



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

**EREMITA A PARIGI:
LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA FRANCESE VISTA DA UN MAGISTRATO
ITALIANO**

di

Luigi Viola

*(Consigliere presso il T.A.R. Puglia, sez. di Lecce e
Professore di diritto sportivo nell'Università degli Studi di Udine)*

28 dicembre 2011

Sommario: 1. La giurisprudenza amministrativa francese e le *mesures d'ordre interieur* – 2. Il sistema italiano di tutela dei diritti dei detenuti – 3. Un diverso approccio alla problematica della tutela giurisdizionale.

1) La giurisprudenza amministrativa francese e le *mesures d'ordre interieur*.

Quali sono le “impressioni di viaggio” di un magistrato amministrativo italiano che, partecipando ad un programma di scambio comunitario¹, sia stato chiamato a confrontarsi con il sistema di giustizia amministrativa francese?

A questo proposito, ci sarebbero sicuramente molte cose da dire e bisognerebbe approfondire, in termini reali, le convergenze e divergenze sussistenti tra i due ordinamenti; lo spirito della presente nota (che costituisce solamente un primo commento “caldo” di temi di ricerca suscettibili di più meditato approfondimento), permette però di concentrarsi su una singola problematica che, ad avviso di chi scrive, si presenta fortemente emblematica del diverso

¹ Il presente scritto costituisce il primo risultato “a caldo”, di uno stage finanziato dall'European Judicial Training Network-Réseau européen de formation judiciaire (EJTN-REFJ) e svoltosi presso la *Cour administrative d'appel* di Parigi nel periodo 14-25 novembre 2011.

approccio del giudice amministrativo francese rispetto a quello italiano e, soprattutto, della diversa attenzione prestata dal giudice d'oltralpe alla problematica fondamentale della tutela dei diritti dell'uomo.

Il punto di partenza dell'esposizione deve essere individuato in uno dei tanti grandi *arrêts* del *Conseil d'État* ed in particolare, nel cd. *arrêt Marie*² che ha ridisegnato, secondo una prospettiva completamente nuova, la problematica delle cd. *mesures d'ordre interieur*, ovvero dell'impugnabilità avanti alla giustizia amministrativa dei provvedimenti assunti da enti pubblici fortemente organizzati (amministrazioni militari, prigionieri, ecc.; quelle che, in altra prospettiva, vengono spesso definite come "istituzioni totali") che, secondo una più risalente impostazione del giudice amministrativo francese³, non sarebbero stati suscettibili di impugnazione per effetto della <<*faible importance pratique et ...minceur juridique*⁴>>.

Per una piena comprensione delle ragioni poste a base della svolta giurisprudenziale del 1995⁵, è indispensabile la lettura delle conclusioni⁶ dell'allora *Commissaire du gouvernement* Patrick Frydman (la motivazione della decisione del *Conseil d'État* è, infatti, abbastanza laconica); in buona sostanza, si tratta del sostanziale superamento delle due argomentazioni principali poste a base del vecchio orientamento giurisprudenziale (l'applicazione del vecchio adagio *de minimis non curat praetor* e il rischio di indebolire la necessaria disciplina nelle caserme e nelle prigionie), sulla base di cinque linee argomentative⁷ che attribuiscono particolare importanza ad argomentazioni di diritto comparato, alla tendenza evolutiva dell'ordinamento francese e, soprattutto, alla necessità (ormai incombente) di dare applicazione concreta alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

² CE ass. 17 febbraio 1995, *Marie* req. n° 97754 in <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>; *Recueil Lebon*, 83; *AJDA*, 1995. 420, con note TOUVET e J. H. STAHL; *RSC*, 1995. 381 con nota di COUV RAT e 621 con nota di HERZOG-EVANS.

³ Che, da ultimo, aveva trovato espressione in CE ass. 27 janv. 1984, *Caillol*, req. n° 31985 (in *RD publ.*, 1984, 483), pur in presenza di conclusioni contrarie (ed improntate ad una più moderna impostazione della problematica) del *Commissaire du gouvernement* Bruno Genevois.

⁴ CHAPUS R. *Droit du contentieux administrative*, XIII ed. 2008, Domat-Montchrestien, 586 e ss. (in particolare, pag. 597 e ss. per l'esposizione della giurisprudenza anteriore all'*arrêt Marie*).

