

Il principio di proporzionalità “cartina tornasole” per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni *de iure condendo*

di Veronica Manca*

ABSTRACT: Con il contributo, l’autrice propone delle riflessioni di ampio respiro sulla disciplina del regime del 41-bis OP, analizzando la giurisprudenza delle Corti superiori, e fornendo alcuni spunti critici per una corretta interpretazione applicativa della disciplina esecutiva, secondo il canone del principio di proporzionalità. Tale principio infatti dovrebbe essere ritenuto una chiave di volta dei rapporti tra i poteri dello Stato, dal legislatore, all’azione amministrativa e al sindacato della magistratura di sorveglianza.

The principle of proportionality as “litmus test” for the 41-bis O.P. regime: operational solutions and suggestions *de iure condendo*

ABSTRACT: *With this paper, the author proposes some wide-ranging reflections on the discipline of the regime of the 41-bis, analyzing case law of the Supreme Courts and offering some critical point of view for a correct interpretation of the penitentiary discipline, according to the canon of the principle of proportionality. In fact, this principle should be considered a keystone of the relations between the state power, from the legislator, to the administrative action and to the surveillance judiciary.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prevenzione vs. umanità della pena: le indicazioni delle Corti sovranazionali. – 2.1. (Segue) Il 41-bis nel *multilevel system of protection of human rights*. – 3. La “cartina tornasole” del principio di proporzionalità in esecuzione. — 3.1. La circolare n. 3676/616 alla prova dei princìpi. – 4. Sintesi. *Test* di proporzionalità come chiave di lettura per legislatore, amministrazione e magistratura anche in prospettiva di riforma.

1. Premessa.

Sulla base dei dati pubblicati da Antigone¹, al 3 gennaio 2019, le sezioni 41-bis OP ospitavano 748 persone, di cui 5 a titolo di misura di sicurezza, reclusi nella struttura di Tolmezzo: tra gli internati, vi è anche chi sconta il regime del 41-bis OP da oltre 30 anni, ininterrottamente (una sorta di “ergastolo bianco” a vita, una pena

* Avvocato del Foro di Trento.

¹ V. Il carcere secondo Costituzione. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>

perpetua *de facto*, pur non essendo il titolo esecutivo nemmeno quello dell’ergastolo)².

La “perpetuità” del regime non deve comunque stupire chi legge, atteso che, per il 26% dei detenuti, il 41-*bis* può avere una durata tra i 10 e i 20 anni, se non oltre³: alla durata del regime non corrisponde necessariamente anche lo *status* di condannato, dato che sul totale, solo il 45,6% è definitivo, mentre il 26% circa è rappresentato da soggetti ancora in attesa di giudizio, di primo o secondo grado o pendente in cassazione; lo 0,5% è invece la percentuale minima, ma comunque significativa e presente, di persone sottoposte al regime del 41-*bis* OP a titolo di misura di sicurezza⁴.

Ancora, se si guarda la composizione della popolazione ristretta al 41-*bis* OP, si evince che per il 70,8% i reclusi sono solo partecipanti all’associazione criminale (di cui all’art. 416, co. 2 c.p.), e non capi (i quali rappresentano il 21,3% sul totale)⁵.

Le problematiche principali, connesse al diritto alla salute, si ritrovano nelle strutture con più ristretti che richiedono l’accesso a cure mediche specifiche e/o per disabilità, con Parma, n. 9 soggetti ammessi all’assistenza sanitaria intensiva (e n. 9 su Milano Opera), e n. 3 disabili⁶. Interessante considerare anche la compagine criminale di appartenenza: il 21,7% di affiliati alla ‘Ndrangheta; n. 26,6% a Cosa Nostra; n. 40,3% alla Camorra⁷. Si segnalano, infine, n. 10 donne, ristrette presso L’Aquila⁸.

Data la fotografia “umana”, risulta quanto mai opportuno continuare a riflettere, non tanto sulla legittimità di tale regime, quanto sulle caratteristiche applicative dello stesso, anche in termini pratici di efficienza ed efficacia, nella misura in cui si pretende di attribuire al 41-*bis* OP, e, più in generale, al diritto penitenziario, quelle funzioni di prevenzione generale e difesa sociale, più tipiche, del processo nella

² V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

³ V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, pubblicato in www.archiviopenali.it, il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, cfr. p. 51.

⁴V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, pubblicato in www.archiviopenali.it, il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, 52.

