazione e si ammette la tutela giurisdizionale e si riconosce il diritto individuale con riferimento alla materia di attinenza dell'interesse; così, ad esempio, è accaduto per i colloqui e le conversazioni telefoniche dei detenuti e degli internati che sono state ammesse a tutela, davanti al magistrato di sorveglianza per la loro valenza trattamentale e per la rilevanza dei valori costituzionali che risultano implicati⁸⁸.

Ma è indubbio che sull'affermazione dei diritti in ambito penitenziario, gioca un ruolo fondamentale proprio la giurisprudenza: si tratterebbe di diritti di impronta pretoria⁸⁹ selezionati e selezionabili direttamente dalla Magistratura di sorveglianza.

In questa prospettiva, la dottrina specialistica⁹⁰, senza tener conto delle più consolidate classificazioni che in materia di diritti fondamentali sono state operate dalla dottrina civilistica in relazione alle persone libere⁹¹, li distingue in "diritti all'integrità fisica, i diritti relativi alla salute mentale, diritti relativi alla tutela dei rapporti familiari e sociali e i diritti relativi all'integrità morale e culturale".

In una più ampia prospettiva, che tenga conto non solo della considerazione pretoria di merito, ma anche di quella del giudice di legittimità delle leggi, potremmo riferirci al diritto alla vita⁹², al diritto alla libertà personale residua⁹³, al diritto alla

⁸⁸ S.ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, Roma 18 – 20 marzo 2007, in "www.csm.it", Ricerche anno 2007 che in tal modo sottopone a serrata critica Cass. Sez. un., con sentenza 26 febbraio 2003, n.25079, Gianni cit.

⁸⁹ F.FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, cit. 244; è evidente in questa prospettiva il rischio di una non escludibile proliferazione incontrollata dei diritti tutelati in via giurisdizionale.

⁹⁰ M. CANEPA – S. MERLO *Manuale di diritto penitenziario* MILANO, 2010,138

⁹¹ C.M.BIANCA, *Diritto civile* vol I, Milano,2002,145, secondo cui, per le persone libere, andrebbero distinti i diritti di rispetto della personalità umana che conferiscono al soggetto un potere di godimento della sua personalità e una pretesa alla non ingerenza da parte dei terzi (tra cui si annoverano: il diritto alla vita; il diritto alla salute o all'integrità psico-fisica; il diritto all'integrità morale; il diritto alle libertà civili (libertà personale o libertà fisica e/o sessuale, libertà di circolazione e di residenza, libertà di religione, libertà di manifestazione e di comunicazione del pensiero, libertà di lavoro, libertà di associazione, libertà di sciopero); diritto alla riservatezza; diritto all'immagine; diritto all'identità personale (nome identità sessuale identità personale); diritto morale d'autore). Dai diritti di solidarietà che consistono nelle pretese del soggetto titolare a realizzare la personalità attraverso la cooperazione altrui (tra cui si annoverano il diritto di uguaglianza il diritto al lavoro, il diritto alla retribuzione, il diritto all'assistenza morale e materiale, i diritti di sicurezza sociale, il diritto alla salute e il diritto all'ambiente salubre).

⁹² Corte Cost. sentenza n.54/1979; Corte Cost. sentenza n.223/1996

⁹³ Corte Cost. sentenza n.349/1993 ove affermato che "la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta." E che "la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. 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

salute⁹⁴, al diritto o ai diritti dei detenuti lavoratori⁹⁵, al diritto alla tutela giurisdizionale⁹⁶, al diritto al colloquio con il difensore⁹⁷.

Ulteriori classificazioni fanno riferimento ai diritti *uti captivus e uti cives*⁹⁸ ma come acutamente osservato⁹⁹, il soggetto detenuto non può fare a meno di integrare in sé la figura del detenuto e quella della persona, e quindi i corrispettivi diritti che ne derivano.

Si tratta evidentemente di classificazioni tutte che tengono conto delle affermazioni giurisprudenziali di tutelabilità della posizione vantata dal detenuto nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria.

Sotto il profilo della tutela dei diritti della personalità del detenuto, ci sembra tuttavia possibile abbandonare ogni intento classificatorio, per approdare, in coerenza con i più evoluti studi della dottrina civilistica¹⁰⁰, alla concezione unitaria del diritto della personalità, avente ad oggetto la persona umana quale valore unitario e indivisibile.

Questi diritti (o quest'unico diritto) sono tutti tutelabili a mezzo del reclamo giurisdizionale.

Dai diritti tutelati a mezzo del rimedio preventivo in esame devono, comunque, escludersi¹⁰¹: a) i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio (fattispecie già enucleate dalla giurisprudenza costituzionale – C.Cost. 341/2006; C.Cost.266/2009 – che afferiscono a posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale – tutela laburistica del detenuto lavoratore alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria); b) i diritti che possono venire in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, incidendo concretamente sulla misura e sulla qualità della pena (istituti previsti, ad esempio, nei capi III e VI del Titolo I della legge n. 354 del 1975 quali sorveglianza particolare, permessi, misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata)¹⁰².

ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale." Al diritto alla libertà personale residua fa riferimento anche Corte Cost. sentenza n.526/2000 in materia di perquisizione personale.

⁹⁴ Tra le tante Corte Cost. sentenza n. 165/1996; Corte Cost. sentenza n. 134/1984; Corte Cost. sentenza n. 173/1997; Corte Cost. sentenza n.70/1994; Corte Cost. sentenza n. 438/1995.

⁹⁵ Per gli interventi della Corte Costituzionale sul tema, si rimanda al paragrafo 6 del presente lavoro.

⁹⁶ Tra le tante Corte Cost. sentenza n.26/1999.

⁹⁷ Corte Cost. sentenza n.212/1997.

⁹⁸ A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p.5.

⁹⁹ V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, in "Giustizia penale oggi", Bologna, 1981,

¹⁰⁰ P.PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino,1972,66.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, sentenza n.26/1999.

¹⁰² In tali casi, valendo pienamente la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione (sentenza n. 349 del 1993), il codice di procedura penale (art. 678, in relazione all'art. 666) ha configurato il procedimento applicativo in termini sicuramente giurisdizionali, affidandolo alla magistratura di sorveglianza, presso la quale le posizioni soggettive di quanti si trovino a subire una pena limitativa della libertà possono trovare adeguata protezione.

3.4 L'estensione della tutela agli interessi legittimi

È dubbio se oltre ai diritti, la tutela delle posizioni giuridiche dei detenuti a mezzo del reclamo possa estendersi alle posizioni di interesse legittimo del detenuto.

