

UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI LECCE

IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Ha pronunciato la seguente ordinanza sul reclamo proposto da xxxxxx, nato a xxxxx il xxxxxx, detenuto presso la Casa circondariale di Lecce in espiatione della pena della reclusione ad AA 1 inflitta con sentenza del GIP presso il Tribunale di Lecce del 15 giugno 2006 per detenzione a fini di spaccio di ingente quantitativo di sostanze stupefacenti e violazione legge armi.

FATTO

Con reclamo pervenuto in data 7 aprile 2009, xxxxxx si duole della mancanza all'interno della camera di detenzione ove è allocato del vano doccia e della decisione assunta da parte della Direzione della Casa circondariale di Lecce di ammettere i detenuti all'uso dei locali doccia esterni alle camere di detenzione solo per tre giorni alla settimana.

Con nota del 24 luglio 2009 la Direzione della Casa circondariale di Lecce segnalava "che unitamente al Comandante di Reparto ed ai Coordinatori delle UU.OO. si è provveduto a verificare la fattibilità di una riorganizzazione del servizio docce che possa consentire a tutta la popolazione detenuta la doccia giornaliera. Per fare questo sono necessari interventi di manutenzione degli impianti esistenti e la collocazione di temporizzatori che possano consentire di cadenzare la durata di ogni doccia; lavori questi che potranno essere realizzati solo con l'invio di fondi da parte dei Superiori Uffici." La nota citata rammentava comunque l'impossibilità di avviare una simile sperimentazione durante il periodo estivo considerata la carenza idrica.

All'udienza del 17 settembre 2009 la causa è stata introitata per la decisione con il parere favorevole del P.M. in merito all'accoglimento del reclamo quanto alla necessità che al detenuto venga assicurato l'uso giornaliero dei locali doccia esterni alle camere di detenzione, fatta salva l'attivazione delle iniziative utili per l'adeguamento strutturale della Casa circondariale di Lecce.

DIRITTO

1. Prima di affrontare il merito della questione appare opportuno verificare la sussistenza di alcune condizioni di ammissibilità del reclamo avanzato dal detenuto, che necessitano di particolare approfondimento in considerazione della presenza di un panorama giurisprudenziale che in tema di: a) individuazione del patrimonio giuridico dei detenuti; b) definizione dell'ampiezza della giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza; c) ruolo svolto dall'istituto del cd. reclamo atipico; d) poteri giurisdizionali utilizzabili dal Magistrato di Sorveglianza nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, appare ancora in fase di maturazione.

1.1. Una prima questione che occorre verificare è se a fondamento dell'odierno reclamo poggia una *causa petendi* riconducibile ad una posizione giuridica soggettiva o se invece l'odierno reclamante abbia fatto valere un mero interesse di fatto. La soluzione prescelta finisce, infatti, per riverberarsi anche sulla natura giuridica dello strumento di tutela invocato. Infatti, optando per la prima soluzione dovrà concludersi che il Magistrato di Sorveglianza viene adito in veste giurisdizionale, optando per la seconda soluzione dovrà concludersi il Magistrato di Sorveglianza interviene in veste *latu sensu* amministrativa, con ciò che ne consegue in termini di disciplina applicabile in sede processuale o procedimentale e soprattutto di efficacia della decisione assunta.

1.2. Al fine di attribuire la corretta qualificazione giuridica all'interesse fatto valere dal reclamante occorre risolvere una questione preliminare ossia se lo stato di detenzione neghi al detenuto nei confronti dell'amministrazione penitenziaria lo status di soggetto giuridico. Ossia se all'ingresso del circuito penitenziario il detenuto si veda o meno riconosciuto dall'ordinamento giuridico nei confronti dell'amministrazione penitenziaria un proprio patrimonio di situazioni soggettive

meritevoli di tutela. La questione deve essere risolta positivamente, come dimostra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di tutela del diritto alla corrispondenza a cominciare dalle sentenze del 15 novembre 1996 nei casi *Diana c. Italia* e *Domenichini c. Italia*. Del resto una conferma anche legislativa matura con la legge 8 aprile 2004, n. 95, che introducendo l'art. 18-ter, l. n. 354/1975, prevede che le limitazioni alla corrispondenza dei detenuti vengano disposte solo a seguito di provvedimento dell'autorità giurisdizionale. Una chiara soluzione in questo senso non più limitata al settore del diritto alla corrispondenza, si desume in modo cristallino dalla motivazione della sentenza della Corte costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26, che afferma: *"L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979).*

L'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - 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, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art.1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario."