⁵V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, pubblicato in www.archiviopenali.it, il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, 52.

⁶ V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

⁷ V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

⁸ V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

fase inquisitoria, e, di prevenzione speciale, più caratteristiche della pena (e della misura di sicurezza).

Tenuto conto dei dati, quindi, non si può non notare come, di fatto, la “minaccia” della sottoposizione ad un regime così rigido, anche per un lungo periodo, non abbia inciso comunque, nel corso degli anni, sul tessuto sociale, il quale, ad oggi, risulta ancora fortemente minato dal fenomeno della criminalità organizzata, sulla base di nuove forme, dinamiche e soluzioni organizzative, molto sofisticate e radicalmente diverse da quelle per cui era stato pensato in origine il regime, nel lontano 1992.

La rescissione, infatti, di un solo ramo dall’albero ben radicato nel terreno, da decenni e irrorato da importanti risorse (vedi, il 21,3% dei reclusi a titolo di sola partecipazione) non impedisce alla natura di rifiorire e di rigenerarsi nel tempo, anche a prescindere dal singolo ramo mozzato.

Sicuramente l’eliminazione di quel ramo inquinato assicura un importante risultato per il benessere dell’ambiente e preclude la possibilità di ulteriori sviluppi nocivi in quella direzione; tuttavia, tale azione se isolata non può dirsi sufficiente ad impedire la proliferazione di altri rami, anche in diverse direzioni; né si può pretendere che dalla “vivisezione” di quel singolo ramo si possa conoscere la salute complessiva dell’intero ecosistema, passato, presente e futuro.

Il livello di attenzione sul benessere dell’albero deve, quindi, essere sempre costante, a prescindere dal venir meno dei rami inquinati; così non si può pensare che eliminato un ramo, questo possa essere cestinato a data da definirsi, perché è inevitabile, che nelle more, senza un sostegno, quel ramo sarà destinato a perire. E, quindi, quel ramo mozzato, di per sé destinato a morire, potrebbe avere una sorte diversa, laddove venisse sì isolato dall’albero, ma in condizioni tali da poter ricrescere e rigenerare a sua volta in un ecosistema alternativo, virtuoso, indice di quei valori realmente deterrenti (socio-culturali e politici) per gli ambienti inquinati e inquinanti.

Tale “politica ambientale”, oltre ad avere un’efficacia di recupero, assume un importante valore di prevenzione rispetto alle generazioni future che dovrebbero poter crescere in ecosistemi sin da subito non inquinati dalle radici.

2. Prevenzione vs. umanità della pena: le indicazioni delle Corti sovranazionali.

La ricerca di un equilibrio tra la prevenzione/repressione del fenomeno della criminalità organizzata e la tutela dei diritti umani delle persone ristrette è un’attività in continua evoluzione, che ha visto negli ultimi decenni un assestamento a favore dei diritti individuali: non da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019⁹, ma ancor prima la sentenza n. 149 del 2018¹⁰.

⁹ V. Corte cost., 22 ottobre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it; per un primo commento: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it.

Per quanto riguarda il versante sovranazionale, la recentissima pronuncia *Viola c. Italia*¹¹, preceduta dai *leading case Scoppola (n. 2) c. Italia*¹², *Del Rio Prada c. Spagna*¹³, *M. c. Germania*¹⁴, ha tenuto alto il dibattito sullo statuto convenzionale dell’esecuzione della pena, ridisegnandone, da un lato, il paradigma, orientato alla flessibilità del giudicato, all’individualizzazione della pena e risocializzazione del condannato, accentuando, al contempo, le dinamiche conflittuali tra la discrezionalità del legislatore, il potere autoritativo dell’Amministrazione penitenziaria e il sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza, dall’altro.

In tale evoluzione, un ruolo cardine è stato assunto dal *principio di proporzionalità*¹⁵, inteso nel senso più ampio possibile (un canone interpretativo complesso, basato su plurimi *passaggi* sequenziali dell’*idoneità*, della *necessarietà* e della *proporzionalità in senso stretto*)¹⁶.

¹⁰ V. Corte cost., 18 luglio 2018, n. 149; per un commento: E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, il 18 luglio 2018; nonché E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBURQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L’ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019. Ancor più recente, Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188, in www.cortecostituzionale.it. Di maggior rilievo, dato l’esito, Corte cost., 9 ottobre 2019, n. 229, in www.cortecostituzionale.it, con cui la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, co. 4 OP, nella parte in cui trova applicazione per i condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all’art. 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato (nonché, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all’art. 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato).

