

Il merito

Ordinamento penitenziario

La decisione

Ordinamento penitenziario - Decreto ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento - Limitazione della permanenza all'aperto ad una durata non superiore a due ore al giorno - Inosservanza del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità - Potere discrezionale dell'Amministrazione esercitato attraverso valutazioni in concreto (Cost. artt. 27, co. 3, 32; L. 26 luglio 1975, ord. penit. artt. 10, 35-bis, 41-bis, co. 2 quater, lett. f).

«Sebbene nell'ambito dell'art. 41-bis, co. 2-quater, ord. penit. l'applicazione della durata minima non debba essere collegata a fattori propriamente eccezionali, non debba essere necessariamente di breve durata, non richieda un apposito provvedimento motivato da comunicare al Provveditore regionale e alla Magistratura di Sorveglianza, tuttavia l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione nella scelta fra la durata massima e quella minima va giustificato e deve rispondere in concreto (non per astratte indicazioni generalizzate valide per qualsiasi istituto), a ragioni di sicurezza, di ordine, di organizzazione interna, che davvero non rendano possibile consentire ai detenuti di permanere all'aperto per due ore al giorno (in aggiunta al tempo da trascorrere negli spazi interni comuni)».

MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI SASSARI, (ord.) 23 settembre 2016 (udienza 20 settembre 2016) - DIEZ, Estensore - LEO, P.G. (diff.) - Gallico, ricorrente.

Il diritto alla permanenza all'aria aperta per il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale: un'evasione dalla legalità

1. L'ordinanza in commento offre significativi spunti di riflessione in tema di regime detentivo speciale ex art. 41-bis ord. penit., in particolare sull'*an* e sul *quomodo* le regole di trattamento penitenziario, più severe e più restrittive rispetto a quelle ordinarie, possano rischiare di comprimere, oltre misura, i diritti fondamentali dei detenuti riconosciuti dall'ordinamento giuridico¹.

La questione posta all'attenzione del Magistrato di Sorveglianza, in estrema

¹ Sull'argomento, v. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, 187 ss.

sintesi, riguarda il reclamo formulato attraverso il nuovo art. 35-*bis* ord. penit.² da parte di un detenuto sottoposto al regime carcerario differenziato disciplinato dall'art. 41-*bis* ord. penit.³

In esso, con riferimento al regolamento imposto dalla direzione del carcere, si contesta la disposizione in forza della quale la permanenza all'aperto è consentita per due ore al giorno, ma una sola di queste può svolgersi all'aria aperta, mentre l'altra deve essere fruita all'interno della sala socialità; la richiesta, invece, è quella di poter usufruire di due ore all'aria aperta e di altre due ore nella sala socialità.

Inoltre, il detenuto chiede, in via logicamente subordinata, che venga sollevata eccezione di incostituzionalità della norma di cui all'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, ord. penit. per contrasto con il principio di umanità della pena *ex* art. 27, co. 3, Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità di trascorrere due ore all'aria aperta e altre due ore nella sala socialità ai detenuti reclusi in istituti dotati di cortili per ciascun gruppo di socialità.

A sostegno della propria istanza il condannato lamenta che la limitazione ad una sola ora quotidiana all'aperto cagioni rilevanti problemi di salute, deducendo a conferma di ciò che sia lui che i suoi compagni di detenzione, sottoposti ad apposite indagini ematiche, hanno riportato un livello di vitamina D inferiore al minimo accettabile, proprio per carente esposizione al sole.

Orbene, l'*iter* motivazionale alla base dell'ordinanza, che ha condotto il Magistrato di sorveglianza ad accogliere il reclamo, focalizza l'attenzione sull'effettivo spazio riservato dall'attuale sistema normativo del cosiddetto "carcere duro" ad uno dei più noti diritti del detenuto, ossia quello di trascorrere alcune ore del giorno all'aria aperta, ponendo sotto la lente di ingrandimento anche la differente, ma non ininfluyente, disciplina prevista per i detenuti in regime ordinario.

2. In primo luogo l'ordinanza fa luce su un punto di indubbio rilievo: il contenuto dell'istituto della permanenza all'aperto *ex* art. 10 ord. penit.