2. Offerta risposta positiva alla domanda sul se il detenuto mantenga un bagaglio di posizioni giuridiche soggettive, sia pure sagomate in ragione dello stato detentivo che ne caratterizza la condizione, occorre verificare se nella fattispecie in esame il xxxxx vanti una posizione giuridica a poter fruire quotidianamente della doccia. Ad una risposta di tal fatta può giungersi solo attraverso l'esame delle norme che definiscono il rapporto tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria. In questo caso il generico richiamo all'art. 27 comma 3, cost. secondo il quale: *"le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"* o all'art. 3, comma 1, cost., che pone al centro del sistema giuridico la dignità della persona, o ancora all'art. 1, comma 1, l. n. 354/1975, che pone come criterio guida la dignità dell'uomo nello sviluppo del trattamento penitenziario, non appaiono immediatamente risolutive del problema. Pur tuttavia contribuiscono in via esegetica a chiarire la portata dell'art. 8, l. n. 354/1975 e degli artt. 7 e 8 del d.P.R. 230/2000 (regolamento di esecuzione della l. n. 354/1975).

L'art. 8 comma 1, l. n. 354/1975, dispone che: *"È assicurato ai detenuti e agli internati l'uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni o docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona.*

In ciascun istituto sono organizzati i servizi per il periodico taglio dei capelli e la rasatura della barba. Può essere consentito l'uso di rasoio elettrico personale.

Il taglio dei capelli e della barba può essere imposto soltanto per particolari ragioni igienico-sanitarie”.

2.1. La norma riportata, che pure risente di una tara storica laddove prevede la possibilità in alternativa di utilizzare il bagno o la doccia, appare sufficientemente chiara nell'assegnare al detenuto una posizione giuridica tutelata nell'uso della doccia. La locuzione utilizzata dal legislatore “E' assicurato ai detenuti...l'uso ...di ...docce”, non lascia spazio ad interpretazioni difformi per l'uso categorico della terminologia adoperata dal legislatore e per la considerazione ritratta dalle norme di principio sopra citate che se non si assicurasse l'uso della doccia, la detenzione si rivelerebbe lesiva della dignità umana. Sempre dalla stessa norma si trae un altro elemento utile: l'uso della doccia non appare mediato dall'intervento del personale dell'amministrazione. Infatti, mentre al comma 2 dell'art. 8, l. n. 354/1975, si precisa che sono organizzati i servizi per il periodico taglio dei capelli e la rasatura della barba, mentre può essere consentito l'uso di rasoio elettrico personale. Nel caso della doccia l'uso appare diretto da parte del detenuto, come nel caso del rasoio elettrico personale senza che vi sia la previsione in merito all'organizzazione di un apposito servizio da parte dell'amministrazione. Gli artt. 7 e 8 del d.P.R. n. 230/2000, attuano con disciplina di dettaglio le indicazioni contenute nell'art. 8 della l. n. 354/1975, ma in quanto fonte di rango secondario comunque non potrebbero escludere che il detenuto vanti una posizione giuridica soggettiva all'uso della doccia.

3. Tanto premesso non occorre spingersi oltre nell'esame della richiesta del detenuto che prospetta la lesione di una posizione giuridica soggettiva che il legislatore come verificato gli attribuisce, se prima non si scioglie un secondo nodo interpretativo, che concerne la veste nella quale è stata invocata la tutela del Magistrato di Sorveglianza. La questione va risolta seguendo l'insegnamento della già citata sentenza n. 26/1999 della Consulta. Il Giudice delle leggi estendendo principi quotidianamente applicati per i soggetti giuridici che non sono ristretti in luoghi di detenzione, afferma, infatti, che il precetto contenuto negli artt. 24 e 113 cost. impone che venga assicurata tutela giurisdizionale sia ai diritti aventi rango costituzionale che ai diritti che trovano fondamento in fonti normative di rango subordinato: *“si tratta della tutela dei diritti suscettibili di essere lesi per effetto (a) del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero per effetto (b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere”*. Nella fattispecie si contesta la lesione di una posizione giuridica derivante dall'adozione di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere. Il veicolo attraverso il quale proporre simili istanze di tutela giurisdizionale viene individuato dalla Consulta, a partire dalla sentenza n. 212/1997, che afferma coerentemente come in quella sede possa prospettarsi questione di legittimità costituzionale, nel reclamo cd. atipico previsto dall'art. 35, l. n. 354/1975. Appare evidente, quindi, che, impregiudicata la questione sul contenuto della disciplina processuale utilizzabile, il Magistrato di Sorveglianza investito del reclamo di un detenuto in ordine alla violazione di una posizione giuridica soggettiva agisce in veste di organo giurisdizionale. È noto come la storica sentenza della Corte costituzionale n. 26/99, si fermi dinanzi alla richiesta del giudice remittente di un intervento ortopedico nella trama legislativa al fine di dotare il Magistrato di Sorveglianza di un insieme di previsioni processuali in grado di regolamentare l'utilizzo del reclamo atipico. Va anche evidenziato, però, come l'invito rivolto al legislatore dal Giudice delle leggi sia rimasto lettera morta, mentre il numero di richieste di tutela giurisdizionale avanzate dai detenuti appaia sempre crescente ed incomba sul Magistrato di Sorveglianza il dovere di dispensare giustizia. Del resto appare inaccettabile violare il principio di strumentalità delle forme processuali rispetto alle posizioni giuridiche sostanziali che necessitano di essere tutelate.

