

## IL GARANTE NAZIONALE DELLE PERSONE PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE.

GIOVANNA FANCI<sup>1\*</sup>

*“Alle c.d. autorità amministrative indipendenti sta succedendo quel che è successo in passato agli enti pubblici: nessuno sa più con precisione quante sono, né che cosa fanno; si sta diffondendo la sensazione che non tutte servano a qualcosa o che qualcuna serva per fini diversi da quelli che le sembrerebbero propri; che alcune interferiscano con poteri «canonici» e ben altrimenti legittimati; che gli ormai numerosi progetti di istituirne delle nuove non corrispondano proprio ai nobili fini per i quali furono istituite le prime”.*  
(Merusi, 2000, 9)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Difensore civico, *Ombudsman* e garante delle persone private della libertà personale: le tappe di un lento processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti. 3. Poteri e ruolo del garante nelle intenzioni del legislatore. 4. Attività dell'*ombudsman* nell'area di *common law*. 5. Collocazione del garante nell'ordinamento secondo l'approccio madisoniano al principio di separazione dei poteri. 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

L'istituzionalizzazione delle autorità garanti è piuttosto recente

---

\* <sup>1</sup> Dottore di ricerca in Sociologia delle istituzioni giuridiche e politiche presso l'Università di Macerata. Esperto presso il Tribunale di sorveglianza di Ancona.

rispetto al processo di costruzione dell'ordinamento giuridico italiano.

Ancor più giovane è la concettualizzazione di un ruolo di garanzia per le persone detenute o comunque ristrette nella libertà personale. Questa considerazione preliminare ci dà l'idea del rapporto di *species* a *genus* che è presupposto di tutte le argomentazioni che seguiranno: il garante delle persone private della libertà personale è una *species* del *genus* «autorità indipendente»<sup>2</sup>.

Sostiene Selznick che l'istituzione di un'*agency* promana dall'esigenza di controllare, in modo prolungato e attento, una attività cui la comunità attribuisce rilevanza sociale<sup>3</sup>.

L'autorità garante<sup>4</sup> è indipendente e la sua azione è finalizzata a garantire e controllare il corretto funzionamento della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 93 della Costituzione. L'indipendenza e l'autonomia sono agganciate al conferimento di poteri decisionali tali da assicurare efficacia alla decisione elaborata dall'organismo di garanzia.

Ciò nonostante, risulta problematica la collocazione di una tale figura in un ordinamento giuridico – qual è quello italiano – di *civil law*, contrassegnato da una rigorosa applicazione del principio di separazione dei poteri. La debolezza istituzionale dell'*authority* deriverebbe dalla duplice constatazione che, in qualità di organo della pubblica amministrazione, dovrebbe rispondere al potere esecutivo della sua attività e che, per la sua nomina parlamentare, sarebbe responsabile nei confronti del parlamento. La coesistenza di un doppio piano di interazione, con la successiva creazione di aspettative da parte delle istituzioni esecutive e politiche, potrebbe non solo compromettere la posizione di indipendenza - che, in astratto, l'autorità di garanzia dovrebbe occupare – ma, inoltre, pregiudicherebbe una corretta

---

<sup>2</sup> Tra l'altro, questa espressione è l'etichetta di una categoria concettuale molto ampia, comprensiva di *authorities* e *agencies* con differenti ruoli e funzioni (regolative, di servizi, di garanzia e di controllo.).

<sup>3</sup> Selznick P., *Focusing Organizational Research on Regulation*, in Noll R. G. (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985.

<sup>4</sup> L'equivalente del garante italiano, l'*ombudsman*, nasce in Svezia nel 1809 con il precipuo compito di controllare l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Il suo radicamento negli ordinamenti di *common law* gli ha assicurato stabilità e autorevolezza nei confronti degli altri poteri istituzionali, requisiti che presentano problematicità nel contesto italiano.

applicazione del principio di separazione dei poteri.

Questo articolo intende dare un contributo al dibattito scientifico sul rapporto tra il garante e i poteri istituzionali, esecutivo, legislativo e giudiziario. Lo studio, innanzitutto, distingue il «garante dei detenuti» dal «difensore civico» e, in un'ottica comparata, riporta l'esperienza compiuta dall'*ombudsman*; quindi, indaga le intenzioni del legislatore italiano circa i poteri e i ruoli da attribuire al garante dei detenuti e delle persone ristrette, attraverso l'analisi dei progetti di legge e delle relative discussioni parlamentari, da cui, ingenuamente e involontariamente, emerge la complessità del rapporto tra l'autorità garante e gli altri poteri istituzionali. Il superamento di questa situazione di stallo passa, a mio avviso, attraverso una lettura del principio di separazione dei poteri diversa da quella tradizionalmente riconducibile a Rousseau<sup>5</sup>, ma aderente al modello «madisoniano» di democrazia non maggioritaria:

che tende invece a disperdere, delegare e limitare il potere in modo da evitare il rischio di tirannia della maggioranza<sup>6</sup>

in un'ottica di miglioramento e potenziamento dell'ordinamento giuridico attraverso il coinvolgimento di attori preparati e imparziali. Le loro competenze tecniche e scientifiche possono contribuire ad una trasformazione positiva della amministrazione pubblica, persino in quei settori così delicati come quello penitenziario e della sicurezza in generale.

---

5 "L'idea infatti che la responsabilità di qualunque azione pubblica è tale solo se lo è nei confronti del parlamento, solo se c'è la *reductio ad unum*, (...) è l'essenza di quella parte di esso segnata dall'idea rousseauiana dell'assemblea-volontà generale" (Amato G., *Le autorità indipendenti*, in Violante L., a cura di, *Storia d'Italia. Annali XI. Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 382.

6 Clarich M., *Un approccio «madisoniano»*, in Grassini F. A., a cura di, *L'indipendenza delle autorità*, Pubblicazione AREL, Bologna Il Mulino, 2001, p. 92.

## 2. Difensore civico, *Ombudsman* e garante delle persone private della libertà personale: le tappe di un lento processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti.

La prima istituzione nella storia delle autorità è stata quella del difensore civico che trae origine dalla figura del *Defensor civitatis* di epoca romana – IV secolo d.C.<sup>7</sup> – il quale assume il ruolo di mediatore tra lo stato e il cittadino<sup>8</sup>. L'istituto acquista importanza in età repubblicana quando è affiancato ai *pretores*, ai *quaestores* e ai *consules*, con funzioni analoghe a quelle di un magistrato, e viene eletto direttamente dalla *civitas*. Gli strumenti a sua disposizione sono lo *ius interdicendi* e lo *ius agendi cum patribus*, di cui egli può avvalersi per proporre reclamo al governatore della provincia contro soprusi dei funzionari di cancelleria, degli agenti del fisco o dei giudici nei confronti della cittadinanza. Con la decadenza della municipalità e con le nuove attribuzioni del vescovo, l'istituto del *Defensor civitatis* non ha più ragione di esistere<sup>9</sup>.

A partire dagli anni '60, in Italia, il difensore civico è istituito prima attraverso la legislazione regionale, poi mediante quella comunale. Le leggi statali 8 giugno 1990 n. 142, 7 agosto 1990 n. 241 e 15 maggio 1997 n. 127 si sono poste l'obiettivo di assicurare il rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, consacrati dall'art. 97 comma 1 della costituzione, attraverso una tutela non giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi dei cittadini, delle associazioni e delle formazioni sociali. Il ruolo del difensore civico è quello di essere portatore di istanze rimaste insolute e di collaborare con la cittadinanza<sup>10</sup>. Egli presenta ogni anno una relazione della sua

---

7 Istituto simile a quello del *Defensor* è quello del Tribuno della plebe (494 a.C. circa) che aveva il compito di difendere la plebe dai soprusi della nobiltà. "Il Tribuno non era una Magistratura, né atteneva al *cursus honorum*, bensì era una carica interna alla plebe, dotata di una *potestas sacrosanta*, che offriva ai tribuni investiti della *tribunizia potestas*, la possibilità di opporsi a tutte le magistrature, penalizzandone l'azione, attraverso un nuovo altissimo diritto, quello, cioè, di porre il veto alle deliberazioni del Senato contrarie alla plebe, di promuovere processi in proprio e di eseguire personalmente le proprie decisioni" (Nitti G. I., *Il difensore civico dalle origini ai giorni nostri*, in *Nuova rassegna*, 1998, n. 3, p. 297).

8 "Il periodo storico di istituzione del *Defensor civitatis* è caratterizzato dalla corruzione e dall'anarchia dilaganti, nonché dalle prevaricazioni dei nobili e dei funzionari regi (*officiales* e *susceptores*, esattori) verso i cittadini più deboli" (Nitti G. I., *Il difensore civico*, cit., p. 298).

9 Il *Defensor civitatis* viene soppresso dall'Imperatore d'Oriente Leone VI il saggio (866-911 d.c.).

10 I poteri attribuiti al difensore civico possono essere classificati in potere di ispezione (comprensivo dell'esame della documentazione dell'ente controllato), potere di raccomandazione (che si esplica nel potere di sollecito di intervento appropriato in caso di inerzia e, in seguito a insoddisfazione, nel coinvolgimento delle autorità gerarchicamente superiori) e un potere di referto al parlamento (con la

attività al consiglio, relazione che è discussa in pubblica adunanza. Per la natura delle questioni a lui sottoposte, il difensore civico dovrebbe essere scelto tra persone di provata competenza in materie giuridiche e di prestigio, sottratte all'influenza dei poteri politici. La disciplina dell'istituto – le modalità di elezione, la durata in carica, i rapporti con il consiglio, i poteri, le competenze, le strutture amministrative di servizio, l'indennità – è contenuta nello statuto dell'ente<sup>11</sup>. La sua configurazione si modella su quella elaborata nel 1809 in Svezia per il ruolo di *ombudsman*, che letteralmente significa «uomo che funge da tramite».

Anche l'*ombudsman* è un ufficiale di diritto pubblico nominato per raccogliere le doglianze della collettività contro episodi di cattiva amministrazione<sup>12</sup>; esso si è diffuso soprattutto nei paesi dell'area di *common law*. Nel 1919 viene istituito in Finlandia e nel 1953 in Danimarca; nel secondo dopoguerra viene designato in Norvegia (1962), in Nuova Zelanda (1962), nel Regno Unito (1967), in alcune province del Canada e in numerosi stati e città degli USA. L'istituto ha conosciuto una notevole varietà di impieghi: dalla competenza sui rapporti di carattere pubblicistico a quella per i reati minori<sup>13</sup> e per le controversie inerenti a rapporti privati<sup>14</sup>. Trattandosi di una soluzione mediana tra il procedimento informale di gestione privata della controversia e il formale procedimento giudiziale davanti ai giudici togati, il processo decisionale è caratterizzato dall'intervento di un terzo imparziale che svolge un'attività strumentale alla soluzione della lite o alla elaborazione di una decisione che tuteli soggetti socialmente deboli. Gli elementi caratterizzanti l'azione dell'*ombudsman* sono i seguenti:

---

denuncia di disfunzioni e la indicazioni di proposte correttive).

11 Per quanto riguarda le norme di elezione, la nomina spetta al consiglio – regionale, provinciale o comunale – e la giunta ha il compito di fornire al difensore la struttura, la dotazione informatica e di personale a garanzia di un corretto funzionamento dell'istituto.