⁵ Che in realtà, oltre all'*arrêt Marie*, specificamente destinato alla problematica dell'impugnabilità degli atti dell'amministrazione penitenziaria, comprende anche il coevo *arrêt Hardouin* (CE, ass. 17 febbraio 1995 req. n° 107766 in <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>; *Recueil Lebon*, 82; *AJDA*, 1995. 421, con note TOUVET e J. H. STAHL), che ha affrontato la problematica dell'impugnabilità avanti al giudice amministrativo delle punizioni disciplinari (consegna di rigore) inflitte dall'amministrazione militare, concludendo per l'affermativa sulla base della rilevanza dell'indubbia incidenza sulla libertà di <<andare e venire del militare>> e delle possibili conseguenze sulla carriera futura.

⁶ In <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>; *RFDA* 1995, 353, con nota di MODERNE e 626, con nota di CÉRÉ.

⁷ Analiticamente esaminate da LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DEVOLVÉ P. e GENEVOIS B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XVIII ed., 2011, Paris, Dalloz, 686 e ss.

Con le due decisioni *Marie* ed *Hardouin* del *Conseil d'État*, il sistema di giustizia francese, oltre a superare il sostanziale <<*paradoxe selon lequel il existe un juge compétent mais qui estime ne pas devoir connaître du litige*⁸>>, ha quindi cominciato ad elaborare una sistematica aperta all'impugnazione delle decisioni dell'amministrazione penitenziaria incidenti sulla sfera soggettiva del detenuto (e, quindi, in definitiva, al sindacato della concreta organizzazione e gestione del sistema penitenziario), sulla base di un'impostazione che, fin dall'origine, è stata concepita come un sostanziale ponte verso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed un modo per implementare l'applicazione dei principi fondamentali della Convenzione all'interno dell'ordinamento giuridico francese; in buona sostanza, è stata pertanto individuata, già a partire dal 1995, una soluzione giurisprudenziale idonea a ridurre l'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul sistema penitenziario francese (che presentava e presenta, anche se in maniera forse meno drammatica, problematiche paragonabili a quelle italiane⁹) e, soprattutto, a promuovere un processo, a livello di ordinamento interno, di recepimento e tutela dei principi della Convenzione.

Ne è derivata una serie di iniziative (da ultimo promosse dal *Conseil d'État*, anche nel corso del 2011) e di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali finalizzate a specificare i limiti applicativi della giurisprudenza *Marie*, secondo <<*une grille d'analyse*¹⁰>> razionale e concreta e che, soprattutto, permettesse di individuare le tipologie di provvedimenti (caratterizzati da apprezzabile ed indubbia efficacia lesiva della sfera lesiva del detenuto) suscettibili di impugnazione.

Da ultimo, lo sforzo giurisprudenziale ha trovato espressione in tre importanti e coevi *arrêts* del *Conseil d'État* del 2007 che, rispettivamente, hanno ammesso l'impugnabilità dei provvedimenti di assegnazione del detenuto da una <<*maison centrale à une maison d'arrêt*¹¹>> (assegnazione che esplica indubbi effetti sull'isolamento diurno del detenuto e quindi, in definitiva, sulle condizioni di detenzione), delle decisioni dell'amministrazione penitenziaria in materia di lavoro del detenuto¹² (si trattava di un detenuto privato del suo lavoro di aiuto cuoco, per la sua attitudine non cooperativa) e della decisione di applicare al

⁸ FORT F.X. *La protection de la dignité de la personne détenue* in *AJDA*, 2010, 2249 e ss.

⁹ È stato autorevolmente rilevato (CHEVALLIER J.L./*Etat de droit*, Montchrestien, Clefs, 1992, 92) come, almeno nel 1992, le prigioni costituissero un <<*îlot d'arbitraire, contradictoire avec l'Etat de droit*>>.

¹⁰ FORT F.X. *La protection de la dignité de la personne détenue*, cit.

¹¹ CE ass. 14 déc. 2007, *Garde des Sceaux c/ Boussouar*, req. n° 290730 in *AJDA*, 2006, 132, con note di BOUCHER J. e BOURGEOIS-MACHUREAU che ha confermato CAA Paris 19 déc. 2005, *M. Boussouar c/ Garde des Sceaux* req. n° 05PA00868 in *AJDA*, 2006, con nota del *Commissaire du gouvernement* BACHINI.

