

**LA SENTENZA N. 266/2009 DELLA CORTE
COSTITUZIONALE: È INNOVATIVA DELL'ATTUALE
SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI DEI DETENUTI?**

FEDERICO FALZONE*

1. Premessa

La sentenza n. 266/2009 della Corte costituzionale, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 35, 14 *ter* e 71 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di circuiti penitenziari, è stata da autorevole dottrina¹ definita «rivoluzionaria», tanto da «aprire nuove e insperate prospettive nella materia». Con il seguente contributo si intende analizzare il contenuto della sentenza in questione, che - si anticipa - non si ritiene innovativa rispetto all'attuale interpretazione dell'assetto normativo nella delicata materia della tutela dei diritti dei detenuti, ma confermativa dei principi già espressi dai precedenti interventi della Corte costituzionale e dell'applicazione degli stessi fornita dalla Corte di cassazione.

**2. La questione di legittimità rimessa alla Corte
costituzionale**

Il magistrato di sorveglianza di Nuoro, nel decidere due reclami secondo la procedura indicata dall'art. 14 *ter* della legge 354/1975 aventi ad oggetto la permanenza nel circuito detentivo c.d. E.I.V. - oggi alta sicurezza 1 a seguito della circolare ministeriale

* Magistrato. Direttore dell'Ufficio Studi, Ricerche, Legislazione e Rapporti internazionali del DAP.

¹ Cfr. A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività - una ordinanza "rivoluzionaria" della Corte costituzionale*, in questo numero della *Rassegna penit. e criminol.*

nr. 3619/6069 del 21/4/2009 - sollevava questione di legittimità costituzionale degli articoli 35, 14 *ter* e 71 della legge 354/1975 in riferimento agli articoli 3, 24, primo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, 111, primo e secondo comma, e 113 della Costituzione.

La questione posta alla Corte verteva sull'idoneità degli strumenti normativi a disposizione del magistrato di sorveglianza per decidere su eventuali lesioni di diritti per atti o fatti dell'Amministrazione concernenti l'assegnazione al circuito dell'alta sicurezza del detenuto in relazione al suo diritto alla rieducazione. Sul punto, nel testo della sentenza si legge: «il giudice *a quo* esponeva che le doglianze dei due detenuti riguardano il *regime* cui sono sottoposti e l'idoneità dello stesso a garantire il perseguimento del percorso di rieducazione, cui deve tendere l'esecuzione della pena, possibilmente attraverso strumenti adeguati alla sua realizzazione, come stabilito dall'art. 27, terzo comma, Cost.». Il riferimento al concetto di *regime* in relazione all'inserimento nel *circuito* dell'alta sicurezza è senz'altro erroneo e può aver ingenerato degli errori interpretativi per come, in seguito, verrà specificato.

3. L'esame dell'attuale assetto normativo e dell'interpretazione giurisprudenziale circa la tutela dei diritti dei detenuti

La Corte costituzionale compie, nel corpo della motivazione della sentenza, una ricognizione dell'attuale assetto inerente la tutela dei diritti dei detenuti, giudicandolo tutt'ora in linea con i principi costituzionali: ribadisce infatti l'impostazione formatasi a seguito degli interventi della stessa Corte costituzionale e della Corte di cassazione, che distinguono le ipotesi in cui le determinazioni che il magistrato di sorveglianza è chiamato ad adottare non esorbitano dall'ambito amministrativo, da quelle in cui è posta in discussione la concreta tutela di un diritto del detenuto che, pur trovandosi in stato di privazione della libertà personale, resta sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva. Vengono richiamati i precedenti della Corte stessa: la sentenza n. 212 del 1997, che già ebbe a porre in luce che «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»; e la nota sentenza n. 26 del 1999, ove, dopo aver rilevato che il procedimento instaurato attraverso l'esercizio del generico diritto di "reclamo", delineato nell'art. 35 dell'ordinamento penitenziario nonché nell'art. 70 del relativo regolamento di esecuzione, era privo dei requisiti minimi necessari per poterlo ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale, si osservò che nella normativa di settore mancava un rimedio giurisdizionale che potesse essere considerato di carattere generale. Pertanto, nel sollecitare il legislatore all'esercizio della funzione legislativa, dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge n. 354 del 1975, «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale».