12 “Originally: an official appointed by the Swedish parliament to investigate complaints against maladministration by central government and the civil service. Later: an official with a similar role in another country”.

Tratto da *Oxford English Dictionary on line*, in <http://dictionary.oed.com/>.

13 Nel sistema tedesco è stato istituito lo *Schiedsmann*.

14 “Assumendo come parametro l'esperienza inglese, si assiste alle proposte o, *tout court*, all'introduzione di *Insurance Ombudsmen, Legal Ombudsmen, Financial Service Ombudsmen, Building Society Ombudsmen, Banking Ombudsmen*”. Tratto da *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, Milano, Garzanti, 2001.

◆ la pubblicità delle azioni: l'opera di pubblicizzazione costante e comprensibile delle sue indagini è la condizione necessaria per far presa sull'opinione pubblica, al punto che il buon funzionamento dell'istituto potrebbe essere rilevato anche solo dal numero dei reclami ricevuti, senza che abbia un particolare rilievo la percentuale di quelli fondati e di quelli che hanno esito positivo o l'importanza delle questioni sollevate<sup>15</sup>. Questo processo rappresenta il fondamento per la costruzione di un saldo rapporto fiduciario tra istituzione e collettività.

◆ L'informalità delle relazioni intercorrenti tra l'*ombudsman* e il denunciante: il contatto è diretto, senza l'intermediazione di un «professionista» del diritto<sup>16</sup>. L'informalità dell'azione dell'*ombudsman* favorisce la sua diffusione a livello mondiale come strumento di giustizia e di tutela di diritti alternativo alla macchina giudiziaria<sup>17</sup>.

◆ L'elaborazione delle decisioni è ispirata dal principio di ragionevolezza, intesa come la ricerca di un punto di equilibrio tra le disposizioni normative e le esigenze concrete degli attori sociali. La produzione di esiti ragionevoli e l'informalità delle procedure contribuiscono all'ottimizzazione delle risorse umane e delle conoscenze con l'obiettivo di soddisfare, nel miglior modo possibile, le aspettative degli interessati. Il giudizio di ragionevolezza richiede un sindacato di equità nella applicazione del diritto rispetto alla fattispecie concreta. Tutto ciò è ancor più importante se guardiamo alla delicatezza delle materie per le quali è richiesto l'intervento dell'*authority*.

Alla figura dell'*ombudsman* si ispira quella del garante dei

---

15 Nebenzahl I. E. (1983), *The Direct and the Indirect Impact of the Ombudsman*, in Caiden G. E., eds., *International Handbook of the Ombudsman: Country Surveys*, Westport, Greenwood Press, pp. 60-62.

16 "Il ruolo originario dell'*ombudsman* scandinavo era quello di esercitare un controllo sulle attività amministrative nell'interesse dell'organo legislativo (...). Nel secondo dopoguerra, quando il primato e la coerenza interna del diritto statale divengono oggetto di critiche sempre più massicce e ricorrenti, l'*ombudsman* si afferma definitivamente come strumento di difesa dei diritti e di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione" (Cominelli L., *Il mediatore europeo, ombudsman dell'unione: prime osservazioni empiriche*, in *Sociologia del diritto*, 2001, n.1, p. 96).

17 In una prospettiva comparata è rintracciabile una tendenza dei sistemi sociali verso un ripensamento degli istituti giuridici e un crescente ricorso a procedure informali, la cui flessibilità garantisce la conciliazione di interessi e posizioni contrapposti. Si vedano tra gli altri, Christie N., *Limits to pain*, UK, Oxford, 1981, trad. it. *Abolire le pene*, Torino, Gruppo Abele, 1985; Mathiesen M., *Kan Fengsel forsvarses?*, Pax Forlag, Oslo, 1987, trad. it., *Perché il carcere?*, Torino Gruppo Abele, 1996; Matthews R., *Reassessing Informal Justice*, in Matthews R. (ed.), *Informal Justice?*, London, Sage Contemporary Criminology, 1988.

detenuti e delle persone private della libertà personale. Anch'egli è un soggetto terzo che controlla l'attività dell'amministrazione penitenziaria e, in generale, di pubblica sicurezza e ha lo scopo di conciliare le esigenze istituzionali con quelle dei singoli detenuti in strutture di controllo. È un organo imparziale, dotato di competenze specifiche e che ha maturato un'esperienza di prestigio nel settore<sup>18</sup>.

Lo sviluppo del modello dell'autorità indipendente ha bisogno:

Di quello che Franck Moderne ha definito uno «spazio amministrativo sufficientemente aperto»: di un sistema, cioè, che a livello costituzionale, garantisca al potere legislativo un margine di manovra piuttosto ampio e a quello amministrativo una autonoma capacità di determinazione rispetto al governo e che non sia strutturato in modo rigido, ma, al contrario, consenta l'adozione di soluzioni organizzative differenziate<sup>19</sup>.

Relativamente alla sua azione di controllo, è utile apprezzare la distinzione tra il concetto di «parametro» e quello di «giudizio». Per quanto riguarda il parametro, l'autorità indipendente non può svolgere un giudizio discrezionale degli interessi in gioco, in quanto il suo apprezzamento e l'assetto che ne consegue sono per intero determinati dalla legge: all'autorità indipendente spetta di agire per mantenere e garantire

---

<sup>18</sup> La Spina e Majone hanno indagato il processo di istituzionalizzazione delle autorità regolative (AR) nel più ampio contesto del mutamento dell'organizzazione statale che si è realizzato nel passaggio dallo stato «gestore» allo stato «regolatore». In questo scenario, le autorità indipendenti – intese come categoria generale, comprensiva sia di quelle regolative in senso stretto sia di quelle garanti – conoscono una diffusione considerevole e diventano, quindi, oggetto di primario interesse scientifico. Riguardo ai requisiti della «elevata competenza specialistica» e della «indipendenza» dalle pressioni partitiche o dei gruppi di interesse, La Spina e Majone precisano che: «Parliamo di indipendenza dalla politica di partito, nonché dagli interessi di gruppi «regolati»; il che non può né deve significare (a meno di mistificazioni ideologiche) «oggettività», «mera tecnicità», «neutralità» o «apoliticità» delle decisioni delle AR, né sempre, in concreto, totale impermeabilità alle richieste provenienti dai settori regolati e dal circuito politico. Piuttosto, si tratta di organismi (...) che vengono posti, deliberatamente, al di fuori del circuito della decisione politica, quello partitico-rappresentativo, per godere di una legittimazione di tipo diverso, fondata sulla *expertise*, nonché possibilmente su altre garanzie, come vincoli di tipo procedurale, ricorribilità in giudizio delle decisioni, forme di responsabilità indiretta, ecc.». Per approfondimenti, cfr. La Spina A. e Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 62.

<sup>19</sup> Franchini C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 70.

quell'assetto<sup>20</sup>; egli assume un atteggiamento neutrale rispetto alla situazione sostanziale<sup>21</sup>. Per quanto riguarda il giudizio, nel quale il controllo si realizza,

Rileva la terzietà dell'autorità indipendente rispetto alle situazioni interessate dal controllo stesso. Tale posizione terza discende direttamente dalla circostanza per cui la soddisfazione delle situazioni soggettive private non dipende dall'attività di controllo, ma dal comportamento di soggetti privati<sup>22</sup>.

I criteri attraverso i quali è possibile qualificare un'autorità un organo indipendente, nel senso ampio del termine sono:

- a) incisività dell'azione, in ragione dei poteri conferiti e della dimensione degli interessi toccati;
- b) istituzionalizzazione (...)<sup>23</sup>;
- c) cultura specialistica (...);
- d) attivismo e visibilità dei vertici (...);
- e) salienza attribuita dagli altri attori politici;
- f) salienza personale dei commissari, precedente alla nomina<sup>24</sup>.

Confrontando le tre figure (il difensore civico, l'*ombudsman* e il garante delle persone private della libertà personale), emergono degli aspetti comuni e delle problematicità.

---

20 Torchia E., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, cit., p.62.

21 " (...) tale situazione non è riconducibile al generale principio di imparzialità dell'attività amministrativa. Tale principio comporta, infatti, per opinione diffusa, almeno due elementi: la necessità di una previa determinazione dei criteri di decisione e la ragionevolezza come criterio di valutazione comparativa degli interessi in gioco o, il che è lo stesso, della loro graduazione (...). Nei casi da ultimo esaminati, invece, all'autorità indipendente non si chiede di apprezzare e ponderare gli interessi, ma, invece, di verificare e assicurare che fra essi si mantenga un determinato equilibrio".

Torchia E., *Ibidem*, p. 64.

22 "Un'amministrazione che agisce secondo i criteri di neutralità e terzietà è, infatti, un'amministrazione posta in posizione di arbitro, chiamata a far rispettare le regole di un gioco che sono altri a giocare"; Torchia E., *Ibidem*, p. 65.

23 Con il termine «istituzionalizzazione» si indica il processo sociale di costruzione di una istituzione, i cui elementi fondamentali sono l'esistenza di un *corpus* di norme sul suo funzionamento, di una struttura organizzativa autonoma e funzionale e la realizzazione di procedure di reclutamento e socializzazione del personale. Cfr. La Spina A. e Majone G., *Lo Stato Regolatore*, cit., p. 303.

24 Cfr. La Spina A. e Majone G., *Ibidem*, p. 303.



I primi riguardano la nomina dell'autorità garante da parte di un'istituzione politica (il parlamento per l'*ombudsman* e per il garante; il consiglio – comunale, provinciale o regionale – nel caso del difensore civico), la competenza di settore<sup>25</sup> e l'esperienza di prestigio.

Per quanto riguarda le problematicità, è possibile distinguerle in due classi: teoriche e pratiche. Le prime riguardano i rapporti istituzionali e le competenze attribuite. Bisogna fare attenzione a non confondere il garante con il difensore civico. Quest'ultimo, infatti, è stato istituito in Italia attraverso la legislazione regionale, provinciale e comunale. Il ricorso a tali strumenti normativi ha circoscritto le competenze del difensore civico agli ambiti del diritto civile, della contrattazione e dell'infortunistica, escludendo quelli del diritto penale, dell'ordine pubblico e della sicurezza, su cui vige la riserva di legge statale. Inoltre, occorre indagare quali siano gli effettivi poteri attribuiti al garante e ai suoi rapporti con le autorità istituzionali. Le difficoltà pratiche riguardano l'operatività dell'istituzione, ferma restando la composizione monocratica prevista dal disegno di legge unificato di cui ci occuperemo più avanti.

### **3. Poteri e ruolo del garante nelle intenzioni del legislatore.**

Nel tentativo di sciogliere questi nodi interpretativi, è utile approfondire le intenzioni del legislatore attraverso l'esame del dibattito parlamentare. L'istituzionalizzazione del garante delle persone private della libertà personale tarda a realizzarsi in ambito nazionale<sup>26</sup>.

Già nel corso della precedente legislatura, la XIV, erano state presentate proposte di legge dagli onorevoli Pisapia, Mazzoni e Finocchiaro, a cui aveva fatto seguito una rilevante attività conoscitiva in materia, attraverso numerose audizioni, e la costituzione, l'11 dicembre 2003, di un comitato ristretto. Tutto ciò aveva prodotto un

---

<sup>25</sup> I settori di competenza sono specificati di volta in volta dalla legge istitutiva.

