



**LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI DEI DETENUTI:
UN PROBLEMA DI EFFETTIVITÀ*
(CON POSTILLA DI MARCO RUOTOLO)**

di

Giulia Boldi

*(Dottoranda in Giurisprudenza,
Università Roma Tre)*

20 marzo 2013

Il 7 marzo 2012, con l'ordinanza n. 46/2012, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato dal Magistrato di sorveglianza di Roma nei confronti del Ministero della Giustizia. Tale conflitto è stato promosso dal suddetto Magistrato al fine di ottenere la dichiarazione, ai sensi degli artt. 2, 3, 24, 110 e 113 della Costituzione, che non spetta al Ministro in questione - né ad altro organo di Governo - *“disporre che non venga data esecuzione ad un provvedimento del Magistrato di sorveglianza, assunto a norma degli articoli 14-ter, 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), con il quale sia stato dichiarato, in via definitiva, che un determinato comportamento dell'Amministrazione penitenziaria è lesivo di un diritto del detenuto reclamante”*.

L'ammissibilità della questione è stata valutata dalla Consulta sia sotto il profilo soggettivo, stante la legittimazione attiva dell'Ufficio del Magistrato di sorveglianza e quella passiva del

* Articolo sottoposto a referaggio.

Ministero della giustizia¹, sia sotto il profilo oggettivo, avendo il conflitto ad oggetto *“una lesione per menomazione delle attribuzioni costituzionalmente riconosciute al potere giudiziario, avuto riguardo in particolare alla magistratura di sorveglianza quale titolare della giurisdizione in materia di diritti dei detenuti e di eventuali loro violazioni ad opera dell’Amministrazione penitenziaria”*.

La questione portata all’attenzione della Corte costituzionale attiene al problema forse maggiore che si pone in tema di tutela dei diritti dei reclusi, ovvero quello relativo alla sua effettività – circa, cioè, l’attuazione delle decisioni del magistrato di sorveglianza – che si riverbera sulla consistenza stessa dei diritti.

Nel caso in esame, di fronte ad un provvedimento del Direttore generale del Ministero della Giustizia che disponeva, all’interno della casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, la preclusione per tutti i detenuti in regime di 41-bis Ordinamento Penitenziario della visione dei canali televisivi “Rai sport” e “Rai storia”, uno dei detenuti interessati aveva proposto reclamo al Magistrato di sorveglianza, il quale aveva ritenuto il provvedimento lesivo di un diritto soggettivo del detenuto di rilievo costituzionale (e segnatamente il diritto all’informazione), e disposto il suo annullamento con l’ordine di ripristinare la situazione antecedente allo stesso. Il Magistrato aveva ritenuto, infatti, che una tale posizione di diritto soggettivo non potesse essere compressa sulla base di una generica “potestà organizzativa”, ma semmai limitata solo in virtù dell’esigenza di evitare il rischio che attraverso il canale televisivo potessero giungere ai detenuti – ristretti in un regime, quello *ex art. 41-bis O.P.*, pensato per evitare quanto più possibile qualsiasi contatto con l’organizzazione criminale – messaggi provenienti dall’esterno², rischio però non sussistente nella fattispecie in esame.

L’ordinanza contenente l’ordine di ripristinare la situazione antecedente al reclamo³ era stata comunicata all’amministrazione, che aveva lasciato che il provvedimento divenisse definitivo non proponendo ricorso in Cassazione nei 10 giorni previsti *ex art. 71-ter* dell’Ordinamento Penitenziario. L’amministrazione penitenziaria non aveva però proceduto alla riattivazione del segnale dei canali, tanto che il detenuto interessato aveva proposto un ulteriore reclamo al fine di ottenere l’accesso effettivo alle relative trasmissioni. Dall’istruttoria condotta dal Magistrato di sorveglianza era infatti emerso come il Ministro della Giustizia, su proposta del

¹ A tal riguardo vengono citati alcuni precedenti (ordinanze nn. 184 del 1992 e 112 del 2003), anche in rapporto a conflitti specificamente concernenti la Magistratura di sorveglianza (ordinanza della Corte costituzionale n. 183 del 1993).

² Nella fattispecie sms del pubblico trasmessi in sovraimpressione.

³ Ord. n. 3031 del 9 maggio 2011.

Capo del DAP, avesse disposto con decreto del 14 luglio 2011 la “non esecuzione” del provvedimento giudiziale adottato in esito al primo reclamo.

