

LE DISPOSIZIONI SULLA SICUREZZA PENITENZIARIA

SEBASTIANO ARDITA*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La differenza tra circuito e regime. - 3. La circolare sul circuito penitenziario dei soggetti sottoposti al regime speciale dell'art. 41 *bis* o. p. - 3.1. La circolare 41 *bis*. Disposizioni che riguardano l'applicazione del provvedimento ministeriale e delle singole prescrizioni previste dal regime. - 3.2. La circolare 41 *bis*. Disposizioni che attengono alla organizzazioni della vita in comune finalizzate a perseguire la funzione di prevenzione. - 3.3. La circolare 41 *bis*. Disposizioni relative a profili non disciplinati nella legge. - 4. La circolare AS sull'alta sicurezza. - 4.1. La Circolare AS. Classificazione. - 4.2. La Circolare AS. Declassificazione. - 5. Elevato Indice di Vigilanza. - 6. Materie non disciplinate da circolari. Le c.d. Aree riservate di detenzione. - 7. Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale delle scelte dell'Amministrazione al di là degli strumenti legislativamente previsti. - 7.1. Il problema dell'impugnabilità. Cenni sulle posizioni assunte dalla Consulta e dalla Cassazione sul punto della reclamabilità. - 7.2. Il problema dell'impugnabilità. Alcune considerazioni di carattere sistematico.

1. Premessa

La difficoltà di affrontare un tema delicato, quale quello rappresentato dai rapporti tra atti organizzativi generali – circolari ministeriali – e potere di valutazione del magistrato di sorveglianza, impone di muovere da talune premesse di carattere sistematico.

La materia che ci occupa viene ad innestarsi in uno spazio diverso ed ulteriore rispetto a quello, disciplinato specificamente dalla legge, che vede – sul piano dei rimedi di giustizia – la possibilità di procedere alla celebrazione di un giudizio, a tutela dei singoli, rispetto alla legittimità di scelte individuali che incidono sulla quantità e sulla qualità della pena. Rimane pertanto esclusa da questo tema la questione generale avente ad oggetto la legittimità e la reclamabilità dei provvedimenti amministrativi che impongono trattamenti differenziati o restrittivi, quali il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41*bis* o.p. ed il regime di sorveglianza

* Direttore Generale dei Detenuti e del Trattamento, D.A.P.

particolare dell'art. 14*bis*. È infatti noto come contro tali atti sia prevista dalla legge una specifica facoltà di impugnazione - che si esercita nei modi e nei limiti e con le conseguenze tassativamente disciplinati - e che comporta una tutela completa delle posizioni individuali con potestà dei tribunali di intervenire in riforma totale o parziale dei provvedimenti impugnati.

La materia che ci occupa viene viceversa a collocarsi in uno spazio diverso, rispetto al quale i provvedimenti adottati dall'Amministrazione non sono il frutto di scelte individuali, ma risultano parametrati a criteri generali di sicurezza e di prevenzione. Tali disposizioni generali danno contenuto alla concreta vita all'interno del circuito penitenziario (come accade per la circolare che disciplina la vita di reparto all'interno del circuito 41*bis*), ovvero stabiliscono i presupposti per l'assegnazione a circuiti, che non comporta di per sé scelte discrezionali di modifica del trattamento penitenziario idonee ad incidere sulla quantità e qualità della pena, che può però costituire conseguenza indiretta della loro applicazione (come accade per la circolare che detta i criteri di classificazione dei detenuti in Alta Sicurezza).

Rispetto alle scelte dell'Amministrazione, che traducono in concreto il contenuto delle circolari, in assenza di una tutela legale "tipica" sopravvive, con le sue contraddizioni, lo strumento della generica reclamabilità delle decisioni del DAP.

È infatti noto come il problema della generale reclamabilità, ex art. 35 dell'ord. pen., degli atti dell'Amministrazione penitenziaria - ossia delle determinazioni amministrative assunte nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere - si scontri con la mancata previsione di una disciplina organica che consenta la celebrazione di un giudizio ad hoc che dia luogo ad una decisione giudiziaria.

Occorre dunque - prima ancora di valutare le ricadute individuali del potere dell'Amministrazione penitenziaria - dapprima descrivere i contenuti di questi atti e poi correttamente inquadrare la funzione di organizzazione generale della sicurezza penitenziaria, i cui presupposti devono costituire diretta derivazione di principi costituzionali, ed il cui esercizio deve modellarsi sui principi generali dell'ordinamento che definiscono criterio di ripartizione dei compiti tra poteri dello Stato.

