

Esercizio del diritto di difesa e accesso al sistema dei reclami in regime 41-bis: diritto effettivo o utopia?

di *Monica Moschioni*¹

Abstract: La finalità del presente contributo è quella di ripercorrere brevemente la disciplina attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo con particolare riferimento al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis OP, frutto di una laboriosa stratificazione normativa ed interpretazione giurisprudenziale.

Exercise of the right of defense and access to the 41-bis system of complaints: effective right or utopia?

Abstract: *This paper briefly reviews the current regulations governing the exercise of the right to lodge complaints and is particularly focused on the differentiated regime established by art. 41-bis, which represents the result of intense regulatory stratification and of interpretation provided by the case-law.*

SOMMARIO: 1) Introduzione; 2) Il regime detentivo speciale: applicazione, proroga e impugnazione dei decreti ministeriale; 3) Esercizio del diritto di reclamo ai sensi degli artt. 35-bis e 35-ter OP; 4) Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La finalità del presente contributo è quella di ripercorrere brevemente la disciplina attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo con particolare riferimento al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis OP, frutto di una laboriosa stratificazione normativa ed interpretazione giurisprudenziale.

Senza dubbio la disciplina del regime differenziato 41-bis OP rappresenta un esempio di evoluzione normativa e giurisprudenziale dettata sempre più dall'esigenza di assicurazione della collettività in ordine a paventati o reali pericoli conseguenti alla rimessione in libertà di soggetti giudicati o presunti affiliati alla criminalità organizzata o alla loro ammissione a regimi detentivi meno afflittivi, che non dalla necessità di rispettare regole di giudizio conformi al dettato Costituzionale ed alla normativa sovranazionale vigente.

In tal senso non fa eccezione anche la disciplina in materia di esercizio del diritto di reclamo, diritto che viene formalmente riconosciuto dall'ordinamento

¹ Avvocato del Foro di Parma.

penitenziario tanto ai detenuti sottoposti al regime ordinario quanto a coloro che, in esecuzione di decreto ministeriale applicativo ovvero di un decreto di proroga, vengano inseriti nel circuito speciale e, conseguentemente, subiscano la sospensione della applicazione delle ordinarie regole di trattamento dei detenuti.

Il più rilevante ed incisivo strumento di impugnazione garantito a questi ultimi, infatti, sarebbe costituito proprio dal reclamo avverso il decreto ministeriale applicativo o di proroga del regime differenziato, al fine di ottenere il ripristino delle regole ordinarie di trattamento e, in conformità all’evoluzione del percorso rieducativo, l’accesso progressivo ai cosiddetti “benefici”.

Il condizionale diventa, però, obbligatorio ove si consideri l’evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, manifestazione della percezione dell’esistenza di situazioni di emergenza che giustificerebbero le numerose limitazioni poste all’esercizio del fondamentale diritto di difesa, come di seguito si avrà modo di chiarire.

Prima di passare all’esame della normativa attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo, pare pertanto opportuno ripercorrere brevemente l’evoluzione legislativa dal momento dell’istituzione del regime detentivo speciale ad oggi, per finire con un breve *excursus* in materia di reclami giurisdizionali a tutela delle violazioni o compressioni di diritti soggettivi tutelabili anche in ambito penitenziario.

2. Il regime detentivo speciale: applicazione, proroga e impugnazione dei decreti ministeriali

Il regime detentivo speciale o differenziato previsto dall’art. 41-*bis* OP è stato istituito nell’anno 1992, come strumento di contrasto alla criminalità organizzata che in quell’anno aveva manifestato particolare forza e pericolosità attraverso le ben note stragi di mafia.

L’originario testo del comma secondo dell’articolo 41-*bis* veniva introdotto nell’ordinamento penitenziario con l’art. 19 del d.l. 8 giugno 1992 n. 306 convertito in legge 7 agosto 1992 n. 356, che aveva disciplinato un regime detentivo caratterizzato dalla temporaneità ed eccezionalità, non prevedendone di conseguenza né la durata né l’ipotesi di eventuali proroghe né ancora la possibilità di esercizio del diritto di reclamo avverso il provvedimento applicativo.

Tale regime aveva creato da subito dubbi in ordine alla sua legittimità costituzionale sia per la formulazione eccessivamente generica dei suoi presupposti che per la mancata disciplina della revisione dello stesso attraverso un meccanismo di controllo giurisdizionale, al punto da imporre una serie di interventi della Corte Costituzionale con gli arresti del 28 luglio 1993 n. 349, del 19 luglio 1994 n. 357 e del 18 ottobre 1996 n. 351.