¹¹ Per un primo commento, v. S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo” dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, il 1° luglio 2019; M. S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. pen. web*, 6, 2019; A. SCARCELLA, *La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU*, in www.quotidianogiuridico.it; V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all’attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2, 2019.

¹² Cfr. Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 10249103.

¹³ Cfr. Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

¹⁴ Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04.

¹⁵ Per un’ampia trattazione dell’argomento, si consenta il rinvio a V. MANCA, *Il paradigma costituzionale dell’esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis ord. penit.*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di Dodaro, Mancuso, ed. Dip. Lab. Modena, 2019.

¹⁶ Nonostante il testo legislativo riporti un’accezione più ristretta di proporzionalità, non può comunque escludersi che con ciò il legislatore, indicando espressamente una parte (il giudizio di necessità), abbia inteso richiamare il tutto (c.d. *sineddoche*), ovvero sia il principio di proporzionalità, inteso come giudizio complesso, così come è avvenuto, grazie all’interpretazione evolutiva della dottrina e dalla giurisprudenza tedesca per la nozione di proporzionalità in relazione al diritto pubblico. Sul punto, cfr., per tutti, S. COGNETTI,

Solo un’accezione più ampia del principio consente, infatti, di 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: tale bilanciamento diviene di cruciale importanza in materia di esecuzione del regime del 41-*bis* OP, tenuto conto dell’alto tasso di discrezionalità che il legislatore ha concesso all’Amministrazione penitenziaria (anche se nella forma più o meno vincolata)¹⁷.

3.1. (Segue) Il 41-*bis* nel multilevel system of protection of human rights.

In tale direzione, si è mossa la Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2018, con cui ha sancito l’illegittimità della previsione *ex art. 41-bis*, co. 1-*quater*, lett. f) OP in relazione al divieto della cottura di cibi in cella.

Secondo la Corte costituzionale, tale divieto esula dalla finalità di prevenzione e difesa sociale, insita nel regime detentivo speciale: la considerazione per cui la previsione era stata concepita per impedire che tramite il cibo (come altri elementi di vita quotidiana, quei pochi che sono autorizzati a fare ingresso) il detenuto esercitasse il proprio “carisma criminale” sugli altri, non regge sul piano del bilanciamento dei principi, tra ragionevolezza (*rectius*: proporzionalità) e diritti soggettivi.

In tale pronuncia, la Consulta ha adottato un ragionamento marcatamente garantista e più di “posizione” rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente, che, in una visione di insieme, risulta notevolmente più prudente, tesa alla salvaguardia del regime, anche nelle sue previsioni più restrittive¹⁸.

Nonostante ciò, già con pronunce più datate, la Corte ha comunque stilato una serie di principi guida in materia di 41-*bis* OP, diretti a sostenere che la sospensione dei diritti soggettivi del detenuto, in ragione di istanze securitarie, deve avvenire, in ogni caso, nel rispetto della dignità umana dello stesso e sulla base di uno scrupoloso e attento giudizio di «congruità» (*rectius*: proporzionalità)¹⁹. La garanzia di un nucleo fondamentale di diritti soggettivi deve essere alla base della prassi applicativa del regime e uniformare il sindacato giurisdizionale, atteso che,

Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Giuffrè, 1993, 65-68.

¹⁷ Sul punto, G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012, 204 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015. Sia consentito il richiamo a V. MANCA, *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*, in *Arch. pen. web*, 2, 2017.

¹⁸ Sul punto, Cfr., sul punto, C. FIORIO, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2256; nello stesso senso, anche M. PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 265.

¹⁹ Tra cui sent. n. 349/1993, 410/1993, 351/1996 e 376/1997.

anche in costanza di 41-*bis* “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 inadeguate 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”²⁰.

Ancora. Con la sentenza n. 143 del 2013, la Consulta ha precisato come “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”, 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 personale, non compatibile con l’art. 27, co. 3 Cost.”²¹.

Se sul versante interno, l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha portato, quindi, a riconsiderare con più attenzione la *ratio* di prevenzione sottesa al regime rispetto alla sua applicazione pratica, evidenziando le incongruità di determinate previsioni anche in relazione al decorso temporale, alla concezione di una pena immutabile, all’impermeabilità di istanze risocializzanti e rieducative, con la giurisprudenza convenzionale si è sviluppato un ulteriore passaggio, ponendo l’accento proprio sulla dignità umana della persona ristretta, come un *quid* minimo che deve essere garantito in ogni situazione (v., ad es., il *leading case Labita c. Italia*)²².

