

**LE QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA
DI ESECUZIONE DELLA PENA.
LA FUNZIONE DI VIGILANZA DEL MAGISTRATO
DI SORVEGLIANZA.
I RECLAMI EX ART. 35 E 69 O.P.
I RAPPORTI CON L'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA**

SEBASTIANO ARDITA *

1. Premessa

Le funzioni di vigilanza e di controllo della magistratura di sorveglianza

La problematica volta a definire gli esatti confini dei poteri dell'amministrazione penitenziaria sulla organizzazione della vita detentiva - e a determinare per converso il potere di controllo che esercita su di essi la magistratura di sorveglianza - costituisce una delle questioni giuridicamente più rilevanti nell'attuale assetto dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione.

Le possibilità di intervento della magistratura di sorveglianza, rispetto alla vita penitenziaria, possono ricondursi a due diverse fonti, o gruppi di fonti normative, all'interno dell'ordinamento penitenziario. Da un lato infatti si pone in rilievo la funzione di vigilanza sulla esecuzione della pena e della custodia cautelare (art. 69 commi 1 e 2 ordinamento penitenziario) che presuppone una generale possibilità di intervento, anche di iniziativa, da parte di questa magistratura, affinché siano rispettate tutte le regole imposte dall'ordinamento penitenziario in esecuzione del dettato costituzionale sulla natura e funzione della pena detentiva. Da un altro lato l'attività del magistrato e del tribunale di sorveglianza viene in rilievo per le funzioni giurisdizionali prettamente intese: ossia per la competenza specifica ad essi riconosciuta in determinate materie e per il conseguente potere di adozione di atti nell'ambito di un procedimento

*Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento, DAP

normativamente disciplinato (quali, ad esempio, quelli disciplinati dagli artt. 30, 30 ter, in materia di permessi, dall'art. 47 in tema di affidamento in prova al servizio sociale).

Per ciò che riguarda il generale potere di vigilanza va subito posto in rilievo come l'attività del magistrato di sorveglianza, finisca per avere quale possibile esito la sola prospettazione al Ministero "delle esigenze dei vari servizi con particolare riferimento al trattamento rieducativo". Tali prospettazioni potrebbero restare senza adeguata risposta da parte dell'Amministrazione penitenziaria e non vi è la possibilità di ricorrere a strumenti coattivi di attuazione di quanto osservato in quella sede ⁽¹⁾.

I compiti generali attribuiti al magistrato di sorveglianza dai commi 1-3 dell'art. 69 dell'ord. pen. trovano un importante momento di convergenza nell'altrettanto generica facoltà di reclamo prevista nell'art. 35. Rispetto a tale ampia ed indifferenziata facoltà di rivolgersi ad autorità esterne all'Amministrazione penitenziaria, - e tra queste per l'appunto al magistrato di sorveglianza - viene a determinarsi la possibilità di "canalizzare" la funzione di vigilanza dell'art. 69 orientandola sui temi oggetto delle prospettazioni contenute nelle doglianze dei reclamanti.

2. Il procedimento per reclamo ex art. 35 ⁽²⁾

L'art 35 dell'ord. pen. prevede che i detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa al direttore dell'istituto, nonché agli ispettori, al direttore generale

⁽¹⁾ Sul punto relativo all'effettività dell'esercizio della funzione di vigilanza va segnalata la posizione di MARGARA, *Intervento sul difensore civico nelle carceri*, 2003: L'A. rileva la sottovalutazione delle funzioni di vigilanza della magistratura di sorveglianza: "sia perché considerate isolatamente e non in rapporto alle conoscenze utili che si acquisiscono per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali; sia perché non si coglie a pieno la rilevanza del valore della legalità dell'andamento delle strutture penitenziarie; sia perché non si considera l'obbligo specifico all'accesso del magistrato di sorveglianza negli istituti, obbligo previsto dall'art. 75 del Regolamento di esecuzione n. 230/2000; sia, infine, perché tale attività di vigilanza appare eterogenea rispetto alla attività del giudice vera e propria e anche tale da porre a rischio la sua terzietà". Va però rilevato come non sia stato a causa della sopravvenienza dei "compiti giurisdizionali" previsti nel nuovo ordinamento penitenziario del 1975 che si sia determinato un deficit della funzione di vigilanza, poichè anche il giudice di sorveglianza, previsto dalla legislazione precedente il 1975, che aveva sole funzioni di vigilanza - oltre alle competenze in materia di misura di sicurezza - risultava essere poco incisivo in questo settore.

⁽²⁾ Questa rassegna - meramente riepilogativa delle argomentazioni integrali contenute nelle sentenze della Corte Cost. n. 26 del 8-21 Febbraio 1999 e Cass. Sez. Unite del 23 febbraio 2003 - costituisce riprova della evidenza costituzionale degli interessi coinvolti nella materia della reclamabilità degli atti dell'Amministrazione

per gli istituti di prevenzione e di pena e al ministro per la grazia e giustizia, al magistrato di sorveglianza, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al presidente della giunta regionale, al Capo dello Stato.

2.1. Caratteristiche del procedimento ex art. 35 ord. pen.

Sulla base di quanto affermato nelle pronunce della Corte Costituzionale il procedimento che si instaura attraverso l'esercizio del generico diritto di "reclamo", delineato nell'art. 35 dell'ordinamento penitenziario, nonché nell'art. 70 del regolamento di esecuzione (d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) è, all'evidenza, privo dei requisiti minimi necessari perché lo si possa ritenere sufficiente a fornire un mezzo di tutela qualificabile come giurisdizionale. Quale semplice veicolo di doglianza, il reclamo è indirizzato a eterogenee autorità amministrative o politiche (il direttore dell'istituto, gli ispettori del Ministero, il direttore generale per gli istituti di prevenzione e pena, il ministro di grazia e giustizia, il presidente della giunta regionale, il Capo dello Stato: nn. 1, 4 e 5 dell'art. 35), o soggetti estranei all'organizzazione penitenziaria ma interessati all'esecuzione delle pene, sotto il profilo della legalità e della tutela della salute (le autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto: n. 3), o, infine, al magistrato di sorveglianza (n. 2). Nulla è previsto circa le modalità di svolgimento della procedura o l'efficacia delle decisioni conseguenti. Solo per il reclamo a coloro i quali, rispetto all'esecuzione delle pene, sono investiti di una specifica responsabilità - l'Amministrazione penitenziaria e il magistrato di sorveglianza - è previsto un obbligo di informazione, verso il detenuto che ha presentato il reclamo, "nel più breve tempo possibile ... dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento" (art. 70, quarto comma, del d.P.R. n. 431 del 1976), un obbligo generico cui non corrisponde alcun rimedio in caso di violazione e che, comunque, è fine a se stesso, non essendo preordinato all'esercizio conseguente di un diritto di impugnativa da parte dell'interessato. E in effetti è consolidata giurisprudenza (a) che la decisione del magistrato è presa "*de plano*", al di fuori cioè di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio; (b) che la decisione che accoglie il reclamo si risolve in una segnalazione o in una sollecitazione all'Amministra-

penitenziaria. Si ribadisce infatti nelle citate decisioni il principio in base al quale ogni valutazione, anche se solo relativa alla ammissibilità del gravame, sia adottata nel rispetto del catalogo dei diritti riconosciuti ad ogni individuo nell'ambito della Carta Costituzionale.

zione penitenziaria, senza forza giuridica cogente e senza alcuna specifica stabilità, e (c) che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza non sono ammessi né ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza né, soprattutto, il ricorso per cassazione.