4. Anche questo punto in realtà merita di essere più analiticamente trattato, occorre cioè verificare se non si possa ipotizzare con un *commodus discessus* la presenza di attribuzione di questioni quali quella in esame ad altri plessi giurisdizionali. Ossia se l'assenza di una disciplina processuale compiuta non abbia indotto il legislatore o l'interprete a prevedere o suggerire attraverso una competizione giurisdizionale, l'assegnazione di simili controversie al giudice amministrativo o al giudice civile.

4.1. Quanto alla possibile ricorrenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ammissibile in astratto, come si può desumere da Corte cost. 140/2007, anche in relazione alle controversie aventi ad oggetto diritti di rango costituzionale incisi dal potere amministrativo, l'unica norma di riferimento potrebbe essere rinvenuta nell'art. 33, d.lgs. n. 80/98, che assegna al g.a. la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici. Non è dubitabile che il trattamento penitenziario posto in essere dall'amministrazione sia riconducibile nella categoria dei servizi pubblici. In quanto si tratta di un'attività materiale posta in essere dall'amministrazione penitenziaria, rivolta a favore della collettività, ed organizzata attraverso atti amministrativi che assumono la qualifica di atti generali, più raramente si pensi al caso del regolamento interno di istituto quella di atti normativi secondari. La disposizione da ultimo citata, riscritta dall'art. 7 comma 1, lett. a) l. n. 205/2000, a seguito di una prima declaratoria di incostituzionalità da parte di Corte cost. n. 292/2000 per eccesso di delega, è stata oggetto di una nuova e decisiva disamina da parte di Corte cost. n. 204/2004, che ne ha riscritto la portata, rintuzzando la diffusa utilizzazione da parte del legislatore ordinario del criterio di riparto per "blocchi di materie", caldeggiato da Cons. St. ord. 1/2000, a scapito di quello costituzionalmente previsto, fondato sulla natura della posizione giuridica azionata. Con la pronuncia del 2004 la Consulta stigmatizza la scelta del legislatore di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse. Afferma al contrario il Giudice delle leggi come una corretta lettura dell'art. 113 cost. porta a ritenere che il legislatore può assegnare alla giurisdizione esclusiva del g.a. particolari materie, tali perché in assenza di simile previsione, *"contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo"*.

Una situazione di tal fatta non si riscontra nei rapporti tra amministrazione e detenuto, dominati dalla presenza della giurisdizione principale del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza che appare il referente giurisdizionale in relazione agli istituti che concretamente incidono sulla misura e sulla qualità della pena. Al contrario, proprio la centralità che assume a livello sistemico il Magistrato di Sorveglianza consente di concludere per la sussistenza di una giurisdizione esclusiva di quest'ultimo su tutte le controversie aventi ad oggetto la violazione di diritti come potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale, recata da atti dell'amministrazione ad esso preposta. Nello stesso senso milita la declaratoria di incostituzionalità della lett. e) del comma 2 dell'art. 33, in cui comunque era esplicitata, anche prima dell'intervento demolitorio del giudice delle leggi, l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del g.a. dei rapporti individuali di utenza. Nei rapporti tra amministrazione e detenuto, la prima non sempre agisce in veste di autorità e comunque quando anche adotta atti amministrativi che modificano le modalità concrete del trattamento o incidono sulla gestione ordinaria della vita del carcere, questi non sono mai espressione di discrezionalità amministrativa quante volte si riverberano direttamente o indirettamente sul trattamento penitenziario. La scelta discrezionale, infatti, viene normalmente intesa come individuazione di un comportamento lecito preceduta dalla ponderazione di un interesse pubblico primario con un interesse pubblico o privato secondario, al fine del

