

CONFRONTO DI IDEE

Marcello Bortolato

Torreggiani e rimedi “preventivi”: il nuovo reclamo giurisdizionale

SOMMARIO: 1. Il contesto - 2. La sentenza Torreggiani: diritti violati e rimedi esperibili - 3. Il nuovo reclamo giurisdizionale - 4. L'oggetto del reclamo in materia di diritti - 5. Conclusioni.

1. Il contesto

Il carcere di oggi ci restituisce quotidianamente l'immagine di un sistema in cui i diritti si negano di frequente: diritti che, pur essendo formalmente riconosciuti dall'ordinamento penitenziario, in tempi di sovraffollamento non trovano risposte giurisdizionali adeguate.

Del resto le carceri attuali, ridotte a nuovi contenitori del disagio ad opera di politiche che non intervengono sui problemi da cui quel disagio è prodotto e che anzi li negano con la semplificazione della pena, divengono l'approdo inevitabile di una condizione di mera sopravvivenza. Con tali premesse non può che porsi in modo necessario ed urgente un problema di tutela di posizioni giuridiche primarie.

Il processo di consolidamento degli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è ben lungi dall'essere concluso: è forte l'esigenza di proseguire nell'opera di diffusione delle garanzie giurisdizionali entro le istituzioni carcerarie con l'obiettivo di sottoporre la vita in tali istituti ai principi ed alle regole generali dello Stato di diritto.

L'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, su cui ha significativamente inciso la normativa introdotta dal DL. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 10, mercé l'introduzione del “reclamo giurisdizionale” (è stato inserito il nuovo articolo 35-bis nel *corpus* della L. 26 luglio 1975, n. 354, c.d. “ordinamento penitenziario”), conferisce al magistrato di sorveglianza il compito di un'azione di tutela dei diritti dei detenuti e degli internati “tendenzialmente piena”, come si desume sia dall'art. 69 ord. pen., fortemente modificato dalla novella, sia dalla sentenza n. 26 del 1999, Corte Cost.

Nell'ordinamento penitenziario, strumento organico di base in materia di esecuzione delle pene privative e limitative della libertà personale, centrale del resto è la figura del magistrato di sorveglianza che, nell'alveo di una concezione legalitaria della fase dell'esecuzione della pena, è stato inserito non solo quale titolare della giurisdizione “rieducativa” volta a dare concreta attuazione al principio finalistico dell'art. 27 Cost. ma anche, e verrebbe oggi da

dire soprattutto, quale massimo garante del rispetto dei diritti dei reclusi, con ciò superando una volta per tutte l'autoreferenzialità dell'istituzione carceraria.

L'art. 69 ord. pen. affida al magistrato di sorveglianza il compito di vigilare sulla organizzazione degli istituti di pena e di assicurare che anche l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità alle leggi ed ai regolamenti (co. 1 e 2); assegna poi (co. 5) al magistrato di sorveglianza il potere di impartire "disposizioni" dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati.

È noto quale sia l'impianto sistematico, normativo e giurisprudenziale, in base al quale è conferito al magistrato di sorveglianza il compito di un'azione di tutela così estesa dei diritti dei detenuti e degli internati.

Il fondamento teorico poggia sul concetto secondo cui è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti, l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria. Fin dal 1979 la Corte costituzionale ha affermato che la restrizione della libertà personale, secondo la costituzione vigente, non comporta una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione¹. I principi richiamati non possono che essere quelli degli artt. 2 e 27, co. 3, Cost. («*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*» e «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*») cui si aggiunge l'inequivocabile ed icastico imperativo che "apre" l'ordinamento penitenziario (art. 1: «*il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*») e che dà l'impronta generale all'intera disciplina. Viene in rilievo dunque anche la "dignità della persona", di cui all'art. 3, co. 1, Cost. Orbene, la dignità della persona viene protetta dalla Carta proprio attraverso il bagaglio dei diritti inviolabili che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale.

Tali statuizioni di principio si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, e cioè all'Amministrazione, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti.

Il detenuto, in quanto soggetto privato della libertà personale, è destinato ad essere separato dalla società civile e la "precarietà" che contraddistingue la sua posizione giuridica, che deriva proprio dalla mancanza di libertà e da condizioni ambientali per loro natura sfavorevoli, impone il riconoscimento della

¹ Cfr. Corte cost., n. 114 del 1979.

titolarità dei diritti cui deve accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Del resto l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un autonomo diritto (protetto dagli artt. 24 e 113 Cost.), da annoverarsi tra quelli inviolabili riconducibili all'art. 2. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possono essere fatte valere²; tale diritto, che caratterizza lo stato democratico³, non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni – fosse anche ad un'Autorità giudiziaria – destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute e cioè 1) la possibilità del contraddittorio, 2) la stabilità della decisione e 3) l'impugnabilità con ricorso per Cassazione.

È in questo ambito che ha preso forma la ben nota questione di costituzionalità degli artt. 35 e 69 ord. pen. di cui alla sentenza n. 26 del 1999 (est. Zagrebelsky).

La questione riguardava specificamente la tutela giurisdizionale dei diritti la cui violazione fosse potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipendesse da atti dell'amministrazione a esso preposta.

Deve subito farsi una precisazione.

