

IL CARCERE COME LUOGO DELLA LEGALITÀ. IN ONORE DI VALERIO ONIDA

Sommario: 1. Premessa – 2. Il problema della conciliazione dei diritti dei detenuti con le «esigenze della vita carceraria» – 3. L'importanza dell'art. 13, comma quattro, della Costituzione – 4. Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti dei detenuti – 5. Ancora sulla difesa dei diritti dei detenuti nel corso dell'esecuzione penale. Il caso della revoca dell'assegnazione al lavoro all'esterno – 6. Il filo comune: il carcere come luogo della legalità

1. Premessa

Valerio Onida si è occupato in diverse vesti – ma sarebbe meglio dire in diverse forgie di un unico abito, quello del giurista – della questione penitenziaria: come studioso di diritto costituzionale, sin dal lavoro sulla libertà religiosa dei detenuti del 1968¹, come giudice costituzionale², specialmente in qualità di redattore di importanti decisioni³, come avvocato, soprattutto nell'ambito della sua attività di volontariato quale componente dello Sportello giuridico del carcere di Milano - Bollate⁴.

In questo breve scritto proverò ad enucleare alcuni dei più significativi passaggi del pensiero dell'onorato, tratti da lavori scientifici, decisioni della Corte costituzionale e atti difensivi, cercando di cogliere quello che mi sembra essere il filo comune che li lega.

2. Il problema della conciliazione dei diritti dei detenuti con le «esigenze della vita carceraria»

Nella nota alla sent. n. 72 del 1968 della Corte costituzionale, Onida si occupa del problema della disapplicazione dei regolamenti incostituzionali. È fin troppo nota, per dover essere qui ripresa, la tesi sostenuta dall'onorato secondo la quale un regolamento incostituzionale o illegittimo può e deve sempre

¹ V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1032 ss.

² A quanto mi consta Valerio Onida è stato il primo (e credo finora l'unico) ad avvalersi della facoltà riservata ai giudici costituzionali di visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari (art. 67, co.1, lett. b, della legge 26 luglio 1975, n. 354). In qualità di giudice costituzionale, Onida ha infatti visitato la sezione del carcere di San Vittore a Milano che ospita i detenuti soggetti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. penit., in occasione della istruzione di una questione di legittimità costituzionale riguardante proprio il suddetto regime speciale che, come è noto, comporta notevoli deroghe alle normali regole di trattamento per i soggetti incarcerati per reati di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione.

³ Pur essendo consapevole del fatto che le decisioni della Corte costituzionale sono il prodotto di una deliberazione collegiale e che dunque non devono essere eccessivamente "personalizzate" attraverso il riferimento al giudice redattore, ritengo comunque utile elencare le pronunce costituzionali riguardanti il diritto penitenziario che hanno visto Valerio Onida come redattore (oltre che relatore della relativa causa): sent. n. 165/1996 (detenzione domiciliare); sent. n. 188/1996 (reclusione militare); sent. n. 351/1996 (regime di cui al 41-bis ord. penit.); sent. n. 100/1997 (affidamento in prova al servizio sociale); sent. n. 109/1997 (applicazione delle misure alternative ai minorenni); ord. n. 199/1997 (affidamento in prova al servizio sociale); sent. n. 212/1997 (colloqui con il difensore); sent. n. 376/1997 (regime di cui al 41-bis ord. penit.); sent. n. 377/1997 (misure alternative); ord. n. 394/1997 (regime di cui al 41-bis ord. penit.); sent. n. 403/1997 (applicazione dei permessi premio ai minori); ord. n. 35/1998 (misure alternative); ord. n. 192/1998 (regime di cui al 41-bis ord. penit.); sent. n. 450/1998 (applicazione dei permessi premio ai minori); ord. n. 375/1999 (misure alternative); sent. n. 436/1999 (misure alternative, applicazione ai minori); sent. n. 526/2000 (perquisizioni in carcere); ord. n. 146/2001 (misure alternative).

⁴ Da ricordare, in particolare, il reclamo proposto per un detenuto avverso il provvedimento di un magistrato di sorveglianza che aveva revocato l'ammissione al lavoro all'esterno senza alcun intervento in tal senso della direzione penitenziaria. Il reclamo è stato accolto dal Tribunale di sorveglianza di Milano, ord. n. 124 del 10 marzo 2008. Sulla vicenda mi soffermerò nel par. 5 di questo lavoro.