soddisfacimento del primo con il minor pregiudizio del secondo. Ma nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria. Allo stesso modo non si apprezza la presenza di un merito amministrativo accostato agli atti dell'amministrazione che incidano sul trattamento penitenziario. Una buona amministrazione penitenziaria quale nucleo di un insindacabile potere discrezionale rimesso all'amministrazione può essere presente in ragione di atti generali dell'amministrazione penitenziaria o di scelte quali quelle di edilizia penitenziaria che non si riverberano sul trattamento del singolo detenuto. Ma non nel caso di atti che incidono sul trattamento, essendo gli stessi tutti rimessi al vaglio della giurisdizione di sorveglianza, che svolge un ruolo di garante assoluto del trattamento. Non va dimenticato sotto tale profilo che è rimesso al Magistrato di Sorveglianza di approvare la relazione di sintesi che reca il programma trattamentale del detenuto. La discrezionalità che anima le scelte dell'amministrazione penitenziaria ha natura di discrezionalità tecnica, ossia di valutazione di fatti resa alla stregua di canoni scientifici e tecnici, che non conosce un momento di ponderazione di interessi. Il giudizio di opportunità che caratterizza la cd. discrezionalità amministrativa pura è sostituito dal giudizio di opinabilità all'esito del quale l'amministrazione è chiamata a scegliere tra una pluralità di percorsi trattamentali possibili quello più adeguato per il detenuto. Questo approdo spinge verso un'ulteriore meta da acquisire ossia in che modo si manifesta il sindacato del Magistrato di Sorveglianza rispetto ad una simile forma di discrezionalità.

4.2.1. Prima di verificare la possibilità della sussistenza della giurisdizione del giudice civile, va chiarito che residua uno spazio anche per l'esercizio da parte dell'amministrazione penitenziaria di un potere discrezionale. Il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto appare ispirato sempre dal fine rieducativo, ma a questo si accompagna in ragione della natura stessa del compito dell'amministrazione penitenziaria, anche un'attenzione particolare per la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza. Accade, pertanto, che l'amministrazione penitenziaria eserciti in alcune ipotesi una discrezionalità mista, in quanto espressione sia di discrezionalità tecnica per il peso assunto dalla vocazione trattamentale dei provvedimenti assunti sia di discrezionalità pura per la necessaria tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza che l'amministrazione deve perseguire. Un tipico esempio di questo potere è quello di disporre trasferimenti (art. 42, l. n. 354/1975). In questo caso il detenuto vanta un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo. Pertanto si pone il seguente problema: va riconosciuta la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo o si deve, invece, ritenere la presenza di una giurisdizione esclusiva della Magistratura di Sorveglianza? Il quesito nella fattispecie non è meramente accademico, atteso che l'assenza di un vano doccia nella camere detentive ha portato l'amministrazione ad instaurare la prassi di sopperire a tale carenza strutturale con l'impiego dei vani doccia presenti nelle sezioni detentive, che servono quindi una pluralità di camere detentive. Sicché potrebbe dirsi in questo caso che la scelta di consentirne l'uso solo per tre giorni a settimana è animato anche da motivi di sicurezza, ossia è frutto dell'esercizio di una discrezionalità mista come sopra chiarito. Sul punto appare sufficiente rammentare le conclusioni alle quali sono giunti due autorevoli precedenti quali Corte cost., 212/1997, e Cass., Sez. Un., 25079/2003. La prima delle citate pronunce ci accompagna sino alla posizione del problema quando afferma che: *“Ora, poiché nell'ordinamento, secondo il principio di absolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo.*

L'unica alternativa sarebbe, in astratto, quella di ritenere la materia rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ma, nella specie, ciò che il reclamante lamenta non è il cattivo esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione

penitenziaria, bensì il mancato riconoscimento - in forza della lacuna normativa denunciata - di un diritto fondamentale, com'è il diritto inviolabile alla difesa, sub specie di diritto al colloquio con il proprio difensore". La seconda opera un passo decisivo, quando afferma che: *"Le precisazioni sopra esposte fanno ritenere che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa (sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento); secondo una cognizione che non può ridursi agli usuali canoni di demarcazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, attesa la riserva di giurisdizione connaturata alla necessità del rispetto dell'art. 27, 3° comma, della Costituzione. Secondo quanto, del resto, risulta comprovato dall'intero assetto dei rimedi previsti dall'ordinamento penitenziario, pure a prescindere dalla tipologia di posizioni soggettive oggetto di tutela."* La conclusione raggiunta dalle Sezioni Unite di una giurisdizione esclusiva della Magistratura di Sorveglianza che trova il suo fondamento nell'art. 27 cost. appare ulteriormente avvalorata dalle sentenze del Giudice delle leggi (per tutte Corte cost. 191/2006), che valorizzano l'esigenza di concentrazione della tutela dinanzi ad un unico plesso giurisdizionale. L'importanza della questione spinge a nuovi interventi della Consulta che con sentenza 12 marzo 2007, n. 77, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, L. TAR, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, individuando una lesione ai principi contenuti negli artt. 24, 111, 113 cost. In quest'ottica è lo stesso mutamento dell'idea di giurisdizione plasticamente rappresentato dalla rivoluzionaria esegesi dell'art. 37 c.p.c. di Cass., Sez. Un., 23 settembre 2008, n. 24883, a convincere della bontà della ricostruzione offerta che vede la Magistratura di Sorveglianza munita di giurisdizione esclusiva per le controversie aventi ad oggetto le posizioni giuridiche dei detenuti e l'amministrazione penitenziaria derivanti dal rapporto di detenzione. In quell'occasione la Suprema Corte ha condivisibilmente evidenziato l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, a favore di un'idea di giurisdizione come servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto sentenza, all'interno di un mutato sentire globale, nel quale anche il servizio giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza. Appare, infatti, esorbitante rispetto al sistema sopra delineato, l'idea del detenuto che possa sceverare tra le diverse posizioni giuridiche effettivamente da azionare a fronte di una difficoltà oggettiva a rivolgersi ad un legale di fiducia, direttamente discendente dallo stato detentivo. Come anche quella di doversi rivolgere per la tutela di posizioni di interesse legittimo necessariamente ad una difesa tecnica per veicolare le sue richieste, senza poter accedere in modo immediato alla tutela giurisdizionale approntata dal Magistrato di Sorveglianza come accade nel caso in cui la richiesta abbia ad oggetto posizioni di diritto soggettivo. Esigenze di concentrazione e di effettività della tutela giurisdizionale fanno propendere per la sussistenza di una giurisdizione esclusiva a favore del Magistrato di Sorveglianza. Né il quadro normativo milita in senso opposto. Al contrario, proprio l'art. 35 l. 354/1975, con una formulazione così ampia e l'art. 69, comma 5, l. 354/1975, secondo il quale il Magistrato di Sorveglianza: *"Impartisce, inoltre, nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati"* rappresentano un humus letterale sul quale appoggiare l'idea della sussistenza della giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza. Sotto questo profilo non ha alcun pregio il rilievo che il legislatore ha fatto riferimento nel citato comma 5, ad *"eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati"*, giacché l'uso del termine *"diritti"* deve ritenersi fatto in modo atecnico, ossia riferito all'intero patrimonio giuridico del detenuto nella misura in cui lo stesso sia inevitabilmente inciso dal trattamento penitenziario.

4.3. Quanto alla possibilità di rivolgersi al giudice civile è evidente che la sua giurisdizione riguarda i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio e non si trova ad essere concorrente con quella del Magistrato di Sorveglianza. In questo senso va letta la declaratoria di

incostituzionalità pronunciata da Corte cost., n. 341/2006, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 374, non per la scelta di assegnare al Magistrato di Sorveglianza la cognizione delle controversie lavoristiche tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria fondata sulla *ratio* del rilievo assunto sul piano trattamentale del lavoro penitenziario, ma per la inadeguatezza dello strumento congegnato dal legislatore per assicurare piena tutela giurisdizionale alle correlate posizioni giuridiche del detenuto. Precisa la Consulta che: *“Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle suesposte garanzie costituzionali, si deve notare, in primo luogo, che la procedura camerale in essa prevista, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, 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, 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”*.

5. Una volta ritenuta la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudicante sulla controversia in esame. Va chiarita la natura della posizione giuridica in concreto azionata. Questa ulteriore indagine è necessaria non solo per definire il merito della controversia, ma anche per giustificare la scelta della procedura utilizzata. Come rammentato, il xxxxxxxx si duole della mancanza all'interno della camera di detenzione ove è allocato del vano doccia e della decisione assunta da parte della Direzione della Casa circondariale di Lecce di ammettere i detenuti all'uso dei locali doccia esterni alle camere di detenzione solo per tre giorni alla settimana. La trama normativa di riferimento è rappresentata dall'art. 8, l. n. 354/1975 e dagli artt. 7 e 8 del d.P.R. 230/2000 (regolamento di esecuzione della l. n. 354/1975). Le norme sopra menzionate non assegnano all'amministrazione alcuna discrezionalità nella fruizione della doccia. In particolare l'art. 8, comma 1, l. n. 354/1975, dispone che: *“È assicurato ai detenuti e agli internati l'uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni o docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona”*. Il significato degli aggettivi *“adeguato e sufficiente”* viene spiegato dall'art. 7, del d.P.R. n. 230/2000, secondo il quale: *“1. I servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera.*

2. I vani in cui sono collocati i servizi igienici forniti di acqua corrente, calda e fredda, sono dotati di lavabo, di doccia e, in particolare negli istituti o sezioni femminili, anche di bidet, per le esigenze igieniche dei detenuti e internati.