¹² CE ass. 14 déc. 2007, *Planchenault*, req. n° 290420 in *AJDA* 2008, 134, con note di BOUCHER J. e BOURGEOIS-MACHUREAU.

detenuto delle <<rotations de sécurité¹³>> (vale a dire, dei cambiamenti frequenti di istituto penitenziario, per rendere difficile un possibile tentativo di evasione); per quello che riguarda la disciplina di carattere regolamentare, da non dimenticare è poi l'intervento del *Conseil d'État*¹⁴ sulle disposizioni di valore regolamentare del codice di procedura penale in materia di regime di isolamento giudiziario, a seguito della mancata previsione di un meccanismo effettivo di ricorso.

Per quello che riguarda l'aspetto risarcitorio, l'apertura alla giustiziabilità delle posizioni soggettive dei detenuti operata dalla giurisprudenza *Marie* si è poi coniugata con il progressivo passaggio (presente nella materia penitenziaria, come nella problematica più generale) dalla richiesta della colpa grave (in un primo momento, definita come <<*faute manifeste et d'une particulière gravité*>> e, successivamente, come <<*faute lourde*¹⁵>>) alla cd. <<*faute simple*¹⁶>>; si è pertanto pervenuti ad una giurisprudenza che ha condannato lo Stato a risarcire il danno (spesso qualificato in termini di danno non patrimoniale) arrecato ai detenuti per effetto di condizioni di igiene e salubrità ritenute insufficienti ad assicurare il rispetto della persona umana¹⁷ o di modificazioni di regime carcerario che abbiano reso più difficile la conclusione degli studi intrapresi dal detenuto in carcere¹⁸.

Ben si comprende pertanto come l'intervento dell'importante decisione *Ramirez Sanchez* della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹ in materia di isolamento del detenuto e obbligo di prevedere un mezzo di ricorso effettivo avverso le decisioni di isolamento non abbia preso per nulla alla sprovvista il sistema giuridico francese; è quindi sostanzialmente nel vero la dottrina che ha concluso, pur con un certo grado di improprietà, per la <<retroattività²⁰>>

¹³ CE ass. 14 déc. 2007, *M. Payet*, req. n° 306432 in *AJDA*, 2008, 134, sempre con note di BOUCHER J. e BOURGEOIS-MACHUREAU.

¹⁴ CE sect. 31 oct. 2008, *Section française de l'OIP*, req. n° 293785 in *AJDA*, 2008, 2389 con note di GEFFRAY e LIÉ; *RFDA* 2009, 73, con nota di GUYOMAR; in materia di provvedimenti di isolamento presi dall'amministrazione penitenziaria, si vedano anche CE 17 déc. 2008, *Section française de l'OIP* req. n° 305594 e 293786 in *AJDA*, 2008, 2364 e 26 juillet 2001, *Garde des Sceaux c/ S.* req. n° 317547 e 328535 in *AJDA*, 2011, 1597, con nota di GRAND. In dottrina, sulla problematica della giustiziabilità dei provvedimenti di isolamento, si veda anche GUYOMAR M. *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif* in *AJDA*, 2009, 413.

¹⁵ CE 3 oct. 1958, *Rakotoarivony* in *Recueil Lebon*, 470; 26 mai 1978, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Consorts Wachter* in *Recueil Lebon*, 222.

¹⁶ CE 23 mai 2003, *Chabba*, req. n° 244663 in *AJDA*, 2004, 157 con nota di ALBERT; 17 déc. 2008, *Garde des Sceaux c/ Zaouiya*, req. n° 292088 in *AJDA*, 2009, 432 con nota di DE SILVA.

¹⁷ TA Rouen 27 mars 2008, *M. Donat*, req. n° 0602590 in *AJDA*, 2008, 668; *RSC*, 2008, 972, con studio di PONCELA. Si veda anche CAA Douai 12 nov. 2009, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, req. n° 09DA00782 in *AJDA*, 2010, 42 con nota di LEPERS.

¹⁸ TA Paris 30 déc. 2010, *Gilles de Vallière* in <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>.

¹⁹ CEDU gde ch. 4 juill. 2006, *Ramirez Sanchez c/ France*, req. n° 59450/00 (si tratta del terrorista meglio conosciuto come <<Carlos>>); l'importante decisione della CEDU non risulta edita in Italia.

²⁰ BRILLÉ M. *Censure rétroactive de la jurisprudence Fauqueux par la Cour européenne des droits de l'homme* in *AJDA*, 2005, 237.

della decisione, trattandosi di un'impostazione della problematica dell'impugnabilità delle decisioni in materia di isolamento del detenuto ormai abbandonata dalla giurisprudenza francese già in data anteriore all'intervento della decisione della CEDU.

