

## QUESTIONI APERTE

---

### **Ordinamento penitenziario**

#### **La decisione**

**Ordinamento penitenziario – Regime detentivo speciale – Permanenza all’aria aperta – Ricorso “giurisdizionale” – Discrezionalità dell’Amministrazione penitenziaria – Sindacato del Magistrato di sorveglianza (L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 41-bis, 35-bis).**

*Sebbene 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 PRAP e alla Magistratura di Sorveglianza, tuttavia l’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione nella scelta fra la durata massima e quella minima consentite va giustificato e deve rispondere, in concreto (non per astratte indicazioni generalizzate 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.), 18 aprile 2017 – DIEZ, Giudice – M.M., ricorrente.

#### **Il diritto di permanenza all’aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 1.1. Il quadro dei principi costituzionali della pena. – 2. La decisione in commento. – 3. La questione della permanenza all’aria aperta: una disciplina “differenziata”. – 4. Gli orientamenti “equivoci” della Corte costituzionale. – 5. La “granitica” posizione della MdS: dai precedenti all’ordinanza di Sassari. – 6. Quale soluzione percorribile? – 6.1. Ripensamento della prescrizione: le proposte della dottrina e degli Stati generali dell’esecuzione penale (v. Tavolo 2).

#### **1. Premessa**

La recente casistica giurisprudenziale, elaborata dalle Corti sovranazionali in un continuo e serrato dialogo con le Supreme Corti nazionali, ha dato nuova linfa al dibattito sullo statuto costituzionale (e convenzionale) della pena, ridisegnando, da un lato, il paradigma dell’esecuzione penitenziaria, oggi fortemente orientato alla tutela dei diritti fondamentali del detenuto e, accentuando, al contempo, le dinamiche conflittuali tra il potere autoritativo dell’Amministrazione penitenziaria e il sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza, dall’altro.

Nell’*iter* giurisprudenziale di affermazione della preminenza dei diritti fonda-

mentali della persona detenuta ha assunto un ruolo chiave il principio di proporzionalità, posto in relazione ai capisaldi costituzionali dell'esecuzione, *i.e.*, il finalismo rieducativo e l'umanità della pena.

### 1.1. Il quadro dei principi costituzionali della pena

Il principio "umanitario" della pena, contenuto nella prima parte del co. 3 dell'art. 27 Cost., per molti anni non è stato valorizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dedite, invece, ad una attenta analisi delle forme attuative del finalismo rieducativo, quasi che il canone dell'umanità fosse dato per scontato e che non vi potesse essere una pena rieducativa se non in un quadro di "non disumanità" (v., sul punto, Corte cost. n. 279/2013)<sup>1</sup>.

A partire dalla sentenza pilota Torreggiani e altri c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità ha assunto una portata assiologica e valoriale autonoma ed indipendente dalla finalità rieducativa<sup>2</sup>: fattori determinanti della sua valorizzazione sono dati dal fenomeno crescente (e patologico) del sovraffollamento carcerario e dalla decrescita della capacità di protezione sociale del sistema del *welfare state*, incapace ormai di garantire a tutti l'esercizio dei propri diritti sociali<sup>3</sup>.

Il medesimo finalismo rieducativo, inoltre, ha acquisito progressivamente una rilevanza centrale sia nelle dinamiche esecutive, sia in sede di commisurazione della pena giudiziale ed, infine, in chiave normativa, in sede di riforma dell'assetto sanzionatorio<sup>4</sup> e di rimodulazione della disciplina delle misure alternative e dei benefici penitenziari<sup>5</sup>. Principio che potrebbe subire un'ulteriore

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., n. 143 del 2013, con nota di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2014, 129 ss.

<sup>2</sup> Cfr. M. BORTOLATO, sub art. 35-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, in a cura di Della Casa, Padova, 2015, 399.

<sup>3</sup> In tal senso, cfr. S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2013, 94.

<sup>4</sup> Il riferimento corre immediatamente all'introduzione, nel nostro ordinamento, del *probation*, con la sospensione del procedimento penale per imputati adulti, ex art. 168-bis c.p., per effetto della legge 28 aprile 2014, n. 67 e con la speciale causa di esclusione della punibilità ex art. 131-bis c.p., introdotta per effetto del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Importanti modifiche sono state apportate altresì dai recenti d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, 8 in materia di depenalizzazione.

<sup>5</sup> Con specifico riguardo all'ordinamento penitenziario, cfr. il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con modif. in l. 9 agosto 2014, n. 94, con cui si sono definitivamente superate alcune preclusioni automatiche per i detenuti recidivi reiterati, ex artt. 47-ter, co. 1.1. e co. 1-bis, 50-bis O.P.; si è operato nella direzione di ampliare la fruibilità dei permessi premio ex art. 30, co. 2 e 4 O.P.; si sono apportate delle modifiche applicative all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla detenzione domiciliare (ex artt. 47, co. 3-bis, 4 e 47-ter, co. 1-quater, 9 O.P.; cfr. altresì il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, con il quale si è introdotto il reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis O.P., oltre che la forma di liberazione anticipata speciale ex art. 4 del d.l. n. 146/2013; cfr. il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. con modif. in l. 11 agosto 2014, n. 117, con cui si è introdotto l'art. 35-ter O.P., rimedio compensa-

profonda trasformazione, laddove si riconoscesse una sua connessione con il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost., il quale «postula un adeguamento dell'esecuzione alla personalità del singolo reo o la necessaria trasformazione di essa in un "trattamento progressivo" insuscettibile di puntuale determinazione legislativa»<sup>6</sup>.

In tale prospettiva, si colloca il principio della "progressività di trattamento" a favore del detenuto (in un'ottica di affidamento preventivo dello stesso all'applicabilità della norma di favore rispetto alla disciplina peggiorativa sopravvenuta)<sup>7</sup>.

Secondo tale orientamento<sup>8</sup>, il combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co.

tivo per coloro che hanno sofferto una detenzione inumana o degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu. Sul versante della tutela dei diritti dei detenuti, il legislatore è intervenuto altresì attraverso l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, organo chiamato a vigilare affinché l'esecuzione della custodia di tutte le persone *in vinculis* sia attuata in conformità alle norme e ai principi costituzionali ed internazionali. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 95 ss.

<sup>6</sup> Cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 279.

<sup>7</sup> Sul principio della progressività del trattamento rieducativo, cfr. Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, secondo la quale, qualora il detenuto fruisca di un beneficio che, sulla base di una nuova normativa più restrittiva, andrebbe revocato, i principi costituzionali di colpevolezza, ex art. 27, co. 1 Cost. e della ragionevolezza, ex art. 3 Cost. ne vieterebbero l'effetto ablativo, in quanto quest'ultimo si risolverebbe in una illegittima regressione nel trattamento, dovuta a cause diverse (ed esterne) da una condotta addebitabile al detenuto.

<sup>8</sup> Secondo una parte della dottrina, le norme esecutive possono essere considerate norme sostanziali, incidendo sui modi di privazione della libertà personale: secondo tale orientamento, il verbo "punire" enunciato nell'art. 25, co. 2 Cost. sarebbe idoneo a contrassegnare tutto ciò che viene compiuto per dare concreta attuazione ad una sentenza di condanna, tanto che «la formula "nessuno può essere punito [...]" potrebbe essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso "trattamento" punitivo». Cfr. F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24-26), in G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1981, 298-300. Eventuali modifiche *in peius* attinenti al regime dell'esecuzione, sia che si concretizzino in un complessivo inasprimento del normale regime carcerario, sia che si ripercuotano sulla disciplina degli istituti risocializzanti, non dovrebbero trovare, quindi, applicazione retroattiva. A tale indirizzo si contrappone la corrente consolidata e maggioritaria, che nega da sempre la natura sostanziale alle disposizioni penitenziarie: queste ultime, non essendo norme che configurano direttamente reati o comminano sanzioni, sarebbero maggiormente idonee a rivestire una veste processuale. Si sostiene, infatti, che le norme sull'esecuzione penale soggiacciono all'art. 11 delle Disposizioni preliminari al codice civile, alla regola del *tempus regit actum*, in virtù del quale l'efficacia della legge coincide con la sua vigenza. Cfr. PAGLIARO, voce *Legge penale; c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1067-1068. Sul tema, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, la quale ha assunto una posizione di chiusura nei confronti della tesi della diretta riconduzione della materia penitenziaria alle norme penali: la Suprema Corte, infatti, sembra essere concorde nel reputare l'applicazione di sopravvenute disposizioni più restrittive estranea al regime stabilito dagli artt. 25, co. 2 Cost. e 2 c. 1., Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, Schirato, in *Mass. Uff.*, 255310; Id., Sez. un., 30 maggio 2006, Aloï, in *Cass. pen.* 2006, 3963. In tale quadro, due sentenze della Corte di Cassazione, recentemente intervenute sulla materia cautelare, lasciano intravedere una possibilità di mutamento di sensibilità della giurisprudenza di legittimità: con sent. 31 marzo 2011, n. 27919, le Sezioni unite Ambro-

3 Cost. dovrebbe condurre ad un generale ripensamento della collocazione normativa delle norme processuali e penitenziarie che incidono direttamente (o rispetto al *quantum* o al *quomodo*) sulla pena e, quindi, sulla libertà personale del detenuto, in una prospettiva sostanziale secondo i principi cardini del diritto penale. Interpretazione che trova conferma nella casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo: i *leading cases* in questione sono Scoppola (n. 2) c. Italia (interpretazione in termini sostanziali dell'art. 442, co. 2 c.p.p.)<sup>9</sup>, Del Rio Prada c. Spagna (qualificazione sostanziale, ex art. 7 Cedu, del beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo*)<sup>10</sup> e M. c. Germania (divieto di irretroattività sfavorevole della misura di sicurezza della custodia cautelare, *Sicherungsverwahrung*)<sup>11</sup>.

In tale quadro, riveste un ruolo preminente il principio di proporzionalità<sup>12</sup>.

---

gio hanno sancito il principio di irretroattività della sopravvenienza normativa sfavorevole alla misura cautelare in corso di esecuzione; mentre con la sent. 8 ottobre 2013, n. 48462, la Corte di cassazione ha sancito il definitivo ingresso del principio di retroattività della sopravvenienza normativa più favorevole rispetto alla misura cautelare in corso («pur in assenza di una specifica disciplina transitoria, deve ritenersi che la modifica normativa in esame sia senz'altro applicabile ai procedimenti cautelari in corso al momento dell'entrata in vigore della su citata l. n. 94 del 2013»). Una parte della dottrina ha tentato di applicare tali principi alle norme esecutive, in particolar modo, in relazione alle modifiche normative operate dal d.l. n. 78/2013, conv. con modif. in l. n. 94/2014 all'art. 656 c.p. Così A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 20 ss. Sui limiti di operatività di tale principio, con riferimento alla materia dei colloqui visivi e telefonici applicabile ai detenuti ex co. 1 dell'art. 4-bis O.P. (in regime di 41-bis O.P.), cfr. F. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 1353; F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, 1, 71 ss.; ID., *Applicabilità del nuovo regime restrittivo dei colloqui al detenuto erroneamente ammesso al trattamento ordinario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1538-1539.

<sup>9</sup> Cfr. Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 10249103, con cui la Corte di Strasburgo, mutando un proprio precedente indirizzo, giunge ad affermare che: «l'art. 7, § 1 della Convenzione sancisce [...] anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».