2.2. Idoneità del procedimento a costituire sede per sollevare la questione di legittimità costituzionale

Un'altra e diversa questione generale si pone, oltre a quella relativa all'idoneità del procedimento ex art. 35 o.p. ad assicurare il rispetto della garanzia del diritto costituzionale di azione in giudizio. Occorre infatti stabilire se possa riconoscersi l'idoneità del procedimento su reclamo davanti al magistrato di sorveglianza a essere luogo di promuovimento della questione incidentale di legittimità costituzionale, ai sensi degli artt. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87. In altri termini occorre definire se possa affermarsi in tale giudizio la "sufficienza dei caratteri di giurisdizionalità" specificamente in relazione al carattere soggettivo del procedimento ai fini della proposizione della questione stessa. La Consulta – già nella pronuncia n. 212 del 1997 – aveva risposto affermativamente, ritenendo che nell'ambito del procedimento ex art. 35 sia ben possibile sollevare la questione di legittimità costituzionale. Nell'ambito della citata decisione il giudice delle leggi ha affermato che anche la proposizione dell'incidente di costituzionalità, infatti, costituisce espressione del diritto di difesa, in questo caso contro le leggi incostituzionali, e deve pertanto essere ammessa tutte le volte in cui non sussistano vie alternative per farlo valere.

3. La questione di costituzionalità affrontata nella pronuncia n. 26/1999

Con la pronuncia n. 26/1999 la Consulta è stata chiamata a decidere la questione di costituzionalità relativa all'art. 35 ord. pen. nella parte in cui non prevede un procedimento dotato delle caratteristiche di giurisdizionalità a tutela delle posizioni giuridiche (diritti) dei detenuti che si assumono lesi da atti dell'Amministrazione penitenziaria.

3.1. Oggetto della questione

Nella decisione la Consulta ha precisato come la stessa che

non riguardasse la difesa giudiziaria dell'insieme dei diritti di cui il soggetto sottoposto a restrizione della libertà personale sia titolare, distinguendo tra tre diversi gruppi di posizioni soggettive:

1) i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le regole generali che l'ordinamento detta per l'azione in giudizio.

2) le posizioni soggettive che possono venire in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, incidendo concretamente sulla misura e sulla qualità della pena (istituti previsti, ad esempio, nei capi III e VI del Titolo I della legge n. 354 del 1975), che risultano ugualmente estranee all'oggetto della decisione. In tali casi, valendo pienamente la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione (sentenza n. 349 del 1993), il codice di procedura penale (art. 678, in relazione all'art. 666) ha configurato il procedimento applicativo in termini sicuramente giurisdizionali, affidandolo alla magistratura di sorveglianza, presso la quale le posizioni soggettive di quanti si trovino a subire una pena limitativa della libertà possono trovare adeguata protezione.

3) la tutela giurisdizionale dei diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'Amministrazione a esso preposta, che riguarda invece specificamente la questione di legittimità costituzionale affrontata dalla Corte. In contrasto con l'impostazione data alla questione dal giudice rimettente, il Giudice delle leggi ha ritenuto che essa riguardasse tutti i diritti rientranti in questo ambito, non essendo possibile, considerando la portata generale degli artt. 24 e 113 della Costituzione, distinguere, per assicurare la garanzia giurisdizionale solo ai primi, tra diritti aventi e diritti non aventi fondamento costituzionale.

Specificamente, si tratta della tutela dei diritti suscettibili di essere lesi per effetto:

(a) del potere dell'Amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero per effetto

(b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere (come sarebbe avvenuto, ad avviso del giudice rimettente, nel giudizio che ha dato luogo alla questione di costituzionalità, avente ad oggetto il diniego all'introduzione in carcere di stampa periodica avente contenuto osceno). La questione prospettata invita a procedere oltre nell'opera, intrapresa da tempo dal legislatore e dalla giurisprudenza, di diffusione delle

garanzie giurisdizionali entro le istituzioni preposte all'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale, innanzitutto gli istituti carcerari, e a perseguire in tal modo, come obiettivo, la sottoposizione della vita in tali istituti ai principi e alle regole generali dello stato di diritto.

3.2. Superamento dell'orientamento tradizionale

La Corte ha da tempo abbandonato l'originario indirizzo che, facendo leva sul carattere esecutivo delle misure prese nell'ambito del "trattamento" penale - secondo le matrici storiche dell'ordinamento penitenziario in cui è stata collocata la magistratura di sorveglianza -, insisteva sulla natura amministrativa tanto delle misure stesse quanto delle eventuali garanzie che l'ordinamento penitenziario avesse previsto (fase che dalla ordinanza n. 87 del 1978, attraverso la sentenza n. 103 del 1984 e l'ordinanza n. 166 del 1984, giunge fino alla ordinanza n. 77 del 1986). In un momento successivo, la giurisprudenza costituzionale si è arricchita, rendendosi più duttile, attraverso l'accoglimento della distinzione, elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, tra provvedimenti relativi alle modalità dell'esecuzione della pena negli istituti a ciò destinati - attratti nell'area della Amministrazione e dei soli rimedi di indole amministrativa - e provvedimenti riguardanti la misura e la qualità della pena, e spesso attinenti a momenti di vita extracarceraria, attratti invece nell'area della giurisdizione, alla stregua della riserva costituzionale di giurisdizione (oltre che di legge) vigente in materia (in proposito, sentenze nn. 349 e 410 del 1993; 227 del 1995).

