

## **DIRITTI DEI DETENUTI E GARANZIE COSTITUZIONALI**

**LAURA CESARIS\***

### **Magistrato di sorveglianza dell'Aquila ord. 9 maggio 2013 – est. Grimaldi – ric. V.L.**

Ordinamento penitenziario – Regime differenziato *ex art.41-bis* comma 2 – Videorveglianza continua e estesa al bagno – Illegittimità – Disapplicazione.

*Il controllo mediante videosorveglianza continua e estesa anche a momenti di riservatezza viola l'art. 8 Cedu e l'art. 27 comma 3 Cost. Può essere giustificato in un'ottica di favor custodiae, cioè in presenza del pericolo di atti di autolesionismo che la Amministrazione penitenziaria deve istituzionalmente impedire (1).*

### **Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia ord. 13 maggio 2013 – est. Mirandola – ric. A.V.M.**

Ordinamento penitenziario – Corrispondenza – Trattenimento della corrispondenza e fotocopie – Illegittimità e distruzione delle fotocopie.

*È illegittimo il trattenimento della corrispondenza di cui a seguito di reclamo è stato disposto l'inoltro. Eventuali fotocopie di tale corrispondenza fatte a titolo precauzionale dalla direzione dell'istituto penitenziario devono essere distrutte (2).*

### **Magistrato di sorveglianza di Roma ord. 18 febbraio 2013 – est. Tomassini – ric. R.A.**

Ordinamento penitenziario – Divieto di ricevere dall'esterno libri e stampa contenuto in circolare – Illegittimità – Disapplicazione della circolare.

*Alle persone recluse sono riconosciuti e garantiti i diritti sanciti in Costituzione. Eventuali limitazioni alla corri-*

---

\* Università di Pavia.

*spondenza devono essere adottate, come richiesto dall'art. 15 Cost., con atto motivato dell'autorità giudiziaria e le garanzie previste dalla legge. Sono pertanto illegittime se disposte con circolare ministeriale che è atto amministrativo e devono essere disapplicate (3).*

**Magistrato di sorveglianza di Spoleto**  
**ord. 29 ottobre 2012 – est. Gianfilippi – ric. M.R.**

Ordinamento penitenziario – Divieto di ricevere e spedire libri e stampa contenuto in circolare – Illegittimità – Disapplicazione.

*Alle persone recluse sono riconosciuti e garantiti i diritti sanciti in Costituzione. Eventuali limitazioni alla ricezione di pubblicazioni devono essere adottate con atto motivato dell'autorità giudiziaria e le garanzie previste dalla legge. Devono essere disapplicate le limitazioni imposte con circolare ministeriale all'invio di libri e pubblicazioni ad altri detenuti per violazione degli artt. 18 e 18-ter (4).*

**Magistrato di sorveglianza di Venezia**  
**ord. 6-2-2014 – est. Pavarin. – ric. XY.**

Ordinamento penitenziario – Provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria – Sindacabilità giurisdizionale – Sussistenza – Procedimento da adottare – Individuazione.

*Intervenuto il d.-l. 23 dicembre 2013 n.146, le doglianze del detenuto relative alle condizioni detentive lesive di diritti fondamentali sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza ai sensi del nuovo art. 35-bis (5).*

\* \* \*

1) I provvedimenti in esame apparentemente disomogenei sono legati da un *fil rouge*, l'incidenza sui diritti soggettivi e l'adozione di un rimedio volto a ristabilire le garanzie violate.

I primi quattro sono accumulati da più elementi: riguardano, infatti, soggetti sottoposti al regime differenziato *in peius* di cui all'art. 41-bis comma 2 ss. ord. penit., riguardano limitazioni volte a inasprire ulteriormente le condizioni di vita penitenziaria e tali limitazioni sono imposte con circolari del Dap.

Un altro elemento ricorre in questi reclami, cioè l'incidenza su diritti soggettivi, come è confermato dal fatto che i reclami sono stati ritenuti ammissibili e, quindi, decisi sulla base di quanto chiarito dalle Sezioni Unite in una non recente pronuncia secondo cui si tratta di materie coperte da giurisdizione che trovano protezione in via giurisdizionale e mediante il reclamo al magistrato di sorveglianza (C.s.u. 26 febbraio 2003, Giani, 224603, che ha deciso in ordine a violazioni della corrispondenza, sottolineando tuttavia la forza espansiva della decisione a tutela delle posizioni soggettive del detenuti e degli internati; v. anche C 3 febbraio 2004, Zagaria, 227517; C 24 ottobre 2007, Musumeci, 238841).

