

**LE SEZIONI UNITE INTERVENGONO SULLA
CAOTICA SITUAZIONE IN MATERIA DI TUTELA
GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI DEL DETENUTO**

CARMELO MINNELLA *

SOMMARIO: 1. L'assenza di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto fino alla metà degli anni Novanta. - 2. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Calogero Diana* e *Dominichini* contro Italia: un primo passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. - 3. La sentenza n. 26 del 1999 della Corte costituzionale: tappa cruciale per la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. - 4. L'efficacia della sentenza costituzionale n. 26 del 1999 e le sue prime applicazioni giurisprudenziali. - 5. Il successivo cambiamento di rotta della Cassazione sulla tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. - 6. La sentenza delle Sezioni Unite che riconosce una tutela giurisdizionale ai diritti dei detenuti legati al trattamento penitenziario. - 7. I vuoti di tutela giurisdizionale degli altri diritti dei detenuti lasciati dalla pronuncia delle Sezioni Unite.

1. L'assenza di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto fino alla metà degli anni Novanta.

Fino a qualche anno fa il detenuto che si vedeva leso o ristretto di un suo diritto da un atto dell'amministrazione penitenziaria non poteva azionare nessun rimedio giurisdizionale (tranne in alcune materie espressamente indicate) per tutelare la posizione giuridica soggettiva di cui egli era titolare. L'unico strumento previsto dall'ordinamento penitenziario per far valere, in qualche modo, il suo diritto, era il reclamo previsto dall'art. 35 l. n. 354 del 1975 (d'ora in avanti ord. penit.) davanti al magistrato di sorveglianza.

Si tratta di un procedimento caratterizzato per l'assenza di particolari formalità e di specifiche garanzie proprie della giurisdizione, limitandosi a prevedere una generica possibilità di rivolgere istanze o reclami orali o scritti ad alcune autorità amministrative⁽¹⁾ o al magistrato di sorveglianza. Nel caso in cui il destinatario del reclamo sia

* Centro di Diritto Europeo di Catania.

⁽¹⁾ Si tratta del direttore dell'istituto, degli ispettori, del direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e del Ministro della giustizia; del presidente della giunta regionale; del Capo dello Stato. Secondo V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1981, p. 23, "senza voler sopravvalutare l'efficacia garantistica di una simile previsione, si tratta pur sempre di uno strumento non trascurabile, in quanto idoneo a pubblicizzare anche all'esterno dell'istituzione penitenziaria il verificarsi di situazioni lesive dei diritti e degli interessi dei detenuti".

l'organo giurisdizionale da ultimo citato, questi decide *de plano*, con provvedimento inoppugnabile e quand'anche ritenga fondata la rimostranza (quindi illegittimamente leso o compresso il diritto del detenuto) "possa soltanto rivolgere le opportune segnalazioni ai superiori gerarchici degli operanti"⁽²⁾.

Qualora, invece, rigetti il ricorso o l'istanza, l'organo monocratico della magistratura di sorveglianza ha il dovere di informare nel più breve termine possibile il detenuto o l'internato che l'ha presentata, «dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento» (art. 75, comma 4, d.P.R. n. 230 del 2000). Ma si tratta di una informativa alla quale non si accompagna la possibilità per il detenuto di impugnare la decisione⁽³⁾.

A ciò si aggiunga che le vaghe e generiche disposizioni normative concernenti i limiti all'esercizio dei diritti dei detenuti, consentivano alle autorità carcerarie di comprimerli facilmente utilizzando delle formule predefinite e vuote di contenuti giustificativi della restrizione del diritto, spesso ripetitive delle medesime disposizioni. E poiché gli ampi margini di discrezionalità lasciati all'amministrazione penitenziaria non erano sindacabili davanti ad un giudice che decidesse nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, i diritti del detenuto potevano essere calpestati o ristretti illegittimamente.

La giurisprudenza di legittimità, facendo perno sul carattere amministrativo dei provvedimenti in tema di diritti del detenuto, ha sempre negato l'impugnabilità dei provvedimenti restrittivi delle posizioni giuridiche soggettive del recluso; il che dimostra come ancora alla metà degli anni Novanta il carcere si configurava come un luogo impermeabile e isolato dalla società libera, in cui i reclusi erano posti in un contesto di totale emarginazione e separazione che andava "ben oltre le ovvie esigenze di sicurezza necessariamente destinate ad accompagnare la pena privativa della libertà"⁽⁴⁾.

In particolare, per ciò che concerne i permessi di colloqui la Cassazione ha sancito che trattasi di provvedimenti di natura amministrativa che attengono alla regolamentazione della vita di relazione all'interno degli stabilimenti carcerari nonché, talvolta, anche alla tutela del segreto concernente indagini in corso⁽⁵⁾. Stessa conclusione si

(2) M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1999, p. 495. Per G. Zappa, *Trasferimenti dei detenuti, ordini di servizio e poteri del magistrato di sorveglianza*, in questa *Rivista*, 1982, p. 613, il diritto di reclamo, scritto od orale "che il detenuto può sempre inoltrare ai sensi dell'art. 35, è in effetti una segnalazione o istanza, cui seguono degli accertamenti amministrativi, all'infuori e con esclusione di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio necessario".

(3) Per un'applicazione concreta, avente ad oggetto il mancato rilascio al detenuto della sua cartella clinica, vedi Cass., Sez. I, 14 novembre 1990, Forgione, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 404 s.

(4) G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. IX, 1995, Torino, p. 43.

(5) Cass., Sez. I, 9 dicembre 1994 (dep. 21 febbraio 1995), in *C.E.D. Cass.*, n. 200886; negli stessi termini, in precedenza, Cass., Sez. I, 26 aprile 1994, Masia, *ivi*, n. 200050; Cass., Sez. I, 21 aprile 1993, Caminelli, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 567.

è avuta in materia di corrispondenza *telefonica* ove la Suprema Corte è stata ferma nel ritenere che "non sono impugnabili i provvedimenti di diniego dell'autorizzazione del detenuto alla corrispondenza telefonica, sia per il principio di tassatività delle impugnazioni, sia perché detti provvedimenti non sono comunque annoverabili tra quelli concernenti la libertà personale, ricorribili ai sensi dell'art. 111 Cost."⁽⁶⁾. Identica soluzione veniva espressa dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla corrispondenza *epistolare*⁽⁷⁾.

2. *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi Calogero Diana e Dominichini contro Italia: un primo passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto.*

Il 15 novembre 1996, la Corte di Strasburgo ha pronunciato contro l'Italia due importanti sentenze con le quali ha ritenuto in contrasto, con gli articoli 8 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), la normativa italiana che disciplina l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della corrispondenza del detenuto. In particolare i giudici europei, nei casi *Calogero Diana* e *Dominichini*⁽⁸⁾, hanno censurato l'art. 18, comma 7, ord. penit. laddove si disciplina il visto di controllo sulla corrispondenza dei reclusi. E lo hanno censurato sia per ciò che concerne l'aspetto sostanziale, sia quello della tutela giurisdizionale, vista la mancanza di un ricorso effettivo. Con riferimento a quest'ultimo profilo (quello che in questa sede interessa maggiormente sottolineare), i ricorrenti, nei due diversi casi, hanno denunciato l'assenza, nel diritto italiano, di un ricorso effettivo avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza che disponevano il controllo della corrispondenza, in violazione dell'art. 13 Cedu.⁽⁹⁾

Secondo la Corte europea, "Il ricorso di volontaria giurisdizione al magistrato di sorveglianza non può essere considerato un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 Cedu, poiché il suddetto magistrato è chiamato a riesaminare la fondatezza di un atto, che egli stesso ha adot-

⁽⁶⁾ Cass., Sez. I, 30 novembre 1992 (dep. 23 febbraio 1993), n. 4892, Pio, in Cass. pen., 1994, p. 739.

⁽⁷⁾ Cass., Sez. I, 14 luglio 1994, Ilacqua, in Cass. pen., 1995, p. 3067. Nello stesso senso Cass., Sez. I, 8 febbraio 1994, Calabrò, *ivi*, 1995, p. 708; Cass., Sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, *ivi*, 1994, p. 1358; Cass., Sez. I, 5 dicembre 1991, Vallanzasca, *ivi*, 1993, p. 434; Cass., Sez. I, 9 febbraio 1988, Tuti, in Giust. pen., 1990, II, c. 248.