Più di recente, tuttavia, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del potere amministrativo di sospensione, per ragioni particolari di ordine e sicurezza, dell'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati (art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario), con le sentenze nn. 349 e 410 del 1993, 351 del 1996 e 376 del 1997, ha negato rilievo alla suddetta distinzione tra i diversi provvedimenti, sulla base del riconoscimento che anche in situazioni di restrizione della libertà personale, sussistono diritti che l'ordinamento giuridico protegge indipendentemente dai caratteri della ipotizzabile lesione. Con la sentenza n. 212 del 1997, l'esigenza costituzionale del riconoscimento di un diritto d'azione in un procedimento avente caratteri giurisdizionali si è infatti affermata indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione, individuandosi la sede della tutela nella magistratura di sorveglianza, magistratura alla quale spetta, secondo l'ordinamento penitenziario vigente, una tendenzialmente

piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati. Una garanzia - è stato altresì precisato - che comporta il vaglio di legittimità pieno non solo del rispetto dei presupposti legislativi dettati all'Amministrazione per l'adozione delle misure, ma anche dei loro contenuti, con particolare riferimento all'incidenza su non comprimibili diritti dei detenuti e degli internati, la cui garanzia rientra perciò, nel sistema attuale, nella giurisdizione del giudice ordinario⁽³⁾. In realtà appare a tutti evidente come tutte le volte che si faccia questione circa un determinato utilizzo di un potere dell'Amministrazione, distinguere tra vizio di presupposti e vizio di modalità può essere già una materia da dovere affrontare all'interno di un giudizio. Semmai dunque l'eventuale distinzione relativa alla esperibilità di un rimedio - conseguente ad una posizione soggettiva differenziata e tutelabile - dovrà discendere dalla natura (organizzativa e generale, ovvero specifica e particolare) della disposizione amministrativa esaminata.

3.3. Le situazioni soggettive già tutelate con la previsione di un procedimento avente natura giurisdizionale

La Consulta nel delineare in modo completo la questione ha inteso richiamare quelle situazioni nelle quali il legislatore ha ritenuto, caso per caso, in relazione a esigenze singolarmente considerate, apprestare una specifica tutela a situazioni soggettive "secondo gradi diversi di articolazione e completezza degli schemi processuali di volta in volta utilizzabili".

a) Il rimedio ex art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario - di cui il giudice rimettente aveva auspicato una applicazione generalizzata - apprestato sia per la decisione del magistrato di sorveglianza sui reclami dei detenuti in materia di lavoro e in quella disciplinare, in base all'impugnato art. 69 della legge n. 354 del 1975, sia per le controversie dinanzi al tribunale di sorveglianza ai fini del controllo dei provvedimenti che impongono il regime di sorveglianza particolare a norma dell'art. 14-bis della legge citata. Tale rimedio - fino all'entrata in vigore della l. n. 273/2002 - era pure impiegato per il controllo giurisdizionale del tribunale sui provvedimenti del Ministro di grazia e giustizia che disponevano il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis, comma 2, della stessa legge, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica. A detta disciplina è poi subentrato il procedimento disciplinato dai commi 2quinqües e 2sexies del testo novellato dell'art. 41bis.

⁽³⁾ Sentenza Corte Cost. n. 26 del 8-21 febbraio 1999, punto n. 3.2

b) Il rimedio esperibile dinanzi al collegio (tribunale di sorveglianza o corte d'appello), previsto negli artt. 30-bis e 30-ter della legge di ordinamento penitenziario, in tema di mancata concessione di permessi e permessi-premio cui, con la sentenza n. 227 del 1995 della Corte Costituzionale, è stato riconosciuto carattere giurisdizionale;

c) Lo strumento giudiziario per il riconoscimento, ancora dinanzi a un giudice collegiale, del mancato computo nel periodo di detenzione del tempo trascorso in permesso-premio o licenza (art. 53-bis, comma 2, della legge n. 354), riconfigurato, a seguito della sentenza n. 53 del 1993 della Corte, attraverso la sostituzione del modulo semplificato dell'art. 14-ter con quello disciplinato dal nuovo codice di rito negli artt. 678 e 666;

d) La disciplina, che ha rinnovato il procedimento di sorveglianza contenuto nel capo II-bis del titolo II della legge n. 354 del 1975, artt. 70 e segg. o.p., ma - per disposto dell'art. 236 disp. coord. cod. proc. pen. e per interpretazione giurisprudenziale - limitatamente alle procedure affidate al tribunale di sorveglianza, rimanendo dunque in opera il precedente procedimento per le materie assegnate al giudice monocratico.

e) Le previsioni, contenute nell'art. 69, comma 6, in collegamento con l'art. 14-ter, che, in casi particolari - quali i reclami concernenti l'osservanza delle norme riguardanti il lavoro e l'esercizio del potere disciplinare sui detenuti e sugli internati - delineano un procedimento davanti al magistrato di sorveglianza contrassegnato da elementi giurisdizionali.

3.4. *La (non)decisione finale della Corte*

Con riferimento a quest'ultima previsione rappresentata dall'art. 69 comma 6 dell'ord. pen. il giudice remittente, nel sollevare la questione, aveva chiesto, attraverso una pronuncia costituzionale additiva, un'estensione del campo applicativo di tale norma. Sul punto la stessa Corte pur riconoscendo come "tali previsioni (dell'art. 69 o.p.), nella sostanza della prospettazione della questione costituzionale, rappresenterebbero, oltre che il *tertium comparationis* argomentativo dell'irrazionalità denunciata, anche il dato normativo che, attraverso la sua estensione alle ipotesi carenti di tutela giurisdizionale, dovrebbe consentire di chiudere la questione", tuttavia non ha inteso operare in questo senso.

Dopo avere dunque rilevato una incostituzionalità "per omissione", nella disciplina dei rimedi giurisdizionali contro le violazioni dei diritti dei detenuti e degli internati, ha ritenuto che la scelta di

tali rimedi spetti comunque e sempre al Legislatore. Sarà dunque quest'ultimo a dovere operare tra "una gamma di possibilità, relative all'individuazione sia del giudice competente sia delle procedure idonee nella specie a tenere conto dei diritti in discussione e a proteggere la funzionalità dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale".

La Consulta pertanto nella pronuncia n. 26/1999, conclude affermando che "la questione proposta deve essere accolta per la parte in cui con essa viene denunciata nella disciplina dell'ordinamento penitenziario, e in particolare negli artt. 35 e 69, che disciplinano le funzioni e i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, un'incostituzionale carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale; ma allo stesso tempo, che non può essere accolta l'indicazione rivolta a estendere, a tale scopo, lo specifico procedimento che il medesimo art. 69, in riferimento all'art. 14-ter, prevede".

