

OSSERVAZIONI IN MARGINE AL REGOLAMENTO DI ESECUZIONE DELLA LEGGE PENITENZIARIA

LAURA CESARIS *

1. Il nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, emanato con d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, è stato investito da numerosi reclami specie con riferimento alle norme che disciplinano i colloqui tra detenuti e congiunti in modo diverso per i soggetti c.d. differenziati.

In proposito vengono in evidenza alcuni problemi: da un lato quelli relativi al mezzo di doglianza utilizzato a fronte della sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 35 ord. penit.⁽¹⁾ e conseguentemente quelli della competenza del magistrato di sorveglianza a decidere in ordine a tale reclamo; dall'altro quelli concernenti specificamente la disciplina dei colloqui contenuta nelle norme regolamentari, differenziata in ragione delle imputazioni contestate o delle condanne riportate.

Quanto ai primi si può constatare come diverso sia l'atteggiamento dei magistrati di sorveglianza, in particolare di fronte ai provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria di assegnazione a regimi differenziati (nella specie si tratta dei circuiti di "alta sicurezza" o ad "elevato indice di vigilanza"). Secondo taluni magistrati (ad es. quello di Palermo), infatti, un tale provvedimento declasserebbe la posizione soggettiva del detenuto a mero interesse legittimo, la cui eventuale lesione potrebbe essere accertata e valutata in via esclusiva dal giudice amministrativo. Dal che discenderebbe il difetto di giurisdizione del magistrato di sorveglianza in ordine al reclamo proposto contro il provvedimento di assegnazione ad un circuito differenziato.

* Università di Pavia.

(1) Cfr. Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.* 1999, p. 176 s..

Altri (vedi ad es. il magistrato di Pavia), invece, non si pongono tale problema, accentrando invece l'attenzione sullo strumento di doglianza e sulla sua adeguatezza.

È necessario allo scopo rifarsi proprio alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, che riprendendo precedenti decisioni⁽²⁾ ha affermato che «la restrizione della libertà personale non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione», cioè non comporta un disconoscimento delle posizioni soggettive, le quali invece debbono essere maggiormente tutelate in considerazione della situazione di «precarietà degli individui derivante dalla mancanza di libertà in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile». Nella sentenza si sottolinea come il principio espresso nell'art. 27 comma 3° Cost. si traduca nell'ordinamento penitenziario in «norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie» e in «diritti di quanti si trovino... ristretti». Non solo, ma la Corte si spinge fino a definire quali siano questi diritti «che il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»: si tratta, cioè, di quei diritti che dipendono dal regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale con esclusione di quelli «che sorgono in base a rapporti estranei all'ambito della esecuzione penale» (ad es. quelli che derivano dalla sua posizione nella società civile) nonché di quelle posizioni soggettive che incidono direttamente sulla misura e sulla qualità della pena, in relazione alle quali non è consentito alcun intervento della amministrazione penitenziaria, vigendo la riserva di giurisdizione *ex* art. 13 Cost. Se ne ricava che l'ordinamento penitenziario afferma sempre posizioni di diritto soggettivo sia che incidano sulle modalità di esecuzione della pena sia che incidano sulla misura e sulla qualità della pena. Con il conseguente corollario che «al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non

(2) Cfr. Corte cost. 6 agosto 1979, n. 114, in *Giur. cost.* 1979, p. 803 s., e, in particolare per i soggetti c.d. differenziati, Corte cost. 23 novembre 1993, n. 410 (in *Giur. cost.* 1993, p. 3406), secondo cui «i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta ineranza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti» e come tali meritevoli di tutela giurisdizionale.

accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale», a prescindere dal fondamento costituzionale della posizione giuridica lesa⁽³⁾.

La tutela giurisdizionale affermata dalla Corte costituzionale vale nei confronti di qualunque atto posto in essere dall'amministrazione penitenziaria lesivo di diritti dei detenuti: dovrebbe conseguentemente ritenersi che in questa prospettiva anche i provvedimenti di assegnazione a circuiti differenziati (quali quello ad "elevato indice di vigilanza" o ad "alta sicurezza"), concretandosi in misure che «modificano le modalità concrete del trattamento», siano suscettibili di doglianza.