essere disapplicato non solo dai giudici, ma da ogni autorità e privato. Nella specie, si trattava dell'art. 142 del regolamento penitenziario del 1931 (R.D. 18 giugno 1931, n. 787), il quale prevedeva l'obbligo della frequenza delle pratiche collettive del culto cattolico per tutti i detenuti che, al momento dell'ingresso nello stabilimento, non avessero dichiarato di appartenere ad altra confessione. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tale norma in sede di giudizio di legittimità costituzionale proposto in via incidentale, ha dichiarato la questione inammissibile in quanto non avente per oggetto una legge o un atto avente forza di legge. Nel soffermarsi sul potere-dovere di disapplicazione dei regolamenti incostituzionali, Onida affronta, ovviamente, il merito della questione, rilevando, per ciò che qui più interessa, il contrasto della norma con gli artt. 2, 13, comma quattro, 19, 21 e 27, comma terzo, Cost., in quanto il predetto obbligo costituisce una «inammissibile coartazione della coscienza individuale, contraria alla dignità umana» e «non giustificabile da nessuna esigenza di ordine sociale». A tale fine l'onorato sottolinea che «non potrebbero sorgere dubbi sulla conciliazione del rispetto dei diritti costituzionali con le «esigenze della vita carceraria», poiché lo stato di detenzione se comporta ovviamente una restrizione della libertà personale (anzi a questo è precisamente inteso) e per conseguenza delle libertà a questa connesse o da questa in qualche modo dipendenti (come la libertà di circolazione o quella di riunione); se può comportare limitazioni ad aspetti strumentali delle libertà connesse alla manifestazione del proprio pensiero (come l'uso di determinati mezzi di diffusione), non può però in alcun modo incidere su quegli aspetti della libertà che concernono l'atteggiarsi della coscienza individuale e delle sue manifestazioni, nei suoi aspetti per così dire negativi», che comprendono la libertà di non manifestare le proprie convinzioni religiose o areligiose, di non professare una religione contraria alle proprie intime convinzioni, di non praticare atti di questo o quel culto⁵. A venire in rilievo non è soltanto la «inammissibilità della stessa disciplina regolamentare di una materia incidente sui diritti di libertà» e comunque il contrasto di essa con l'art. 19 Cost., che garantisce anche il diritto di non dichiarare le proprie convinzioni religiose, ma soprattutto il «decisivo argomento, accennato dalla stessa ordinanza di rinvio, secondo cui «al cittadino detenuto non possono essere negati i diritti relativi alle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione nei limiti e nel rispetto delle esigenze della vita carceraria, esigenze che non sembra ricorrano nella fattispecie oggetto d'esame»⁶.

Occorre sottolineare che le predette riflessioni sono state sviluppate prima della approvazione della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), in un contesto di sostanziale inattuazione legislativa dei precetti costituzionali rivolti a garantire che nella esecuzione della pena sia assicurato il pieno rispetto della persona umana, il rispetto della personalità, della dignità del ristretto; in un contesto che aveva indotto la stessa Corte costituzionale a ridurre il «finalismo rieducativo» di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. entro il confine del trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena (sent. n. 12/1966). Sarà poi la stessa Corte costituzionale ad ammettere di aver trascurato «il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa», «assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario», rilevando, tra l'altro, che «in uno Stato evoluto la finalità

⁵ V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali*, cit., 1046.

⁶ V. ONIDA, *loc. ult. cit.*

rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena» (sent. n. 313/1990); per poi giungere, di lì a poco (sent. n. 349/1993), ad affermare che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

Le riflessioni di Onida nella nota del 1968 appaiono dunque tanto più importanti in quanto rese in un contesto nel quale non era così scontato affermare che lo stato di detenzione non comporta la perdita di tutti i diritti. Come rilevato dallo stesso onorato in un recente convegno, che lo stato di detenzione comportasse la perdita di tutti i diritti «poteva apparire vero un tempo, quando non c'era una legge penitenziaria, e il detenuto si trovava completamente affidato alla discrezionalità dell'amministrazione, la quale agiva non in base alla legge, che non c'era, ma in base ai regolamenti penitenziari: dei quali non si poteva nemmeno contestare l'incostituzionalità davanti alla Corte costituzionale, che si occupa delle leggi ma non dei regolamenti. Quel tempo per fortuna è passato, e oggi abbiamo una legge la quale ribadisce ... il fatto che un detenuto non perde tutti i suoi diritti, ma subisce solo quelle limitazioni che sono intrinsecamente o strettamente necessarie per assicurare l'esecuzione della pena o della misura di restrizione se si tratta di una detenzione in attesa di giudizio»⁷. I detenuti, insomma, sono titolari di diritti, il cui esercizio deve essere assicurato nella misura più ampia possibile, ossia entro il limite, strettamente inteso, di compatibilità con le esigenze della vita carceraria. Così, per fare un solo esempio tratto dalla giurisprudenza costituzionale, non può negarsi al detenuto che presti attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria il diritto al riposto annuale retribuito (o alla relativa indennità sostitutiva). Sul punto nulla diceva la legge n. 354 del 1975 (art. 20, comma 16) e proprio in riferimento a tale omissione la Corte è stata chiamata a pronunciarsi con la sent. n. 158/2001, ritenendola incostituzionale in quanto la «specificità» del rapporto di lavoro penitenziario, la cui regolamentazione può conoscere delle «varianti» o delle «deroghe» rispetto a quella del rapporto di lavoro in generale, in ragione delle esigenze organizzative, disciplinari e di sicurezza proprie dell'ambiente carcerario, non vale «ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato». Pur imponendosi una «differenziazione di modalità» nella fruizione in ragione dello stato detentivo del suo titolare⁸, quel diritto, riconosciuto dalla Costituzione «senza distinzioni di sorta», non può insomma essere negato per il solo fatto della sussistenza dello stato detentivo. D'altra parte – prosegue la Corte – «il ruolo assegnato al lavoro nell'ambito di una connotazione non più esclusivamente affittiva della pena comporta che, ove si configuri un rapporto di lavoro subordinato, questo assuma distinta evidenza dando luogo ai correlativi diritti e obblighi».