Sulle posizioni giuridiche tutelabili avanti al Magistrato di Sorveglianza a mezzo del reclamo, nei rapporti con l'Amministrazione penitenziaria, sussiste infatti ulteriore incertezza.

Secondo un orientamento¹⁰³ non dovrebbe darsi molta importanza al termine diritto usato dal legislatore; secondo tale orientamento sarebbero tutelabili avanti al magistrato di sorveglianza con lo strumento del reclamo giurisdizionale tutte le posizioni giuridiche soggettive dei detenuti e degli internati. Nella materia in esame, secondo questo orientamento, dovrebbe ritenersi superata la distinzione tra diritti e interessi legittimi; al magistrato di sorveglianza sarebbe attribuita in via esclusiva la giurisdizione su tutto quello che incide sulla sfera soggettiva del detenuto e che sia conseguenza dello svolgimento del trattamento penitenziario in senso lato; per cui il termine diritto usato dal legislatore non avrebbe funzione limitante né sarebbe stato usato in senso tecnico, ma si riferirebbe, invece, alla globalità delle situazioni giuridiche dei detenuti vantate nei confronti dell'Amministrazione preposta all'esercizio del potere punitivo. In questa prospettiva l'alternativa è tra posizioni giuridiche tutelate e tutelabili e le aspettative di mero fatto o, come dice spesso la giurisprudenza¹⁰⁴ tra provvedimenti che incidono su posizioni di diritto e provvedimenti che "non attengono a posizioni di diritto".

Secondo un altro orientamento¹⁰⁵, invece, sarebbe sostenibile "una ricostruzione poliedrica dei rapporti tra detenuti e amministrazione penitenziaria" che si declina nelle forme differenti del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo a seconda della disciplina giuridica di riferimento; del resto "la natura proteiforme delle relazioni giuridiche tra privato e amministrazione che caratterizza il complesso dei rapporti all'esterno del carcere tende a replicarsi anche al suo interno" dove quasi tutte le attività a disposizione del detenuto sono intercettate dal potere dell'amministrazione. In questa prospettiva, alla luce della precisa indicazione contenuta nell'art.35-bis dell'O.P. che parla di pregiudizio all'esercizio del diritto,

¹⁰³ Nel senso che nel rapporto detenuto – Stato non vi sarebbe alcuna possibilità di distinguere tra posizioni di diritto e posizioni di interesse legittimo poiché la relazione dell'interesse del detenuto con il potere amministrativo non è soltanto occasionale come per il libero cittadino, ma permanente o immanente nella stessa condizione di privazione della libertà personale vedi M. BORTOLATO in *La tutela dei diritti dei detenuti*, C.S.M., studi e ricerche, 15 febbraio 2011 in "www.csm.it" e in *"Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale"* in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2014, 576 .

¹⁰⁴ Cass. Sez. I., 21-05-2008, n. 21704 CED on line; Cass. Sez. I, 03-02-2004, n. 8411 CED on line.

¹⁰⁵ Ordinanza del 27 marzo 2012 emessa dal Magistrato di sorveglianza di Lecce in G.U. n.43 del 31 ottobre 2012.

dovrebbe porsi la questione se gli interessi legittimi, in ipotesi configurabili in capo ai detenuti, siano oggi tutelabili con il reclamo giurisdizionale

Riteniamo fortemente dubbia la possibilità di configurare posizioni di interesse legittimo in capo ai detenuti e agli internati¹⁰⁶.

Per configurare una posizione di interesse legittimo, ci sembra, sia innanzitutto necessario verificare in che misura un detenuto, all'interno di un penitenziario, è in grado di attivare e di partecipare ad un procedimento amministrativo di competenza dell'Amministrazione penitenziaria.

Se, come abbiamo spiegato sopra, il detenuto all'interno del carcere si trova nella condizione di dover dipendere per il soddisfacimento di ogni più elementare esigenza, dall'iniziativa o quanto meno dal consenso di chi è preposto alla custodia, è certo che il detenuto si trova nella possibilità o anche nella necessità di rivolgere istanze o domande all'Autorità penitenziaria per ottenere tale soddisfacimento.

Ma, dobbiamo interrogarci se, a seguito di tali domande o istanze, si possa aprire un vero e proprio procedimento amministrativo, perché solo in tal caso potremo cominciare a pensare di poter individuare posizioni di interesse legittimo.

A differenza del diritto soggettivo, l'interesse legittimo non consente una diretta disponibilità o un diretto godimento di un bene della vita; i poteri in cui esso consiste non portano necessariamente alla soddisfazione dell'interesse al bene¹⁰⁷; l'interesse legittimo, non garantisce la piena e sicura soddisfazione dell'interesse che è alla sua base.

L'interesse materiale è un elemento costitutivo dell'interesse legittimo ma non ne costituisce il baricentro che viceversa è costituito "dal complesso degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento"¹⁰⁸; l'interesse legittimo non può mai "attingere" il bene sperato se non per il tramite dell'esercizio del potere e in quanto questo glielo consente¹⁰⁹; a differenza del diritto soggettivo (tramite il cui riconoscimento l'ordinamento attribuisce senz'altro al soggetto il potere di agire per la realizzazione diretta del proprio interesse), al soggetto portatore di interesse legittimo non è dato il potere di realizzazione dell'interesse stesso perché il bene cui il soggetto tende, nella cui realizzazione consiste il suo interesse [in positivo (interesse pretensivo) o in negativo (interesse oppositivo)] può essere realizzato esclusivamente dall'autorità amministrativa con l'esercizio del potere¹¹⁰. Esso offre una serie di possibilità o di poteri tutti strumentali che si dispiegano lungo tutto l'arco del dispiegamento della potestà amministrativa. Esso, in definitiva, è un *potere di influenza* sull'esplicazione dell'attività amministrativa: ne orienta l'esercizio e ne corregge le deviazioni. La

¹⁰⁶ Già Cass. Sez. un., con sentenza 26 febbraio 2003, n.25079, Gianni cit. afferma che "alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'Autorità amministrativa (sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento)".

¹⁰⁷ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 2002 103.

¹⁰⁸ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.,103.

¹⁰⁹ M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit.104.

¹¹⁰ V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino,2014, 274).

soddisfazione dell'interesse materiale non può che avvenire in seguito ed in relazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico e, quindi, mediatamente ed eventualmente (si noti non occasionalmente e indirettamente¹¹¹).

Si può allora definire l'interesse legittimo come la posizione di vantaggio fatta a un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri in grado di *influire* sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità¹¹².

¹¹¹M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op.ult.cit. 101; V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit.,274, continua, tuttavia, a parlare di una protezione sempre correlata all'esercizio del potere e, "in maniera più o meno accentuata, ad esso subordinata".

