

LUCI E OMBRE DELLA SENTENZA MURŠIĆ

di Marco Ruotolo[♦]

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Le “luci” della sentenza Muršić*; 3. *Le “ombre” della sentenza Muršić*; 4. *“Oltre” la sentenza Muršić: il pervasivo uso delle circolari; ... e il tollerante atteggiamento della Cassazione.*

1. Premessa

Sono onorato di partecipare al primo seminario di studio e approfondimento tecnico-giuridico del neonato Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. Lo sono per diverse ragioni. Ho sempre ritenuto – e ho già scritto nelle conclusioni del mio libro “Diritti dei detenuti e Costituzione” del 2002 – che l’istituzione di un’ autorità nazionale di garanzia in tale ambito possa svolgere un ruolo importante nel processo di maturazione della “coscienza” dei diritti delle persone ristrette. Ne sono sempre più convinto, oggi, anche in ragione della scelta dei componenti del Collegio dell’Autorità e in particolare del suo Presidente, la cui esperienza e conoscenza dei temi dell’esecuzione penale è a tutti nota.

Il Garante ha come funzione, forse principale, quella di agire per prevenire situazioni che possano evolvere in mancata tutela dei diritti delle persone ristrette. E a tale opera di prevenzione – ormai riconosciuta come centrale nella tutela dei diritti fondamentali anche a livello europeo e globale – ben può concorrere la riflessione scientifica attraverso il confronto su tematiche di attualità quali quelle oggetto dell’odierno seminario, che ci invita alla discussione sulle coordinate spazio-temporali dell’esecuzione della pena attraverso lo studio di una specifica sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera, 20 ottobre 2016, caso Muršić c. Croazia, ric. n. 7334/13).

2. Le “luci” della sentenza Muršić

Vorrei partire da quelli che mi sembrano essere gli elementi positivi della sentenza Muršić per poi soffermarmi su un punto specifico, che trovo invece problematico.

La pronuncia Muršić conferma quanto avevo già desunto da una non formalistica lettura delle precedenti decisioni della Corte EDU. Non basta assicurare uno spazio minimo vitale in cella superiore a 3 mq pro capite per affermare che il trattamento del detenuto sia conforme al senso di umanità. La sentenza Sulejmanovic e poi in parte la sentenza Torreggiani sembravano aver invece prodotto questo effetto, trasformando molti operatori penitenziari italiani in geometri del catasto (ri

[♦] Professore ordinario in Diritto costituzionale (Università degli Studi «Roma Tre»). Il testo riproduce la relazione tenuta dall’Autore al 1° Seminario di studio e approfondimento organizzato dal *Garante Nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale*, dedicato a «La sentenza MURŠIĆ della Grande Camera corte E.D.U.», Roma, 24 novembre 2016.

prendo la felice espressione di Mauro Palma) preoccupati di trovare “soluzioni”, anche fantasiose, che, in situazioni di sovraffollamento, fossero in grado di evitare ulteriori condanne europee.

Il rispetto dell’art. 3 CEDU e degli stessi parametri costituzionali impone, invece, di tenere conto di una pluralità di fattori - tra i quali durata della detenzione, età, condizioni di salute - al fine di poter verificare in concreto se il rispetto della dignità della persona sia stato assicurato (nella sentenza Muršić si parla di valutazione delle sofferenze fisiche o psichiche subite dal detenuto: par. 98).

Lo Stato deve assicurare condizioni compatibili con il rispetto della dignità, indipendentemente dalle difficoltà finanziarie e logistiche (par. 99). Non si possono addurre, dunque, tali argomenti per affermare l’inesigibilità della pretesa a far valere quello che altrove ho definito come il diritto a un’esecuzione della pena non disumana.

Al tema dello spazio si associa quello del tempo, in un’unitaria dimensione che riferirei alla qualità della vita in carcere. Lo spazio non è soltanto quello minimo vitale in cella, ma è quello fruibile mediante la locomozione all’interno dell’istituto. La cella dovrebbe essere mera camera di pernottamento e lo spazio della pena detentiva definito dal muro di cinta, con possibilità di indietreggiare fino alla cella solo per puntuali ragioni di ordine e sicurezza. Il tempo dovrebbe essere scandito da attività che proiettino all’interno del carcere, nella misura più ampia possibile, le dinamiche della vita libera, consentendo al singolo di autodeterminarsi. Su questo complesso di fattori dovrebbe misurarsi la qualità della vita in carcere e attestarsi la valutazione circa la “decenza” della condizione detentiva (par. 132).