In particolare la sentenza n. 349/1993, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 bis OP, chiariva che dovesse ritenersi

implicito che i provvedimenti ministeriali dovessero recare tutti una puntuale motivazione e fossero sottoponibili al vaglio del Giudice ordinario.

Con la successiva pronuncia n. 351/1996, infine, la Corte chiariva altresì che il sindacato del Giudice non fosse limitato alla sussistenza dei presupposti per l'applicabilità del regime differenziato, ma potesse/dovesse estendersi anche al contenuto delle singole restrizioni imposte al detenuto, onde verificarne da un lato la necessità e rispondenza ad esigenze di pubblico interesse e, dall'altro, l'assenza di lesioni a diritti costituzionalmente garantiti o di trattamenti contrari al senso di umanità.

La legge 7 gennaio 1998 n. 11, introducendo il comma 2 bis all'art. 41-*bis* OP, stabiliva la competenza giurisdizionale in ordine alla valutazione dei reclami avverso i decreti ministeriali applicativi del regime differenziato, individuandola nel Tribunale di Sorveglianza territorialmente competente, in quanto avente giurisdizione sull'istituto di pena nel quale il detenuto era ristretto

Così delineata la procedura eccezionale e d'urgenza, si assisteva inesorabilmente alla proroga dei decreti applicativi del regime differenziato anno per anno, sulla base di motivate circostanze di emergenza, senza che venisse in alcun modo mutata la dichiarata natura temporanea dell'istituto, che sarebbe dovuto permanere fino alla cessazione delle predette situazioni di particolare gravità.

Si doveva attendere l'anno 2002, con l'entrata in vigore della legge n. 279, per esplicitare l'effettiva volontà del Parlamento di rendere definitivo il regime differenziato, disegnandone, però, i limiti di durata

Veniva così riscritto l'art. 41-*bis* comma 2-2-*bis* OP stabilendo che il decreto applicativo del regime differenziato dovesse avere durata non inferiore ad un anno e non superiore a due, che fosse impugnabile avanti al Tribunale di Sorveglianza competente territorialmente in ragione del luogo in cui si trovava ristretto il detenuto con reclamo da presentare entro dieci giorni dalla notifica del decreto stesso e veniva infine disciplinata la procedura di discussione e decisione avanti alla predetta Autorità Giudiziaria nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p..

Dal 2002 fino al 2009 permaneva, pertanto, il regime di impugnazione sopra descritto, che consentiva al Tribunale di Sorveglianza distrettuale un controllo capillare in merito all'applicazione dei decreti ministeriali ed alla congruità delle restrizioni in esse contenute, garantendo una valutazione caso per caso alla luce delle condizioni soggettive di ogni singolo detenuto reclamante e consentendo di tenere conto di circostanze quali, ad esempio, particolari condizioni di salute, che determinassero il venire meno delle specifiche capacità dell'affiliato di mantenere contatti con il gruppo di appartenenza.

Si crearono in quegli anni sicuramente indirizzi giurisprudenziali differenti in ciascun ambito territoriale, che determinarono anche pronunce di accoglimento dei reclami avverso i decreti applicativi o di proroga emessi in assenza di effettivi ed attuali elementi da cui desumere la concreta potenzialità del detenuto di porsi in

contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, mantenendo collegamenti con il clan di appartenenza, al fine di continuare a veicolare ordini all'esterno.

Appare evidente, quindi, che proprio le differenti pronunce emesse dai Tribunali di Sorveglianza territoriali abbiano determinato il legislatore ad inasprire ulteriormente la disciplina in materia, che, con la legge n. 94/2009, subiva un'ulteriore modifica e conseguente riformulazione dell'art. 41-*bis* OP, portando il termine di durata dei decreti applicativi del regime differenziato ad anni quattro e quelli di proroga ad anni due ed accentrando la competenza a decidere in ordine ai reclami proposti dagli interessati nell'unico Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Dal punto di vista dei termini per la presentazione del reclamo veniva, però, ampliato il precedente termine di dieci giorni dalla data della notifica del decreto con quello attualmente vigente di venti giorni, al fine di rendere maggiormente effettivo l'esercizio del diritto di difesa attraverso la predisposizione di un reclamo motivato anche alla luce della consultazione delle note informative di DDA, DNA ed organi locali di Polizia e non solo sulla base della loro sintesi contenuta nel decreto ministeriale, consegnato in notifica all'interessato o al suo difensore che ne facesse richiesta.