La citata decisione 26/1999 enunciava, dunque, il principio secondo cui il rimedio previsto dagli articoli 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario avverso i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria potenzialmente lesivi dei diritti dei detenuti e degli internati, doveva essere trattato con le forme dei procedimenti giurisdizionali. Il Giudice delle Leggi, però, non forniva in quel contesto i possibili criteri discrezionali per distinguere le singole posizioni soggettive: quelle per cui è ammissibile il ricorso ad un procedimento con le caratteristiche della piena giurisdizione, e quelle aventi ad oggetto situazioni rispetto alle quali la compressione dello spazio di libertà è inevitabilmente connesso allo stato di detenzione ovvero dipende da aspetti connessi alla potestà organizzativa dell'Amministrazione penitenziaria. Oltre a sollecitare l'intervento del legislatore (finora mancato), con la sentenza 26 del 1999 veniva richiesto ai giudici di ricercare, con gli strumenti dell'interpretazione sistematica, una soluzione conforme a Costituzione. E ciò, a giudizio della Corte nella sentenza in esame, è avvenuto, perché «la Corte di cassazione, pronunciando a Sezioni unite penali, con sentenza del 26 febbraio 2003, n. 25079, decidendo sul contrasto giurisprudenziale insorto circa la natura del provvedimento del magistrato di sorveglianza reso ai sensi del citato articolo 35, ha affermato che, se un'interpretazione della normativa ordinaria conforme a Costituzione impone di rinvenire un mezzo di tutela definito dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi - proprio per le

esigenze di speditezza e semplificazione che devono distinguerlo, considerando le posizioni soggettive fatte valere - a quello di cui agli articoli 14 *ter* e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni». Se dunque il reclamo ex art. 35 dell'ordinamento penitenziario può risolversi in una mera segnalazione al magistrato di sorveglianza che non conduce a un vero e proprio procedimento giurisdizionale, non altrettanto può dirsi della procedura indicata dagli articoli 14 *ter* e 69 dell'ordinamento, utili e idonei alla risoluzione di controversie incidenti su diritti dei detenuti.

Le questioni interpretative sorte all'indomani della citata pronuncia delle Sezioni Unite hanno riguardato principalmente i limiti della tutelabilità delle situazioni di interesse riferibili ai detenuti sulle quali incida l'esercizio di potestà amministrative di tipo organizzatorio, al fine di stabilire se tra esse rientrino, accanto ai diritti soggettivi, anche altre posizioni giuridiche soggettive attive, come gli interessi legittimi. Al riguardo giova evidenziare come la già citata sentenza delle Sezioni Unite, raccogliendo l'affermazione della Corte costituzionale dell'esistenza di una giurisdizione esclusiva in capo alla magistratura di sorveglianza, abbia ritenuto come ormai sostanzialmente superata la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, quantomeno in relazione alle norme che disciplinano il trattamento. Rispetto all'esercizio di una potestà amministrativa che incida su situazioni di interesse differenziate deve pertanto essere riconosciuta al detenuto la titolarità di posizioni giuridiche soggettive, che lo legittimeranno, al di là della loro qualificazione formale, al ricorso ad un organo, individuato nel magistrato di sorveglianza, che giudica secondo una procedura giurisdizionale. Questa è la ragione per cui si esclude la possibilità di ricorso alla giustizia amministrativa da parte del detenuto in relazione a situazioni giuridiche riconducibili agli interessi legittimi. Va in ogni caso ribadito che una situazione giuridica soggettiva attiva può essere riconosciuta unicamente nel caso in cui ad una regolamentazione dell'attività amministrativa, anche autonomamente assunta (ad es. a mezzo di circolari), corrisponda una situazione di interesse differenziata e qualificata. Al contrario, nei casi in cui sia invece configurabile un atto di normazione generale, attuativo delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario e riconducibile alla potestà organizzativa dell'Amministrazione, ovvero un'attività che sia espressione di scelte di merito amministrativo, detta tutela dovrà essere esclusa. Diversamente opinando verrebbe a configurarsi

una indiscriminata attività sostitutiva da parte del giudice nella normale gestione della vita d'istituto, che comporterebbe il rischio di immobilizzare ogni fisiologica attività.

4. La sentenza costituzionale n. 341 del 2006

Il magistrato di sorveglianza, nell'ordinanza di rimessione, affermava che il modello poc'anzi esposto era stato posto in crisi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 341 del 2006, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge n. 354 del 1975, perché sarebbe stato «sgombrato dal campo interpretativo il canone secondo cui tutto quel che attiene al trattamento penitenziario, in ossequio al principio della funzione rieducativa della pena, sia sempre e comunque demandato alla cognizione della magistratura di sorveglianza, indipendentemente dalla natura dei diritti e degli interessi coinvolti ed a prescindere dagli strumenti processuali disponibili».