<sup>26</sup> Molti sono i comuni, le province e le regioni che hanno provveduto a istituire il garante delle persone private della libertà personale. Per rendersi conto della rilevanza quantitativa del fenomeno basta navigare in internet e immettere in un qualsiasi motore di ricerca l'espressione «garante delle persone private della libertà personale»: vengono fuori circa 254.000 risultati, riguardanti le leggi comunali, provinciali e regionali istitutive dell'organo di garanzia, oltre che le sedute parlamentari e le discussioni all'interno dei partiti dedicate all'argomento.

testo di legge unificato, adottato, nella seduta del 27 gennaio 2004, dalla I commissione quale documento base. Il dibattito parlamentare non aveva avuto un esito soddisfacente; infatti, il disegno di legge non era stato approvato, apparentemente, per ragioni di carattere finanziario: l'organico dell'ufficio *istituendo* avrebbe dovuto essere composto da personale fuori ruolo delle amministrazioni pubbliche, senza tenere conto dei "connessi profili problematici per le relative amministrazioni di provenienza e soprattutto gli indubbi aspetti negativi per la finanza pubblica; (...) anche a parere della V commissione bilancio sembra impossibile reperire una idonea copertura, atteso che lo stesso Governo ha indicato la propria intenzione, contenuta nel disegno di legge finanziaria per il 2006, di modificare le modalità di finanziamento delle autorità amministrative indipendenti, le quali sono ora chiamate a ricorrere all'autofinanziamento"<sup>27</sup>. L'esame della proposta era stato sospeso per individuare, in modo preciso, le risorse economiche finanziarie. La XIV legislatura si è conclusa e la copertura economica non è stata trovata, con conseguente decadenza dei progetti di legge.

Nel corso della XV legislatura sono state presentate altre proposte<sup>28</sup>, anche in questo caso unificate, il cui contenuto ricalca quello delle precedenti e si arricchisce delle disposizioni riguardanti l'*istituenda* commissione nazionale per la promozione e la tutela dei diritti umani, di cui il garante costituisce una sezione specializzata per la tutela delle persone detenute o private della libertà personale<sup>29</sup>. È previsto che il garante sia un organo collegiale costituito dal presidente della commissione, da quattro membri da lui scelti nell'ambito della medesima commissione, di

---

27 Luciano Dussin, Fontanini, Questione pregiudiziale per motivi di merito, seduta n. 697 del 27.10.2005, p. 15, in [www.associazioneantigone.it/NLAntigone25.html](http://www.associazioneantigone.it/NLAntigone25.html).

28 Proposta di legge n. 626 del deputato Mazzoni presentata il 10 maggio 2006 "Istituzione del difensore civico delle persone private della libertà personale"; proposta di legge n. 1040 dei deputati Mascia; Forgiane, Farina Daniele, Frias, Russo presentata il 12 giugno 2006 "Istituzione del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale"; proposta di legge n. 1441 dei deputati Boato e Mellano presentata il 21 luglio 2006 "Istituzione del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale"; proposta di legge n. 2018 d'iniziativa del deputato De Zelueta "Istituzione della Commissione italiana per la promozione e la tutela dei diritti umani, in attuazione della risoluzione n. 48/134 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993".

Cfr. <http://www.camera.it/dati/lavori/>.

29 I commissione permanente (affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni) seduta del 17 gennaio 2007 in

<http://www.camera.it/dati/leg15/lavori/stampati/html/testoarticoli/15PDL0019701.html>

cui due tra quelli eletti dalla camera dei deputati e due tra quelli eletti dal senato della repubblica, tenuto conto delle specifiche competenze; che sia un organo indipendente e autonomo e che «cooperi» con i garanti dei diritti delle persone private della libertà personale, o figure analoghe, ove istituiti, in ambito regionale, provinciale o comunale, nello svolgimento delle sue funzioni; inoltre, è proposto che esso prenda in esame le loro segnalazioni, avvalendosi, anche, dei loro uffici e del relativo personale sulla base di apposite convenzioni. In nessun caso, però, il garante può delegare l'esercizio delle sue funzioni.

Le funzioni di garanzia riguarderebbero:

- 1) la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia sia conforme alle norme e ai principi stabiliti dalla costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, dalle leggi statali e dai regolamenti;
- 2) l'adozione di determinazioni in ordine alle istanze e ai reclami che gli sono rivolti;
- 3) la verifica della idoneità delle strutture edilizie pubbliche alla salvaguardia della dignità nel rispetto dei diritti fondamentali;
- 4) la verifica delle procedure seguite e delle modalità di trattenimento presso le camere di sicurezza delle caserme dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza e presso i commissari di pubblica sicurezza;
- 5) il rispetto degli ordinamenti e delle procedure previsti dal regolamento penitenziario in materia di lavoro, domestico ed esterno, e di determinazione delle mercedi<sup>30</sup>.

È previsto che, nell'esercizio delle funzioni, il garante:

- 1) possa visitare, senza necessità di autorizzazione e

---

<sup>30</sup> Gli articoli dell'ordinamento penitenziario che disciplinano questi aspetti sono l'art. 20 (Lavoro), l'art. 20-bis (modalità di organizzazione del lavoro), l'art. 21 (lavoro all'esterno), l'art. 21-bis (assistenza all'esterno dei figli minori), l'art. 22 (determinazione delle mercedi) e l'art. 23 (Remunerazione e assegni familiari).

- di preavviso, gli istituti penitenziari, penali per i minorenni e di permanenza e assistenza temporanea, gli ospedali psichiatrici, le caserme, ecc. accedendo, senza nessuna restrizione, a qualunque locale e garantendo, comunque, la riservatezza degli eventuali colloqui;
- 2) prenda visione dei documenti contenuti nel fascicolo della persona ristretta, tranne quelli coperti da segreto d'indagine; in quest'ultimo caso o nell'ipotesi di diniego può chiedere al magistrato di sorveglianza territorialmente competente che possa prenderne visione;
  - 3) possano essergli indirizzati reclami ex art. 35 n.2 della legge penitenziaria 354/1975<sup>31</sup>;
  - 4) in caso i reclami siano fondati, possa raccomandare alle amministrazioni di agire in conformità delle norme e, nel caso in cui queste siano ancora inadempienti, il garante possa adire gli organi competenti gerarchicamente superiori, attivando un procedimento disciplinare.

Infine, il disegno di legge unificato stabilisce che il garante presenti al parlamento, ogni 30 aprile, una relazione annuale e possa produrre relazioni *ad hoc* ogniqualvolta ne ravvisi la necessità per la gravità o l'urgenza della situazione.

Il dibattito politico e l'attività consultiva delle commissioni evidenziano molti aspetti problematici che rallentano l'istituzione e la configurazione dell'*authority*. L'*iter* di approvazione è stato rallentato dall'ostruzionismo della minoranza nonostante che: 1) la stessa opposizione abbia dichiarato di condividere la necessità di un'*authority*

---

31 Art. 35. DIRITTO DI RECLAMO

"I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa:

- 1) al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e al Ministro della giustizia;
- 2) al magistrato di sorveglianza;
- 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto;
- 4) al presidente della Giunta regionale;
- 5) al Capo dello Stato".

In <http://bd01.deaprofessionale.it/FulShow> .

a tutela dei diritti umani<sup>32</sup>; 2) tra le proposte di legge in esame, la n. 626 è stata presentata da una deputata di un partito di minoranza.

A parte l'uso di una terminologia diversificata (alcune proposte propongono l'istituzione di un «garante», altre quella di un «difensore civico»), lo scontro politico si concentra su aspetti sostanziali:

- la collocazione dell'*authority* nell'ordinamento giuridico rispetto al potere giudiziario, in particolar modo alla magistratura di sorveglianza;
- le modalità di interazione con i garanti regionali, provinciali e comunali, ove istituiti;
- il fenomeno del cosiddetto «turismo carcerario»;
- la copertura finanziaria dell'istituzione.

Condizione indiscussa è che l'*istituenda authority* sia un organo indipendente e terzo rispetto alle amministrazioni dell'interno, della giustizia e della difesa con poteri di controllo, di ispezione e garanzia nei confronti dei soggetti privati della libertà personale. Qui il richiamo è all'esperienza dell'*ombudsman* carcerario, e, soprattutto, al suo ruolo di mediatore tra l'amministrazione e la popolazione detenuta<sup>33</sup>.

Il primo punto critico enucleato riguarda il paventato rischio di sovrapposizione delle competenze di questo organo su quelle della magistratura di sorveglianza, istituzione incaricata di controllare e di garantire le modalità di esecuzione penale. I deputati proponenti ritengono che l'istituzione del garante alleggerisca il carico di lavoro dell'autorità giudiziaria e che egli goda, inoltre, di una vicinanza solidale alla popolazione interessata tale da comprendere le problematiche condizioni ambientali e sociali delle istituzioni del controllo penale in

---

32 "Il mio gruppo [AN, ndr] è da sempre fortemente sensibile all'intera problematica dei diritti umani, provenienti dal diritto naturale e dalle sue articolazioni e traduzioni negli ordinamenti nazionali e internazionali. I diritti umani, infatti, si fondano su una base, se non ideologica, di principio, relativa alla centralità del diritto alla persona" (Domenico Benedetti Valentini, seduta n. 85 del 12.12.2006, p. 13).

In [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_).

33 Bisogna precisare che quando parliamo di popolazione detenuta non facciamo riferimento solo ai soggetti ristretti in un istituto di pena, ma anche a tutti coloro che sono fermati nei commissariati di polizia, nelle caserme dei carabinieri, nei centri di permanenza temporanea, nelle strutture psichiatriche giudiziarie e negli istituti penali minorili; in sostanza il garante ha competenza su tutte le istituzioni del controllo penale.

modo adeguato. In questa prospettiva l'*authority* non deve avere "un ruolo antagonista: egli concorre con la magistratura di sorveglianza affinché il principio della certezza della pena abbia attuazione in conformità della persona"<sup>34</sup>. A sostegno di ciò, da più parti della attuale maggioranza si richiama la sentenza della corte costituzionale n. 26 dell'11 febbraio 1999<sup>35</sup> che dichiara l'incostituzionalità dell'articolo 35 delle legge penitenziaria che disciplina l'istituto del reclamo da parte dei detenuti avverso atti dell'amministrazione penitenziaria, poiché il procedimento in esame non sarebbe uno strumento di tutela qualificabile come giurisdizionale<sup>36</sup>. "Al garante verrebbe attribuito un ruolo preventivo, mediatorio e propositivo rispetto alle legittime richieste dei detenuti. Il garante avrebbe, inoltre, un'importante funzione di deterrenza rispetto al rischio di abusi, siano essi lievi o gravi, che, purtroppo, non sono infrequenti e che raramente vengono denunciati per motivi facilmente intuibili, tra cui il rischio di inammissibili ma possibili ritorsioni o addirittura atti vendicativi"<sup>37</sup>. L'attività dell'*authority* è concepita anche come strumento di supporto alla magistratura oberata dall'eccessivo carico di lavoro e dalla carenza di organico<sup>38</sup>. Sul punto, la commissione giustizia ha espresso, rispetto al testo in esame, parere favorevole con condizione, dando lo spunto alla

---

34 Marco Boato, seduta 21 luglio 2006, relazione, p. 1, in [http://www.camera.it/\\_dati/leg15/lavori/schedela/apritelecomando.asp?codice=15PDL01441](http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/schedela/apritelecomando.asp?codice=15PDL01441)

35 Con sentenza 8-11 febbraio 1999 n. 26 (in Gazzetta Ufficiale 17 febbraio 1999, n. 7, Serie Speciale) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 35 e 69, nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.