2. La differenza tra circuito e regime

Per meglio comprendere il discorso che si intende sviluppare,

occorre avere ben chiara la distinzione tra circuito penitenziario e regime penitenziario. Con la prima espressione ci si riferisce infatti ad una entità di tipo logistico, dotata di determinati requisiti di sicurezza, e rappresentata da un insieme di ambienti (istituti, ovvero sezioni di istituto) ai quali vengono destinati particolari tipologie di detenuti. Con l'espressione regime penitenziario si fa invece riferimento alle regole di trattamento applicate alla vita penitenziaria. È ben possibile che una tipologia di detenuti venga ascritta in un determinato circuito, senza che vi siano differenze di regime penitenziario con altre categorie di detenuti che sono ascritti a circuiti diversi. Così ad esempio al circuito ad Elevato Indice di Vigilanza si applica il regime trattamentale previsto (colloqui, telefonate, invio e ricezione di oggetti) previsto per i detenuti ad Alta Sicurezza. Va comunque riconosciuto come vi sia però la possibilità che la separazione determinata dai circuiti – pur senza intaccare le regole generali dell'ordinamento penitenziario – possa riverberarsi anche sulla organizzazione della vita interna di istituto, finendo così surrettiziamente per modificare le caratteristiche concrete della vita detentiva.

3. La circolare sul circuito penitenziario dei soggetti sottoposti al regime speciale dell'art. 41 *bis* o. p.

La circolare emanata nell'ottobre del 2003 dall'Amministrazione penitenziaria (circolare del 9.10.2003) ha ad oggetto talune prescrizioni generali che riguardano la vita di reparto nelle sezioni destinate ad accogliere i detenuti sottoposti al regime 41*bis*. La necessità di una direttiva generale, che compendiasse molti aspetti applicativi del regime fornendo soluzione a taluni interrogativi sorti nella gestione degli istituti, si era già posta nel passato, tanto che era stata emanata una circolare di contenuto analogo nel 1998.

Il passaggio a regime della disciplina speciale ha reso questa necessità ancor più evidente, rendendo immediato il bisogno di uniformità e stabilità nella applicazione del regime 41*bis*.

Si è trattato poi di rendere chiara ai responsabili dell'Amministrazione territoriale la funzione svolta dall'istituto, che si è esplicata essere quella di garantire la prevenzione dei reati commessi in ambito di criminalità organizzata. Ciò è servito da un lato ad evidenziare quale debba essere l'obiettivo da perseguire nel concreto: ossia l'interruzione dei contatti tra gli esponenti detenuti della criminalità organizzata ed i componenti della consorteria operanti all'esterno. Da un altro punto di vista si è poi voluta evidenziare

la natura non retributiva dell'istituto, sul presupposto che esso non abbia quale scopo quello di punire più gravemente, ossia di "adattare" l'espiazione della pena alla gravità del reato commesso, ma quello di incidere significativamente sui flussi comunicativi che rappresentano la linfa vitale delle organizzazioni criminali. Da tali precisazioni discende la concreta responsabilizzazione di tutti gli operatori penitenziari affinché mantengano una visione non burocratica nell'attuazione delle prescrizioni previste nell'istituto, assumendo un ruolo di garanzia rispetto alla sicurezza della comunità esterna al carcere.

Da un punto di vista contenutistico le disposizioni presenti nella circolare si distinguono a seconda che siano state dettate dalla necessità di meglio specificare l'oggetto delle prescrizioni legislative, ovvero di contribuire sotto il profilo organizzativo al perseguimento della funzione di prevenzione.

3.1. La circolare 41bis. Disposizioni che riguardano l'applicazione del provvedimento ministeriale e delle singole prescrizioni previste dal regime

Appartengono a tale sottoinsieme di disposizioni, in primo luogo, quelle relative alla presa di efficacia del regime speciale, ossia quelle volte a portare correttamente a conoscenza dell'interessato il provvedimento ministeriale adottato nei suoi confronti, nonché quelle relative alla notifica al difensore di fiducia. Trattandosi di un profilo rilevante - e non potendosi escludere che il detenuto possa avvalersi di più difensori in procedimenti penali diversi - si è ritenuto di dovere prevedere una specifica nomina di difensore finalizzata all'eventuale esercizio del diritto di impugnazione avverso il provvedimento ministeriale di sottoposizione al regime.

Vi sono poi disposizioni volte a descrivere norme di dettaglio nell'applicazione della singola disciplina del regime speciale. Tra queste ad esempio vi è la concreta disciplina che descrive la concreta modalità di svolgimento dei colloqui con i familiari, che deve avvenire "in appositi locali muniti di vetri o altre separazioni a tutta altezza, che non consentano il passaggio di oggetti di qualsiasi natura, tipo o dimensione" e per mezzo di "opportuni ed idonei meccanismi quali pannelli isofonici, microfoni, citofoni o altri idonei sistemi" che garantiscano l'ascolto reciproco da parte dei colloquianti. Analogamente vengono disciplinate le modalità e le cautele assunte per lo svolgimento dei colloqui telefonici, nonché - per rinvio - le disposizioni relative ai pacchi e alle modalità di esercizio del visto di controllo sulla corrispondenza.