Il Regolamento del 1931 disciplinava l'accesso al diritto all'aria aperta con l'espressione "passeggio nei cortili", denominazione dalla quale si coglieva il

² Per un approfondimento sul nuovo reclamo giurisdizionale, v. BORTOLATO, *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa-Giostra, 5° ed., Padova, 2015, 395 ss; FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 377 ss.

³ Sulla struttura e sulla *ratio* della norma, v. FIORIO, *41-bis parliamone*, in questa *Rivista online*, 2015, 1 ss.

residuo di una concezione remota⁴, secondo cui ai detenuti era concesso di uscire dalle celle solo per passeggiare in file ordinate e in silenzio.

Oggi la situazione è diversa. La norma generale dell'ord. penit. ha chiaramente voluto prendere le distanze da quel modello. In particolare, l'art. 10, co. 1, ord. penit. garantisce a tutti i detenuti, eccettuati coloro che prestano lavoro all'aperto⁵, la possibilità di «permanere almeno due ore al giorno all'aria aperta», previsione tradizionalmente rispondente alla necessità di tutelare la salute, fisica e psichica, dei ristretti, essendo noti gli effetti negativi e il rischio di danni irreversibili alle capacità visive che un'interrotta e prolungata permanenza in ambienti chiusi può provocare sui detenuti.

Da tali preoccupazioni sembra muovere anche il relativo regolamento di esecuzione, in quanto l'art. 16, co. 2, del d.p.r. n. 230 del 2000, stabilisce che la permanenza all'aperto deve avvenire, se possibile, non in spazi interclusi fra fabbricati⁶, ma in luoghi maggiormente esposti all'aria e alla luce, e deve essere assicurata per periodi adeguati, anche attraverso le valutazioni dei servizi sanitario e psicologico, come strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale.

Dunque, la norma definisce il contenuto minimo del diritto alla permanenza all'aperto, che dovrà avere «almeno» una durata di due ore giornaliere, tuttavia con la possibilità di essere modificata in senso più favorevole ai soggetti ristretti mediante uno strumento normativo flessibile quale è, appunto, il regolamento interno di ogni istituto penitenziario, secondo quanto precisato dall'art. 36, co. 2, lett. e) reg. esec.⁷

⁴ Cfr. DI RORETO ILARIONE, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*, Torino, 1840, il quale, all'interno del Trattato, riporta l'articolo X, intitolato "passeggio nei cortili", in base al quale «il moto è indispensabile a tener sano il corpo; epperò in ogni carcere preventiva, dal levare al tramontar del sole, vuolsi far passeggiare i ditenuti, ciascuno almeno un'ora solo nei diversi cortili se lo scarso numero di essi lo concede, o cogli altri se un maggior numero lo esige. In questo caso per iscarsare le comunicazioni si debbono dividere i ditenuti in isquadre poco numerose, e disporre a distanza in passeggio circolare, il dorso volto l'un l'altro ed in silenzio. Quando il cattivo tempo non permette il passeggio nei cortili sarà bene ordinarlo negli anditi. Nell'uno come nell'altro passeggio debbe sempre stare un guardiano ad invigilarli».

⁵ Categoria alla quale parrebbero appartenere non solo gli internati nelle colonie agricole o i detenuti lavoranti nei rari istituti nei quali si svolgono attività di coltivazione o zootecniche, ma anche coloro, probabilmente più numerosi, che sono ammessi ad attività di manutenzione e cura degli spazi esterni dei vari istituti.

⁶ Su tale punto, in senso critico, v. VERRINA, *sub art. 10*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 121, la quale osserva come, purtroppo, la interclusione tra fabbricati accada comunemente ed è destinata a divenire la regola laddove gli spazi verdi dovessero cedere il posto alle nuove sezioni destinante a fronteggiare il sovraffollamento carcerario.

⁷ Cfr. VITELLO, *Sub art. 10*, in *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di Grevi-Giostra-Della Casa, Padova, 2000, 110.

Tale facoltà è finalizzata non solo ad adeguare alle particolari esigenze dell'istituto le modalità del trattamento, ma anche a soddisfare al meglio le istanze dei detenuti che possono variare in relazione a diversi fattori dipendenti, ad esempio, dalla loro condizione personale e processuale, oppure dalla stessa strutturazione dell'istituto.