3. Servizi igienici, lavabi e docce in numero adeguato devono essere, inoltre, collocati nelle adiacenze dei locali e delle aree dove si svolgono attività in comune.” Pertanto, la disciplina prevede che le camere detentive siano dotate di doccia, dal che deriva la possibilità che il detenuto ne faccia uso. Mentre le docce esterne sono asservite all'uso dei locali nei quali si svolgono le attività in comune. L'altra specificazione attiene all'uso dell'acqua calda, strumentale all'utilizzo della doccia, ed è contenuta nel comma 4 dell'art. 8, del d.P.R. n. 230/2000, che dispone: *“Il regolamento interno prevede i tempi e le modalità di accesso ai servizi di barbiere e di parrucchiere e gli orari di utilizzazione quotidiana dell'acqua calda”*. Acqua calda che evidentemente deve servire anche per l'uso della doccia. Siamo in presenza quindi di una posizione di diritto soggettivo del detenuto, almeno nei limiti in cui gli è concessa la facoltà di utilizzare quotidianamente la doccia.

6. Prima di affrontare il merito della questione occorre, però, interrogarsi sulla compatibilità del rito prescelto ex art. 35, 69, 14-ter, l. n. 354/1975 con i precetti costituzionali. I dubbi riguardano in particolare la compatibilità del rito seguito con i commi 1 e 2 dell'art. 111 cost., secondo i quali: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

Può dubitarsi in particolare che sia assicurato l’effettivo contraddittorio tra le parti, che nel corso della durata del processo le parti si trovino in posizioni di parità e che il giudice sia terzo ed imparziale.

6.1. Partendo dalla fine ci si può agevolmente liberare dal dubbio della presenza di un giudice che non sia terzo, rilevando come si tratta di una questione che non può essere valutata in astratto, ma solo in concreto. Il nostro ordinamento conosce e disciplina anche a livello costituzionale organi giurisdizionali quali il Consiglio di Stato (art. 100, comma 1, cost.), che hanno veste amministrativa e giurisdizionale. Si tratta di un’eventualità legata alla trasformazione del principio di rigida separazione dei poteri, che porta a rinvenire in alcuni organi funzioni proprie vuoi dell’amministrazione vuoi della giurisdizione, senza che ciò evidenzii profili di incostituzionalità. Ciò non toglie che laddove l’esercizio preventivo di una funzione amministrativa possa evidenziare la presenza di un pregiudizio da parte del giudice che potrebbe non apparire come terzo ed imparziale allora scatteranno i rimedi tipizzati dal legislatore dell’astensione e della ricsuzione.

6.2. In relazione al rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle parti, secondo l’interpretazione maggioritaria il rito seguito consente all’amministrazione un contraddittorio meramente documentale, questa circostanza non appare di per sé lesiva del precetto costituzionale, giacché attesa la natura delle controversie e l’assenza di limitazioni all’utilizzo di poteri istruttori d’ufficio, ciò non impedisce al Magistrato di Sorveglianza di ascoltare quali testimoni, dipendenti dell’amministrazione penitenziaria ovvero altri detenuti, come di disporre perizie. Pertanto, la circostanza che secondo l’interpretazione prevalente l’amministrazione sviluppi una partecipazione meramente documentale attraverso la quale eccitare i poteri istruttori del Magistrato di Sorveglianza non appare ledere il principio del contraddittorio. Del resto la stessa Corte costituzionale (9 aprile 2009, n. 108) ha precisato che: *“il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l’identità dei rispettivi poteri processuali: «stanti le differenze fisiologiche fra le due parti, dissimmetrie sono, così, ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere contenute nei limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni - è stato ribadito - per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008)”*. Una asimmetria di tal fatta può essere inoltre giustificata dalla differente posizione di supremazia sostanziale assunta dall’amministrazione penitenziaria nei confronti del detenuto, che si riequilibra in sede processuale. Il che esclude una contrarietà con il precetto dell’art. 111 cost.