3.2. La circolare 41bis. Disposizioni che attengono alla organizzazione della vita in comune finalizzate a perseguire la funzione di prevenzione

Si tratta di un gruppo di disposizioni non connesse alle prescrizioni imposte con il regime, ma che contribuiscono a definire il ruolo preventivo del circuito speciale, che è quello di evitare i contatti tra detenuti che possano favorire dinamiche evolutive del crimine organizzato o comunque rivelarsi presupposto per la commissione di ulteriori delitti in ambito di criminalità organizzata. Si tratta di quelle disposizioni che prevedono le modalità di collocazione dei detenuti all'interno delle sezioni; che prescrivono attenzione per i contatti tra detenuti all'interno dell'istituto durante le ore di permanenza all'aperto e di socialità; che prescrivono il numero ottimale di persone che potrebbero comporre i gruppi in tre-quattro unità, nell'ambito della disposizione normativa che prevede che passeggi possano essere formati da un numero di detenuti fino a cinque. Vanno in particolare segnalate quelle disposizioni che impongono di tenere conto, nella formazione dei gruppi di socialità, del continuo evolversi del fenomeno criminale mafioso e che pertanto richiedono altre cautele rispetto a quelle, previste nel passato, che consistevano unicamente nella limitazione degli incontri tra i vertici delle medesime famiglie e di gruppi alleati. Si è pertanto ritenuto opportuno ammettere alla socialità in comune soltanto detenuti che abbiano già avuto periodi di permanenza in comune. Più recente e prolungata è stata la permanenza, maggiore si è ritenuta la idoneità a far parte dello stesso gruppo. Si è prescritto di evitare ogni contatto tra nuovi entrati nel circuito e detenuti da più tempo sottoposti al regime, di tal che si è prescritto che i nuovi entrati dovranno fare preferibilmente socialità tra loro, o con altri che da meno tempo sono inseriti nel circuito. Ciò allo scopo di evitare che vengano comunicati ordini, informazioni e notizie provenienti dall'esterno.

Allo stesso modo si è ritenuto di dettare cautele per le modalità dello svolgimento delle attività in comune e delle attività sportive.

3.3. La circolare 41bis. Disposizioni relative a profili non disciplinati nella legge

Vi è infine una serie di disposizioni relative a profili in qualche modo connessi alle prescrizioni dettate dal regime, ma rispetto ai quali non sono state esplicitate indicazioni normative nella disciplina legislativa. Il problema si è posto con riferimento alla disposi-

zione del regime speciale che vieta i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi e l'eventuale rapporto con tra i tutori e i detenuti "pupilli" interdetti legali. A tal proposito si è ritenuto di potere fare fronte alla necessità che il tutore sia reso edotto su dati e notizie indispensabili e che siano nella conoscenza esclusiva del detenuto, attraverso la richiesta di informazioni per iscritto, ovvero tramite la direzione dell'istituto di pena. La mancanza di un contatto diretto tra i due soggetti si è dunque ritenuta possibile ed opportuna - trattandosi di interdizione conseguente alla condanna, e pertanto relativa a soggetto dotato di capacità di intendere e di volere - di modo che l'attività del tutore possa svolgersi in modo assolutamente privo di condizionamenti. Per altro verso sono stati disciplinati e considerati ammissibili gli ingressi di terzi - quali ad es. notai - per il compimento di singoli atti giuridici.

4. La circolare AS sull'Alta Sicurezza

Si tratta di un atto organizzativo (lettera circolare del 9.1.2007) che regola alcuni criteri di accesso al regime per i soggetti appartenenti alla criminalità organizzata.

La necessità di una circolare che compendiasse nuovi criteri di assegnazione e declassificazione nel circuito di Alta Sicurezza si è posta con riferimento ai compiti di attenzione ai fenomeni criminali che pure una corretta gestione penitenziaria deve possedere. Il ricorrere di fenomeni connotati da una dimensione organizzativa dell'attività delinquenziale connota infatti le scelte degli organi chiamati ad utilizzare gli strumenti di prevenzione, ossia ad attuare quei rimedi volti a prevenire la riproduzione dei fatti delittuosi.

Nella criminalità organizzata la determinazione alla commissione di delitti avviene secondo modalità di natura strategica, che riguardano non solo la scelta di tempo e di luogo dell'azione, ma anche la possibilità di individuare la vittima a seconda del risultato che si vuole ottenere, di selezionare i mezzi e gli esecutori, di ponderare sempre l'effetto costi-benefici di ogni attività. Come tale l'attività criminale in contesto organizzato si caratterizza per una generale imprevedibilità e per la possibilità che le scelte criminali sul territorio siano eterodirette anche attraverso scambi informativi tra il carcere e l'esterno. Il suo contrasto deve essere dunque connotato da altrettanta flessibilità nell'ambito di una attività di prevenzione dei reati. Esso presuppone il coordinamento degli strumenti volti a paralizzarne l'attività, inibirne le comunicazioni strategiche, sottrarvi le risorse.