In <http://bd01.deaprofessionale.it/cgi-bin/FulShow>

36 "Oggi, in base all'articolo 69 della legge n. 354 del 1975, relativo alle funzioni e ai poteri conferiti al magistrato di sorveglianza, in quel contesto sono solo due i casi considerati, che consentono l'impugnazione davanti alla Corte di Cassazione: tutti gli altri reclami, invece, vengono disattesi o, comunque, non trovano riscontro, né seguono questo percorso giurisdizionale". Graziella Mascia, seduta n. 85 del 12.12.2006, p. 4, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&con...](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&con...)

37 Mascia, seduta n. 85 cit., p. 5, in

[http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&con...](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&con...)

38 "L'eccessivo cumulo di funzioni poste a carico della magistratura di sorveglianza, sempre più giudice delle misure alternative e, conseguentemente, sempre meno in grado di esercitare funzioni di controllo sull'esecuzione della custodia dei detenuti e degli internati, nonché dei soggetti sottoposti a misure cautelari in carcere, ed anche la carenza di organico della magistratura di sorveglianza rendono indispensabili nuove forme e strumenti di controllo della legalità nei luoghi di detenzione, senza ovviamente mettere in discussione quelli già esistenti" (Mascia, *ibidem*).

opposizione parlamentare per sottolineare la prevedibile "interferenza dell'attività del garante con i compiti non sopprimibili affidati dall'ordinamento alla magistratura di sorveglianza"<sup>39</sup>. Si denuncia che "la norma raddoppia gli organismi creando una confusione istituzionale e funzionale. (...) La magistratura di sorveglianza non ha raggiunto tutti i suoi obiettivi e non sembra disporre di tutti gli strumenti idonei e sufficienti; (...) qual è la cosa giusta da fare? Potenziarla, renderla adeguata, migliorarne la potenzialità operativa"<sup>40</sup>. Di fronte a queste obiezioni, la parte proponente ha sottolineato la sua attenzione verso il principio di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale e il rispetto delle competenze della magistratura di sorveglianza: "Sotto questo profilo, la commissione di merito (...) ha formulato una proposta per noi adesso assolutamente rassicurante. A tale riguardo, ricordo che, nel testo riproposto all'Assemblea, la magistratura di sorveglianza continuerà a svolgere una funzione di decisione sui reclami. Ciò emerge nettamente dal comma 5 dell'articolo 13<sup>41</sup> nel quale si stabilisce esplicitamente che all'autorità garante viene riservato soltanto un compito di istruzione"<sup>42</sup>. Accanto a questa missione, si evidenzia una funzione di «filtro» per i molti provvedimenti che sarebbero sottoposti all'esame della magistratura di sorveglianza e che verrebbero trattati, invece, dalla commissione di garanzia; "laddove questa funzione di magistratura di persuasione da parte della commissione non abbia esito positivo, si trasmette il reclamo al magistrato di sorveglianza"<sup>43</sup>.

---

39 Domenico Benedetti Valentini, I Commissione Giustizia, seduta del 6 dicembre 2006, p. 1, in [http://www.camera.it/\\_dati/lavori/bollet/200612/1206/html/01/comunic.htm](http://www.camera.it/_dati/lavori/bollet/200612/1206/html/01/comunic.htm)

40 Domenico Benedetti Valentini, seduta n. 85 del 12.12.2006, p. 14, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&con...](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&con...)

41 Testo unificato della Commissione, *Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e la tutela dei diritti umani e del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Articolo 13 comma 5:

"Se gli uffici sovraordinati decidono di non accogliere la richiesta, il Garante trasmette il reclamo al magistrato di sorveglianza, che decide ai sensi dell'articolo 69, comma 6, della legge 26 luglio 1975, n. 354"; in [http://www.camera.it/\\_dati/leg15/lavori/stampati/html/testoarticoli/15PDL0019701.html](http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/stampati/html/testoarticoli/15PDL0019701.html)

42 Federico Palomba, seduta n. 141 del 4 aprile 2007, p. 9, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/)

43 Marco Boato, seduta n. 141 del 4 aprile 2007, p. 15, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/)

Inconsapevolmente le parti contendenti si appellano a categorie concettuali note alle scienze sociali, quali quelle della «legittimazione», del «ruolo» e della «procedura selettiva»<sup>44</sup>, che ci serviranno, più avanti, come strumenti interpretativi. Preliminarmente, possiamo notare che la commissione di garanzia e il garante, nell'esercizio delle loro funzioni, non hanno il potere di sanzionare l'amministrazione per l'adozione di un atto lesivo o per la realizzazione di un abuso; essi non possono regolamentare, con efficacia vincolante, l'attività amministrativa; ma, in qualità di organi di garanzia e di controllo di legittimità dell'azione pubblica, possono richiamare l'attenzione su criticità, errori, o quant'altro. Le raccomandazioni – prodotto della loro attività istituzionale – non hanno valore di sentenze né producono effetti vincolanti; possono, però, attivare meccanismi disciplinari o sanzionatori da parte delle istituzioni competenti.

Altro punto di discussione riguarda l'elaborazione delle modalità di interazione con i garanti regionali, provinciali e comunali, ove istituiti. Il testo unificato dalla I commissione permanente propone un modello di «cooperazione» con garanti o figure analoghe che operano in ambito regionale, provinciale o comunale, laddove istituiti, anche avvalendosi dei loro uffici e personale sulla base di apposite convenzioni con l'ente. Ma in nessun caso il garante può delegare l'esercizio delle sue funzioni<sup>45</sup>. Sebbene questa disciplina appaia semplice e chiara, dalla sua analisi emergono diversi aspetti delicati: il contenuto sostanziale della attività di cooperazione; il ricorso alla tecnica regolativa della convenzione; la possibilità di utilizzare gli uffici e il personale dell'ente coinvolto<sup>46</sup>.

---

44 A mero titolo esemplificativo – molteplici sono stati gli autori che hanno indagato le nozioni di «ruolo», «legittimazione» e «procedura selettiva» - cfr. Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983; trad. it. Febbrajo A. (a cura di), *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995.

45 Testo unificato della Commissione, *Istituzione della Commissione nazionale per la promozione e la tutela dei diritti umani e del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, Articolo 10; in [http://www.camera.it/\\_dati/leg15/lavori/stampati/html/testoarticoli/15PDL0019701.html](http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/stampati/html/testoarticoli/15PDL0019701.html).

46 Le regioni che già da tempo hanno provveduto ad istituire la figura del garante delle persone detenute o di uno specifico difensore civico delle persone private della libertà personale sono il Lazio, la Campania, il Veneto, la Sicilia, la Puglia e l'Umbria, la Lombardia; in altre (il Piemonte, la Liguria, l'Emilia Romagna, la Sardegna e l'Abruzzo) è in corso l'iter di approvazione delle proposte di legge istitutive. La provincia di Milano si è dotata di un garante provinciale dei detenuti. Numerosi comuni (Roma, Bologna, Genova, Torino, Nuoro, Brescia, Reggio Calabria, Pesaro, Biella, San Severo, ecc.) hanno deliberato l'istituzione di figure analoghe (garante o difensore civico *ad hoc*) e in alcuni di questi l'*authority* è già operativa.



L'attore proponente non ha tenuto conto delle differenti competenze delle autorità regionali e di quelle nazionali: sulle materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'esecuzione penale vige il principio di riserva di legge; quindi, solo l'autorità statale può agire nei suddetti ambiti. È difficile ipotizzare un ampliamento delle sfere di competenze delle istituzioni locali se non attraverso un'apposita riforma della carta costituzionale. I garanti regionali "hanno una funzione diversa, legata all'attività di assistenza e sostegno che le regioni, nell'ambito delle proprie competenze, hanno nei confronti delle persone private della libertà personale. L'idea di riconoscere per legge ai garanti regionali una competenza identica a quella del garante nazionale è un fatto grave"<sup>47</sup>. "(...) Gli organismi regionali hanno esclusivamente il compito di verificare le condizioni carcerarie per vedere se vi possano essere interventi di competenza dell'amministrazione regionale o comunale al fine di sostenere e aiutare la rieducazione dei condannati"<sup>48</sup>. La questione delle competenze, facoltà e prerogative è oggetto di analisi anche da parte del Ministero della giustizia e del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, i quali stanno cercando una soluzione capace di "attribuirne la pienezza ai garanti regionali, sulla base o di un provvedimento amministrativo o di una norma apposita ed autonoma"<sup>49</sup>. Tale soluzione non è convincente nella misura in cui si intende riorganizzare l'assetto costituzionale delle competenze attraverso lo strumento normativo ordinario, se non, addirittura, ricorrendo ad un atto amministrativo<sup>50</sup>. Ancor più, il ricorso alla tecnica convenzionale per attuare forme di collaborazione tra garante regionale e garante statale – fosse anche solo per usufruire degli uffici e del personale dell'ente locale – appare, a mio avviso, un abuso di tale dispositivo regolativo in violazione delle norme costituzionali.

---

47 Seduta n. 141 del 04.04.2007, Gianpiero D'Alia, p. 12, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

48 Seduta n. 141 del 04.04.2007, Federico Palomba, p. 13, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

49 Seduta n. 141 del 04.04.2007, Luigi Manconi, Sottosegretario di Stato per la giustizia, p. 13, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

50 "In ragione di una possibile interpretazione del regolamento penitenziario". Seduta n. 141 del 04.04.2007, Luigi Manconi, Sottosegretario di Stato per la Giustizia, p. 25, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

Il fenomeno del «turismo carcerario» è strettamente connesso alla difficoltà di riempire di contenuto il suddetto rapporto di «cooperazione». Con l'espressione «turismo carcerario» si intende, ironicamente, il flusso di visite che i rappresentanti politici – locali e parlamentari – effettuano negli istituti di pena italiani. In dettaglio, il dibattito si concentra sulla opportunità di ampliare i poteri di controllo e di ispezione, e i luoghi accessibili al garante: "Abbiamo già il turismo carcerario riguardante parlamentari che spesso si recano nelle carceri, anche a causa di motivazioni non strettamente connesse alla verifica dell'organizzazione penitenziaria, adesso avremo anche il turismo nei CPT e nelle caserme di sicurezza da parte del garante dei diritti dei detenuti!"<sup>51</sup>. Nel corso del dibattito sono state poste in rilievo le differenze organizzative e di finalità istituzionali tra le strutture carcerarie e le altre istituzioni del controllo, come i CPT o le caserme della polizia. Tali diversità giustificherebbero, secondo la parte opponente, la limitazione dei poteri ispettivi e di controllo del garante ai soli istituti di pena. Inoltre, si sostiene che l'azione dell'*authority* potrebbe di fatto intralciare un adeguato esercizio delle funzioni di polizia, di indagine e di sorveglianza all'interno delle caserme e dei Centri di permanenza temporanea<sup>52</sup>. In risposta a queste perplessità, la parte politica proponente ha ricordato alcune espressioni poco felici relative alle strutture penitenziarie<sup>53</sup> a testimonianza di un

---

51 Seduta n. 141 del 04.04.2007, Roberto Cota, p.5, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

52 "La posizione dei centri di permanenza temporanea deve essere separata da tutto ciò che concerne l'ordinamento penitenziario, comprese le competenze del garante. Per le camere di sicurezza sono previsti tempi ristretti, modalità particolari d'indagine; pertanto, quando in questo comma si afferma che non vi può essere danno per le attività investigative in corso, si sostiene un qualcosa che poi, nella sostanza, non potrà essere rispettato. Quindi, diventa fondamentale tenere il garante al di fuori da questi momenti temporalmente ristretti e così delicati, soprattutto in termini di indagini di polizia giudiziaria" (Gabriele Boschetto, pp. 4-5).