Nell'ambito dei diritti costituenti il bagaglio che il detenuto porta con sé vanno distinti da un lato i diritti che sorgono nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale (i quali trovano protezione secondo le regole generali: diritti di famiglia, diritti patrimoniali, etc.) come anche quelle posizioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, che incidono cioè sulla misura e sulla qualità della pena, quali, ad esempio, quelli previsti dall'ordinamento penitenziario agli artt. da 13 a 31 (sorveglianza particolare, permessi) e da 47 a 58-*quater* (misure alternative alla detenzione, liberazione anticipata), per i quali è stato configurato un procedimento applicativo giurisdizionale espressamente affidato alla magistratura di sorveglianza (in tali casi, valendo pienamente la riserva di giurisdizione ex art. 13, co. 2, Cost., il codice di procedura penale ha configurato il procedimento applicativo in termini sicuramente giurisdizionali ove le posizioni soggettive possono trovare adeguata protezione).

Dall'altro lato, invece, si collocano quei diritti la cui violazione dipende da atti dell'amministrazione preposta al regime di sottoposizione a restrizione della

² V. Corte cost., n. 212 del 1997.

³ Cfr. Corte cost., n. 18 del 1982.

libertà personale: vengono in rilievo qui il potere dell'amministrazione di disporre misure speciali che modificano le modalità concrete del trattamento di ciascun detenuto nonché le decisioni prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere (ricordiamo che nel caso di specie si trattava della decisione presa dall'Amministrazione penitenziaria di non inoltrare al detenuto delle riviste spedite in abbonamento in ragione del loro contenuto asseritamente osceno). È proprio questo il bagaglio di diritti che la giurisprudenza ha sottratto all'ambito amministrativo ed ha assegnato al vaglio esclusivo della magistratura di sorveglianza *ratione materiae* con l'obiettivo perseguito di sottoporre l'intera vita del carcere ai principi ed alle regole generali dello Stato di diritto.

La Corte, com'è noto, ha dichiarato - con una pronuncia definita dalla dottrina un tipico esempio di "additiva di principio" - l'illegittimità costituzionale dell'art. 35 ord. pen. (c.d. "reclamo generico") in quanto privo all'evidenza 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, o a soggetti estranei all'organizzazione penitenziaria o, infine, al magistrato di sorveglianza, e solo per coloro che sono investiti di una specifica responsabilità - l'amministrazione penitenziaria e il magistrato di sorveglianza - è previsto un obbligo di informazione verso il detenuto dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento (art. 75, co. 4, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). La decisione, presa *de plano*, si risolve in una segnalazione o in una sollecitazione all'amministrazione penitenziaria e contro di essa non è previsto il ricorso per cassazione: tutto questo è stato ritenuto contrario alla garanzia che la Costituzione prevede nel caso della violazione dei diritti.

La Corte non aveva peraltro indicato un modello procedimentale tra i tanti azionabili poiché la rilevata incostituzionalità si prestava a essere rimediata attraverso la scelta tra una gamma di possibilità (relative all'individuazione sia del giudice competente sia delle procedure idonee) che doveva essere rimessa al legislatore che, infatti, nell'ordinamento penitenziario attuale, ha compiuto caso per caso scelte differenti in relazione a esigenze singolarmente considerate e secondo gradi diversi di articolazione (artt. 14-*ter*, 14-*bis*, 41-*bis*, 30-*bis*, 30-*ter*, 53-*bis*), sicché mancava un rimedio giurisdizionale che potesse essere considerato di carattere generale.

Per oltre 15 anni il monito della Corte a conferire un'organica disciplina ai cc.dd. "reclami atipici" è rimasto inascoltato con la conseguenza che la competenza in materia di tutela dei diritti in capo alla magistratura di sorveglianza non solo è restata monca, perché priva dei meccanismi dell'esecuzione forza-

ta, ma ha potuto ritenersi sussistente solo in virtù del diritto vivente e non perché il legislatore avesse riempito quel vuoto. La Corte di cassazione, con la sentenza a Sez. un. del 2003⁴, ebbe a individuare il rito applicabile nell'art. 14-ter ord. pen., previsto in caso di reclamo avverso il regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-bis*: si trattava di una procedura semplificata che nemmeno prevedeva la presenza dell'interessato e che, soprattutto, restava sfornita di ciò che più conta ai fini dell'effettività della tutela giurisdizionale, vale a dire l'esecutabilità della decisione rispetto alla quale non era previsto nel sistema alcun modello di esecuzione forzata.

Il legislatore era invece rimasto inerte: l'unico disegno di legge predisposto in attuazione della sentenza costituzionale n. 26 del 1999⁵ ha avuto vita brevissima tanto da non essere nemmeno esaminato in commissione: esso prevedeva che il magistrato di sorveglianza decidesse «*con ordinanza impugnabile solo per cassazione secondo la procedura dell'art. 14-ter ord. pen. sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei loro diritti*». Ma il decisivo intervento della Suprema Corte aveva ormai introdotto, per la prima volta, un modello procedimentale per la tutela di una vasta gamma di diritti nell'ambito del sistema penitenziario e indietro non si poteva più tornare.

Con ciò il "micro-sistema" dei diritti penitenziari era composto: anche in situazioni di restrizione della libertà personale sussistono diritti che l'ordinamento protegge indipendentemente dai caratteri della lesione ipotizzata, la cui vigilanza è affidata al magistrato di sorveglianza il quale ultimo infine ha su di essi una giurisdizione tendenzialmente piena.

Peraltro, la sostanziale ineffettività della tutela riconosciuta *in subiecta materia* da detti presidi giuridici a disposizione della magistratura di sorveglianza che, pur incisi dalla sentenza n. 26 del 1999, erano privi di qualsivoglia meccanismo di esecuzione forzata, ha finito per generare quei fenomeni di ineffettività della tutela che sono la negazione del concetto stesso di giurisdizione. (...)

⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 2961 ss.

⁵ D.l. 13 luglio 1999, n. 4163.