Per la porzione di responsabilità che ricade sull'Amministrazione penitenziaria, il carcere è stato sempre ritenuto in sé uno strumento utile e sufficiente per impedire la reiterazione dei reati. Tuttavia rispetto al fenomeno della criminalità organizzata l'esperienza degli ultimi anni ci ha insegnato come questa sua capacità si sia di molto ridotta se non addirittura obliterata. Di fatto grazie alla capacità di comunicare con l'esterno, ed in virtù della facoltà di individuare ruoli interscambiabili all'interno delle compagini organizzate, il carcere in sé, da qualche tempo, non è stato più in grado di impedire alle organizzazioni di esistere e di operare, potendo esse contare su ingenti patrimoni e su di una catena di comando tale da spersonalizzarne l'agire. La stessa misura del 41bis è sorta proprio dalla consapevolezza che il carcere fosse incapace di prevenire ed interdire le iniziative di governo della criminalità mafiosa da parte dei boss detenuti. Essa ha rappresentato la capacità di isolare i manager dagli esecutori delle attività criminali pianificate. Ma tale strumento speciale non può né deve costituire l'unico rimedio possibile: sia perché va riservato ai soggetti che sono posti al vertice delle organizzazioni; sia perché le dinamiche organizzative di gruppo possono riprodursi con facilità anche all'interno delle normali sezioni carcerarie tra accoliti di minore livello e porsi a presupposto per nuove dinamiche delittuose, oltre che recare turbamento all'ordine interno degli istituti.

Lo scenario che si presenta agli occhi dell'operatore istituzionale è dunque meritevole di ulteriori attenzioni rispetto alle problematiche poste dalla criminalità organizzata ed impone di far sì che i soggetti appartenenti alle realtà mafiose rimangano distinti da coloro che possono definirsi espressione di criminalità comune, anche ai fini di una specifica osservazione finalizzata alla prevenzione dei reati.

È da tale esigenza che ha preso le mosse la nuova circolare che si ripropone di attuare sul piano dell'organizzazione delle sezioni Alta Sicurezza uno schema che tenga conto della corretta interpretazione dei concetti di agevolazione mafiosa e metodo mafioso disciplinati nella legge n. 203/1991.

4.1. La circolare AS. Classificazione

Il problema si è posto in particolare modo per i soggetti che abbiano commesso qualche reato nelle condizioni previste dall'art. 7 della legge n. 203/1991. Per costoro a differenza di quanto avveniva in passato si è disposto l'inserimento nel circuito A.S., ritenendosi tale categoria a tutti gli effetti rientrante nell'ambito previsto dal-

l'art. 4 *bis*.

Nella precedente circolare del DAP del 1998 si sosteneva che la contestazione dell'aggravante in questione dovesse di per sé essere valutata come sintomo inconfutabile dell'assenza di uno stabile ed organico inserimento nel sodalizio criminale.

Per comprendere appieno il senso di quella norma e trasportarne gli effetti all'interno del sistema penitenziario si è ritenuto necessario analizzarne separatamente il contenuto. La citata aggravante prevede infatti due ambiti di applicazione tra loro ben distinti: l'agevolazione mafiosa e le modalità mafiose di commissione dei delitti. Per entrambi sono stati suggeriti criteri per valutare la organicità del soggetto alla criminalità mafiosa e dunque promuoverne l'accesso in AS.

Per ciò che riguarda la prima ipotesi dell'agevolazione, si è chiesto agli operatori di procedere ad una rapida analisi della personalità del detenuto, così come risulta dagli atti che ne hanno disposto la carcerazione. L'esclusione dal circuito Alta Sicurezza, che in passato avveniva di regola, d'ora innanzi potrà invece aversi solo nei casi - oggettivamente residuali - in cui il reato costituisca un contributo al perseguimento delle finalità mafiose posto in essere da soggetto del tutto estraneo organicamente alla consoteria. (Si pensi ai reati commessi da professionisti non organici ai gruppi criminali, benché consapevoli delle finalità del loro operato). Avviene infatti, nella gran parte dei casi, che l'art. 7, per l'ipotesi di agevolazione mafiosa, venga contestato a soggetti in realtà organici all'associazione, sul semplice presupposto delle conseguenze dell'attività criminosa. In molti casi la mancanza di una contestuale imputazione per il delitto dell'art. 416 *bis* c.p. va spiegata unicamente con l'avvenuta espiazione della pena irrogata per il reato associativo, già comminata per il periodo in cui è stato commesso il delitto-fine, ovvero perché sia in corso ancora la fase di indagine pre-cautelare per la fattispecie più ampia.

Tale scelta gestionale si fonda infatti sull'inopportunità di continuare a consentire che soggetti che ricoprono un ruolo organico e di agevolazione mafiosa siano detenuti nei reparti comuni, con gli ovvi rischi di proselitismo, nonché di maggiore facilità di comunicazione con l'esterno tesa a consolidare il sodalizio e ad organizzare le attività del gruppo mafioso di provenienza.

Per ciò che riguarda la seconda ipotesi dell'art. 7 - ossia la realizzazione di un delitto con modalità mafiose - non vi è invece alcun dubbio sulla necessità di assegnare gli autori dei relativi reati al circuito AS. Fermo restando quanto già considerato in precedenza, va infatti rilevato come la modalità di commissione mafiosa dei delitti

– utilizzo della forza di intimidazione; condizione di assoggettamento e di omertà derivante per le vittime – si caratterizza per la partecipazione organica alle consorterie mafiose, o comunque per l'adesione allo stile di vita mafioso, ed impone pertanto la necessità di inserimento nel relativo circuito.

La vera novità della circolare è tuttavia rappresentata dalla necessità di procedere alla consultazione del procuratore distrettuale antimafia, che d'ora in poi costituirà regola cui attenersi.