<sup>10</sup> Cfr. Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

<sup>11</sup> Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04. Per un commento alla sentenza in lingua italiana, cfr. G. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano - Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, 3275 ss. Per le ricadute sul sistema interno, cfr. S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco - Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ss.

<sup>12</sup> Una parte della dottrina ritiene che tra i principi di proporzionalità e ragionevolezza sussista un rapporto di *species* e *genus* o che il primo rappresenti uno strumento tramite cui pervenire al più ampio sindacato di ragionevolezza: concettualmente connesso al canone della ragionevolezza, il principio di proporzionalità viene dunque collocato nel raggio d'azione dell'art. 3 Cost. Tali definizioni si rinvengono anche in numerose pronunce della Corte costituzionale, secondo cui il principio di proporzionalità sarebbe un corol-

La legge 26 luglio 1975, n. 354 non contiene, in realtà, alcun riferimento al canone della proporzionalità, facendo, invece, espresso rinvio al diverso principio di “necessarietà”, da intendersi quale criterio di condotta che si traduce nell’obbligo dell’Amministrazione penitenziaria di adottare soltanto quelle misure restrittive che, a parità di efficacia, abbiano forme e modalità tali da arrecare il “minor sacrificio” possibile ai diritti ed alle libertà dei detenuti<sup>13</sup>.

---

lario della ragionevolezza o anche solo parte di esso (cfr. sul punto, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, con cui si è dichiarato incostituzionale il reato di aborto di donna consenziente *ex art. 546 c.p.*; in tale pronuncia la Corte, nel bilanciare l’interesse costituzionalmente protetto alla tutela del concepito (ricavato dal combinato disposto degli art. 31, co. 2 e 2 Cost.) e il diritto alla salute della madre (art. 32 Cost.), ha ritenuto che quest’ultimo subisse una compressione sproporzionata, nella misura in cui la fattispecie non prevedeva che la gravidanza potesse venir interrotta quando l’ulteriore gestazione avesse implicato danno, o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre; in dottrina, cfr. G. ZAGRELBESKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 216; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, 179 ss.). Nei giudizi di legittimità costituzionale si fa ricorso al c.d. test di proporzionalità, in forza del quale «i limiti o la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale devono essere “proporzionati” ovvero non eccessivi in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale». Un esempio recente di utilizzo di tale test si ha nella sentenza n. 1/2014, nella quale la Corte, nell’affermare l’incostituzionalità della legge elettorale, non ha valutato solamente il contrasto della stessa con singole norme costituzionali, ma ha effettuato altresì un giudizio complessivo rispetto all’idoneità e necessità della legge al “conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti”: tra più misure astrattamente idonee, infatti, il legislatore dovrebbe prescrivere «quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilire oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». Cfr. I. NICOTRA, *Proposte per una nuova legge elettorale alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consultaonline*. Secondo, inoltre, la pronuncia n. 162/2014, la Corte ha ritenuto come, in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa, lo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità imponga di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Sull’autonomia del principio di proporzionalità rispetto al canone della ragionevolezza, cfr., invece, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998, 322, secondo cui la distinzione principale tra i due concetti «sta nel fatto che, mentre, attraverso la verifica di ragionevolezza, l’amministrazione valuta la qualità degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla giustificabilità della scelta, ponendo in essere, quindi, una verifica di massima sulla non incongruità dell’uso del potere discrezionale, attraverso la valutazione di proporzionalità, l’amministrazione vaglia la adeguata intensità dell’uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all’adeguatezza del sacrificio imposto all’interesse privato per il perseguimento del fine pubblico».

<sup>13</sup> La legge 26 luglio 1975, n. 354 non contiene, infatti, alcun espresso riferimento al canone della proporzionalità, né nelle disposizioni che fissano i “principi direttivi” del diritto penitenziario (*ex artt. 1-4 O.P.*), né in quelle che conferiscono all’Amministrazione penitenziaria specifici poteri di coazione in vista della realizzazione di determinati interessi collettivi (*ex artt. 6-11, 14-14-quater, 32-44 O.P.*), né in quelle che disciplinano le modalità del trattamento rieducativo dei condannati e degli internati (*ex artt. 12-13-bis, 15-17, 19-28 O.P.*), né, infine, in quelle relative all’organizzazione penitenziaria (*ex artt. 59-67-bis O.P.*). Da una lettura complessiva delle disposizioni penitenziarie, sembrerebbe che il legislatore abbia usato la nozione di necessità (o indispensabilità) - una parte - per indicare il tutto, in conformità a quanto ricostruito in termini dogmatici dalla dottrina e giurisprudenza tedesca (recepite in un secondo momento dalla giurisprudenza delle due Corti europee). Sulle origini storiche e dogmatiche del principio

La nozione di proporzionalità che si ricava, quindi, da una valutazione complessiva delle disposizioni penitenziarie sarebbe limitata al solo principio di necessità che, in realtà, rappresenta soltanto uno degli elementi costitutivi di tale canone, che si identifica in un sistema basato, invece, su plurimi passaggi sequenziali dell'idoneità, della adeguatezza tecnica e della necessità<sup>14</sup> e della "proporzionalità in senso stretto"<sup>15</sup>.

---

di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco, cfr., per tutti, S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 65-68. Il principio di proporzionalità avrebbe, inoltre, trovato espressa consacrazione anche nell'art. 52, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà non soltanto devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, ma altresì, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Si consideri, peraltro, che, ai sensi dell'art. 51, § 1, le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e «a tutti i settori aventi un collegamento anche indiretto con il diritto europeo», tra cui, anche quello relativo all'esecuzione penitenziaria: come sottolineato dal Parlamento europeo, Risoluzione n. 2897, 15 dicembre 2011, in *Foro it.*, 2012, fasc. 1, c. 37, sebbene le condizioni di detenzione e la gestione delle carceri spettino principalmente agli Stati membri, tuttavia «carenze, come il sovraffollamento delle carceri e le asserzioni in merito al cattivo trattamento dei detenuti, possono pregiudicare la fiducia che deve sottostare alla cooperazione giudiziaria in materia penale, sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie da parte degli Stati membri UE»; medesime conclusioni sono state di recente ribadite anche nella Risoluzione del 27 febbraio 2014, recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio di proporzionalità costituisce fondamentale parametro di giudizio in sede di sindacato della legittimità delle misure statali che restringono le libertà fondamentali tutelate dalla Cedu: sul punto, cfr., per tutti, M.A. EISEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 31 ss.

<sup>14</sup> Tale distinzione viene riproposta da G. M. NAPOLI, *Dal principio alle regole: la proporzionalità come indefettibile criterio guida dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, 1 ss., per cui le prime tre fasi si risolverebbero in valutazioni di tipo tecnico circa il rapporto ottimale che deve sussistere, in relazione al caso specifico, tra il mezzo adottabile (o adottato) e il fine specifico da perseguire (o perseguito). Viene in rilievo, dunque, l'esercizio di un potere amministrativo che (ancorché astrattamente discrezionale) è, in concreto, vincolato all'esito del compiuto apprezzamento in ordine all'idoneità, alla necessità e all'adeguatezza di un intervento rispetto all'obiettivo da raggiungere. In tali ipotesi, infatti, gli esiti dell'istruttoria espletata pongono un vincolo così stringente da non lasciare all'autorità pubblica alcuna facoltà di scelta, essendo una soltanto la soluzione possibile.

<sup>15</sup> Il giudizio di proporzionalità in senso stretto si inserisce nell'ambito di una "discrezionalità pura", giacché la decisione dell'Amministrazione in ordine alla misura da adottare, oltre a dovere tener conto delle precedenti verifiche tecniche sulla relazione tra ciascun mezzo a disposizione e il fine perseguito, si basa sul contemperamento tra interessi (primari e secondari) antagonisti, in modo che l'intervento amministrativo prescelto garantisca il migliore equilibrio possibile nel rapporto tra il sacrificio da imporre e i benefici da ottenere. In altri termini, se gli elementi dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza assumono un rilievo centrale sempre, ossia ogniquale volta l'Amministrazione penitenziaria debba individuare lo strumento meno invasivo, in vista della realizzazione della finalità imposta dalla legge, la componente della proporzionalità in senso stretto entra in gioco, invece, unicamente, allorché l'Amministrazione penitenziaria abbia il dovere-potere di scegliere tra mezzi difformi, ciascuno dei quali sia dotato di un livello di

Una corretta esegesi del principio di proporzionalità potrebbe rappresentare una soluzione orientativa per individuare un punto di equilibrio tra l'esercizio dei poteri autoritativi conferiti dalla legge all'Amministrazione penitenziaria, in vista del perseguimento di specifiche e legittime finalità pubbliche e l'esigenza di non determinare un'eccessiva compressione dei diritti della persona ristretta<sup>16</sup>.

Operazione ermeneutica che dovrebbe essere chiamata, quindi, a svolgere *ex ante* l'Amministrazione penitenziaria stessa (nei margini di discrezionalità sull'*an* oppure sul *quid* o *quomodo* di attuazione dei propri poteri), alla luce delle peculiarità del caso concreto, direttamente in applicazione dei principi costituzionali della pena (*ex artt. 3, 13, 24, 25, co. 2, 27, co. 3 Cost.*), letti in combinato disposto con i parametri convenzionali di cui agli artt. 3, 6, 7, 8 Cedu<sup>17</sup>.

L'operatività del principio di proporzionalità quale criterio d'azione amministrativa dovrebbe assicurare un corretto e dialogico rapporto con le valutazioni, operate, *ex post* (a lesione del diritto soggettivo avvenuta), dalla Magistratura di sorveglianza: il sindacato giurisdizionale rispetto all'operato della amministrazione dovrebbe essere imperniato, a sua volta, sul canone della proporzionalità, così da poter assicurare un'omogeneità applicativa "flessibile" del medesimo istituto penitenziario, modulata (*ex ante* o *ex post*) in ragione delle circostanze concrete, connesse alla situazione soggettiva del detenuto e dei suoi diritti fondamentali<sup>18</sup>.

---

efficacia e di un grado di afflittività peculiari. Sul punto, cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 204; ID, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015.

<sup>16</sup> Con specifico riferimento al diritto penitenziario, il principio di proporzionalità opererebbe non all'interno di «un sistema che nega ogni diritto al detenuto salvo quelle facoltà di volta in volta espressamente concesse», ma all'interno di un sistema che riconosce ai detenuti «l'intero patrimonio dei diritti fondamentali, ad esclusione di quelli la cui soppressione o limitazione è essenziale all'esecuzione della pena». Cfr., sul punto, L. STORTONI, *"Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, 33.

<sup>17</sup> Il canone della proporzionalità deve orientare tutte le scelte dell'Amministrazione penitenziaria: tra i principi fondamentali, fissati dalle Regole penitenziarie europee, vi è la regola per cui: "le restrizioni imposte alle persone private della libertà personale devono essere limitate allo stretto necessario e devono essere proporzionate agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte" (*ex art. 3*). In senso analogo, cfr. la Raccomandazione del Consiglio d'Europa relativa ai delinquenti pericolosi (2014), adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 febbraio 2014, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, 223-232.

<sup>18</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1204, per cui: "La ragione detta alla proporzione le proprie scale di valori, le proprie coordinate di riferimento, i propri *standard* di valutazione. La proporzione applica oggettivamente quelle scale di valori, quelle coordinate di riferimento, quegli *standard* di valutazione in modo commisurato (proporzionato): tale cioè da garantire coerenza, stabilità, omogeneità di apprezzamento".