" (...) immagino già le visite del garante presso i centri di permanenza temporanea; per carità, non si tratta di luoghi di villeggiatura e, certamente, tutti pensano che tali strutture debbano essere caratterizzate da condizioni di vita rispettose della dignità umana, comunque, ricordiamoci che nei CPT vi sono delle persone che non hanno dimostrato di avere documenti in regola per poter entrare nel nostro territorio. Non vorrei si sviluppasse una nuova forma di sindacalismo da parte di chi è temporaneamente ospite in questi centri di permanenza temporanea, alimentata anche da questo inutile istituto del Garante" (Roberto Cota, p. 5).

Seduta n. 141 del 04.04.2007, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/)

53 "Spiego all'onorevole Cota che, forse, il problema del turismo è legato alla concezione che gli esponenti della Lega Nord hanno nei confronti dei diritti delle persone detenute; ciò, probabilmente, fa

atteggiamento pregiudizievole verso qualsiasi riforma delle istituzioni del controllo, senza entrare nel merito della proposta.

Altra questione molto dibattuta – a mio avviso per la matrice populistica delle argomentazioni – riguarda la copertura finanziaria dell'istituenda *authority*. Richiamando le ragioni di austerità economica<sup>54</sup> che hanno guidato la elaborazione della legge finanziaria per il 2007, la parte dissenziente ha evidenziato, durante tutto il dibattito parlamentare, la necessità di ridurre il più possibile le spese, anche attraverso la riduzione numerica dei componenti della commissione, al fine di evitare un aggravio notevole della spesa pubblica. Infatti, inizialmente era previsto che la sua composizione fosse di otto membri con un'indennità annua di 2 milioni 340 mila euro<sup>55</sup>. Il testo di legge approvato dalla camera dei deputati nella seduta del 4 aprile 2007<sup>56</sup> prevede che la commissione sia composta dal presidente e da altri quattro membri e che svolga anche le funzioni del garante, nominando, tra i suoi componenti, un coordinatore per l'esercizio di tali attribuzioni. La ragione di questa rilevante riduzione risiede, ancora, nella volontà di ridurre i costi della politica, di "asciugare in termini economici questo provvedimento"<sup>57</sup>. La necessità di ridurre la spesa pubblica è stata sostenuta, durante tutto l'*iter* parlamentare, non solo dai partiti di governo – per il quale l'abbassamento dei costi politici rappresenta un punto del programma – ma anche da quelli di minoranza<sup>58</sup>

---

il paio con alcune dichiarazioni, risalenti a qualche anno fa, di rappresentanti e di ministri della Lega Nord che ritenevano le carceri assimilabili a degli *hotels* a cinque stelle. (...) Noi dobbiamo garantire il massimo dei controlli poiché è interesse del nostro paese e della società fare in modo che anche nelle carceri vi siano condizioni di vita umane anche per i detenuti". Seduta n. 141 del 04.04.2007, Roberto Giacchetti, p. 5, in

[http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

54 "La proliferazione di nuove autorità rischia di esagerare con centri di verifiche varie che non sempre sono utili – talvolta se non addirittura inutili – andando ad interferire con situazioni giuridiche esistenti". Seduta n. 85 del 12.12.2006, Gabriele Boschetto, p. 9, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

55 Seduta n. XX del 6.2.2007, p. 17, in [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

56 [http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

57 Seduta n. 141 del 4 aprile 2007, Enrico Costa, p. 9, in

[http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv\\_wai.asp?header=0&content=/\\_dati/](http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv_wai.asp?header=0&content=/_dati/).

58 "Poco fa, onorevoli colleghi, proprio scambiando delle opinioni con alcuni studenti, giovani cittadini, qui in visita, da loro ci è stato chiesto come intendiamo limitare, non genericamente, ma in

per ostacolare, a mio avviso, l'approvazione del testo in esame. La scarsità di risorse sembra usata come uno strumento di mera opposizione politica e di raccolta del consenso collettivo, a prescindere dalla valutazione delle reali esigenze – strutturali ed economiche – dell'istituenda *authority* al fine di garantirle un corretto ed esaustivo funzionamento. Il dibattito politico ha prodotto un esito deludente: sebbene le funzioni di garanzia e controllo e il loro esercizio non abbiano conosciuto revisioni rilevanti, il taglio numerico dei componenti la commissione e dell'ufficio del garante potrebbe rappresentare un ostacolo al processo di implementazione delle politiche penitenziarie. È difficile immaginare che una sola persona possa vagliare le situazioni problematiche (segnalate o di cui ha avuto conoscenza diretta) su tutto il territorio nazionale. Senz'altro non è un caso che il legislatore abbia utilizzato il termine «coordinatore», come se il garante debba coordinare l'azione di garanzia e controllo svolta a livello locale dalle varie figure a ciò deputate. Il testo di legge in esame è stato trasmesso al senato il 5 aprile 2007 per il suo esame<sup>59</sup>; ma il suo *iter* parlamentare si è inspiegabilmente interrotto.

Durante la XVI legislatura sono state presentate ben due proposte di legge, ma entrambe non sono state discusse né dalle camere parlamentari né dalle commissioni<sup>60</sup>. Esse, riprendendo i punti salienti dei disegni di

---

concreto, i costi della politica e degli organismi che andiamo ad istituire anno dopo anno. La risposta non è stata facile (era molto imbarazzante). Quando abbiamo riflettuto sul fatto che stavamo per istituire un organismo, pletorico di per sé, nel quale ciascuno dei suoi componenti percepirà un'indennità vertiginosa, effettivamente ci siamo sentiti a disagio sulle nostre poltrone. Questo emendamento sottoscritto da me e da altri colleghi di Alleanza nazionale, identico a quello del collega Palomba, quindi di un gruppo della maggioranza – sempre che non dismetta i suoi propositi – è teso a raggiungere quanto meno una mediazione: si scende da otto a quattro, prevedendo che ciascuno dei due rami del parlamento, nel votare i due membri, esprima un voto limitato, affinché la maggioranza e l'opposizione possano essere rappresentate nella delegazione di entrambe le Camere (...). Mi viene da pensare al problema della lottizzazione politica. Tutto ciò ci costringe ad interpellare la nostra coscienza e il nostro senso delle istituzioni". Seduta n. XX del 6.2.2007, Domenico Benedetti Valentini, pp. 18-19, in <http://www.camera.it/cartellecomuni/leg15/include/chiamaconv>

59 <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Ddlpress&leg=15&id=00262121&offset=>

60 Si tratta della proposta di legge n. 2702 d'iniziativa dei deputati Bernardini, Beltrandi, Farina, Coscioni, Mecacci, Maurizio Turco, Zamparutti presentata il 21 settembre 2009, "Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale, nonché modifiche agli articoli 35 e 69 della legge 26 luglio 1975 n. 354 in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti" (il cui testo è disponibile alla pagina [http://www.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/\\_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029350.pdf&back\\_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL](http://www.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029350.pdf&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL)

legge esaminati nella legislatura precedente, sottolineano la necessità di coordinare a livello nazionale quanto accade territorialmente perché “l’articolazione locale è garanzia di effettività e di reale presa in carico di quei micro-problemi che costituiscono l’origine dei conflitti in ambito penitenziario”<sup>61</sup>; inoltre, ribadendo la specificità delle competenze, le recenti iniziative parlamentari richiamano la logica e i principi della mediazione riaffermando la posizione di complementarità del garante rispetto alla magistratura di sorveglianza.

La necessità dell’istituzione di un garante penitenziario è sentita anche dall’amministrazione penitenziaria, la quale ha partecipato con l’Associazione Antigone ad una ricerca “Progetto europeo Agis 2004 – Libertà individuali”, che ha censito le forme di tutela delle persone private della libertà personale in Europa, al fine di valutarne l’impatto con la figura del garante. I risultati hanno aiutato alla configurazione dell’*authority* sia per quanto attiene ai criteri di selezione (presupposto indispensabile è la conoscenza e la preparazione specifiche in materia di tutela dei diritti dei detenuti, di immigrazione e di organizzazione amministrativa), sia rispetto all’oggetto della sua attività di controllo e tutela (l’ufficio deve verificare la veridicità dei fatti contestati per poi intervenire con gli strumenti a sua disposizione) e agli strumenti e alle risorse – umane ed economiche – disponibili:

Un’autorità che secondo il modello proposto dalla ricerca dovrebbe racchiudere tre fondamentali caratteristiche: l’indipendenza, con nomina parlamentare, riconoscimento nazionale, in quanto solo un riconoscimento a livello nazionale assicura una tutela “forte” alla violazione dei diritti e

---

<http://www.camera.it/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029350.pdf>) e della proposta di legge n. 4004 d’iniziativa dei deputati Corsini, Braga, Brandolini, Castagnetti, Cavallaro, Cenni, Ciriello, Codurelli, Concia, de Biasi, Ferrari, Fiano, Gneccchi, Graziano, Lucà, Marchi, Mariani, Rosato, Verini, Zaccaria presentata il 12 gennaio 2011, “Istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale” (il cui testo è disponibile alla pagina <http://farmsite.net/processo/wp-content/uploads/2011/01/PDL-C.-4004-Istituzione-del-Garante-nazionale-dei-detenuti.pdf>). Quest’ultima risulta assegnata nella seduta del 16 febbraio 2011 alla I commissione affari costituzionali in sede referente.

61 Relazione alla proposta di legge n. 2702 disponibile alla pagina [http://www.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A/www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029350.pdf&back\\_to=http%3A/www.camera.it/126%3FPDL%3D2702%26leg%3D16%26tab%3D2](http://www.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A/www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0029350.pdf&back_to=http%3A/www.camera.it/126%3FPDL%3D2702%26leg%3D16%26tab%3D2), pp. 2-3.

articolazione locale che può variare a seconda della grandezza del territorio, quindi, del numero dei detenuti, che è garanzia di reale presa in carico di quei micro-problemi che spesso costituiscono l'arena dei conflitti in ambito penitenziario<sup>62</sup>.

Si evidenzia, così, la necessità di configurare l'*authority* con una articolazione locale, tenendo conto, però, delle differenti competenze del garante nazionale e di quello regionale, provinciale e comunale, e senza dimenticare il principio di riserva di legge statale in materia di esecuzione penale.

