

41-bis e ore d'aria: la svolta garantista della Cassazione

di *Valentina Chieco**

ABSTRACT: Il presente contributo, oltre a cercare di fornire un quadro della disciplina della permanenza all'aria per i detenuti sottoposti al regime speciale *ex art. 41-bis OP* e delle sue particolarità rispetto alla disciplina generale prevista dall'ordinamento penitenziario, è incentrato sul commento della presa di posizione recente della Corte di Cassazione. La giurisprudenza di legittimità ha accolto, nella pronuncia in commento ed in ulteriori sentenze, una posizione incentrata su un'interpretazione della disciplina legislativa, regolamentare ed amministrativa maggiormente aderente ai principi costituzionali e tesa ad assicurare una maggiore tutela dei diritti fondamentali delle persone ristrette in regime speciale.

Article 41-bis and outdoor hours: the revirement in favour of strengthened guarantees by the Court of Cassation

ABSTRACT: *This contribution, in addition to trying to provide a picture of the regulation of air permanence for inmates subjected to the special regime pursuant to art. 41-bis OP. and its peculiarities compared to the general discipline provided by the penitentiary system, is centered on the comment of the recent position taken by the Court of Cassation. The case-law of the supreme court upheld, in the commented ruling and in further sentences, a position focused on an interpretation of the legislative, regulatory and administrative framework more closely in line with constitutional principles and aimed at ensuring greater protection of the fundamental rights of inmates in the 41-bis regime.*

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. – 2. La ricostruzione del quadro normativo: le differenziazioni nella disciplina della permanenza all'aria. – 3. Le posizioni della Magistratura di sorveglianza. – 4. L'approccio garantista della Corte di Cassazione. – 5. Riflessioni di sintesi.

1. Il caso di specie

La sentenza in commento – che fa parte di un gruppo di pronunce dello stesso tenore della Prima Sezione penale, depositate contestualmente¹ – ha consentito ai consiglieri di esprimersi sulla spinosa questione dei limiti orari alla permanenza all'aria aperta per i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale *ex art. 41-bis OP*².

* Laureata presso l'Università degli Studi di Trieste.

¹ Cfr. Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17581 e Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17580, reperibili in www.dejure.it.

² Per approfondire il tema del c.d. “carcere duro” si vedano, tra molti, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016;

Si tratta di una tematica assai delicata, incidendo su diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (si pensi al diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost.) e, al contempo, influenzando sul «trattamento penitenziario», che deve essere conforme al disposto dell’art. 27, comma 3, Cost.

La fattispecie concreta poi delibata dalla suprema Corte ha origine in un reclamo proposto, *ex art. 35-bis OP.*, da un detenuto sottoposto al regime *ex art. 41-bis OP.* avverso le disposizioni del regolamento di un istituto penitenziario in forza delle quali i soggetti sottoposti a tale regime avrebbero avuto diritto, quotidianamente, a trascorrere un’ora all’aria aperta e un’ora all’interno delle sale destinate alla “socialità” (biblioteca o palestra). Il ricorrente ha denunciato il contrasto con la disciplina legislativa delle suddette norme regolamentari che, conformemente alla circolare DAP del 2 ottobre 2017³, limitavano la permanenza all’aria a una sola ora giornaliera.

Il Magistrato di sorveglianza ha affrontato la questione constatando che l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), *OP.*, se considerato congiuntamente alla regola generale posta dall’art. 10 *OP.*, anche per come integrata dall’art. 16 reg. esec., non identificherebbe la permanenza “all’aperto” con la permanenza “fuori dalla cella”.

In considerazione di quanto esposto, secondo il giudicante, il regolamento interno che riduca il tempo di permanenza all’aria aperta senza che sussistano le ragioni eccezionali di cui all’art. 10 *OP.* andrebbe a ledere il diritto alla salute del detenuto presidiato, appunto, dalla possibilità di trascorrere quotidianamente due ore in spazi aperti. Inoltre, dato che la permanenza all’aperto è comunque consentita, per i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale, solo a condizione che coinvolga esclusivamente il gruppo di socialità (di massimo quattro individui) selezionato dall’amministrazione penitenziaria, l’accorpamento denunciato tra ora d’aria e ora di socialità non incrementerebbe, quantomeno nel caso di specie, la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, ma si risolverebbe in una misura fortemente afflittiva e non rispettosa del principio, a più battute espresso dalla Consulta, secondo cui ogni deroga al regime detentivo ordinario deve essere giustificata da esigenze effettive e concrete di tutela e prevenzione.