## 2. La decisione in commento

Esemplificazione delle difficoltà relazionali esistenti tra i due poteri, amministrativo e giurisdizionale si ha indubbiamente con la disciplina applicativa del regime speciale di detenzione di cui all'art. 41-*bis* O.P.: indice di tale conflittualità è data dalle numerose questioni di legittimità costituzionali sollevate, anche solo di recente, dalla Magistratura di sorveglianza dinanzi alla Corte costituzionale (v., da ultima, ord. 9 maggio 2017, n. 772)<sup>19</sup>, con cui si lamenta, non solo l'irragionevolezza dell'inasprimento trattamentale operato dal legislatore con la novella del 15 luglio 2009, n. 94, ma anche l'illegittimità delle interpretazioni restrittive effettuate dall'Amministrazione penitenziaria, nelle circolari applicative, e della loro relativa esecuzione ad opera dei singoli istituti penitenziari.

L'ordinanza in esame si inserisce pienamente nel contesto conflittuale sopra delineato: con tale pronuncia, il Magistrato di sorveglianza di Sassari torna nuovamente ad occuparsi della delicata questione del divieto trattamentale di permanenza all'aria aperta imposto, ai sensi del co. 2-*quater*, lett. f.) dell'art. 41-*bis* O.P. (letto in combinato disposto con la circolare DAP n. 0286202 del 4 agosto 2009), ai detenuti in regime di detenzione speciale<sup>20</sup>.

Nel caso *de quo*, in particolare, il Magistrato di sorveglianza ha accolto il reclamo presentato da un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis*, co. 2 ss. O.P., con il quale si contestavano le disposizioni del Regolamento interno della Casa Circondariale di Sassari-Bracali in relazione alle modalità esecutive della sospensione della regola di trattamento di cui al punto g) del co. 2-*quater*, lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P., per cui la permanenza all'aria aperta è consentita per due ore giornaliere, di cui una da svolgersi all'aria aperta, l'altra all'interno della sala socialità e, in gruppi non superiori a quattro persone<sup>21</sup>.

Il reclamante chiedeva che gli venissero concesse due ore di permanenza all'aria aperta, laddove per "aria aperta" fosse inteso "all'aperto" o in "cortile", scomputando e mantenendo separate e distinte le altre ore (due) che lo stesso avrebbe potuto svolgere all'interno della sala socialità, secondo una interpretazione già accolta dal medesimo Magistrato di sorveglianza, in relazione ad analoghi reclami<sup>22</sup>.

Il Magistrato di sorveglianza, in accoglimento del reclamo, ha confermato la propria interpretazione circa il senso da attribuire alla locuzione "aria aperta"

<sup>19</sup> Cfr. Mag. Sorv. di Spoleto (dott. Gianfilippi), ord. 9 maggio 2017, n. 772.

<sup>20</sup> Con ord. dd. 23 settembre 2016 del Magistrato di sorveglianza di Sassari (dott. Diez), con nota di E. ADDANTE, *Il diritto di permanenza all'aria aperta per il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale: un'evasione dalla legalità*, in *Arch. pen. web*, 3, 2016, 2 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Mag. Sorv. di Sassari (dott. Diez), ord. 18 aprile 2017, 2-3.

<sup>22</sup> Tra cui, cfr. ord. dd. 23 settembre 2016, cit.



contemplata nel co. 2-*quater*, lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P., offrendo importanti spunti di riflessione di più ampia portata, sia con riguardo ai rapporti (e limiti) tra il sindacato giurisdizionale in materia di 41-*bis* O.P., svolto dalla Magistratura di sorveglianza<sup>23</sup>, sia con riguardo alla necessità – ormai conclamata da più voci<sup>24</sup> – di una rimodulazione complessiva del regime speciale, con la definitiva abolizione delle prescrizioni “simboliche”, di natura meramente afflittiva, e la parziale riscrittura delle regole realmente rispondenti all'esigenza di prevenzione e difesa sociale.

### 3. La questione della permanenza all'aria aperta: una disciplina “differenziata”

Anche se la permanenza all'aria aperta è un diritto previsto, in via generale agli artt. 10 O.P. e 16 reg. esec. (d.P.R. 30 giugno 2006, n. 230), l'ordinamento penitenziario conosce tre diversi circuiti applicativi, “differenziati” a seconda che il detenuto sia recluso in regime ordinario, oppure sia sottoposto al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-*quater* O.P.*, attesa la sua pericolosità “penitenziaria”, o al regime di detenzione speciale *ex art. 41-*bis* O.P.*, stante la persistenza della sua pericolosità sociale (e, quindi, extracarceraria)<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Non più solo sulla legittimità dei presupposti applicativi del regime speciale (v. co. 2-*sexies*), ma anche sul contenuto delle regole prescrizionali stesse, secondo valutazioni legate al caso concreto, per effetto del rimedio giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* O.P. (introdotta dal d.l. n. 146/2013, conv. con modif. in l. n. 10/2014).

<sup>24</sup> In dottrina, cfr., per tutti, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016. Con specifico riguardo alla questione della permanenza dell'aria aperta si è espresso anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) che non ha mancato di esprimere osservazioni critiche, invitando le autorità italiane: «to review the current “41-bis” detention regime» per concedere ai detenuti sottoposti al “carcere duro” la fruizione di almeno quattro ore d'aria al giorno da trascorrere fuori dalla cella assieme agli altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità, sostenendo che: «the prison administration is able to maintain the same level of security irrespective of whether the “41-bis” prisoners of a given living unit are able to associate for two, four or more hours per day». Cfr. CPT/Inf (2013) 32, 30. In termini critici, si è espressa anche la Commissione straordinaria per la tutela e promozione dei diritti umani, Rapporto aprile 2016, 2 ss.; alle medesime conclusioni sono giunti altresì gli esperti del Tavolo 2 - Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza, Relazione finale, 17 ss., reperibile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>25</sup> Ulteriore distinzione si ha con la disciplina normativa prevista per i detenuti sottoposti al circuito Alta Sicurezza. Secondo quanto stabilito dalla Circolare DAP n. 3619-6069 del 21 aprile 2009, il detenuto nei cui confronti sia venuta meno l'applicazione del regime differenziato – poiché revocato dall'autorità amministrativa nell'esercizio del proprio potere di autotutela ovvero dal tribunale di sorveglianza in sede di reclamo – è assegnato al circuito Alta Sicurezza, dedicato al contenimento dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata. Sul punto, cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *questa Rivista* online, 2015, f. 3, 1. I circuiti penitenziari sono disciplinati da circolari ministeriali e rappresentano entità di tipo logistico, costituite da interi istituti, ovvero sezioni di istituto, ai quali vengono assegnati i detenuti in ragione del loro livello di pericolosità o in considerazione di peculiari esigenze trattamentali o umanitarie. Cfr. F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1166; in tal senso cfr. anche S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007,

La regola generale è, dunque, stabilita dagli artt. 10 O.P. e 16 reg. esec., la cui disciplina ha segnato un sensibile mutamento di prospettiva dal modello trattamentale delineato dal Regolamento del 1931<sup>26</sup>: dal concetto di “passeggi in cortile” si è passati all’espressione di “permanenza all’aria aperta”, con la possibilità di svolgere anche esercizi fisici e all’individuazione di luoghi idonei, non interclusi tra fabbricati; si è inoltre inteso valorizzare l’utilità di tale regola quale strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale (v. art. 16, co. 3 O.P.), stabilendo che debba essere garantita per periodi di tempo adeguati anche alla stregua delle valutazioni del servizio sanitario

---

f. 3, 43. Attualmente, a seguito dell’abrogazione del circuito *Elevato indice di vigilanza* (E.I.V.), i circuiti penitenziari sono tre: accanto al circuito Alta sicurezza o di primo livello si collocano il circuito di Sicurezza Media o di secondo livello e il circuito di Custodia Attenuata o di terzo livello. Mentre quest’ultimo è destinato ad ospitare i detenuti tossicodipendenti non particolarmente pericolosi, il circuito di Sicurezza Media è rivolto a tutti quei soggetti che non rientrano né nel primo né nel terzo circuito. Quanto invece al circuito Alta sicurezza, esso comprende attualmente tre differenti sotto-circuiti cui corrispondono altrettante categorie di detenuti: al sotto-circuito A.S.1. sono assegnati coloro ai quali viene revocato il regime speciale di cui al 41-*bis* O.P.; il sotto-circuito A.S.2 è, invece, destinato al contenimento dei detenuti per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza (delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis*, 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quinquies*, 280, 280-*bis*, 289-*bis*, 306 c.p.); al sotto-circuito A.S.3, infine, sono assegnati i detenuti per delitti di cui agli artt. 416-*bis* c.p. aggravati dall’art. 7 legge n. 203 del 1991, 630 c.p., art. 74, co. 1 d.P.R. n. 309/1990. Con riferimento ai detenuti sottoposti al regime del 41-*bis* O.P., venuto meno quest’ultimo, secondo l’Amministrazione penitenziaria è, ad ogni modo opportuno che «tali soggetti, che hanno rivestito ruoli di primaria importanza nelle organizzazioni criminali, non siano ristretti unitamente agli altri appartenenti ad organizzazioni criminali ma con ruoli di minore rilievo. Ciò al fine di evitare influenze nocive reciproche, anche in relazione alle possibili attività di proselitismo, ed impedire infine sopraffazioni dovute alla differenza di mole criminale» (Così Circolare DAP n. 3619-6069 del 21 aprile 2009, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it)). La gestione del circuito Alta Sicurezza viene interamente affidata all’Amministrazione penitenziaria, la quale provvede all’assegnazione dei detenuti secondo criteri preventivi volti ad evitare eccessive concentrazioni di soggetti appartenenti alla medesima consorteria criminale ovvero a consorterie contrapposte. Nonostante vengano meno, quindi, i presupposti applicativi del 41-*bis* O.P., si mantengono ferme le esigenze di prevenzione e difesa sociale verso i detenuti pericolosi e legati, anche se in passato, alla criminalità organizzata, specie se collocati in posizioni apicali o di rilevante spessore. Si precisa, tuttavia, che il circuito in esame debba essere distinto dal regime di cui al 41-*bis* O.P., in quanto l’assegnazione ad un circuito implica solamente una soglia maggiore o minore di sorveglianza e sicurezza, non una tipologia di trattamento: l’assegnazione al circuito A.S.1 non dovrebbe, quindi, recare «alcuna *deminutio* nella titolarità dei diritti del detenuto, potendo soltanto implicare l’allocazione in sezioni particolarmente sicure, la sottoposizione a maggiori controlli o l’adozione di speciali cautele nella fruizione degli istituti trattamentali per come normativamente delineati». Cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell’alta sicurezza*, cit., 2. A ben vedere, però, la collocazione all’interno di un circuito a sicurezza rinforzata finisce, nella sostanza, per essere caratterizzata «da un marcato abbassamento di molti degli *standard* garantiti ai detenuti “comuni”», per cui, nonostante il venir meno del 41-*bis* O.P., i soggetti ad esso precedentemente sottoposti continuano ad essere “differenziati” dagli altri sebbene in misura decisamente minore rispetto a quanto avviene in costanza dell’applicazione del regime speciale. Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 815.