3. L'importanza dell'art. 13, comma quattro, della Costituzione

⁷ V. ONIDA, *Intervento*, in *I diritti dei detenuti e la Costituzione*, Atti del 41° Convegno Nazionale del Coordinamento enti e associazioni di volontariato penitenziario – SEAC, svoltosi a Roma nei giorni 27-29 novembre 2008, Herald Editore, Roma, 2009, 61 s.

⁸ Il godimento del diritto alle ferie annuali retribuite sarà assicurato con gli adattamenti che si rendono necessari, sotto il profilo delle modalità (di forme e di tempo), per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione. Il periodo di sospensione dell'attività lavorativa potrà essere dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell'istituto carcerario e comunque – specifica ancora la Corte nella sent. n. 158 del 2001 – le concrete modalità di fruizione potranno diversificarsi a seconda che il lavoro sia intramurario o si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà.

Sotto l'impulso della legge del 1975 matura dunque, progressivamente, una coscienza dei diritti dei detenuti e della loro tutela che troverà riscontro ulteriore non soltanto nella legislazione successiva (ad es. nelle leggi 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini, 27 maggio 1998, n. 165, c.d. legge Simeone, e 22 giugno 2000, n. 193, c.d. legge Smuraglia) ma anche nella giurisprudenza, in specie costituzionale. Il discorso giurisprudenziale non si articolerà più soltanto lungo il binario della finalità rieducativa, ma sarà incentrato sul più ampio e pervasivo principio di umanizzazione della pena, ricavato da una lettura combinata degli artt. 2, 3, 13, commi primo e quarto, 27, terzo comma, Cost.⁹. Così, alla fine degli anni novanta, la Corte potrà perentoriamente affermare che la dignità della persona «è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale» (sent. n. 26/1999), per poi ulteriormente specificare, in una decisione della quale l'onorato è stato redattore, che quanto più «la persona, trovandosi in stato di soggezione, è esposta al possibile pericolo di abusi, tanto più rigorosa deve essere l'attenzione per evitare che questi si verifichino» (sent. n. 526/2000).

Come si desume dal passo riportato della sent. n. 526/2000, ad assumere rilievo nel discorso giurisprudenziale è anche l'«altra parte» dell'art. 27, terzo comma, Cost., quella che vieta «trattamenti contrari al senso di umanità», collegata al disposto di cui all'art. 13, comma quarto, Cost., per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Sull'importanza di quest'ultima previsione, Onida ha più volte richiamato l'attenzione, fin dalla nota sulla libertà religiosa dei detenuti, ove aveva sottolineato che «obbligare ... il detenuto a partecipare ad una pratica di culto può ben apparire come una indebita "violenza morale" a suo danno, vietata dall'art. 13, comma 4; e potrebbe addirittura configurarsi, in un certo senso, come un "trattamento contrario al senso di umanità" (art. 27 comma terzo), colpendolo nella parte più preziosa della sua umanità, la sua coscienza»¹⁰. Quest'ultimo passo sembra in qualche modo riecheggiare nella già richiamata sent. n. 349/1993, ove si considera «tanto più prezioso» il residuo di libertà del detenuto in quanto «costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». È la Costituzione repubblicana a preoccuparsi di proteggere questo «residuo di libertà», già con l'art. 13, comma 4 – norma «mai abbastanza richiamata» secondo l'onorato – sancendo «non solo la illiceità di condotte di violenza fisica o morale a carico dei ristretti, che, proprio per l'esistenza dello stato di restrizione, sono più possibili o facili a verificarsi, ma l'obbligo di sanzionarle»¹¹.

Perché la Costituzione si occupa proprio di questa situazione e non di altre? Non si tratta – risponde Onida – di un «inspiegabile interessamento del Costituente proprio per i detenuti: il Costituente sapeva quali sono le situazioni che richiedono di stare più attenti che mai alla violazione di diritti, e questa è una di quelle»¹².

4. Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti dei detenuti

⁹ Per un'analisi di questa evoluzione sia consentito rinviare al mio *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, nonché a contributi successivi ora condensati nel mio *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

¹⁰ V. ONIDA, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali*, cit., 1047, nota 48.

¹¹ V. ONIDA, *Intervento*, cit., 61.

¹² V. ONIDA, *loc. ult. cit.*

Il discorso, a questo punto, si sposta sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, la cui cognizione è principalmente, ma non esclusivamente, attribuita dall'ordinamento penitenziario alla magistratura di sorveglianza e ai relativi procedimenti.