I principi espressi nella sentenza n. 26 del 1999 offrono una risposta al quesito iniziale, chiarendo che appunto il detenuto porta con sé un «bagaglio» di diritti inviolabili, la cui eventuale lesione può essere denunciata ad un giudice ordinario, ma non offrono risposta al quesito successivo circa lo strumento utilizzabile. La Corte, infatti, dichiarando l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 ord. penit. e demandando al legislatore il compito di colmare le lacune del sistema vigente in ordine ai mezzi di tutela offerti, suggerisce indicazioni assai generiche e vaghe, o meglio suggerisce indicazioni in negativo, nel senso cioè di giudicare le norme sottoposte al suo vaglio carenti proprio perché «non prevedono una tutela giurisdizionale»⁽⁴⁾. Tuttavia è opportuno precisare che le sentenze additive di principio (quale è quella qui richiamata) non incidono sulla efficacia della norma censurata, la quale dunque continua a trovare applicazione, ma, in un certo qual senso, vincolano il giudice a rispettare i principi di cui la Corte costituzionale ha sottolineato la violazione, nel senso che egli dovrà adottare il procedimento che meglio risponde alle esigenze del caso concreto.

(3) V. sul punto TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, p. 103, che sottolinea l'importanza della sentenza costituzionale in relazione all'art. 113 Cost. secondo cui «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale». L'uso dell'avverbio *sempre* evidenzia infatti come «il principio espresso abbia carattere assoluto e non possa subire limitazioni neppure in situazioni particolari».

(4) Fortemente critico sulla scelta operata dalla Corte costituzionale specie per le conseguenze cui dà luogo BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali ed il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur.cost.* 1999, p. 195 s..

Ne consegue allora, sotto il profilo pratico, che legittimato a conoscere di atti o comportamenti della amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi di posizioni soggettive sarà, ai sensi dell'art. 35 ord. penit., il magistrato di sorveglianza quale giudice più «vicino»⁽⁵⁾; il quale adotterà non la procedura *de plano* di cui allo stesso art. 35, "bocciata" dalla Corte costituzionale perché priva di particolari formalità e di specifiche garanzie proprie della giurisdizione, bensì il procedimento descritto nell'art. 14-ter ord. penit., che presenta invece caratteri di giurisdizionalità. La Corte, infatti, nella sentenza citata non ha escluso la legittimità della procedura delineata in tale norma, di cui anzi viene sottolineata «l'idoneità ad assicurare la tutela di volta in volta dei diritti del detenuto secondo modalità di natura giurisdizionale»; semmai la Corte lamenta che, pur entro una «impostazione comune, i provvedimenti e le varianti previste nei singoli casi sono numerosi e importanti, così che manca un rimedio giurisdizionale che possa essere considerato di carattere generale».

Nell'attesa dunque di un intervento legislativo, non essendo tollerabile che le doglianze dei detenuti restino tali, non potrà che essere adottato lo schema descritto nell'art. 14-ter, che è strumento efficace di tutela, come ha avuto modo di riconoscere la stessa Corte costituzionale quando, pronunciandosi sulla legittimità del regime di cui all'art. 41-bis comma 20 ord. penit., ha affermato la sindacabilità del decreto ministeriale mediante proprio il reclamo di cui all'art. 14-ter⁽⁶⁾. In tal modo la generica doglianza di cui all'art. 35 ord. penit., priva di qualunque effetto significativo, potrebbe conseguire risultati assai più rilevanti che non la pubblicizzazione «anche all'esterno dell'istituzione penitenziaria del verificarsi di situazioni lesive dei diritti e degli interessi dei detenuti»⁽⁷⁾ o la prospettazione ai superiori gerarchici di coloro che hanno posto in essere l'atto lesivo, spesso rimasta lettera morta. Infatti il giudice, proprio

(5) L'espressione è di DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.* 1999, p. 559.

(6) Cfr. Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. cost.* 1993, e Corte cost. 23 novembre 1993, n. 410, cit..

(7) Cfr. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura del medesimo, Bologna, 1981, p. 83.

sulla base dei poteri riconosciuti dalla stessa Corte costituzionale da ultimo con la sentenza n. 376 del 1997, può sindacare la legittimità non solo del provvedimento adottato dall'amministrazione penitenziaria (o dal ministro nel caso dei decreti emessi ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2° ord. penit.) ma altresì delle singole prescrizioni lesive dei diritti del detenuto, e può spingersi a disapplicare o l'intero provvedimento o le singole prescrizioni, ogniqualvolta integrino una lesione dei diritti riconosciuti ai detenuti o diano luogo ad un trattamento contrario al senso di umanità⁽⁸⁾.

Trasposta la regola di pienezza di sindacato espressa dalla Corte costituzionale con riferimento ai decreti ministeriali, se ne dovrebbe dedurre che non solo – come già si è accennato – sono impugnabili i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria di assegnazione a circuiti differenziati, ma che gli stessi siano altresì disapplicabili dal giudice laddove concreto violazioni del trattamento risocializzante.