<sup>26</sup> Cfr. C. PETTITI DI RORETO ILARIONE, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*, Torino, 1840.

e psicologico<sup>27</sup>. La centralità della regola trattamentale quale forma indefettibile di mitigazione del regime detentivo a garanzia della persona umana è stata ribadita anche in tempi recenti sia dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia dai rapporti del CPT, i quali hanno individuato nella possibilità e nella durata della permanenza all'aria aperta una delle variabili dalle quali far discendere in modo sostanziale il giudizio di "umanità" del trattamento penitenziario<sup>28</sup>.

Le due ore prescritte, in via generale, dalla norma costituiscono, quindi, il tempo minimo di accesso all'aria aperta ed agli spazi riservati allo svolgimento di attività trattamentali<sup>29</sup>; la soglia limite non può invece scendere al di sotto dell'ora giornaliera se non per motivi eccezionali e durata circoscritta, previa comunicazione al PRAP ed al Magistrato di sorveglianza competente<sup>30</sup>.

La permanenza all'aria aperta per almeno due ore - salva la possibilità di limitazione a non meno di un'ora alle stesse condizioni di cui all'art. 10 O.P. - rientra tra le condizioni che il co. 4 dell'art. 14-*quater* O.P. riserva, in ogni caso, al detenuto sottoposto al regime di sorveglianza particolare: palese l'intenzione del legislatore di preservare un nucleo minimo di garanzie fondamentali a tutela della persona umana, anche nei casi di detenuti ritenuti pericolosi per la sicurezza interna della vita carceraria<sup>31</sup>.

La preminenza della tutela dei diritti umani della persona umana è sensibil-

---

<sup>27</sup> Cfr. D. VERRINA, sub *art. 10*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 121.

<sup>28</sup> Nonostante, in astratto, il regime speciale di detenzione è stato giudicato, più volte, compatibile con il parametro di cui all'art. 3 Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, invero, come lo stesso sia suscettibile di una valutazione contraria in ragione della sua applicazione concreta al singolo caso, all'esame dei giudici europei. Cfr., da ultima, Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolillo c. Italia*, ric. n. n. 37648/02. Per un commento, cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1240; nello stesso senso, anche M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 265.

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, S. ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41-bis o.p.*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 352; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*. Atti del Quinto Seminario dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012, Torino, 2013, 118 ss.; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 448.

<sup>30</sup> Cfr. D. VERRINA, sub *art. 10*, cit., 121, la quale dubita dell'esclusione, generale ed in via automatica, dei soggetti che prestano lavoro all'aperto, categoria alla quale apparterebbero formalmente, non solo gli internati nelle colonie agricole o i detenuti lavoratori nei rari istituti quali si svolgono attività di coltivazione o zootecniche, ma anche coloro che sono ammessi ad attività di manutenzione e cura degli spazi esterni degli istituti.

<sup>31</sup> Così S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, 104.

mente contenuta, a fronte delle contrapposte esigenze di prevenzione e difesa sociale, nella formulazione legislativa di cui al co. 2-*quater*, lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P., laddove il limite minimo consentito dalla legge, ai sensi degli artt. 10 e 14-*quater*, co. 4 O.P., delle due ore giornaliere diviene il tempo massimo di permanenza all'aria aperta concesso ai detenuti in regime di detenzione speciale.

La particolare severità di tale previsione è il risultato di un inasprimento trattamentale, introdotto per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha sostituito la più mite previsione contenuta nella legge 23 dicembre 2002, n. 279, per cui si accordavano quattro ore al giorno (come limite massimo) da svolgersi all'aria aperta e fatta salva la soglia minima di cui al co. 1 dell'art. 10 O.P.: la disposizione attuale, quindi, prevedendo che il limite massimo di permanenza all'aria aperta sia di due ore giornaliere, finisce per far coincidere la soglia massima con il limite minimo consentito per legge, in via ordinaria, ai sensi dell'art. 10 co. 1 O.P.<sup>32</sup>.

La diversa tecnica normativa utilizzata nella formulazione della norma, con l'indicazione del limite massimo (e non minimo), il solo rinvio al co. 1 dell'art. 10 O.P. (e non alla norma nel suo complesso, comprensiva del rinvio al co. 2 dell'art. 10 O.P. in ordine alle modalità di attuazione), ha prestato il fianco, sin dalla versione contemplata dalla legge n. 279/2002, ad una prassi amministrativa (poi concretizzatasi nella circolare n. 3592-6042 del 9 ottobre 2003) fortemente restrittiva rispetto al solo dato normativo, per cui due delle quattro ore di permanenza all'aperto dovessero essere riservate alla frequentazione della biblioteca, palestra o di altri locali comuni, riducendo così a due ore al giorno il tempo che il detenuto potesse trascorrere effettivamente "all'aria aperta".

Interpretazione restrittiva confermata anche a seguito del dimezzamento del limite massimo di permanenza all'aria aperta, ad opera della novella del 2009, con la circolare del DAP del 4 agosto 2009, n. 0286202: l'afflittività del quadro applicativo della permanenza all'aria aperta risulta quanto mai evidente, laddove si consideri che la soglia massima si colloca, di fatto, al di sotto del limite minimo previsto, in via generale, per i detenuti in regime ordinario (e anche per i detenuti in regime di sorveglianza particolare), residuando unicamente il

---

<sup>32</sup> Cfr. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto 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)*, Torino, 2009, 406; M. F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'art. 41-bis L. N. 354/1975*, in F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (disciplina in materi di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "nulle occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010*, Milano, 2010, 896 ss.; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., 243.

limite indefettibile dell'ora giornaliera, misura restrittiva prevista, in via ordinaria, solamente per motivi eccezionali e secondo una precisa modalità preventiva di controllo e comunicazione, che, peraltro, per il regime di cui all'art. 41-*bis*, co. 2, O.P. non è nemmeno prevista<sup>33</sup>.

Secondo la disposizione attualmente vigente, così come integrata dalle circolari, al detenuto è concesso, quindi, un periodo massimo di tempo pari a due ore complessive di permanenza all'aria aperta, di cui un'ora trascorsa nella sala socialità, l'altra all'aperto, determinando così in ventidue ore giornaliere il tempo da trascorrere in reclusione in cella. Un regime trattamentale marcatamente afflittivo e repressivo, con un ambito di applicazione automatico e generalizzato, (apparentemente) insuscettibile di un'interpretazione contraria in ragione di valutazioni legate al caso concreto.

La disciplina in esame si chiude con un'ulteriore (e reale) contraddizione, prescrivendo le modalità di esercizio dell'attività all'aperto, che deve svolgersi in gruppi non superiori a quattro persone, in luogo della precedente determinazione in un massimo di cinque<sup>34</sup>. Il dato normativo, ancora una volta, non indica alcun criterio in base al quale procedere alla composizione concreta dei gruppi<sup>35</sup>.

Con la circolare DAP n. 3592-6042 già citata, l'Amministrazione penitenziaria ha fornito dei criteri di massima a cui attenersi al momento della formazione dei gruppi, evitando, in ogni caso, forme di contatto tra chi è da poco sottoposto al regime di cui al 41-*bis* O.P. e chi vi è stato inserito da più tempo, per ridurre il rischio che vengano comunicati ordini, informazioni o notizie prove-

<sup>33</sup> Sull'interpretazione amministrativa, critica la dottrina: F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2517; in giurisprudenza Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2456, secondo cui: «deve ritenersi illegittima l'interpretazione dell'art. 41-*bis* O.P. secondo la quale devono ritenersi incluse nel tetto minimo delle quattro ore di permanenza all'aria aperta (consentite dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. f) O.P.) le ore da trascorrere in locali interni di svago, poiché, mentre con riferimento alla permanenza all'aria aperta si pone la necessità di far fronte ad esigenze igienico sanitarie, anche per consentire una tutela della salute del condannato, la previsione delle ore di socialità risponde all'esigenza di garantire comunque la finalità dell'esecuzione penale della rieducazione del condannato, attraverso l'impiego del tempo libero per lo svolgimento di attività ricreative e culturali». In senso analogo, cfr. Trib. Sorv. Torino, 11 dicembre 2003, in *www.diritto.it*. Così, più recente, Trib. Sorv. Roma, (ord.) 29 settembre 2009, n. 313, in *www.gazzettaufficiale.it*.

<sup>34</sup> Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, prima della riforma del 2009, ebbe modo di osservare come il numero ottimale di detenuti che compongono i gruppi avrebbe dovuto essere tre/quattro. Cfr., in proposito, la circolare 9 ottobre 2003 n. 3592/6042.

<sup>35</sup> Così S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., 104, per cui il legislatore, nel fissare il numero massimo di soggetti che possono comporre il gruppo di socialità non avrebbe tenuto conto della concreta attuabilità della disposizione la quale deve essere rapportata agli spazi disponibili per la permanenza all'aperto, sicché ove l'istituto non fosse dotato di strutture sufficienti, la fattibilità del dettato legislativo resterebbe vanificata.

nienti dall'esterno e incontri tra personaggi di spicco, indipendentemente dall'associazione criminale di appartenenza, e altri di minor spessore: la direzione dell'istituto penitenziario è chiamata inoltre ad adottare «tutte le necessarie misure di sicurezza» dirette a garantire che nelle ore di permanenza all'aperto «sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppo di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi»<sup>36</sup>. Si noti che le misure indicate dalla norma possono consistere «anche», e quindi non solo, in accorgimenti logistici: in altri termini, stante il tenore letterale del disposto legislativo, si è autorizzati ad ipotizzare l'adozione di qualsiasi provvedimento che sia funzionale agli obiettivi dell'istituto *extra ordinem*<sup>37</sup>.

Da ultimo, si osservi come il mancato rispetto delle prescrizioni in esame – puntualmente regolamentate con circolare DAP del 19 luglio 2008 n. 0248770 – possa integrare gli estremi della infrazione disciplinare prevista dall'art. 77, co. 1, n. 16, reg. esec.<sup>38</sup>.

### 3. Gli orientamenti “equivoci” della Corte costituzionale

L'irragionevolezza dell'inasprimento trattamentale e l'illegittimità di una interpretazione amministrativa così restrittiva sono state denunciate, in numerose occasioni, da parte della giurisprudenza di merito, la quale si è fatta portavoce delle doglianze dei detenuti, in regime di 41-*bis* O.P., in un primo tempo “a

<sup>36</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis*, cit., 458, per la quale l'ultima parte del co. 2-*quater* lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P. sarebbe «una disposizione molto generica che, proprio per la sua vaghezza, dovrebbe essere riferita esclusivamente [...] alla previsione di misure di ordine logistico e organizzativo delle strutture penitenziarie e non invece a misure che incidano sulle regole del trattamento penitenziario». *Contra*, invece, la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, in *Mass. Uff.*, n. 30602.

<sup>37</sup> Va altresì sottolineato come, in virtù della lettera della norma, lo scambio di oggetti tra detenuti sottoposti al regime speciale sia soggetto ad un divieto di carattere generale ed assoluto dal momento che esso opera – al contrario di quello imposto alle comunicazioni – a prescindere dall'appartenenza allo stesso o a diverso gruppo di socialità. Nonostante questa interpretazione (letterale) sia stata avvalorata dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, n. 314; Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 30602), gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno proposto di limitare l'operatività del divieto *de quo* alla sola ipotesi in cui lo scambio di oggetti avvenga al di fuori del gruppo di socialità. Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 - Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., 20.