Il quinto provvedimento riguarda, invece, la situazione di un detenuto comune, che lamentava una situazione di sovraffollamento e appare di grande interesse giacché rappresenta una delle prime applicazioni del meccanismo giurisdizionale di tutela delle posizioni soggettive introdotte con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 46 convertito successivamente con L. 21 febbraio 2014, n. 10.

Tra i provvedimenti concernenti soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ss. assume un rilievo particolare la decisione del magistrato di sorveglianza dell'Aquila, che ha accolto il reclamo relativo alla sottoposizione a videorveglianza «continua ed estesa» anche al locale dei servizi igienici annesso alla cella, vietando simile forma di controllo limitatamente al predetto locale e indicando altresì concretamente le modalità di attuazione. Il problema non è certo nuovo: se ne erano già occupati i giudici di legittimità, riconoscendo la violazione del diritto alla riservatezza, che riceve nell'ordinamento internazionale e in quello interno un'articolata tutela, la quale riguarda varie espressioni del diritto stesso (Cass. 24 gennaio 2009, Lo Piccolo, Ced 245969).

In particolare l'art. 8 Cedu assicura il «rispetto della vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza», ricomprendendo il diritto alla riservatezza inteso come diritto a non vedere appresi e diffusi dati e notizie relativi alla propria sfera privata con un'estensione al trattamento dei dati personali. Sono vietate perciò ingerenze dell'autorità pubblica a meno che non siano necessarie «alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione dei diritti e alle libertà altrui» (art. 8 comma 2).

Sulla base del dettato dell'art. 8 Cedu e della interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (richiamata nel provvedimento in esame, così come il codice della *privacy*, la Con-

venzione del Consiglio d'Europa n. 108/1981 "sulla protezione delle persone rispetto al trattamento dei dati") si giunge – come già si è anticipato – alla conclusione che la sottoposizione a videorveglianza nel bagno violi le garanzie espresse nell'art. 8 cit. e nell'art. 27 comma 3 Cost., laddove specifica che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione. Viene lesa la dignità della persona, che per un verso è alla base del riconoscimento di libertà e di diritti e per l'altro, nel contempo, è la condizione per la realizzazione di sé, delle proprie aspirazioni e dei propri obiettivi.

Il *vulnus* era stato motivato, nel provvedimento di sottoposizione a videosorveglianza, con la particolare pericolosità sociale del detenuto. Con il che parrebbe rispettata la previsione del 2° comma dell'art. 8 Cedu. Ma a ben vedere sfugge la correlazione tra pericolosità del sorvegliato e videosorveglianza o meglio non si comprende come il sistema di controllo possa essere funzionale a neutralizzare la pericolosità del soggetto, ove si rifletta sul fatto che la telecamera posta nel bagno è stata – nel caso di specie – manipolata in modo che le immagini, in particolare della figura del detenuto, risultino sfocate. Riesce pertanto difficile comprendere l'utilità di simili riprese dalle quali non si ricavano «i particolari e dettagli della figura» ma solo la sagoma, così che sembrerebbe dedursi che non siano percepibili le azioni del soggetto.

Riprendendo quanto già precisato dai giudici di legittimità nella decisione sopra richiamata, il magistrato di sorveglianza fa salva, tuttavia, l'ipotesi in cui mediante la videosorveglianza si debbano prevenire atti di autolesionismo e quindi si debbano salvaguardare l'incolumità e la salute del detenuto. Sull'Amministrazione penitenziaria ricade, infatti, il potere-dovere di soccorso, derivante dal dovere generale della Amministrazione stessa di garantire l'incolumità fisica e psichica nonché la vita delle persone recluse. Al riguardo si deve segnalare che la Corte di cassazione nella sentenza già ricordata aveva espresso la preoccupazione che «una sì incisiva e soprattutto invasiva modalità di controllo carcerario possa determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia del detenuto e sulla salute personale».