Di più. Di rilievo è il ragionamento della Corte circa il tipo di valutazione sulla compatibilità del regime di detenzione speciale, che deve, infatti, essere effettuata in relazione al singolo caso concreto, e sulla base delle caratteristiche anche psico-fisiche del detenuto, della tipologia e della durata delle restrizioni imposte, della loro funzionalità rispetto agli obiettivi di prevenzione e delle conseguenze che esso

²⁰ Cfr. Corte cost., 3 giugno 2013, n. 135, 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.*, il 13 giugno 2013.

²¹ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, con nota di A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 129 ss.

²² V. Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02. Per un commento alla giurisprudenza convenzionale in materia, v. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.

produce sulla persona che vi è sottoposta, ecc. (v., da ultimo, *Provenzano c. Italia*)²³.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata inoltre anche rispetto agli automatismi e alle presunzioni assolute (v., da ultimo *Viola c. Italia*): il *leading case* in materia è dato dalla recente sentenza pilota pronunciata nei confronti della Bulgaria (nel caso *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, dell’8 luglio 2014), con cui la Corte ha ordinato di rimuovere l’automatismo applicativo del regime di detenzione speciale per i condannati all’ergastolo, e di limitarne il ricorso ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata²⁴.

Con riguardo poi alle singole prescrizioni, di notevole interesse – per un confronto con la disciplina normativa interna – sono tutte quelle pronunce dove la Corte ha dichiarato la non conformità di talune regole rispetto all’art. 3 CEDU, perché ritenute non proporzionate al fine perseguito: in applicazione del principio di proporzionalità, tali misure sono state ritenute «inutili» e «gratuite», nella misura in cui risultano, di fatto, puramente afflittive (v., ad es., le perquisizioni corporali mediante denudamento, o, il divieto di detenere fotografie, orologi o bustine di tè)²⁵. Ancor più significative le decisioni in materia di diritto di difesa, con riguardo, ad es., alla pronuncia *Altay (n. 2) c. Turchia*, con cui la Corte ha sancito l’inviolabilità del rapporto avvocato-assistito, qualificandolo come diritto soggettivo “rafforzato”²⁶.

3. La “cartina tornasole” del principio di proporzionalità in esecuzione.

Alla luce della giurisprudenza “costituzionale” fin qui esaminata, risulta evidente come le Corti si stiano muovendo lungo binari a scorrimento, per così dire, “velocizzato” verso il raggiungimento di un obiettivo comune, dettato dal superamento di preclusioni assolute, presunzioni di pericolosità sociale perpetue e automatismi punitivi, svincolati da un accertamento delle condizioni del caso concreto e da qualsiasi elemento fondante la colpevolezza e la situazione soggettiva del condannato, in senso dinamico ed evolutivo (il percorso

²³ V. Corte EDU, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13. Per un primo commento, v. M. S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giur. pen. web*, 10, 2018.

²⁴ Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016, 320.

²⁵ Per un commento, cfr. F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, 74 ss.; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; A. MARCHESELLI, *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, 2008, in *www.europarights.eu*. Per un approfondimento sul punto, v. V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2018.

²⁶ V. Corte EDU, *Altay c. Turchia* (n. 2), 9 aprile 2019, ric. n. 11236/09; V. MANCA, *La corrispondenza avvocato-detenuto come diritto soggettivo ‘privilegiato’ secondo i parametri convenzionali*, in www.camerepenali.it, il 16 maggio 2019.