<sup>38</sup> L'art. 77, co. 1, n. 16 reg. esec. annovera tra le condotte che possono dare luogo a sanzioni disciplinari la “inosservanza di ordini o prescrizioni o ingiustificato ritardo nell'esecuzione di essi”. Cfr. Cass., Sez. I, 29 luglio 2011, n. 30314, per cui si è ritenuta legittima la sanzione disciplinare di otto giorni di esclusione dalle attività in comune irrogata dal Consiglio di disciplina della Casa Circondariale di Cuneo ad un detenuto ristretto in regime speciale che aveva conversato con altro detenuto, ristretto anch'esso allo stesso regime ed appartenente a diverso gruppo di socialità, in violazione di quanto stabilito con disposizione dell'Amministrazione. La Prima Sezione ha precisato, inoltre, come l'infrazione della sanzione disciplinare (del tipo di cui sopra) sia legittima a prescindere dal contenuto della comunicazione abusiva intercorsa tra i detenuti: cfr. Cass., Sez. I, 16 settembre 2013, n. 42426.

rime obbligate”, con il reclamo *ex co. 2-sexies* (limitato alle sole ipotesi di legittimità dei presupposti applicativi del regime speciale)<sup>39</sup> e in tempi più recenti, dal 2013, grazie al reclamo giurisdizionale di cui all’art. 35-*bis* O.P., con un sindacato nel merito del contenuto talmente pregnante da aver progressivamente eroso le limitazioni trattamentali connesse al regime speciale, che ha finito per perdere l’originaria omogeneità applicativa, verso un riadattamento delle singole prescrizioni sul caso concreto, in un’ottica individualizzante e personalizzata<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Con la novella del 2009 il legislatore ha, infatti, inciso notevolmente anche sul controllo giurisdizionale della disciplina trattamentale, interpolando, da un lato, l’*incipit* del co. 2-*quater*, con la sostituzione dell’espressione “può comportare” in “prevede”, ha “standardizzato” e predeterminato per legge il contenuto del decreto ministeriale, esautorando il Ministro della Giustizia del suo potere discrezionale e, dall’altro, ha fortemente limitato il sindacato giurisdizionale alla sola “sussistenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento”, con ciò recidendo il controllo sulla congruità delle misure disposte, nonché precludendo, di conseguenza, al tribunale di sorveglianza la possibilità di giungere ad annullamenti parziali dei provvedimenti dispositivi del regime. Tale modifica ha suscitato forti critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza in relazione ai principi costituzionali, di cui agli artt. 13, co. 2, 24, co. 1 e 113, co. 1, 2 Cost.: la Corte costituzionale, con sent. n. 190/2010, dichiarando la relativa questione inammissibile per inadeguatezza del *petitum*, ha osservato che la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini è stata determinata dalla “forte riduzione della discrezionalità ministeriale” e “dall’introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge”. Ciononostante, «non [è stato] certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell’atto, in ordine all’eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto» e, ciò in ragione «della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall’art. 14-*ter* ord. penit. per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti».

<sup>40</sup> Alla luce del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, conv. con modif. in l. 21 febbraio 2014 n. 10, con gli artt. 35-*bis* e 69 O.P., il detenuto può oggi attivare il controllo di legittimità sul contenuto del regime speciale, impugnando quelle limitazioni che appaiano meramente vessatorie. Residuano, tuttavia, dubbi circa l’applicabilità del rimedio rispetto alle prescrizioni trattamentali non interamente predeterminate per legge. La questione prende le mosse dalla constatazione che il catalogo di restrizioni che la sospensione delle ordinarie regole di trattamento “prevede” non è affatto tassativo giacché «residuano aree paragonabili a delle “bande di oscillazione”, con riferimento alle quali è l’amministrazione che, con le sue scelte, determina, di volta in volta, il valore esatto». Secondo una parte della dottrina, il sindacato giurisdizionale sarebbe ammissibile anche nel caso di prescrizioni, parzialmente predeterminate per legge: posto infatti che l’Amministrazione è tenuta a disporre soltanto quelle restrizioni funzionalmente connesse agli obiettivi cui ottempera il regime detentivo speciale, l’adozione di misure incongrue, configurando un’ipotesi di «cattivo uso del potere» ministeriale, estraneo alle finalità per le quali esso è attribuito, potrebbe costituire una violazione di un interesse legittimo di tipo oppositivo vantato dal detenuto nei confronti dell’autorità amministrativa ed essere pertanto censurabile in sede giurisdizionale. Se nel concetto di “esercizio dei diritti”, di cui all’art. 69, co. 6 lett. b) O.P. non possono farsi rientrare le aspettative di mero fatto ovvero le violazioni meramente formali della normativa che non abbiano arrecato alcun pregiudizio all’interessato, non altrettanto pare possa dirsi per gli interessi legittimi, specie sulla base di quanto affermato dalle Sezioni unite, 26 febbraio 2003, n. 25079, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 2961, le quali hanno evidenziato come alla giurisdizione della Magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela anche di tali posizioni soggettive. Si ritiene che tale interpretazione estensiva ed evolutiva debba essere confermata anche in relazione al reclamo giurisdizionale di cui all’art. 35-*bis* O.P., nonostante una lettura testuale della norma (cfr. co. 6, lett. a), “soddisfacimento del diritto”) possa lasciare spazio ad interpretazioni più restrittive. Cfr., sul punto, M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen. Agg.*, V, Tori-

A fronte di un orientamento giurisprudenziale fortemente orientato alla valutazione del caso concreto (con parziale superamento in termini di disapplicazione delle prescrizioni più restrittive), la Corte costituzionale ha assunto una posizione “ambigua”, salvaguardando, da un lato, il regime di detenzione speciale in merito alla formulazione di cui al co. 2-*quater*, lett. f) dell’art. 41-*bis* O.P., confermando, dall’altra, un ampio potere di sindacato alla Magistratura di sorveglianza che, già con la sent. n. 190/2010, ha assunto il principio fondamentale per cui il perdurante controllo di legalità, orientato alla tutela dei diritti del detenuto, assumesse i caratteri non del mero controllo sulla “congruità” del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza, bensì unicamente quelli dell’accertamento della eventuale lesione della sfera non comprimibile di un diritto fondamentale; lesione che deve essere verificata “caso per caso”<sup>11</sup>.

In realtà, benché formalmente la Corte costituzionale abbia sempre dichiarato inammissibili e/o infondate le diverse questioni di illegittimità costituzionali sollevate in merito al co. 2-*quater*, lett. f) dell’art. 41-*bis* O.P., la stessa ha tracciato un quadro interpretativo che dovrebbe orientare, non solo, *ex post*, il sindacato giurisdizionale rispetto a valutazioni connesse al caso concreto, ma anche, *ex ante*, lo stesso potere decisionale dell’Amministrazione penitenziaria, soprattutto nei casi in cui, come quello di specie, le viene consentito dal dato normativo un certo margine di discrezionalità, affinché la disciplina applicativa del regime

---

no, 2010, 770. In tal senso, la già citata sentenza n. 135/2013, in cui la Consulta, dichiarando che non spettava al Ministro della Giustizia disporre, su conforme proposta del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, che non fosse data esecuzione al provvedimento del Magistrato di sorveglianza con il quale era stato ritenuto lesivo di un diritto del soggetto *in vinculis* l’oscuramento delle emissioni di Rai Sport e di Rai Storia - ha affermato quanto segue: «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 acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, co. 3 Cost.». Cfr., altresì, A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, cit., secondo cui la Consulta «accoglie l’idea che la mancanza di congruità rispetto all’obiettivo di prevenzione trasforma automaticamente la restrizione imposta al detenuto (nel caso in esame, l’oscuramento di canali televisivi “innocui”) in una compressione illegittima dell’esercizio di un suo diritto: così facendo, la Corte sostanzialmente reintroduce il sindacato del giudice sulla congruità del contenuto del provvedimento *ex art. 41-bis*, per lo meno nello spazio lasciato “scoperto” dalla tipizzazione legislativa»; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., 251; C. FIORIO, *Il carcere “duro” tra giurisdizione ed amministrazione tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2271, il quale sostiene che «almeno sino a quando la norma penitenziaria conterà deleghe “in bianco” a favore del ministro della giustizia, la giurisdizione di sorveglianza, quale giudice dei diritti del detenuto, sarà chiamata a verificare il rispetto di tali limiti da parte dell’esecutivo. Interpretazioni di segno diverso saranno inevitabilmente, ricondotte a Costituzione».

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).



di detenzione speciale recuperi un'omogeneità applicativa "flessibile"<sup>42</sup>, in funzione della *ratio* del regime speciale di prevenzione e difesa sociale, secondo, in ogni caso, *standard* di tutela dei diritti fondamentali della persona conformi alla Costituzione e alle fonti sovranazionali<sup>43</sup>. Non solo. Tali indicazioni dovrebbero essere in grado di suggerire al legislatore, in prospettiva di riforma, un modello applicativo compatibile con le istanze di tutela del singolo rispetto alla funzione pubblicistica dell'istituto<sup>44</sup>.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime speciale detentivo viene fornita dalla Corte costituzionale con una serie di pronunce fondamentali, tra cui, senza dubbio, sent. n. 190/2010, già richiamata, l'ord. n. 56/2011 e, le sentenze meno recenti, n. 349/1993, 410/1993, 351/1996 e 376/1997<sup>45</sup>.

La relazione indefettibile con i diritti fondamentali della persona deve – secondo la Consulta – uniformare la prassi applicativa ed orientare il sindacato giurisdizionale, atteso che in vigenza del regime del 41-*bis* O.P. «non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»<sup>46</sup>. Con la sent. n. 143 del 2013, la Consulta ha ribadito l'assunto per cui «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»<sup>47</sup>, dato che «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti non può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare alla privazione della libertà per-

<sup>42</sup> Così F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, f. 2, 199.

<sup>43</sup> Cfr. C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, 197.

<sup>44</sup> Cfr., da ultima, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 300 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Corte cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56; Corte cost., n. 349 del 1993; Id., n. 410 del 1993; Corte cost., n. 351 del 1996; Id., n. 376 del 1997, per un commento cfr. L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, 448.

<sup>46</sup> Cfr. Corte cost., n. 190 del 2010, cit.

<sup>47</sup> Cfr. Corte cost., n. 143 del 2013, cit.

sonale, non compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost.» (v. sent. n. 135/2013)<sup>48</sup>. Oltre alla irragionevolezza con cui il legislatore nella novella del 2009 ha operato la diminuzione delle ore di permanenza all'aria aperta e con cui ha preservato la formulazione normativa del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* O.P. (la cui rimozione e/o rimodulazione potrebbe essere sindacata solo dinanzi alla Corte costituzionale nei limiti del suo potere rispetto alla discrezionalità delle scelte di politica criminale del legislatore), risulta irragionevole ed ingiustificata la scelta del legislatore di introdurre un inflessibile automatismo applicativo che, essendo rigidamente calibrato sulla "normalità dei casi", non consente all'autorità amministrativa di tener conto della "varietà del concreto" e di "modulare gli

---

<sup>48</sup> Cfr. Corte cost., n. 135 del 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013. In motivazione la Consulta raffronta il regime di detenzione speciale con il trattamento penitenziario riservato al *leader* curdo Ocalan, nel caso Ocalan c. Turchia, evidenziando come l'illegittimità di restrizioni trattamentali simili a quelle previste dal co. 2-*quater* lett. a) dell'art. 41-*bis* O.P. in materia di colloqui con il difensore è stata dichiarata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo il principio per cui anche un trattamento meno severo ma di lungo durata è un trattamento inumano e degradante. Il fattore tempo, nei casi Ramirez Sanchez c. Francia e Ocalan c. Turchia, rappresenta un fondamentale elemento di valutazione della compatibilità dei regimi detentivi speciali con l'art. 3 Cedu. Per un commento, cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 340.