Emergono, dunque, in modo chiaro alcuni principi che devono guidare il ricorso a questo strumento di controllo: quello di necessità, che comporta la verifica dell'insufficienza e dell'inidoneità di altri mezzi rispetto allo scopo perseguito, e quello di proporzionalità del mezzo di controllo rispetto alla situazione concreta.

Alcune questioni restano nell'ombra: quelle connesse al trattamento e alla conservazione dei dati. Il "codice della *privacy*", che

pure contiene disposizioni relative a «trattamenti in ambito giudiziario», non prende in considerazione l'ambito penitenziario. Una lacuna cui bisognerebbe quanto prima porre rimedio proprio per la rilevanza degli interessi in gioco: basterebbe pensare alla sorte delle videoregistrazioni, che hanno ad oggetto non solo quanto accade in cella ma anche i colloqui con i familiari.

La decisione del magistrato di sorveglianza dell'Aquila riveste particolare importanza non solo per i principi affermati, ma anche per altri due profili che pare interessante evidenziare. Il primo profilo attiene alle modalità di disattivazione della videosorveglianza, giacché il magistrato di sorveglianza – come già si è accennato – ha suggerito molto concretamente come procedere: non ad una rimozione dell'impianto, che altrimenti impedirebbe di effettuare all'occorrenza videoregistrazioni, e neppure per converso ad una «semplice inibizione» del funzionamento, che non rappresenterebbe per il detenuto una garanzia sufficiente soprattutto sul piano psicologico giacché potrebbe sempre temere di essere ripreso. Bensì si dovrebbe provvedere ad oscurare la videocamera «con una schermatura idonea, che potrà consistere anche nel suo avvolgimento in un tessuto scuro, scatola di cartone o altro mezzo capace di coprirla». Con il che, tra l'altro, descritto il *modus procedendi*, risulterebbe più facile la verifica dell'adempimento da parte dell'Amministrazione penitenziaria di quanto indicato, dato che nel dispositivo si riprende quanto appunto espresso in motivazione.

Ma più rilevante appare l'ultima disposizione impartita ai sensi dell'art. 69 comma 5 ord. penit. al fine di «eliminare violazioni dei diritti dei condannati e degli internati», con la quale il magistrato di sorveglianza estende quanto deciso nei confronti del reclamante agli altri detenuti sottoposti a videosorveglianza «fatta salva la sussistenza di specifiche ragioni», che – precisa il magistrato di sorveglianza – non potranno consistere nella pericolosità sociale proprio perché, come si è appena ricordato, tale situazione non legittima limitazioni del diritto alla riservatezza. Con questa disposizione il magistrato di sorveglianza, da un lato, sembra voler evitare differenze trattamentali tra reclusi egualmente sottoposti a videosorveglianza, e dall'altro richiama l'Amministrazione penitenziaria al rispetto dei diritti delle persone detenute anche in assenza di doglianze. E lo fa con lo strumento previsto dall'art. 69 comma 5, con disposizioni cioè, «il cui carattere vincolante per l'Amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue» (Corte cost. 266/ 2009).

2) Gli altri provvedimenti attengono rispettivamente alla tutela del diritto alla segretezza della corrispondenza e alla libertà di informazione garantita nell'art. 18 ord. penit. e riguardano, a differenza del caso precedente, limitazioni che incidono sui rapporti con il mondo esterno: la lett. e) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. prevede, infatti, il visto di censura sulla corrispondenza.

Per quanto concerne quest'ultima, con il reclamo presentato da un soggetto recluso nel carcere di Parma, si chiedeva la distruzione delle fotocopie delle «missive ricevute o trasmesse» dal detenuto, effettuate dalla direzione dell'istituto penitenziario a fini precauzionali prima dell'invio all'autorità giudiziaria. Secondo quanto si legge nel provvedimento del magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia (peraltro assai scarno e non sempre chiaro in taluni passaggi argomentativi), non era stato autorizzato con il visto di censura anche il ricorso a fotocopie, di cui tuttavia si riconosce che assolverebbero ad «una funzione di garanzia in relazione al procedimento di reclamo» avanti al tribunale di sorveglianza (*ex art. 18-ter* ord. penit.).