Nella circolare si esamina poi la situazione di quei soggetti detenuti per altri fatti, cui sia contestato a piede libero uno o più reati previsti dall'art. 4 *bis*, ovvero nei cui confronti sia venuta meno l'ordinanza di custodia cautelare; soggetti imputati dei delitti previsti dal citato articolo ma per tali reati scarcerati solo formalmente per decorrenza dei termini di custodia cautelare. Per costoro – rispetto al passato - si è ritenuto di mantenere la classificazione in AS.

4.2. La circolare AS. Declassificazione

Anche per la declassificazione - ossia per il transito del detenuto dal circuito AS al circuito per detenuti comuni - si è ritenuto di dovere intervenire, alla luce del costante incremento del fenomeno del crimine organizzato, per consentire valutazioni uniformi, e trasferendo la competenza finale dell'atto alla Direzione Generale detenuti, mentre prima operavano direttamente i direttori d'istituto.

Le singole Direzioni inoltreranno le proposte di fuoriuscita dal circuito di Alta Sicurezza corredate dal parere fornito dal gruppo di osservazione e da tutta la documentazione giudiziaria posseduta, nonché le informazioni all'uopo assunte presso organi investigativi qualificati. In particolare – rispetto al passato - dovrà essere consultato il Procuratore Distrettuale Antimafia competente, il cui parere dovrà essere obbligatoriamente riportato nel provvedimento che dispone la declassificazione.

5. Elevato Indice di Vigilanza

La circolare DAP n. 3479/5929 del 9 luglio 1998 ha formalmente istituito – tramite il consolidamento e l'innovazione dell'esperienza delle già esistenti sezioni detentive ad Elevato Indice di Vigilanza Cautelativa - il circuito "Elevato Indice di Vigilanza" (EIV), destinato ai detenuti di particolare pericolosità "soggettiva" desumibili:

A) dall'appartenenza all'area della criminalità terroristica od

eversiva, nazionale od internazionale; B) dalla natura e dal numero dei fatti commessi, dal pervicace intento di evasione, dai fatti di violenza grave commessa in danno di altri detenuti o degli operatori penitenziari, dai fatti di grave nocimento per l'ordine e la sicurezza penitenziaria, etc.

Per quanto concerne la classificazione di un soggetto nel circuito E.I.V. sulla base di questo ultimo punto, si precisa che - in via di principio - essa riguarda i detenuti comuni (media sicurezza) e solo in via eccezionale potrà riguardare soggetti ristretti che, per titolo di reato o altro presupposto, dovrebbero normalmente essere assegnati al circuito Alta Sicurezza. Ciò può verificarsi quando l'Amministrazione ritiene che il pericolo di evasione o di turbamento dell'ordine e della sicurezza dell'istituto risulti più rilevante rispetto ai pericoli che normalmente giustificano l'inserimento nel circuito Alta Sicurezza. In questo senso giova rammentarsi come *"...la commistione tra detenuti di primo livello [oggi A.S.] e detenuti pericolosi comuni potrebbe portare a inquietanti quanto nocivi legami o all'assorbimento nelle organizzazioni di stampo mafioso di soggetti pericolosi e gravitanti esclusivamente nell'ambito del terrorismo eversivo o di criminalità comune."*

È appena il caso di sottolineare che l'inserimento di un detenuto nel circuito E.I.V. non pregiudica o esclude l'applicazione - quando ne ricorra il caso e per determinati periodi - del regime di sorveglianza particolare ex art. 14 *bis* ordinamento penitenziario. Inoltre, poiché la pericolosità dei detenuti del circuito EIV è - di norma - pari a quella dei detenuti del circuito A.S. (sebbene diverso sia il tipo di pericolo che le due categorie esprimono), la circolare del '98 stabilisce che per l'organizzazione, il regime detentivo e le modalità trattamentali delle sezioni E.I.V. si applicano - *per relationem* - tutte le disposizioni e le indicazioni vigenti per le sezioni A.S. Con riguardo infine alle procedure di classificazione e di declassificazione nel circuito in parola - attesa la rilevanza nazionale dei detenuti interessati - la competenza ad adottare simili provvedimenti è attribuita alla Direzione Generale detenuti e trattamento del Dipartimento, mentre le Direzioni degli istituti penitenziari hanno facoltà di proporre motivatamente la declassificazione.

Secondo la corrente giurisprudenza - Cass. Sez. I 3 febbraio 2004, 14487/2004 e Sez. I, 24 marzo 2004, 228836/2004 - la materia della assegnazione a circuiti per motivi di sicurezza e prevenzione, ed in particolare a circuito EIV (Elevato Indice di Vigilanza) è sottratta anche al sindacato della magistratura di sorveglianza, essendo rimessa ogni valutazione alla esclusiva competenza dell'Amministrazione penitenziaria.