Ad una lettura complessiva della giurisprudenza europea emergono alcuni punti fermi. La prima constatazione, affermata con il *leading case* Labita, riguarda l'astratta compatibilità del regime di detenzione speciale rispetto all'art. 3 Cedu: tale tipologia di regime, infatti, viene considerato legittimo, qualora si dimostri necessario per garantire l'ordine all'interno dell'istituto penitenziario o la sicurezza pubblica esterna, sempre nel rispetto, però, della dignità del detenuto e della sua salute psico-fisica. Un altro punto fermo concerne il tipo di valutazione che deve essere effettuata dalla Corte: l'accertamento della compatibilità del regime viene, infatti, effettuata in relazione al singolo caso concreto e sulla base delle caratteristiche fisiche e psichiche del detenuto, alla tipologia e alla durata delle restrizioni imposte, alla loro funzionalità rispetto agli obiettivi di prevenzione, alle conseguenze che esso produce sulla persona che vi è sottoposta, *etc.* Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 320. Si ritiene violato l'art. 3 Cedu, inoltre, in tutti i casi di isolamento sociale e sensoriale "relativo", in cui, pure in presenza di condizioni detentive considerate soddisfacenti, il rigore del regime detentivo non risponda a reali esigenze di prevenzione oppure sia stato applicato secondo un meccanismo automatico, in assenza, cioè di un accertamento in concreto della pericolosità del detenuto. Con riguardo alle previsioni normative che presentano degli automatismi applicativi, il *leading case* è dato dalla recente sentenza-pilota pronunciata nei confronti della Bulgaria (nel caso Harakchiev e Tolunov c. Bulgaria), con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ordinato di rimuovere l'automatismo applicativo del regime di detenzione speciale per i condannati all'ergastolo e di limitare l'utilizzazione del regime ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata. Con riferimento, inoltre, alla contrarietà di alcune prescrizioni trattamentali agli *standard* di tutela di cui all'art. 3 Cedu, vengono in evidenza una serie di casi di detenuti sottoposti a regimi detentivi speciali per un lungo periodo di tempo in uno stato di totale inattività, esclusi dalla partecipazione a qualsiasi attività di tipo fisico o trattamentale: cfr., *ex multis*, Corte EDU, 30 giugno 2015, Khoroschenko c. Russia, laddove si afferma che: «*all forms of solitary confinement without appropriate mental and pshysical stimulation are likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in deterioration of mental faculties and social abilities*».

effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione”<sup>49</sup>.

In tali casi, infatti, l’Amministrazione non ha alcun potere di porre rimedio ad una eccessiva ed ingiustificata restrizione dei diritti fondamentali di cui è titolare il detenuto, non essendole attribuita la facoltà di modulare diversamente le misure legislativamente predeterminate (sia sotto il profilo contenutistico, sia sotto l’aspetto dell’efficacia temporale) in ragione delle peculiari connotazioni del caso concreto. È questo meccanismo, pertanto, che rende irragionevole la scelta legislativa, dal momento che «l’automatismo normativo si estrinseca in disposizioni di legge eccessivamente rigide, perché prive di duttilità sul piano applicativo, ossia di possibilità di deroga per casi della vita che invece impongono un trattamento specifico»<sup>50</sup>, necessario per non incidere, in modo sproporzionato, sui diritti costituzionalmente garantiti.

In realtà, fu la stessa Corte costituzionale ad evidenziare l’opportunità che il legislatore percorresse una strada diversa da quella – poi seguita – della rigida standardizzazione delle misure restrittive discendenti dall’applicazione del regime sospensivo in esame<sup>51</sup>. Secondo la Consulta, infatti, preferibile sarebbe stato il ricorso ad una disciplina normativa che – ricalcando quella contenuta nell’art. 14-*quater* O.P. – «si fosse limitata a prevedere una soglia invalicabile di diritti inviolabili», lasciando all’Amministrazione la possibilità di calibrare diversamente l’intensità delle singole misure limitative dei diritti del detenuto (misure pur sempre predeterminate – sebbene in modo elastico – dal legislatore) in considerazione sia del grado di compromissione della sicurezza pubblica, sia delle specifiche condizioni personali del detenuto da sottoporre al regime derogatorio<sup>52</sup>.

La legge, infatti, dovrebbe attribuire e regolare i poteri autoritativi attraverso previsioni che, da un lato, siano idonee a presidiare i diritti fondamentali della persona *in vinculis* contro il possibile arbitrio dell’Amministrazione e, dall’altro, riconoscano comunque a quest’ultima un certo margine “di autonomia di valutazione e di scelta”, in modo che le sue determinazioni possano

<sup>49</sup> Cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., 251.

<sup>50</sup> Cfr. G. M. NAPOLI, *Il principio di legalità dell’azione amministrativa nell’esecuzione penitenziaria*, in *Arch. pen. web*, 2016, f. 1, 24.

<sup>51</sup> Cfr. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190, cit.

<sup>52</sup> La dottrina ha evidenziato come le restrizioni concernenti l’ora d’aria appaiono maggiormente funzionali al mantenimento dell’ordine e della sicurezza all’interno dell’istituto penitenziario – cui mira il regime di sorveglianza particolare di cui agli artt. 14-*bis* ss. – che non all’esigenza di impedire contatti tra i detenuti socialmente pericolosi e il sodalizio criminale operante all’esterno del carcere. Cfr., per tutti, F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, cit., 2515.

sempre tenere conto della “varietà del concreto”<sup>53</sup>.

#### 4. La “granitica” posizione della MdS: dai precedenti all’ordinanza di Sassari

Sulla scorta di tali principi, la Magistratura di sorveglianza (anche: MdS) ha assunto una ferma posizione nei confronti della prassi amministrativa, avallata dalle due evocate circolari ministeriali DAP del 2003 e 2009, ritenute da un orientamento della giurisprudenza di merito illegittime, laddove l’Amministrazione penitenziaria (nel margine nell’esercizio della propria discrezionalità amministrativa nel *quomodo* della disciplina applicativa) avrebbe arbitrariamente ed irragionevolmente interpretato il dato normativo di cui al co. 2-*quater*, lett. f) dell’art. 41-*bis* O.P. in chiave restrittiva ed oltremodo afflittiva. I profili di illegittimità di tale prassi amministrativa si basano fondamentalmente su un duplice ordine di argomentazioni: ciò che si contesta, preliminarmente, è l’ingiustificata scelta amministrativa di aver trasposto sul piano applicativo (in sede di circolare normativa, integratrice del dato normativo) il rigido automatismo legislativo, senza lasciare alcun margine di operatività diversa alla singola direzione penitenziaria, chiamata ad attuare nel caso concreto la disciplina del regime speciale.

L’irragionevolezza di tale opzione risulta ancor più evidente se si considera che l’ipotesi della prescrizione trattamentale di cui al co. 2-*quater* lett. f) dell’art. 41-*bis* O.P., a differenza di altre regole (p.e., in materia di colloqui) consentiva un ampio margine di discrezionalità amministrativa, stante il silenzio del dato normativo (vincolato solo sull’*an*): l’interpretazione a cui è giunta l’amministrazione penitenziaria risulta talmente afflittiva in termini di intensità da rappresentare sostanzialmente una forma di trattamento inumano e degradante, assolutamente sproporzionata sia rispetto alla previsione normativa (che nulla dice in merito) sia alla stessa *ratio* dell’istituto del 41-*bis* O.P., ancorato pur sempre, in teoria, ad esigenze di prevenzione e difesa sociale, che, invece, in tal modo, diviene uno strumento politico di annientamento e progressivo annullamento della persona umana.

Ulteriore profilo di criticità è, inoltre, connesso al contenuto afflittivo delle modalità esecutive della permanenza all’aria aperta. Una delle prime sollecitazioni della MdS nei confronti dell’Amministrazione penitenziaria viene dall’ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Viterbo in merito al reclamo di un detenuto circa l’interpretazione da attribuirsi alla locuzione “all’aria aperta”, in vigenza della normativa di favore contemplata dalla legge del 2002: tale deci-

---

<sup>53</sup> Cfr. G. M. NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, cit., 35 ss.

sione mette in luce il difficile equilibrio relazionale intercorrente tra l'Amministrazione penitenziaria, ferma sulla propria interpretazione restrittiva, e il magistrato competente propenso, invece, per una soluzione maggiormente flessibile e orientata alla disapplicazione della circolare in ragione delle valutazioni connesse al caso concreto<sup>54</sup>.

Con l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Cuneo (pronuncia confermata anche dal Tribunale di sorveglianza di Torino, 11 dicembre 2003), si fa strada un'interpretazione, riproposta anche nell'ordinanza in esame, di tipo logico-sistematica che dà conto di una visione complessiva della disciplina della permanenza all'aria aperta, secondo le disposizioni dei cui agli artt. 10, 14-*quater* e 41, co. 2-*quater* lett. f) O.P.<sup>55</sup>.

L'irragionevole prassi amministrativa della equa suddivisione delle due ore (prima quattro *ex ante* la novella del 2009) in un'ora di permanenza all'aria aperta e di un'ora di soggiorno presso la sala socialità sarebbe – secondo la MdS – il risultato dell'assunto per cui l'espressione “all'aperto” debba intendersi riferita alla permanenza “fuori dalla stanza di pernottamento”, per cui, pur concedendo il tempo massimo prescritto, dovendosi questo ripartire tra cortile e sala socialità, la permanenza del primo tipo non potrà, in alcun caso, superare l'ora giornaliera.

Tale premessa non può essere condivisa in ragione di una lettura testuale e logico-sistematica della locuzione “all'aria aperta”, così come intesa dal legislatore delle diverse disposizioni penitenziarie che regolano la materia: la lett. f), infatti, non contiene l'espressione “fuori dalla cella”, ma “all'aperto”, con ciò richiamando espressamente il contenuto del co. 1 dell'art. 10 O.P. (a cui, peraltro, fa riferimento per il limite minimo dell'ora giornaliera).

Stante l'inscindibile connessione tra le due disposizioni, risulta evidente che “all'aperto” non può che significare “all'aria aperta in cortile” e, non nella sala socialità chiusa all'interno della sezione. Gli artt. 10 e co. 2-*quater* lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P. (correlati anche all'art. 16 reg. esec.), la prima generale (per i detenuti in regime ordinario) e, la seconda speciale (per i detenuti in regime differenziato) disciplinano un identico aspetto della vita carceraria da individuarsi esclusivamente nella permanenza all'aria aperta. Nulla dicono tali disposizioni con riguardo al diverso ed ulteriore diritto del detenuto di fruire della sala socialità che, a ben vedere, rientrerebbe, non nelle disposizione testè analizzate, ma nella previsione generale dell'art. 5 O.P. – caratteristiche degli

<sup>54</sup> Per un commento all'ordinanza in esame, cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, cit., 104.