La Corte Costituzionale giudica «un errore interpretativo» siffatta ricostruzione. Con la sentenza n. 341 del 2006 si ritenne, in verità, illegittima ogni «irrazionale ingiustificata discriminazione», con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini; affermò che sia i detenuti sia le rispettive controparti avevano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.; considerò il procedimento di cui all'art. 14 *ter* della legge n. 354 del 1975, imposto dalla norma censurata per tutte le controversie civili nascenti dalle prestazioni lavorative dei detenuti, inidoneo - se riferito alle controversie di lavoro - ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa (ponendo in evidenza, tra l'altro, che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore restava addirittura escluso dal contraddittorio); e pervenne, quindi, alla declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma denunciata, che demandava al magistrato di sorveglianza di decidere sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti «l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali».

Secondo la Corte costituzionale, dunque, la sentenza 341 del 2006 «non incise affatto sulla competenza generale della magistratura di sorveglianza, ma si pronunciò con riguardo ad una ben precisa tipologia di reclami in materia di lavoro, ossia con riferimento a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è

istituito un giudice specializzato». Del resto è ovvio che i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio.

Resta pertanto valido quanto già affermato con la citata sentenza n. 212 del 1997, per la quale l'ordinamento penitenziario, nel configurare l'organizzazione dei "giudici di sorveglianza" (magistrati e tribunale di sorveglianza) «ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria».

5. Le specifiche questioni di costituzionalità non accolte dalla Corte costituzionale

Il magistrato di sorveglianza di Nuoro, nel chiedere la declaratoria di incostituzionalità degli articoli 35, 14 *ter* e 69 dell'ordinamento penitenziario, poneva l'accento su tre specifici temi, che venivano analizzati e risolti dal Giudice delle Leggi nella sentenza in commento, pervenendo a un giudizio di inammissibilità della questione.

5.1 Tutela dell'Amministrazione penitenziaria nel procedimento ex art. 14 *ter* e 71 dell'ordinamento penitenziario

Secondo il magistrato di sorveglianza rimettente, gli articoli 14 *ter* e 71 dell'ordinamento penitenziario si pongono in contrasto con i principi costituzionali nella parte in cui non prevedono che l'Amministrazione sia parte nel procedimento, potendo soltanto presentare memorie, mentre il reclamante può presentare memorie e partecipare al procedimento col ministero del difensore. Sul punto la Corte evidenzia come il rimettente abbia trascurato di considerare che il procedimento di cui all'art. 14 *ter* dell'ordinamento penitenziario stabilisce che esso si svolga con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero, mentre l'interessato e l'Amministrazione penitenziaria possono presentare memorie. Pertanto, secondo la Corte è rimasta non esplorata la possibilità che le posizioni di detta Amministrazione siano rappresentate per l'appunto dal pubblico ministero nel contraddittorio col difensore del reclamante.

5.2 Il magistrato di sorveglianza quale giudice terzo ed imparziale

Il giudice *a quo* dubitava della posizione di terzietà del magistrato di sorveglianza, perché organo preposto a vigilare sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e pena e ad impartire le disposizioni necessarie ad eliminare le violazioni dei diritti dei detenuti. Tale peculiare funzione farebbe dubitare che egli «possa essere giudice terzo quando sia chiamato a decidere della legittimità dell'agire dell'Amministrazione penitenziaria e della sussistenza, in concreto, di lesioni delle posizioni soggettive di singoli detenuti derivanti da atti della stessa Amministrazione», sicché, «il rischio potrebbe essere quello che il magistrato di sorveglianza possa essere, nella specifica ipotesi, giudice di se stesso».

La Corte evidenzia giustamente che, in realtà, nelle ordinanze di remissione il giudice *a quo* metteva in discussione il ruolo complessivo del magistrato di sorveglianza e la posizione nella quale tale organo veniva a trovarsi nei rapporti con l'Amministrazione penitenziaria, dovendosi ritenere, a suo avviso, che «l'assetto normativo vigente, venutosi a delineare attraverso le decisioni interpretative dei giudici di merito e di legittimità, non garantisca al reclamante e alla Amministrazione controinteressata la possibilità di rivolgersi ad un giudice terzo».