6. Materie non disciplinate da circolari. Le c.d. aree riservate di detenzione

Una rilevante questione è quella rappresentata dall'utilizzo delle c.d. aree riservate, ossia di semi-sezioni del tutto avulse dal contesto di detenzione degli altri detenuti appartenenti al circuito 41bis. Si tratta di soluzioni che hanno una valenza puramente logistico-strutturale e che non involgono modifiche al regime penitenziario. Presso le aree riservate vengono contenuti i capi storici delle organizzazioni mafiose, insieme ad altri detenuti – soggetti al 41bis – lì destinati per consentire la socialità con questi boss. Alcuni magistrati di sorveglianza, specie con riferimento a questa ultima categoria di soggetti, su reclamo generico degli interessati, hanno accolto la questione della assegnazione in area riservata, ritenendola pregiudizievole della qualità della vita penitenziaria, e non giustificata da ragioni personali di sicurezza, ma unicamente dalla necessità di garantire la socialità ad altri detenuti. In realtà la scelta di collocare un detenuto all'interno di una struttura con logistica e sicurezza rafforzate dovrebbe essere connessa alla normale funzione di gestione della sicurezza, non incidendo sulla quantità e qualità della pena. Peraltro la circostanza che i gruppi di socialità vengano formati da tre persone – anziché da cinque – che è il numero massimo consentito dalla legge, rimanendo invariati gli altri parametri di trattamento penitenziario, non dovrebbe costituire motivo di incidenza sui diritti del detenuto essendo comunque rispettato il parametro legislativo e quello previsto dalla circolare del 2003, in esito all'entrata in vigore della nuova legge n. 276/2002.

7. Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale delle scelte dell'Amministrazione al di là degli strumenti legislativamente previsti

Il problema dell'impugnabilità giurisdizionale degli atti posti in essere dall'Amministrazione penitenziaria – se si esclude il ricorso a talune situazioni tipiche per le quali è sancito il giudizio – si svolge al di fuori della disciplina e della forza cogente del processo, nell'ambito del procedimento generico per reclamo e art. 35 o.p.

Con riferimento a questo genere di giudizio si è infatti consolidata una giurisprudenza tendente ad affermare che la decisione del magistrato è presa *"de plano"*, al di fuori cioè di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio; che la decisione che accoglie il reclamo non è dotata di alcuna specifica stabilità e finisce per

risolversi in una segnalazione o in una sollecitazione all'Amministrazione penitenziaria, senza forza giuridica cogente; e che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza non sono ammessi ulteriori gravami: né reclami al tribunale di sorveglianza, né il ricorso per Cassazione¹.

7.1. Il problema dell'impugnabilità. Cenni sulle posizioni assunte dalla Consulta e dalla Cassazione sul punto della reclamabilità

Pronunciandosi circa la legittimità costituzionale della mancata previsione generale di un rimedio giurisdizionale avverso gli atti dell'Amm. penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti, la Consulta nella sentenza n. 26/1999, ha affermato che "la questione proposta deve essere accolta per la parte in cui con essa viene denunciata nella disciplina dell'ordinamento penitenziario, e in particolare negli artt. 35 e 69, che disciplinano le funzioni e i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, un'incostituzionale carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale". Nello stesso tempo essa rifiutava un intervento additivo – suggerito dai remittenti – affermando che "non può essere accolta l'indicazione rivolta a estendere, a tale scopo, gli specifici strumenti che la legge prevede per altre situazioni – quale quello previsto dall'art. 14 ter o.p.

La Corte di Cassazione a sezioni unite, nella sentenza del 23.2.2003, ha affermato che "al riconoscimento della titolarità di diritti deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, stigmatizzando l'inadeguatezza di modelli che si esauriscono nella 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.

La Corte suprema ha poi statuito che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa

¹ Sul punto ci si permette di rinviare a quanto osservato in *Le questioni controverse in materia di esecuzione della pena. I rapporti con l'amministrazione penitenziaria: I reclami; il diritto alla salute; il trattamento dei soggetti pericolosi (la proroga del regime 41-bis)* Incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura su *L'Esecuzione della Pena* Roma, 20-21 Marzo 2006.

(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". Ha infine concluso che nella specifica materia dei colloqui ci si trova in presenza sicuramente di diritti soggettivi, parte integrante del trattamento. Un rilievo cui sembra non potersi sottrarre, nonostante la diversa conformazione lessicale dell'art. 18, comma 5, della legge n. 354 del 1975, la materia della corrispondenza telefonica; il tutto - è necessario sottolinearlo - talora utilizzando un modello semiologico assai ambiguo ed impreciso. Nel motivare così ha poi considerato che alla conclusione di un'indiscriminata protezione nella materia dei colloqui è agevole pervenire anche ritenendo che l'immanente collegamento con l'esecuzione penale e con il regime della pericolosità intramuraria, intesa anche quale limite alla fruizione di strumenti di trattamento, lasciano 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.

7.2. Il problema dell'impugnabilità. Alcune considerazioni di carattere sistematico

Talune affermazioni della Corte, sopra riportate, per la verità vengono ad assumere le sembianze di veri e propri postulati, più che di conseguenze stringenti sul piano logico e giuridico. Va infatti osservato come nella pronuncia non vi sia in concreto alcuna approfondita analisi della natura e delle caratteristiche degli atti dell'Amministrazione rispetto ai quali si ritiene di poter denunciare la lesione di una posizione soggettiva, né tampoco una concreta verifica della effettiva natura delle posizioni che si assumono essere oggetto di lesione.