Tuttavia, come si legge nel ricorso introduttivo del conflitto, sarebbe impossibile trovare all’interno del suddetto decreto ministeriale *“un’esaustiva giustificazione di una situazione di impossibilità, naturalistica o giuridica, di esecuzione dell’ordinanza del giudice”*. Il ricorrente ritiene, infatti, che l’incongruenza e la pretestuosità degli argomenti addotti a supporto del provvedimento ministeriale impugnato⁴ fanno ritenere che *“esso non sia altro che un’espressa manifestazione della volontà di non adempiere il provvedimento giurisdizionale”*. Al contrario, l’orientamento costante della giurisprudenza a cui ha dato inizio la sent. 26 del 1999 della Corte cost. ha sempre considerato vincolante la natura dei provvedimenti della Magistratura di sorveglianza, in virtù di una “costituzionale” esigenza di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Come già detto, la questione è di grande rilievo. Sul punto è stato infatti osservato come in materia di carcere, ed in particolare di diritti dei detenuti, sia necessario superare alcuni pregiudizi⁵. Innanzitutto, che in nome di una ineluttabile esigenza di sicurezza, i diritti di chi ha infranto la legge possano essere compressi più di quanto la condizione detentiva già di per sé non comporti. Questo bisogno può infatti essere soddisfatto molto più efficacemente attraverso delle politiche penali e penitenziarie che esaltino e proteggano i diritti fondamentali dentro al carcere (si pensi ai tassi di recidiva più bassi dei detenuti che lavorano o che beneficino di misure alternative alla detenzione), e fuori, combattendo l’emarginazione e l’esclusione sociale delle fasce più deboli della collettività.

In secondo luogo, ulteriore pregiudizio da scardinare è quello che ritiene esistente un rapporto di completa soggezione che lega il detenuto all’istituzione carceraria: come è stato efficacemente osservato, infatti, «potremo dire di aver raggiunto la pienezza della garanzia costituzionale della libertà e della personalità umana, quando si sarà del tutto cancellato il convincimento che la sospensione delle libertà per effetto della carcerazione comporti anche

⁴ Argomenti che rimandano a difficoltà esecutive come il dover incorrere in “costosi interventi” per il ripristino (quando si tratterebbe di ripristinare un assetto che era già in vigore nell’Istituto e che era quindi possibile lasciare intatto o riprodurre senza incorrere in alcuna spesa), e a generiche esigenze di “parità di trattamento” rispetto agli altri detenuti costretti nello stesso regime speciale (argomentazione contraddetta dallo stesso provvedimento che, in diversa parte della motivazione, sottolineava come l’ordinanza del Magistrato di sorveglianza non potesse essere eseguita per una persona sola).

⁵ Cfr. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Roma, 2011, 81.

la sottoposizione del condannato a regole speciali, che vogliono la sua completa soggezione non solo a tali regole, ma anche a coloro che le fanno rispettare»⁶.

Il problema deve essere affrontato volgendo lo sguardo alla Costituzione repubblicana, e alla particolare tutela da essa accordata alla persona umana e ai suoi diritti; nella stessa ottica, la legge 354 del 1975 attribuisce piena centralità alla figura del detenuto, riconoscendogli tutta una serie di situazioni soggettive che corrispondono ai valori tutelati dalla carta costituzionale.

Ma, una volta individuati questi diritti (individuazione in cui la normativa penitenziaria risulta comunque, tutt'ora, non del tutto soddisfacente), il successivo problema che si pone riguarda la loro tutela. L'ordinamento prevede diversi schemi attraverso cui questa può essere assicurata⁷: in primo luogo, prefigura in capo ai soggetti ristretti molteplici situazioni giuridiche soggettive che si configurano esattamente alla stessa stregua di quelle delle persone libere, godendo quindi della stessa tutela. L'art. 4 della legge 354/1975 prevede, infatti, che "i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge, anche se si trovano in stato di interdizione legale". Si pensi, ad esempio, alla lesione di interessi patrimoniali avvenuta fuori dal carcere, o al danno biologico patito per effetto di cure mediche negligenti subite durante il periodo della detenzione. In questi casi, la tutela giurisdizionale seguirà le forme ordinarie⁸ anche per i detenuti. E, del resto, non potrebbe essere altrimenti.

⁶ BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 355. La Corte costituzionale, nella sent. 26/'99, ha sancito che "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti".

⁷ Sul tema si veda, in generale, PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, 2002