Il Giudice delle leggi, dopo avere affermato il principio della tutela di tutti i diritti anche quelli non aventi carattere costituzionale, ha rimandato così al Legislatore, perché effettui una selezione dei casi, con ciò aprendo la strada ad una necessaria distinzione tra situazioni soggettive. Non ha però fornito neanche i possibili criteri discrezionali per distinguere le singole posizioni soggettive. In particolare non ha effettuato distinzioni con riferimento alle posizioni giuridiche di partenza: quelle per cui è ammissibile il ricorso ad un procedimento con le caratteristiche della piena giurisdizione; e quelle aventi eventualmente ad oggetto situazioni rispetto a cui la compressione dello spazio di libertà è inevitabilmente connessa allo stato di detenzione ovvero dipende da aspetti connessi alla potestà organizzativa dell'Amministrazione penitenziaria.

Semberebbe dunque di dover concludere sulla base di quanto stabilito dalla Consulta che un conto è la scelta concreta e relativa al singolo caso operata con discrezionalità in una materia involgente diritti individuali (limiti alla corrispondenza, anche telefonica, permessi); un altro conto sono le disposizioni di carattere generale ed organizzativo, la cui singola applicazione, se scorretta, potrebbe ledere diritti individuali. Per questa ultima categoria, fermo restando il diritto di far valere nella sede idonea la lesione del diritto, la Consulta non ha ritenuto di dover individuare in via additiva uno strumento di tutela a carattere generale e preventivo, con le forme del procedimento giurisdizionale, cosciente del pericolo di giungere alla paralisi dell'organizzazione penitenziaria, e dunque per salvaguardare la "funzionalità dell'esecuzione penale".

A tale bipartizione occorrerebbe dunque far corrispondere una distinzione tra scelte operate dall'Amministrazione in relazione alla sua dimensione organizzativa generale sulla sicurezza, e comunque nell'ambito delle disposizioni espressamente previste dalla legge, e scelte di natura individuale, variabili caso per caso, sulla base di determinazioni afferenti al c.d. trattamento individualizzato. Per queste ultime scelte potrebbero essere individuati dal Legislatore strumenti di tutela relativi al caso concreto.

4. La giurisprudenza successiva ⁽⁴⁾

Successivamente alla pronuncia n. 26/1999 della Consulta sono state rese numerose pronunce dalla C.S. di Cassazione nel cui ambito, con opposti orientamenti era stato riproposto il tema della necessità di individuare uno strumento giurisdizionale per la tutela delle posizioni soggettive (diritti) dei detenuti rispetto agli atti dell'Amministrazione penitenziaria.

4.1. Le pronunce negatrici di un intervento integrativo

Secondo alcune decisioni "La intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti, varrebbe soltanto a richiamare il Legislatore alla funzione che gli compete al fine di colmare il vuoto normativo apertosi in conseguenza della dichiarazione di illegittimità, come risulterebbe comprovato dalla possibilità, affermata dal giudice delle leggi, di intervenire pare di intendere, seguendo un percorso costituzionalmente obbligato sul sistema normativo vigente. L'assenza, quindi, di un mezzo di tutela dei diritti soggettivi che si assumano lesi dall'Amministrazione comporta l'inammissibilità del ricorso per cassazione, evocandosi peraltro quale unica situazione protettiva, il diritto di adire la giurisdizione civile ordinaria, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione" (Sez. I, 16 febbraio 2000, Camerino).

Con specifico riferimento alla materia dei colloqui e della corrispondenza telefonica, oltre a riprodursi le argomentazioni addotte dalla pronuncia sopra ricordata, si è, poi, precisato che avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza in tema di colloqui e

⁽⁴⁾ Giurisprudenza richiamata nella pronuncia Cass. Sez. Un. 26 febbraio 2003, Gianni, cui si farà testuale riferimento nei paragrafi che seguono.

di corrispondenza telefonica non è consentito il ricorso ex art. 111, 7° comma, della Costituzione, in quanto ci si trova di fronte ad un provvedimento non riferibile alla libertà personale (Sez. I, 7 marzo 2002, Parla; Sez. I, 3 dicembre 2002, Emanuello).

Si è infine qualificato come abnorme - perché espressione di un arbitrario esercizio del potere giurisdizionale - il provvedimento del magistrato di sorveglianza che abbia deciso il reclamo sempre nella materia dei colloqui visivi e telefonici, non utilizzando la procedura prevista dall'art. 35 dell'ordinamento penitenziario, ma il procedimento di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., considerato che un provvedimento di tal genere non riveste natura giurisdizionale; non è soggetto ad ulteriore reclamo al tribunale di sorveglianza né a ricorso per cassazione; è sprovvisto di qualsiasi stabilità e forza giuridica cogente; è limitato a proporre suggerimenti all'Amministrazione penitenziaria e non può disapplicare l'atto amministrativo contro cui è proposto reclamo. Si è pertanto stigmatizzato che una tale impostazione - volta a generare uno strumento di tutela così ampio ed orizzontale - legittimasse l'accesso in cassazione di un provvedimento altrimenti non assoggettabili ad alcuna forma di gravame (Sez. I, 14 aprile 2002, Balsamo).

4.2. Le pronunce che hanno affermato la legittimità del ricorso allo strumento giurisdizionale

In contrapposizione alla richiamata giurisprudenza se ne formava un'altra, sempre nell'ambito della Cassazione, volta ad affermare - a seguito della sentenza costituzionale n. 26 del 1999, definita "sostanzialmente additiva anche se in modo incompleto" - la correttezza dell'adozione, da parte del magistrato di sorveglianza, (adito quale organo cui l'art. 69 dell'ordinamento penitenziario demanda il controllo di conformità alla legge dell'attività penitenziaria), del procedimento previsto dagli artt. 666 e 678 c.p.p. per decidere il reclamo in materia di colloqui e di corrispondenza telefonica. Tale giurisprudenza conseguentemente riteneva ammissibile il ricorso per cassazione avverso tale decisione (Sez. I, 19 febbraio 2002, Castellano).

In modo più completo, sempre richiamando la sentenza n. 26 del 1999, si è esclusa l'"appartenenza al settore amministrativo del reclamo contro i provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria che incidano sui diritti dei detenuti, come quelli relativi ai colloqui ed alle conversazioni telefoniche", così da riconoscere la necessità dell'utilizzazione, fino all'intervento del Legislatore - intervento comunque ritenuto indispensabile dalla Corte - anche

qui, dell'ordinario modello procedimentale delineato dall'art. 678 c.p.p. che, richiamando l'art. 666, comma 6, dello stesso codice, rende ricorribile per cassazione il provvedimento del magistrato di sorveglianza pronunciato contro gli atti dell'Amministrazione lesivi di diritti (Sez. I, 15 maggio 2002, Valenti; nonché Sez. I, 6 giugno 2002; Sez. I, 8 ottobre 2002, Pappalardo).