Sta di fatto che la C.S. ha inteso operare la valutazione delle disposizioni dettate in via generale ed astratta dal regolamento penitenziario, rilevandone la logicità ed il rigore dispositivo. La

decisione delle sezioni unite, che partiva dalla affermazione del principio espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 26/1999 ed appariva spingersi sino ad una operazione di riconoscimento "creativo" del diritto ad un procedimento assistito da garanzie di effettiva giurisdizionalità nella materia dei colloqui e della corrispondenza telefonica, in realtà non ha prodotto alcun effetto concreto, né era in grado di produrne.

A ben vedere infatti la materia dei colloqui e della corrispondenza negli istituti penitenziari è rigorosamente ancorata a ciò che la legge ed il regolamento – le cui disposizioni erano oggetto dell'impugnazione – prevedono.

Dunque - una volta affermata in modo solenne nella parte motiva la legittimità delle disposizioni relative ai colloqui contenute nel DPR n. 230/2000, regolamento penitenziario – la Corte ha affermato che *ogni limite che appaia ragionevolmente strumentale al perseguimento della funzione rieducativa e che venga commisurato alla tipologia di reato commesso - sempre e comunque rientrante nell'area dei c.d. delitti di criminalità organizzata (v. ora la nuova formulazione dell'art. 4-bis, quale risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1 della legge 23 dicembre 2002, n. 279) - non solo non viola il precetto di cui all'art. 1, comma 2, dell'ordinamento penitenziario, ma si conforma, anzi - secondo un modello che assicura uniformità di disciplina, in attuazione delle esigenze proprie del trattamento - alla norma adesso ricordata. Tanto più che l' "autolimitazione" operata dalla disposizione regolamentare relativamente ai poteri conferiti all'amministrazione nella materia si risolve anche in un regime di garanzia per i destinatari dall'impiego di ogni discriminazione e di ogni "privilegio" rispetto ai condannati di reati di tale gravità".* Così stando le cose, quanto meno con riferimento ai colloqui, la questione va considerata sostanzialmente chiusa per ogni eventuale futura controversia che abbia ad oggetto determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria correttamente attuative del regolamento.

Il limite dell'impostazione logico-giuridica della sentenza della Corte sta proprio in ciò, nella sostanziale non ricorrenza di una ipotesi di lesione di diritti, poiché la disposizione contestata era stata adottata sulla base della applicazione di un testo di normazione generale, sulla base della potestà di attuazione, con atto generale ed astratto, delle disposizioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario. Ciò che manca in tutta la pronuncia è proprio la determinazione di una impostazione sistematica: la evidenziazione delle situazioni sostanziali – differenziate e qualificate - la cui lesione possa essere oggetto di lagnanza da parte del detenuto, e dell'eventuale conseguente riconoscimento di un ido-

neo strumento di tutela processuale. Con riferimento al problema della qualificazione della posizione soggettiva che si assume lesa, è stata sommariamente riconosciuta una giurisdizione piena ed esclusiva – su diritti ed interessi – alla magistratura di sorveglianza, ma senza alcuna analisi differenziale in relazione alle posizioni soggettive. Anzi laddove tale analisi sistematica è accennata si fa riferimento a conseguenze che disorientano l'interprete (le Sez. Un. parlano di giurisdizione sugli interessi ed ipotizzano la disapplicazione dell'atto amministrativo).

In compenso, in via esemplificativa la C.S., nella molteplicità di aspetti oggetto di regolamentazione che la vita detentiva può presentare, ha dunque preferito selezionare alcune materie – i colloqui e la corrispondenza telefonica per l'appunto – che, per la loro valenza trattamentale e per la rilevanza dei valori costituzionali che implica il loro esercizio, appaiono tali da meritare una tutela piena delle situazioni controverse.

Tale semplificazione nell'ammettere, per determinate materie il ricorso allo strumento giudiziario ordinario – udienza, provvedimento e ricorribilità per Cassazione, anziché utilizzo dello strumento del reclamo generico ex art. 35 o.p. – non deve tuttavia ottundere il duplice piano sul quale questi aspetti della vita penitenziaria possano trovare sistemazione. Ossia: a) La regolamentazione degli stessi secondo disposizioni connotate da astrattezza e generalità, rispetto a cui la fruizione di tali opportunità finisce per obbedire a criteri obiettivi e validi per tutti i detenuti secondo regole generali. Tale sistemazione può essere considerata espressione della funzione di organizzazione della sicurezza penitenziaria, che rientra tra i compiti generalmente rimessi all'esecutivo. Essa pertanto – salvo il caso, improbabile, di una generale oblitterazione dei diritti dei detenuti – non dovrebbe dar luogo a posizioni sostanziali "differenziate", come del resto è avvenuto per la questione oggetto della sentenza delle Sez. Un. b) La concreta disposizione che riconosca, o neghi, ai singoli l'accesso a questi spazi di trattamento sulla base della applicazione di quei criteri generali.