rieducativo). Tale ragionamento, fondato sulla valutazione concreta della persona, diventa di cruciale importanza per tutte quelle discipline applicative – come il regime del 41-*bis* OP – in cui, nonostante si sia di fronte alla massima compressione della libertà personale e dei diritti soggettivi, il legislatore ha scelto di conferire poteri autoritativi, anche di tipo discrezionali, all’Amministrazione penitenziaria: alla previsione normativa fa da *pendant*, infatti, una cospicua produzione di circolari ministeriali dirette alla definizione delle modalità esecutive del regime²⁷. Formalmente solo circolari ministeriali volte alla corretta esegesi delle prescrizioni normative e dirette ad una più efficace riorganizzazione delle prassi applicative, ma, in sostanza, veri e propri strumenti pseudo-normativi che incidono sensibilmente sulla qualità della vita della persona ristretta²⁸. Il sindacato di legittimità, quindi, deve essere ancora più pregnante laddove la discrezionalità del legislatore aumenta; non solo, il livello di attenzione del sindacato c.d. “diffuso” di costituzionalità della magistratura di sorveglianza, che impone pur sempre un’interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, deve assumere la massima intensità, per evitare, anche se *ex post*, l’ingresso nell’ordinamento di prassi formalmente legali, ma sostanzialmente assimilabili a sopprusi ed arbitri. Risulta evidente, quindi, che la questione si gioca *ex ante*, in un’ottica preventiva e tutta allocata sul piano amministrativo, dell’applicazione e rinnovo del regime 41-*bis* OP: su questo piano, infatti, serve un ripensamento della disciplina, sia nella prospettiva di piena giurisdizionalizzazione dell’applicazione di una disciplina, che anche volendo collocarla all’interno delle misure di prevenzione “sui generis”, di fatto, è una pena, e, una di quelle più afflittive, in assoluto sia nell’ottica di una totale rivisitazione delle dinamiche di potere tra autorità giudiziaria e amministrazione: è innegabile che in sede applicativa l’Amministrazione penitenziaria finisca per godere di una discrezionalità eccessiva, che è estranea dallo schema costituzionalmente fondato di ripartizione dei poteri dello Stato; un’eccessiva discrezionalità applicativa, peraltro, svincolata da accertamenti concreti di pericolosità sociale e dalla situazione soggettiva della persona condannata (e anche non) che si perpetua per 10, 20, o addirittura 30 anni, a titolo di misura di sicurezza. Il punto dolente, infatti, è a monte: fino a quando ci sarà una disciplina che consente ampi margini di soluzioni interpretative, anche *in peius*, all’Amministrazione penitenziaria, non si potrà avere un’applicazione della disciplina uniforme, né conforme ai principi costituzionali di tassatività e determinatezza, né tanto meno rispettosa del portato costituzionale della risocializzazione e della tensione rieducativa della pena.

²⁷ Da ultima, circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017.

²⁸ A titolo esemplificativo, la recente circolare ministeriale dd. 2 ottobre 2017 prevede modalità di perquisizione personale sia mediante denudamento sia con l’uso di *metal detector* (art. 25.1, 35); si descrive la disciplina trattamentale da applicare in caso di isolamento disciplinare (con l’accesso quotidiano del solo medico per verificare le condizioni di salute dello stesso detenuto, all’art. 28, 36).

3.1. La circolare n. 3676/616 alla prova dei principi.

Un parziale mutamento di sensibilità da parte dell’Amministrazione penitenziaria si è avuta di recente con la circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, con cui si è dato atto della difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra l’uniformità di trattamento, da un lato, e l’umanità della pena, dall’altro²⁹.

L’esigenza di ripristinare delle modalità esecutive uniformi e più umane (o, *rectius*: meno afflittive) viene annunciata come un obiettivo proprio dell’azione dell’Amministrazione penitenziaria: la Circolare DAP infatti deve trovare applicazione, “nell’assoluto rispetto della legge e sulla base delle potestà rimesse alla competenza dell’Amministrazione penitenziaria”³⁰. La sua attuazione concreta, quindi, deve essere orientata unicamente verso la finalità preventiva, idonea ad impedire “la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza”³¹. Di fondamentale valore, l’ulteriore passaggio, per cui le restrizioni inserite nella Circolare “non sono volte a punire e non devono determinare un’ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata”³². Una presa di coscienza di non poco conto, risultato di un contesto politico-culturale di rinnovata speranza verso la riforma complessiva dell’ordinamento penitenziario (periodo inaugurato con gli Stati generali dell’esecuzione della pena, nel 2015, e, chiusi definitivamente, con le Commissioni ministeriali coordinate dal Prof. Glauco Giostra, in supporto alla legge delega n. 103/2017), che oggi deve comunque servire da faro, nel buio dell’estrema drammaticità che accompagna da sempre tale disciplina esecutiva.

4. Sintesi. Test di proporzionalità come chiave di lettura per legislatore, amministrazione e magistratura anche in prospettiva di riforma.