A prescindere dal fatto che non è chiaro se laddove si parla di «missive trasmesse» si alluda alla prassi assai controversa della c.d. intercettazione epistolare, cioè alla prassi della acquisizione in fotocopia di corrispondenza che viene poi comunque inoltrata al destinatario, quel che rileva nel caso di specie è che, nell'ipotesi in cui la corrispondenza trattenuta venga poi inoltrata per ordine della autorità giudiziaria, le fotocopie devono essere distrutte, dato che il controllo operato ai sensi dell'art. 18-*ter* non ha evidentemente ritenuto sussistenti le ragioni del trattenimento. Conseguentemente non sussistono più ragioni per conservare le predette fotocopie, essendosi appunto concluso il procedimento di controllo.

Il rischio (neppure poi tanto remoto) è che le fotocopie vadano a formare una sorta di archivio dei rapporti epistolari intrattenuti dal detenuto. Certo non si ignora che le capacità di aggiramento dei controlli da parte di taluni reclusi sono particolarmente elevate, ma una simile prassi costituirebbe una palese violazione del diritto alla segretezza della corrispondenza. L'esercizio dei diritti fondamentali deve essere assicurato nella misura più ampia, cioè entro limiti di compatibilità con esigenze di ordine e sicurezza: cioè, come ha recentemente affermato la Corte costituzionale (135/2013), «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può ... subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di

tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile» con l'art. 27 comma 3 Cost. Non solo, non si può dimenticare che alla corrispondenza e alle comunicazioni in genere è attribuita nell'ambito della legge penitenziaria grande rilievo quale mezzo di mantenimento di contatti che per ragioni geografiche o per altre cause – come è nel caso di detenuti sottoposti al regime differenziato *ex art. 41-bis* comma 2 ord. penit. – sono più rarefatti.

Attengono invece al diritto alla istruzione e alla formazione culturale le altre ordinanze che si occupano sotto profili diversi del possesso, dello scambio, del ricevimento di libri e riviste.

Innanzitutto è interessante osservare che le ipotesi sono state ricondotte alla disciplina della corrispondenza e della stampa e non a quella dei pacchi. Così è nel reclamo deciso dal magistrato di sorveglianza di Roma relativo alla circolare ministeriale n. 8845/2011, la quale pone limiti al ricevimento dall'esterno di libri e altre pubblicazioni, imponendo l'acquisto tramite l'impresa di mantenimento e vietando la sottoscrizione diretta di abbonamenti, che dunque risulterebbe possibile solo per il tramite della direzione o della impresa di mantenimento.

Ne consegue che non è possibile neppure per i familiari provvedere all'acquisto e alla consegna delle pubblicazioni in occasione dei colloqui. A fondamento della circolare (e dei conseguenti ordini di servizio emanati dalle direzioni degli istituti adibiti ad ospitare detenuti in regime differenziato) viene posta la necessità di impedire che terze persone possano individuare il luogo in cui sono reclusi detenuti sottoposti a tale regime. L'argomento a dire il vero sembra assai debole giacché l'assegnazione è nota ai familiari e al difensore, oltre che allo stesso personale penitenziario, che accede alle sezioni detentive in oggetto, così che il magistrato di sorveglianza neppure lo prende in considerazione. Altrettanto debole pare l'altro motivo alla base dell'emanazione della circolare, determinato dai tentativi di un detenuto in regime differenziato di comunicare con l'esterno mediante linguaggio criptico appreso da testi disponibili presso la biblioteca dell'istituto. Ma – osserva il magistrato di sorveglianza – in realtà la falla nel sistema dei controlli è stata determinata dall'assenza o da un cattivo funzionamento dei controlli non tanto sulle scelte di lettura del detenuto quanto piuttosto sull'acquisizione del materiale librario da parte della biblioteca del carcere.