⁽⁸⁾ La sentenza *Domenichini* si trova pubblicata per intero in Riv. int. dir. uomo, 1997, p. 119 s.; una sintesi della sentenza *Calogero Diana* si trova in Cass. pen., 1997, p. 2281. Su entrambe le pronunce sia consentito rinviare a C. Minnella, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in questa Rivista, 2003, n. 3, p. 139 s.

⁽⁹⁾ L'art. 13 Cedu recita: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

tato, in assenza di contraddittorio⁽¹⁰⁾. La Corte ha correttamente ritenuto che il reclamo (ex art. 35 ord. penit.) avente ad oggetto la richiesta di riesame del provvedimento allo stesso giudice (nella specie al magistrato di sorveglianza) che lo ha emesso, sostanzandosi in un ricorso in opposizione, per di più in assenza di contraddittorio, non integra gli estremi del ricorso effettivo davanti ad una magistratura nazionale garantito dalla Convenzione europea dei diritti umani.

I giudici di Strasburgo ritengono confutabile anche il presunto carattere giurisdizionale della decisione, desumibile dall'organo che l'ha adottata, visto che la Cassazione, come abbiamo visto, invocando la natura amministrativa dell'attività del magistrato di sorveglianza che dispone il visto di controllo (oltre che il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione)⁽¹¹⁾, ha sempre escluso ogni impugnazione avverso i provvedimenti in questione. Per altro verso, i Tribunali amministrativi regionali non si sono mai pronunciati in materia. Dunque, la Corte ha ritenuto sussistere la violazione dell'art. 13 Cedu.

Com'è stato ben osservato dalla dottrina, la Corte europea ha anticipato con queste pronunce "quel che sarà il filo conduttore della sent. cost. n. 26 del 1999"⁽¹²⁾, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità delle norme che non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti. Infatti, "l'omogeneità argomentativa della pronuncia dell'organo di giustizia internazionale con la sent. cost. n. 26 del 1999 della Corte costituzionale si riscontra nel fatto che anche nel secondo caso è stata sottolineata, in linea generale, l'illegittimità di un contrasto (per violazione degli artt. 24 e 113 Cost.) tra il riconoscimento di una determinata posizione soggettiva e l'assenza di un procedimento giurisdizionale che ne renda effettiva la tutela"⁽¹³⁾.

L'intervento del legislatore era assolutamente non procrastinabile, per evitare una pioggia di nuove condanne che, visto il suo silenzio, è puntualmente arrivata⁽¹⁴⁾. In verità tutte le pronunce si sono occupate della sola violazione della sola disciplina sostanziale delle limitazioni al diritto di corrispondenza del detenuto (art. 8 Cedu)⁽¹⁵⁾ e non dell'assenza di un rimedio giurisdizionale; ciò non toglie che

(10) § 42 della sentenza sul caso *Domenichini*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 123.

(11) Vedi, in proposito, la parte finale del § precedente.

(12) A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 144.

(13) Sempre, A. Pennisi, *Diritti del detenuto*, cit., p. 144.

(14) Vedi, F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto della giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, p. 74 s., il quale parla di "fenomeno della cosiddetta clonazione delle sentenze, stante il permanere dell'inadempimento italiano" (*ivi*, p. 77).

(15) Si tratta della sentenza *Labita*, pronunciata dalla Grande Camera della Corte europea il 6 aprile 2000, in *Guida dir.*, 2000, n. 18, p. 100 s.; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza del 28 settembre 2000, caso *Messina*, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 141; Id., Sez. II, 21 dicembre 2000, *Rinzivillo* contro Italia, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 307 s.; Id., Sez. I, *Natoli* contro Italia, 9 gennaio 2001, *ivi*, p. 302 s.; Id., Sez. IV, 26 luglio 2001, *Di Giovine* contro Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1440; Id., Sez. I, 24 ottobre 2002, *Messina* (n. 3) contro Italia, *ivi*, 2003, p. 123.

l'obbligo di conformarsi alle sentenze del 1996 della Corte europea si estende anche nella previsione un ricorso effettivo⁽¹⁶⁾ avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza che dispone il visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti⁽¹⁷⁾.

3. *La sentenza n. 26 del 1999 della Corte costituzionale: tappa cruciale per la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto.*

La sentenza costituzionale n. 26 del 1999 è di vitale importanza perché rappresenta l'approdo definitivo verso un diverso modo di concepire il detenuto e il suo rapporto con la struttura carceraria.

La vicenda che ha originato la questione di costituzionalità è emblematica per comprendere come il sistema penitenziario in alcuni casi non si sia fondato sul primato della persona umana e dei diritti del detenuto, ma si sia caratterizzato per aver lasciato il detenuto in balia di comportamenti arbitrari dell'amministrazione penitenziaria; ed il carcere, più che strumento oggettivamente ineliminabile per delimitare la *libertà di movimento* del condannato⁽¹⁸⁾, abbia costituito "uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'*illegalità ufficiale* attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme"⁽¹⁹⁾.

Infatti, a fronte della formulazione estremamente chiara prevista nel comma 6 dell'art. 18 ord. penit., a norma della quale «i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiana-

⁽¹⁶⁾ Cfr., S. CIRIGNOTTA-R. TURRINI Vita, *Adeguamento alle indicazioni della Corte di Strasburgo per il visto di controllo della corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1154.

⁽¹⁷⁾ Nelle more della pubblicazione del presente scritto, tali lacune legislative, sostanziali e processuali, sono state recentemente colmate dalla legge 8 aprile 2004, n. 95, *Nuove disposizioni in tema di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*. Questo provvedimento, lungamente atteso, rappresenta "la più recente (e convincente) manifestazione dello sforzo del legislatore nazionale di adeguare la normativa penitenziaria interna ai principi stabiliti a livello europeo": così, F. FIORENTIN, *Varata una disciplina organica delle verifiche: così l'Italia si allinea alla Corte di Strasburgo*, in *Guida dir.*, 2004, n. 17, p. 20. In particolare, è stato introdotto l'art. 18-ter ord. penit., ove si è previsto che per esigenze attinenti alle indagini o investigative o di prevenzione di reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti di singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) le limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) della sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima. Avverso questi provvedimenti può essere disposto reclamo secondo la procedura prevista dall'art. 14-ter ord. penit.

⁽¹⁸⁾ Cfr., A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 239, ricorda che "modificato il contesto normativo penitenziario che pone al primo posto l'esigenza di tutela della dignità della persona umana, si è rafforzata la tesi secondo la quale il contenuto della pena detentiva va limitato... alla *libertà di movimento*, così da lasciare indenni tutte quelle posizioni soggettive estranee a tale contenuto".

⁽¹⁹⁾ F. BRICOLA, *Introduzione a Il carcere «riformato»*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, p. 10.

ni, i periodici, i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione», riscontriamo un atteggiamento *censorio* della direzione del carcere che non consentiva ad alcuni detenuti di ricevere in istituto riviste spedite in abbonamento ovvero inviate loro dai familiari, in ragione del loro contenuto asseritamente osceno, con il beneplacito dell'amministrazione penitenziaria centrale. Appare evidente l'arbitrarietà del comportamento dell'amministrazione penitenziaria la quale, nonostante l'esistenza di un chiaro disposto normativo, ha negato al detenuto un diritto riconosciutogli dal legislatore penitenziario. Una limitazione al diritto di informazione che ha il sapore di un ulteriore fattore di aggravata afflizione della pena⁽²⁰⁾.

La Corte costituzionale ha chiarito una volta per tutte che "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguentemente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti". Il detenuto, una volta fatto ingresso nell'istituto penitenziario, non subisce nessuna *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione⁽²¹⁾, ma porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale il bagaglio dei diritti inviolabili dell'uomo.