6.3. L’interpretazione sinora invalsa dell’art. 14-ter, l. n. 354/1975, secondo la quale l’amministrazione non interverrebbe con una difesa tecnica nel giudizio, possibilità quest’ultima che invece sarebbe assicurata al detenuto reclamante, potrebbe però non essere l’unica da seguire. Sotto questo profilo va valutato con attenzione il peso assunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26/99, all’indomani della modifica dell’art. 111 cost., con l’introduzione del principio del giusto processo corredato dal corollario del principio di parità delle parti. La pronuncia n. 26/99, si limita a rilevare l’incostituzionalità del meccanismo previsto dall’art. 35 l. n. 354/1975, senza individuare un rito costituzionalmente compatibile, in attesa di un intervento del legislatore ordinario. Intervento che ad oggi non risulta ancora compiuto. Appena due anni dopo la modifica costituzionale rendeva ancora più pressante la necessità di offrire alle parti un congegno processuale in grado di offrire un confronto paritario sulla *res controversa*. La questione può, però, a giudizio del giudicante risolversi attraverso una rilettura costituzionalmente orientata proprio dell’art. 14-ter citato. L’intervento del legislatore costituzionale, infatti, offre un’indicazione precisa che non era presente nella trama costituzionale presa in esame dalla Consulta con la pronuncia n. 26/99, che oggi indirizza in modo cogente la scelta del rito, limitando di fatto un’esegesi arbitraria in merito alle caratteristiche minime che devono presiedere *“ogni processo”*. Ciò impone una rilettura

costituzionalmente orientata dall'art. 14-ter, comma 3, l. n. 354/1975, laddove dispone che: *“Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero”*, nel senso che il termine *“difensore”* deve essere inteso come difensore del detenuto o dell'amministrazione penitenziaria. Questa scelta appare indifferibile per la necessità di mantenere un adeguato livello delle tutele specie in relazione al trattamento penitenziario, che laddove si determini secondo modalità contrarie alla legge, produce di per sé un effetto contrario a quella finalità rieducativa che individua l'art. 27 cost. Soffrire la pena in costanza di condizioni di non conformità alla legislazione e con evidenti difficoltà di ottenere una pronuncia giurisdizionale, rischia di sortire, infatti, un effetto talmente dirompente da sterilizzare qualsiasi percorso trattamentale svolto durante la detenzione. Ciò impone il singolo Magistrato di Sorveglianza di fare buon uso del potere di interpretazione costituzionalmente orientata (Corte cost. 18 luglio 2002, n. 361, Corte cost., 4 marzo 1999, n. 54) onde intervenire immediatamente con una pronuncia giurisdizionale in luogo di richiedere l'intervento della Consulta che si è già peraltro espressa nel senso che la questione del rito va rimessa alla discrezionalità del legislatore (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 109 ha adottato soluzioni analoghe in relazione a questioni riguardanti il processo civile), che non può essere sostituita dalla attività del giudice delle leggi. Del resto non è un caso se la stessa Consulta adotta un diverso approccio quando si tratta di individuare gli esatti confini della disciplina sostanziale del rapporto giuridico esistente tra detenuto ed amministrazione penitenziaria (sul tema ad esempio delle perquisizioni personali cfr. Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526). La ricostruzione offerta in via interpretativa esclude pertanto che vi sia un profilo di legittimità costituzionale in ordine alla parità delle parti che meriti di essere sottoposto al sindacato della Corte costituzionale. Pertanto rilevato che sia l'opzione sub 6.2. che quella sub 6.3., che nella presente sede appare preferibile, escludono una violazione della Carta costituzionale che meriti di essere sottoposta al vaglio della Consulta, si può passare all'esame delle residue questioni.

7. Prima di affrontare la controversia nel merito, occorre chiarire l'ambito dei poteri spettanti al Magistrato di Sorveglianza nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. In questa sede riprende vigore il tema già affrontato della natura giuridica della pretesa azionata. Posto, infatti, che si è ritenuta sussistente la giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza lo strumentario di azioni e di poteri decisorii appare differente a seconda della diversa natura di interesse legittimo o di diritto soggettivo della causa petendi. Nel caso in cui venga azionato un interesse legittimo deve ritenersi che il Magistrato di Sorveglianza in forza del disposto dell'art. 14-ter, l. n. 354/1975 e della clausola generale contenuta nell'art. 69, comma 5, l. n. 354/1975, ultimo periodo, ben possa adottare sentenze di annullamento degli atti adottati dall'amministrazione penitenziaria. Al riguardo, infatti, non va dimenticato che l'art. 113 comma 1 cost. prevede che *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”*, mentre il comma 3 della stessa norma dispone che: *“La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”*. L'architettura costituzionale impone che il cittadino abbia sempre la possibilità di adire l'autorità giurisdizionale nei confronti degli atti adottati dall'amministrazione e che spetti al legislatore ordinario individuare gli organi giurisdizionali dotati del potere di annullare gli atti in questione. Si tratta di una disciplina che come appare evidente è ben lontana da quella contenuta nella l. 2248/1865 all. E c.d. L.A.C. La legge abolitrice del contenzioso che limita il potere del g.o. alla mera disapplicazione opera in una temperie storico giuridico nella quale si disconosceva la titolarità in capo al cittadino di posizioni qualificabili come interesse legittimo, tant'è che allo stesso non toccava che rassegnarsi dinanzi alla violazione perpetrata a suo danno a mezzo di atti amministrativi non lesivi di diritti soggettivi. La scelta del legislatore costituente con l'art. 113 va in opposta direzione ed è coerente con l'affermazione contenuta nell'art. 24 cost. La giurisdizione contro gli atti della p.a. può essere esercitata anche dal g.o. con i poteri necessari affinché la stessa mantenga standard adeguati di effettività. In questo senso l'esperienza della giurisdizione esclusiva del g.o. in tema di ricorsi avverso gli atti del Garante per la privacy ovvero avverso le sanzioni amministrative