In definitiva, la giustizia amministrativa francese ha saputo elaborare, a partire dalle decisioni *Marie* ed *Hardouin* del *Conseil d'État*, un sistema di tutela giurisdizionale delle ragioni dei detenuti che è certamente caratterizzato dal requisito dell'effettività, mutuando, in buona sostanza, l'intero strumentario di tutela proprio del processo amministrativo, sia per quello che riguarda la possibilità di annullare gli atti dell'amministrazione penitenziaria e di indirizzare ingiunzioni all'amministrazione, sia per la possibilità di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno subito dal detenuto; di tutta evidenza è poi la stretta connessione sussistente tra la giurisprudenza in questione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, già presente all'origine stessa dell'orientamento e successivamente sviluppata in modo da realizzare un compiuto sistema di tutela che, oltre ad implementare la recezione dei diritti previsti dalla Convenzione, viene ad integrare un utile strumento preventivo a livello di ordinamento interno della proposizione di azioni avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2) Il sistema italiano di tutela dei diritti dei detenuti.

Una volta terminata l'esposizione della giurisprudenza francese viene immediatamente da chiedersi quale sia lo sviluppo della problematica in Italia e, soprattutto, se sia presente anche nel nostro paese un sistema di tutela paragonabile a quello francese.

A questo proposito, un buon punto di partenza è di certo costituito da una sentenza della Corte costituzionale²¹ che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione dell'ordinamento penitenziario (l'art. 18 della l. 26 luglio 1975 n. 354), sulla base di una struttura motivazionale che, richiamando *in toto* le previsioni degli artt. 24 e 113 Cost., lasciava una porta aperta al possibile intervento del giudice amministrativo (nello specifico, escluso dal fatto che, trattandosi del diritto del condannato a conferire con il proprio difensore, si trattava di una posizione di diritto soggettivo incompressibile dall'amministrazione): «ora, poiché nell'ordinamento, secondo il principio di absolutezza,

²¹ Corte cost. 3 luglio 1997, n. 212 in *Cass. pen.*, 1997, 3281; *Giur. cost.*, 1997, 2141; *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 409; *Cons. Stato*, 1997, II, 1060; *Dir. pen. e processo*, 1997, 942; *Riv. pen.*, 1997, 799; in dottrina, sembra ammettere la presenza di posizioni di interesse legittimo nel rapporto penitenziario e la proponibilità del relativo ricorso avanti al giudice amministrativo, FIORENTIN F. *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria* in *Giur. merito*, 2010, 11, 2810; § 7, 8, 11 e 13.

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>>.

Nella materia è poi intervenuta la "storica" decisione 11 febbraio 1999, n. 26²² della Corte costituzionale che, sempre in una fattispecie relativa a diritti incompressibili del detenuto (decisione dell'amministrazione di "trattenere" una parte della corrispondenza dei detenuti, ritenuta oscena), ha dichiarato costituzionalmente illegittimi <<gli art. 35 e 69 l. 26 luglio 1975 n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), 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>>; anche in questo caso, a base della declaratoria d'incostituzionalità è, in buona sostanza, l'applicazione del diritto alla tutela giurisdizionale previsto dall'art. 24 e 113 della Carta costituzionale (<<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>>), sulla base di un sistematica che individua espressamente nella magistratura di sorveglianza il giudice dei diritti dei detenuti (<<l'esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali si è infatti affermata indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione, individuandosi la sede della tutela nella magistratura di sorveglianza, magistratura alla quale spetta, secondo l'ordinamento penitenziario vigente, una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati>>).

La sostanziale incertezza in ordine ai rimedi processuali concretamente utilizzabili per la tutela dei diritti del detenuto è poi stata riempita, nell'inerzia del legislatore, da un importante

²² In *Cass. pen.*, 1999, 1718; *Dir. pen. e processo*, 1999, 850 con nota di DELLA CASA; *Giust. pen.*, 1999, I, 161; *Foro Amm.*, 2000, 1185.

intervento delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione²³ (analizzata in questa sede solo per quello che riguarda la problematica delle situazioni giuridiche tutelate e della giurisdizione) che è andata probabilmente oltre la sistematica della Corte costituzionale (che, come già rilevato, ha deciso sempre in fattispecie caratterizzate dall'indubbia natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva del detenuto), concludendo per la necessità di riferire <<alla giurisdizione della magistratura di sorveglianzala 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 tutela²⁴>>.