Sul punto la Corte costituzionale ha significativamente affermato che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (sent. n. 26/1999). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è, d'altra parte, essa stessa il contenuto di un diritto costituzionale inviolabile, caratterizzante lo stato democratico di diritto: «un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione» (sent. n. 26/1999). «A questi orientamenti fondamentali, che – afferma ancora la Corte nella sent. n. 26/1999 – rappresentano un rovesciamento di prospettiva rispetto alle condizioni vigenti nel sistema giuridico precostituzionale, l'ordinamento penitenziario ... deve conformarsi».

La questione, sulla quale la Corte si è pronunciata con la sent. n. 26/1999, concerneva la mancata previsione, negli artt. 35 e 69 ord. penit., di adeguate forme di tutela giurisdizionale con riferimento ai c.d. reclami generici, rivolti al magistrato di sorveglianza e da questi decisi *de plano*, ove essi riguardassero atti dell'amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione di libertà personale. Il giudice *a quo* richiedeva l'estensione al caso di specie del rimedio «giurisdizionale» sancito in altro articolo dell'ordinamento penitenziario (art. 14-ter), ma la Corte ha ritenuto di non poter dare seguito alla richiesta addizione, stante la presenza di una varietà di schemi processuali predisposti per la tutela dei diritti dei detenuti, la cui scelta rientra nella discrezionalità del legislatore. Il giudice delle leggi ha fatto ricorso, allora, ad una sentenza additiva di principio, rilevando sì l'incostituzionalità dell'omissione, ma contestualmente chiamando il legislatore «all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione». Intervento legislativo che ad oggi non vi è stato¹³ e al quale ha posto parziale rimedio una decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni), che ha ritenuto nella specie applicabile proprio il rito di cui all'art. 14-ter ord. penit., ossia quello indicato dal rimettente nella sopra richiamata questione di costituzionalità¹⁴.

Anche nella sent. n. 526/2000, redattore Onida, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, questa volta con specifico riferimento all'art. 34 ord. penit, nella parte in cui non prevede che, nel disporre perquisizioni personali, l'amministrazione penitenziaria rediga atto motivato circa i presupposti e le modalità delle stesse da comunicare entro quarantotto ore

¹³ Giace alla Camera dei deputati una proposta di legge rivolta, tra l'altro, a dare «attuazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 26 dell'11 febbraio 1999». Cfr., in particolare, l'art. 12 della proposta di legge d'iniziativa dei deputati Bernardini e altri, presentata alla Camera dei deputati il 21 settembre 2009 e recante «Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale, nonché modifiche degli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti» (A. C. n. 2702).

¹⁴ Mi permetto di rinviare, per un approfondimento, al mio commento alla sent. n. 26/1999: *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1999, 203 ss.

all'autorità giudiziaria per la convalida. La Corte richiama la sent. n. 26/1999, ribadendo che la Costituzione impone che sia assicurata una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, per poi affermare, in base ad una interpretazione costituzionalmente conforme della previsione censurata, la sussistenza di un obbligo di motivazione e documentazione dell'attività dell'amministrazione penitenziaria nella disposizione di perquisizioni personali. Anche alla luce dei principi generali dell'attività amministrativa, deve ritenersi – afferma la Corte – che «sia sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione». Nella specie la Corte ricorre, dunque, ad una sentenza interpretativa di rigetto, auspicando, evidentemente, un mutamento della prassi che fino ad allora si era orientata nel senso di non motivare i provvedimenti di perquisizione¹⁵. Ma, anche in questo caso, il «seguito» legislativo è mancato e quello amministrativo non è sembrato soddisfacente. In una circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2001, l'obbligo di motivazione si è tradotto, infatti, in una mera raccolta di dati, rilevandosi tra l'altro che, in caso di perquisizione ordinaria, non è necessaria l'indicazione dei motivi che hanno indotto a ricorrervi, essendo questi da identificare «in quelle ragioni di sicurezza» la cui sussistenza è stata previamente valutata in sede regolamentare (eventualmente anche nei regolamenti interni degli istituti) né, sempre in quanto stabilite in sede regolamentare (eventualmente anche in un ordine generale del direttore dell'istituto), delle modalità di effettuazione delle stesse, con la conseguenza che «andrebbero, in realtà, registrati solamente i nominativi di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto o assistito, con un evidente alleggerimento delle incombenze gravanti sugli operatori penitenziari». Per le perquisizioni disposte dal direttore dell'istituto «fuori dai casi ordinari» (art. 74, comma 5, d.P.R. n. 230 del 2000) o per quelle eseguite dal personale di custodia in caso di «particolare urgenza» la motivazione dovrà invece essere indicata, rispettivamente, nell'ordine del direttore o nell'informativa al direttore¹⁶.