Tuttavia, non può essere omissa che l'assenza di criteri ben definiti da cui far dipendere tale previsione normativa si sostanzia in una eccessiva discrezionalità in capo all'amministrazione penitenziaria che rischia di sconfinare nel libero arbitrio.

In virtù dell'importante funzione ricoperta dall'istituto, ai sensi dell'art. 10, co. 1, ord. penit. la permanenza all'esterno di ciascun detenuto «può essere ridotta a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali» e per tempi brevi con provvedimento motivato del direttore dell'istituto, da comunicarsi al Provveditore regionale e al Magistrato di sorveglianza *ex art.* 16, co. 3, reg. exec.

Oltre alla fondamentale funzione di tutela della salute, la permanenza all'aperto rappresenta l'occasione per svolgere un significativo momento di incontro e di socializzazione tra detenuti assegnati a camere diverse. Per questo motivo il legislatore nell'art. 10, co. 2, ord. penit. ha precisato che - salvo i casi dei soggetti sottoposti ad isolamento continuo o a particolari sanzioni disciplinari - «la permanenza all'aria aperta è effettuata in gruppi» al fine di garantire le esigenze di recupero sociale del soggetto, in modo da produrre progressi e risultati positivi sulla sua personalità.

3. Il *punctum dolens* dell'ordinanza è rappresentato dall'analisi relativa alla natura e al contenuto del diritto alla permanenza all'aria aperta così come disciplinato nel regime detentivo differenziato *ex art.* 41-*bis* ord. penit.

La disposizione apparve nel 1986⁸ per far fronte a rivolte o gravi situazioni di emergenza interne al carcere; si ritenne, infatti, che potesse essere un utile strumento la sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti qualora questa si fosse resa necessaria e funzionale al ripristino dell'ordine e della sicurezza.

Fu nei primi anni 90⁹ che l'art. 41-*bis* ord. penit. assunse la sua attuale fisio-

⁸ L'inserimento della norma nel testo della L. n. 354 del 1975 avvenne ad opera della c.d. legge Gozzini (L. n. 663 del 1986).

⁹ L'art. 19 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 ha aggiunto, infatti, il co. 2 all'art. 41 *bis* ord. penit. L'assetto stabile della norma si deve, poi, alla L. 23 dicembre 2002, n. 279 che rende definitivo il regime speciale di carcerazione (sino ad allora temporaneo ed emergenziale, mantenuto in vita da continue e successive proroghe) ed alla più recente L. 15 luglio 2009, n. 94 che ha introdotto ulteriori restrizioni nelle modali-

nomia, affiancando all'esigenza di sicurezza interna al carcere, la tutela della sicurezza esterna, ovvero quella pubblica, dotando lo Stato di uno strumento efficace e di contrasto alle organizzazioni criminali, capace di assicurare «una condizione di sostanziale cesura tra gli esponenti detenuti delle organizzazioni criminali ed i componenti attivi delle medesime consorterie ancora in libertà»¹⁰.

La dichiarata volontà di ripristinare il rigore originario dello speciale regime detentivo ha comportato un ulteriore intervento del legislatore che con l'art. 2, co. 25, della legge 15 luglio 2009, n. 94 ha introdotto misure che possiedono una finalità più spiccatamente preventiva e, ancora, con le modifiche declinate nell'art. 41-bis, co. 2-quater, ord. penit., ha cercato di conferire, attraverso l'irrigidimento dei contenuti sul piano normativo, una maggiore efficacia al c.d. carcere duro nel soddisfare le speciali esigenze di ordine e di sicurezza cui è preordinato¹¹.

Nel tentativo di "fissare" il più possibile, attraverso plurimi *escamotages*¹², il contenuto affittivo del decreto ministeriale, si sono resi necessari interventi tanto sui profili che riguardano i rapporti con l'esterno, quanto sugli aspetti che attengono alle occasioni di socialità interna e alle attività tipiche della permanenza in carcere, incidendo pesantemente sulle più basilari condizioni di vita del detenuto.

Sulla base di tale cornice sistematica, con riferimento alle attività interne all'ambito carcerario, l'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. f) ord. penit. stabilisce che la permanenza all'aperto non può avere una durata superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite minimo di un'ora al giorno di cui all'art. 10, co.1, ord. penit. e non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone¹³.

L'ordinanza *in primis* cerca di sciogliere un nodo interpretativo derivante dal-

tà esecutive del regime carcerario speciale.