Il messaggio che si legge dietro le righe della motivazione è che occorre porsi nell'ottica della "trasformazione delle carceri da luoghi di (almeno tendenziale) extraterritorialità giuridica a luoghi essi pure sottoposti alle regole dello Stato di diritto"⁽²²⁾, cercando di sfatare la concezione del carcere come *infelix insula*, sottratta all'influenza della normativa costituzionale⁽²³⁾. La giustizia non deve fermarsi alle porte dei penitenziari, ma occorre garantire la legalità all'interno degli stessi.

Fatte queste preziose indicazioni del detenuto come "soggetto di diritti", la Consulta, ha ricordato che "al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura

(20) Come sottolinea A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 239, se è vero che "alla titolarità di una posizione soggettiva del detenuto deve seguire il diritto di esercitarla con modalità compatibili con le esigenze di *ordine e disciplina* all'interno del penitenziario", bisogna ricordare che ordine e disciplina "vanno tutelati esclusivamente sotto il profilo organizzativo dell'istituto penitenziario, e non anche al fine di conservare natura afflittiva alla sanzione penale, così come esige la filosofia della concezione retributiva della pena", *ivi*, p. 240.

(21) La Corte costituzionale, già nella sentenza n. 212 del 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 208, aveva affermato che il detenuto "pur trovandosi in una situazione di privazione della libertà personale in forza della sentenza di condanna, è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva". In tale pronuncia la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24 Cost., l'art. 18, comma 8, ord. penit. nella parte in cui non prevede che il condannato in via definitiva ha diritto di conferire col difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena.

(22) V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma*, cit., p. 21-22.

(23) Ancora V. GREVI, *ivi*, p. 24.

giurisdizionale", dichiarando costituzionalmente illegittimi gli artt. 35 e 69 ord. penit., nella parte in cui escludono una tutela giurisdizionale nei confronti di qualsivoglia atto dell'amministrazione penitenziaria lesivo dei diritti dei detenuti, a prescindere dal fondamento costituzionale della posizione giuridica lesa.

Il giudice delle leggi ha constatato che la tutela dei diritti del detenuto apprestata dall'ordinamento penitenziario deve ritenersi insufficiente in quanto si prevede come rimedio di carattere generale il reclamo ex art. 35 ord. penit., ossia un procedimento che, come abbiamo visto, "è, all'evidenza, privo dei requisiti minimi necessari perché lo si possa ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale", mancando delle garanzie minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per Cassazione e, perciò, non distinguendosi da una "semplice doglianza"⁽²⁴⁾.

Dal canto suo, anche la Cassazione chiudeva sistematicamente le porte al detenuto che reclamava tutela dinanzi ad essa statuendo che "contro il provvedimento di sorveglianza, adito ai sensi dell'art. 35 comma 2 l. 26 luglio 1975, n. 354, la legge non prevede alcun mezzo di impugnazione"⁽²⁵⁾.

Il sistema penitenziario delineato dalla Corte risulta, dunque, profondamente modificato in quanto, dovendo ogni momento della vita negli istituti penitenziari essere assoggettato ai principi e alle regole generali dello Stato di diritto, "non vi potranno essere più zone grigie perché nessuna attività dell'amministrazione, allorché si estrinsechi in atti comunque lesivi dei diritti dei detenuti, è sottratta al controllo e alla tutela giurisdizionale"⁽²⁶⁾. Ma, come vedremo più avanti, ancora oggi non possiamo ritenere di essere giunti a tale conclusione residuando, invece, vuoti di tutela giurisdizionale di alcuni diritti del detenuto.

4. *L'efficacia della sentenza costituzionale n. 26 del 1999 e le sue prime applicazioni giurisprudenziali.*

Anche dopo la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 il percorso della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto non poteva ancora dirsi concluso. Infatti, la Consulta non ha accolto la richiesta del giudice *a quo* di applicare il procedimento di cui all'art. 14-ter ord. penit. perché riteneva mancante un rimedio giurisdizionale che potesse essere considerato di carattere generale. Invece, la disciplina dei rimedi giurisdizionali contro le violazioni dei diritti dei detenuti e degli internati si pre-

⁽²⁴⁾ Pienamente d'accordo sul carattere di semplice doglianza del reclamo ex art. 35 ord. penit., F. DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 855; e A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 202.

⁽²⁵⁾ Cass., Sez. I, 20 gennaio 1997 (dep. 19 aprile 1997), n. 296, Guido, in *Cass. pen.*, 1998, p. 646, n. 383.

⁽²⁶⁾ E. FAZZIOLI, *Diritti del detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 201.

stava ad essere rimediata attraverso la scelta tra una vasta gamma di procedimenti giurisdizionali previsti dall'ordinamento penitenziario.

Tuttavia, la sentenza n. 26 del 1999 si poteva annoverare tra le pronunce "additive di principio", come conferma la successiva decisione costituzionale n. 526 del 2000 laddove si afferma che, dopo la 26 del 1999, "spetta al legislatore effettuare le scelte necessarie per disciplinare la materia, e spetta ai giudici, frattanto, individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato"⁽²⁷⁾.

In effetti, come sostenuto dalla dottrina costituzionalistica, "il giudice delle leggi, in sostanza, dinanzi ad una richiesta di intervento additivo di regola, ha preferito ricorrere ad una pronuncia sempre additiva, ma c.d. «a dispositivo generico»"⁽²⁸⁾ perché la denunciata lacuna non è colmabile attraverso un'integrazione "a rime obbligate": non potendosi configurare un'unica soluzione, costituzionalmente imposta (essendo quella proposta dal giudice *a quo* una delle possibili soluzioni), il profilo additivo è necessariamente indeterminato "giacché nel dispositivo la Corte non "scrive" – coerentemente con l'affermazione circa la competenza esclusiva del legislatore – una norma direttamente applicabile"⁽²⁹⁾.

La Corte, quindi, non si esime dal pronunciarsi nel merito, individuando il *principio* (da qui la sentenza assume l'abito della "additiva di principio"), – questo sì a doversi definire a "rime obbligate"⁽³⁰⁾ – (che nella sentenza n. 26 del 1999 è quello della necessaria e generalizzata "giurisdizionalità" dei rimedi verso le determinazioni dell'amministrazione penitenziaria potenzialmente lesivi dei diritti dei detenuti e degli internati), ma lascia al legislatore il compito di dettare la disciplina necessaria. E in attesa di un intervento legislativo puntuale, dovrebbe essere possibile "l'integrazione giurisprudenziale del diritto lacunoso"⁽³¹⁾, in modo da realizzare, nel periodo transitorio, "una situazione prossima alla legalità costituzionale o almeno, se si vuole, meno lontana da essa di quella imposta dalla formulazione originaria della normativa impugnata"⁽³²⁾. Se si accoglie questa impostazione,

⁽²⁷⁾ Corte cost., sentenza 22 novembre 2000, n. 526, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1474 (il corsivo è nostro). Su questa importante pronuncia della Consulta vedi G. LA GRECA, *La perquisizione personale del detenuto: giurisprudenza costituzionale e conseguenti disposizioni amministrative*, ivi, c. 1464 s.

⁽²⁸⁾ V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1996.

⁽²⁹⁾ G. FARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, p. 78.

⁽³⁰⁾ Così, V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale*, cit., p. 1997, la quale afferma, proprio con riferimento alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, "È il principio a doversi definire a «rime obbligate», nel senso che questo rappresenta «l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema»; è il principio stesso ad essere immediatamente precettivo: nei confronti del legislatore, il cui intervento normativo, libero nella scelta delle concrete modalità di attuazione, deve comunque avvenire uniformemente a detto principio; e nei confronti dei giudici comuni, i quali chiamati ad individuare la regola del caso concreto, non possono prescindere dal riferirsi ad esso".

⁽³¹⁾ M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 221.

⁽³²⁾ A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3215.

alla sentenza n. 26 del 1999 dovrebbe essere attribuita una portata immediatamente *precettiva*, lasciando alla magistratura di sorveglianza il compito di individuare (fintantoché non intervenga il legislatore) la disciplina «transitoria»⁽³³⁾, che può essere ricavata dalle indicazioni di principio contenute nel dispositivo della sentenza della Corte.