Questi corollari delle citate sentenze costituzionali dovrebbero portare l'amministrazione penitenziaria a motivare in modo adeguato e completo l'adozione del provvedimento differenziato. Infatti, sebbene sia forse superfluo osservarlo, solo in tal modo diverrebbe possibile verificare la legittimità del provvedimento, e soprattutto dovrebbero indurla a meditare più attentamente l'adozione di tali provvedimenti specie quelli di assegnazione a circuiti differenziati, che di fatto concretano un regime di sorveglianza particolare, senza il rispetto di quel minimo di *iter* procedurale previsto dall'art. 14-*bis* ord. penit. e soprattutto in assenza di controlli giurisdizionali. E, non a caso, proprio questi due fattori hanno indotto l'amministrazione penitenziaria a farvi ampiamente ricorso in un passato anche recente.

Non si vogliono con ciò sottovalutare, o peggio ignorare, le esigenze di ordine e sicurezza, giacché questi due elementi costituiscono le condizioni imprescindibili per l'attuazione di qualunque programma risocializzante, né i problemi di governabilità delle carceri, che anzi debbono essere tenuti in debito conto, come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 26 del 1999: infatti, auspicando l'introduzione di una procedura generale, ha

(8) Si tratta di Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. cost.* 1997, p. 3623.

sottolineato la necessità di garantire «la funzionalità dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale». In questa prospettiva di contemperamento fra opposte esigenze, quella di tutela dei diritti delle persone recluse e quella del corretto funzionamento del sistema carcere, sembra giunto il momento di una (maggiore) trasparenza del sistema penitenziario. Non è certo con provvedimenti privi di motivazione, ed in assenza di controlli, o con risposte mancate alle istanze dei detenuti che si potrà continuare a gestire il sistema penitenziario. Attraverso il rispetto dei principi costituzionali – anche se può apparire retorica o banale una simile affermazione – passa innanzitutto il percorso di recupero delle persone che hanno deviato, prima ancora che attraverso l'elaborazione e l'attuazione di un programma risocializzante, giacché, ove il soggetto rifiutasse ogni offerta trattamentale, in realtà il rispetto delle “regole” da parte della amministrazione penitenziaria, ed il rispetto della dignità della persona, che non viene meno per effetto della detenzione, possono costituire un intervento rieducativo.

Ma forse è illusorio ed utopistico l'auspicio di trasparenza nelle scelte e nell'operato dell'Amministrazione penitenziaria a fronte di una richiesta di difesa sociale e di sicurezza che pervade l'opinione pubblica e di un apparato repressivo e intimidatorio sempre più accentuato, che in realtà finisce per colpire coloro che già sono detenuti.

2. Più difficile appare il secondo ordine di quesiti cui si accennava all'inizio, cioè quelli concernenti la presunta violazione ad opera del nuovo regolamento di esecuzione del diritto costituzionalmente garantito nell'art. 15 Cost., relativo a forme di relazioni sociali, che si estrinseca attraverso i colloqui diretti e le conversazioni telefoniche.

Al riguardo si osserva che una fonte regolamentare (quindi di rango secondario rispetto alla fonte primaria) svolge nei confronti della fonte primaria una funzione di attuazione e di integrazione della disciplina dei principi generali in essa fissati⁽⁹⁾. Questa funzione caratterizza in modo particolare il rego-

(9) Alla luce della più volte ricordata sentenza costituzionale n. 26 del 1999, che ha riconosciuto l'esistenza di diritti soggettivi in capo ai detenuti, sorge il dubbio circa l'idoneità dello strumento utilizzato (cioè il regolamento), essendo dubbio che una fonte regolamentare possa dettare la disciplina attinente ai diritti soggettivi.

lamento d'esecuzione della legge penitenziaria proprio perché non si può dimenticare che il legislatore del 1975 ha voluto disciplinare l'esecuzione penale con una legge in chiara e netta contrapposizione con i legislatori precedenti, che avevano fatto ricorso a regolamenti: una legge con la quale recepire e dare attuazione ai principi espressi nella Costituzione. Al regolamento d'esecuzione è invece attribuito il compito di disciplinare minutamente aspetti della vita quotidiana (ad es. il servizio di barbiere, l'uso delle doccia, l'uso di fornelli, etc.) all'interno degli istituti penitenziari⁽¹⁰⁾ ed altresì di differenziare – in ossequio al principio generale fissato nell'ordinamento penitenziario – il trattamento per garantirne la realizzazione.