Il predetto testo normativo inaspriva, inoltre, anche il contenuto delle restrizioni al trattamento penitenziario, limitando ulteriormente alcuni diritti fondamentali del detenuto, ovvero la durata e frequenza dei colloqui con familiari e difensori (norma questa sottoposta ad aspre critiche e per tale motivo oggetto di riformulazione, con eliminazione del limite di n. 3 colloqui settimanali della durata massima di un'ora ciascuno, al fine di consentire l'esercizio effettivo del diritto di difesa), la ricezione di cibo per il tramite del pacco mensile, la possibilità di cottura dei cibi e l'accesso alla socialità interna e stabilendo che la “gestione” del detenuto in ambito carcerario spettasse al Gruppo Operativo Mobile (GOM), con ciò consacrando la definitiva differenziazione dei detenuti “marchiati” dalla qualifica di associati mafiosi.

Il regime così delineato è quello in attuale esecuzione, anche sotto il profilo che qui interessa della disciplina delle impugnazioni dei decreti applicativi e di proroga.

Le prime importanti critiche opposte a tale disciplina riguardano l'accentramento della competenza a decidere sui reclami al Tribunale di Sorveglianza di Roma, che avrebbe determinato da un punto di vista formale la violazione del principio di diritto costituzionalmente garantito dall'art. 25 al Giudice naturale in assenza di una logica giustificazione e di reali esigenze di sicurezza ed ordine pubblico.

Dal punto di vista, non meno rilevante, pratico, tale accentramento ha, invece, amplificato da un lato la difficoltà di acquisizione di informazioni dettagliate individualizzanti, acquisibili al contrario dal Magistrato di Sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di pena nel quale il reclamante si trova ristretto, al fine di valutare l'effettiva congruità e necessità delle singole restrizioni e l'eventuale eccessiva compressione di diritti fondamentali della persona e, dall'altro, ha reso ancora più difficoltoso ed oneroso il compito del difensore di accesso alle

informative a corredo del decreto ministeriale al fine di motivare adeguatamente il reclamo.

Senza dubbio si può affermare, inoltre, che la durata stabilita per legge nella misura minima di anni quattro/due dei decreti applicativi/di proroga del regime differenziato unitamente alla dilatazione dei tempi di trattazione delle procedure di reclamo, connessi al carico di lavoro centralizzato in un unico Tribunale abbiano determinato una minore effettività del diritto di impugnazione formalmente previsto dalla legge, in considerazione del fatto che, ovviamente, il reclamo non è sospensivo dell'applicazione del regime speciale e non è infrequente che i tempi di decisione del reclamo proposto siano tali da coincidere, talvolta, con la durata stessa del decreto ministeriale.

La giurisprudenza di legittimità, però, ha chiarito che sia altresì possibile per l'interessato chiedere al Ministro di Giustizia la revoca anticipata dell'applicazione del regime differenziato ove ne siano venuti meno i presupposti (onerando, però, il richiedente della prova della cessazione dei presupposti per l'applicazione) e, in caso di omessa risposta, il cd “silenzio rifiuto” possa essere altresì oggetto di reclamo avanti al Tribunale di Sorveglianza di Roma, in ragione della competenza centralizzata ora stabilita. Si legga in tal senso la pronuncia della Cassazione penale, sez. I, 18/09/2012, n. 39863-CED Cassazione penale 2012, rv 253288, che, in decisione sul conflitto negativo di competenza ha così stabilito: *“A seguito della legge n. 84 del 2009, la competenza a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale di rigetto, per silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del decreto impositivo del regime detentivo previsto dall'art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario spetta al tribunale di sorveglianza di Roma”*.

Così ancora, sempre al fine di garantire l'effettività dell'esercizio del diritto di difesa per il tramite della procedura di reclamo, la Suprema Corte ha chiarito altresì che il termine di venti giorni per l'impugnazione decorra, in caso di notifica anche al difensore, dall'ultima delle notifiche avvenuta, chiarimento quanto mai opportuno, in considerazione del rilevante contenuto tecnico dell'impugnazione, e che lo stesso sia termine soggetto alla sospensione feriale.