⁸ Sotto questo aspetto è molto interessante osservare come anche le valutazioni legate alla tutela ordinaria non siano rigidamente ancorate a canoni invariabili. Esempiare in questo senso è la questione che ha avuto riguardo ai crediti vantati dal lavoratore detenuto nei confronti del datore di lavoro. L'art. 1 della legge n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini) sembrava negare la possibilità che per la loro tutela potesse essere adito il giudice ordinario. Questo infatti aveva modificato l'art. 69 O.P. riguardante "*funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza*", prevedendo che quest'ultimo decidesse con ordinanza impugnabile per cassazione sui reclami dei detenuti concernenti l'osservanza delle norme che riguardassero la qualifica lavorativa, la mercede o lo svolgimento delle attività di lavoro. Questo articolo faceva rinvio al procedimento *ex art. 14-ter* sui reclami in generale, procedimento che consentiva al reclamante esclusivamente di presentare memorie a sostegno delle proprie tesi, ma non di partecipare all'udienza, e che non consentiva invece all'amministrazione di assumere la veste di parte. A ciò si deve aggiungere l'impossibilità per il magistrato di sorveglianza di emettere condanne. Questa competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza sulle controversie in materia di lavoro carcerario aveva portato parte della dottrina a sollevare dubbi circa la sua legittimità costituzionale, soprattutto con riguardo all'art. 111 Cost. che prescrive la necessaria effettività del contraddittorio tra le parti. La Corte costituzionale, con sentenza n. 341 del 2006, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69 per violazione degli articoli 24, 11 e 3 Cost., nella parte in cui prevedeva questa competenza esclusiva, e sancendo l'illegittimità di ogni "irrazionale, ingiustificata discriminazione" tra detenuti e persone libere in materia di rapporti di lavoro. E' appena il caso di notare che il rito ordinario comporta, oltre ad una reale possibilità di contraddittorio, anche la provvisoria

Rispetto a situazioni diverse dal genere di quelle menzionate, occorre preliminarmente considerare che tutto ciò che attiene alle condizioni detentive inerenti il trattamento penitenziario, in ossequio al principio della funzione rieducativa della pena, è sempre demandato alla cognizione della magistratura di sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti (in particolare a nulla rilevando la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi), ed a prescindere dagli strumenti processuali disponibili. Venendo alle ipotesi normative, a fianco delle posizioni suscettibili di tutela ordinaria, il legislatore dell'ordinamento penitenziario e della legge Gozzini ha configurato anche altre possibilità. E' innanzi tutto previsto un procedimento intermedio - disciplinato dagli artt. 69 O.P. quanto a materia⁹, e 14-ter¹⁰ e 71 e ss. O.P. quanto a procedura -, che consiste in una procedura semplificata, in cui il contraddittorio si attua mediante il deposito di memorie, rimanendo esclusa la partecipazione fisica dell'interessato all'udienza; il giudizio termina con

esecutorietà della sentenza del giudice del lavoro (negata all'ordinanza del magistrato di sorveglianza), e il doppio grado di giudizio di merito.

⁹ Art. 69 O.P., *“Funzioni e provvedimenti del magistrato di sorveglianza”*: 1. Il magistrato di sorveglianza vigila sulla organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena e prospetta al ministro le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativo.

2. Esercita, altresì, la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti.

3. Sovrintende all'esecuzione delle misure di sicurezza personali.

4. Provvede al riesame della pericolosità ai sensi del primo e secondo comma dell' articolo 208 del codice penale , nonché all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza. Provvede altresì, con decreto motivato, in occasione dei provvedimenti anzidetti, alla eventuale revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza di cui agli articoli 102, 103, 104, 105 e 108 del codice penale.

5. Approva, con decreto, il programma di trattamento di cui al terzo comma dell'articolo 13, ovvero, se ravvisa in esso elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato, lo restituisce, con osservazioni, al fine di una nuova formulazione. Approva, con decreto, il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno. Impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati.

6. Decide con ordinanza impugnabile soltanto per cassazione, secondo la procedura di cui all'articolo 14-ter, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti:

a) l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali;

b) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa.

7. Provvede, con decreto motivato, sui permessi, sulle licenze ai detenuti semiliberi ed agli internati, e sulle modifiche relative all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare.

8. Provvede, con ordinanza, sulla remissione del debito di cui all'articolo 56 della presente legge e sui ricoveri di cui all' articolo 148 del codice penale .

9. Esprime motivato parere sulle proposte e le istanze di grazia concernenti i detenuti.

10. Svolge, inoltre, tutte le altre funzioni attribuitegli dalla legge".

¹⁰ Art. 14-ter ord. penit.: “1. Avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

2. Il tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo.

3. Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie.

4. Per quanto non diversamente disposto si applicano le disposizioni del Capo secondo-bis del Titolo secondo.”

un'ordinanza ricorribile per Cassazione. Tale rito è intermedio, perché collocato a metà tra la tutela giurisdizionale ordinaria e il c.d. procedimento *de plano* per i reclami generici di cui all'art. 35 O.P., che si svolge senza formalità di rito. L'istituto previsto in quest'ultimo caso costituisce una sorta di "segnalazione"¹¹ al Magistrato di sorveglianza priva di qualsiasi natura giurisdizionale, che si risolve esclusivamente nell'adozione di quelle generiche "disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati" di cui al comma 5 dell'art. 69 O.P.