<sup>55</sup> Cfr. Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, cit.; Trib. Sorv. Torino, 11 dicembre 2003, cit.; Trib. Sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, n. 313, cit.

edifici penitenziari -, per cui ogni istituto dovrebbe essere dotato non solo di locali per le esigenze individuali, ma anche di “locali per lo svolgimento di attività in comune”<sup>56</sup>.

Tali sono le argomentazioni riprese anche dal Magistrato di sorveglianza di Sassari, in numerose ordinanze, culminate nella pronuncia in esame. Se, in prima battuta, in forza dei propri poteri di cui all’art. 35-*bis* O.P., il magistrato si era limitato ad ordinare alla direzione di verificare, in concreto (entro il termine di 30 giorni dalla notifica del provvedimento), la possibilità di ampliare a due ore al giorno la permanenza all’aria aperta in cortile, per il detenuto reclamante, in ragione delle caratteristiche del caso concreto (eccessiva compromissione del diritto soggettivo alla salute *ex art. 32 Cost.*)<sup>57</sup>, con l’ord. dd.18 aprile 2017, stante l’inerzia della Direzione dell’istituto penitenziario, si prescrive direttamente «di consentire al detenuto di fruire ogni giorno di due ore all’aria aperta in cortile, in aggiunta alle due ore negli spazi interni comuni (c.d. sala socialità)», in parziale disapplicazione della circolare del DAP del 2009.

La decisione finale del Magistrato di sorveglianza si è basata, quindi, evidentemente su due elementi fondamentali:

- 1) la valutazione del caso concreto e la lesione di un diritto soggettivo del detenuto (*in primis*, il diritto alla salute);
- 2) le condizioni logistiche-ambientali della struttura penitenziaria.

Laddove, infatti, la restrizione della permanenza all’aria aperta per un’ora giornaliera cagiona un danno alla salute del detenuto, tangibile e concreto (che, di per sé, si verifica nella generalità dei casi per la mancanza di esposizione alla luce naturale), la Direzione penitenziaria è chiamata ad intervenire a tutela della persona reclusa, per far cessare tale situazione lesiva, discostandosi parzialmente dalla circolare ministeriale, in ragione di valutazioni preminenti connesse al caso concreto.

La Direzione, pur determinandosi secondo i parametri della legalità (normativa e prassi amministrativa), raggiunge un risultato, in concreto, illegittimo, applicando una soluzione che contrasta sostanzialmente con i diritti fondamentali della persona umana (reclusa), di cui l’Amministrazione rappresenta il principale garante: non si può infatti negare il ruolo della Direzione penitenziaria quale primario tutore della sicurezza e della legalità della detenzione, secondo

---

<sup>56</sup> In ragione di una valutazione complessiva delle disposizioni penitenziarie, risulta quanto mai indebita ed arbitraria l’interpretazione elaborata dalla prassi amministrativa, indice sicuramente di una precisa strategia di politica criminale contro il fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso, che, tuttavia, va oltre il dato testuale della norma e restituisce un risultato finale contrario al senso letterale e logico-sistematico della disciplina penitenziaria.

<sup>57</sup> Cfr. Mag. Sorv. di Sassari (dott. Diez), 23 settembre 2016, cit.

una duplice accezione della nozione di “sicurezza”: una oggettiva connessa ad esigenze di gestione complessiva della vita intramuraria (ed esterna, per il regime di 41-*bis* O.P., che rimanda alle istanze securitarie di prevenzione e difesa sociale), l'altra soggettiva legata alla “salvaguardia” della persona detenuta, di cui la Direzione penitenziaria assume di fatto la cura e l'affidamento (v. la traduzione del concetto di sicurezza in inglese *security/safety*).

La persona detenuta viene infatti affidata alla Direzione penitenziaria, la quale è chiamata ad assicurare, in prima istanza e per tutto l'arco temporale della pena, *standard* di detenzione conformi alla legge, quest'ultima da intendersi come conformità all'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo, quindi, delle garanzie costituzionali (e convenzionali *ex artt.* 3, 6, 7, 8, 10 Cedu) a tutela della persona umana<sup>58</sup>.

Il rispetto della dignità del detenuto e dei suoi diritti fondamentali dovrebbe essere una prerogativa dell'azione amministrativa, considerando che il suo operato è soggetto al sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza e agli ordinari gradi di giudizio, fino al ricorso per Cassazione *ex art.* 111, co. 7 Cost.: il contemperamento degli interessi antagonistici è un'operazione che dovrebbe essere svolta, caso per caso (e, quindi, *ex ante* rispetto alla prossimità e/o irreversibilità della lesione soggettiva), dalla Direzione penitenziaria, a cui è stato affidato il detenuto, richiedendo l'intervento *ex post* della Magistratura di sorveglianza solamente nelle situazioni fisiologiche connesse alla detenzione e non in termini di vera patologia (con un sovraccarico di lavoro, spesso difficilmente gestibile secondo tempistiche celeri ed effettive) e secondo una logica meramente riparatoria e non preventiva (a lesione già avvenuta e in corso).

La paventata rescissione dal fine primario dell'interesse pubblico, che verrebbe compromesso, in qualche misura, con modulazioni differenti dalla disciplina standardizzata, non si verifica ogniqualvolta la Direzione penitenziaria (come

---

<sup>58</sup> In merito alla “posizione di garanzia” assunta dall'Amministrazione penitenziaria, dalla quale «discende un'articolata serie di obblighi, quali la tutela dell'integrità fisica, della salute, della formazione culturale, della sfera sociale, familiare e affettiva delle persone sottoposte ad esecuzione penale», cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 176 ss. Sul punto, si veda anche la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Bartasaghi Gallo e altri c. l'Italia*, con cui la Corte di Strasburgo ha nuovamente condannato l'Italia per la violazione dell'articolo 3 Cedu in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia italiane in occasione del G8 di Genova del 2001 durante l'irruzione nella scuola Diaz-Pertini avvenuta la notte del 21 luglio 2001: con tale pronuncia, la Corte ha confermato le statuizioni già espresse nell'*affaire Cestaro c. Italia* (cfr. Corte EDU, 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11, con nota di F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015). Per un commento alla sentenza *Bartasaghi Gallo e altri c. Italia*, cfr. F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2017.

nel caso di Bancali) possa gestire al meglio i detenuti all'interno di una Casa Circondariale di nuova edificazione, con locali e spazi adibiti anche alla permanenza all'aria aperta<sup>59</sup>.

Secondo il Magistrato di sorveglianza, il principio di diritto, a cui dovrebbe attenersi la Direzione penitenziaria di Bancali-Sassari, è il seguente: «[...] l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione nella scelta fra la durata massima e quella minima consentite va giustificato e deve rispondere, in concreto (non per astratte indicazioni generalizzate vevoli 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)».

### 5. Quale soluzione percorribile?

È evidente come la MdS stia operando un progressivo riadattamento delle prescrizioni trattamentali del 41-*bis* O.P. al caso concreto, modulando, la disciplina normativa (disposizione e prassi amministrativa) in ragione di valutazioni connesse alla singola situazione del detenuto e relativa compromissione di diritti soggettivi e interpretando il regime speciale di detenzione quale trattamento che, formalmente standardizzato ed omogeneo, deve essere necessariamente "individualizzato"<sup>60</sup>.

La criticità di tale impostazione sembra emergere nel momento in cui si consideri che la fase di individualizzazione avviene solamente *ex post* per effetto dell'intervento giurisdizionale della MdS sulla base del singolo reclamo, ordinando, peraltro, alla Direzione penitenziaria ciò che, almeno formalmente, la stessa non potrebbe essere chiamata ad eseguire *ex ante* in ragione della vincolatività (ed inflessibilità) della circolare DAP del 2009.

---

<sup>59</sup> Cfr., sul punto, il Rapporto della *Commissione straordinaria per tutela e la promozione dei diritti umani*, cit., 50 ss. L'istituto penitenziario di Bancali a Sassari si presenta, infatti, come una struttura di nuova costruzione, adibita a contenere 92 detenuti in regime di detenzione speciale (attualmente, al 2016, vi sono reclusi 88 detenuti): ad una visita effettuata da parte di una delegazione parlamentare della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, presieduta dall'On. Luigi Manconi, la Casa Circondariale di Bancali è parsa idonea ad ospitare detenuti in regime di 41-*bis* O.P., con locali nuovi e di recente edificazione (ancora vuoti) e spazi adeguatamente attrezzati per consentire un livello generale di vivibilità decisamente migliore rispetto ad altre strutture presenti in Italia. La specifica struttura architettonica, con una pluralità di spazi all'aperto, uno per ciascuna sottosezione (c.d. varco), destinata ad ospitare un determinato gruppo di socialità, consente, quindi, una corretta gestione dei detenuti in regime speciale di detenzione, che, da un lato, preserva l'attuazione del fine pubblico di prevenzione e difesa sociale e, dall'altro, assicura ai reclusi *standard* di vita compatibili - per quanto possibile - con le proprie esigenze primarie di tutela della salute.

<sup>60</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, cit., 199.



Al di là della questione tecnica della natura giuridica della circolare ministeriale (in questo caso, normativa)<sup>61</sup>, risulta manifesta la necessità di un ripensamento dei rapporti tra l'Amministrazione penitenziaria e il sindacato giurisdizionale della MdS, che non si riveli necessariamente oppositivo e si indirizzi in una prospettiva di realizzazione del fine univoco, *i.e.*, la cura del fine pubblico, senza però che tale obiettivo comporti un'eccessiva ed irragionevole compromissione dei diritti soggettivi.

La soluzione auspicabile, anche in ragione delle numerose sollecitazioni della dottrina e delle diverse componenti sociali ed istituzionali, dovrebbe concretizzarsi in un ripensamento dell'Amministrazione penitenziaria a mutare il proprio indirizzo interpretativo o quanto meno differenziarlo, a seconda delle particolari condizioni fattuali delle strutture penitenziarie<sup>62</sup>.

L'esigenza di un cambiamento applicativo si fonda essenzialmente su due motivazioni: essendo mutate le condizioni logistiche-ambientali di alcune strutture penitenziarie, appositamente adibite al contenimento dei detenuti in regime di 41-*bis* O.P., in alcune di queste anche di nuova costruzione (tra cui, Cuneo, L'Aquila, Bancali-Sassari, Parma, Spoleto, Milano Opera) non dovrebbero più sussistere motivi ostativi per consentire ai detenuti ivi reclusi di beneficiare di condizioni di vita migliori e più compatibili con la tutela di diritti soggettivi primari: ciò non significa compromettere o recedere in alcun modo dal fine pubblico di prevenzione, sicurezza e difesa sociale, proprio perché tali strutture permetterebbero la gestione dei detenuti in modo sicuro, secondo la *ratio* dell'istituto e, pur sempre all'interno dei limiti legali delle prescrizioni trattamentali, ma, al contempo, si fornirebbero *standard* di vita migliori ai detenuti (reclusi in regime speciale per molto tempo e in forza di ulteriori severe restrizioni).

La rimodulazione della prassi dell'Amministrazione penitenziaria si rivela quanto mai necessaria, a livello di tenuta del sistema e dell'omogeneità applicativa della disciplina, anche perché, non si può negare il fatto che la singola Di-

---

<sup>61</sup> Sulla natura delle circolari ministeriali a contenuto normativo, cfr., *ex multis*, F. SAIITA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, Napoli, 2012; N. DINO, *Le circolari amministrative: un epifenomeno giuridico*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2013, f. 3-4, 164-171.