La Corte stigmatizza tale impostazione dell'ordinanza di remissione, facendo intendere il disappunto verso istanze non strettamente legate a profili di costituzionalità e connotate, invece, da finalità di politica legislativa. La Corte infatti sottolinea «il carattere astratto di tali proposizioni», dalle quali «risulta palese che il rimettente auspica in sostanza un intervento non precisato, ma comunque diretto a realizzare una modifica non costituzionalmente obbligata, in quanto idoneo ad introdurre una diversa disciplina della magistratura di sorveglianza e della sua posizione nel contesto dell'ordinamento penitenziario, o addirittura una diversa ripartizione delle competenze giurisdizionali». Nel richiamare, e confermare, quanto già affermato con la propria sentenza n. 212 del 1997, per la quale l'ordinamento penitenziario, nel configurare l'organizzazione dei «giudici di sorveglianza» (magistrati e tribunale di sorveglianza) «ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria», la Corte osserva anche, fondatamente, come il rimettente non abbia tenuto nella dovuta

considerazione gli istituti dell'astensione e della ricsuzione, aventi un ampio ambito di applicazione che si estende a tutti i tipi di procedimento giurisdizionale (e, tendenzialmente, anche ai provvedimenti non giurisdizionali), e che costituiscono sufficiente garanzia del principio costituzionale circa l'imparzialità del giudice anche nella fattispecie in questione.

5.3 Il provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria di inserimento nel circuito dell'alta sicurezza

La questione che interessa di più, e che del resto è stata oggetto di maggiore attenzione nell'analisi della sentenza in esame, insiste sulla possibilità per il magistrato di sorveglianza di decidere in ordine al provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria di "classificazione", cioè a dire di assegnazione del detenuto al circuito dell'alta sicurezza.

Il primo punto da risolvere per affrontare la questione è se in tale ipotesi si verta in materia di posizioni giuridiche soggettive di cui il detenuto può chiedere tutela giurisdizionale. Se la risposta dovesse essere positiva, occorrerà stabilire quale tipo di provvedimento il magistrato di sorveglianza potrà adottare e quale valore vincolante la sua decisione dovrà avere nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria.

Quanto alla prima questione, occorre verificare se, per la Corte costituzionale, il provvedimento di inserimento nel circuito dell'alta sicurezza coinvolga posizioni giuridiche tutelate, e se quindi possa avere piena tutela giurisdizionale da parte del magistrato di sorveglianza, ovvero se abbia natura meramente amministrativa senza incidere sui diritti dei detenuti.

È già stato sottolineato come nel corpo della sentenza della Corte costituzionale in esame il "circuito" dell'alta sicurezza sia stato erroneamente definito "regime". La differenza, come noto, è sostanziale, attribuendosi generalmente la nozione di "regime" a quello previsto dall'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario che effettivamente incide sui diritti dei detenuti².

² Cfr. sul punto S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rassegna penit e criminol.*, n. 3 del 2007, secondo cui «con l'espressione circuito ci si riferisce infatti ad una entità di tipo logistico, dotata di determinati requisiti di sicurezza, e rappresentata da un insieme di ambienti (istituti, ovvero sezioni d'istituto) ai quali vengono destinate particolari tipologie di detenuti. Con l'espressione regime penitenziario si fa invece riferimento alle regole di trattamento applicate alla vita penitenziaria».

È a questo punto doveroso precisare che i circuiti penitenziari sono, invece, espressione dell'esercizio, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, del potere discrezionale afferente alla gestione dei detenuti e degli internati, in linea con i criteri individuati dagli artt. 13 e 14 dell'ordinamento penitenziario, sì da garantire che la popolazione carceraria sia suddivisa per categorie omogenee. Ciò sia al fine di assicurare al meglio l'osservazione scientifica della personalità ed il trattamento individualizzato, indefettibili presupposti del buon esito di un programma risocializzante; sia allo scopo di evitare "influenze nocive reciproche", e dunque per impedire che la comune permanenza, all'interno delle strutture penitenziarie, si ponga a presupposto per l'ulteriore commissione di reati. Il richiamo dell'art. 14 ai criteri indicati dall'art. 42 dell'ordinamento penitenziario³ impone all'Amministrazione di tenere anche in considerazione, nella scelta delle assegnazioni e dei raggruppamenti dei detenuti, i delicati profili di sicurezza connessi alla gestione penitenziaria. La creazione di appositi circuiti penitenziari che garantiscano elevati livelli di sicurezza è inoltre prevista dall'art. 32 del Regolamento penitenziario approvato con d.P.R. 230 del 2000⁴.