#### 4. Attività dell'*ombudsman* nell'area di *common law*.

La concettualizzazione di un organo di garanzia e tutela dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha origine in un preciso contesto giuridico, quello comunemente chiamato di *common law*. Non è casuale che l'esigenza di istituire un'*authority* sia sorta in questa area. Concentrando l'attenzione sul bacino originario di diffusione, è possibile individuare un elemento che accomuna i diversi paesi che ne fanno parte:

In un'ideale suddivisione del mondo occidentale che tenga conto delle modalità con cui i diritti di cittadinanza sono sorti e si combinano, questi paesi possono essere definiti *societari*<sup>63</sup>: qui sono gli assetti sociali a informare l'organizzazione pubblica e di governo, mentre nei modelli *statalisti* viceversa è lo stato che tende a proiettarsi sulla società (...). La sequenza temporale di diffusione potrebbe essere la seguente:

*area scandinava ---- paesi anglosassoni ---- resto del mondo*<sup>64</sup>.

---

62 Arzone R., *Quale garante?*, in "Le Due Città – Periodico mensile ufficiale dell'amministrazione penitenziaria".

Cfr. <http://www.leduecitta.com/articolo.asp?idart=1741>.

63 Zincone G., *Da sudditi a cittadini*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 83-84.

64 "L'*ombudsman* incarna alla perfezione lo *spirito* dei modelli istituzionali societari. In questi paesi l'estensione dei diritti avviene in genere più per richieste dal basso che per una strategia di integrazione dall'alto. Il grado di coesione interna è elevato, e anche la conflittualità verso l'esterno è piuttosto bassa. L'economia è forte a sufficienza da non dover ricorrere con troppa frequenza a sussidi centralizzati, la transizione verso la democrazia e il consolidamento della *rule of law* sono graduali". Cominelli L., *Il*

Così come, il ritardo con cui il legislatore italiano sta elaborando la configurazione del garante penitenziario ha, a mio avviso, un significato sociale e giuridico.

Attraverso l'analisi dell'esperienza maturata dal *prisons and probation ombudsman* negli ordinamenti cosiddetti di *common law*, si possono tracciare varie considerazioni.

Innanzitutto rileval' ampiezza della sua diffusione. L'*ombudsman* penitenziario è presente in ordinamenti giuridici tra loro molto diversi per la storia istituzionale e culturale, per le dimensioni e per il contesto socio-economico (il Regno Unito, gli Stati Uniti, l'Australia, la Cina, la Corea, il Giappone l'Indonesia, la Bolivia, la Colombia, l'Ecuador il Perù, il Sudan, ecc)<sup>65</sup>. Nonostante le matrici culturali e i percorsi di costruzione istituzionale siano differenti, l'istituzione di un'*authority* penitenziaria accomuna queste diverse esperienze, a tal punto che i numerosi *ombudsmen* si riuniscono periodicamente per confrontarsi e per contribuire, ciascuno con la propria esperienza, all'elaborazione di *good practices*. Consapevoli della diversificazione politica, sociale ed economica dei propri contesti di azione, a cui corrispondono differenti approcci alle tecniche di tutela dei diritti<sup>66</sup>, i garanti individuano il

---

*mediatore europeo*, cit., p.92.

65 Tra gli altri, Booze, *Jail and No Justice*, in "New Internationalist", nov. 1999, issue 318, p.5, c. 1; Langlois D., *Obstacles à la surveillance du système pénal en pays andins: l'exemple bolivien*, in « Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice », Apr. 2006, vol. 48, issue 2, pp. 197-221; Mc Beth J., *The Enforcer*, in "Far Eastern Economic Review", 05/08/2000, vol. 163, issue 20, p. 26, 1p, 1c; Milne K., *Prison Ombudsman Faces Resistance*, in "New Statesman & Society", 5/19/1995, vol. 8, issue 353, p. 8; *Rise in self-harm prompts questions*, in "Community Care", 7/28/2005, issue 1583, p. 7; Severinatiné M., *Ombudsman's Decisions*, in "Journal of Social Welfare and Family Law", feb. 1998, vol. 20, issue 1, pp. 91-98; Idem *The Prisons Ombudsman: Annual Report 1998-99*, in "Journal of Social Welfare & Family Law", nov. 1999, vol. 21, issue 4, pp. 389-397; Idem, *Ombudsman's Section*, in "Journal of Social Welfare and Family Law", feb. 2001, vol. 23, issue 1, pp. 93-101; Sherlock S., *Combating corruption in Indonesia? The Ombudsman and the assets auditing commission*, in "Bulletin of Indonesian Economic Studies", vol. 38, n. 3, 2002, pp. 367-383; Snell P., *News in brief*, in "Community Care", 1/8/2004, issue 1504, pp. 7-11; Taylor A., *Prisons watchdog calls for probe on staff's treatment of detainees*, in "Community Care", 7/28/2005, issue 1583, p. 12.

66 "The respect which attaches to each ombudsman's office naturally varies by national region and government level. Equally variable are expertise, staff size, and salary. Many ombudsmen are former judges; an even greater number, but by no means all are trained in law. Offices with wide jurisdiction generally have lawyers on their staff. Political realities and national sensitivities surface in any international conference. This one was no exception". Henham R., *Some Alternative Strategies for Improving the effectiveness of the English Prisons Ombudsman Scheme*, in "Howard Journal of Criminal Justice", Aug. 2000, vol. 39, issue 3, pp. 290-306; Stieber C., *Government Ombudsmen Share Global Complaints: Notes*

comune denominatore della loro attività nella funzione di controllo di legittimità degli atti della pubblica amministrazione:

The very existence of an ombudsman offers a neutral prepared to investigate maladministration in high or low places. It offers assurance to even the most humble citizens that their complaints will be heard. At the least, it assures that the issues will be clarified and explained (...). Ombudsmen fear a loss of their independence – the hallmark of their trade – but they seem to recognize that the vitality of their role is linked strongly to the political, social and economic environment of the society in which each of them works<sup>67</sup>.

Un secondo aspetto importante è che l'azione dell'*ombudsman* è sempre messa in relazione con l'attività di implementazione delle politiche sociali da parte degli attori formali e non. Evidenti presupposti sono l'esistenza di una efficiente rete di collaborazione tra le istituzioni e gli attori, e la presenza attiva del garante, il quale, grazie alle sue caratteristiche strutturali (posizione di mediatore, informalità e competenza di settore), riesce a fornire le soluzioni migliori:

The work of public institutions such as the Defensor del Pueblo (Ombudsman) helps to mitigate the ongoing arbitrariness of penitentiary administration. In addition, the fact that there are constitutional tribunals and agencies such as the Defensor del Pueblo and NGOs [non governmental organizations, *n.d.r.*] can seek help from international prisoners' rights bodies strengthens actual recognitions of those rights<sup>68</sup>.

È bene precisare che in alcuni paesi il processo di istituzionalizzazione dell'*ombudsman* non è ancora compiuto. A titolo esemplificativo, possiamo citare il caso dell'Indonesia, dove nel 2000

---

from Canberra, in "The Arbitration Journal", June 1989, Vol. 44, No. 2, p. 44.

67 Stieber C., *Government Ombudsmen Share Global Complaints*, cit., p.46.

68 Langlois D., *Obstacles à la surveillance du système pénal en pays andins*, cit., p. 197.



è stata istituita la commissione nazionale dell'*ombudsman* (*Komisi Ombudsman Nasional*, KON) con lo scopo di controllare l'attività della pubblica amministrazione, di investigare i casi sospetti e di rivolgere raccomandazioni alle *agencies* interessate. Ma, nella pratica, il KON appare essere «*a paper tiger*»:

It is critically lacking in the power of enforcement. It cannot compel agencies or individual government servants to respond to its inquiries, to release documents or other information, or to allow it access to their premises. It also cannot enforce its recommendations or compel agencies to act on its advice (...). The ombudsman is a Magistrate of Influence not a Magistrate of Sanctions (...) the recommendations of the Commission are not legally but morally binding<sup>69</sup>.

Risultato di questa condizione è che la dilagante corruzione – fenomeno per combattere il quale il KON è stato istituito – continua a prosperare in un contesto istituzionale e politico immutato<sup>70</sup>.

L'esempio ci conferma che la sola istituzione formale dell'*authority* non è sufficiente a garantire l'efficacia della sua azione di controllo e garanzia. Questo problema è risolto a monte laddove il processo di istituzionalizzazione ha origine da una reale esigenza della collettività: in questo caso il potere sociale indirizza e si identifica con quello istituzionale. Il caso indonesiano non integra, probabilmente, questa fattispecie, la quale sembra realizzabile limitatamente al modello «societario» proposto da Cominelli.

L'istituzione di *authorities* indipendenti rappresenta, nei paesi dell'area di *common law*, un'esperienza oramai consolidata di interazione e supporto con la pubblica amministrazione. Gli studiosi concordano sull'opportunità di istituire *agencies*, le quali apportano

---

<sup>69</sup> Sherlock S., *Combating corruption in Indonesia?*, cit., p. 369.

<sup>70</sup> "International research suggest that official efforts to eliminate corruption are effective only as part of a coordinated campaign to reform administration, policy making, legislative institutions and the judiciary (...). In Indonesia the problem is that most of those empowered to take such initiatives have no incentive to do so because they profit from the *status quo*", Sherlock S., *Combating corruption in Indonesia?*, cit., p. 367.

un contributo competente al superamento di situazioni di *empasse* o di *maladministration*, sebbene non manchino osservazioni sulla loro sostanziale difficoltà di azione rispetto alla triade dei poteri istituzionali. Emblematiche sono le argomentazioni di Bruce Ackerman, le quali sostengono la necessità di concepire il principio di separazione dei poteri come una «dottrina della specializzazione funzionale»<sup>71</sup>:

I costituzionalisti dovrebbero perciò ampliare la loro prospettiva fino a farle abbracciare i diversi problemi strutturali collegati al controllo della quarta branca del governo: l'apparato burocratico-amministrativo<sup>72</sup>.

Nella sua indagine del sistema costituzionale, l'autore avanza due proposte di integrazione: 1) la «branca dell'integrità», la quale, istituita per sconfiggere la dilagante corruzione dell'apparato statale, "dovrebbe essere armata di poteri e incentivi che le rendano possibile impegnarsi in una vigilanza continua" e che garantisca "una forte giustificazione costituzionale per la separazione dei poteri"<sup>73</sup>; 2) la «branca regolatrice», che funzioni da «cinghia di trasmissione», grazie alla quale gli "esperti" semplicemente articolino le norme già presenti nell'ordinamento giuridico. Ciò che occorre è un'architettura costituzionale che preveda l'esigenza di una legiferazione suppletiva di origine burocratico-amministrativa, e che si ponga i conseguenti problemi di legittimazione<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Ackerman B., *The New Separation of Power*, in "Harvard Law Review", vol. 113, n. 3, January 2000, pp. 633-729; trad. it., *La nuova separazione dei poteri*, Roma, Carocci, 2003.

<sup>72</sup> L'esegesi testuale della costituzione americana potrebbe essere costruita "ad un livello dolorosamente naif:

- *Premessa uno*: al Presidente è attribuito tutto il potere "esecutivo".
- *Premessa due*: la Costituzione divide il potere federale fra tre branche soltanto: legislativa, esecutiva, giudiziaria.
- *Premessa tre*: il potere sull'apparato amministrativo non è né legislativo né giuridico.
- *Conclusion*: dunque questo potere deve essere attribuito all'esecutivo.