¹¹² M.NIGRO,*Giustizia amministrativa*, op.ult.cit.,2002,103. Secondo Cons.St., a.p., 23 marzo 2011 n.3: il nuovo codice del processo amministrativo ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr. l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (cd. *azione di esatto adempimento*) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3). Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717). In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva. Come osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 500/1999, l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio. L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento,

Poiché al titolare non è dato il potere di realizzare l'interesse materiale che ne è alla base, taluno ha qualificato l'interesse legittimo come situazione *inattiva*¹¹³ dato che il soddisfacimento dell'interesse non dipende dal comportamento che vi aspira ma da quello di un soggetto diverso titolare di una situazione di potestà. Ma, come sopra visto, invece, l'interesse legittimo è una situazione attiva¹¹⁴; esso si esplica o può esplicitarsi in più forme tutte riconducibili al concetto di azione da intendersi però non nel potere di agire in giudizio ma anche nel complesso delle possibilità di agire nel procedimento al fine di influire sull'attività amministrativa. Precisamente¹¹⁵ il contenuto dell'interesse legittimo come situazione soggettiva attiva consiste di poteri strumentali e non finali, diversi o di altro tipo¹¹⁶ rispetto a quelli che concretano il diritto soggettivo (relativo), poiché non assicurano o non consentono la realizzazione dell'interesse, nemmeno attraverso la mediazione dell'A.G. (così come avviene invece per i diritti di credito).

I poteri strumentali nei quali si articola il contenuto dell'interesse legittimo sono¹¹⁷ di due specie e possono indicarsi rispettivamente in poteri di partecipazione al procedimento (secondo il principio del giusto procedimento) e in poteri di reazione al potere esercitato (secondo il principio di azionabilità).

Detto questo, si fa fatica ad individuare una posizione di interesse legittimo in capo ad un detenuto. Potenzialmente, anche un detenuto può essere portatore di interesse legittimo, ma, di fatto, non si scorge in quale caso egli effettivamente lo sia.

Fatto salvo il procedimento disciplinare, il procedimento per l'applicazione della sorveglianza particolare e ancora il procedimento per l'applicazione del regime del 41-bis o.p., che sono procedimenti amministrativi autoritativi, che si attivano d'ufficio, non sembra che nell'ordinamento penitenziario, vi siano altre norme che si occupino o che disvelino l'esistenza di veri e propri procedimenti amministrativi.

È perfino dubbio che, a seguito della formulazione di un'istanza, si possa o si debba aprire un vero e proprio procedimento amministrativo o che a seguito della formulazione di un'istanza, debba seguire necessariamente un procedimento amministrativo, non solo o non soltanto perché nessuna norma lo prevede, ma soprattutto perché è profondamente diverso il rapporto del libero cittadino con la pubblica amministrazione, rispetto al rapporto del detenuto con l'Amministrazione penitenziaria.

sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.

¹¹³ L.BIGLIAZZI GERI – U.BRECCIA – F.D.BUSNELLI – U.NATOLI, *Diritto Civile*, I,1, Torino, 1986.

¹¹⁴ "L'interesse legittimo si presenta come figura attiva caratterizzata da una serie di prerogative dirette ad influire sull'azione amministrativa. Appare superata la concezione dell'interesse legittimo come figura meramente passiva o di attesa sulla falsariga della posizione del debitore rispetto al creditore o della posizione di chi sia soggetto all'altrui diritto potestativo": A.TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 72.

¹¹⁵ V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op.cit., 275.

¹¹⁶ "di un certo tipo" dice V.CERULLI IRELLI, in *Lineamenti di diritto amministrativo op.ult.cit.*, 275.

¹¹⁷ V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op.ult.cit., 275.

Così, non sembra ipotizzabile un interesse oppositivo del detenuto, poiché non sembrano esercitabili o appartenere all'Autorità amministrativa penitenziaria i tipici poteri amministrativi che producano effetti costitutivi¹¹⁸. La riduzione del contenuto dei diritti che si realizza in primis con l'incarcerazione e durante la carcerazione, attraverso l'applicazione della sorveglianza particolare o del regime del 41-bis, non sembra potersi inquadrare nell'ambito della teoria della degradazione dei diritti; riteniamo che il detenuto, nonostante l'applicazione di tali istituti, rimanga titolare di diritti, diritti particolari compresi o "perimetrati", come sopra detto ma pur sempre diritti; il procedimento per l'applicazione della sorveglianza particolare o del regime del 41-bis O.P., non prevede la partecipazione del detenuto o un potere di influenza del detenuto sulla corretta esplicazione del potere; viceversa è prevista una forma di tutela postuma a mezzo di un reclamo giurisdizionale.

Allo stesso modo non sembrano ipotizzabili interessi pretensivi dei detenuti; i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria che possono essere considerati come favorevoli in quanto accolgono l'istanza o la domanda presentata dal detenuto, non hanno nulla a che vedere con i provvedimenti autorizzatori e concessori emessi dalla pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini liberi. Ottenere l'autorizzazione a muoversi all'interno del carcere (secondo le recenti declinazioni della cd sorveglianza dinamica), essere autorizzati ad occupare una cella piuttosto che un'altra, essere autorizzati a recarsi in doccia in un'ora piuttosto che in un'altra, essere autorizzati a recarsi nelle sale hobby o nelle biblioteche o in altri spazi di socialità all'interno di un carcere, essere autorizzati ad utilizzare un personal computer, non accresce o non costituisce diritti, poiché, in questi ambiti si manifesta il potere di regolamentazione dell'esecuzione della pena¹¹⁹; è evidente la differenza tra chi è libero

¹¹⁸A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 54; secondo questa dottrina, la connessione con l'interesse pubblico o con il potere pubblico evidenzia il carattere relativo o relazionale dell'interesse legittimo; l'interesse legittimo è una posizione speculare al potere dell'amministrazione; resta però da chiarire la natura del potere dell'Amministrazione al quale si connette l'interesse; l'attenzione della dottrina si è soffermata prevalentemente, ma con alcuni distinguo e con molte riserve (manca un criterio certo e condiviso da tutti per l'identificazione dell'interesse legittimo), sul potere dell'amministrazione che presenti caratteri pubblicistici, di autoritarità, di finalizzazione alla soddisfazione di un interesse pubblico, di discrezionalità o in alcuni casi anche di vincolatività; e che produca effetti giuridici costitutivi. Il quadro, secondo questa dottrina, rimane comunque incerto dal punto di vista sistematico e ancora in evoluzione; finisce pertanto con l'assumere rilievo determinante la casistica elaborata dalle sezioni unite della Cassazione quale giudice della giurisdizione.