¹⁰ Così, ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 250.

¹¹ Sulla fisionomia del regime speciale dettato dall'art. 41-bis ord. penit. a seguito della riforma, v. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 113 ss.; DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012; GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione della pena*, in questa *Rivista online*, 2015, 17 ss.

¹² L'*incipit* dell'art. 41-bis, co. 2-quater, ord. penit. ha cercato di perseguire tale obiettivo attraverso l'inserimento dell'indicativo presente «prevede» in luogo del maggiormente duttile uso della forma servile «può comportare», ed inserendo ulteriori limitazioni. Tuttavia, rimane più apparente che reale il tentativo di tipizzare le previsioni, dal momento che continuano a sussistere nell'ambito della struttura dell'articolo in questione disposizioni in bianco che attribuiscono al Ministro della giustizia una rilevante discrezionalità.

¹³ La legge n. 94 del 2009 ha inciso restrittivamente anche su questo aspetto della disciplina, portando da quattro a due le ore di permanenza all'aperto e riducendo il numero dei componenti del gruppo da cinque a quattro.

la formulazione della disposizione, vale a dire se la restrizione temporale (limite massimo di due ore al giorno) riguardi solo la permanenza all'aria aperta o anche lo svolgimento di attività sociali.

Prima dell'ultima modifica legislativa, quando la durata della permanenza all'aperto era fissata dalla legge al massimo in quattro ore, l'amministrazione penitenziaria intendeva la norma in senso restrittivo, poiché nei decreti applicativi del regime emessi successivamente alla riforma del 2002 i detenuti erano ammessi a trascorrere all'aperto non più di quattro ore al giorno, di cui due da trascorrere nelle sale adibite ad attività in comune di tipo culturale, ricreativo o sportivo quali biblioteca o palestra¹⁴.

A seguito dell'intervento normativo, l'Amministrazione penitenziaria, nel fissare i criteri interpretativi della nuova disciplina sulla scorta dei quali predisporre i decreti ministeriali, con la circolare DAP del 2009¹⁵ ha mantenuto fermo il principio in base al quale delle due ore di permanenza all'aperto una sia riservata alla frequentazione di locali comuni, riducendo così ordinariamente ad un'ora la durata della effettiva "ora d'aria", e determinando in ventidue ore al giorno il tempo che il detenuto dovrà trascorrere all'interno della propria cella.

Il Magistrato di sorveglianza critica tale prassi amministrativa, in quanto sembra basarsi sull'implicito presupposto ermeneutico in base al quale l'espressione "all'aperto" contenuta nell'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lett. f) ord. penit. sia riferita alla permanenza "fuori dalla stanza di pernottamento", per cui, pur concedendo il tempo massimo prescritto, dovendo questo essere equamente ripartito tra cortile e sala socialità, la permanenza nel primo spazio, di conseguenza, non potrebbe superare l'ora.

A detta dell'autorità giurisdizionale bisognerebbe, invece, seguire un'interpretazione letterale e sistematica, secondo la quale con l'espressione "all'aperto" non si intende "fuori dalla cella" ma, richiamando *expressis verbis* l'art. 10 ord. penit., si fa inevitabilmente riferimento "all'aria aperta", quindi al cortile e non già alla sala socialità - posta al chiuso della sezione - che rientra, invece, nella previsione generale dell'art. 5 ord. penit. (caratteristiche degli edifici penitenziari) il quale puntualizza che ogni istituto deve essere dotato non solo di locali per le esigenze individuali, ma anche di "locali

¹⁴ Cfr. sul punto la circolare DAP 9 ottobre 2003, n. 3592-6042, riportata integralmente nell'appendice del volume di ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, 292. In argomento, v. anche FIORIO-BOCCHINI, *Commento all'art. 41 bis*, in AA.VV., *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, vol. II, 2006, Torino, 544 ss.

¹⁵ V. la circolare DAP n. 0286202-2009 del 4 agosto 2009, con la quale sono stati apportati i necessari adattamenti alla precedente circolare.

per lo svolgimento di attività in comune”.

Nella medesima direzione, peraltro, si è posta anche altra giurisprudenza di merito che ha sottolineato come le due attività non siano tra di loro assimilabili, dato che la permanenza all’aria aperta risponde ad esigenze igienico-sanitarie, mentre le ore di socialità sono riconducibili alle attività ricreative e culturali finalizzate alla rieducazione del reo¹⁶.