Tutto ciò considerato, il Magistrato di sorveglianza aveva accolto il reclamo e aveva disposto che l’Amministrazione consentisse al reclamante di trascorrere ogni giorno due ore in spazi aperti, difformemente da quanto statuito dal regolamento interno d’istituto.

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*, Giappichelli, 2013, 118 ss. Con riferimento al tema specifico della permanenza all’aria si veda E. ADDANTE, *Il diritto di permanenza all’aria per il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale: un’evasione dalla legalità*, in *Arch. pen. web*, 2016, n. 3, 2 s.

³ Si fa riferimento alla circ. DAP n. 3676/616, reperibile in www.penalecontemporaneo.it.

Avverso l'accoglimento del reclamo era stato fatto ricorso, dal Ministero della Giustizia, al Tribunale di sorveglianza che aveva confermato l'ordinanza del Magistrato, disapplicando, tuttavia, non il regolamento interno, ma la citata circolare DAP del 2017; proprio la conferma, in sede di impugnazione, della ricostruzione del diritto dei detenuti in regime speciale a due ore effettive all'aria aperta è stata oggetto di ricorso per cassazione nel caso in esame.

2. La ricostruzione del quadro normativo: le differenziazioni nella disciplina della permanenza all'aria

Per una migliore comprensione della questione sottoposta alla suprema Corte pare utile effettuare una breve ricostruzione del quadro normativo che regola la permanenza all'aperto dei detenuti. Come noto, si tratta di un diritto che, sebbene previsto e disciplinato in via generale dagli artt. 10 OP. e 16 reg. esec., è modulato diversamente a seconda che l'interessato sia recluso in regime ordinario ovvero sia sottoposto al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater* OP. o al regime di detenzione speciale *ex art. 41-bis* OP.

La regola generale prevede che il limite minimo di accesso all'aria aperta sia di due ore quotidiane e che questo possa essere ridotto a una sola ora esclusivamente per motivi eccezionali, previa comunicazione al Magistrato di sorveglianza e al Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria, e per una durata limitata nel tempo⁴. La permanenza all'aria aperta rappresenta, per l'ordinamento, uno “*strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale*” da garantire in maniera flessibile, tenendo conto anche delle valutazioni del servizio sanitario e psicologico (art. 16, comma 3, reg. esec.).

La conferma dell'importanza del tempo da trascorrere all'aperto, ai fini della tutela del diritto alla salute, si rinviene in quanto statuito in materia dall'art. 14-*quater*, comma 4, OP. Anche ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, infatti, deve essere assicurata la permanenza all'aria per almeno due ore al giorno, salva la possibilità di limitarla a una sola ora nei casi e modi previsti dall'art. 10 OP. L'applicabilità di tale disciplina anche nei confronti dei soggetti considerati pericolosi per la vita penitenziaria permette di qualificare la permanenza all'aria in termini di garanzia fondamentale a tutela della persona detenuta.

Questo *minimum* si riduce considerevolmente, però, con riferimento al regime *ex art. 41-bis* OP.: ai sensi del comma 2-*quater*, lett. f), infatti, il limite massimo – e non più minimo, come previsto dagli artt. 10 e 14-*quater* OP. – di permanenza all'aria è di due ore giornaliere⁵. Tale disciplina, particolarmente severa, finisce, quindi, per far coincidere il limite massimo con il limite minimo generale previsto dall'art. 10 OP.

⁴ Cfr. D. VERRINA, *Commento all'art. 10 ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, 5^a ed., CEDAM, 2015, 121 ss.

⁵ Fino all'entrata in vigore della L. 94/2009, sostitutiva della più mite L. 279/2002, il limite massimo era di quattro ore giornaliere all'aperto.