Il circuito dell'alta sicurezza è stato, pertanto, tradizionalmente dedicato a detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata. La *ratio* del circuito va rinvenuta nella necessità di impedire che la detenzione indifferenziata nel medesimo istituto, di detenuti comuni e di soggetti appartenenti a consorterie organizzate di tipo mafioso o terroristico, possa provocare fenomeni di assoggettamento dei primi ai secondi, di reclutamento criminale, di strumentalizzazione a fini di turbamento della sicurezza degli istituti. La *ratio* giustificatrice che impone all'Amministrazione una gestione particolarmente attenta di tali soggetti, sotto gli evidenziati profili di sicurezza attiva e passiva, non implica pertanto un diverso regime penitenziario in relazione ai loro diritti e doveri e alla possibilità di applicare le regole e le opportunità del trattamento penitenziario, se non quelle espressamente previste dalla normativa con riferimento alla natura del titolo di detenzione

³ L'art. 14 dell'ordinamento penitenziario prevede: «Per le assegnazioni sono, inoltre, applicati di norma i criteri di cui al primo e al secondo comma dell'art. 42», il quale a sua volta prevede che «i trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza».

⁴ L'art. 32 del d.P.R. 230/2000 prevede infatti: «I detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele».

(ad esempio se detenuti per un reato compreso fra quelli previsti dal primo comma dell'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario).

Questa impostazione è confermata da numerose sentenze della Corte di cassazione secondo cui il provvedimento di inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. (o alta sicurezza), essendo di esclusiva competenza dell'Amministrazione penitenziaria, si sottrae al controllo del magistrato di sorveglianza⁵. La Suprema Corte ha costantemente ribadito che l'inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. non è assimilabile ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41 *bis* ord. pen., ma rientra nell'esclusivo ambito amministrativo e pertanto non è suscettibile di sindacato da parte della magistratura di sorveglianza⁶.

Le più recenti sentenze della Corte di cassazione ripropongono questi principi e, nel ribadire che il provvedimento di inserimento nel circuito EIV non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e quindi si sottrae al controllo del magistrato di sorveglianza, specificano che possono costituire ammissibile oggetto di reclamo solo le singole disposizioni o gli atti esecutivi che siano, in concreto, lesivi dei diritti incompressibili del detenuto⁷.

Non si ritiene che la sentenza della Corte costituzionale in esame abbia modificato il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità appena ricordato. La Corte costituzionale ha, come detto più volte, ritenuto valida e costituzionalmente legittima la soluzione giurisprudenziale affermata con le sentenze n. 26/1999 della Corte costituzionale e 25079/2003 delle Sezioni unite della cassazione e, soprattutto, l'adeguamento a tali principi posto in essere con le sentenze della Suprema Corte nella materia che ci occupa, ovvero l'assegnazione al circuito dell'alta sicurezza.

Nella sentenza della Corte costituzionale in esame si legge infatti testualmente: «Successivamente (alle sentenze della Corte

⁵ Cfr., fra le altre, Cass. pen., sez. I, n. 14487 del 3.2.2004, Pazienza, CED Cass. 228836.

⁶ Si richiama in particolare Cass. pen., sez. I, n. 47423 del 28.11.2007, Barreca, CED Cass. 238173, ove, nel corpo della motivazione, si specifica che «l'inserimento del detenuto nel circuito EIV non è assimilabile ai provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41 *bis* ord. pen. (sui quali si è espressa la sentenza della CEDU 11.1.2005 – ric. Musumeci richiamata nel ricorso)».

⁷ Confronta le recenti sentenze: Cass. pen., sez. I, n. 29 del 6.11.2008, Musumeci, CED Cass. 242380; Cass. pen. sez. I, n. 31807 del 10.6.2009, Cavallo, CED Cass. 244830; e, in particolare, Cass. pen. sez. I, n. 49988 del 24/11/2009, Lo Piccolo, CED Cass. 245969: «Il provvedimento dell'Amministrazione penitenziaria di inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. (elevato indice di vigilanza), non eccedente 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 tuttavia costituire oggetto di reclamo le singole disposizioni che lo accompagnano o lo seguono o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi di diritti».

costituzionale e delle Sezioni unite della cassazione appena richiamate) la giurisprudenza risulta essersi adeguata a tale indirizzo ermeneutico (cass. sentenze nr. 7791 del 2008 e n. 46269 del 2007), che peraltro è conforme anche ai principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11.01.2005 nr. 33965/96)».