Ciò non vuole dire che la disponibilità di uno spazio minimo vitale in cella inferiore a 3 mq non determini una “forte presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU” (è quanto afferma, infatti, la Corte nel par. 135). Ma quella presunzione è superabile quando la durata della riduzione dello spazio sia stata breve o comunque alla luce della valutazione delle condizioni generali di detenzione. Occorre fare riferimento alle specificazioni contenute nelle Regole penitenziarie europee (specie Regola n. 18), considerare elementi quali areazione, riscaldamento, condizioni igieniche, ecc., fondamentali per dare concretezza al divieto di cui all’art. 3 CEDU (par. 139).

3. Le “ombre” della sentenza Muršić

C’è tuttavia un passaggio in questa condivisibile decisione che genera alcune perplessità: è contenuto nel par. 114, ove si legge che nel calcolo dello spazio minimo a disposizione in cella (i famosi 3 mq) non si deve includere quello occupato dai sanitari, ma si deve considerare quello occupato dal mobilio.

Dunque, la superficie si calcola al lordo del mobilio, diversamente da quanto ritenuto da una parte della nostra giurisprudenza interna. Come risolvere il contrasto? Sappiamo che le disposizioni della CEDU costituiscono obbligo internazionale e che la giurisprudenza della Corte EDU ha forza vincolante per gli Stati. Anche se, ai sensi dell’art. 46 CEDU, l’impegno delle Parti contraenti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte riguarda “le controversie nelle quali sono parti”. V’è però l’art. 35-ter ordinamento penitenziario che, nel predisporre rimedi risarcitori in favore del detenuto che abbia subito condizioni detentive tali da violare l’art. 3 CEDU, specifica che esso va inteso per “come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo”, senza limitazioni di sorta.

Che fare allora? Tenendo presente quanto affermato dalla Corte costituzionale (sin dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007) riguardo alla prevalenza degli obblighi internazionali, che opera nei limiti della loro conformità a Costituzione, si potrebbe provare a ragionare sulle possibilità di “resistere” alla novità che sembrerebbe imposta dalla giurisprudenza europea.

Proviamo a farlo. Sappiamo che gli Stati contraenti conservano un margine di apprezzamento rispetto al sistema CEDU, ossia un potere di valutazione sistemica dei “profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali” che possano venire in rilievo (sentt. nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale). Sappiamo – anche grazie a un’importante precisazione contenuta nella sent. n. 317 del 2009 della Corte costituzionale – che la ricostruzione dei rapporti tra le tutele offerte dalla Costituzione e dalla CEDU deve essere ispirata al principio della massima espansione dei diritti fondamentali intesi come sistema. Ne potremmo dedurre che un’indicazione giurisprudenziale europea – peraltro non riferita specificamente al nostro Paese – possa essere superata da soluzioni giurisprudenziali interne che assicurino una migliore tutela del diritto che viene in considerazione, dovendosi al contrario ritenere preclusa soltanto un’eventuale scelta più restrittiva.

Mi rendo conto che si tratterebbe di un’interpretazione ardita a fronte del rinvio espresso operato dall’art. 35-ter alla giurisprudenza della Corte europea. Non nego, dunque, e anzi prevedo, che la sentenza Muršić produrrà un assestamento della giurisprudenza interna volto a considerare la superficie sulla quale calcolare lo spazio minimo vitale al lordo del mobilio. Se questo accadrà, dovremo tenere desta l’attenzione affinché la portata della decisione europea non sia “ridotta” a questo pur delicato punto. Ciò che la Corte EDU impone di fare è, infatti, una valutazione complessiva delle condizioni detentive, che comprende l’analisi delle attività svolte all’interno del singolo istituto e dunque la considerazione anche della gestione dello stesso da parte dell’amministrazione penitenziaria. La “decenza” delle condizioni detentive dipende senz’altro da una pluralità di fattori e non è detto che sia assicurata da uno spazio minimo vitale in cella di 3 mq, pure calcolando la superficie al netto del mobilio.

Resta però il timore che il seguito “amministrativo” e giurisprudenziale della decisione europea possa assestarsi soltanto sul fattore spaziale, con un evidente abbassamento della tutela del diritto a un’esecuzione della pena non disumana. Traduco in pratica questa preoccupazione. Oggi su una cella collettiva di dimensione medie – 8,80 mq – si detrae lo spazio occupato dal letto – 1,70 mq – e quello occupato dall’armadio – 0,60 mq – residuando una superficie disponibile di circa 6,50 mq, che potrebbe ospitare due persone. Calcolando lo spazio al lordo del mobilio, in quella stessa cella collettiva potrebbero entrare 3 persone, scendendosi poco sotto i 3 mq, purché le altre condizioni (c.d. criteri compensativi) siano rispettate.