Non è il caso di citare tutte le disposizioni regolamentari che dettano differenze trattamentali: basterà qui ricordare che ad es., con riferimento al previgente regolamento, nessuna doglianza o nessuna critica è mai stata mossa in ordine a quelle norme che fissavano distinzioni in ragione del sesso, a fronte della formulazione dell'art. 1 ord. penit che vietando discriminazioni non citava il sesso. Si è ritenuto che non venisse violato l'art. 3 Cost. e che anzi in sede regolamentare fosse opportuno e necessario differenziare il trattamento penitenziario tenendo conto di peculiari esigenze femminili, ad es. per quel che concerne il vestiario o il servizio di parrucchiere⁽¹¹⁾.

Per quanto riguarda la materia dei colloqui, l'art. 18 ord. penit. esprime un «principio generale amplissimo»⁽¹²⁾ sotto il profilo dei soggetti ammessi a goderne (ovvero tutti i detenuti e gli internati, indipendentemente dalla gravità del fatto commesso e dall'entità della pena inflitta) e degli interlocutori anche se un «particolare favore» è rivolto ai familiari, come espressamente prevede il comma 30 dello stesso art. 18. Il quale trasfonde nella legge penitenziaria il principio costituzionale sancito nell'art. 15 Cost. affermando il diritto dei soggetti reclusi a mantenere relazioni con la propria famiglia e con terzi estranei al nucleo familiare, mentre demanda al regolamento la

(10) Cfr. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 147.

(11) Cfr. FASSONE, *op. cit.*, p. 158.

(12) L'espressione è di ALESSANDRI-CATELANI, *Il codice penitenziario*, 50 ed., Roma, 1996, p. 232.

disciplina delle modalità e del numero dei colloqui. Nella legge penitenziaria è espresso il riconoscimento del diritto in esame e nel regolamento sono espresse le concrete modalità del suo esercizio. A questo proposito non si può non ricordare che il regolamento d'esecuzione del 1976 nell'art. 35 attribuiva al direttore dell'istituto il potere di differenziare le modalità ed il numero dei colloqui, senza che ciò avesse mai sollevato dubbi o reclami da parte dei diretti interessati. Il vigente regolamento prevede direttamente nell'art. 37 differenziazioni nel numero dei colloqui, garantendo in tal modo maggiore imparzialità di quella derivante dalle scelte del direttore. Queste differenze espresse nei commi 8 e 9 sono motivate da ragioni molto diverse: nel comma 9 si consente la concessione di colloqui «anche fuori dei limiti stabiliti nel comma 8» a favore di «soggetti gravemente infermi» o quando sia ammessa al colloquio «prole di età inferiore a dieci anni», o ancora quando «ricorrano particolari circostanze»⁽¹³⁾. In questi casi sembrano prevalere ragioni umanitarie nonché l'esigenza di favorire i colloqui con i minori⁽¹⁴⁾.

Nell'ipotesi, invece, di cui al comma 8 il numero dei colloqui è ridotto a quattro «quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del 1° comma dell'art. 4-*bis* e per i quali si applica il divieto di benefici ivi previsto». La riduzione del numero dei colloqui da sei (previsti ordinariamente per tutti i soggetti reclusi) a quattro è dettata da ragioni di cautela, determinate dalla pericolosità sociale dei soggetti detenuti o internati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* comma 1, primo periodo (ovvero associazione mafiosa, sequestro di persona a scopo estorsivo, traffico di stupefacenti, delitti-satellite direttamente riconducibili alla associazione mafiosa). A questa previsione si aggiunge quella, di identica *ratio*, che consente solo due colloqui telefonici per tali soggetti, e con obbligo di registrazione.

(13) L'espressione assai lata consente di dare rilevanza a quelle situazioni, difficilmente suscettibili di una tipizzazione normativa, in presenza delle quali può essere opportuno un ampliamento delle possibilità di colloquio.

(14) In questa prospettiva si pone anche il rinnovato art. 61 reg. esec., secondo cui «particolare attenzione» deve essere dedicata tra l'altro a «rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore». Proprio questo riferimento ai rapporti con i figli, assente nella versione previgente è indice di una maggiore sensibilità per questo tema.