5. La sentenza Sezioni Unite del 23 febbraio 2003, Gianni

Per dirimere l'evidente conflitto venutosi a determinare tra le opposte pronunce rese da sezioni diverse della medesima corte, è intervenuta la sentenza a sezioni unite del 23 febbraio 2003, con la quale la Cassazione nel tentativo dichiarato di dare attuazione al principio sancito nella pronuncia n. 26/1999 - ed a fronte della elusione del problema da parte del Legislatore - ha finito per spingersi molto oltre i confini tracciati dal Giudice della legittimità delle leggi.

Muovendo dalla considerazione che risulti "incontestabile che la tutela delle posizioni soggettive dei detenuti non può essere affidata ad un rimedio *de plano* solo in forza della scelta (per giunta "obbligata") dell'interessato, occorrendo, invece, disporre di una procedura in contraddittorio da cui possa scaturire una decisione avente forza vincolante", con riferimento alla materia dei colloqui e della corrispondenza telefonica, le ss.uu. hanno riconosciuto la necessità di consentire l'esperimento di un rimedio giurisdizionale per le questioni vertenti in *subiecta materia*.

La Cassazione ha dunque tracciato, come punto di partenza per pervenire alla conclusione sopra richiamata, il principio che la restrizione della libertà personale non determina il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria. Donde l'individuazione di limiti ai diritti fondamentali per coloro che siano sottoposti a una restrizione della libertà personale, senza che tale restrizione comporti una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla esecuzione.

5.1. Segue. La giurisdizione esclusiva della magistratura di sorveglianza e la tutelabilità di tutte le posizioni soggettive

La Corte, nella sentenza del 23.2.2003, ha poi affermato:

a) che "al riconoscimento della titolarità di diritti deve necessariamente accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, stigmatizzando l'inadeguatezza di modelli che si esauriscano nel-

la mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione.

b) che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa (sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento); secondo una cognizione che non può ridursi agli usuali canoni di demarcazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, attesa la riserva di giurisdizione connaturata alla necessità del rispetto dello art. 27, 3° comma, della Costituzione".

c) che nella specifica materia dei colloqui ci si trova in presenza sicuramente di diritti soggettivi, parte integrante del trattamento. Un rilievo cui sembra non potersi sottrarre, nonostante la diversa conformazione lessicale dell'art. 18, comma 5, della legge n. 354 del 1975, la materia della corrispondenza telefonica; il tutto - è necessario sottolinearlo - talora utilizzando un modello semiologico assai ambiguo ed impreciso;

d) che alla conclusione di un'indiscriminata protezione nella materia dei colloqui è agevole pervenire anche considerando che l'immanente collegamento con l'esecuzione penale e con il regime della pericolosità intramuraria, intesa anche quale limite alla fruizione di strumenti di trattamento, lasciano difficilmente intravedere l'esistenza di un paradigma di provvedimento che sia espressione di discrezionalità amministrativa. Malgrado il lessico talora utilizzato sia dalla legge sia dal regolamento, l'esercizio del potere amministrativo espresso nel provvedimento appare riferibile ad una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini; delineando così una possibilità di scelta che spetta all'Amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, riducendosi ad un'attività di giudizio a contenuto *lato sensu* scientifico.

Tali ultime affermazioni per la verità vengono ad assumere le sembianze di veri e propri postulati, più che di conseguenze stringenti sul piano logico e giuridico.

Va infatti osservato come nella pronuncia non vi sia in concreto alcuna approfondita analisi della natura e delle caratteristiche degli atti dell'Amministrazione rispetto ai quali si ritiene di poter denunciare la lesione di una posizione soggettiva, né tampoco una concreta verifica della effettiva natura delle posizioni che si assumono

essere oggetto di lesione.

Tale impostazione oltre che risultare opportuna sul piano del rigore logico che deve sempre accompagnare la sequenza diritto sostanziale-rimedio processuale, appare imprescindibile se è vero che la pronuncia n. 26/1999 aveva inteso estendere la denunciata incostituzionalità per assenza di un rimedio giurisdizionale rispetto ai diritti che si assumevano violati, e non già rispetto alla generalità delle posizioni soggettive.

Del resto la scelta consapevole del Legislatore di prevedere uno strumento di tutela *de plano* e non giurisdizionale quale il ricorso dell'art. 35, aveva proprio una funzione residuale rispetto alle situazioni soggettive diverse dai diritti e rispetto ai quali venissero in gioco posizioni soggettive di grado inferiore, spesso collidenti con le prerogative generali di organizzazione dell'Amministrazione penitenziaria.

Avere configurato dunque uno strumento processuale e generalizzato anche a tutela di posizioni di grado inferiore costituisce senza dubbio una scelta esorbitante dall'area tracciata dalla sentenza n. 26/1999.

5.2. Segue. La individuazione dello strumento processuale idoneo

Risolta affermativamente la questione circa la ammissibilità di un procedimento avente caratteristica e natura giurisdizionali su questioni aventi ad oggetto i diritti dei detenuti (nella materia dei colloqui e della corrispondenza telefonica) un ulteriore problema affrontato dalla S.C. era quello relativo alla individuazione dello strumento di tutela da scegliere per fare fronte a questa esigenza di adeguamento alla posizione contenuta nella sentenza n. 26/1999 della Consulta.

A questo proposito va rilevato come sia stata pressoché assente l'attività di adeguamento normativo da parte del Legislatore, la cui unica e incompiuta iniziativa è rappresentata dal disegno di legge 13 luglio 1999, n. 4163, predisposto in attuazione della sentenza costituzionale n. 26 del 1999 ma neppure esaminato in commissione. Tale d.d.l. conteneva un precetto stando al quale "il comma 6 dell'art. 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è sostituito dal seguente: "decide con ordinanza impugnabile soltanto per cassazione, secondo la procedura di cui all'art. 14-ter, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei loro diritti".