Occorre prendere atto, invece, che negli anni immediatamente successivi alla sentenza n. 26 del 1999 della Consulta, la Suprema Corte ha continuato a considerare operante l'art. 35 ord. penit., pur essendo stato dichiarato illegittimo costituzionalmente. In particolare la Corte di cassazione ha statuito che "La decisione del magistrato di sorveglianza adottata al di fuori di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio è priva di stabilità e di forza giuridica cogente, risolvendosi, in caso di ritenuta infondatezza del reclamo proposto dal detenuto, in una mera segnalazione o sollecitazione all'amministrazione penitenziaria. Conseguentemente, non è soggetta ad ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza, né a ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., consentito solo contro provvedimenti pronunciati da organi giurisdizionali"⁽³⁴⁾.

Nel dichiarare inammissibile il ricorso, i giudici di legittimità hanno sostenuto che a tale conclusione nulla osta – contrariamente a quanto sostenuto nella requisitoria del procuratore generale – la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 perché tale decisione "non permette di intervenire additivamente sul sistema normativo vigente, ma vale soltanto a richiamare il legislatore all'esercizio della funzione che gli compete, onde colmare la lacuna"⁽³⁵⁾.

La Suprema Corte rimaneva ferma in tali conclusioni anche in una successiva pronuncia del 2001⁽³⁶⁾, dopo cioè che il giudice delle leggi, con sentenza n. 526 del 2000, aveva demandato ai giudici, in attesa dell'intervento legislativo, il compito di individuare nel sistema normativo "la regola idonea a disciplinare la fattispecie".

Quest'atteggiamento di chiusura della Cassazione, al quale si aggiungeva quello di alcuni magistrati di sorveglianza⁽³⁷⁾ (nonostan-

⁽³³⁾ In questi termini M. RUOTOLLO, *La tutela dei diritti del detenuto*, cit., p. 221.

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. I, 16 febbraio 2000 (dep. 16 giugno 2000), n. 1093, Camerino, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 159 s. Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 9 febbraio 2000, Alberti, in *Ced. Cass.*, n. 215915.

⁽³⁵⁾ Sempre Cass. Sez., I, 16 febbraio 2000, cit., c. 161.

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. I, 7 marzo 2001 (dep. 28 aprile 2001), n. 17270, Paolello, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1799, n. 597.

⁽³⁷⁾ Vedi Mag. sorv. Pavia, decreto n. 21 del 2000, Musumeci, in questa *Rivista*, 2000, p. 253 circa l'impossibilità, nel vuoto normativo creato dalla sentenza n. 26 del 1999, "di creare un procedimento contenzioso *ad hoc* o di applicarne analogicamente uno già previsto" (ivi, p. 272). Anche Mag. sorv. Firenze, decreto 2 novembre 2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 233 s., continua ad adottare un procedimento *de plano* perché la sentenza costituzionale n. 26 del 1999, "è chiara nell'affermare la necessità di giurisdizionalizzare il procedimento relativo al reclamo, ma afferma anche che tale giurisdizionalizzazione deve essere operata dal legislatore". Altre pronunce, *inedite*, che si sono pronunciate in tal senso, sono indicate da R. Turrini Vita, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 503 s.

te questi ultimi possedessero gli strumenti processuali – quali ad esempio il procedimento per reclamo previsto nell'art. 14-ter ord. penit.⁽³⁸⁾ – per esercitare fino in fondo il loro ruolo di garanti dei diritti del detenuto) era criticabile perché innanzitutto finiva per negare tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto pur in presenza di una sentenza additiva di principio della Corte costituzionale.

5. *Il successivo cambiamento di rotta della Cassazione sulla tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto.*

Nel panorama di incertezza che caratterizzava il quadro della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto bisogna registrare dei casi in cui, visto che il detenuto non aveva concrete possibilità di garantire le proprie posizioni giuridiche rivolgendosi al magistrato di sorveglianza o alla Cassazione, si è rivolto anche dinanzi ai tribunali amministrativi regionali⁽³⁹⁾, qualche volta anche con successo⁽⁴⁰⁾.

In attesa che il legislatore intervenisse a disciplinare il procedimento giurisdizionale che doveva sostituire il semplice reclamo ex art. 35 ord. penit., i diritti dei detenuti restavano sospesi tra le omissioni del legislatore e le lacune di una normativa penitenziaria che non solo non aveva compiutamente risolto il problema dei rimedi giurisdizionali idonei ad assicurare la tutela dei diritti dei detenuti nel-

⁽³⁸⁾ Il Mag. sorv. Palermo, ordinanza del 20 settembre 2000, Aiello, in questa *Rivista*, 2000, p. 296 ha applicato il modulo procedimentale previsto dall'art. 14-ter ord. penit. quale "reclamo atipico in materia di asserita lesione di diritti soggettivi, stante il vuoto normativo conseguente alla sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 1999, n. 26, l'improponibilità di un diniego di giustizia per paralisi procedimentale, la necessità, nelle more dell'intervento del legislatore, di procedere comunque secondo uno schema procedimentale discrezionalmente individuato dal giudice, onde nel caso di specie il modulo intermedio previsto dall'art. 14-ter si rivela congruo per ragioni di economia e bilanciamento di mezzi e forme processuali". Il Mag. sorv. Agrigento, ordinanza 21 febbraio 2001, Morgana, *inedita*, ha individuato il rito da seguire in quello disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., preferendolo a quello di cui all'art. 14-ter ord. penit., perché è prevista la partecipazione del difensore e dell'interessato.

⁽³⁹⁾ Vedi, ad esempio, T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 4 maggio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, 502, il quale ha però negato tutela al detenuto affermando che "Il provvedimento assunto dal direttore di istituto di reclusione con cui si revoca l'ammissione del detenuto al lavoro esterno attiene all'esecuzione della pena e non rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo".

⁽⁴⁰⁾ Il T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, il 7 dicembre 2000 ha emesso quattro sentenze (nn. 11398-11401) nelle quali ha ritenuto illegittime, annullandole, le previsioni di cui agli artt. 58, comma 6 e 116 del regolamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000) in quanto queste disposizioni, nel disciplinare le manifestazioni della libertà religiosa e l'accesso dei ministri di culto delle confessioni diverse dalla cattolica all'interno degli istituti di pena, si pongono in aperto contrasto con le intese stipulate dall'Italia rispettivamente con la Tavola valdese, l'Unione italiana Chiese cristiane avventiste, le Assemblee di Dio in Italia e l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia che prevedono, in forma pressoché speculare, sia il diritto agli appartenenti a confessioni diverse dalla cattolica di ricevere l'assistenza spirituale in carcere, sia il correlativo diritto di accesso dei ministri di culto di tali confessioni negli istituti penitenziari. Le sentenze sono pubblicate in *Dir. eccl.*, 2001, II, p. 69 s.

l'ambito dell'istituzione carceraria, ma che attraverso formule eccessivamente vaghe non aveva certo eliminato il pericolo di comportamenti arbitrari e vessatori degli organi penitenziari⁽⁴¹⁾.

Il mancato intervento del legislatore atto a colmare la lacuna sui rimedi giurisdizionali avverso gli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti, ha provocato nel 2002 il sorgere di due orientamenti di legittimità contrastanti.

Il primo rimaneva fermo nel riconoscere che contro i provvedimenti adottati ex art. 35 ord. penit. dal magistrato di sorveglianza sui reclami del detenuto non è allo stato esperibile alcuna impugnazione, avendo la sentenza costituzionale n. 26 del 1999 richiamato il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete. E poiché il legislatore non ha ancora provveduto in materia, ne consegue la persistente non impugnabilità degli anzidetti provvedimenti⁽⁴²⁾.

Tralasciando quei casi nei quali, sia pure a fronte di situazioni particolari, il ricorso di legittimità è stato invece dichiarato ammissibile avverso provvedimenti ritenuti abnormi⁽⁴³⁾, si è registrato all'interno della Prima Sezione di legittimità un improvviso cambiamento di rotta. In alcune pronunce la Cassazione ha ammesso che anche alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale sull'ambito della giurisdizione in tema di tutela dei diritti del detenuto, non è più sostenibile la tesi dell'appartenenza al settore amministrativo dei reclami contro i provvedimenti penitenziari che incidono sui diritti dei detenuti, dovendosi invece riconoscere che detti reclami danno origine a procedimenti che si concludono con decisioni del magistrato di sorveglianza munite della forma e del contenuto della giurisdizione⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4135.