Tale *modus interpretandi* prende forma dalla constatazione che non si comprende in che modo possa rendersi meno pericoloso un detenuto che, invece di fruire di due ore al giorno di permanenza all’aperto, fruisca soltanto di un’ora di tale facoltà.

Se detta restrizione, infatti, è stata introdotta al fine di limitare i contatti tra detenuti, va tuttavia evidenziato che determinate tipologie di comunicazione potrebbero essere attivate anche avendo a disposizione soltanto un’ora quotidiana di permanenza. Non desterebbe, pertanto, stupore se il detenuto che volesse passare “avvisi” di natura delittuosa al proprio co-detenuto, si avvallesse dell’unica ora di permanenza all’esterno, risultando, alla fine, la suddetta riduzione in alcun modo limitativa di tale possibilità¹⁷.

La norma appare nel dettaglio francamente eccessiva anche nella parte in cui precisa che i “passeggi” debbano svolgersi in gruppi non superiori a quattro persone, in quanto non risulta idonea a garantire lo scopo che si prefigge. La norma, infatti, risulta attenta a determinare il numero delle persone che si incontrano, ma nulla stabilisce in ordine al fattore più importante, ossia alle caratteristiche dei soggetti che permangono all’aria aperta e non prevede alcunché per impedire eventuali rotazioni nella composizione dei gruppi, che potrebbero eluderne la funzione¹⁸.

4. Alla luce della suesposta distinzione tra regimi ordinario, dove le due ore quotidiane di permanenza all’aperto rappresentano il minimo, e regime differenziato, nel quale le stesse rappresentano il massimo consentito dal legislatore, la motivazione dell’ordinanza concentra l’attenzione sulla *ratio* del richiamo effettuato nell’art. 41-bis, co. 2-quater, lett. f) ord. penit. all’art. 10, co. 1, ord. penit.

A tal proposito, merita di rilevare come l’ordinanza appoggi la tesi interpreta-

¹⁶ Cfr. Mag. Sorv. Cuneo 29 maggio 2003, in *Giur. Mer.*, 2003, 2456; Trib. Sorv. Torino, 11 dicembre 2003, in www.diritto.it.

¹⁷ In tal senso, v. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell’intervento novellistico sull’art. 41-bis o.p.*, in *Osservatorio del processo penale*, a cura di Gaito, 2009, 87.

¹⁸ V. ARDITA, *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell’applicazione del regime detentivo speciale dell’art. 41-bis dell’o.p.*, in *Rass. pen. e crim.*, 2007.

tiva maggioritaria in base alla quale il richiamo all'art. 10 ord. penit. sia limitato alla durata della permanenza all'aperto, ossia al limite minimo di un'ora - inderogabilmente garantito a qualsiasi detenuto - senza richiamare, però, l'intera disposizione, laddove, in particolare, la possibilità di scendere al di sotto delle due ore è condizionata alla presenza di «motivi eccezionali» e ad un provvedimento motivato da parte della direzione del carcere e comunicato al Provveditore regionale e al Magistrato di sorveglianza¹⁹.

Tuttavia, viene precisato che tale conclusione non significa condividere quella prassi dell'Amministrazione penitenziaria che, avvalendosi dell'esercizio di un'ampia discrezionalità, ha ridotto in via generalizzata e assoluta il diritto alla permanenza all'aperto ad un'ora soltanto al giorno per tutti i detenuti in regime detentivo speciale, senza alcuna specifica motivazione²⁰.

Infatti, tale applicazione normativa si sostanzia in una *interpretatio abrogans* della norma dettata dalla lett. f), poiché riduce la previsione della durata massima di due ore ad una mera prescrizione normativa destinata ad essere relegata nell'oblio, conducendo così alla identificazione della durata massima con quella minima.

Ebbene, al fine di verificare che le limitazioni imposte assumano una diretta incidenza nella prospettiva di attenuare il rischio di compromissione delle esigenze di ordine pubblico, e non si traducano, al contrario, soltanto in limitazioni afflittive per il detenuto senza assolvere allo scopo di risultare funzionali rispetto al bisogno di prevenzione, si riscontra che il Magistrato di sorveglianza dà precise indicazioni sul percorso che si dovrebbe seguire per giungere alla scelta del *quantum* delle ore di permanenza all'aperto.