¹¹⁹ Secondo la giurisprudenza applicativa dei Magistrati di sorveglianza (magistrato di sorveglianza di Lecce ordinanza n.239 del 27 marzo 2012), tuttavia, "l'istanza del ristretto avvia un procedimento amministrativo che in assenza di diversa normativa deve ritenersi disciplinato dalla legge 241/1990 e che si chiude con un provvedimento di autorizzazione o di diniego da parte del direttore. A fronte dell'esercizio discrezionale del potere concesso al direttore dell'istituto vi è un interesse legittimo del detenuto quest'ultimo potrà non solo esercitare le facoltà di partecipazione procedimentale accordate a qualsiasi cittadino in presenza di un procedimento amministrativo dalla legge 241/1990 ma potrà far valere in sede giurisdizionale la sua posizione giuridica innanzi al magistrato di sorveglianza in sede di reclamo. Critiche al tentativo di "distinguere tra ciò che è tutelabile e ciò che non lo è, passando per le categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo", destinato "al sicuro fallimento" sono formulate da A. MARCHESILLI, *Miti e paradossi della tutela dei diritti dei detenuti. Alla ricerca di effettività*, Giur. mer., 2006, p. 21 ss. secondo

e richiede alla p.a. l'autorizzazione per poter esercitare un diritto già potenzialmente pieno e chi è recluso e richiede alla p.a. di riempire, secondo i propri interessi manifestati in istanze o domande rivolte all'Autorità penitenziaria, quegli spazi di libertà che non gli appartengono a causa della detenzione e che sono lasciati dalla legge alla discrezionalità dell'Amministrazione preposta all'esecuzione della pena, che richieda, cioè, di potersi muovere secondo proprie convenienze e interessi, in un ambito in cui gli spazi di libertà sono quelli lasciati alla regolamentazione dall'autorità preposta al "governo" delle persone; a sostegno di quanto affermiamo appare determinante l'impossibilità tecnica e logica di estendere, in questi ambiti, gli istituti di semplificazione procedimentale quali ad esempio il silenzio assenso¹²⁰.

Concludiamo, quindi, che sebbene teoricamente ipotizzabili, gli interessi legittimi non sembrano configurabili in una situazione di privata libertà personale; in ambito penitenziario non vi sono posizioni di interesse legittimo che dialogano con il potere, vi sono, invece, posizioni giuridiche che subiscono il potere.

Come è noto, la connessione con l'interesse pubblico o con il potere pubblico evidenzia il carattere relativo o relazionale dell'interesse legittimo; l'interesse legittimo è una posizione speculare al potere dell'amministrazione; è una posizione che però spetta ad un soggetto terzo¹²¹, mentre, nel caso del potere esercitato dall'autorità penitenziaria, il detenuto non può dirsi, almeno normalmente, soggetto terzo che subisce gli effetti di un provvedimento essendo prevalentemente se non esclusivamente l'oggetto stesso dell'esercizio del potere.

Non ha senso perciò chiedersi se il legislatore, avendo fatto riferimento esplicito soltanto al pregiudizio (grave e attuale) *all'esercizio di un diritto*, abbia in realtà voluto limitare l'intervento del Magistrato di Sorveglianza, soltanto ai casi che effettivamente costituiscano violazione di diritti, poiché i detenuti non possono essere portatori di interessi legittimi ma solo di diritti, di quei diritti che abbiamo più sopra delineato e che o sono espressamente delineati dalla legge attraverso la garanzia di autonomi e precisi spazi di libertà, oppure si affermano a fronte del potere di

cui la linea di confine sembra piuttosto doversi rinvenire nella distinzione tra "posizioni giuridicamente tutelate" e "aspettative di mero fatto".

¹²⁰ È evidente che un detenuto che abbia richiesto di svolgere in carcere una certa attività (ammettiamo anche un'attività artigianale, intellettuale o artistica o un lavoro a domicilio – att.51 e 52 D.P.R.n.230/2000) non potrebbe mai iniziare tale attività alla semplice scadenza del termine legale per l'assunzione della decisione da parte dell'Amministrazione penitenziaria, né può ritenersi che a tale scadenza abbia acquisito l'autorizzazione a poterla svolgere; se non altro perché deve essere sentito il gruppo di osservazione trattamento e devono assumersi determinazioni sulle prescrizioni da osservare anche in relazione al rimborso delle spese eventualmente sostenute dall'amministrazione; senza mancare di accennare ulteriormente ai problemi connessi all'ingresso e all'utilizzo di macchinari di proprietà personale, all'interno di spazi appartenenti allo Stato o sotto il controllo dello Stato.

¹²¹ Afferma V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op.ult.cit.,265: "l'esercizio del potere implica in ogni sua manifestazione l'instaurazione di rapporti giuridici con i soggetti terzi", ossia, con i soggetti verso i quali si esplica o è destinato a produrre effetti "a volte di natura costitutiva, a volta di natura dichiarativa o preclusiva", soggetti "portatori di interessi protetti dall'ordinamento in vario modo e secondo diversa entità".

organizzazione dell’Autorità preposta all’esecuzione della pena secondo le declinazioni della giurisprudenza.

3.5 Il pregiudizio grave ed attuale

Un’ultima annotazione è necessaria sui caratteri del pregiudizio all’esercizio dei diritti.

Il legislatore ha precisato che il pregiudizio lamentato dal detenuto oltre che attuale, debba essere anche grave.

Attualità implica che siano reclamabili solo le lesioni perduranti e in atto al momento del ricorso e fino al momento della decisione e non quelle non più sussistenti al momento del ricorso o al momento della decisione; l’attualità della lesione evoca la configurazione di un illecito penitenziario a carattere permanente; la lesione può dirsi attuale appunto se perdura nel tempo. Se il pregiudizio è cessato, si aprono le porte al risarcimento degli eventuali danni derivanti dall’illecito penitenziario.

Con il predicato della gravità, invece, si vuole evitare l’attivazione della tutela in presenza di questioni di natura bagatellare¹²²; si tratta di una valutazione relativa da effettuare in relazione alle complessive condizioni di carcerazione del reclamante¹²³.

4. Il reclamo generico

La delimitazione delle posizioni giuridiche tutelate a mezzo del reclamo giurisdizionale non esclude che le posizioni giuridiche diverse dai diritti, non comprese nell’ambito di quelle tutelabili appunto attraverso il reclamo giurisdizionale, non siano tutelabili o non reclamino tutela anch’esse.