⁽⁴²⁾ Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 2002 (dep. 29 marzo 2002), n. 12569, Schembri, in *Guida dir.*, 2002, n. 19, p. 90; Cass., Sez. I, 5 marzo 2002 (dep. 29 marzo 2002), n. 12570, P.M. in proc. Marcellino, *ivi*, 2002, n. 22, p. 80; Cass., Sez. I, 7 marzo 2002 (dep. 24 aprile 2002), P.M. in proc. Parla, in *Giur. it.*, 2002, p. 2121 s.

⁽⁴³⁾ In particolare, sono stati ritenuti abnormi i provvedimenti con i quali il magistrato di sorveglianza aveva disapplicato, ritenendole illegittime, le norme del regolamento penitenziario (artt. 37, comma 8, e 39, comma 2 d.P.R. n. 230/2000), che stabiliscono limitazioni in materia di colloqui e corrispondenza telefonica per i detenuti o internati per uno dei delitti previsti nel primo periodo del primo comma dell'art. 4-bis ord. penit. e per i quali si applichi il divieto dei benefici *ivi* previsto: vedi Cass., Sez. I, 18 aprile 2002 (dep. 23 maggio 2002), n. 20240, P.M. in proc. Balsamo, in *Guida dir.*, 2002, n. 28, p. 84; Cass., Sez. I, 18 aprile 2002 (dep. 23 maggio 2002), n. 20241, P.M. in proc. Brancato, *ivi*, 2002, n. 32, p. 88. In entrambe le pronunce la Suprema Corte ha affermato che "nessuno dei procedimenti previsti dalla normativa vigente, e tra essi anche quello di sorveglianza disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., può essere considerato un rimedio giurisdizionale di carattere generale, tale da consentirne l'estensione, a opera della Corte costituzionale, al reclamo ai sensi dell'art. 35 ord. penit."

⁽⁴⁴⁾ In questi termini, Cass., Sez. I, 27 febbraio 2002 (dep. 5 aprile 2002), P.M. in proc. Panarisi n. 22573, in *Giur. it.*, 2002, p. 2122 s.; Cass., Sez. I, 15 maggio 2002 (dep. 10 giugno 2002), n. 22573, P.M. in proc. Valenti, in *Guida dir.*, 2002, n. 38, p. 74; Cass., Sez. I, 3 maggio 2002 (dep. 29 maggio 2002), P.M. in proc. Florida, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 961.

In realtà, il mutamento di orientamento è probabilmente originato dalle seguenti ragioni di fondo. In questi casi il ricorrente era il Pubblico Ministero, il quale proponeva ricorso avverso l'ordinanza del magistrato di sorveglianza che, in accoglimento del reclamo del detenuto, aveva disapplicato le norme del regolamento penitenziario che prevedevano un numero di colloqui visivi e telefonici minore per i condannati per uno delitti previsti dal primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit. rispetto a quelli detenuti per reati diversi⁽⁴⁵⁾. Poiché la Cassazione voleva accogliere nel merito il ricorso del Procuratore (ritenendo giustificata la differente disciplina dei colloqui in ragione della presunzione di particolare pericolosità per i condannati a certi reati, annullando senza rinvio così l'ordinanza impugnata), se non riteneva abnorme il provvedimento impugnato, ma comunque illegittimo, per annullarlo non le rimaneva altra strada che quella di dichiarare ammissibile il ricorso.

Sta di fatto, che la Cassazione ha accolto l'impostazione secondo la quale la sentenza n. 26 del 1999 era da considerare come una pronuncia additiva di principio. Infatti, i giudici di legittimità hanno reputato corretto che il magistrato di sorveglianza abbia ritenuto di "doversi pronunciare – per evitare che in assenza dello specifico intervento del legislatore inutilmente sollecitato dalla Corte costituzionale, questa sentenza, che è sostanzialmente additiva anche se in modo incompleto, restasse priva di effetto – adottando, come di norma per i provvedimenti giurisdizionali di sua competenza, le forme del procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. pienamente idonee allo scopo"⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 37, comma 8 e 39, comma 2, del D.P.R. n. 230 del 2000, prevedono che i detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui mensili e una telefonata settimanale, mentre se si tratta di detenuti o internati per reati previsti nel primo periodo del primo comma dell'art. 4-bis ord. penit. e per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto, il numero dei colloqui vis à vis non può essere superiore a quattro al mese e quello dei colloqui telefonici non superiore a due al mese. Anche in questa materia la magistratura di sorveglianza si è divisa: una parte ha disapplicato le norme del regolamento penitenziario ritenendole illegittime (oltre ai casi portati dinanzi alla Cassazione e citati nella nota 43, si vedano Mag. sorv. Firenze; decreto 2 novembre 2000, cit.; Trib. sorv. Sassari, 3 aprile 2001, Arra, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 629). Altri magistrati di sorveglianza hanno ritenuto che la posizione giuridica vantata dai detenuti in ordine al numero di colloqui e di corrispondenza telefonica sia un interesse legittimo, con conseguente difetto di giurisdizione del Magistrato di sorveglianza, rientrando la materia in quella del giudice amministrativo (in quest'ultimo senso, Mag. sorv. Pavia, ordinanza del 14 novembre 2001, in *Foro ambr.*, 2001, p. 533; Mag. sorv. Cagliari, ordinanza del 15 novembre 2001, n. 1032, in *Riv. giur. sarda*, 2003, p. 445. Altri ancora hanno ritenuto le suddette limitazioni del tutto legittime (vedi Mag. sorv. Pavia, decreto n. 19/2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 274). In quest'ultimo senso si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza che analizzeremo nel prossimo §.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. I, 19 febbraio 2002, P.M. in proc. Castellana, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 638. Nello stesso senso anche Cass., Sez. I, 19 febbraio 2002, P.M. in proc. Di Liberto, *inedita*; Cass., Sez. I, 15 maggio 2002, P.M. in proc. Bidognetti, *inedita*. Queste ultime due pronunce sono citate in *Osservatori dei contrasti giurisprudenziali*, a cura di G. Leo, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1090.

Preso atto del contrasto giurisprudenziale di legittimità, la I sezione della Suprema Corte ha rimesso la risoluzione della questione alle Sezioni Unite.

6. *La sentenza delle Sezioni Unite che riconosce una tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto legati al trattamento penitenziario.*

Chiamato a risolvere il contrasto giurisprudenziale nato in seno alle sezioni semplici della Cassazione, il Supremo Collegio doveva stabilire se contro i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria in materia di colloqui e di corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati fosse possibile esperire un rimedio giurisdizionale e, nel caso di risoluzione positiva della questione, individuare il procedimento da seguire e il giudice competente.

Le Sezioni Unite, nella pronuncia n. 25079 del 2003⁽⁴⁷⁾, dopo un'analitica ricostruzione del percorso giurisprudenziale (costituzionale e di legittimità) in materia, ricavano dalle norme dell'ordinamento penitenziario "un sistema di tutela delle posizioni soggettive connesse alla predisposizione ed all'attuazione del programma di trattamento nonché alle modalità della sua esecuzione", di cui parte integrante sarebbero i colloqui con i congiunti, nonché la corrispondenza telefonica nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con i terzi, al pari dell'accesso ai mezzi di informazione. Cruciale, ai fini di riconoscere una garanzia giurisdizionale alle posizioni giuridiche collegate al trattamento rieducativo, è per la Cassazione il disposto dell'art. 69, comma 5, che conferisce al magistrato di sorveglianza nel corso del trattamento il potere-dovere di dettare «disposizioni dirette ad eliminare violazioni dei diritti dei condannati e degli internati». Una norma che per il supremo Collegio "resterebbe irrimediabilmente depotenziata ove non fosse attribuito all'interessato il potere di azionare la giurisdizione proprio al fine di denunciare la violazione delle disposizioni soggettive ricollegabili alle concrete modalità attuative del trattamento da parte dell'amministrazione penitenziaria".