Abbiamo visto come la Cassazione abbia ritenuto irrilevante il "livello" della scelta amministrativa, ai fini della ammissibilità del ricorso allo strumento giurisdizionale. Nel senso che attraverso la impugnazione del concreto diniego, motivato sulla applicazione di una regola generale di organizzazione, essa ha finito dunque per ammettere il sindacato persino sull'atto generale – ossia sul regolamento penitenziario – ritenendo comunque la materia di tale delicatezza che persino le disposizioni organizzative generali debbano subire – sia pure una tantum – il vaglio del controllo giurisdizionale.

zionale sulla legittimità del loro contenuto. Essa ha voluto pertanto sottolineare come – essendo i colloqui e le telefonate - veri e propri diritti del detenuto che ineriscono alla sua personalità, essi non solo non possono essere negati in via generale, ma inoltre nessuna regolamentazione restrittiva può essere ammessa se non in un quadro chiaro di evidenze costituzionali che ne consentano la modifica.

Al di là di queste specifiche tematiche, che per la loro rilevanza non consentono di distinguere, ai fini dell'ammissibilità del diritto ad un giudizio, tra la fase di disciplina generale e quella di concreta determinazione delle singole scelte amministrative, rimangono tutte le altre materie, nei fatti prive – in entrambe le dimensioni – del diritto al ricorso alla giurisdizione.

Si tratta di una varietà di situazioni che afferiscono alla quotidiana disciplina della vita interna di reparto e che vanno dalla assegnazione al circuito o alla sede penitenziaria sino alla logistica, ai beni di cui è consentito il possesso, alla regolamentazione delle attività trattamentali. Per altre materie, per converso, a fronte del possibile cattivo uso del potere amministrativo in casi singoli e differenziati, tale opportunità non è stata concessa.

In linea generale infatti, volendo pensare ad un sistema compiuto - che prenda le mosse dalla valutazione dell'esercizio dei poteri e dalla corrispondente posizione soggettiva tutelabile – occorrerebbe distinguere i due ambiti.

Da un lato infatti dovrebbe sancirsi una sostanziale esclusione di intervento giurisdizionale con riguardo alla sindacabilità delle determinazioni di carattere generale rimesse alle scelte dell'Amministrazione penitenziaria, con riguardo agli spazi di competenza gestionale ad essa attribuiti dalla legge. Si pensi agli orari ed ai tempi di permanenza all'aria aperta – naturalmente salvi i limiti minimi già fissati dall'ordinamento – la cui regolamentazione comporta una organizzazione logistica, economica e di sicurezza (utilizzo di agenti, opportunità di svolgimento nel tempo di giorno, durata che consenta le rotazioni dei gruppi ed il rispetto dei divieti di incontro). È impensabile che in questo contesto si possa procedere al sindacato di scelte come queste che comportano comunque una dimensione organizzativa rilevante.

Un problema diverso dovrebbe porsi invece con riguardo ad applicazioni concrete che fondino sulla errata applicazione di scelte organizzative generali dell'Amministrazione penitenziaria. Si pensi ad esempio ad una errata classificazione di un detenuto in Alta Sicurezza in assenza delle condizioni previste dalla circolare. È pur vero che tale scelta potrebbe comportare comunque il ricorso alla giurisdizione quando finisca per riguardare quelle materie

tematicamente ad essa riservate (nel caso di specie la errata classificazione comporterebbe la riduzione dei colloqui da 6 a 4 e per questa via la determinazione potrebbe essere sindacata con ricorso agli strumenti di giurisdizione ordinaria), ma rimane tuttavia aperto il problema di tutti gli altri casi nei quali le scelte compiute dall'Amministrazione non consentano una verifica circa la correttezza della applicazione delle regole organizzative generali.

Se in un futuro sarà costruito un sistema di impugnabilità generale degli atti dell'Amm.ne non v'è dubbio che la ammissibilità dei ricorsi passerà attraverso questa distinzione tra esistenza del potere di regolamentazione e corretto esercizio dello stesso, ossia attraverso quella valutazione che consente all'Amministrazione di incidere su posizioni soggettive, ma che al tempo stesso offre ai singoli strumenti di tutela ad una duplice condizione: che si tratti di interessi qualificati, ossia differenziati ed individualmente meritevoli di tutela; che vi sia stato un cattivo esercizio dei poteri pubblici.

Frattanto il sistema di giustizia continua a prevedere quale strumento di tutela il ricorso al reclamo generico ex art. 35 ed il potere di ispezione della magistratura di sorveglianza, rispetto ai quali i risultati, in termini di costruzione di una realtà carceraria rispettosa dei principi costituzionali – pur nel silenzio e nella serietà dell'azione che caratterizza l'operato di quel giudice - hanno comunque assicurato risultati importanti. Va infatti ricordato come la determinazione del magistrato di sorveglianza, in esito al procedimento per reclamo, rimane comunque la espressione di un giudice con riferimento al livello di legalità di un sistema organizzativo, ossia alla sua capacità di esprimere e rappresentare i principi contenuti dell'ordinamento penitenziario. Esso costituisce dunque un precetto giuridicamente vincolante, anche in assenza di una sanzione specifica, il cui mancato rispetto espone comunque l'Amministrazione e l'esecutivo a conseguenze sul piano politico, finendo per certificare la inadeguatezza dell'azione amministrativa al perseguimento di finalità imposte da leggi dello Stato.