Più deciso mi è sembrato l'orientamento della Corte costituzionale nella soluzione della questione relativa alla competenza sulle controversie riguardanti i crediti dei lavoratori detenuti, affidata, ai sensi dell'art. 69 ord. penit., come modificato dall'art. 21 della legge n. 663 del 1986, al magistrato di sorveglianza (sent. n. 341/2006). Il giudice *a quo* lamentava nella specie la violazione degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, Cost., in quanto la decisione sui reclami, assunta secondo il procedimento delineato nell'art. 14-ter ord. penit., non assicurerebbe il contraddittorio e comunque determinerebbe un trattamento deteriore per il lavoratore detenuto rispetto al cittadino libero. In particolare, il rito applicabile per le ordinarie controversie di lavoro si differenzia dal procedimento previsto dall'ordinamento penitenziario, in quanto nel primo sono assicurate, tra l'altro: a) la provvisoria esecutorietà della sentenza del giudice del lavoro (art. 431 c.p.c.) in contrapposto all'ordinanza del magistrato di sorveglianza che deve divenire cosa giudicata per essere esecutiva; b) il doppio grado del giudizio di merito

¹⁵ Rinvio al mio commento alla sent. n. 526/2000: *L'effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. Cost.*, 2000, 4127 ss.

¹⁶ Cfr. Circolare del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 16 febbraio 2001, n. 3542/5992, che detta le «disposizioni operative» conseguenti alla «lettura della sentenza» n. 526/2000. Per un commento più analitico ai contenuti della circolare rinvio al mio *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 68 ss.

(art. 433 c.p.c.); c) la pubblicità del processo; d) una disciplina del processo che garantisce ampiamente il diritto di difesa. La Corte ha accolto la questione, rilevando che il procedimento previsto dall'ordinamento penitenziario non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo. Per altro verso – sottolinea ancora la Corte – la disposizione non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza. Se è vero che al legislatore va riconosciuta un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali e nella stessa disciplina della competenza, nella specie la Corte rileva che la norma impugnata non si limita ad individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta, con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee, se riferite alle controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali. Proprio per queste ragioni, la disposizione contenuta nell'art. 69, comma 6, lett. a), ord. penit., è finalmente stata dichiarata incostituzionale per violazione degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, Cost.

Mi sembra che la sent. n. 341/2006 si inserisca in un solco segnato dalla precedente giurisprudenza, segnando un passaggio ulteriore e significativo: se la prospettiva imposta dalla Costituzione è quella per cui il detenuto deve godere degli stessi diritti delle persone libere, nella misura in cui l'esercizio di essi non si riveli incompatibile con le esigenze della vita carceraria, una diversa – spesso meno garantistica – forma di tutela dovrebbe trovare giustificazione nella peculiarità della situazione detentiva, configurandosi come riflesso dell'impossibilità di riconoscere la «pienezza» della specifica situazione giuridica soggettiva in capo al recluso.

5. Ancora sulla difesa dei diritti dei detenuti nel corso dell'esecuzione penale. Il caso della revoca dell'assegnazione al lavoro all'esterno

Quanto da ultimo rilevato può ricondursi alla fondamentale affermazione della sent. n. 26/1999: contro gli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti è sempre dato un rimedio giurisdizionale. Per usare le parole di Onida, «se c'è il diritto, non può mancare un giudice davanti al quale ricorrere»¹⁷. Ciò deve valere anche, se non a maggior ragione, per i reclusi, in quanto, come affermato in decisioni della Corte costituzionale redatte da Valerio Onida, non soltanto «le misure di attuazione del regime carcerario devono essere in ogni caso "rispettose dei diritti del detenuto"» (sent. n. 351/1996), ma deve essere sempre

¹⁷ V. ONIDA, *Lavorare all'esterno*, in www.innocentievazioni.net, s.d.

assicurata la loro protezione, essendo «il diritto di difesa ... “immanente” a tutta la fase esecutiva, fin dal suo inizio» (sent. n. 212/1997)¹⁸.

Si è detto del parziale seguito giurisprudenziale dato alla sent. n. 26/1999, con l’affermazione operata dalla Cassazione per cui contro gli atti dell’Amministrazione penitenziaria si può ricorrere al Magistrato di sorveglianza. Ma il ricorso ad esso non sempre garantisce un’adeguata tutela, ora perché, come nel caso delle controversie di lavoro, si traduce in un ingiustificato trattamento discriminatorio rispetto a quello spettate a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali, ora perché potrebbe darsi che il provvedimento oggetto di reclamo provenga proprio dallo stesso Magistrato di sorveglianza.