<sup>62</sup> Mutamento di indirizzo, che, peraltro, si è di recente verificato con la circolare DAP dd. 31 marzo 2017 in relazione alla ridenominazione di talune espressioni, normalmente utilizzate nel gergo penitenziario (*i.e.*: domandina, scopino, *etc.*), che comportavano una forte umiliazione e mortificazione delle mansioni svolte dal detenuto all'interno della struttura penitenziaria. Tale mutamento di sensibilità si è avuta a seguito delle numerose sollecitazioni provenienti, a diverso titolo, dal volontariato e dalle categorie professionali dell'avvocatura e dalla magistratura e rappresentano il risultato delle osservazioni critiche formulate dal Tavolo 2 - *Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza degli Stati generali dell'esecuzione penale*.

reazione penitenziaria, se vincolata, in via generale dalla circolare ministeriale, potrebbe (e dovrebbe) essere chiamata a disattendere l'interpretazione ufficiale, laddove il caso concreto presentasse delle peculiarità tali da richiedere una determinazione parzialmente difforme: è il caso dell'istituto di Bancali-Sassari, il quale presenta una condizione di fatto diversa e migliore rispetto agli *standard* generali presenti in altre strutture penitenziarie.

Si ipotizzi la situazione di un detenuto con patologie respiratorie o cardio/vascolari (oppure connesse alle malattie della pelle, causate per la privazione dell'esposizione al sole) che lamenti alla Direzione penitenziaria l'esigenza (anche documentata) di poter usufruire del limite massimo consentito (in via generale) dalla legge di permanenza all'aria aperta.

La prossimità della lesione del diritto alla salute del detenuto (il caso concreto) e l'assenza di motivi ostativi (la condizione di fatto), dati da una struttura idonea per lo svolgimento "sicuro" della permanenza all'aria aperta (con numerosi cortili, varchi, spazi idonei che consentono la rotazione dei gruppi di socialità, l'uscita secondo tempistiche diverse e programmate, *etc.*) dovrebbero condurre la Direzione ad una determinazione difforme dalla circolare ministeriale, con una valutazione, quindi, *ex ante* (rispetto alla decisione *ex post* operata dalla MdS a lesione del diritto soggettivo sostanzialmente già avvenuta), calibrata sul singolo caso concreto e sulla base di un contemperamento degli interessi primari in conflitto (fine pubblico vs. diritti soggettivi), senza comportare un'eccessiva compromissione dei diritti soggettivi del detenuto.

Residua, inoltre, la via del promovimento della questione di illegittimità costituzionale della prescrizione trattamentale di cui al co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* O.P che sostanzialmente evidenzia, da un lato, l'irragionevolezza con cui il legislatore della novella del 2009 abbia operato una riduzione numerica così drastica delle ore di permanenza all'aria aperta dei detenuti in regime differenziato rispetto alla disciplina originaria e più mite della legge n. 279/2002 e, dall'altro, renda manifestamente sproporzionata ed ingiustificata (*ex artt. 3, 27, co. 3, 32 Cost.*) la differenziazione di disciplina (e tecnica normativa utilizzata) per regolamentare il regime di permanenza all'aria aperta per i reclusi *ex 41-bis* O.P. e gli altri circuiti penitenziari, di cui agli artt. 10 O.P. e 16 reg. esec., in via ordinaria, e all'art. 14-*quater* O.P., per i detenuti in regime di sorveglianza particolare. Tale ultima disposizione è stata individuata dalla dottrina come il *tertium comparationis* da indicare alla Corte costituzionale come punto di riferimento per evidenziare l'irragionevolezza e la disparità di trattamento con cui il legislatore ha inteso disciplinare il regime di detenzione speciale: ai sensi del co. 4 dell'art. 14-*quater* O.P., si stabilisce che al detenuto sottoposto al regime di sorveglianza particolare debba essere garantita «la permanenza all'aperto per

almeno due ore al giorno, salvo quanto disposto dall'art. 10»<sup>63</sup>, richiamando in tal modo anche i limiti procedurali di limitazione dell'aria aperta ad un'ora giornaliera, assenti, invece, nella previsione del 41-*bis* O.P.

### 5.1. Ripensamento della prescrizione: le proposte della dottrina e degli Stati generali dell'esecuzione penale (v. Tavolo 2)

Il "ritorno" alla versione più mite della legge n. 279 del 2002 è la scelta normativa ideale (o quanto meno migliore) individuata dagli esperti del Tavolo 2 - Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza degli Stati generali dell'esecuzione penale. Secondo la proposta contemplata nella relazione finale, con specifico riguardo alla prescrizione trattamentale della permanenza all'aria aperta, infatti, il gruppo di esperti suggerisce, in prospettiva di riforma, di riportare a quattro ore complessive il limite di permanenza all'aperto per il detenuto in 41-*bis* O.P., recependo, però, l'interpretazione delle circolari amministrative, per cui le ore si intendono equamente suddivise (due ciascuna) tra la permanenza all'aperto e la sala di socialità: tale soluzione non sembra recepire l'indirizzo giurisprudenziale espresso dalla MdS, la quale, in ragione della prospettata predeterminazione legislativa anche nel *quomodo*, potrebbe far valere la propria interpretazione difforme (e più favorevole al detenuto) unicamente per il tramite della questione di legittimità costituzionale. Favorevole sicuramente è la soluzione di predeterminare le singole prescrizioni trattamentali a livello normativo, per impedire prassi amministrative peggiorative rispetto alla norma<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Cfr., sul punto, F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, cit., 2517.

<sup>64</sup> Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 - Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, cit., 20. Un profilo fondamentale connesso alla riforma del regime del 41-*bis* O.P. riguarda la previsione di un meccanismo di controllo giurisdizionale, che muti l'attuale disciplina di cui al co. 2-*quinquies*, che prevede la competenza unica e accentrata del Tribunale di Sorveglianza di Roma a decidere in merito alle impugnazioni del decreto ministeriale dispositivo: si propone, infatti, di ripristinare la competenza dei tribunali di sorveglianza che hanno giurisdizione sull'istituto di pena di assegnazione del detenuto, garantendo il ripristino del principio del giudice naturale *ex art. 25 Cost.* La nuova formulazione del co. 2-*quinquies* dell'art. 41-*bis* O.P. dovrebbe sancire che: «Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione di pena al quale il detenuto o l'internato è assegnato». Secondo una parte della dottrina, invece, la competenza dovrebbe essere individuata sulla base delle indicazioni di cui all'art. 279 c.p.p., in fase cautelare, mentre in fase di esecuzione nel tribunale di sorveglianza del luogo in cui è il detenuto è sottoposto al regime di detenzione. Ulteriore distinzione viene effettuata da A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 414-415, per cui, attesa la natura sostanziale del regime di cui al 41-*bis* O.P. (definita dall'autrice quale forma di pena accessoria), il giudice competente per la fase cautelare dovrebbe essere individuato *ex art. 279 c.p.p.*, per il processo invece nel giudice del merito e, infine, per la fase esecutiva, nel tribunale di sorveglianza, residuando, tuttavia, una generale competenza in capo all'Amministrazione penitenziaria per le modalità

Risulta notevolmente persuasiva, inoltre, la scelta di una parte della dottrina di riportare all'attenzione del legislatore l'esigenza di una riflessione critica, di più ampio respiro, della attuale formulazione normativa della disciplina del 41-*bis* O.P., che, in una prospettiva *de iure condendo*, dovrebbe essere ripensata in funzione del "principio di proporzionalità": le linee di intervento potrebbero essere dirette, in primo luogo, alla riduzione dei reati-presupposto sia in termini di esclusiva applicazione del regime per i reati di stampo mafioso e di stampo terroristico-eversivo, con caratteristiche analoghe, in tema di stabilità del vincolo associativo e di pericolo di proselitismo<sup>65</sup> ed esclusione dall'ambito di operatività del regime per i detenuti che abbiano già scontato la pena relativa ai reati-presupposto e siano detenuti per reati diversi<sup>66</sup>.

Il principio di proporzionalità risulterebbe inoltre decisivo rispetto alla prognosi di pericolosità del detenuto in ordine alla sussistenza di legami con le associazioni criminali di appartenenza: il canone costituzionale potrebbe svolgere una funzione di delimitazione dell'applicabilità del regime solo a quei casi in cui il giudice, alla luce delle circostanze concrete del caso, ritenga concreto il rischio che, proprio a causa dei legami con le associazioni di appartenenza, il regime detentivo ordinario non sarebbe in grado di recidere; analoghe valutazioni in caso di revoca o proroga<sup>67</sup>.

Il "fattore tempo" dovrebbe essere attentamente ripensato da parte del legislatore: meritevole di nota, il suggerimento della dottrina di ipotizzare uno schema trattamentale differenziato, per i detenuti sottoposti al regime speciale per lunghi periodi che consenta una graduazione delle restrizioni fino al termine della pena, evitando la situazione paradossale del detenuto recluso in 41-*bis* O.P., fino all'ultimo giorno della pena, un soggetto potenzialmente ancor più pericoloso per la società, perché privo degli strumenti socio-educativi idonei per un efficace reinserimento nella collettività<sup>68</sup>.

Con riguardo inoltre alle prescrizioni, il ricorso al principio di proporzionalità, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito: idoneità, necessità, principio di proporzionalità in senso stretto) dovrebbe agevolare l'individuazione delle regole di portata repressiva ed afflittiva, di cui, pertanto,

---

esecutive.

<sup>65</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 419.

<sup>66</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 423.

<sup>67</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 425.

<sup>68</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 429.

si auspica un'abrogazione (p.e., il divieto assoluto di cottura dei cibi) e un ripensamento, anche in relazione alla distribuzione dei poteri di azione, amministrativo e giurisdizionale, delle restrizioni che appaiono idonee (rispetto al fine primario perseguito con il 41-*bis* O.P.) e strettamente necessarie (in vista della realizzazione del fine stesso), con una riponderazione del punto di equilibrio tra le istanze securitarie e i diritti fondamentali della persona detenuta.

Il modello trattamentale ideale, pertanto, dovrebbe salvaguardare, in ogni caso, un nucleo di diritti, che risultano indefettibili anche in regime di 41-*bis* O.P. (in parallelo al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater*, co. 4, O.P.), o quanto meno parzialmente attenuabili, solo se strettamente necessario in relazione alla pericolosità sociale del singolo detenuto e solo se tale compressione risulta uno strumento idoneo al raggiungimento dello scopo ultimo (recessione dai legami criminali).

Si dovrebbe inoltre ripensare lo schema di restrizioni e di divieti che dovrebbero essere predeterminate per legge, in modo tassativo sia nell'*an* sia nel *quomodo* (esautorando l'Amministrazione penitenziaria dal suo potere discrezionali di interpretazioni *in peius* rispetto al dato normativo), indicando un limite massimo di compressione dei diritti soggettivi, consentendo all'Amministrazione penitenziaria la possibilità, nei limiti legali e nei margini di operatività consentiti, di prevedere delle deroghe unicamente migliorative in relazione alle circostanze del caso concreto e in virtù di condizioni fattuali (logistiche-ambientali) che consentano la realizzazione di *standard* di vita migliori, soprattutto, per i detenuti reclusi in regime di 41-*bis* O.P. per lunghi periodi.

VERONICA MANCA