Leggasi in tal senso Cassazione penale, sez. I, 19/12/2011, n. 3634-Cass. pen. 12, 12, 4249 CED Cassazione penale 2011, rv 251851 *“Qualora il decreto di applicazione o di proroga del regime di cui all'art. 41 bis ord. penit. sia stato notificato anche al difensore, in ossequio all'art. 2 della Circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n. 100844 del 9 ottobre 2003, il termine per il difensore per proporre reclamo decorre dal momento della notifica a lui effettuata. (Nella specie, la Corte ha cassato la decisione del tribunale di sorveglianza che aveva considerato tardivo il reclamo del difensore proposto oltre il termine di 20 giorni dalla notifica del decreto di proroga al detenuto, ma entro i termini decorrenti dalla notifica a lui effettuata)”* e Cassazione penale, sez. I, 15/06/2010, n. 24830 G. CED Cassazione penale 2010, rv 248045 Annulla con rinvio Trib. Sorv. Roma, 15/12/2009 *“Il termine per la proposizione del reclamo*

avverso il d.m. di sospensione delle regole ordinarie di trattamento, adottato a norma dell'art. 41 bis, comma 2, l.e 26 luglio 1975 n. 354, è soggetto alla sospensione nel periodo feriale”.

Infine, anche a seguito delle novelle legislative, appare comunque conservato il potere/dovere del Tribunale di Sorveglianza di Roma, quale giudice unico per le decisioni dei reclami avverso l'applicazione e la proroga dei decreti ministeriali, di decidere non solo in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi del regime differenziato, ma altresì in ordine alla congruità del contenuto dello stesso, operando quella valutazione specifica delle limitazioni imposte avendo a riguardo alle condizioni soggettive del detenuto reclamante, che potrebbero determinare, per esempio in ipotesi di malattia o età particolarmente avanzata, un giudizio di non congruità e la necessità di una conseguente disapplicazione.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale, che, con la pronuncia n. 190 del 28/05/2010, Cass. pen. 2009, 10, 3444, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale posta con riferimento all'art. 41-bis commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, ne ha chiarito il contenuto implicito ed esplicito ed ha confermato che il compito del Giudice non possa limitarsi ad un mero controllo notarile, ma debba essere esplicito in modo pieno, verificando altresì se il contenuto del decreto si ponga in violazione con i diritti costituzionalmente garantiti ad ogni singolo detenuto in condizioni di restrizione della libertà personale.

Ancora un intervento della Corte Costituzionale è stato fondamentale per la comprensione del contenuto necessario dei decreti ministeriali di proroga del regime differenziato e del compito del Tribunale di Sorveglianza di vigilare in ordine alla loro effettiva motivazione, ritenendo l'art. 41 bis ancora una volta conforme al dettato costituzionale ove ne sia data una lettura ed interpretazione corretta.

Con ordinanza n. 417 del 23/12/2004, - Giur. cost. 2004, 6, è stato infatti precisato che *“È manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 13 commi 1 e 2, 24 comma 2, 27 comma 3, 97 comma 1 e 113 commi 1 e 2 cost., la q.l.c. dell'art. 41 bis comma 2 bis l. 26 luglio 1975 n. 354, come modificato dall'art. 2 l. 23 dicembre 2002 n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento sono prorogabili "purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno". La disposizione censurata deve infatti essere interpretata, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale e del giudice di legittimità, conformemente a Costituzione, nel senso cioè che il provvedimento di proroga deve contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali e che, in sede di controllo giurisdizionale, spetterà al giudice verificare in concreto - anche alla luce delle circostanze eventualmente allegiate dal detenuto*

– *se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale”.*

L'attuale quadro normativo, riletto alla luce delle pronunce interpretative sopra indicate, consente, pertanto, al reclamante ed al suo difensore una difesa effettiva nella misura in cui è stato chiarito che ogni provvedimento di proroga deve contenere una autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire e non possono ammettersi motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte, principi che sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità formata in relazione al nuovo comma *2-bis* dell'art. *41-bis*, la quale ha ribadito che ai fini della proroga è necessaria un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa.