Questo istituto ha destato alcune perplessità, in particolare rispetto ai reclami che avessero ad oggetto la lesione di diritti dei detenuti in materie diverse da quelli previste ex art. 69 O.P. da parte dell'amministrazione penitenziaria, a causa della mancanza di una qualsivoglia garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa. Su questo punto è intervenuta la Corte costituzionale con la già richiamata sentenza n. 26 del 1999. Essa, sulla base del sillogismo per cui ad ogni posizione giuridica meritevole di tutela deve corrispondere una tutela di natura giurisdizionale, ha dichiarato incostituzionali gli artt. 35 e 69 della legge 354 del 1975 nella parte in cui non prevedevano tale garanzia "*nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale*". Con tale sentenza la Consulta ha inteso esprimere un monito nei confronti del legislatore, non indicando compiutamente la procedura alternativa da adottare, ma limitandosi ad affermare l'esistenza di una vasta gamma di possibilità "relative all'individuazione sia del giudice competente sia delle procedure idonee". Davanti all'inerzia del legislatore ad operare questa scelta, decisivo è stato l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹², che, nella sent. n. 25079 del 26 febbraio 2003, hanno esteso a questi reclami l'applicazione della procedura di cui all'art. 14-ter O.P, ritenuta idonea alla risoluzione di controversie incidenti su diritti dei detenuti in quanto avente natura di procedimento giurisdizionale.

Le questioni interpretative sorte a seguito di tale pronuncia delle Sezioni Unite hanno riguardato principalmente un interrogativo lasciato aperto dalla sentenza 26/99 della Corte costituzionale, ovvero quali siano i limiti della tutelabilità delle posizioni giuridiche dei detenuti su cui incide l'attività dell'amministrazione penitenziaria. Dall'analisi della citata sentenza 25079 del 2003 si evince che una situazione giuridica soggettiva attiva in capo ai ristretti può essere riconosciuta unicamente nel caso in cui gli stessi siano titolari di un

¹¹ Così MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, in *Ristretti.it*, 2005, 3.

¹² Nella sentenza si legge che soluzioni diverse da questa, in particolare quelle che prevedessero la partecipazione dell'interessato, costituirebbero "un modello esorbitante la necessaria semplificazione della procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale prevista dal codice di procedura penale".

interesse qualificato rispetto ad un *facere* dell'amministrazione. Al contrario, di fronte ad atti di normazione generale solo attuativi di quanto disposto dall'ordinamento penitenziario, ovvero riconducibili alla discrezionalità o ancora alla potestà organizzativa dell'amministrazione non incidente sui diritti dei detenuti, questa tutela dovrà escludersi, altrimenti configurandosi un'attività sostitutiva del giudice nella normale gestione della vita dell'istituto (cosa che comporterebbe il rischio di immobilizzare qualsiasi attività). In altre parole, la linea di confine tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa sembra doversi individuare nelle aspettative di mero fatto dei detenuti: la suddetta procedura non appare azionabile a fronte di doglianze che non coinvolgano una lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative. Per queste ultime, al limite, rimarrà utilizzabile la via, interamente amministrativa, prevista dall'art. 35 O.P.¹³

Una volta delineati i rimedi previsti dal nostro ordinamento in caso di comportamenti lesivi provenienti dall'amministrazione penitenziaria, occorre sottolineare come la principale ragione dell'inefficacia pratica della tutela prevista dai suddetti artt. 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario risiede nel fatto che le decisioni assunte dal magistrato di sorveglianza, se pur vincolanti per le parti e per l'amministrazione stessa¹⁴, siano del tutto sprovviste di strumenti che ne garantiscano l'esecuzione in forma coattiva in caso di inottemperanza. Deve escludersi, infatti, la possibilità che l'atto dichiarato illegittimo possa essere annullato con il medesimo provvedimento del giudice di sorveglianza, non rinvenendosi in questo senso alcuna disposizione di legge. D'altra parte, la mera disapplicazione avrebbe efficacia soltanto tra le parti del giudizio, e a nulla varrebbe di fronte al caso in cui l'amministrazione non dovesse uniformare la propria condotta al rispetto di quanto disposto (ad esempio non porterebbe a nulla, per l'interessato, vedersi riconosciuto il diritto al colloquio con un familiare davanti alla persistente negazione dell'autorizzazione all'ingresso di quest'ultimo da