La sostanziale insoddisfazione per gli evidenti limiti di tutela dell'intervento della magistratura di sorveglianza (più oltre richiamati) ha poi portato ad un nuovo intervento della Corte costituzionale²⁵ che, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 69 comma 6 lett. a) della l. 26 luglio 1975 n. 354, ha "trasferito" al giudice ordinario del lavoro le controversie tra datore di lavoro e detenuto relative al lavoro svolto in carcere; a base dell'intervento era la chiara rilevazione dell'inidoneità del procedimento avanti alla magistratura di sorveglianza a

²³Cass. pen. sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079 in *Cass. pen.*, 2003, 2961 e 2004, 1362 con nota di MURA; *D&G - Dir. e giust.*, 2003, 31, 104; *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 445.

²⁴Probabilmente poco convinta del carattere persuasivo del richiamo dell'art. 27, 3° comma Cost. (che non sembra prevedere riserve di giurisdizione), la decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione ha aggiunto poi anche l'ulteriore argomentazione relativa al carattere di discrezionalità tecnica delle valutazioni dell'amministrazione penitenziaria: <<l'immanente collegamento con l'esecuzione penale e con il regime della pericolosità intramuraria, intesa anche quale limite alla fruizione di strumenti di trattamento, lascia.. difficilmente intravedere l'esistenza di un paradigma di provvedimento che sia espressione di discrezionalità amministrativa. Malgrado il lessico talora utilizzato sia dalla legge sia dal regolamento, l'esercizio del potere amministrativo espresso nel provvedimento appare riferibile ad una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini; delineando così una possibilità di scelta che spetta all'amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, riducendosi ad un'attività di giudizio a contenuto *lato sensu* scientifico>>. Ma né il carattere di discrezionalità tecnica del potere esercitato, né la natura vincolata dello stesso implicano sempre e comunque la giurisdizione dell'A.G.O. (in questo caso, *sub specie* Magistratura di sorveglianza). Del tutto esattamente, FIORENTIN F. *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., § 8 rileva come, in definitiva, l'interpretazione giurisprudenziale abbia dato <<una lettura restrittiva delle possibilità dischiuse dalla pronuncia costituzionale, selezionando rigorosamente le posizioni soggettive suscettibili di tutela, e riconoscendo il più ampio controllo giurisdizionale assicurato dal combinato disposto degli artt. 35 e 69 ord. penit., soltanto alle doglianze riferibili alla violazione di diritti soggettivi>>.

²⁵ Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341 in *Giur. cost.*, 2006, 5 3377, con nota di FIORENTIN; *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 41 13, con nota di TURCO; *Giust. civ.*, 2006, 12, 2674; *Lavoro nella giur.* (II), 2007, 2, 151, con nota di MORRONE; *Foro it.*, 2007, 1, 18; *Cass. pen.*, 2007, 1, 30, con nota di CENTOFANTI e 1553 con nota di PULVIRENTI; *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 1, 21; *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 3 599, con nota di VITALI; *D.L. Riv. critica dir. lav.* 2007, 3 651, con nota di PERUZZI; *Giur. cost.* 2006, 6 4663, con nota di DELLA CASA.

garantire il <<diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., i quali attribuiscono a tutte le parti un nucleo minimo di garanzie. Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle susesposte 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>>.

L'aspettativa suscitata da Corte cost., 27 ottobre 2006, n. 341 per interventi più radicali che permettessero una più piena tutela del contraddittorio e delle esigenze di effettività del processo nei procedimenti avanti alla magistratura di sorveglianza ha poi subito un decisivo arresto per effetto di Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266²⁶ che ha sostanzialmente escluso ogni possibilità di intervento sull'attuale strutturazione delle modalità e dei poteri di intervento del giudice di sorveglianza prevista dalla l. 26 luglio 1975 n. 354 (in particolare, dagli artt. 14-ter e 35), con l'unica precisazione interpretativa (di certo non secondaria) costituita dalla vincolatività per l'amministrazione penitenziaria (<<intrinsec(a).. alle finalità di tutela che la norma stessa persegue>>) delle disposizioni del magistrato di sorveglianza.

Ma quali sono le conseguenze dell'opzione giurisprudenziale (di certo, non immune da qualche forzatura, come sopra rilevato) per una tutela del detenuto tutta affidata alla magistratura di sorveglianza e, soprattutto, quali sono le concrete possibilità di tutela?