È evidente come l'effetto immediato delle disposizioni della circolare sopra ricordate sia l'aggravio degli oneri economici e dei

tempi di attesa più lunghi per i detenuti, che peraltro la Cassazione ha recentemente escluso equivalga a illegittima compressione (Cass. 27 settembre 2013, Cesarano, 257299, che pur avendo precisato che «ragionevoli limitazioni alla circolazione in ambiente carcerario di libri e stampa ...devono sacrificare il minimo possibile il contrapposto diritto alla libera fruizione» ha annullato il provvedimento del magistrato di sorveglianza che aveva disapplicato la circolare in questione. Si vedano altresì FALZONE-PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte di persone sottoposte al regime speciale 41-bis. Commento a Ordinanza del 31 gennaio 2012, Ufficio di sorveglianza di Spoleto*, in *questa rivista* 2-2012, 132 ss.) A questo si aggiunge l'effetto di consentire un controllo ulteriore, se non addirittura una vera e propria censura, da parte della direzione del carcere su testi e pubblicazioni richiesti dai detenuti, nonché di incidere sul diritto all'informazione e sul diritto allo studio laddove si tratti di libri di testo scolastici. E a questo proposito pare davvero assurdo il limite imposto con la stessa circolare di detenzione di non più di cinque libri, che si espande fino a dodici per coloro che siano iscritti a corsi scolastici o universitari, perché in tal modo si lede il diritto allo studio e alla formazione. L'ordinamento penitenziario, infatti, dedica particolare attenzione alla istruzione, che non a caso è collocata al primo posto nell'elenco degli elementi trattamentali (art. 15 ord. penit.) e alla formazione culturale, individuate quali strumenti di crescita, di maturazione e di reinserimento nel contesto sociale, nonché di sostegno per affrontare le difficoltà connesse alla reclusione.

Le disposizioni della circolare suonano in contrasto con gli artt. 33 e 34 Cost. e con l'art. 2 Protocollo n. 1 Cedu, che assicurano il diritto all'istruzione e, specie per quanto riguarda l'art. 2 cit., ad una istruzione aperta e pluralista, che rispetti l'autonomia del singolo individuo. Tuttavia un così rilevante obiettivo risulta smiunito giacché vengono frapposti ostacoli alla circolazione e alla diffusione di testi. E quello che nella circolare viene definito come un mutamento delle modalità in realtà concretizza una compressione dei diritti delle persone sottoposte al regime differenziato.

Ma l'attenzione del magistrato di sorveglianza sembra concentrarsi, più che sulla lesione del diritto alla formazione culturale, sulla lesione della libertà di corrispondenza determinata dalle restrizioni, imposte con la circolare e con gli ordini di servizio, alla possibilità di ricevere, detenere o inviare pubblicazioni.

La disciplina della corrispondenza e dei controlli è contenuta negli artt. 18 e 18-ter ord. penit. che, traducendo nella legge penitenziaria il dettato dell'art. 15 Cost. e i principi espressi dalla Corte

Edu in tema appunto di regolamentazione della corrispondenza, richiedono l'adozione di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria procedente, la fissazione dei casi e modi in cui procedere ad eventuali limitazioni. Nel caso di specie, trattandosi di testi, libri e pubblicazioni e quindi di "scritti", seppur eventualmente contenuti in pacchi, se ne deduce la violazione dell'art. 15 Cost. e dell'art. 18-ter, posto che la circolare (e men che meno un ordine di servizio) non costituisce atto motivato dell'autorità giudiziaria. La circolare, infatti, è uno strumento con cui si impartiscono istruzioni o si chiariscono dubbi interpretativi, ma non ha efficacia di legge né di regolamento.

Il reclamo viene accolto con conseguente disapplicazione della circolare.

Ad analoga conclusione giunge il magistrato di sorveglianza di Spoleto in ordine al reclamo presentato da un detenuto egualmente sottoposto al regime differenziato e concernente il divieto di inviare ad altri detenuti libri o materiale a stampa. Anche in questo caso il reclamo viene accolto con conseguente disapplicazione della circolare, facendo ricorso alle garanzie espresse nell'art. 18-ter che si applicano, come si è appena ricordato, anche alla stampa. Ad avviso, infatti del magistrato di sorveglianza non deve farsi ricorso alla disciplina in materia di scambio di oggetti di cui all'art. 41-bis, trattandosi appunto di pubblicazioni soggette alla disciplina degli artt. 18 e 18-ter ord. penit.

Peraltro il visto di controllo sulle pubblicazioni è volto a verificare che non contengano nulla al loro interno che sia pericoloso per l'ordine e la sicurezza dell'istituto e deve essere adottato dall'autorità giudiziaria e per periodi di tempo limitati (cfr. Cass. 22 aprile 2010, Attanasio, Ced 251217). La sottoposizione alla disciplina dei pacchi, a prescindere da quanto si è appena ricordato, costituirebbe un ulteriore controllo, dal momento che – una volta rilevato che nel pacco siano contenuti libri – deve farsi ricorso alle previsioni degli artt. 18 e 18-ter.