¹³ V. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività*, cit., 6

¹⁴ A tal proposito la si è espressa recentemente la sentenza n. 266 del 2009 della Corte Costituzionale. Questa, dichiarando inammissibile una questione di legittimità costituzionale degli articoli 35, 14-ter e 71 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sollevato da un magistrato di sorveglianza a proposito del sistema di tutela dei diritti di un detenuto in regime di 41-bis, rispetto al carattere vincolante per l'amministrazione dei provvedimenti del magistrato, ha affermato che l'art. 69 O.P. «*dispone, nel quinto comma (ultimo periodo), che il magistrato di sorveglianza "impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati"*. La parola *disposizioni*, nel contesto in cui è inserita, non significa *segnalazioni* (tanto più che questa modalità d'intervento forma oggetto di apposita previsione nel primo comma dell'art. 69), ma *prescrizioni od ordini*, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue». Così facendo, la Consulta sembra attribuire alle pronunce del magistrato di sorveglianza - oltre all'effetto di obbligare l'amministrazione ad adeguarsi ad esse - natura dichiarativa: il provvedimento del magistrato di sorveglianza, previo accertamento dei fatti e dell'eventuale lesione di un diritto, dovrebbe limitarsi a dichiarare l'illegittimità di una certa situazione, senza effetti dal punto di vista esecutivo, ma impartendo esclusivamente «*prescrizioni e ordini*». Questi ultimi dovranno essere senz'altro eseguiti dall'amministrazione, rimanendo tuttavia ancora incerto il rimedio adottabile in caso di inottemperanza.

parte dell'amministrazione). Nello stesso modo sarebbe da escludere che il magistrato possa pronunciare una condanna, magari assistita da sanzioni, per il caso di inottemperanza: l'attuale procedura prevista per il reclamo davanti al MdS non garantisce infatti un livello di contraddittorio sufficiente, sotto il profilo del diritto di difesa, a sostenere una pronuncia di tale genere¹⁵.

In dottrina sono state prospettate soluzioni tra loro molto diverse a tale problematica. La più incisiva è sicuramente quella di ritenere che l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza e le direttive in essa contenute si sostituiscano a quelle dei vertici dell'Amministrazione, con conseguente immediato obbligo, posto a carico degli operatori penitenziari, di attuare la decisione disapplicando gli eventuali ordini contrari¹⁶. *De jure condendo*, è stata ravvisata la necessità di implementare il ruolo del MdS, pensando di strutturare tale giurisdizione sul modello di quella esclusiva del Giudice Amministrativo, con conseguente competenza di quest'ultimo in ordine all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo e al conseguenziale risarcimento patrimoniale.

Ancora, diversa dottrina muovendo dalla recente pronuncia della Consulta che ribadisce la vincolatività dei provvedimenti di sorveglianza¹⁷, ha ravvisato nell'art. 328¹⁸ del codice penale (che prevede la fattispecie di "Rifiuto di atti d'ufficio") la conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo da parte dell'amministrazione. Altra parte sottolinea invece come rimangano in realtà incerti i meccanismi operativi attraverso i quali realizzare l'adeguamento dell'attività amministrativa agli effetti prodotti dal provvedimento giudiziario. Secondo tale interpretazione, con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 328 c.p., si imporrebbe una valutazione dei presupposti necessari affinché si possa ritenere integrato il delitto di rifiuto di atti d'ufficio. Per prima cosa, sembra doversi escludere la configurabilità del primo comma, in assenza del requisito delle "ragioni di giustizia" che, per giurisprudenza costante, devono intendersi esclusivamente inerenti la funzione giudiziaria. In secondo luogo,

¹⁵ Così FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, 2810 ss.

¹⁶ Così FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit. In questa ricostruzione i vertici dell'Amministrazione le cui direttive sarebbero disapplicate si porrebbero come commissari *ad acta* individuati dalla legge, incaricati dell'esecuzione del contenuto della pronuncia.

¹⁷ la citata sent. n. 266 del 2009.

¹⁸ Art. 328 c.p., "*Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*": "1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. 2. Fuori dei casi previsti dal primo comma il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

per atto d'ufficio che “per ragioni di giustizia” deve essere compiuto “senza ritardo” - al pari di quanto previsto dall'art. 650 c.p. – dovrebbe «intendersi qualunque provvedimento o ordine autorizzato da una norma giuridica per la pronta attuazione del diritto obiettivo e diretto a rendere possibile o più agevole l'attività del giudice, del pubblico ministero, o degli ufficiali di polizia giudiziaria»¹⁹. Peraltro, occorrerà verificare che l'obbligo di compiere l'atto non invada una sfera attinente alla discrezionalità della P.A., come l'esistenza dell'elemento soggettivo, ovvero la consapevolezza e volontà di ritardare l'atto e di farlo in violazione di un dovere imposto.

Quest'ultima ricostruzione ritiene dunque che il mancato rispetto delle determinazioni adottate dal magistrato di sorveglianza in esito al procedimento per reclamo esponga l'amministrazione esclusivamente a conseguenze sul piano politico, «finendo per certificare l'inadeguatezza dell'azione amministrativa al perseguimento di finalità imposte dalla legge dello Stato»²⁰.