ex art. 689/1981, ovvero nel caso di impugnativa dei provvedimenti disciplinari ex art. 69, comma 6, lett. b) l. n. 354/1975. Pertanto, nel caso in cui il Magistrato di Sorveglianza conosca di interessi legittimi deve ritenersi che la tutela non possa attestarsi su standard inferiori rispetto a quelli offerti per gli interessi legittimi pretensivi ed oppositivi dal g.a. a pena di violazione del principio di parità di trattamento, non giustificandosi una *deminutio* della tutela giurisdizionale a danno del soggetto detenuto rispetto al soggetto non detenuto.

7.1. Più semplice appare la delimitazione dei poteri decisorii in tema di diritti soggettivi, considerato che la tradizione giurisprudenziale del g.o. ha da sempre riconosciuto l'utilizzabilità dell'intera gamma di azioni (dichiarative, costitutive e di condanna) nel caso di invocata lesione di un diritto soggettivo da parte della p.a. (si pensi all'esperienza delle azioni possessorie spiegate contro l'amministrazione in tema di occupazione usurpativa, o dell'azione ex art. 2932 c.c. nei confronti dell'amministrazione che abbia sottoscritto un preliminare di vendita).

8. Nel merito il reclamo merita di essere accolto nei termini che seguono. Abbiamo visto sopra come la Direzione possa disciplinando l'uso dell'acqua calda, la cui erogazione deve essere almeno quotidiana, si può limitare l'uso della doccia attraverso apposita indicazione del regolamento interno, ma non si può giungere, pure attraverso questa ulteriore disciplina di dettaglio, a limitare sino ad impedire del tutto l'utilizzo della doccia. Presso la Casa circondariale di Lecce il regolamento interno all'art. 16 stabilisce che: *"L'accesso ai servizi di bagno o di doccia avviene, secondo turni predisposti dalla Direzione e con la frequenza ordinaria stabilita dalle vigenti disposizioni, dal lunedì al sabato, dalle ore 8.30 alle ore 11.00 e dalle ore 13.00 alle ore 15.00."* Questa previsione è stata erroneamente interpretata dalla Direzione della Casa circondariale che ha previsto la possibilità per i detenuti di accedere per tre volte alla settimana all'uso delle docce allocate all'esterno delle camere detentive. La frequenza ordinaria prevista dalle vigenti disposizioni non può essere inferiore a quella quotidiana, giacché se la Casa circondariale di Lecce non è in regola dal punto di vista strutturale circa la presenza del vano doccia all'interno delle camere detentive, il rimedio disposto di far utilizzare le docce esterne deve contemplare l'uso quotidiano delle stesse. In questo senso il richiamo alle vigenti disposizioni appare rafforzare una simile conclusione, posto che in ogni caso il regolamento interno non avrebbe potuto stabilire un uso inferiore a quello quotidiano. Pertanto, il reclamo avanzato dal xxxxx merita di essere accolto, dovendo essere consentito allo stesso l'uso quotidiano della doccia, in attesa che l'amministrazione penitenziaria attrezzi le camere di detenzione con un vano doccia.

P.Q.M.

Letti gli artt. 14-ter, 35, 69, l. 354/1975;

Visto il parere del P.M.

Accoglie il reclamo proposto da xxxx xxxxx e per l'effetto ordina alla Direzione della Casa circondariale di Lecce di consentire al reclamante di fruire quotidianamente del servizio doccia.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di rito.

Lecce, 17 settembre 2009

Il Magistrato di Sorveglianza

(Dr. Luigi Tarantino)