Non può non evidenziarsi come la Corte costituzionale abbia esplicitamente richiamato e confermato - nel senso di corretto adeguamento ai principi enucleati - la sentenza della Cassazione n. 46269 del 2007, che esclude la compressione di diritti con il generico inserimento nel circuito dell'alta sicurezza, ma solo laddove siano individuate specifiche violazioni secondo il costante indirizzo della Corte di cassazione richiamato. Nel corpo della motivazione della citata sentenza si legge testualmente: «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; in tal senso si sono univocamente pronunciate sia la Corte costituzionale, sia le Sezioni unite nelle decisioni sopra citate; né diversamente si è espressa la stessa Corte europea, secondo la quale (con rinvio ad un principio già affermato nella decisione Bellet contro Francia del 4.12.1995) l'effettività del diritto di accesso alla giurisdizione richiede che un individuo goda di una possibilità chiara e concreta di contestare un atto che costituisce un'ingerenza nei suoi diritti. 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. I, 3.2/24.3.2004, Pazienza)».

Questo è dunque il punto. La Corte costituzionale ha ribadito che, se da affrontare con i crismi della giurisdizione, le doglianze proponibili alla magistratura di sorveglianza devono consistere in pretese astrattamente riconducibili a posizioni giuridiche tutelate, e non possono investire questioni di mera opportunità rimesse a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione.

Qualora un detenuto si dolga dell'inserimento nel circuito dell'alta sicurezza, dovrà essere individuata la specifica violazione di cui si chiede la rimozione, e non il generico riferimento al provvedimento di classificazione in relazione all'altrettanto generico diritto al "trattamento". Da tale punto di vista, come si è poc'anzi accennato, i circuiti penitenziari tendono alla suddivisione della popolazione detenuta per categorie omogenee, proprio al fine di assicurare al meglio l'osservazione scientifica della personalità ed il trattamento individualizzato, indefettibili presupposti del buon esito di un programma risocializzante. Sono dunque finalizzati a garantire il miglior trattamento penitenziario dei detenuti, sia in relazione agli ascritti al circuito alta sicurezza, sia per la tutela di coloro i quali sono assegnati alle sezioni comuni.

Solo nel caso in cui sia accertata una specifica violazione di diritto, il magistrato di sorveglianza potrà decidere il ricorso con la procedura indicata nell'articolo 14 *ter* dell'ordinamento penitenziario, e concludere con una statuizione che imponga all'Amministrazione di conformarsi a quanto deciso.

In tale caso potrà porsi la seconda questione affrontata dalla Corte costituzionale ed oggetto di questione di legittimità da parte del magistrato di sorveglianza di Nuoro: quale valore vincolante la decisione potrà avere nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria?

La complessiva analisi delle motivazioni della sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale consente una corretta lettura dell'ultima parte del provvedimento stesso, ove si legge che «quanto al presunto carattere non vincolante per l'Amministrazione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza, il rimettente, pur non ignorando l'art. 69 dell'ordinamento penitenziario (peraltro non oggetto di censure), ritiene tuttavia che l'ordinanza del magistrato di sorveglianza, che dovesse dichiarare non legittima l'assegnazione del detenuto al circuito E. I. V., avrebbe efficacia analoga a quella di una segnalazione ai sensi del citato art. 69, primo e quarto comma. Ma questa lettura non considera che la norma 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».

La lettura che la Corte fa del quinto comma dell'art. 69 dell'ordinamento penitenziario deve, dunque, essere necessariamente considerata in armonia con l'intero impianto motivazionale della sentenza, che ribadisce la necessità di una valutazione delle posizioni sostanziali quale presupposto per la individuazione dei rimedi processuali.

Le disposizioni del magistrato di sorveglianza sono dunque “vincolanti” per l'Amministrazione penitenziaria laddove, ai sensi del quinto comma dell'art. 69, sono dirette ad eliminare eventuali “violazioni dei diritti dei condannati e degli internati”.

Presupposto per la tutela giurisdizionale è sempre la violazione di un diritto, da intendersi secondo le Sezioni unite della Cassazione quale posizione giuridica soggettiva tutelata. Nel caso specifico dell'inserimento nel circuito dell'alta sicurezza, le eventuali disposizioni del magistrato di sorveglianza potranno riguardare solo eventuali atti esecutivi che si traducano in concrete compressioni di diritti, non il semplice provvedimento di inserimento nel circuito dell'alta sicurezza. E ciò è esattamente quanto già aveva evidenziato la Corte di cassazione nell'univoco orientamento in materia, confermato espressamente, come visto, nel corpo della sentenza in esame.

5.4 L'efficacia dei provvedimenti della magistratura di sorveglianza

Chiarita la questione in tema di circuiti penitenziari, occorre verificare le affermazioni della Corte costituzionale circa il valore da attribuire al quinto comma dell'art. 69 dell'o.p., in relazione al tema dell'effettività dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza su questioni afferenti posizione giuridiche soggettive, decise con la procedura indicata dall'art. 14 *ter* dell'o.p.