La premessa sbagliata è la numero due. Certamente i Padri Fondatori conferirono un grande valore alla separazione dei poteri *concepita come dottrina della responsabilità democratica*. Ma da ciò non segue che essi avrebbero ignorato le virtù della separazione dei poteri *concepita come dottrina della specializzazione funzionale* se avessero pensato di stare scrivendo una Costituzione per uno stato burocratico". Ackerman B., *La nuova separazione dei poteri*, cit., p. 70.

<sup>73</sup> Ackerman B., *La nuova separazione dei poteri*, cit., pp. 73-74.

<sup>74</sup> "Le moderne costituzioni devono prendere misure costruttive al fine di rendere chiare le

Noll delinea alcuni modelli di *agencies* sulla base di due parametri – la struttura formale e la distribuzione di responsabilità – a loro volta distinti in «sotto-indicatori»<sup>75</sup>. Il modello che mi interessa in questa sede è quello della *regulatory agency*, la quale è responsabile:

For implementing the classic control policies of government, formulating and implementing rules imposing obligations on individuals, and providing punishment for nonconformance. This requires at a minimum that administrators know the main rules and share interpretations about how and when to impose them<sup>76</sup>.

Infatti, per quanto riguarda la delega di potere da parte dello stato,

There is broad delegation in regulatory agencies, but it tends to be accompanied by general guidelines and more procedural limits<sup>77</sup>.

Anche Martin Shapiro ha indagato l'attività della *independent fourth branch*<sup>78</sup>:

The Constitution, however, barely mentions executive departments. In fact, all executive agencies are created by congressionally enacted statutes. The programs they operated are created, defined, and limited by such statutes. In some sense, the agencies and their staff are responsible to the president as chief of the executive branch of which they are a part. Their legal authority, however, and the prescriptions for the exercise

---

dimensioni cruciali del giudizio normativo di origine burocratico-amministrativa e al fine di disciplinarne l'esercizio mediante una serie di tecniche che vanno dalla partecipazione pubblica al controllo giudiziario". Ackerman B., *La nuova separazione dei poteri*, cit., pp. 75-76.

75 Cfr. Noll R. G., *Regulatory Policy and the Social Science*, cit., pp. 88-91, Table 6.

76 "(...) Interpretations of rules of conduct are passed along as operating rules of agency officials, incorporating their reading of the statute with their understanding of legislative intent, court rulings, or executive orders. Other operating rules come from previous cases. Use of precedents produces a kind of common law in regulatory agencies"; Noll R. G., *Regulatory Policy and the Social Science*, cit., pp. 85-86.

77 Noll R. G., *Regulatory Policy and the Social Science*, cit., p. 89, Table 6.

78 Shapiro M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens, University of Georgia press, 1988, pp. 107-127.

of that authority are to be found in congressional statutes. The executive agencies have two bosses, not one<sup>79</sup>.

Il suo studio si è occupato del controllo giudiziario sull'attività delle *agencies* dagli anni Sessanta in poi del XX secolo. Il quadro che ne è venuto fuori evidenzia delle problematiche legate alla predominanza di modelli di *rule making* elaborati dalle corti ed alle interferenze politiche:

The bureaucracy may well have been rendered independent of president and Congress, but it will not really become an independent fourth branch. It will become the total dependent of the courts which define its statutory duties (...). Within the agencies themselves, the politically appointed heads have most power over general interpretations of statutes and least power over compiling and presenting the technical data to support the rules (...). The political struggle over deregulation has created an ideological agenda for administrative law<sup>80</sup>.

## **5. Collocazione del garante nell'ordinamento secondo l'approccio madisoniano al principio di separazione dei poteri.**

Rispetto alla questione della collocazione del garante negli ordinamenti giuridici cosiddetti di *civil law* le criticità sono molteplici: la posizione di indipendenza rispetto alla triade tradizionale dell'esecutivo, del legislativo e del giudiziario e il conferimento di poteri realmente efficaci. Il dibattito scientifico sull'argomento è in costruzione e viene incorporato in quello più vasto sulla regolazione, sul mutamento dell'apparato amministrativo e sulle nuove autorità indipendenti che si affacciano sul palcoscenico delle istituzioni.

---

<sup>79</sup> Shapiro M., *Who Guards the Guardians?*, cit., p. 109.

<sup>80</sup> "Inventing procedural rules is the name of their game. Agency adjudication was put under elaborate court-like rules. Then the lawyers moved on to make procedural rules for agency rule making. At first they were guided by the pluralists and made procedures to insure group access. Then they began to be influenced by our increasing desire that government decisions be guided by values and be rational in the sense of taking costs and benefits fully into account". Shapiro M., *Who Guards the Guardians?*, cit., pp. 125-126.

È ben noto che l'assetto istituzionale va interpretato secondo il principio di separazione dei poteri. Di conseguenza, il tentativo di collocare l'autorità indipendente deve tener conto di questo orientamento interpretativo. Negli ultimi anni si è assistito alla proliferazione di figure indipendenti operanti in nuove branche della pubblica amministrazione – nei settori economici e produttivi, poi dei servizi, adesso anche della tutela della persona – che hanno dato buona prova di sé in termini di efficienza, di rapidità delle procedure, di trasparenza e di partecipazione alle medesime, al contrario di quanto si possa dire dell'azione amministrativa tradizionale.

Le questioni più spinose riguardano la responsabilità pubblica e la legittimità democratica: le *authorities* non godono di una rappresentanza elettiva e si configurano come autorità di governo di settore. Il dibattito scientifico è orientato verso una riconsiderazione del modello di democrazia comunemente accolto. Lo schema tradizionale prevede il dominio della maggioranza eletta sul potere politico e su quello esecutivo. I recenti studi sulla regolazione contrappongono a questo un sistema democratico – chiamato «madisoniano»<sup>81</sup> – non maggioritario e attento a tutelare le minoranze, il potere esecutivo e quello giudiziario dalla «tirannia della maggioranza» e dalla sua instabilità<sup>82</sup>. La delega di potere ad autorità indipendenti è vista come uno strumento efficace di supporto al sistema esecutivo<sup>83</sup>.

Il superamento dell'assunto che tutto ciò che è attuazione non giudiziaria della legge è riconducibile alla responsabilità ministeriale, contribuisce alla configurazione di una cornice giuridica in cui l'azione delle autorità indipendenti acquista legittimità democratica e un proprio ruolo istituzionale<sup>84</sup>:

---

81 Per approfondimenti, Dahl R. A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University Chicago Press, 1956.

82 "Quindi, anziché a concentrare il potere nelle mani della maggioranza, esso punta a limitare e a disperdere il potere fra istituzioni differenti. La delega di responsabilità di *policy-making* a organismi indipendenti, sia a livello nazionale sia a livello sopranazionale, è vista favorevolmente, in quanto mezzo di diffusione del potere. Diffusione che, secondo tale modello, può essere una forma di controllo democratico più efficace della responsabilità diretta verso gli elettori o rappresentanti elettivi in carica".

La Spina A., Majone G., *Lo stato regolatore*, cit., p. 168.

83 "E' coerente con questo modello il fatto che alcune decisioni, che hanno un impatto di lungo periodo sulla collettività, siano sottratte all'influenza immediata della politica che ha quasi sempre una visione di breve periodo, legata al ciclo elettorale" (Clarich M., *Un approccio «madisoniano»*, in Grassini F. A., *L'indipendenza delle autorità*, cit., p. 92).

84 "In realtà le autorità indipendenti mettono in discussione proprio la consolidata lettura dalla quale partiamo e inducono a chiederci quanto sia vero che la divisione dei poteri sia ed abbia ad essere trina,

Le autorità garanti esercitano, esclusivamente o prevalentemente, attribuzioni qualitativamente differenti dalle tradizionali potestà amministrative (...). Esse [n.d.r.] fuoriescono dai margini di elasticità e articolazione delle Pubbliche Amministrazioni: ne fuoriescono per il grado della loro indipendenza, giacché con loro il cordone ombelicale della derivazione dall'Esecutivo non si limita ad allungarsi, ma si rompe del tutto<sup>85</sup>.

Cerulli Irelli evidenzia la formazione di un «quarto modello di amministrazione», rispetto al quale rileva la possibilità di collocare la azione pubblica in una cornice giuridica di fonte europea<sup>86</sup>. Anche il garante delle persone private della libertà personale si colloca in un quadro internazionale, giacché la sua istituzione è stata sollecitata proprio dall'unione europea<sup>87</sup>.

Per quanto concerne la questione del conferimento al garante di poteri effettivi, un valido strumento interpretativo è costituito dalla nozione di «autonomia» d'azione e decisionale. Al contrario, l'esercizio del potere da parte del garante, di fatto, è il risultato di ingerenze di tipo politico-economico e burocratico:

Nella realtà, spesso, le decisioni più che derivare liberamente dall'autore formale, sono espressione di una serie di elementi che si producono a vari livelli e condizionano di fatto, talora in modo risolutivo, la scelta finale: è noto che, di frequente,

---

e quanto sia vero, in particolare, che tutto ciò che non è giudiziario debba essere ricondotto alla direzione politica dell'Esecutivo e, nei regimi parlamentari, alla responsabilità di esso verso il parlamento (...). I confini della politica sono frontiere mobili (...). Ha senso però che si allarghino gli ambiti già sottratti al suo legittimo intervento ed ha senso non sentirsi vincolati da una visione della democrazia (e della divisione dei poteri) non solo storicamente datata, ma, a ben guardare, anche ideologicamente segnata" (Amato G., *Le autorità indipendenti*, cit., pp. 377-378).

<sup>85</sup> Amato G., *Le autorità indipendenti*, op. cit., pp. 378 e 380.

<sup>86</sup> "Almeno alcune di queste Autorità indipendenti (...) non solo sono del tutto indipendenti dal Governo nazionale, ma operano in un contesto organizzativo e funzionale in larga misura disciplinato dal diritto comunitario (cfr. art. 1, comma 4, l. 10 ottobre 1990 n. 287) e operano in una rete di rapporti che fanno capo direttamente e senza mediazione dei governi nazionali alle istituzioni europee" (Cerulli Irelli, V., *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in Grassini F. A., *L'indipendenza delle autorità*, cit., p. 52).

<sup>87</sup> Cfr. *retro* § 3.

numerosi soggetti – dai partiti ai sindacati, dai gruppi di pressione alla burocrazia, dalla grande impresa alle istituzioni finanziarie – influiscono sulle determinazioni delle pubbliche autorità<sup>88</sup>.

L'esistenza di una rete di rapporti tra attori formali e informali potrebbe ostacolare lo svolgimento dell'azione istituzionale di tutela degli interessi collettivi socialmente rilevanti da parte del garante. Un percorso utile ad arginare l'interferenza degli attori politici ed economici potrebbe essere quello della individuazione di modelli organizzativi idonei a garantire libertà di determinazione alle autorità. Il primo passo si realizza nel conferimento di poteri di vario titolo (di controllo, di indagine, di raccomandazione, di proposta, di sanzione, di regolamentazione<sup>89</sup> e di decisione individuale), di autonomia di gestione e di organizzazione (finanziaria, contabile e di organico)<sup>90</sup>. La sua compiuta istituzione produce la sostanziale efficacia delle sue decisioni rispetto alle azioni degli attori pubblici controllati.