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la materia delle diverse posizioni giuridiche soggettive di cui il detenuto è titolare rimanga, nel suo insieme, nella competenza della magistratura di sorveglianza. Pur rilevando che in tema di colloqui e di corrispondenza telefonica ci troviamo in presenza di diritti soggettivi (contrariamente a quanto sostenuto da parte della magistratura di sorveglianza)⁽⁴⁸⁾,

⁽⁴⁷⁾ Cass., Sez. Un., 26 febbraio-10 giugno 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, n. 843, p. 2961 s.

⁽⁴⁸⁾ Per Mag. sorv. Catania, decreto 22 marzo 2001, Larizarotti, *inedita* (la pronuncia è citata da R. Turrini Vita, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, cit., p. 506), in materia di corrispondenza telefonica "non attribuisce in capo al soggetto in *vinculis* un diritto".

secondo la Corte anche la tutela degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'amministrazione penitenziaria, collegati al trattamento penitenziario, va assegnata alla cognizione della magistratura di sorveglianza. Ci troveremmo in una materia nella quale non operano i canoni di ripartizione di competenza facenti leva sulla diversa situazione giuridica tutelata, ma sarebbe presente nella materia *de qua* una riserva di giurisdizione che discende dall'art. 27, comma 3, Cost.⁽⁴⁹⁾.

Questa conclusione ha il pregio di concentrare in capo allo stesso giudice la tutela sia dei diritti soggettivi che degli interessi legittimi del detenuto (risolvendo l'annoso problema se molte delle posizioni giuridiche previste nell'ordinamento penitenziario possono essere ricondotte alla prima o alla seconda categoria)⁽⁵⁰⁾. La riserva di giurisdizione prevista nell'art. 27, comma 3, Cost., però, ha ad oggetto la rieducazione del condannato e non riguarda la protezione delle altre situazioni giuridiche di cui è portatore il detenuto non collegate al programma trattamentale. Con riferimento a queste ultime, continua a permanere – come vedremo meglio nel prossimo § – il problema della mancanza di uno strumento di carattere giurisdizionale per farle valere.

Passando all'esame del procedimento giurisdizionale esperibile e del giudice competente, per la Corte di Cassazione, se un'interpretazione *secundum Constitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela con i caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, un simile mezzo non può che ricondursi a quello di cui agli artt. 14-ter e 69 ord. penit, che disciplinano la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza. La Corte di Cassazione ritiene essere questo lo strumento che si appresta meglio a tutelare i diritti soggettivi ed interessi legittimi del recluso perché si tratta di un procedimento giurisdizionale particolarmente agile, caratterizzato dalla non pienezza del contraddittorio (in quanto è prevista la partecipazione del difensore e del Pubblico Ministero, mentre l'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono solo presentare memorie) e dall'esperibilità del ricor-

⁽⁴⁹⁾ La Cassazione individua "l'esistenza di un microsistema entro il quale lo stato di detenzione, lasciando sopravvivere posizioni soggettive e spazi di tutela giurisdizionale coincidenti con il diritto di azione, anche a prescindere dalle tipizzazioni stratificate da novazioni legislative o da decisioni della Corte costituzionale, impone la verifica dello strumento attivabile da individuare sempre e comunque in un modello diretto ad investire la cognizione la magistratura di sorveglianza".

⁽⁵⁰⁾ A. PULVIRENTI, *Diritti del detenuto e libertà sessuale*, in *Annali del Seminario giuridico della Facoltà di Giurisprudenza di Catania*, Vol. I (1999-2000), p. 176-177, rileva che nel testo della legge n. 354/1975 abbondano "espressioni ambigue (come «sono ammessi», «è assicurato», «è consentito di») che costringono l'interprete a verificare, volta per volta, se la posizione soggettiva riconosciuta al detenuto sia da inquadrare nella categoria dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi o se non sia una semplice enunciazione ideologica che l'amministrazione penitenziaria dovrebbe osservare quale criterio finalistico della propria condotta".

so per Cassazione (art. 71-ter ord. penit.) avverso il provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza⁽⁵¹⁾.

La scelta della Suprema Corte in ordine al procedimento per reclamo ex art. 14-ter ord. penit. quale rimedio idoneo ad apprestare tutela alle posizioni giuridiche soggettive del detenuto, quantomeno quelle ricollegabili al trattamento penitenziario, si pone in contrasto con quanto sostenuto da parte della dottrina, la quale era pervenuta alla conclusione che "l'unica procedura esecutiva conforme ai precetti costituzionali è quella prevista dal codice di procedura penale e disciplinata dagli artt. 666 e 678 c.p.p."⁽⁵²⁾. Procedura, quest'ultima, sicuramente più garantista essendo prevista la partecipazione dell'interessato ed essendo necessaria la presenza del suo difensore e del Pubblico Ministero.

Si è ritenuto in proposito che dietro la pronuncia costituzionale n. 26 del 1999 sembra celarsi un'implicita valutazione di insufficienza delle garanzie offerte dal procedimento ex art. 14-ter ord. penit. che secondo lo schema prospettato dal giudice *a quo*, rappresentava la soglia minima di giurisdizionalità cui una decisione additiva in senso proprio avrebbe dovuto adeguare il reclamo *de plano* ai sensi dell'art. 35 ord. penit., concludendo che "un'estensione di tale archetipo procedurale ad ogni reclamo avverso la violazione dei diritti dei detenuti non parrebbe rappresentare, insomma l'*optimum* di garanzia giurisdizionale"⁽⁵³⁾.

Occorre a questo punto chiedersi se laddove si verta su questioni attinenti ai diritti soggettivi e interessi legittimi dei reclusi, ci si possa accontentare di un contraddittorio monco (come ritengono le Sezioni Unite nella decisione in oggetto) o debba esigersi la partecipazione del detenuto (come vorrebbe parte della dottrina). A questo riguardo riteniamo che debba distinguersi tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*.

⁽⁵¹⁾ Con riferimento all'aspetto relativo alla possibilità di ricorrere in Cassazione, le Sezioni Unite aderiscono a quella giurisprudenza di legittimità che aveva affermato tale legittimazione avverso i provvedimenti adottati dal magistrato di sorveglianza sui reclami dei detenuti o internati, nelle materie indicate nell'art. 69 ord. penit., non rilevando in senso contrario il disposto dell'art. 236, comma 2, disp. att. c.p.p., in quanto l'abrogazione delle disposizioni contenute nel capo II-bis del titolo II ord. penit. operano limitatamente alle materie di competenza del Tribunale di sorveglianza e non si estendono a quelle del magistrato di sorveglianza: Cass., Sez. I, 14 aprile 1992, Leggio, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1549. In argomento si veda, A. PULVIRENTI, *Codice penitenziario, Normativa esplicita ed annotata con giurisprudenza, circolare e formulario*, 2000, p. 292 s.

⁽⁵²⁾ A. PENNISI, *Diritti del detenuto*, cit., p. 248. Per G. PRELATI, *Sulla tutela giurisdizionale in materia di colloqui e corrispondenza telefonica nell'ottica del diritto di reclamo ex art. 35 ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2124, "un pieno contraddittorio, come quello preveduto dagli artt. 666 e 678 c.p.p., potrebbe davvero essere lo strumento più adatto per ricreare quell'armonioso *modus operandi* che potrebbe far meglio accogliere all'Amministrazione penitenziaria le decisioni avverse".

⁽⁵³⁾ L. MARAFIOTI, in AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2000, p. 303.

In particolare, qualora l'atto dell'amministrazione penitenziaria si limiti a toccare delle problematiche *in diritto*, senza riflessi in fatto [si pensi proprio ai casi che hanno originato le pronunce della Cassazione e delle Sezioni Unite relativi al provvedimento con il quale il direttore del carcere ha applicato le disposizioni limitative del numero dei colloqui e della corrispondenza telefonica per certe categorie di detenuti (artt. 37, comma 8 e 39, comma 2, d.P.R. 230 del 2000)]⁽⁵⁴⁾, è evidente che, in sede di reclamo davanti al magistrato di sorveglianza, la presenza dell'interessato all'udienza è superflua, non potendo fornire alcun elemento utile alla risoluzione di questioni giuridiche.