In base all'ordinanza, «*l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione nella scelta fra la durata massima e quella minima va giustificato e deve rispondere in concreto (non per astratte indicazioni generalizzate valevoli per qualsiasi istituto), a ragioni di sicurezza, di ordine, di organizzazione interna, che davvero non rendano possibile consentire ai detenuti di permanere all'aperto per due ore al giorno (in aggiunta al tempo da trascorrere negli spazi interni comuni)*».

Tale applicazione della norma è perfettamente conforme alla teoria del bilanciamento degli interessi, dove il punto di equilibrio si colloca lungo un asse

¹⁹ Per un'interpretazione in senso contrario, v. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Il "pacchetto di sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 415, secondo il quale il testo dell'art. 41 bis, co. 2-*quater*, lett. f) ord. penit. fa lapalissianamente richiamo all'intero art. 10, co. 1, ord. penit.

²⁰ Cfr. Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, in *Rass. Penit. crim.*, 2009, 185.

mediano tra l'esigenza di assicurare la piena effettività del diritto del singolo alla permanenza all'aria aperta e la *salus rei publicae*, che rappresenta pur sempre il bene supremo all'autoconservazione della ordinata convivenza sociale²¹.

Di conseguenza, secondo la struttura assiologica delineata in varie pronunce della Corte costituzionale²², nel bilanciamento il singolo diritto potrà essere limitato in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, ossia che non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere.

Da ultimo, sembra confortare tale assunto un passaggio di una recentissima sentenza della Consulta, richiamata nella motivazione dell'ordinanza, ove si osserva che «*l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisirebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.*»²³.

Se è certo che il legislatore debba recepire e fare proprie le necessità della comunità, va anche detto che non devono essere mai obliterati i diritti e le garanzie assicurati dalla Carta costituzionale e dalle fonti sovranazionali.

I giudici di Strasburgo, pur riconoscendo che la disciplina del 41-*bis* ord. penit. si presenta connotata da notevole severità, hanno sempre escluso che essa possa essere ricondotta nell'area dei regimi carcerari inconciliabili con il divieto di tortura ovvero di trattamenti inumani o degradanti affermato dall'art. 3 della C.E.D.U.

Dunque, esclusa qualsiasi illegittimità a livello astratto, è nella concretezza dei singoli casi che in sede europea si è misurata la legittimità di tali forme di isolamento, pur non giungendo mai alla pronuncia di decisioni che abbiano ritenuto superata la soglia di gravità richiesta affinché quel divieto potesse reputarsi violato²⁴.

²¹ I conflitti tra interessi fondamentali sono stati spesso identificati come uno dei principali ostacoli alla piena attuazione dei medesimi, in tal senso, v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 228.

²² La pronuncia della Corte cost., n. 351 del 1996, in www.giurcost.org ed ancora più esplicitamente la pronuncia n. 376 del 1997, ebbe ad affermare che la restrizione dei diritti deve essere sottoposta, oltre che ai c.d. limiti esterni, riferibili al divieto di limitare ulteriormente la sfera di libertà del detenuto, ai limiti c.d. interni individuati in una stretta correlazione funzionale tra le limitazioni previste e la realizzazione delle esigenze di preservazione dell'ordine pubblico.

²³ Corte cost., n. 135 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2073 con nota di RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, e di FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*.

²⁴ Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU sulla materia *de qua*, v. MARCHESELLI,

Avendo come punto di riferimento l'interpretazione restrittiva dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*; ord. penit. ai dubbi sul piano funzionale vengono ad affiancarsi non poche perplessità sul piano della ortodossia costituzionale. Infatti, la generalizzata riduzione del tempo di permanenza all'aperto ad un'unica ora giornaliera sembra in grado non solo di non superare facilmente l'impatto con il canone della ragionevolezza, ma di tradursi in un trattamento contrario al senso di umanità *ex art.* 27, co. 3, Cost., soprattutto se detta restrizione viene messa in relazione alle altre limitazioni che caratterizzano il regime speciale, con il risultato di determinare un azzeramento delle opportunità di trattamento fruibili dai detenuti.