Conformemente a quanto previsto nel d.d.l. le ss. uu. hanno ritenuto preferibile lo strumento dell'art. 14-ter o.p. considerando

come "il ricorso all'art. 666 c.p.p. - che prevede il termine di dieci giorni per l'avviso alle parti e ai difensori, la partecipazione necessaria all'udienza del difensore e del pubblico ministero, la possibilità di depositare memorie fino a cinque giorni prima dell'udienza, il diritto dello interessato che ne fa richiesta di essere sentito personalmente, l'applicazione per il ricorso per cassazione dei termini di cui all'art. 585 c.p.p., - appare subito un modello esorbitante la necessaria semplificazione della procedura, da attuarsi attraverso il pronto intervento del magistrato di sorveglianza così da omettere, almeno in parte, gli indugi della seriazione generale prevista dal codice di procedura penale". Per questa ragione si è ritenuto più confacente alle esigenze di praticità e di speditezza il procedimento previsto dagli artt. 14-ter, 69, 71 e seguenti dell'ordinamento penitenziario che prevedono il termine di cinque giorni per l'avviso al pubblico ministero, all'interessato e al difensore, la partecipazione non necessaria del difensore e del pubblico ministero; la facoltà dell'interessato di presentare memorie; il termine di dieci giorni per proporre reclamo; la possibilità di proporre ricorso per cassazione entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

5.3. Sostanziale non innovatività della pronuncia sez. un. del 23 febbraio 2003

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

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

Dunque una volta affermata in modo solenne nella parte motiva la legittimità delle disposizioni relative ai colloqui contenute nel DPR n. 230/2000, regolamento penitenziario - *ogni limite che appaia ragionevolmente strumentale al perseguimento della funzione rieducativa e che venga commisurato alla tipologia di reato commesso - sempre e comunque rientrante nell'area dei c.d. delitti di criminalità organizzata (v. ora la nuova formulazione dell'art. 4-bis, quale risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1*

della legge 23 dicembre 2002, n. 279) - non solo non viola il precetto di cui all'art. 1, comma 2, dell'ordinamento penitenziario, ma si conforma, anzi - secondo un modello che assicura uniformità di disciplina, in attuazione delle esigenze proprie del trattamento - alla norma adesso ricordata. Tanto più che l' "autolimitazione" operata dalla disposizione regolamentare relativamente ai poteri conferiti all'Amministrazione nella materia si risolve anche in un regime di garanzia per i destinatari dall'impiego di ogni discriminazione e di ogni "privilegio" rispetto ai condannati di reati di tale gravità". - quanto meno con riferimento ai colloqui, la questione va considerata sostanzialmente chiusa per ogni eventuale futura controversia che abbia ad oggetto determinazioni dell'Amministrazione penitenziaria attuative del regolamento.

Il limite dell'impostazione logico-giuridica della sentenza della corte sta proprio in ciò, nella sostanziale non ricorrenza di una ipotesi di lesione di diritti sulla base della applicazione di un testo normativo, di normazione generale, meramente attuativo delle disposizioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario. Ciò che manca in tutta la pronuncia è proprio il discrimine tra le situazioni sostanziali la cui lesione possa essere oggetto di lamentela da parte del detenuto, e l'eventuale conseguente riconoscimento di un idoneo strumento di tutela processuale. E neanche vi è una effettiva valutazione della situazione soggettiva che si assumeva lesa nel caso oggetto della questione. Viene sommariamente riconosciuta una giurisdizione piena ed esclusiva - su diritti ed interessi - alla magistratura di sorveglianza, ma non vi è alcuna analisi sulle conseguenze delle possibili pronunce in relazione alle posizioni soggettive che si assumono lese. Anzi laddove tale analisi è accennata si fa riferimento a conseguenze che disorientano l'interprete (le sez. un. parlano di giurisdizione sugli interessi ed ipotizzano la disapplicazione dell'atto amministrativo)

La Corte Costituzionale - nella pronuncia n.26/1999 - aveva infatti chiaramente esteso l'area della doverosità di un possibile intervento con lo strumento giurisdizionale a tutta la problematica relativa ai diritti violati - non solamente ai diritti fondamentali come era richiesto dal giudice remittente - ma si era ben guardata dallo generalizzare il ricorso ad un tale strumento per qualsiasi doglianza relativa a posizioni soggettive diversamente qualificabili. Aveva voluto che tale scelta fosse rimessa al Legislatore, unico soggetto destinato ad operare una valutazione delle situazioni soggettive meritevoli di questa tutela, per evitare possibili eccessi nell'uso dello strumento che provocassero una paralisi dell'opera-

to dell'Amministrazione penitenziaria. La Consulta avrebbe potuto operare con una sentenza creativa di diritto. Ne avrebbe avuto la legittimazione, e non sarebbe stato difficile neanche rinvenire sul punto i precedenti specifici⁽⁵⁾.

Essa non ha voluto individuare neppure un criterio discrezionale generale delle situazioni sostanziali per le quali era possibile procedere alla celebrazione di un giudizio con i crismi della giurisdizionalità, e tanto meno aveva individuato le regole e le forme di tale giudizio.

Se non lo ha fatto una ragione dunque ci sarà stata.

La ragione è forse da rinvenire su di un molteplice piano argomentativo.

1. Giova ricordare che l'ordinamento penitenziario è un sistema generalmente derogatorio della libertà personale. Tale diritto risulta per sé comprimibile, giammai sopprimibile. La valutazione sulla entità degli spazi residui di tale bene, compresso dalla detenzione, pone sempre una questione relativa al diritto della persona, giacché incide sulla quantità e natura della pena. Per converso quegli aspetti che attengono alle modalità di espiazione della pena, generalmente collegati ad una potestà organizzativa dell'Amministrazione e destinati a garantire una applicazione erga omnes a tutela della sicurezza e della prevenzione penitenziaria, non appaiono tali da incidere su posizioni soggettive tutelabili al di fuori della dimensione amministrativa. Risulta evidente che le questioni afferenti alla quantità della pena siano individuate dal Legislatore, che parimenti provvede a fornire adeguati strumenti di tutela giurisdizionale. Laddove sia il Legislatore a prevedere che i contenuti di una attività di trattamento siano sanciti attraverso una determinazione amministrativa emanata in via generale, risulta evidente come manchi la possibilità di intravedere posizioni di diritto soggettivo. Questo delicato compito di discernimento e codificazione delle posizioni soggettive la Corte ha voluto fosse rimesso proprio al Legislatore, al quale solo può spettare il potere di disciplinare un rapporto giuridico, conferendo al suo contenuto

⁽⁵⁾ La Consulta aveva ritenuto applicabile analogicamente la procedura di reclamo prevista dall'art. 13-quater o.p., - per l'impugnabilità innanzi al Tribunale di Sorveglianza dei provvedimenti ministeriali applicativi del regime detentivo speciale, Corte Cost. 28 luglio 1993 n. 349, in *Giur. Cost.*, p. 2750. Va rilevato sul punto come una disciplina compiuta dello strumento di impugnazione e la esatta delimitazione dei poteri conoscitivi del giudice competente non erano state previste dal Legislatore nemmeno a seguito dell'intervento della legge 7 gennaio 1998 n. 11, che aveva aggiunto il comma 2bis all'art. 41bis. Soltanto la riforma della disciplina del regime speciale, intervenuta con l. n. 279/2002, ha preveduto una compiuta disciplina del mezzo di gravame avverso il provvedimento ministeriale.

la qualificazione di diritto.