Al proposito, l'esame della giurisprudenza e della dottrina non è certo confortante.

A differenza del giudice amministrativo, la magistratura di sorveglianza non ha, infatti, il potere di annullare gli atti dell'amministrazione penitenziaria (ed il tentativo di giustificare il potere di annullamento in sede interpretativa non appare certo facile, in mancanza di una legge che conferisca espressamente il detto potere *ex art.* 113, 3° comma Cost. al giudice di sorveglianza) e di condannare l'amministrazione a risarcire i danni arrecati ai detenuti,

²⁶In *Giur. cost.*, 2009, 5, 3766, con nota di RENOLDI.

dovendosi, al massimo, limitare ad accertare l'illegittimità delle condotte dell'amministrazione²⁷; la possibilità di disapplicare l'atto illegittimo ed ora anche di indirizzare (dopo le precisazioni operate da Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 266) disposizioni vincolanti all'amministrazione penitenziaria, è poi destinata a confrontarsi con la problematica della mancata previsione di un meccanismo idoneo a garantire anche in via coattiva le decisioni della magistratura di sorveglianza ed anche a questo proposito, le soluzioni proposte dalla dottrina (come quella di considerare l'amministrazione un *commissario ad acta* del giudice che abbia emanato le disposizioni) appaiono di problematica applicazione, se non del tutto insufficienti (se si eccettua l'idea di utilizzare il giudizio di ottemperanza, così facendo rientrare dalla finestra la giurisdizione del giudice amministrativo, già uscita dalla porta²⁸).

Sotto il profilo più strettamente processuale, continuano poi a permanere consistenti dubbi in ordine all'impugnabilità in Cassazione *ex art. 111 Cost.* dei provvedimenti del giudice di sorveglianza (che continua ad essere negata dalla giurisprudenza prevalente) e la stessa struttura del processo (che presenta evidenti insufficienze, per quello che riguarda la tutela del contraddittorio), costituisce ulteriore ostacolo all'affermazione di soluzioni interpretative avanzate (anche se probabilmente forzate) in materia di poteri di annullamento o di condanna della magistratura di sorveglianza.

In definitiva, siamo in presenza di una soluzione caratterizzata da innegabili limitazioni di tutela e da un grado di effettività certamente meno avanzato di quello assicurato dal giudice amministrativo francese o che avrebbe potuto assicurare il giudice amministrativo italiano (utilizzando i normali poteri di annullamento, condanna e ottemperanza), ove la giurisprudenza avesse seguito un diverso corso; ed il tutto, mentre avanza sempre di più il "convitato di pietra" costituito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹ (certo meno considerata nelle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali italiane di quanto avvenga in Francia), nella sostanziale assenza di un meccanismo di efficace implementazione dei contenuti della Convenzione, a livello di ordinamento interno.

²⁷ Sulle due problematiche, si rinvia a FIORENTIN F. *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., § 11 e 14, con riferimento alla contrastante giurisprudenza in materia.

²⁸ FIORENTIN F. *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., § 14.

²⁹ Non si dimentichi che l'importante decisione *Sulejmanovic* della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Gov. Italia* in *Resp. civ.*, 2010, 77, con nota di ANGELINI; *Cass. pen.*, 2009, 4927, con note di PLASTINA e EUSEBI; *Rass. penit. e criminologica*, 2009, fasc. 2, 175) è stata emanata nei confronti dell'Italia.

3. Un diverso approccio alla problematica della tutela giurisdizionale.

Una dottrina particolarmente acuta³⁰ ha esattamente rilevato come, per quello che riguarda la problematica della giurisdizione, il presupposto di partenza della giurisprudenza *Marie* sia individuabile in due abbastanza risalenti decisioni del *Tribunal des conflits*³¹ che, nell'ipotesi di attività amministrativa strettamente connessa con l'attività giurisdizionale (come è del tutto normale in materia penitenziaria, vista la presenza della magistratura di sorveglianza, in Francia come in Italia), hanno individuato nel giudice amministrativo il giudice competente alla risoluzione delle relative controversie.