Colpisce innanzitutto l'attenzione dedicata dalla Amministrazione penitenziaria alla lettura, tanto che vengono disciplinati in modo tanto meticoloso e restrittivo la ricezione, l'acquisto e l'invio, la detenzione nelle celle di libri e altre pubblicazioni, con ricadute assai pesanti sull'informazione nonché sul diritto allo studio e alla formazione culturale.

Suscita poi molte perplessità il fatto che l'Amministrazione intervenga in materie tanto delicate e costituzionalmente protette con circolari, le quali – come è noto – non possono contenere disposizioni derogatorie di norme di legge né possono essere con-

siderate quali norme regolamentari vere e proprie, essendo dotate di mera efficacia interna alla Amministrazione.

Il ricorso alle circolari appare, dunque, come un pericoloso ritorno ad una concezione amministrativa della fase esecutiva, caratterizzata dalla tendenza a ricondurre gli atti dell'esecuzione nell'alveo degli atti del potere amministrativo in considerazione della loro estraneità al processo, che quindi non richiedevano l'intervento di un giudice. Ne consegue il rischio di dispersione del patrimonio di garanzie conseguite dalla giurisdizionalizzazione della esecuzione della pena. Per questo assumono una valenza particolarmente significativa gli interventi dei magistrati di sorveglianza a presidio di tali garanzie.

3) Nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto di tale principio si pone l'intervento normativo operato con il d.-l. 22 dicembre 2013 n. 146 conv. con L. 21 febbraio 2014 n. 10, che ha introdotto nella legge penitenziaria l'art. 35-*bis* concernente il "reclamo giurisdizionale", di cui il provvedimento del magistrato di sorveglianza di Venezia costituisce – come già si è detto – una delle prime applicazioni con profili di particolare interesse.

Alla base dell'introduzione di tale forma di reclamo sta proprio la necessità di garantire piena ed efficace attuazione delle decisioni assunte dal magistrato di sorveglianza in tema di tutela di posizioni soggettive. In particolare – come è noto – il problema ha assunto maggiore rilevanza, nonché visibilità anche all'esterno delle mura carcerarie, in relazione alla situazione di sovraffollamento e di conseguente lesione di diritti minimi dei soggetti reclusi, cui l'intervento del magistrato di sorveglianza *ex* artt. 35 e 69 ord. penit. non sempre riusciva a porre rimedio, per inerzia o per mancata ottemperanza. Tanto che la Corte costituzionale ha reiteratamente chiarito quale sia la valenza del disposto dell'art. 69 ord. penit. affermando la natura necessariamente vincolante della decisione del magistrato di sorveglianza, attribuendo cioè alle disposizioni da lui adottate natura di prescrizioni, il cui carattere vincolante per l'Amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue (Corte cost. 266/2009, 190/2010).

Esempio paradigmatico della scarsa incisività della previsione dell'art. 69 cit. è il rifiuto opposto dal Ministro della giustizia ad ottemperare a un'ordinanza di un magistrato di sorveglianza, che aveva indotto quest'ultimo a sollevare conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale. La quale, essendo stato ritenuto ammissibile il conflitto (Corte cost.

46/2012), ha ribadito che il procedimento instaurato davanti al magistrato di sorveglianza si configura come esercizio della funzione giurisdizionale destinato ad assicurare la tutela dei diritti e che quest'ultima deve essere «effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità».

In questo contesto si inserisce – come già si è accennato – l'intervento normativo volto ad approntare una soluzione più incisiva ed efficace, il reclamo giurisdizionale, che si svolge con le forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. e con la partecipazione dell'Amministrazione penitenziaria, cui viene attribuito, in alternativa, il diritto di presentare osservazioni e richieste.

Non è questa la sede per una disamina della nuova legge, tuttavia non si può non rilevare che il richiamo nell'art. 35-*bis* alle forme di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. viene integrato dalla comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza alla Amministrazione penitenziaria, che quindi costituendosi può assumere la qualità di parte, a differenza di quanto previsto nell'art. 14-*ter* ord. penit., anche se si pone il problema di chi materialmente comparirà all'udienza, il direttore dell'istituto o il provveditore regionale.