La formulazione letterale della disposizione dell’art. 41-*bis* OP., nella sua ambiguità, ha consentito interpretazioni restrittive da parte dell’amministrazione penitenziaria. L’indicazione, infatti, del limite massimo ed il solo rinvio al limite minimo dell’art. 10, comma 1, OP., senza un richiamo esplicito alle modalità attuative di cui al comma 2, ha permesso l’emanazione della già citata circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, in forza della quale solo una delle due ore previste può essere trascorsa all’aria aperta⁶. L’afflittività della disciplina, soprattutto per come integrata dalla circolare, è indubbia: il limite massimo (un’ora) è di fatto inferiore al limite minimo (due ore) previsto dalla disciplina generale oltretutto dal regime di sorveglianza particolare, e implica che i detenuti sottoposti al regime speciale trascorrono le restanti ventidue ore nella loro cella di pernottamento. Tale consistente limitazione diviene ancor più pregnante se si considera che la disciplina si applica in maniera automatica e generale, senza essere passibile di eccezioni basate sulle caratteristiche del caso concreto.

3. Le posizioni della Magistratura di sorveglianza

L’interpretazione in forza della quale i detenuti sottoposti al regime speciale hanno diritto alla fruizione di due ore effettive d’aria non è isolata, ma si inserisce in un cospicuo orientamento della giurisprudenza di merito che ha ritenuto illegittime le circolari amministrative nella parte in cui hanno interpretato arbitrariamente il dato normativo in maniera eccessivamente stringente e afflittiva.

A ben vedere, già nel vigore della disciplina antecedente al 2009, un’ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Cuneo del 2003⁷ aveva aperto la strada a un’interpretazione logico-sistematica del dettato normativo, riproposta poi, come accennato, in plurime altre ordinanze.

Tale lettura ritiene illegittima l’interpretazione dell’art. 41-*bis* OP. secondo cui le ore di socialità sarebbero incluse nel tetto minimo di due ore di permanenza all’esterno, poiché le prime garantiscono la rieducatività della pena tramite lo svolgimento di attività ricreativo-culturali, mentre le seconde tutelano il fondamentale diritto alla salute⁸.

Tutte le ordinanze di questo filone⁹ ritengono illegittima la circolare amministrativa nella parte in cui suddivide, automaticamente e sempre, il limite delle due ore di permanenza all’esterno in una all’aria aperta e una nei luoghi di socialità. Ad

⁶ La stessa impostazione restrittiva è rinvenibile già nella circ. DAP n. 3592-6042 del 9/10/2003 e nella circ. DAP n. 0286202 del 4/8/2009.

⁷ Cfr. Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2456 ss.

⁸ Tale interpretazione è stata al tempo avallata dal Tribunale di sorveglianza di Torino. Cfr. Trib. sorv. Torino, ord. 11 dicembre 2003, in www.diritto.it.

⁹ Si veda Trib. sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, in www.gazzettaufficiale.it. Inoltre, Mag. sorv. Sassari, ord. 25 gennaio 2019; Mag. sorv. Sassari, ord. 5 aprile 2018; Mag. sorv. Spoleto, ord. 27 marzo 2018; Mag. sorv. Sassari, ord. 6 marzo 2018; Mag. sorv. Sassari, ord. 11 luglio 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 28 aprile 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 21 aprile 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 23 settembre 2016, *inedite*.

avviso della Magistratura di sorveglianza, infatti, l’art. 41-*bis*, nel prescrivere la permanenza all’aperto per non più di due ore, fa riferimento alla permanenza in spazi aperti, come ricavabile dall’interpretazione sia letterale sia logico-sistematica della norma. Inoltre, secondo tale orientamento, il rinvio all’art. 10 OP. contenuto nell’art. 41-*bis* implicherebbe un richiamo non solo al limite minimo di un’ora d’aria, ma all’intero contenuto del limite, comprensivo delle cautele sostanziali e procedurali *ivi* previste. In forza di tali premesse, l’accorpamento dell’ora d’aria e dell’ora di socialità, riducendo il tempo all’aperto al minimo consentito anche in assenza di motivi eccezionali, risulta lesivo del diritto alla salute del detenuto.