Fuori dai casi in cui vi sia questione di diritto, le posizioni dei detenuti e degli internati saranno tutelabili avanti al Magistrato di Sorveglianza attraverso il cd.reclamo generico, una forma di tutela minore la cui attivazione non produce effetti vincolanti per l’amministrazione; le misure prese a fronte di un reclamo generico sono infatti di tipo sollecitatorio e l’amministrazione resta libera di non attenersi ai pronunciati della A.G.

Dopo l’introduzione del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis O.P., si dubita, specie da parte di coloro che ne estendono l’applicazione oltre il campo dei veri e propri diritti, sulla sopravvivenza del reclamo generico; ma poiché l’art.35 O.P. annovera tra le autorità cui il detenuto può rivolgere reclamo anche lo stesso magistrato di sorveglianza, è la stessa legge che lascia intendere che residua uno spazio per un reclamo soltanto generico avanti a questa A.G..

¹²² C.FORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2014, Fascicolo 2, anno LXVI, 526 .

¹²³ M.BORTOLATO in *“Torreggiani e rimedi preventivi: il nuovo reclamo giurisdizionale”* in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2014, cit..

Si tratta di una soluzione di compromesso del nostro ordinamento tra due opposte tendenze, quella che spinge l'Amministrazione penitenziaria ad affrancarsi dal controllo del giudice ordinario, al fine di rafforzare il proprio potere disciplinare e regolamentare e quella che, invece, in funzione garantistica, tende a rendere il sindacato dell'autorità giudiziaria sugli atti dell'amministrazione, un sindacato onnipotente, fino al punto di delegare perfino la regolamentazione degli aspetti della vita del detenuto all'Autorità giudiziaria.

Contro il provvedimento del magistrato di sorveglianza in sede di reclamo generico, la legge non prevede alcun mezzo di impugnazione; le decisioni del magistrato di sorveglianza sui reclami generici a lui presentati ai sensi dell'art.35 O.P., sono adottate al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio ed essendo prive di qualsiasi stabilità e forza giuridica cogente, non sono soggette ad ulteriori reclami al Tribunale di Sorveglianza né a ricorso per Cassazione¹²⁴.

Tra le situazioni che la giurisprudenza ha ritenuto costituire oggetto di reclamo generico non incidendo su diritti, si ricordano quella dei detenuti e degli internati a fronte del potere di perquisizione ambientale effettuata dal personale di Polizia Penitenziaria¹²⁵; a fronte del potere di assegnazione ad un istituto penitenziario o di una determinata cella all'interno di un istituto penitenziario¹²⁶; a fronte del divieto di utilizzare il personal computer personale (solo) all'interno della stanza di detenzione¹²⁷; a fronte della possibilità di accedere ad una lavanderia esterna¹²⁸; a fronte della mancata sottoposizione a isolamento notturno del detenuto ergastolano¹²⁹; a

¹²⁴ CASS. Sez.1, 16 febbraio 2000 n. 1093 in Cass. Pen.2001,1017; CASS. Sez.1, 7 marzo 2001, n.17270, in Cass. Pen. 2002,1799; CASS. sez.7, ordinanza 12 dicembre 2012, n.23379 CED on line

¹²⁵ CASS. Sez.7, 3 aprile 2014, n.39607 in CED on line 2014..

¹²⁶ CASS. Sez.7 12 luglio 2012 n.45514 in CED on line 2012.

¹²⁷ CASS. Sez. 1, 9 dicembre 2009 n.3494 in CD on line 2010, sul presupposto che un tale divieto non risulta lesivo di diritti soggettivi non impedendo esso, in via assoluta, il diritto del detenuto all'utilizzo del personal computer, regolandone piuttosto l'esercizio, inibendo l'utilizzo dell'apparecchio elettronico solo all'interno della camera di detenzione, ma non anche in spazi collettivi e, segnatamente, in una stanza all'uopo predisposta e ciò per comprensibili esigenze di sicurezza, per impedire eventuali indebite comunicazioni con l'esterno dell'istituto, nonché per ragioni tecniche ricollegabili alla rilevazione dei consumi elettrici. E più recentemente CASS. Sez.7, 15 ottobre 2013 n.20832 in CED on line 2014, sul presupposto della mancanza di iscrizione (del detenuto reclamante) ad un corso di studio curriculare, scolastico o universitario.

¹²⁸ CASS. Sez.1, 12 dicembre 2014 n.17014 in CED on line 2015, in motivazione.

¹²⁹ CASS. Sez.1 20 gennaio 2015 n.7862 in CED on line 2015, secondo cui "l'isolamento notturno del condannato all'ergastolo a differenza di quello diurno che è una vera e propria sanzione penale, si configura come una modalità di esecuzione della pena in termini di maggiore afflittività e non può, perciò, considerarsi oggetto di un diritto soggettivo giuridicamente azionabile dall'interessato con conseguente legittimità del provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria che in presenza di ragioni ostative non ammetta il detenuto (che lo richieda) ad usufruirne". La Cassazione nel caso specifico ha giudicato corretta la decisione del Magistrato di sorveglianza che ha declinato la propria competenza a provvedere sulla doglianza del detenuto disponendo la trasmissione del reclamo all'Amministrazione penitenziaria per le proprie determinazioni a riguardo; conforme CASS. Sez.1, 1 dicembre 2009 n.50005 in CED on line 2010.

fronte del potere di classificazione del detenuto e di assegnazione al circuito e.i.v. (elevato indice di vigilanza, ora alta sicurezza)¹³⁰.

Ulteriori doglianze non riconducibili a veri e propri diritti e, perciò, suscettibili di solo reclamo generico sono state ritenute¹³¹ quelle relative alla richieste di avere copia di un'istanza, di dotazione di acqua calda, nonché di docce in ciascuna delle celle; della rimozione di un pannello di plexiglas posto sulle finestre della cella; la lagnanza per la presenza di freddo durante la stagione invernale; la lagnanza sulla mancanza di pulsanti per l'illuminazione artificiale e di un campanello per le chiamate di emergenza; la richiesta di tenere in cella due dipinti raffiguranti padre Pio; la prassi di affidare a volontari esterni le piccole riparazioni degli oggetti appartenenti ai detenuti e, inoltre, la ricezione dei canali televisivi¹³²; la richiesta di latte caldo in occasione della prima colazione¹³³.