In questa sede rileva il rapporto tra l'attività del garante con quella della magistratura di sorveglianza. Il fatto che anche l'organo di garanzia possa accogliere reclami, non comporta la delegittimazione dell'autorità giudiziaria; e l'eventualità che gli interessati si rivolgano più al garante che al giudice per semplicità procedurale non deve sminuire la portata delle raccomandazioni dell'*authority*. Non si può parlare neanche di sovrapposizione di ruoli, poiché le procedure di selezione e di legittimazione, nonché i poteri conferiti alle due autorità sono assolutamente diversi.

L'efficacia dell'azione dell'autorità di garanzia è valutabile secondo due parametri: gli esiti prodotti dalla collaborazione con gli attori dell'amministrazione penitenziaria e gli effetti delle decisioni del garante sulle iniziative dell'autorità giudiziaria; in altri termini, l'attività

---

<sup>88</sup> Franchini C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, cit., p. 72.

<sup>89</sup> Il concetto di «potere regolamentare» non va confuso con quello di «potere normativo». Nelle analisi dedicate alle autorità indipendenti questo aspetto ha suscitato particolare attenzione soprattutto rispetto alla constatazione che la funzione legislativa è per eccellenza quella statale; di qui l'esigenza di individuare e qualificare da un punto di vista giuridico la posizione delle autorità nell'ambito dell'organizzazione pubblica.

Per approfondimenti, cfr. Garzona N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, cit., pp. 87-105.

<sup>90</sup> Per approfondimenti, cfr. Franchini C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, cit., pp. 72-85.

del garante penitenziario è efficace laddove le sue raccomandazioni siano ascoltate e seguite dagli operatori del settore e siano tenute nella debita considerazione dalla magistratura di sorveglianza. La valutazione dell'impatto della decisione del garante sull'amministrazione e sull'autorità giudiziaria deve essere svolta tenendo presente l'influenza della variabile culturale: essa produce un effetto determinante su tutte le interazioni tra attori sociali e sulla produzione degli esiti decisionali; ancor più in questa cornice – dove il garante non ha poteri vincolanti e sanzionatori sull'amministrazione – la volontà di seguire le sue raccomandazioni ha una forte matrice culturale.

La diffusione di organi indipendenti, da una parte, fa temere la costituzione di un «quarto potere»<sup>91</sup>, e, dall'altra, spinge alla elaborazione di una legge quadro<sup>92</sup>, sulle cui opportunità ed urgenza sociale è stata condotta dalla commissione affari costituzionali della camera dei deputati una «Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti» conclusasi il 4 aprile 2000<sup>93</sup>. L'esito prodotto dall'attività investigativa ha proposto l'elaborazione di una legge generale:

(...) diretta a disciplinare in modo unitario alcuni aspetti del regime<sup>94</sup> delle Autorità<sup>95</sup>.

Rileva, in questa sede, come la legge quadro possa diventare «strumento di controllo e di limitazione» dell'azione delle agenzie a scapito della loro indipendenza dal potere politico<sup>96</sup>.

---

91 Così si è espresso nel luglio del 1999 il presidente della commissione Attività produttive della camera, onorevole Nesi. Inoltre, di quello stesso periodo, è la relazione annuale della corte dei conti, la quale ha evidenziato come vi sia "una qualche eccedenza di soggetti espressamente qualificati dalla legge come autorità; per altro verso sussistono aspetti di incertezza ed ambiguità in ordine ai requisiti che connotano, in senso sostanziale, le autorità indipendenti". Per approfondimenti, cfr. La Spina A. e Majone G., *Lo stato regolatore*, cit., pp. 292-293.

92 Si rinvia alla concezione funzionale del diritto, considerato "uno strumento di mutamento sociale" (Raiteri M., *Diritto, regolazione, controllo*; Milano, Giuffrè, 2004, p.130).

93 L'indagine era stata deliberata dalla commissione affari costituzionali in data 19 gennaio 1999 e avrebbe dovuto concludersi entro quattro mesi. Cfr. Savino M., *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in Grassini F. A., *L'indipendenza delle autorità*, cit. pp. 121-148.

94 In particolare, i profili attinenti all'autonomia organizzativa e contabile, alle incompatibilità dei membri, allo stato giuridico del personale, agli *standards* minimali di garanzia del procedimento, al controllo giurisdizionale. Cfr. Camera dei deputati, Commissione I, seduta del 4 aprile 2000, documento conclusivo, p. 27.

[http://www.camera.it/\\_dati/leg15/lavori/stampati/html/](http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/stampati/html/)

95 Savino M., *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, cit., pp. 140-141.

96 In merito ai rapporti di potere e controllo tra il potere politico e le agenzie nel più ampio processo di regolazione, cfr. Raiteri M., *Diritto, regolazione, controllo*, cit.



## 6. Conclusioni.

Il superamento di una applicazione rigida del principio di separazione dei poteri e la compiuta istituzionalizzazione delle autorità indipendenti costituiscono il presupposto primario per la costruzione di un contesto istituzionale che rispetti la natura "pluralista"<sup>97</sup> della costituzione italiana:

Si sostiene la necessità di ricercare modalità meno strutturate, poiché vi sono situazioni in cui il diritto interviene in maniera più efficace con strumenti snelli e informali. L'impatto del principio di informalità è andato ben oltre la semplificazione procedurale, e ha finito per tradursi in una concezione articolata della struttura dei sistemi giuridici<sup>98</sup>.

Questa nuova configurazione garantirebbe una legittima collocazione delle *authorities* nello schema costituzionale, superando tutti i dubbi riguardanti la presunta violazione del principio di separazione dei poteri: l'autorità garante, con la propria *expertise*, svolgerebbe legittimamente attività di controllo della pubblica amministrazione a tutela della collettività, senza che la sua azione sia percepita come un tentativo di ingerenza nella gestione della «cosa» pubblica.

Una adeguata collocazione nell'ordinamento giuridico consente una corretta individuazione della *accountability* delle autorità indipendenti. La loro responsabilità deve fondarsi non tanto sul controllo parlamentare delle azioni poste in essere, quanto sull'esistenza di vincoli procedurali e sul controllo di legittimità nel rispetto dei principi generali che ispirano l'ordinamento.

---

97 Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in "Diritto & questioni pubbliche", n. 2, agosto 2002, p. 122.

In <http://www.dirittoeququestionipubbliche.org/archivio/page/studi.htm>.

98 Cominelli L., *Il mediatore europeo*, cit., p. 96.

**Bibliografia**

- Ackerman B., *The New Separation of Power*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, January 2000, pp. 633-729; trad. it., *La nuova separazione dei poteri*, Roma, Carocci, 2003.
- Amato G., *Le autorità indipendenti*, in Violante L., a cura di, *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge, Diritto, Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998.
- Arzone R., *Quale garante?*, in *Le Due Città – Periodico mensile ufficiale dell'amministrazione penitenziaria* disponibile alla pagina <http://www.leduecitta.com/articolo.asp?idart=1741>.
- Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 2, agosto 2002.
- Booze, *Jail and No Justice*, in *New Internationalist*, nov. 1999, issue 318, p.5, c. 1.
- Cerulli Irelli, V., *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in Grassini F. A., *L'indipendenza delle autorità*, .
- Christie N., *Limits to pain*, UK, Oxford, 1981, trad. it. *Abolire le pene*, Torino, Gruppo Abele, 1985.
- Cominelli L., *Il mediatore europeo, ombudsman dell'unione: prime osservazioni empiriche*, in *Sociologia del diritto*, 2001, n.1.
- Dahl R. A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University Chicago Press, 1956.
- Enciclopedia Garzanti del diritto*, Milano, 2001, Garzanti.
- Franchini C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- Garzona N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.

- Grassini F. A., a cura di, *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, Pubblicazione AREL Il Mulino, 2001.
- Henham R., *Some Alternative Strategies for Improving the effectiveness of the English Prisons Ombudsman Scheme*, in *Howard Journal of Criminal Justice*, Aug. 2000, vol. 39, issue 3, pp. 290-306.
- Langlois D., *Obstacles à la surveillance du système pénal en pays andins: l'exemple bolivien*, in *Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice*, Apr. 2006, vol. 48, issue 2, pp. 197-221.
- La Spina A. e Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983; trad. it. Febbrajo A., a cura di, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995.
- Mathiesen M., *Kan Fengsel forsvarses?*, Pax Forlag, Oslo, 1987, trad. it., *Perché il carcere?*, Torino, Gruppo Abele, 1996.
- Matthews R., *Reassessing Informal Justice*, in Matthews R., eds., *Informal Justice?*, London, Sage Contemporary Criminology, 1988.
- Mc Beth J., *The Enforcer*, in *Far Eastern Economic Review*, 05/08/2000, vol. 163, issue 20, p. 26, 1p, 1c.
- Milne K., *Prison Ombudsman Faces Resistance*, in *New Statesman & Society*, 5/19/1995, vol. 8, issue 353, p. 8.
- Nebenzahl I. E., *The Direct and the Indirect Impact of the Ombudsman*, in Caiden G. E., eds, *International Handbook of the Ombudsman: Country Surveys*, Westport, Greenwood Press, 1983.
- Nitti G. I., *Il difensore civico dalle origini ai giorni nostri*, in *Nuova Rassegna*, 1998, n.3.
- Noll R. G., eds., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985.

- Raiteri M., *Diritto, regolazione, controllo*; Milano, Giuffrè, 2004.
- Rise in self-harm prompts questions*, in *Community Care*, 7/28/2005, issue 1583, p. 7.
- Savino M., *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in Grassini F. A., *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, Pubblicazione AREL Il Mulino, 2001.
- Selznick P., *Focusing Organizational Research on Regulation*, in Noll R. G., eds., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985.
- Severinatne M., *Ombudsman's Decisions*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, feb. 1998, vol. 20, issue 1, pp. 91-98.
- Idem, *The Prisons Ombudsman: Annual Report 1998-99*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, nov. 1999, vol. 21, issue 4, pp. 389-397.
- Idem, *Ombudsman's Section*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, feb. 2001, vol. 23, issue 1, pp. 93-101.
- Shapiro M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens, University of Georgia press, 1988.
- Sherlock S., *Combating corruption in Indonesia? The Ombudsman and the assets auditing commission*, in *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, vol. 38, n. 3, 2002, pp. 367-383.
- Snell P., *News in brief*, in *Community Care*, 1/8/2004, issue 1504, pp. 7-11.
- Stieber C., *Government Ombudsmen Share Global Complaints: Notes from Canberra*, in *The Arbitration Journal*, June 1989, Vol. 44, No. 2, p. 44.
- Taylor A., *Prisons watchdog calls for probe on staff's treatment of detainees*, in *Community Care*, 7/28/2005, issue 1583, p. 12.
- Torchia E., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità*

*indipendenti*, in Cassese S. e Franchini C., *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Zincone G., *Da sudditi a cittadini*, Bologna, il Mulino, 1992.

### **Sitografia**

<http://www.associazioneantigone.it>

<http://www.camera.it>

<http://bd01.deaprofessionale.it/FulShow>

<http://dictionary.oed.com/>

<http://farmsite.net/>