L'opzione per le forme del procedimento di sorveglianza suscita qualche perplessità, perché se è pur vero che è lo strumento di tutela con un più alto tasso di giurisdizionalizzazione, tuttavia si svolge con tempi più lunghi rispetto a quelli del reclamo *ex* art. 14-*ter* ord. penit. che è cadenzato su termini assai brevi (10 giorni per la presentazione del reclamo, 10 giorni per la decisione) al fine appunto di offrire una pronta risposta.

Sarebbe stato forse più funzionale allo scopo delineare un reclamo modellato su quello descritto nell'art. 14-*ter* con alcune modifiche, come è avvenuto ad es. in tema di controllo sulla corrispondenza nell'art. 18-*ter* ord. penit., che richiama, per quanto non disposto nello stesso articolo, le disposizioni dell'art. 666 c.p.p.

Come si accennava, il magistrato di sorveglianza di Venezia, ritenendo correttamente che di diritti si tratti, dato che il reclamante lamentava la detenzione in una cella di 12 mq., condivisa con altri 3 compagni, incardina il reclamo, presentato ai sensi degli artt. 35 e 69 ord. penit., con le forme degli artt. 666 e 678, secondo appunto il nuovo art. 35-*bis*.

Uno dei profili di maggiore interesse del provvedimento attiene alla disamina (preliminare alla decisione sulla lesione dei diritti) della eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 35-*bis* sollevata dalla Avvocatura dello Stato, da un lato in relazione agli artt. 102, 103 Cost. e VI disp. trans. «concernenti il riparto tra giu-

risdizione ordinaria e amministrativa», dall'altro nella parte in cui «affida al magistrato di sorveglianza in unico grado di merito, la giurisdizione che investe i diritti non solo dell'Amministrazione penitenziaria, ma, in genere, dell'amministrazione erariale dello Stato, suscettibile di essere condannata al pagamento di somme a favore del detenuto senza avere la possibilità di far riesaminare l'oggetto della causa da un giudice collegiale di secondo grado».

Al riguardo il magistrato di sorveglianza di Venezia, fondandosi sulle decisioni della Corte costituzionale più sopra richiamate, ricorda come la tutela dei diritti delle persone recluse sia stata affidata alla magistratura di sorveglianza in chiave di garanzia giurisdizionale con il corollario che lo strumento di tutela era stato individuato nel reclamo *ex art. 14-ter* ord. penit. per i caratteri di semplificazione e di speditezza che lo contraddistinguono, anche se tale modello procedimentale aveva suscitato qualche perplessità. Tra i punti deboli si possono ricordare la mancata partecipazione dell'interessato e della Amministrazione penitenziaria, cui viene invece attribuito il diritto di presentare memorie con la conseguenza di una partecipazione menomata. A questi aspetti critici ha posto rimedio il nuovo art. 35-*bis* ord. penit., prevedendo appunto – come si è appena ricordato – la possibilità per l'Amministrazione penitenziaria di partecipare o di inviare memorie.

Per quanto concerne l'altra doglianza relativa al fatto che l'Amministrazione penitenziaria, a conclusione del procedimento, potesse essere condannata al pagamento di somme di denaro a favore del detenuto senza avere la possibilità di far riesaminare l'oggetto della causa da un giudice collegiale di secondo grado, essendo previsto il mero ricorso per cassazione per violazione di legge avverso la decisione del magistrato di sorveglianza, il magistrato di sorveglianza rileva che tale eventualità è subordinata alla mancata esecuzione del provvedimento del magistrato di sorveglianza e che il procedimento instaurato davanti a questo giudice è volto alla verifica della lesione dei diritti riconosciuti alle persone recluse, e della sussistenza del grave e attuale pregiudizio di quei diritti.