A proposito del reclamo cd. generico occorre segnalare che il D.L. 146/2013 (art.7) ha istituito la figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o

¹³⁰ CASS. Sez. I 24 ottobre 2007 n. 46269 CED on line 2007: il provvedimento di inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. (elevato indice di vigilanza), ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto. (Dichiara inammissibile, Mag. sorv. Nuoro, 17 marzo 2007), si riportano le parti motivate d'interesse: "Tanto premesso, va però chiarito che le doglianze proponibili devono consistere in pretese astrattamente riconducibili ad un diritto soggettivo, e non possono investire questioni di mera opportunità rimesse a valutazioni discrezionali dell'amministrazione". "Per quanto riguarda la specifica materia in esame, va precisato che l'inserimento nel circuito E.I.V., volto ad assicurare, nell'ambito dei poteri di organizzazione e sicurezza degli istituti, l'ordine interno e la personale incolumità dei detenuti, non è assimilabile ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 14-bis (sottoposizione a regime di sorveglianza particolare) e 41-bis, comma 2, Ordinamento Penitenziario perché, senza limitare la partecipazione al trattamento rieducativo ed alle attività consentite dal regolamento interno, stabilisce soltanto, per ragioni di opportunità, la collocazione del soggetto in determinati istituti o sezioni a sorveglianza rafforzata, con la prescrizione di cautele dettate non solo in relazione alla sua particolare pericolosità, ma anche al fine di evitare atti di autolesionismo o aggressioni da parte di altri detenuti. Ne consegue che il relativo provvedimento, di esclusiva e discrezionale competenza dell'Amministrazione penitenziaria, ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto (cfr. Cass., Sez. 1, 3.2/24.3.2004, Paziienza)".

¹³¹ CASS. Sez. I 21 maggio 2008 n. 21704 CED on line 2008.

¹³² CASS. Sez.1 26 marzo 2015 n.20488 CED on line 2015, in motivazione; ma, sulla ricezione dei canali televisivi, la Corte Costituzionale con la decisione n. 135 del 3 giugno 2013, ha riconosciuto l'esistenza, a fronte di un provvedimento limitativo dell'Amministrazione pubblica, adottato nei confronti della generalità dei detenuti sottoposti al regime del 41-bis O.P., l'esistenza del "diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost.", la Corte Costituzionale ha comunque precisato che "l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere" e che "in assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost." Nel caso specifico, l'Amministrazione non fu in grado di dimostrare l'esistenza di tali esigenze, a fronte dell'oscuramento di alcuni canali della piattaforma della RAI TV.

¹³³ Cass. Sez.7 ordinanza del 12 dicembre 2012 n.23379 CED on line 2013.

private della libertà personale, una struttura collegiale dotata di ampi poteri conoscitivi, in virtù della piena facoltà di accesso a tutti i luoghi di esecuzione di pene o misure di sicurezza o comunque di misure privative della libertà personale (art. 7, comma 5, lett. b), e della possibilità di prendere visione dei fascicoli relativi ai soggetti detenuti o privati della libertà personale, previo consenso dell'interessato (art. 7, comma 5, lett. c) nonché di tutte le informazioni e i documenti necessari in possesso delle amministrazioni responsabili delle strutture di detenzione, custodia o accoglienza.

Tale nuovo organismo può all'uopo eventualmente chiedere al magistrato di sorveglianza un ordine di esibizione (art. 7, comma 5, lett. d) e può impartire prescrizioni: il Garante nazionale "formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354", a fronte delle quali "l'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni" (art. 7, comma 5, lett. f).

Ora è evidente che l'aver rafforzato lo strumento del reclamo cd. generico costituisce ulteriore argomento per negare validità all'orientamento che tende ad estendere la tutela giurisdizionale delle posizioni dei detenuti e degli internati oltre i casi in cui sia stato leso un diritto soggettivo; una possibilità di ricorso giurisdizionale generalizzato avverso tutte le decisioni o i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria toglierebbe significato al sistema di tutele presente nell'ordinamento penitenziario nell'ambito delle quali, il reclamo generico è stato concepito proprio per dare rilevanza a situazioni che il legislatore ha affidato all'Amministrazione penitenziaria, e che lo stesso legislatore ha escluso che dovessero o potessero essere affrontate in un contesto di giurisdizione; diversamente opinando si legittimerebbe una indiscriminata attività sostitutiva del giudice nella normale gestione della vita dell'istituto, accentuando il rischio di immobilizzare la stessa vita dell'istituto penitenziario e di spostare tutta l'esecuzione penitenziaria nell'ambito del potere giudiziario, con il connesso annullamento delle funzioni esecutive e amministrative dell'Amministrazione penitenziaria che inevitabilmente avrebbe ripercussioni sull'equilibrio dei poteri fondamentali dello Stato.

5. Il diritto alla rieducazione

Tutto ciò comunque ha un senso sempreché non si voglia accedere ad una prospettiva diversa, che voglia ricavare dall'art.27 della Costituzione, non solo un limite all'attività dello Stato, ma anche un diritto per il condannato: il diritto ad essere educato o rieducato; è evidente che da questo angolo prospettico, qualsiasi determinazione dell'Amministrazione penitenziaria all'interno di un carcere, è suscettibile di incidere su tale diritto e, quindi, legittimare l'accesso alla tutela

giurisdizionale preventiva. E i diritti dei condannati così finiscono per svanire o confondersi nella pretesa alla rieducazione¹³⁴.

Si tratta di una visione che a fronte della pretesa del condannato deve necessariamente configurare un obbligo dello Stato alla rieducazione; una tale visione del rapporto detenuto – amministrazione tuttavia non è fondata poiché la pena anche nella essenziale funzione rieducativa, non è *obbligata* a rieducare ma deve soltanto “tendere alla rieducazione”. Ciò non ha comunque impedito alla dottrina¹³⁵ di individuare in capo al soggetto detenuto, il diritto ad “usufruire, sussistendone le condizioni stabilite dalla legge, di quelle misure extramurarie attraverso le quali la rieducazione assume connotati prettamente risocializzanti: liberazione condizionale, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione anticipata”; una visione anche quest’ultima criticabile perché tali misure non sono concesse automaticamente ma solo attraverso un giudizio che presenta margini di discrezionalità nell’accertamento della sussistenza dei relativi requisiti o presupposti..

6. I diritti derivanti dalle prestazioni di lavoro.

Come è noto la Corte Costituzionale con la sentenza n.341/2006 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 69, sesto comma, lettera a), della legge n.354/1975.

Il decreto legge n.146/2013 (convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10) con l’art. 3, comma 1, lettera i) ha modificato l’art. 69, commi 5 e 6 della legge 354/1975.

La Corte Costituzionale era intervenuta sul testo dell’art.69 comma 6 lettera a) affermando che la norma ivi contenuta “non si limita(va) ad individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta(va), con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee, se riferite alle controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali” per questo la Corte Costituzionale aveva rilevato “una violazione – da parte dell’art. 69, sesto comma, lettera a), della legge n. 354 del 1975 – degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, della Costituzione”.