Il giudice amministrativo francese è quindi partito dalla forte amministrativizzazione della problematica; l'applicazione delle normali tecniche di tutela del giudizio amministrativo e la forte attenzione del giudice d'oltralpe per la tutela dei diritti dell'uomo hanno poi fatto il resto, determinando la formazione di un compiuto e razionale sistema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

Al contrario, il sistema giuridico italiano è partito dal ripudio dell'amministrativizzazione della problematica³² e dal riconoscimento del carattere incompressibile di alcuni diritti dei detenuti per poi impantanarsi, per effetto della costante inerzia del legislatore e della scarsa innovatività della giurisprudenza successiva, in una palude che oggi è ben lontana dal sistema di tutela dei nostri vicini d'oltralpe e che non è certo in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sembra pertanto di rivedere, su un diverso schermo, la stessa storia (e lo stesso divario) che è presente nelle problematiche della giurisdizione e della tutela risarcitoria; la giurisprudenza francese è, infatti, partita, con il famoso *arrêt Blanco*³³, dal riconoscimento della specificità della responsabilità dell'amministrazione pubblica, per approdare molto velocemente e senza complessi ad un sistema di tutela che non è certo inferiore, in termini generali, a quello proprio dell'autorità giudiziaria; al contrario, la giurisprudenza italiana è partita dal riconoscimento del carattere "ordinario" della responsabilità della p.a. (che non presenterebbe differenziazioni rispetto alle controversie risarcitorie tra privati) per poi impantanarsi, per

³⁰ FORT F.X. *La protection de la dignité de la personne détenue*, cit.

³¹ Si tratta di Trib. confl. 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane* req. n° 01420 in *Recueil Lebon* 1953, n. 1420 (relativa in generale all'organizzazione dei servizi di giustizia) e 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*, in *Recueil Lebon*, 1960, 855 (relativa ad un'azione risarcitoria per danni causati dall'amministrazione penitenziaria).

³² Si veda, al proposito, quanto espressamente affermato in Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, con riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte.

³³ Trib. confl. 8 fév. 1873 *Blanco* in *Recueil Lebon*.

oltre cento anni, in un sistema di tutela palesemente insufficiente e poi cercare, negli ultimi anni, di recuperare il tempo perso (elaborando, in buona sostanza, proprio quelle regole specifiche in materia di responsabilità della p.a. che il giudice amministrativo francese applica ormai da molti anni, senza particolari drammi).

In buona sostanza, anche nella problematica delle *mesures d'ordre interieur* e della tutela delle posizioni soggettive dei detenuti, occorre pertanto rifare lo stesso cammino della problematica della responsabilità e cercare di rivisitare radicalmente, sotto il pungolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'intera sistematica di tutela, cercando di approdare ad una soluzione che, contrariamente a quello che oggi avviene, sia caratterizzata dal requisito dell'effettività; ed in questa prospettiva, la soluzione francese dimostra come, in luogo dell'attesa messianica di un radicale intervento di riordino da parte del legislatore, sia molto più facile e praticabile una rivisitazione giurisprudenziale tesa ad aumentare gli spazi di amministrativizzazione della materia ed il conseguente sindacato da parte del giudice amministrativo (con tutto il suo armamentario di tutela, decisamente ampliato dal codice del processo amministrativo).

A questo punto, rimangono solo da esplicitare le ragioni del titolo "letterario".

Per Italo Calvino, Parigi era il luogo in cui era più facile estraniarsi dalle cose italiane e scrivere di altri luoghi che costituivano il suo <<paesaggio interiore³⁴>>; in maniera non dissimile, scrivere di cose francesi ha costituito l'occasione per ritornare su un paesaggio interiore tutto italiano, caratterizzato da una ben diversa problematicità e, soprattutto, da un certo senso di insoddisfazione per gli strumenti di tutela attualmente a disposizione del giudice italiano nei confronti delle *mesures d'ordre interieur* dell'amministrazione penitenziaria.

³⁴ CALVINO I. *Eremita a Parigi*, ora in *Romanzi e racconti*, Milano, Mondadori, vol. III, 1994, 102 e ss.: <<bisogna che un luogo diventi un paesaggio interiore, perché la immaginazione prenda ad abitare quel luogo, a farne il suo teatro>>. Lo scritto è del 1974; successivamente, Calvino pubblicherà alcuni scritti, come *La poubelle agréée* (in *Romanzi e racconti*, cit., 59 e ss.) o i capitoli parigini di *Palomar* (in *Romanzi e racconti*, Milano, Mondadori, vol. II, 1992, 930 e ss.), che evidenziano ormai un paesaggio interiore comprensivo anche di Parigi.