3. Esercizio del diritto di reclamo ai sensi degli artt. 35-bis e 35-ter OP

Stabiliti i principi cardine in materia di esercizio del diritto di reclamo avverso i provvedimenti applicativi e di proroga del regime differenziato, l'esperienza “sul campo” della scrivente impone di ricordare che i singoli aspetti della vita quotidiana dei detenuti sottoposti al regime speciale o al cosiddetto “carcere duro” possano e debbano essere oggetto di valutazione da parte della Magistratura di Sorveglianza territorialmente competente, ovvero del Magistrato di Sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di pena in cui il detenuto è ristretto e del Tribunale di Sorveglianza distrettuale in secondo grado, ove si verificano violazioni di diritti costituzionalmente garantiti e tutelati anche dall'ordinamento penitenziario.

In termini pratici la proposizione di reclami giurisdizionali disciplinati dall'art. 35-bis dell'ordinamento penitenziario consente, quantomeno in linea teorica, il ripristino di quella vigilanza più attenta da parte del Giudice territorialmente più vicino, che avrebbe, pertanto, la concreta possibilità non solo di acquisire informazioni da parte degli organi penitenziari, ma altresì di accedere presso l'Istituto per la verifica personale in ordine alla lamentata violazione ovvero di recepire la segnalazione di siffatte violazioni ad opera del Garante dei detenuti.

Di fatto violazioni quali la limitazione eccessiva del numero dei partecipanti al gruppo di socialità o la sottoposizione a metodologie di perquisizione personale o sorveglianza visiva tramite telecamere eccedenti le esigenze di sicurezza e compiute in violazione delle norme procedurali in materia, o ancora, l'eccessiva compressione del diritto alla corrispondenza o alla fruizione di colloqui visivi con i famigliari o le limitazioni nella ricezione del cibo per il tramite del pacco mensile, la compressione del diritto allo studio e la violazione del diritto alla salute per il tramite di prescrizioni introdotte con il regime differenziato, che non tengano conto delle particolari condizioni di ogni singolo detenuto, possono essere fatte oggetto di

valutazione da parte del Magistrato di Sorveglianza per il tramite di reclamo giurisdizionale, che verrà discusso in udienza camerale partecipata nelle forme del videocollegamento.

Di fatto spesso proprio gli esiti dei procedimenti definiti a seguito dei ricorsi giurisdizionali proposti a norma dell'art. 35 bis OP hanno determinato l'emanazione di circolari ministeriali che hanno adeguato il contenuto di alcuni aspetti regolamentari della vita detentiva nel regime differenziato.

Ed ancora, proprio il diritto alla salute, ove possa essere gravemente compromesso in ragione delle particolari imposizioni dettate con il regime differenziato, può trovare sicuramente tutela anche per il tramite e nelle forme del reclamo giurisdizionale, che consente, peraltro, una possibile doppia valutazione nel merito, in primo grado da parte del Magistrato di Sorveglianza e, in caso di eventuale impugnazione, da parte del Tribunale di Sorveglianza distrettuale.

Da ultimo, non pare possa negarsi neppure ai detenuti sottoposti al regime differenziato la possibilità di accedere al rimedio risarcitorio ex art. 35-ter OP introdotto con l. 117/2014 in presenza di violazioni dell'articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati, ove le condizioni di detenzione risultino tali da comportare un trattamento inumano e degradante.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce della disciplina normativa delineatasi attraverso stratificazioni di leggi sempre più restrittive della libertà personale di soggetti qualificati come mafiosi e non più ancorate a situazioni di emergenza ed eccezionalità, pare che l'unico strumento per evitare reiterazioni per decenni di un regime particolarmente gravoso sia effettivamente il ricorso alla procedura di reclamo, che richiede, però, il coraggio e la completa autonomia da parte dell'Autorità Giudiziaria nella valutazione delle singole doglianze e nella verifica tanto dei presupposti quanto della congruità di ogni limitazione imposta rispetto alle asserite ragioni di sicurezza.

Il compito assegnato al Tribunale di Sorveglianza di Roma, in primo luogo, ed alla Magistratura di Sorveglianza territoriale pare essere particolarmente arduo, ove si consideri la durata media di applicazione del regime differenziato, che supera spesso e volentieri il decennio, ma l'altrettanto arduo compito del difensore deve essere quello di richiamare ed invocare sempre la giurisprudenza di legittimità e costituzionale, che hanno tracciato l'unico perimetro di legalità del regime 41 OP.

In assenza di un controllo giurisdizionale effettivo, rigido ed attento, che non si appiattisca ad una mera verifica formale dei presupposti applicativi e del titolo detentivo, il regime differenziato non potrà che divenire una forma di tortura inconcepibile ed inaccettabile per il nostro ordinamento.