¹³⁴ Riferimenti per questa prospettiva in M. PAVARINI, *Diritti umani nelle carceri*, in *La formazione sui diritti dell’Uomo “la dignità della persona al centro della legalità”* pubblicazione edita dal Ministero della Giustizia nell’anno 2001 in occasione del cinquantesimo anniversario della Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo,cit..

¹³⁵ A. PENNISI, *op. cit.*, p. 81; V. GREVI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 51 e M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 242 riconoscono in capo al detenuto un vero e proprio diritto a queste misure in caso di presenza dei requisiti necessari.

La norma dichiarata incostituzionale è stata definitivamente espunta dall'ordinamento e, al suo posto, è stata inserita una nuova norma, tutta nuova, che non fa alcun riferimento alla materia del lavoro.

Occorre chiedersi se a seguito dell'introduzione delle nuove norme sul reclamo giurisdizionale in materia di controversie di lavoro, sia ancora competente il giudice ordinario del lavoro, piuttosto che il magistrato di sorveglianza.

Le motivazioni di Corte Cost. n.341/2006 si erano basate sulla considerazione del diritto del detenuto lavoratore e della sua controparte datore di lavoro ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio così come richiesto dagli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., i quali attribuiscono a tutte le parti, un nucleo minimo di garanzie. Tale diritto secondo la Corte non era assicurato dal procedimento di cui all'art. 14-ter della legge n. 354 del 1975, che era imposto dall'art. 69, sesto comma, lettera a) (ora abrogato)¹³⁶, per tutte le controversie civili nascenti dalle prestazioni lavorative dei detenuti; secondo la corte, tale procedimento regolato dall'art.14-ter della legge 354/1975 in materia di diritti derivanti dalle prestazioni lavorative dei detenuti e degli internati comprimeva in modo notevole le garanzie giurisdizionali essenziali riconosciute a tutti i cittadini.

Ora, il legislatore, con le norme sopra indicate, ha introdotto il reclamo giurisdizionalizzato, per i casi del pregiudizio grave ed attuale ai diritti dei detenuti e degli internati, richiamando le procedure di cui agli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale, per cui, si pone l'interrogativo dei rapporti tra la tutela preventiva di cui all'art.35-bis dell'O.P., avverso il fatto illecito penitenziario e la tutela dei diritti dei detenuti e degli internati lavoratori.

¹³⁶ La Corte di Cassazione, Sez.Un. 26 gennaio 2001 n.26, in F.I. 2001, I,2890, e Giur. It., 2001, 1097, resa nella vigenza dell'abrogato art.69 comma 6 o.p. con riferimento alle controversie in tema di lavoro prestato dai detenuti e dagli internati, introdotte successivamente all'entrata in vigore della L. 10 ottobre 1986, n. 663, ha affermato che "la competenza spetta in via esclusiva al magistrato di sorveglianza e non al giudice del lavoro". La Cassazione ha sentenziato più in particolare che "a seguito dell'entrata in vigore della l. 10 ottobre 1986 n. 663, le pretese del lavoratore detenuto concernenti la restituzione di somme pari ai tre decimi della mercede corrispostagli per il lavoro svolto in stato di detenzione, possono essere fatte valere soltanto con reclamo davanti al magistrato di sorveglianza e non più con ricorso avanti al giudice del lavoro (in motivazione, la Cassazione ha precisato che la precedente competenza del pretore del lavoro doveva ritenersi coerente con la mancanza di previsione di un procedimento di natura giurisdizionale sui reclami dei detenuti lavoratori, posto che il magistrato di sorveglianza provvedeva sugli stessi con un ordine di servizio, e cioè con un atto amministrativo non impugnabile, ma che detta competenza è venuta meno con l'introduzione – ad opera della legge citata – di uno speciale procedimento giurisdizionale all'esito del quale il magistrato decide con ordinanza impugnabile soltanto per cassazione). Secondo la corte pertanto doveva ritenersi "manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 69 l. n. 354 del 1975 in relazione all'art. 409 c.p.c. e con riferimento all'art. 3 cost.; infatti, le diversità strutturali fra il rito applicabile per le ordinarie controversie di lavoro e quello proprio del procedimento davanti al magistrato di sorveglianza per il lavoro dei detenuti, una volta assunta la natura giurisdizionale quale minimo denominatore comune di entrambi, non escludono la ragionevolezza della previsione di una diversa competenza per le controversie concernenti il lavoro carcerario, date le peculiarità del relativo rapporto che, avendo come parte un detenuto, è, per ciò stesso, inserito in un contesto di attività che risultano strettamente connesse e consequenziali alla pena e, pertanto, istituzionalmente sottoposte alla sorveglianza del giudice penale.

Per la soluzione del problema ci sembra sia possibile applicare, anche in questo campo, la soluzione più sopra proposta per definire i rapporti tra l'art.35-bis O.P. e l'art. 2043 c.c..

Anche in questa materia, il detenuto o l'internato adiranno il magistrato di sorveglianza, quando la fattispecie non abbia prodotto o non abbia ancora prodotto un danno materiale, mentre si rivolgeranno al giudice civile tutte le volte in cui la fattispecie sia causativa di un danno; con l'ulteriore precisazione che in questo specifico campo, la fattispecie di illecito causativa di danno, potrà determinarsi in un ambito prevalentemente contrattuale, per via del rapporto di lavoro intercorrente con l'amministrazione penitenziaria.

Una tale soluzione, era già stata proposta dalla giurisprudenza del giudice di legittimità delle leggi nel 1984 con la decisione n. 103, allorquando fu affermato che il procedimento instaurato dal reclamo del detenuto in materia di lavoro "non sostituisce" la tutela giurisdizionale, che è riservata al giudice dei diritti ", secondo le regole della competenza ordinaria.

Resta inteso che anche in questo campo, laddove la fattispecie di illecito penitenziario si sovrapponga alla fattispecie di illecito contrattuale, si pone il dubbio circa la possibilità per il detenuto di ricorrere immediatamente al giudice civile, "bypassando" il magistrato di sorveglianza.

7. L'effettività delle decisioni del Magistrato di sorveglianza: l'ottemperanza del magistrato di sorveglianza

In materia di diritti, come si diceva, il legislatore ha rafforzato i poteri di intervento preventivo del magistrato di sorveglianza garantendone l'effettività.

Quanto alla decisione del giudice, in questa materia, la legge parla solo di ordini; il giudice può emettere solo provvedimenti che prescrivono alla parte soccombente, un comportamento attivo od omissivo.