Tale conclusione non può però considerarsi accettabile. Peraltro, di recente, autorevole dottrina²¹, pur continuando a ritenere del tutto auspicabile un intervento del legislatore, ha rinvenuto nel sistema vigente uno strumento che potrebbe provvisoriamente colmare la lacuna in materia. Tale funzione potrebbe essere infatti svolta dall'art. 112, comma 2, lett. d) del codice del processo amministrativo (d.lgs n. 104 del 2010), a norma del quale “l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione”.

Rispetto a tale eventuale rimedio, resta fermo quanto già in precedenza esposto circa l'inidoneità del procedimento ex art. 14-ter O.P. ad integrare un adeguato contraddittorio tra le parti, e quindi a costituire una premessa valida per sostenere una condanna. Tuttavia, si ritiene che la necessità che l'ordinanza emessa all'esito di tale procedimento vada comunicata all'amministrazione, e la sua ricorribilità in cassazione, consentono forse di poter considerare positivamente l'ipotesi di applicabilità dell'art. 112 c.p.a.

Ad ulteriore dimostrazione del rilievo assunto dalla questione e della impellente necessità di un'azione del legislatore in materia di tutela giurisdizionale dei detenuti, appare opportuno

¹⁹ Così FALZONE, *La sentenza n. 266/2009 della corte costituzionale: è innovativa dell'attuale sistema di tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 121.

²⁰ V. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rassegna penit. e criminol.*, n. 3 del 2007.

²¹ V. RUOTOLO, *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Decisioni della Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, II, 679 ss.

accennare a quanto sul punto è emerso nella pronuncia di condanna nei confronti dell'Italia emanata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo l'8 gennaio 2013²². Con questa sentenza pilota - emessa ai sensi dell'art. 46 della Convenzione sui diritti dell'uomo²³ -, la Corte EDU è nuovamente intervenuta in materia di sovraffollamento carcerario, dichiarando come questo rappresenti un problema strutturale del nostro sistema penitenziario che ha portato, nei casi oggetto dei ricorsi, alla violazione dell'art. 3 della CEDU. Nel pronunciarsi sull'eccezione di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne sollevata dal Governo italiano, il Collegio ha sottolineato come queste ultime, per integrare l'obbligo previsto dall'art. 35 CEDU, debbano esistere con un sufficiente grado di certezza non solo nella teoria, ma anche nella pratica, mancando altrimenti dell'effettività e dell'accessibilità prescritte dalla Convenzione. Nelle motivazioni della sentenza, la Corte osserva di aver constatato che *“il solo ricorso indicato dal governo convenuto nelle presenti cause che possa migliorare le condizioni detentive denunciate, vale a dire il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza in virtù degli articoli 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario, è un ricorso accessibile, ma non effettivo nella pratica, dato che non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione”*. Questo è tanto più vero, secondo l'opinione della Corte, se si considerano le dimensioni endemiche (e non soltanto circoscritte al caso concreto) che il fenomeno del sovraffollamento ha assunto, che possono ritenersi sintomatiche della difficoltà delle autorità penitenziarie italiane ad eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza.

Come si evince dall'analisi di tale pronuncia, nonché della recente vicenda giudiziaria che ha portato alla pronuncia dell'ord. n. 46 del 2012, la questione è di grande attualità, e del tutto irrisolta. L'esito del conflitto di attribuzioni dichiarato ammissibile nel marzo scorso potrebbe forse essere un'occasione per delineare ulteriormente le soluzioni a questo problema, attraverso l'indicazione, da parte della Consulta, degli effetti della già accertata obbligatorietà delle decisioni di tale giudice (cfr. sent. 266/2009), nonché degli strumenti attraverso i quali

²² Causa Torreggiani ed altri c. Italia, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10.

²³ Una sentenza pilota è uno strumento (codificato nell'art. 61 del Regolamento della Corte, in vigore dal 31 marzo 2011) attraverso il quale la Corte accerta l'esistenza di un problema strutturale all'origine di alcune violazioni – problema che comporta l'effettiva possibilità che siano presentati al suo esame nuovi ricorsi in casi analoghi –, e successivamente indica allo Stato convenuto le misure o azioni particolari che questo dovrà adottare per porvi rimedio, e il termine entro il quale farlo. Ai sensi dell'art. 46 CEDU *“Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione”*. Questo articolo crea, in capo allo Stato convenuto, *“l'obbligo giuridico di porre in atto [...] le misure generali e/o individuali che si rendano necessarie per salvaguardare il diritto del ricorrente di cui la Corte ha constatato la violazione. Misure di questo tipo devono essere adottate anche nei confronti di altre persone nella stessa situazione dell'interessato”* (sent. 8 gennaio 2013, causa Torreggiani e altri c. Italia).

ottenerla. Questo a maggior ragione di fronte al persistere di un atteggiamento inerte dell'amministrazione dinanzi a tali pronunce.