Invece, laddove si verta attorno ad una *quaestio facti* sembra corretto ritenere che, in considerazione del contributo che l'interessato può fornire alla *res iudicanda*, dovrebbe essere garantita la diretta partecipazione all'udienza camerale⁽⁵⁵⁾.

Un'ultima considerazione ha ad oggetto il giudice competente a decidere sui reclami vertenti sulle posizioni giuridiche del recluso. Alla soluzione di affidare all'organo monocratico della magistratura di sorveglianza le questioni attinenti alle situazioni giuridiche dei detenuti si potrebbero frapporre i rischi legati alla *imparzialità* del magistrato di sorveglianza. Occorrerebbe evitare una eccessiva esposizione, presso la popolazione detenuta, del magistrato di sorveglianza, che la legge di riforma voleva impegnato in assidue frequentazioni dell'ambiente carcerario⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sì, questa problematica, di natura sostanziale, portata anch'essa dinanzi alle Sezioni Unite, queste hanno risposto che "È legittima la disciplina differenziata in materia di colloqui visivi e telefonici stabilita rispettivamente, negli artt. 37, comma 8, e 39, comma 2, d.l.P.R. n. 230 del 2000, in relazione ai detenuti e internati per uno dei delitti previsti dall'art. 4-bis, primo comma, della legge n. 354 del 1975; ne consegue che è legittimo il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria limitativo del numero di colloqui, rispettivamente a quattro e a due al mese nei confronti di persona condannata per uno dei delitti indicati, non risultando lesa il diritto di eguaglianza di trattamento di detenuto in situazioni soggettivamente identiche".

⁽⁵⁵⁾ Sotto questo punto di vista ci sentiamo di condividere quell'orientamento della Cassazione che ha esteso il procedimento di sorveglianza in materia disciplinare, statuendo che "In tema di reclami proposti da detenuti o internati al magistrato di sorveglianza, nelle materie di cui all'art. 69 comma 6 ord. penit., deve ritenersi che, quando il reclamo al magistrato di sorveglianza abbia ad oggetto provvedimenti che incidono sullo stato di libertà del condannato, il provvedimento che ne segue debba consentire il pieno contraddittorio, comportante la partecipazione dell'interessato" (Cass., Sez., I, 12 febbraio 1997 (dep. 26 marzo 1997), Panisi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2471 s.). Anche in questa ipotesi, infatti, l'interessato potrà fornire un contributo fattuale volto a disculparsi dagli addebiti contestati.

⁽⁵⁶⁾ F. DELLA CASA, *La l. 19 dicembre 2002, n. 277 in tema di liberazione anticipata: i tributi alle esigenze di economia processuale e il nonsense dell'affidamento in prova "riducibile"*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 377, ha messo in luce le inevitabili ripercussioni sul corretto espletamento del ruolo di garante che la legge penitenziaria assegna al magistrato di sorveglianza nel settore dell'esecuzione intramuraria. "Ruolo che rischia di essere ulteriormente indebolito sia per puri e semplici motivi di *surmenage*, sia perché l'attribuzione di funzioni decisorie incidenti sull'entità della pena inflitta potrebbe acuire quel bisogno di imparzialità che, secondo un numero non irrilevante di magistrati di sorveglianza, può essere soddisfatto solo se vengono ridotti al minimo i pre-giudizi ricollegabili alla frequentazione dell'ambiente carcerario".

Per quanto concerne questi pre-giudizi legati alla frequentazione del magistrato di sorveglianza delle case di reclusione e che potrebbero nuocere alla sua imparzialità, riteniamo che si potrebbe affidare ad un diverso soggetto – si pensi al difensore civico⁽⁵⁷⁾ – il compito di vigilanza e di controllo sul rispetto dei diritti del detenuto, spogliando così il magistrato di sorveglianza delle sue funzioni amministrative⁽⁵⁸⁾ e lasciandogli solo quelle giurisdizionali, aumentate, tra l'altro, in modo esponenziale a seguito delle ultime riforme legislative in materia penitenziaria. In questo modo, passerebbe in capo al difensore civico il ruolo di garante della legalità all'interno degli istituti penitenziari, cosicché questi abbia continuamente sotto controllo il termometro della situazione carceraria e del rispetto dei diritti del detenuto. La sua costante presenza nelle carceri si rivelerebbe di vitale importanza per cercare di prevenire e portare più facilmente alla luce eventuali maltrattamenti o violazioni di altri diritti dei detenuti, apprestando così una tutela anche nei confronti (non di atti ma) di *comportamenti* dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti.

7. I vuoti di tutela giurisdizionale degli altri diritti dei detenuti lasciati dalla pronuncia delle Sezioni Unite.

La sentenza della Cassazione ha messo ordine alla situazione di incertezza che caratterizzava la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive del detenuto; essa non ha però colmato tutte le lacune in materia.

Infatti, se occorre ancorare la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche al programma trattamentale, è evidente però che rimarranno sprovvisti di tutela giurisdizionale quegli atti che pur incidendo sulle posizioni soggettive del detenuto, non sono collocabili all'interno del percorso rieducativo del condannato. Si pensi l'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza provvede sull'istanza di autorizzazione al ricovero in luogo di cura esterno alla struttura carceraria, ai sensi dell'art. 11 ord. penit., ove viene esclusa alcuna forma di impugnazione⁽⁵⁹⁾.

Un atteggiamento restrittivo continua a tenere la Suprema Corte anche per quanto concerne il provvedimento di inserimento del detenuto nel circuito E.I.V. (elevato indice di sorveglianza), dichia-

⁽⁵⁷⁾ Cfr., A. MARGARA, *Difensore civico e magistrato di sorveglianza*, in *Diritti in carcere. Il difensore civico nella tutela dei detenuti*, a cura di A. Coglianò, 2000, p. 93 s.

⁽⁵⁸⁾ Funzioni amministrative di vigilanza e di controllo che l'art. 75 del nuovo regolamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000) ha aumentato stabilendo che il magistrato di sorveglianza deve effettuare "periodici colloqui individuali" (al fine di consentire ai detenuti un diretto contatto e favorire, così, la presentazione anche orale di istanze e reclami).

⁽⁵⁹⁾ Cfr., Cass., Sez. I, 7 giugno 2002 (dep. 5 luglio 2002), n. 25830, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2045.

rando il ricorso dinanzi ad essa inammissibile perché si tratterebbe di "atti di pertinenza esclusiva dell'amministrazione che si limitano a stabilire un particolare sistema di cautele, rafforzando quelle ordinarie, senza peraltro incidere sui diritti primari dei detenuti"⁽⁶⁰⁾. Per le stesse ragioni – trattandosi di atti inerenti all'esercizio di scelte discrezionali riservate all'amministrazione penitenziaria – non è possibile neanche il reclamo davanti al magistrato di sorveglianza. Risulta difficile condividere quest'orientamento della Cassazione laddove l'inserimento nel circuito E.I.V. comporti l'esclusione da attività trattamentali ed una evidente compressione dei diritti primari del detenuto. Occorrerebbe, a nostro avviso, un rimedio di carattere giurisdizionale per verificare le ragioni dell'inserimento in detto circuito di sicurezza e il bilanciamento tra l'esigenza dello Stato di tutelare le esigenze di ordine e di sicurezza all'interno dell'istituto di pena e quelle del detenuto di avere garantito l'esercizio dei suoi diritti fondamentali.

Sforriti di rimedi giurisdizionali rimangono anche i diritti e gli interessi legittimi la cui lesione o illegittima restrizione non sia consacrata in uno specifico atto dell'amministrazione penitenziaria. In questi casi il detenuto potrà azionare il generico reclamo ex art. 35 ord. penit., che si presenta sfornito dei requisiti minimi di giurisdizionalità.

La scelta delle Sezioni Unite di limitare lo strumento di carattere giurisdizionale alle sole posizioni giuridiche legate al trattamento penitenziario viene giustificata per evitare "il rischio di immobilizzare l'attività amministrativa, ma anche di cancellare un modello, come il reclamo di cui all'art. 35 della l. n. 354 del 1975, che – proprio al di fuori delle materie oggetto della riserva giurisdizionale – può ancora esplicare una sua funzione, *lato sensu*, di garanzia".