Ho il timore, insomma, che l’atteggiamento da geometra del catasto possa riconquistare posizioni e magari trovare traduzione in qualche circolare amministrativa che valorizzi questo solo punto della sentenza Muršić. Sappiamo, d’altra parte, quanto contenzioso sia stato determinato proprio dalle circolari del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP) che, pur essendo atti privi di pubblicità e a valenza interna, sempre più spesso pretendono di avere efficacia esterna, imponendosi, nella sostanza, come atti dotati di forza normativa. È un tema, quello delle circolari, che andrebbe seriamente affrontato, invocando la corrispondenza tra forma e sostanza al fine di consentire a coloro che ne sono spesso gli effettivi destinatari – i detenuti – una pienezza di tutela laddove i provvedimenti ivi contenuti incidano sui loro diritti.

Spero che quanto ora prefigurato non accada e confido che, ove accadesse, possa trovare un freno da parte della magistratura di sorveglianza (oltre che la ferma denuncia del Garante). Senza dimenticare che – di nuovo grazie all’art. 35-ter – quelle che un tempo sarebbero state valutazioni di merito, escluse come tali dal sindacato della Cassazione, oggi sono divenute potenziali violazioni di legge, permettendo anche al giudice di legittimità di intervenire in questa delicata materia. Che poi questi interventi della Cassazione in ambito penitenziario siano stati sinora soddisfacenti è altra questione, che pure meriterebbe di essere studiata a fondo.

4. “Oltre” la sentenza Muršić: il pervasivo uso delle circolari...

Credo che i due temi appena indicati (uso delle circolari amministrative e atteggiamento della giurisprudenza di legittimità) necessitino di un approfondimento che trascende gli spazi di questo mio breve intervento.

Proverò soltanto a tracciare alcune linee, auspicando che la riflessione possa essere portata avanti in altre occasioni.

Per quanto riguarda le circolari e al fine di comprendere le ragioni della loro sempre maggiore rilevanza, ritengo opportuno ricordare la classica e magistrale distinzione tra “disposizione” e “norma” offerta da Vezio Crisafulli. La disposizione è il testo, l’enunciato normativo, la norma è il significato che a quel testo attribuisce l’interprete. È la norma che condiziona il destinatario del messaggio legislativo, in quanto la disposizione vive attraverso l’interpretazione, specialmente del giudice, ma anche, tra l’altro, dell’amministrazione.

Se utilizziamo questa riflessione con riferimento all’esecuzione della pena, ben possiamo considerare le circolari del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria come atti che “concretizzano” il messaggio legislativo, finendo per esser percepite come la “norma” idonea a disciplinare i casi concreti. La circolare è sì, formalmente, un atto amministrativo, ma sostanzialmente si atteggia ad atto produttivo di norme, nella misura in cui si traduce nell’offerta del significato da dare allo specifico messaggio legislativo, proponendosi peraltro di condizionare l’azione degli operatori penitenziari. Fin quando la circolare c’è (perfino se contraria alla legge o alla Costituzione sino al momento del suo annullamento; già la mera disapplicazione non ha lo stesso effetto), gli operatori penitenziari tenderanno a ricercare in essa la norma da applicare piuttosto che nella disposizione normativa di partenza. Si potrebbe perfino arrivare a dire che: se la circolare pretende di fissare la norma che può essere ricavata dalla disposizione; se quella pretesa trova seguito nella prassi; allora la norma “sta” nella circolare. Quella è la regola da applicare e osservare!

È un esempio di come un atto non normativo sia in grado di condizionare la lettura delle disposizioni normative e di quanto possa incidere l’opera dell’Amministrazione, specie dei suoi vertici, nella vita concreta dei messaggi legislativi. È fin troppo ovvio che questo discorso sull’efficacia sostanziale delle circolari vale nell’ambito dell’Amministrazione e si lega al rapporto gerarchico che ne caratterizza le dinamiche. È in questo ambito che si afferma l’obbligatorietà dell’interpretazione fornita dai vertici dell’Amministrazione, la quale, ovviamente, ben potrà essere superata dal giudice, chiamato ad applicare la legge. Pur con questa doverosa precisazione, non v’è dubbio che la c.d. interpretazione amministrativa rivesta un ruolo determinante nel momento applicativo, almeno fin quando non “rimossa” dal giudice, essendo comunque senz’altro “preferita” ove si riveli non contraria al dettato legislativo.

Quante volte i giudici sono chiamati a giudicare della legittimità delle circolari del DAP la cui rimozione è condizione per la più completa fruizione del diritto da parte del ricorrente o del reclamante? Se il giudice ritiene che la circolare non sia contraria al dettato legislativo, non v’è dubbio che l’interpretazione fornita dall’amministrazione si consolidi, finendo per essere quella “preferita” tra le diverse possibili. In tal caso quella efficacia sostanzialmente normativa che avevamo delineato per i rapporti interni all’amministrazione, tende ad espandersi anche nei rapporti con i terzi, proprio in ragione dell’avallo, sia pure indiretto e volto a definire una specifica controversia, dato dalla giurisprudenza all’interpretazione contenuta nella circolare.