2. La conseguenza di questo ragionamento sta nel deficit di tassatività rispetto al grado di determinazione degli spazi di trattamento contenuti nella legge (si pensi ad esempio alla durata minima dei colloqui, e più in generale alle determinazioni sulla vita detentiva contenute nel regolamento interno. Si pensi ancora alle prescrizioni generali sulla sicurezza penitenziaria adottate con circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.) Risulta evidente come, rispetto allo spazio determinato con tassatività dalla legge, inteso a determinare la sussistenza di un diritto, vi sia un indispensabile momento di indeterminatezza, rimesso all'Amministrazione penitenziaria, sulla scorta del quale sarà possibile consentire in ambito generale – di istituto ovvero di tutti gli istituti – concrete modalità per la fruizione di quel diritto nel rispetto delle esigenze di prevenzione di sicurezza e di organizzazione. Anche tale scelta tra tassatività ed indeterminatezza la Consulta ha voluto rimettere al Legislatore.

3. Per altro verso una possibilità di ricorso al rimedio giurisdizionale avverso decisioni dell'Amministrazione penitenziaria toglierebbe significato al sistema descritto nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, nel quale la possibilità di un reclamo generico ex art. 35 ha una funzione evidentemente residuale perché serve proprio a contemplare quelle situazioni che il Legislatore non ha voluto fossero affrontate in un contesto di giurisdizione. La Consulta aveva pertanto inteso mantenere in capo al magistrato di sorveglianza la sua funzione di vigilanza sul piano amministrativo rispetto a quelle posizioni soggettive non assistite da interesse qualificato.

5.4. La necessità di una valutazione delle posizioni sostanziali quale presupposto per la individuazione dei rimedi processuali

L'operazione di creazione di diritto negata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 26/99 e la successiva manifesta intenzione di non intervenire con una definizione in termini generali degli atti rispetto ai quali si evidenziassero posizioni soggettive qualificate (diritti) meritevoli di tutela in ambito giurisdizionale, costituiscono l'effetto di una scelta consapevole. Tale necessità di distinzione tra atti dell'Amministrazione e posizioni giuridiche soggettive conseguenti, costituisce comunque una operazione logico-giuridica alla quale l'interprete non può sottrarsi se vuole ottenere un minimo di certezza in questa complessa materia. Da tale distinzione deriva infatti, inevitabilmente, la linea di confine tra attribuzioni rimesse al

potere esecutivo e competenze dell'autorità giurisdizionale.

Su tale distinzione, come abbiamo visto, non appaiono sufficienti le affermazioni appena accennate nell'ambito della sentenza delle sezioni unite del 23 febbraio 2003.

Se può sicuramente ritenersi logica l'affermazione che in materia di detenzione il giudice competente in via esclusiva è il magistrato di sorveglianza, non altrettanto persuasiva appare l'affermazione che tutte le questioni in materia di detenzione debbano essere considerate questioni di diritto. Ancor meno persuasivo risulta l'assunto in base al quale tale competenza generi un potere di disapplicazione dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo. Va infatti considerato come il potere di conoscere in via diretta ed immediata dei diritti e degli interessi, e dunque in ultima analisi in ordine alla legittimità di un atto amministrativo, debba avere quale sua conseguenza la potestà di annullamento dell'atto medesimo. Potestà questa riconosciuta dalla legge soltanto al giudice amministrativo cui è fatta riserva assoluta di giurisdizione non derogabile in favore del giudice ordinario⁽⁶⁾.

Altra questione è la circostanza che la possibilità dell'adozione di un atto amministrativo a titolo individuale nei confronti di un detenuto, in violazione delle leggi che pur attribuivano il potere di incidere, affievolendoli, su diritti soggettivi, nella specifica materia della libertà personale possa e debba essere conosciuta dalla magistratura di sorveglianza, giudice chiamato a valutare la legittimità della gestione della vita detentiva.

Tale ragionamento venne adottato dalla Corte Costituzionale a sostegno della ritenuta competenza dei tribunali di sorveglianza a conoscere della legittimità dei decreti ministeriali di applicazione del 41 bis.

Conformamente a ciò che la Corte ebbe ad esprimere nella pronuncia n. 349/1993 può dunque ritenersi che anche la denunciata illegittimità di un atto amministrativo ricadente su posizioni soggettive di singoli, finisca per travolgere diritti, quando l'oggetto del provvedimento particolare è la vita detentiva.

L'ambito rispetto al quale dovrebbe invece aversi una sostanziale esclusione di intervento giurisdizionale è quello relativo alle determinazioni di carattere generale rimesse alle scelte dell'Amministrazione penitenziaria, con riguardo agli spazi di competenza gestionale ad essa attribuiti dalla legge. Questa è la ragione per la quale la Consulta ha ommesso ogni intervento, ed è il motivo per il quale le sezioni unite, pur avendo affermato il principio generale e

⁽⁶⁾ V. Corte Cost. n. 185 del 1981 e n. 100 del 1979.

legittimato il ricorso al procedimento giurisdizionale hanno sentito il dovere di precisare che lo stesso dovesse essere *circoscritto alla materia dei colloqui,...* *Precisazione questa davvero indispensabile al fine di dissipare ogni equivoco circa la prospettabilità di una indiscriminata attività sostitutiva da parte del giudice nella normale gestione della vita d'istituto...* che comporterebbe il rischio di immobilizzare la vita d'istituto....(v. punto n. 8 della pronuncia). A questo ambito mi sentirei di affermare appartenesse la disposizione del nuovo regolamento penitenziario che distingueva il numero dei colloqui tra detenuti comuni ed A.S., oggetto della questione affrontata dalle sezioni unite.

5.5. L'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Viterbo avente ad oggetto la determinazione delle ore da trascorrere all'aperto

Nel caso di specie un detenuto sporgeva reclamo al m.s. chiedendo tra l'altro che la disposizione relativa alle ore da trascorrere all'aria aperta – contenuta nel provvedimento di sottoposizione al regime 41bis o.p. – andasse interpretata in modo tale da intendersi di quattro ore il periodo complessivo trascorso all'aria aperta, cui avrebbe dovuto aggiungersi un ulteriore periodo di due ore da trascorrersi – “all'aperto” – ossia al di fuori delle camere di detenzione.

Cadendo l'interpretazione su di un atto del Ministro della giustizia, il direttore della c.c. rimetteva la questione alla Direzione Generale dei detenuti e del trattamento, quale ufficio ministeriale delegato a preparare e dare esecuzione ai provvedimenti 41bis, al fine di ottenere indicazioni circa il reale senso della disposizione. La direzione generale del DAP – soggetto giuridico direttamente delegato alla funzione e pertanto legittimato a trattare la materia in nome e per conto del Ministro della giustizia – giusta specifica indicazione ottenuta dal Ministro della giustizia in materia identica, chiariva il senso da dare alla disposizione.