È interessante osservare che mentre il magistrato di sorveglianza ha ritenuto le questioni sollevate manifestamente non fondate, le doglianze e i rilievi dell'Avvocatura dello Stato hanno indotto il legislatore a modificare la formulazione dell'art. 35-*bis* – così come introdotto dal d.l. 146/2013 – in sede di conversione del d.l. stesso, eliminando proprio la previsione del pagamento conseguente all'eventuale giudizio di ottemperanza contenuta nel 6° comma lett. c) dell'art. 35-*bis*. È stata altresì inserita l'indicazione

di un termine per rimediare alle situazioni lesive dei diritti dei detenuti e si è prevista poi la possibilità di presentare, entro 15 giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito, reclamo davanti al tribunale di sorveglianza, la cui decisione è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di 15 giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito.

Nelle modifiche ora sinteticamente ricordate si colgono aspetti positivi: la previsione di un termine per l'adempimento rappresenta un elemento di garanzia sia per il reclamante sia per l'Amministrazione penitenziaria. Quanto alla impugnabilità del provvedimento nel merito davanti al tribunale di sorveglianza (cui nell'ordinanza in esame vengono dedicate poche battute), costituisce anch'esso un momento di ulteriore tutela, sia per il reclamante sia per l'Amministrazione penitenziaria.

Tuttavia non si può non rilevare come nell'ipotesi di accoglimento del reclamo, l'impugnazione dell'Amministrazione penitenziaria potrebbe rendere meno rapida la rimozione della situazione pregiudizievole. È pur vero che le decisioni del magistrato di sorveglianza sono esecutive, che l'art. 666 comma 7 prevede che il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che ha deciso il procedimento di esecuzione non ha effetto sospensivo, salvo che il giudice non disponga diversamente, tuttavia il timore è che l'Amministrazione penitenziaria ritardi l'adempimento, o non adempia affatto, durante la pendenza dell'impugnazione. Essendo poi consentito il ricorso anche in cassazione, il rischio di una vanificazione della prontezza del rimedio giurisdizionale pare assai concreto.

Nel merito il reclamo verte sulla situazione detentiva del reclamante, che ristretto in una cella di 12 mq. insieme ad altri 3 detenuti, fruiva di uno spazio individuale di 1,58 mq. restando in cella per circa 20 ore al giorno, e chiedeva perciò l'assegnazione ad una cella che consentisse uno spazio di almeno 7 mq. secondo il parametro individuato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

Sulla base dei parametri offerti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e consolidati in numerose pronunce, la decisione del magistrato di sorveglianza pare scontata. La Corte europea, infatti, ha individuato uno *standard* minimo di 3 mq. al di sotto del quale ritiene integrato un trattamento inumano e degradante vietato dall'art. 3 Cedu, precisando tuttavia che le condizioni detentive (quali ad esempio fornitura di acqua calda, di pasti regolari, sufficiente illuminazione e areazione delle celle) devono essere prese in considerazione e valutate per evitare che ci si limiti alla

verifica del mero dato rappresentato dallo spazio minimo fruibile, trascurando la situazione complessiva di detenzione del soggetto.

Il reclamo viene dunque accolto in relazione alla lesione della soglia minima dei 3 mq., rilevabile assai facilmente dalla divisione della superficie complessiva per il numero degli occupanti senza neppure prendere in considerazione l'ingombro dell'arredo della cella (cfr. sul punto Cass. 19 dicembre 2013, YY, in [www.perso-naedanno.it](http://www.perso-naedanno.it), secondo cui il magistrato di sorveglianza deve scomputare dalla superficie lorda della cella lo spazio occupato dall'arredo fisso e dall'armadio). Ne consegue che viene impartito all'Amministrazione penitenziaria l'ordine di «non allocare il reclamante, né oggi né in futuro, in una cella avente una superficie media pro capite fruibile inferiore a 3 mq.»; mentre verificate le condizioni detentive generali, sulla base delle informazioni fornite dalla Amministrazione penitenziaria, viene escluso che il trattamento penitenziario sia lesivo della dignità della persona e costituisca trattamento inumano e degradante, e viene rigettata la richiesta del reclamante di essere assegnato ad una cella con uno spazio individuale di almeno 7 mq.

Può forse stupire che nella motivazione si esprima l'esito della verifica in negativo, cioè vietando alla Amministrazione di destinare il soggetto ad una cella priva del requisito minimo di vivibilità secondo i parametri della Corte europea, mentre nel dispositivo venga espresso in positivo, ordinando che sia allocato in una cella avente quei requisiti, ma questo non toglie certo forza all'ordine impartito; ordine che vale per il presente e per il futuro.