Pur comprendendosi la necessità di limitare i ricorsi in tema di diritti e interessi legittimi dei detenuti per evitare ingolfamenti davanti al magistrato di sorveglianza, la soluzione della Cassazione non convince⁽⁶¹⁾ e rischia di creare delle ingiustificate disparità di trattamento sulla garanzia giurisdizionale delle situazioni giuridiche dei detenuti, dovuta magari a carenze di organico o ad altri elementi esterni non riconducibili alla natura delle posizioni lese.

La persistente carenza di un rimedio avente carattere giurisdizionale azionabile dal detenuto per tutelare alcuni suoi diritti o interessi legittimi (quelle non collegate al trattamento penitenziario o ad uno specifico atto dell'amministrazione penitenziaria), comporta, inoltre, – a causa del persistente silenzio del legislatore a non voler

⁽⁶⁰⁾ Così, da ultimo, Cass., Sez. I, 24 marzo 2004, n. 14487, in *Dir giust.*, 2004, n. 22, p. 116.

⁽⁶¹⁾ Cfr., R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1362, "La scelta, infatti, di mantenere in vita un rimedio arcaico e non rispettoso del contraddittorio, quale quello descritto dall'art. 35 ord. pen., getta un'ombra pesante sulla sentenza in discorso".

intervenire organicamente in materia⁽⁶²⁾ – una evidente lesione del diritto di difesa del recluso.

In definitiva, il sistema attuale di tutela dei diritti del detenuto, anche dopo l'autorevole pronunciamento delle Sezioni Unite, non si presenta ancora in armonia con alcuni principi costituzionali⁽⁶³⁾. Per tale motivo, il percorso della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto non può dirsi concluso.

RIASSUNTO

Trascurato in passato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il tema della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto è stato oggetto negli ultimi anni di alcune importanti sentenze basate sul presupposto che il detenuto è "soggetto di diritti".

Dapprima la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato le lacune dell'ordinamento italiano sui rimedi giurisdizionali per tutelare i diritti di cui il detenuto è titolare. Successivamente, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 26 del 1999, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui escludono la tutela giurisdizionale nei confronti di qualsivoglia atto dell'amministrazione penitenziaria lesivo dei diritti dei detenuti.

Nella sentenza n. 26/1999 la Corte costituzionale, però, non ha individuato il procedimento giurisdizionale che il detenuto possa azionare per far valere le violazioni dei suoi diritti. Ciò ha fatto sorgere, in dottrina e in giurisprudenza, dei contrasti sulla efficacia della sentenza 26/1999 e sulla necessità se attendere o meno l'intervento del legislatore che colmasse tale lacuna.

Nella giurisprudenza, anche di legittimità, si è così venuta a creare una situazione caotica sulla tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto. Ad eliminare tale situazione di incertezza ci hanno pensato le Sezioni Unite delle Corte di Cassazione, con la pronuncia che qui si commenta, stabilendo che tutte le situazioni giuridiche del detenuto (siano essi diritti o interessi legiti-

⁽⁶²⁾ Come ricordato nella nota 17, la legge 8 aprile 2004, n. 95, ha dettato *Nuove disposizioni in tema di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, prevedendo in relazione a tale diritto del recluso uno specifico rimedio giurisdizionale (quello per reclamo previsto dall'art. 14-ter ord. penit.). Se tale intervento legislativo era necessario per eliminare gli elementi di frizione della normativa penitenziaria italiana rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (costati all'Italia numerose sentenze di violazione della Corte di Strasburgo), siamo ancora in attesa di provvedimento legislativo che adempia il richiamo della sentenza costituzionale n. 26 del 1999. Come ricorda R. TURRINI VITA, *Gli uffici di sorveglianza e la disapplicazione del nuovo regolamento penitenziario*, cit., p. 508, "il ritardo del legislatore nell'individuare una opportuna sede giurisdizionale per la tutela dei diritti dei ristretti, non è scusabile".

⁽⁶³⁾ Secondo, R. MURA, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, cit., p. 1368: "Il «tentativo di rianimazione» del reclamo ex art. 35 ord. pen., sarà ben presto oggetto di discussione per la Corte costituzionale: esso viola, infatti, in modo palese, i principi del «giusto processo» e, cosa ancor più grave, quello di eguaglianza".

timi) legate al trattamento penitenziario vanno tutelate col procedimento per reclamo previsto dagli artt. 14 e 69 dell'ordinamento penitenziario.

Tuttavia, anche dopo la sentenza della Cassazione, rimangono dei vuoti di tutela giurisdizionale, in relazione a taluni diritti del detenuto, che potrebbero far sorgere problemi di legittimità costituzionale.

SUMMARY

Neglected in the past, by literature and jurisprudence, the jurisdictional protection of prisoner's rights was object, in the last years, of some important sentences, based on the principle that prisoner is a "subject of rights".

At first, the European Court of Human Rights made clear the Italian legal gaps about jurisdictional measures in defence of prisoner's rights. Then, the Italian *Corte costituzionale*, with sentence n. 26/1999, declared illegitimate, after the Italian Constitution, the artt. 35 and 69 of the penitentiary system, when they exclude the jurisdictional protection in regard to any act of penitentiary authority damaging to prisoner's rights.

But in the sentence n. 26/1999, the Italian *Corte costituzionale* didn't specify the proceedings available for prisoners in order to defend their violated rights. In literature and in jurisprudence, this arised disagreements about efficacy of sentence n. 26/1999 and about necessity of a legislator's intervention.

So in jurisprudence, a chaotic situation about jurisdictional protection of prisoner's rights arised. That situation was eliminated by the United Sections of Italian *Corte di Cassazione*, with the sentence just commented; it was decided that all the prisoner's juridical situations (rights or legitimate interests), connected with penitentiary treatment, must be protected by proceedings "per reclamo" regulated by art. 14 and 69 of penitentiary system.

However, even after the sentence of "*Cassazione*", there are some gaps of jurisdictional protection, in relation to some rights of prisoner, and problems of respect for Italian Constitution could arise.

RÉSUMÉ

Autrefois négligé, par la doctrine et la jurisprudence, le thème de la tutè-le juridictionnelle des droits du détenu est désormais au cœur d'importantes sentences basées sur la condition que le détenu «possède des droits».

Avant tout la Cour européenne des droits de l'homme a souligné les lacunes du système italien dans domaine des remèdes juridictionnelles qui servent à défendre les droits dont est titulaire le détenu. Par la suite, la Cour constitutionnelle, dans la sentence n. 26/1999, a déclaré l'illégitimité constitutionnelle des articles 35 et 69 du système pénitentiaire, en particulier en ce qui concerne la partie où l'on exclu la tutèle juridictionnelle à l'égard de n'importe quel acte de l'administration pénitentiaire portant atteinte aux droits des détenus.

Cependant, dans la sentence n. 26/1999 la Cour constitutionnelle n'a pas individualisé le procédé juridictionnel que le détenu a à sa disposition

afin de faire valoir les violations de ses droits. Dans la doctrine et la jurisprudence, tout cela a créé des contrastes en ce qui concerne l'efficacité de la sentence n. 26/1999 et la nécessité d'attendre ou non l'intervention du législateur qui devrait combler une telle lacune.

C'est ainsi que dans la jurisprudence s'est créé une situation caotique en ce qui concerne la tutèle juridictionnelle des droits du détenu. Ce sont les Sections Unies de la Cour de Cassation qui ont éliminé une telle situation d'incertitude grâce à l'arrêt qui décide que toutes les situations juridiques du détenu (que se soient leurs droits ou leurs intérêts légitimes) liées au traitement pénitentiaire doivent être sauvegardées par la possibilité de réclamation prévue par les articles 14 et 69 du système pénitentiaire.

Malgré tout, après la sentence de la Cassation, il existe encore des lacunes de tutèle, liées à certains droits du détenu, qui pourraient créer des problèmes de légitimité constitutionnelle.