In conclusione, occorre comunque precisare che il 31 gennaio 2012 la Direzione dell'Amministrazione penitenziaria ha emanato una nota con la quale ha consentito ai detenuti in regime di 41-*bis* la visione di tutti i canali Rai, compresi quelli oggetto del ricorso. Tuttavia, la circostanza che la questione riguardi genericamente il problema della vincolatività dei provvedimenti di sorveglianza non ha fatto venir meno l'interesse a ricorrere, non avendo tale ultimo provvedimento dell'amministrazione dissuaso il Magistrato di sorveglianza dal depositare in Corte Costituzionale il ricorso per conflitto d'attribuzioni.

* * *

POSTILLA. LA POSSIBILE INCIDENZA DELLA GIURISPRUDENZA SOPRAVVENUTA ALLA PROPOSIZIONE DEL RICORSO (CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, SENT. 8 GENNAIO 2013, E CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE PRIMA PENALE, SENT. 30 GENNAIO 2013)

di

Marco Ruotolo

*(Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università Roma Tre)*

L'amministrazione penitenziaria può non ottemperare ad una decisione del magistrato di sorveglianza che abbia rilevato, in via definitiva, la lesione di un diritto del detenuto? La Corte costituzionale dovrà rispondere a questa domanda, ricercando la soluzione alla luce di sue precedenti decisioni (in particolare n. 26 del 1999 e n. 266 del 2009). Agli argomenti desumibili dalla pregressa giurisprudenza costituzionale, riguardanti la indubbia giurisdizionalità della procedura di reclamo attualmente regolata dagli artt. 69 e 14-ter della legge n. 354 del 1975 e il carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria delle "disposizioni" impartite dalla magistratura di sorveglianza all'esito dei giudizi di cui sopra, si aggiunge, ora, il "monito" della Corte europea dei diritti dell'uomo per l'adozione di rimedi giurisdizionali che assicurino una tutela effettiva dei diritti dei detenuti: "anche ammesso che esista una via di ricorso riguardante l'esecuzione delle ordinanze dei magistrati di sorveglianza, ... non si può pretendere che un detenuto che ha ottenuto una decisione favorevole proponga ripetutamente ricorsi al fine di ottenere il riconoscimento dei suoi diritti

fondamentali a livello dell'amministrazione penitenziaria" (Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, §53).

Si tratta di un punto importante, sopravvenuto rispetto a quelli già esaminati in un mio precedente commento all'ordinanza che ha dichiarato ammissibile il conflitto (M. Ruotolo, *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. Cost.*, 2012, 684 ss.) e giustamente messo in rilievo nella nota di Giulia Boldi. La risposta alla domanda circa la possibilità o meno per l'amministrazione penitenziaria di disattendere le decisioni della magistratura di sorveglianza, già ricavabile dalla pregressa giurisprudenza costituzionale, è dunque, ora, in un certo senso, "suggerita" anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ed è una risposta che potrebbe pure trascendere il caso specifico ove la Corte costituzionale, non limitandosi a dichiarare fondato il ricorso, inviti il legislatore a predisporre strumenti idonei ad assicurare l'effettività delle decisioni del magistrato di sorveglianza aventi per oggetto i diritti dei detenuti, magari individuando come possibile, transitorio, rimedio quello "residuale" di cui all'art. 112, comma 2, lett. d), del codice del processo amministrativo ("l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati *per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza*, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione").

Per "sfuggire" alla risposta – non già per darne una di segno contrario, che pare davvero insostenibile – si potrebbero prospettare due vie, entrambe, però, a mio giudizio, non percorribili.

La prima strada sarebbe quella del venire meno dell'interesse ad agire del ricorrente, in virtù della successiva nota dell'amministrazione penitenziaria che "concede" ai detenuti in regime di 41-bis la visione di tutti i canali tematici della Rai. È un argomento che, come ho già rilevato nel mio precedente commento (*op. cit.*, 691 s.), pare privo di consistenza, in quanto, tra l'altro, quella nota non vale come riconoscimento da parte del DAP circa la propria incompetenza a non eseguire il provvedimento giudiziale del Magistrato di sorveglianza ossia non vale a rispondere alla questione che il conflitto propone, riguardante la forza cogente dei provvedimenti giudiziali resi all'esito di reclami volti a far valere la lesione dei diritti dei detenuti.