Rimangono, infatti, tutt'ora incerti i meccanismi operativi attraverso i quali realizzare l'adeguamento dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria agli effetti giuridici prodotti

dal provvedimento giudiziario, ovviamente nell'ipotesi in cui non si conformi ai contenuti della pronuncia giudiziale.

La Corte sembra orientare l'interpretazione in ordine alla natura dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza rispetto alla triplice opzione solitamente prospettata dalla dottrina⁸: giudizio di annullamento, cui consegue, appunto, un provvedimento di annullamento di atti; giudizio di accertamento di fatti in cui il magistrato di sorveglianza accerta la situazione di fatto e se questa sia conforme a diritto, con pronuncia dichiarativa; giudizio di accertamento e condanna cui consegue provvedimento che ordina la rimozione della situazione ritenuta illegittima. Questa'ultima, sembra essere l'opzione indicata dalla Corte costituzionale, quando prevede che il magistrato di sorveglianza possa impartire, all'esito del giudizio «prescrizioni ed ordini il cui carattere vincolante per l'Amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue». Il provvedimento del magistrato di sorveglianza, previo accertamento dei fatti e dell'eventuale lesione di un diritto, dovrebbe limitarsi alla dichiarazione di illegittimità di un certo assetto, senza effetti diretti dal punto di vista esecutivo, limitandosi, appunto ad impartire «prescrizioni ed ordini». Questi ultimi dovranno essere senz'altro eseguiti dall'Amministrazione, rimanendo tuttavia ancora non definito il rimedio specifico in caso di inottemperanza.

Si deve infatti escludere che l'atto amministrativo in ipotesi dichiarato illegittimo possa essere annullato con provvedimento del giudice ordinario, in assenza di espressa previsione normativa (art. 113, terzo comma, Cost. e come sancito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 414 del 1997). Ove si ammettesse la sola disapplicazione, essa avrebbe efficacia soltanto nel procedimento in cui venisse disposta, oltre a consentire la permanenza della situazione lesiva in assenza degli atti conseguenti dell'Amministrazione penitenziaria e in generale in tutti i casi in cui fosse necessario un *facere* dell'Amministrazione.

Non è percorribile neanche la via del giudizio di ottemperanza con la possibilità per il magistrato di sorveglianza, in caso d'inerzia, di nominare un commissario *ad acta*, non essendosi in presenza di una sentenza passata in giudicato, ma solo di ordinanza emessa ai sensi dell'art. 14 *ter* dell'o.p.

È stata avanzata dunque l'ipotesi di un ricorso alla magistratura

⁸ Cfr. M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, Milano 2006.

penale in caso di inottemperanza alle prescrizioni del magistrato di sorveglianza, con un richiamo alla fattispecie del rifiuto di atti d'ufficio previsto dall'articolo 328 c.p.

Si ritiene, da parte di chi scrive, che il ricorso al giudice penale non possa esser considerato un corretto e fisiologico strumento per garantire l'efficacia di un provvedimento giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Neanche può sostenersi, se ci si vuole mantenere nell'ambito del corretto e leale rapporto istituzionale, che la denuncia penale possa costituire il giusto strumento di coercizione, ovvero di intimidazione, da utilizzarsi nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria laddove non si adegui alle prescrizioni del magistrato di sorveglianza. L'eventuale accertamento di responsabilità penali deve infatti rimanere nell'ambito di situazioni patologiche, e per ciò stesso da presumersi eccezionali, senza intervenire nella soluzione di delicate questioni interpretative che, come poc'anzi ricordato, continuano a rimanere incerte nell'analisi dottrinale.

Ciò detto, anche laddove si volesse configurare la soluzione in esame, è utile precisare i limiti e i presupposti per un'eventuale configurazione del delitto di rifiuto di atti d'ufficio.

Innanzitutto pare escludersi la configurabilità, nel caso che ci occupa, del primo comma dell'art. 328 c.p. in assenza del requisito delle "ragioni di giustizia" che imporrebbero l'atto. Per giurisprudenza costante infatti tali ragioni devono essere intese in senso obiettivo, cioè come inerenti a una funzione giudiziaria. Al tempo stesso difetterebbe il presupposto dell'urgenza nell'adozione dell'atto, generalmente riferita a situazioni di indifferibilità, tanto da dover essere immediatamente posti in essere. In tema di rifiuto di atti d'ufficio, per atto d'ufficio che "per ragioni di giustizia" deve essere compiuto "senza ritardo", al pari di quanto previsto dall'art. 650 c.p., deve infatti intendersi qualunque provvedimento od 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. La ragione di giustizia si esaurisce con la emanazione del provvedimento di uno degli organi citati, non estendendosi agli atti che altri soggetti sono tenuti eventualmente ad adottare in esecuzione del provvedimento dato per ragione di giustizia⁹.