Il discorso deve ora concentrarsi sui rimedi che l'ordinamento ha introdotto per assicurare l'effettività di tali decisioni ossia per assicurare ai detenuti e agli internati tale tutela effettiva e non soltanto teorica o di principio.

Il legislatore consente all'interessato o al suo difensore munito di procura speciale, di poter richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento.

Il magistrato di sorveglianza può *ordinare* l'ottemperanza, dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito e nominare, ove occorra, un commissario *ad acta*.

L'ottemperanza, laddove si faccia questione di diritti non è una novità nel nostro ordinamento, si tratta di uno strumento già utilizzabile a tutela dei diritti per dare esecuzione al giudicato del giudice civile e regolamentato dal codice del processo amministrativo. Quella che invece è una novità assoluta è che lo strumento dell'ottemperanza viene, per la prima volta, attribuito ad un giudice della giurisdizione ordinaria (il magistrato di sorveglianza). Inoltre, appare anche questa una novità, lo

strumento dell'ottemperanza è attribuito allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento ("possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento").

Su quest'ultimo punto non si vede perché il giudice, per ragioni di economia, non possa da subito ordinare l'ottemperanza senza attendere il relativo ricorso; trattandosi dello stesso giudice, appare evidente l'anomalia della norma.

Il giudizio di ottemperanza è un istituto tipico della giustizia amministrativa di cui finora si è fatto uso esclusivo nell'ambito della giurisdizione amministrativa anche quando si è trattato della tutela dei diritti soggettivi. Per la prima volta dunque uno strumento tipico della giustizia amministrativa viene attribuito ad un giudice ordinario; finora è successo il contrario ossia che strumenti della giustizia ordinaria civile, fossero estesi o previsti anche per il miglior funzionamento della giustizia amministrativa¹³⁷.

Sembra quindi che effettivamente il legislatore attingendo alle più felici esperienze del processo amministrativo abbia voluto imprimere una "sterzata" ad un settore nel quale si registrava un *deficit* di tutela¹³⁸; in un settore che nulla ha a che vedere con i "classici" settori d'intervento della giustizia amministrativa, quello dei diritti dei detenuti e degli internati.

Ci si interroga, tuttavia, sul perché, una volta introdotto e messo a disposizione del giudice ordinario lo strumento dell'ottemperanza, il legislatore non abbia fatto richiamo alle ulteriori norme e agli ulteriori poteri concessi dal codice del processo amministrativo al giudice (amministrativo) dell'ottemperanza.

Il riferimento è all'art. 114 comma 4 lettera e del c.p.a. secondo cui la parte ricorrente può richiedere, oltre alla nomina del commissario *ad acta*, anche la fissazione della "somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato", statuizione che costituisce titolo esecutivo, ai sensi dello stesso art. 114 co. 4 lett. e) del c.p.a..

La suddetta norma ha comportato una rilevante innovazione per la giustizia amministrativa; con essa è stato introdotto, anche nel processo amministrativo, l'istituto della cd. *astreinte*, di solito misura suasiva in presenza di obblighi di *facere* infungibili; nel processo civile il predetto istituto è regolato dall'art. 614-bis c.p.c., introdotto dall'art. 49 co. 1 l. 69/09.

Si tratta di una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario che mira a vincere la resistenza di chi deve adempiere, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice.

¹³⁷ Sono note, a tal proposito, le osservazioni di A.PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione* in F.I.,2009, V,369, secondo cui, tra l'altro, a seguito del trapianto nel processo amministrativo di alcuni degli strumenti processuali del processo civile, sorgerebbe spontanea la domanda del perché debbano continuare a coesistere, nello stesso ordinamento, per le controversie tra cittadini e p.a., due giurisdizioni che ormai trattano le controversie con procedure assai simili.

¹³⁸ RAFFAELE GRECO, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione dei poteri del giudice amministrativo* "www.giustizia-amministrativa.it".

La nomina del commissario *ad acta* e l'applicazione dell'*astreinte* sono mezzi di tutela diversi perché mentre l'*astreinte* è un mezzo di coercizione indiretta (la dottrina ha parlato, al riguardo, di modello "compulsorio"¹³⁹), la nomina del commissario *ad acta* – che provvede in luogo dell'Amministrazione – comporta una misura attuativa del giudicato ispirata ad una logica differente (quella di nominare un diverso soggetto, tenuto a provvedere al posto della p.a.: la dottrina ha parlato, al riguardo, di modello di "esecuzione surrogatoria"¹⁴⁰).

Nell'ambito della tutela dei diritti dei detenuti e degli internati davanti al magistrato di sorveglianza, la parte vittoriosa può solo richiedere la nomina di un commissario *ad acta*.

Ne consegue l'assoluta particolarità del sistema penitenziario di tutela dei diritti che lo rende davvero speciale nel quadro dell'ordinamento giuridico nazionale. Tale specialità rende inesorabile il giudizio critico nei confronti del sistema di tutela; si è voluto attribuire la tutela di posizioni soggettive in ambito amministrativo, ad un giudice ordinario, senza attribuirgli i poteri del giudice amministrativo che necessiterebbero per dare compiuta tutela a tali posizioni.

Siamo di fronte ad una soluzione che continua a caratterizzarsi per le innegabili limitazioni di tutela e da un grado di effettività della tutela meno avanzato rispetto a quello assicurato o assicurabile dal giudice amministrativo e dallo stesso giudice civile attraverso gli strumenti cautelari.

Il rafforzamento dello strumento del reclamo non è stato accompagnato da un effettivo rafforzamento del sindacato del giudice di sorveglianza mentre, sarebbe stato, come in effetti deve ritenersi che sia più logico, ricondurre l'Amministrazione penitenziaria al giudice amministrativo, che è il giudice più attrezzato a sindacare gli atti e i comportamenti della p.a.; è necessario in definitiva prendere atto della realtà delle cose e del carattere amministrativo dell'organizzazione penitenziaria e coerentemente attribuire la tutela giurisdizionale dei diritti, al giudice meglio attrezzato a sindacare gli atti delle Autorità amministrative¹⁴¹.

¹³⁹ A.S.AMODIO, *Ottemperanza-"le astreintes"*, libro dell'anno del diritto (2013) in "www.treccani.it".
M.LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *www.federalismi.it*, 2010, 40 ss.;
L.VIOLA, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2011, 2, 159.

¹⁴⁰ A.S.AMODIO, *Ottemperanza-"le astreintes"*, libro dell'anno del diritto (2013) cit..

¹⁴¹ In tal senso, si rimanda a L.VIOLA, *La diversa impostazione del giudice amministrativo francese: analisi di un caso giurisprudenziale*, cit. in "www.giustizia-amministrativa.it".