È stato messo in luce, inoltre, che l’efficacia preventiva del regime *ex art.* 41-*bis* non riceverebbe alcun apporto dalla disciplina in questione, che finirebbe per comportare un decremento di tutela di un diritto fondamentale senza che a questo corrisponda un incremento di tutela di un altro interesse di pari rango.

È però necessario ricordare anche che una parte della Magistratura di sorveglianza ha assunto una linea interpretativa del tutto antitetica.

Alcune pronunce hanno, invero, sostenuto un’interpretazione assai più securitaria, secondo cui dalla lettera dell’art. 41-*bis* sarebbe ricavabile un limite massimo cumulativo di due ore all’esterno della cella, da dividersi, a seconda della volontà del detenuto, tra aria aperta e socialità. In un’ordinanza, infatti, si legge che l’Amministrazione penitenziaria dovrebbe garantire al detenuto solamente che, entro il numero massimo delle due ore per le quali è previsto che questi possa accedere all’aria aperta, egli vi possa accedere e che, all’interno delle due ore complessive, egli possa socializzare¹⁰. In un altro caso, invece, in modo analogo si afferma che, in forza di quanto stabilito dall’art. 41-*bis* OP., il limite massimo di tempo da trascorrere fuori dalla cella sarebbe di due ore e che, dunque, l’esercizio del diritto non potrebbe travalicare e dovrebbe muoversi all’interno della disposizione contenuta nella norma primaria, non superando mai la soglia delle due ore¹¹.

Data l’esistenza di tale filone minoritario, ancora più importante è stata la netta presa di posizione della Corte di Cassazione nella pronuncia in esame.

4. L’approccio garantista della Corte di Cassazione

La decisione in commento ha accolto l’interpretazione fatta propria dall’orientamento maggioritario della Magistratura di sorveglianza e non costituisce un arresto isolato. Tutt’al contrario: essa si inserisce in un gruppo di pronunce che sta diventando sempre più cospicuo¹².

¹⁰ In tal senso, Mag. sorv. Viterbo, ord. 22 marzo 2018, commentata da L. DEGL’INNOCENTI – F. FALDI, *Detenuto in regime di 41-bis e diniego della richiesta di partecipare alle attività ricreative*, in www.ilpenalista.it.

¹¹ Cfr. Mag. sorv. Novara, ord. 31 maggio 2018, *inedita*.

¹² V. Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18900; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18899; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n.

Tale filone si è sviluppato a partire dal 2018 e rappresenta una forte presa di posizione della suprema Corte, che ha deciso in maniera pressoché identica una pluralità di casi.

Nella pronuncia in commento la Corte ha ricostruito, preliminarmente, il significato da attribuire alla disposizione *ex art. 41-bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP.: nell’esprimersi sul significato da attribuire alla locuzione “permanenza all’aperto”, ha ritenuto di aderire all’interpretazione, fornita dal Magistrato e dal Tribunale di sorveglianza, secondo cui l’assimilazione tra “permanenza all’aperto” e “socialità” sarebbe da rifiutarsi.

Secondo tale lettura, i due istituti perseguirebbero finalità diverse e ricollegate a due eterogenei canoni dotati di rilevanza costituzionale: da un lato, la permanenza all’esterno sarebbe finalizzata a garantire il “super-diritto” alla salute di cui all’art. 32 Cost.; da un altro lato, la socialità perseguirebbe esigenze legate alla risocializzazione (art. 27, comma 3, Cost.).

Ad avviso dei giudici di legittimità tale interpretazione è avallata da argomenti di carattere testuale e sistematico. La lettera della legge, ricorrendo non all’espressione “fuori dalla cella” ma “all’aperto”, richiamerebbe la permanenza all’aria piuttosto che la semplice presenza all’esterno della camera di pernottamento; inoltre, l’art. 10 OP., norma generale di riferimento, definisce la permanenza all’aperto come possibilità di trascorrere del tempo all’aria. Infine, va considerato quanto disposto dall’art. 16 reg. esec. che stabilisce che la permanenza all’aperto debba avvenire “*in spazi non interclusi fra fabbricati*”, facendo evidentemente così riferimento a spazi esterni all’istituto, e che debba essere assicurata per periodi adeguati.