Già in altra sede³³, non era mancato di evidenziare il ruolo del principio di proporzionalità in materia penitenziaria e della sua portata rispetto ai rapporti tra Amministrazione e Magistratura di sorveglianza: risulta, infatti, ancora valido un caso affrontato dalla Corte costituzionale federale tedesca, il 10 gennaio 2008, con cui si è dichiarata l’illegittimità costituzionale di una parte del regolamento carcerario che prevedeva la cessazione dell’erogazione dell’elettricità notturna,

²⁹ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017. Sia consentito il rinvio a V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, il 6 novembre 2017.

³⁰ V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.

³¹ V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.

³² V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.

³³ Sul punto, V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 35.

nonché il divieto assoluto di ascoltare musica, tramite apparecchi radio, da parte dei detenuti³⁴.

Il fine primario tutelato con tale disposizione veniva individuato dall’Amministrazione penitenziaria in esigenze di ordine pubblico³⁵: secondo la Corte, però, un regolamento di natura amministrativa non può disporre misure che incidono sulla libertà personale e sui diritti soggettivi e che le limitazioni, laddove presenti, devono essere sottoposte ad un rigoroso vaglio di proporzionalità. In conclusione, la Corte ha affermato il principio per cui *“tanto meno è emergente il pericolo per l’ordine pubblico tanto più acquista peso la libertà di azione dei detenuti e tanto più attento non può che essere il giudice alla limitazione dei diritti fondamentali”*³⁶.

Un approccio argomentativo molto vicino al ragionamento della Corte costituzionale italiana, nella pronuncia n. 186 del 2018, indice di un tessuto valoriale comune che pone al centro il principio di proporzionalità. Si ritiene, quindi, che una corretta esegesi del principio di proporzionalità, unitamente a tutti gli altri canoni fondanti una pena costituzionale, potrebbe condurre ad una rimeditazione del regime del 41-bis OP, su più livelli, da quello legislativo (basta pensare allo stesso momento genetico di applicazione del 41-bis OP per opera dell’autorità amministrativa e non da parte di un giudice; al meccanismo del rinnovo; alle impugnazioni, ecc.); a quello amministrativo e a quello giurisdizionale, proprio della Magistratura di sorveglianza, sia che agisca *ex art. 35-bis OP* sia *41-bis, co. 2-quinquies OP*.

In particolare, come già anticipato, le principali criticità riguardano proprio l’azione dell’Amministrazione penitenziaria. In linea con un’interpretazione costituzionalmente orientata, a cui anche l’azione amministrativa deve essere diretta, nei casi in cui essa gode della più ampia discrezionalità, attribuita dal legislatore, non possono avallarsi prassi che – pur in nome dell’omogeneità di trattamento – diano origine a lesioni della dignità umana e dei diritti soggettivi, sussistendo un ampio margine legale per poter meglio bilanciare gli interessi coinvolti; al contrario, laddove l’azione amministrativa sia vincolata sia nell’*an* sia nel *quomodo*, negli stretti margini applicativi, l’Amministrazione penitenziaria è comunque tenuta al rispetto delle garanzie dell’individuo, la cui preminenza dovrebbe imporre interpretazioni organizzative anche difformi rispetto alla soluzione generale, se la relativa applicazione può comportare una lesione di un diritto soggettivo (come quello, ad es., della salute).

In una prospettiva di sistema, poi, il principio di proporzionalità, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito di *idoneità*, *necessarietà* e di *principio di proporzionalità in senso stretto*) dovrebbe fungere da chiave di lettura per un ripensamento complessivo della disciplina esecutiva del 41-bis OP, se non

³⁴ V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

³⁵ V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

³⁶ V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

ad opera di un legislatore lungimirante, per mano di una Corte costituzionale coraggiosa e consapevole del portato valoriale del finalismo rieducativo sulla pena detentiva, e, su tutte quelle misure, in sostanza, ad essa assimilabili (come è già avvenuto per il divieto di cottura dei cibi, con sent. n. 186 del 2018). A distanza di oltre 25 anni dalla sua prima applicazione, più che doverosa ed opportuna sarebbe un’operazione di rimodulazione dello schema astratto di divieti/preclusioni e di meccanismi automatici, che, pur nel rispetto della proporzionalità, dovrebbero anche essere già tassativamente enucleati per legge, riappropriandosi il legislatore di quella discrezionalità ad oggi attribuita, in sostanza, (anche in *peius*) all’Amministrazione penitenziaria e di difficile, se non impossibile contestazione (con buona pace, tra l’altro, dei diritti soggettivi di difesa)³⁷.

³⁷ Sul punto, già in V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 37-38.