Il legislatore sottolinea in tal modo la necessità di predisporre cautele adeguate ove interessati siano soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, specie quando lo strumento trattamentale (tale è anche il colloquio) possa essere utilizzato per mantenere contatti con il mondo esterno ed in specie con l'organizzazione criminale di appartenenza, per inviare messaggi od ordini tramite familiari compiacenti o conniventi. L'intento, dunque, è quello di ridurre le opportunità di contatto tra il detenuto e l'organizzazione criminale, anche se non si ignora che tali contatti potrebbero essere raggiunti attraverso altri canali. La differenziazione nella disciplina rivela la volontà del legislatore di tenere alta la guardia mediante un regime differenziato *in peius*, che si concreta appunto anche in una riduzione del numero dei colloqui, e nel contempo il proposito di indurre i soggetti in esame a scelte di collaborazione con la giustizia, dato che la disciplina peggiorativa dei colloqui vale solo per coloro che sono esclusi dalla fruizione dei benefici penitenziari.

A ben vedere non pare che la differenziazione nella disciplina dei colloqui e delle conversazioni telefoniche possa integrare una lesione di un diritto fondamentale della persona, giacché la disposizione regolamentare incide non sul riconoscimento di un diritto, bensì solo sul numero e sulle modalità. Peraltro non si può non osservare che comunque l'ammissione al colloquio (sia con i familiari sia con terzi) necessita di autorizzazione proprio perché concerne soggetti privati della libertà personale a titolo cautelare o a titolo di esecuzione di pena, i quali a causa del loro *status* non godono illimitatamente dei diritti sanciti nella Costituzione. Anzi proprio da questo *status* e dalla inevitabile componente afflittiva insita nella privazione di libertà discende una contrazione dei diritti fondamentali, compreso quello in questione, e dunque un godimento non pieno, determinato dalla particolare situazione e dalla esigenza di salvaguardia di altri interessi tutelati dalla Costituzione⁽¹⁵⁾.

(15) Cfr. PAGE, *Commento all'art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1977, p. 102; nello stesso senso TROISIO, voce *Corrispondenza (libertà e segretezza della)* in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 8. V. anche BERTOLOTTI, sub art. 18, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi-Giostra- Della Casa, 2ª ed., Padova, 2000, p. 187 s., nonché ALESSANDRI-CATELANI, *op. cit.*, p. 238.

Nella norma regolamentare si è cercato appunto di contemperare il diritto del singolo a godere di opportunità di relazioni con la famiglia o con terzi e le esigenze di tutela della collettività, posta in pericolo nel momento attuale da reati di criminalità organizzata, specificamente dall'associazione mafiosa e dai c.d. delitti-satellite.

Si potrebbe obiettare che l'aver previsto una diversa disciplina nei confronti dei detenuti per questi reati cristallizza una situazione che potrebbe anche mutare, nel senso che altri delitti potrebbero meritare una più attenta considerazione da parte del legislatore e cautele analoghe a quelle indicate negli artt. 37 e 39 reg. esec.. Tuttavia una tale obiezione, che pure ha un suo fondamento, può essere rintuzzata ricordando che nulla impedisce al legislatore di adeguare la disciplina normativa alle diverse esigenze, che nel corso degli anni si manifestassero, o di cancellare le differenziazioni trattamentali *in peius*, qualora ne venissero meno le ragioni giustificatrici.

In realtà – ed è questa la nota negativa – il legislatore, recependo nel regolamento di esecuzione le differenze dei regimi trattamentali (come era inevitabile volendo dare attuazione alla legge penitenziaria), conferma che l'emergenza degli anni novanta, cui si deve appunto tra l'altro l'introduzione degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* comma 2 ord. penit., non è cessata ed anzi pare destinata a perdurare. Non solo, ma rivela altresì un atteggiamento di sfavore nei confronti degli strumenti trattamentali quando siano applicabili agli autori di delitti di criminalità organizzata o comunque di reati ritenuti particolarmente gravi e ad elevato indice di pericolosità. Una conferma di ciò può essere dedotta dalla circostanza che, nell'intervento di rivisitazione dell'istituto dei colloqui, di cui si è sottolineata la valenza trattamentale, non è più stata attribuita in capo al direttore la facoltà di concedere colloqui in chiave premiale.

Se può essere condivisa la preoccupazione di adottare cautele nei casi ricordati e quindi di individualizzare il trattamento in ragione delle diverse esigenze manifestate (nell'ipotesi in esame quelle di ordine e sicurezza e di buon funzionamento del carcere), quel che continua a suscitare perplessità è la scelta di far convivere all'interno di uno stesso istituto carcerario perso-

ne sottoposte a regimi trattamentali diversi con inevitabili e pesanti interferenze, che per un verso aggravano inutilmente il regime detentivo dei detenuti “comuni”, e per l’altro rendono più difficile la gestione dei detenuti sottoposti a regimi peggiorativi⁽¹⁶⁾.

(16) In questo senso v. già CESARIS, sub *art. 14-quater*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 169.