Una «piccola» vicenda giudiziaria può dirsi esemplare dell’ipotesi da ultimo adombrata. Si tratta del caso di un detenuto del carcere di Milano - Bollate al quale era stato revocato dal Magistrato di sorveglianza, con decreto assunto d’ufficio, il provvedimento di ammissione al lavoro all’esterno (art. 21 ord. penit.), sulla base della sussistenza di un rapporto disciplinare elevato a suo carico. Va precisato, anzitutto, che il provvedimento di ammissione al lavoro all’esterno è assunto dal Direttore dell’istituto penitenziario e soggetto ad approvazione del Magistrato di sorveglianza. Nella specie, si era seguito questo *iter* e il Direttore che aveva assunto detto provvedimento non aveva ritenuto di revocarlo ancorché fosse intervenuto un provvedimento disciplinare nei confronti del detenuto. In assenza di determinazioni del Direttore del carcere, il Magistrato di sorveglianza procedeva d’ufficio, il che induceva il detenuto a richiedere il riesame del provvedimento, mettendo in evidenza che questo non avrebbe dovuto essere emesso dallo stesso Magistrato, bensì eventualmente solo dalla Direzione con successiva approvazione del Magistrato. Peraltro, la revoca non era fondata su motivi legati alle condizioni e alle prescrizioni del programma del lavoro all’esterno, bensì su un provvedimento disciplinare conseguente ad un episodio avvenuto in carcere prima dell’inizio del programma e comunque privo di rilevanza rispetto all’esecuzione dello stesso. A margine dell’istanza citata, il Presidente f.f. del Tribunale di sorveglianza si limitava ad apporre una nota con la quale la dichiarava «inammissibile» non essendo previsto mezzo di impugnazione avverso il decreto in oggetto. Stando all’orientamento espresso dalla Cassazione nella pronuncia che ha dato «seguito» alla sent. n. 26/1999, poteva sembrare che l’unica via fosse, appunto, quella del ricorso in Cassazione, impegnando assurdamente la stessa per rimediare ad un atto palesemente illegittimo «frutto di una estemporanea iniziativa del Magistrato di sorveglianza che, in buona sostanza, si era sostituito indebitamente all’organo amministrativo competente, vale a dire la direzione del carcere»¹⁹. Non solo, la via del ricorso in Cassazione avrebbe probabilmente determinato l’assunzione di una decisione tardiva, privando di efficacia soddisfacente l’eventuale pronuncia favorevole, stante l’approssimarsi del fine pena per il detenuto. Insomma, la tutela eventualmente assicurata non sarebbe stata effettiva. Assunte le difese del condannato, Valerio Onida ha tentato due vie, ricorrendo al TAR Lombardia per l’annullamento, previa sospensione dell’esecuzione, del provvedimento del Magistrato di sorveglianza e «consigliando» il detenuto nel reclamo presentato al

¹⁸ Quest’ultima decisione riguarda il diritto del detenuto a conferire con il proprio difensore, un «diritto che non può essere condizionato da scelte dell’amministrazione se non nei casi previsti dalla legge».

¹⁹ V. ONIDA, *Lavorare all’esterno*, cit.

Tribunale di sorveglianza al fine di ottenere la prosecuzione del lavoro all'esterno cui era stato in precedenza ammesso. Il TAR ha rigettato la domanda, ritenendo peraltro non rilevante la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 ord. penit. prospettata dal ricorrente, anche in ragione del fatto che l'eventuale devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del g.a. comporterebbe che «il giudice di una giurisdizione intervenga ad incidere sull'efficacia giuridica di un atto emanato da altro ordine giurisdizionale tenuto conto che l'approvazione del magistrato della sorveglianza è atto quanto meno soggettivamente giurisdizionale sia pure non decisorio (come lo sono i provvedimenti del giudice civile in sede di volontaria giurisdizione)»²⁰. Viceversa, il Tribunale di sorveglianza di Milano ha accolto l'opposizione al decreto di inammissibilità dell'istanza di riesame, nonché, in accoglimento del reclamo avverso la revoca del lavoro all'esterno, disposto la prosecuzione del lavoro all'esterno cui il detenuto era già stato ammesso in virtù di provvedimento del Direttore del carcere approvato dal Magistrato di sorveglianza²¹. A tale conclusione perviene il Tribunale, rilevando, ai sensi dell'art. 21 ord. penit. (nonché art. 48 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), l'esclusiva competenza della direzione del carcere in ordine all'ammissione e alla revoca del lavoro all'esterno, la cui approvazione da parte del Magistrato di sorveglianza è «condizione di efficacia di provvedimenti di natura amministrativa», che rende «esecutiva» la misura adottata. Il provvedimento assunto d'ufficio dal Magistrato di sorveglianza di revoca del lavoro all'esterno deve pertanto ritenersi «*tam quam non esset*», essendo stato adottato «in assenza di preventiva decisione di revoca da parte della Direzione, ovvero in assenza di un presupposto indefettibile previsto dalla legge».