Proprio in base alla consapevolezza dell’importanza e delle potenzialità delle circolari che da anni ne auspico un utilizzo, per così dire, migliore, in vista di una lettura evolutiva del diritto penitenziario da parte dell’Amministrazione, sempre orientata all’attuazione dei principi costituzionali e all’adempimento degli obblighi internazionali. Molto si può fare,

infatti, anche senza modifiche normative, attraverso un'azione amministrativa che sia orientata alla realizzazione dei predetti obiettivi, pronta a ricavare dal messaggio legislativo norme idonee a rispondere a bisogni in continua evoluzione, certo non fermi alla data del 1975, anno della realizzazione dell'ottima riforma penitenziaria. Si pensi al migliore uso della tecnologia (Skype per i colloqui a distanza!) o al superamento di alcune prassi sedimentate ma non certo imposte dalla legge (per esempio, l'allontanamento del coniuge in occasione del contatto tra il genitore detenuto in 41-*bis* e il figlio minore di anni 12). Spesso ci si rifugia, invece, dietro la supina osservanza della lettera della legge per non cogliere le opportunità che l'interpretazione (orientata all'attuazione dei principi costituzionali e internazionali) offre negli ambiti in cui la legge espressamente non vieta.

5. ... e il tollerante atteggiamento della Cassazione

Perché quanto auspicato accada davvero è necessario che la giurisprudenza, specie di legittimità, sia “sintonizzata” sulla stessa “lunghezza d'onda”.

Ho scritto altrove - e qui desidero ribadire - che se il giudice (specie di legittimità) con troppa facilità “derubrica” i reclami dei detenuti riguardanti la lesione di diritti a “lamentelle che non raggiungano un tale livello”, l'Amministrazione ben può sentirsi legittimata a dilatare il suo ambito di intervento in sede di determinazione delle “modalità pratiche” delle limitazioni legislativamente imposte. Fino al punto da non ritenersi necessaria la previa e puntuale determinazione legislativa – proprio perché l'intervento viene collocato al di fuori dell'ambito di incisione di un diritto – essendo sufficiente l'attribuzione (legislativa) all'Amministrazione penitenziaria del potere di fissare le modalità concrete di attuazione del regime carcerario in quanto tale.

Insomma basta che l'azione amministrativa trovi il proprio fondamento nella legge (principio di legalità), non essendo più avvertiti come necessari né la puntuale determinazione dei casi e modi di intervento della stessa (come invece richiesto per gli interventi che incidono sui diritti: riserva di legge) né il previo provvedimento dell'autorità giudiziaria (invero indispensabile nelle ipotesi in cui la restrizione nell'esercizio del diritto sia assistita pure dalla riserva di giurisdizione).

Ho l'impressione, infatti, che si stia dilatando eccessivamente l'area degli “aspetti organizzativi di stretta pertinenza dell'amministrazione”, forse dimenticando che i diritti sono proiezione dei bisogni umani e che questi ultimi, specie per chi si trova in stato di detenzione, si traducono in rivendicazioni che spesso non sono immaginabili nella “vita libera”.

Lamentare la mancata ricezione di canali televisivi non significa rivendicare il diritto all'informazione? Lamentare l'impossibilità di colloquiare con il figlio minore di anni dodici senza vetro divisorio con la contestuale presenza, al di là dello stesso, degli altri familiari autorizzati al colloquio non significa rivendicare diritti connessi alla tutela della vita familiare (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.)? Lamentare la mancata ricezione di riviste, quotidiani e libri non significa rivendicare il diritto all'informazione e/o allo studio? Lamentare l'ingiustificato “trattenimento” di questi ultimi non significa rivendicare il diritto alla corrispondenza?

Sono domande che meritano risposte non elusive e che impongono una seria valutazione della congruità del mezzo (limitazione all'esercizio di un diritto) in vista dello scopo (nel caso dei detenuti in 41-*bis*, che è quello che riguarda gli esempi sopra fatti, evitare la perduranza dei contatti con la criminalità organizzata). Non solo: sono domande che impongono una valutazione sulla idoneità dell'atto impiegato per la limitazione dell'esercizio del diritto, prima ancora che sulla congruità della misura prescelta.

Per questo ribadisco, in conclusione, la mia proposta: riflettere approfonditamente sui limiti all'utilizzo delle circolari; studiare più attentamente la giurisprudenza della Cassa-

6 MARCO RUOTOLO

zione in ambito penitenziario. Forse anche il “seguito” della sentenza Muršić sarà uno stimolo in questa direzione.

Marco Ruotolo