Inoltre, la norma rischia di contrastare anche con l'art. 32, co. 1, Cost., dal momento che il diritto della permanenza all'aperto per un congruo periodo, con la possibilità di effettuare esercizi fisici, è funzionale al mantenimento di buone condizioni di salute del detenuto e risponde ad ovvie esigenze di carattere igienico-salutare, laddove il regime finora descritto non consentirebbe di soddisfare adeguatamente il fondamentale diritto alla salute²⁵.

A tal riguardo, però, si registra un orientamento di estrema cautela da parte della Consulta che, ancora di recente, a fronte di una questione di legittimità concernente il numero di ore, sollevata in relazione agli artt. 27, co. 3, e 32 Cost. ha avuto modo di confermare la legittimità in sé del regime, dando vita ad una pronuncia di inammissibilità, stante l'ambivalenza del *petitum*²⁶.

Alcune voci in dottrina hanno cercato di individuare una strada alternativa che possa condurre in un futuro non troppo lontano ad un cambiamento di rotta da parte dell'organo costituzionale. È doverosa a tal proposito una premessa.

In base ai principi enunciati in passato dalla Corte, vi sarebbe uno stretto parallelismo tra il regime della detenzione speciale e quello conseguente all'instaurazione della sorveglianza particolare *ex art.* 14-*bis* ord. penit., tutta-

Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali dell'uomo, in www.europeanrights.eu.

²⁵ Corte cost., n. 376 del 1997, in www.giurcost.org, con riferimento all'art. 41-*bis* ord. penit. ha precisato che detto regime non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 ord. penit., né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità.

²⁶ Corte cost., n. 190 del 2010, in www.giurcost.org, in base alla quale, avendo il giudice *a quo* deciso di parametrare la questione di legittimità tanto sul canone della irragionevolezza del trattamento differenziato, quanto sul divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, avrebbe potuto indifferentemente tradursi in una richiesta di rimozione completa della previsione contenuta nella lett. f) dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*; ord. penit. ovvero di diversa quantificazione delle ore d'aria usufruibili dai detenuti assoggettati al 41-*bis* ord. penit.

via con una doverosa distinzione: mentre la detenzione speciale mira a neutralizzare la pericolosità sociale, la sorveglianza particolare è, invece, finalizzata a neutralizzare la pericolosità penitenziaria. Senonché, contravvenendo ad un ragionamento logico, l'art. 14-*quater*, co. 4, ord. penit. stabilisce che al detenuto deve essere garantita la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno, *salvo quanto disposto dall'art. 10*, richiamando, quindi, anche la sussistenza dei motivi eccezionali, ossia proprio ciò che non è richiesto dall'art. 41-*bis* ord. penit.

Ed ecco la soluzione proposta: converrebbe che la questione relativa alla violazione degli artt. 3 e 27 Cost. venisse riproposta alla Corte costituzionale assumendo come *tertium comparationis* il regime di sorveglianza particolare²⁷.

Mettendo da parte il contenuto ammirevole dell'ordinanza, la normativa disvela in maniera assolutamente tangibile il rilievo secondo cui trattasi di limitazioni semplicemente afflittive per il detenuto, paragonabili a mezzi di coercizione psicologica piuttosto che a strumenti di pura coercizione, finalizzati ad impedire il contatto con le organizzazioni criminali di appartenenza, ma, nei fatti, intesi soprattutto «a fiaccare la resistenza psicologica degli interessati, inducendoli a collaborare con l'autorità²⁸».

In conclusione, non resta che appoggiare, con l'amaro in bocca, il pensiero di uno dei più grandi filosofi della nostra epoca, Zygmunt Baumann, secondo il quale «la spettacolarità – la versatilità, durezza e immediatezza – delle operazioni punitive conta più della loro efficacia, che comunque di rado viene saggiata, poiché il pubblico è apatico e capace di brevi attenzioni. La spettacolarità conta persino più del reale volume di reati individuati e denunciati²⁹».

ELEONORA ADDANTE

²⁷ In tal senso, v. DELLA CASA, *Regime carcerario differenziato*, in *Giur. It.*, 2010, 2511 ss.

²⁸ Così NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o un trattamento crudele, inumano o degradante*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2009, 1263.

²⁹ BAUMANN, *Carceri, quando la punizione diventa un inferno*, in *La Repubblica*, 5 novembre 2009.