Nel caso concreto – come affermato dallo stesso Onida – «giustizia è stata fatta», ma resta «l'incertezza del diritto, dovuta al fatto che la legge penitenziaria, tuttora, prevede solo alcuni casi di reclamo, ma non disciplina nessun rimedio generale a disposizione dei detenuti per reagire a provvedimenti lesivi dei loro diritti»²². Occorre che il legislatore si attivi, «in attuazione dei principi della Costituzione», come richiesto dalla sent. n. 26/1999, affiancando ad un «rimedio generale» dei rimedi processuali specifici, pensati in ragione delle situazioni giuridiche soggettive che possono venire in rilievo. Si tratta di scelte delicate, destinate a riflettersi sulla stessa consistenza dei diritti che vengono in considerazione, come dimostra il caso prima esaminato delle controversie riguardanti i crediti dei lavoratori detenuti, positivamente risolto dalla Corte con la sent. n. 341/2006, o la vicenda, appena illustrata e positivamente risolta dal Tribunale di sorveglianza di Milano, della competenza sui provvedimenti riguardanti l'ammissione dei detenuti al lavoro all'esterno. Ciò che è certo è che la lacuna segnalata dalla Corte costituzionale deve essere al più presto colmata, prevedendo un effettivo rimedio giurisdizionale contro atti dell'amministrazione lesivi dei diritti del detenuto: «si potrà discutere su quale sia il rimedio corretto, ma un rimedio non può essere negato (e non può essere solo il ricorso in Cassazione, che è un rimedio generale il quale presuppone a sua volta che vi sia prima un rimedio giurisdizionale di merito)»²³.

²⁰ Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione III, ordinanza n. 212 del 31 gennaio 2008.

²¹ Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza n. 124 del 10 marzo 2008.

²² V. ONIDA, *Lavorare all'esterno*, cit.

²³ V. ONIDA, *Intervento*, cit., 67.

6. *Il filo comune: il carcere come luogo della legalità*

Credo che il filo comune che lega il pensiero e le azioni di Valerio Onida rispetto alle questioni penitenziarie sia ormai emerso. Vale comunque la pena renderlo più esplicito utilizzando, ancora una volta, nello spirito di un lavoro non solo *per* ma anche *su* Onida, le sue parole, tratte da scritti che si potrebbero far rientrare, secondo uno stilema caro agli accademici, nella «produzione minore» dell'onorato.

«Tutto dipende dalla legalità: la misura in cui i diritti di un detenuto possono essere incisi è strettamente legata all'esistenza di una detenzione legale, o di una misura legale, e quindi la legalità, per così dire, è la cifra quotidiana del vivere in una situazione di detenzione, molto più di quanto non avvenga in una vita libera, in cui si esercita per lo più una libertà di fatto»²⁴.

Le complesse condizioni nelle quali versano le nostre istituzioni penitenziarie (sovraffollamento, vetustà delle strutture, alta presenza di tossicodipendenti, di immigrati delle etnie più disparate, di psichiatrici, carenza di personale e di risorse, ecc.) non possono costituire l'alibi per l'abbandono dell'obiettivo della legalità. Potrebbe, infatti, sembrare «illusione o pure retorica», nella drammatica situazione in cui versano le carceri italiane, «parlare dei diritti dei detenuti e della loro protezione costituzionale», ma non lo è, come ci ricorda Valerio Onida: «pur con tutte le difficoltà che le situazioni di fatto possono offrire, è essenziale mantenere chiaro – e battersi per attuarlo – il principio per cui il carcere non deve essere luogo di sopraffazione o di degradazione della personalità, ma luogo in cui persone, rispettate come tali, scontano una pena legalmente inflitta, sono messe in grado di cercare e di percorrere la via del loro riscatto e del loro reingresso nella comunità dei liberi. È necessario, prima di tutto, crederci. La legalità, e la cultura della legalità, sono una premessa perché ciò possa avvenire»²⁵.

Pretendere che il carcere sia luogo della legalità, significa richiedere, anche in situazioni di difficoltà, che le istituzioni penitenziarie rispettino i principi costituzionali e le disposizioni legislative che vi hanno dato attuazione, nello spirito di una piena protezione di quel «residuo di libertà» del detenuto che la Corte costituzionale considera «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». Pretendere che il carcere sia luogo della legalità significa affermare che tanto il detenuto quanto l'amministrazione penitenziaria sono soggetti alla legge, non potendo quest'ultima abusare del potere riconosciutole nel sovrintendere all'esecuzione della pena. Pretendere che il carcere sia luogo della legalità significa anche, non secondariamente, assicurare il diritto di difesa nel corso dell'esecuzione penale, non lasciando il detenuto in balia degli eventi e rendendolo consapevole della sua situazione giuridica (in termini sia di doveri ed obblighi sia di diritti).

Il carcere – ci ricorda Onida – è «la pena legale per un delitto», è misura che «non può e non deve trasformarsi nella semplice “riproduzione” a carico del colpevole del modello dell'arbitrio e della forza che si manifesta nel delitto. Nulla come la condizione carceraria evoca l'esigenza e la necessità di assicurare la piena legalità. Non solo l'imperio della legge non si ferma alle porte del carcere, ma, al contrario, dietro

²⁴ V. ONIDA, *Intervento*, cit., 62.