La seconda strada potrebbe essere quella di provare a "dequalificare" la situazione giuridica soggettiva sottesa alla specifica decisione del magistrato di sorveglianza, seguendo un assai discutibile orientamento espresso di recente dalla Cassazione (Sezione prima penale, sent. n. 4772, ud. 15 gennaio 2013, depositata il 30 gennaio 2013), secondo il quale, poiché il reclamo

ex art. 35 ord. penit. riguarda i diritti, questo non sarebbe attivabile per “lamentele che non raggiungano tale livello (e la casistica è quanto mai ampia: *ad esempio la ricezione della televisione*)”. Questa apodittica affermazione è contenuta in una parentesi di una decisione della Cassazione nella quale è sancita la competenza della giurisdizione civile quanto al diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione di diritti fondamentali dei detenuti, nella specie consistiti nell’essere sottoposti a trattamenti degradanti perché ristretti in spazi angusti (art. 3 CEDU). La decisione non brilla né per forma (si parla in più momenti di “decisione della CEDU” anziché della Corte EDU e addirittura si qualificano i giudici della Corte di Strasburgo come “giudici comunitari”!) né per sostanza, almeno con riguardo alla sopra richiamata affermazione contenuta in parentesi, la quale, tuttavia, non dovrebbe avere riflessi sul conflitto che la Corte costituzionale è chiamata a risolvere. Sembra infatti scontato affermare che la Corte costituzionale non possa mettere in discussione – ancorché magari sollecitata in tal senso dalla difesa del Ministro della Giustizia – la qualificazione che il Magistrato di sorveglianza di Roma ha dato alla situazione giuridica soggettiva invocata dall’interessato: “vero e proprio diritto all’informazione, di rilievo costituzionale”, che trova specifica conferma nella legislazione sul trattamento penitenziario “laddove l’art. 18, comma 6, ord. penit., stabilisce che i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé quotidiani, periodici e libri, e di *avvalersi di altri mezzi di informazione*”. Non avrei dubbi sulla correttezza della qualificazione proposta dal Magistrato di sorveglianza, ma, ove pure così non fosse, non spetterebbe certo alla Corte costituzionale metterla in discussione, essendo questo argomento proponibile in sede di impugnazione dell’ordinanza mediante ricorso in cassazione da parte dell’amministrazione penitenziaria. Il che non è avvenuto e non potrà avvenire utilizzando impropriamente, su sollecitazione del resistente, la sede del conflitto di attribuzione come luogo per sindacare presunti *errores in iudicando*. Anche qui le indicazioni della giurisprudenza costituzionale non mancano, pure se riferite all’ipotesi, che potrebbe ritenersi inversa rispetto a quella di cui al presente giudizio, di ricorsi per conflitti originati da atti giurisdizionali: “il conflitto di attribuzione non può tradursi in strumento atipico di impugnazione dell’atto giurisdizionale giacché avverso gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni” (tra le molte, v. sentt. nn. 72 e 81 del 2012, ordd. n. 285 del 2011 e n. 284 del 2008).

Se la Corte costituzionale desse seguito all’eventuale sollecitazione della difesa del resistente volta a mettere in discussione la qualificazione come “diritto” che il magistrato di sorveglianza ha dato rispetto alla situazione lesa, il conflitto di attribuzione si trasformerebbe

appunto in strumento atipico di impugnazione, ossia, sostanzialmente, in quel ricorso per cassazione che l'amministrazione penitenziaria non ha voluto proporre e che poteva essere l'unica sede per valutare diversamente la situazione giuridica soggettiva oggetto di contestazione.

Residuerebbe, allora, come unico argomento a sostegno dell'infondatezza del ricorso, quello consistente nel rilievo per cui l'amministrazione penitenziaria non è parte nel procedimento per reclamo, che si svolge davanti al magistrato di sorveglianza con la sola partecipazione del difensore del detenuto e del pubblico ministero (sent. n. 266 del 2009, ord. n. 220 del 2010, ord. n. 56 del 2011) (v. artt. 14-ter, 35 e 69 ord. penit.). Ma, di là dal fatto, non secondario, che, nonostante la compressione di alcune garanzie, il predetto procedimento è stato anche di recente qualificato come "giurisdizionale" dalla Corte costituzionale (sent. n. 266 del 2009, ord. n. 220 del 2010, ord. n. 56 del 2011), occorre considerare che la mancata partecipazione dell'amministrazione penitenziaria è "compensata" dalla previsione per cui l'ordinanza del magistrato di sorveglianza deve esserle ritualmente comunicata al fine di consentirle il ricorso per cassazione nei dieci giorni previsti dall'art. 71-ter ord. penit. La previsione di questo "rimedio" è essenziale per poter prefigurare un obbligo di ottemperanza dell'amministrazione alla decisione del magistrato di sorveglianza, che diviene "definitiva", appunto, all'esito del giudizio della Cassazione o della manca impugnazione. D'altra parte, se così non fosse, l'amministrazione penitenziaria perderebbe, in un certo senso, l'interesse a ricorrere in cassazione, potendo il suo solo comportamento omissivo giustificare sempre la mancata esecuzione della decisione, resa, di fatto, non vincolante nei suoi confronti. La Corte costituzionale ha ora l'occasione di ribadire che così non è, per non privare di effettività la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e dunque anche per rispondere, *pro parte*, ai rilievi, in punto di rimedi "interni", operati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Torreggiani*.