A ben vedere, solo analizzando il senso del provvedimento in oggetto, può scorgersi la sua reale natura giuridica. Esso infatti solo apparentemente risolve una questione interpretativa - che cade su un provvedimento dello stesso organo che ha emesso il decreto e che ne ha curato l'attuazione, - mentre in realtà opera tout court un intervento tendenzialmente modificativo della volontà di quell'organo. Dire al Ministro della giustizia – che ha emesso il decreto 41bis e che tramite i suoi uffici ne ha curato l'attuazione, secondo il senso di ciò che egli ha inteso attribuire alle sue disposizioni - che le sue disposizioni devono essere interpretate in modo diverso significa

imporgli una soluzione diversa, e dunque modificarne le statuizioni. Il Ministro emette in fatti il provvedimento 41bis e ne delega l'esecuzione ai suoi uffici, che hanno ribadito all'istituto penitenziario il senso della disposizione ministeriale. Pretendere nel caso de quo l'ottemperanza ad una diversa disposizione "interpretativa" di quel testo equivale dunque a sostituirsi all'organo ministeriale espropriandolo delle funzioni di normazione amministrativa su materia relativa ad ordine e sicurezza pubblica.

Caso diverso sarebbe stato quello di una errata interpretazione da parte dell'istituto delle disposizioni ministeriali che avesse determinato una diversa applicazione della normativa secondaria tra detenuti che si trovassero nelle medesime condizioni, operando tra gli stessi una disparità di trattamento. In quel caso certamente la pronuncia del magistrato di sorveglianza – comunque priva di contenuto esecutivo – avrebbe avuto natura realmente interpretativa.

In linea generale va peraltro osservato che le statuizioni del decreto ministeriale – qualora ulteriormente limitative dell'ordinario trattamento – potrebbero essere fatte oggetto di modifica unicamente da parte del Tribunale di Sorveglianza, e non dal magistrato di sorveglianza, che nel caso di specie – essendo organo giurisdizionale diverso – opererebbe in difetto di attribuzioni.

Ma nel caso di specie vi è molto di più. Avendo la decisione in oggetto la natura di una modificazione generalizzata dell'organizzazione penitenziaria - e non incidendo dunque su di una specifica limitazione del provvedimento 41bis sul trattamento ordinario – neanche il Tribunale di Sorveglianza possiede le attribuzioni per operarne la modificazione, così come di recente ribadito dalla Cass. Sez. I pen., 5 Novembre 2004, Pecoraro.

Venendo infine agli effetti che nel caso concreto avrebbe prodotto la decisione, si può affermare che – qualora l'Amministrazione vi avesse dato seguito - i detenuti ascritti al circuito 41bis, capi delle organizzazioni mafiose, avrebbero fruito di una permanenza all'aperto di 6 ore, e dunque di un trattamento molto più aperto e favorevole ai contatti, rispetto a quello riservato ai detenuti comuni, anche ristretti per piccoli reati, che permangono all'aperto per quattro ore di cui due destinate alla socialità. Con quali conseguenze sul piano delle responsabilità anche politiche di questo Ministero – circa il nocumento per le esigenze di prevenzione connesse alla detenzione dei capi mafia - è facile immaginare.

6. Il conflitto di attribuzioni sul problema del visto di controllo sulla corrispondenza

Un importante precedente nei rapporti tra magistratura di sorveglianza e Amministrazione penitenziaria è costituito dal conflitto di attribuzioni sul problema del visto di controllo sulla corrispondenza.

Con ricorso depositato il 5 febbraio 1993 il magistrato di sorveglianza di Ancona aveva sollevato conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato nei confronti del Ministro di grazia e giustizia, in riferimento al decreto ministeriale 25 novembre 1992, per la dichiarazione che non spetta al Ministro della giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - il potere di disporre la sottoposizione della corrispondenza dei detenuti a visto di controllo e per il conseguente annullamento del predetto decreto per violazione dell'art. 15, secondo comma, della Costituzione. Esponeva il ricorrente che in data 25 novembre 1992 il Ministero di grazia e giustizia aveva decretato la sospensione, in attuazione dell'art. 41 bis, secondo comma, della legge 26 luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni, dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla citata legge, nei confronti dei detenuti individuati nel decreto stesso. Detto decreto, tra le altre disposizioni, prevedeva la sottoposizione della corrispondenza epistolare e telegrafica dei detenuti al visto di controllo da parte del Direttore dell'istituto penitenziario o di un suo delegato. Si deve innanzitutto affermare, in via definitiva, l'ammissibilità del conflitto di attribuzione, che questa Corte ha già dichiarato, in linea di prima e sommaria deliberazione, con l'ordinanza n. 183 del 2 aprile 1993. La Consulta nel caso di specie aveva rilevato come sotto il profilo oggettivo ricorressero certamente i requisiti previsti dall'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n.87 (Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), secondo cui i conflitti tra i poteri dello Stato devono avere ad oggetto "la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata fra i vari poteri da norme costituzionali"; pose in luce infatti come venissero in questione le competenze demandate dall'art. 15 della Costituzione all'autorità giudiziaria, in raffronto a quelle spettanti al Ministro della giustizia, ai sensi dell'art. 110 della Costituzione, in tema di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Per quanto riguarda il merito della questione la Corte osservò come non vi fosse dubbio che l'autorità giudiziaria (e nell'ambito di essa il magistrato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 18 della citata legge n. 354 del 1975, per quanto riguarda la materia in esame) sia direttamente investita dall'art. 15 della Costituzione del potere di limitare - per atto motivato e con le garanzie stabilite

dalla legge - la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione; e come il conflitto fosse correttamente instaurato nei confronti del Ministro della giustizia, quale diretto titolare, in base al ricordato art. 110 della Costituzione, delle competenze afferenti all'organizzazione ed al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, ivi compresa l'organizzazione dei servizi relativi all'esecuzione delle pene e delle misure detentive; attribuzioni il cui esercizio è assunto come causa di menomazione delle competenze attribuite al ricorrente dall'art. 15 della Costituzione.

Nel caso di specie la Consulta, pertanto, ha ribadito il principio contenuto nella sentenza n. 349 del 1993, secondo cui l'art. 15 della Costituzione riserva alla sola autorità giudiziaria il potere di sottoporre o meno detta corrispondenza a visto di controllo - e si è limitata a prendere atto che nel frattempo il Ministro della giustizia aveva revocato la disposizione relativa alla sottoposizione al visto di controllo della corrispondenza dei detenuti contenuta nel decreto impugnato e in ogni altro provvedimento applicativo dell'art. 41 bis ord. pen. - per dichiarare cessata la materia del contendere.