⁹ Non attiene, per esempio, ad una ragione di giustizia la mancata adozione da parte di un sindaco di provvedimenti di attuazione di una sua ordinanza inibitoria all'utilizzo di un immobile abusivo e di ottemperanza a un'ordinanza del T.a.r. con la quale si disponeva la demolizione dell'immobile (Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 784 del 5.11.1998, Muccilli, CED Cass. 213904).

Quanto alla fattispecie prevista nel secondo comma dell'articolo 328 c.p., presupposto per una sua eventuale configurazione è senz'altro il potere materiale di agire: non può infatti sostenersi che rifiuti di compiere un atto il pubblico ufficiale che, pur avendo l'astratta competenza per compierlo, si trovi, nel momento in cui ne è richiesto, in condizioni tali da rendere per lui materialmente impossibile il compimento dell'atto stesso (*ad impossibilia nemo tenetur*). Ciò può verificarsi, ad esempio, nel caso in cui un magistrato di sorveglianza imponga all'Amministrazione penitenziaria di risolvere il problema dell'eccessivo affollamento in un istituto penitenziario, sì da migliorare le condizioni detentive dei soggetti ivi reclusi. L'unico atto che l'Amministrazione penitenziaria potrà compiere nell'immediatezza è un provvedimento deflattivo a vantaggio dell'istituto oggetto dell'attenzione del magistrato di sorveglianza, ma a discapito di altre realtà, in modo tale da non consentire il corretto esercizio della funzione di perequazione del rapporto fra capienza e presenza degli istituti penitenziari di tutto il territorio nazionale.

D'altra parte non deve essersi in presenza di attività che rientra nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione che, proprio per quanto anzidetto, è il caso della gestione dei circuiti penitenziari. L'obbligo di compiere l'atto d'ufficio non sussiste, infatti, qualora si tratti di attività discrezionale, proprio al fine di contenere l'invadenza della cognizione del giudice penale rispetto al merito degli atti amministrativi, restando in capo al pubblico ufficiale il solo dovere di fornire una risposta al richiedente prima della scadenza del termine¹⁰. In dottrina si è inoltre affermato che può sussistere un'omissione di atti d'ufficio anche quando essa abbia oggetto un atto discrezionale, ma la discrezionalità non deve investire l'*an* e il *quando* della commissione dell'atto¹¹.

In connessione al tema della discrezionalità, occorrerà verificare anche l'elemento soggettivo, occorrendo nell'agente non solo la consapevolezza e la volontà di ritardare un atto del proprio ufficio, ma anche la consapevole volontà che così operando, agisce "indebitamente" e cioè in violazione dei doveri impostigli¹².

A prescindere, dunque, dall'ipotizzato (per non dire auspicato) intervento del giudice penale per disciplinare i rapporti fra magistratura di sorveglianza e Amministrazione penitenziaria,

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 11484 del 3.11.1997, Masiello, CED Cass 209719.

¹¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè editore, p. 304 e ss.. Vedi anche G. Amato, *Alcune questioni in tema di rifiuto e omissioni di atti d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1999, 525.

¹² Cfr. Cass. pen., sez. V, n. 14719 del 17.10.1990, Rampa, CED Cass. 185753.

che pare francamente eccessivo, si ritiene tutt'ora condivisibile l'autorevole opinione che si riporta, anche se espressa in riferimento al semplice procedimento per reclamo: «La determinazione del magistrato di sorveglianza, in esito al procedimento per reclamo, rimane comunque la espressione di un giudice con riferimento al livello di legalità di un sistema organizzativo, ossia alla sua capacità di esprimere e rappresentare i principi contenuti nell'ordinamento penitenziario. Esso costituisce dunque un precetto giuridicamente vincolante, anche in assenza di una sanzione specifica, il cui mancato rispetto espone comunque l'Amministrazione e l'esecutivo a conseguenze sul piano politico, finendo per certificare la inadeguatezza dell'azione amministrativa al perseguimento di finalità imposte da leggi dello Stato»¹³.

¹³ Cfr. S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rassegna penit. e criminol.*, n. 3 del 2007.