²⁵ V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, n. 11/12, 2002, 20.

quelle porte la legge si impone più che mai»²⁶. Ovviamente non basta che le leggi ci siano, occorre che siano applicate e che in caso di violazione siano previsti adeguati strumenti di riparazione. Affermare e salvaguardare la legalità in carcere – prosegue Onida – non significa soltanto introdurre norme: «questa è solo la premessa, mentre poi occorre preoccuparsi di adeguare la realtà a ciò che le norme prescrivono, cioè di creare le condizioni – materiali (risorse), organizzative (personale con relativi adeguati poteri, compiti e responsabilità), culturali (formazione degli operatori, rottura dell'isolamento rispetto alla società) – perché le leggi non restino sulla carta e si attuino gli obiettivi cui esse tendono»²⁷.

Per perseguire l'obiettivo di far sì che le leggi non restino soltanto sulla carta, potrebbe forse essere utile anche riprendere la proposta di istituzione a livello nazionale di un Garante dei diritti dei detenuti²⁸, organo indipendente dall'Amministrazione della giustizia, deputato a svolgere attività di controllo e verifica delle condizioni di detenzione, al quale i reclusi potrebbero rivolgersi senza vincoli di forma. L'attività del Garante potrebbe essere importante per rendere note le condizioni di detenzione e favorire interventi utili per migliorarle, contribuendo non solo ad una maggiore apertura dell'istituzione penitenziaria al controllo dell'opinione pubblica, ma anche alla maturazione di una più compiuta coscienza dei propri diritti da parte dei detenuti. Un modo, tra i vari possibili, per contribuire a superare l'amara considerazione dell'onorato secondo la quale «per i detenuti il diritto è davvero un mondo esoterico»²⁹.

Ma un mondo «esoterico» sembra anche il diritto dell'esecuzione penale per il nostro legislatore, insensibile, come si è visto, ai moniti, per definizione «essoterici», della Corte costituzionale volti a sollecitare una effettiva tutela dei diritti dei detenuti. La vicenda, più volte richiamata, della lacuna riguardante il «diritto a rimedi effettivi nel caso di atti illegittimi che violano diritti» appare esemplare. Come ha ancora rilevato Onida, ad oltre dieci dalla sent. n. 26/1999 il nostro legislatore, «spesso sollecito nell'inseguire gli umori repressivi attribuiti all'opinione pubblica, con inasprimenti di pene o limitazioni delle misure alternative», non ha ancora trovato il modo di colmare detta lacuna. Eppure essa concerne un diritto che è «strumento e condizione per la tutela di tutti gli altri»³⁰, qual è il «diritto al giudice» e alla difesa giudiziaria, da riguardare come «principio fondamentale della Costituzione, ... garantito pure da Convenzioni internazionali»³¹. È una rinuncia, *pro parte* (ma la parte della tutela dei diritti è fondamentale), alla pretesa a

²⁶ V. ONIDA, *op. ult. cit.*, 17.

²⁷ V. ONIDA, *loc. ult. cit.*

²⁸ In un Convegno promosso dall'Associazione Antigone e dall'Associazione Diritti umani/sviluppo umano svoltosi a Padova il 14 e 15 novembre del 1997 fu elaborata, sulla falsariga di alcune esperienze straniere, una prima proposta di istituzione del Difensore civico delle persone private della libertà personale. Ad essa hanno fatto seguito diverse proposte di legge, rivolte all'istituzione di tale figura, con la denominazione di Garante o di Difensore civico delle persone private della libertà personale. Tra le altre si ricordano: nella XIII legislatura la proposta di legge Pisapia (A.C. n. 5509) e Salvato ed altri (A.S. n. 3744); nella XIV legislatura si è giunti ad un testo unificato di diverse proposte di legge (Pisapia, A.C. n. 411; Mazzoni, A.C. n. 3229; Finocchiaro, A.C. n. 3344); nella XV legislatura la Camera dei deputati ha approvato un testo che unificava diverse proposte di legge (Mazzoni, A.C. n. 626; Mascia ed altri, A.C. n. 1090; Boato, A.C. n. 1441; De Zulueta, A.C. n. 2018), prevedendo l'istituzione di una Commissione nazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani e per la tutela dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale" (A.S. 1643), ma l'*iter* non si completò al Senato per la fine anticipata della legislatura. Nella corrente legislatura (XVI) possono ricordarsi le proposte di legge Bossa ed altri (A.C. n. 2275), Bernardini ed altri (A.C. n. 2702), Corsini ed altri (A.C. n. 4004), Fleres (A.S. n. 343), Di Giovanpaolo ed altri (A.S. n. 1347), Incostante ed altri (A.S. 1424), Contini (A.S. n. 1617), Perduca ed altri (A.S. n. 1849).

²⁹ Valerio Onida: *che cosa ci faccio io dietro le sbarre*, Intervista di Stefano Arduini a Valerio Onida, pubblicata in www.vita.it/news/view/51952.

³⁰ V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 74.

³¹ V. ONIDA, *Lavorare all'esterno*, cit.

che il carcere sia luogo della legalità, alla realizzazione di una condizione essenziale «perché il principio di *legalità* (il potere soggetto alla legge) non rimanga un'astrazione»³².

³² V. ONIDA, *La Costituzione*, cit., 73.