Dunque, a partire da questa esegesi del dettato normativo, il Collegio ha rilevato un primo profilo di illegittimità delle disposizioni contenute nella circolare DAP del 2017. La disciplina non sarebbe conforme alla legge nella parte in cui prevede un’equiparazione sostanziale tra permanenza all’aria aperta e socialità, disponendo – all’art. 11.2 rubricato “Passeggi” – un unico limite massimo, cumulativo, di due ore per entrambe le attività.

Dopo aver censurato tale assimilazione, la Corte ha analizzato una diversa questione: è legittima la riduzione delle ore d’aria da un minimo di due al giorno (in base alla disciplina *ex art. 10 OP.*) a un massimo di una sola, in applicazione di quanto disposto da una circolare DAP e senza che ricorrano, nei confronti del singolo detenuto, ragioni specifiche che legittimino tale restrizione?

18898, depositate successivamente alla sentenza in commento. Inoltre, Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17581; Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17580; Cass., Sez. I, 9 aprile 2019 (ud. 19 febbraio 2019), n. 15572; Cass., Sez. I, 25 ottobre 2018 (ud. 11 luglio 2018), n. 48860; Cass., Sez. I, 5 ottobre 2018 (ud. 27 giugno 2018), n. 44609; Cass., Sez. I, 13 settembre 2018 (ud. 8 giugno 2018), n. 40761; Cass., Sez. I, 13 settembre 2018 (ud. 8 giugno 2018), n. 40760, reperibili in www.dejure.it.

Per fornire una soluzione negativa a tale quesito il Collegio, prendendo atto dell’ambiguità della formulazione letterale dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP.¹³, il quale rinvia in via generale al limite di ore di permanenza all’aperto stabilito dall’art. 10 OP., non indicando espressamente – come avviene invece nell’art. 14-*quater*, comma 4, OP. – un lasso di tempo minimo da trascorrere all’esterno, ha suggerito di superare tale oscurità del dettato normativo tramite il criterio sistematico, così da dare spazio alla lettura più aderente ai principi dell’ordinamento. Tale impostazione permette di evitare che all’Amministrazione penitenziaria venga attribuito un potere discrezionale di modulazione del tempo da trascorrere all’aperto, tra un massimo di due e un minimo di un’ora, senza un corrispettivo onere motivazionale.

Ad avviso del Collegio, comunque, i parametri della disciplina della sorveglianza particolare sarebbero utili per valutare il grado di umanità della pena anche con riferimento al regime detentivo speciale, e per vagliarne la concreta applicazione, tenendo conto del fatto che ogni restrizione dei diritti fondamentali del detenuto deve rispondere a esigenze concrete di ordine e sicurezza.

Tutto ciò considerato, la Prima Sezione afferma che la disciplina della circolare DAP non risulta, nel caso concreto, idonea al rafforzamento di ordine e sicurezza e si trova in contrasto, dunque, con l’esigenza di bilanciare correttamente tali interessi con il contrapposto diritto “super primario” alla salute.

In tutti i casi in cui non sussistano esigenze di sicurezza ulteriori, allora, la limitazione della permanenza all’aperto acquista solamente un valore afflittivo, incompatibilmente anche con quanto sancito dall’art. 27, comma 3, Cost.

In definitiva, è ben possibile, in caso di comprovate esigenze, ridurre la durata della permanenza all’aria per i detenuti sottoposti al regime speciale, alla sola condizione però che si applichino anche le cautele procedurali previste dalla normativa generale.

La presa di posizione dei giudici di legittimità pare rispecchiare, insomma, la volontà di consentire un’applicazione più individualizzata possibile del regime detentivo speciale, adattando – nei limiti normativi – le prescrizioni al caso concreto.

5. Riflessioni di sintesi

La posizione della suprema Corte è pienamente condivisibile, anche in virtù di un’interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento.

¹³ Per completezza d’analisi va comunque sottolineato il fatto che le più recenti statuizioni della suprema Corte non riscontrano alcuna ambiguità nel dettato normativo, considerandolo – invece – lineare e preciso. Cfr. Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18900; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18899; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18898, cit.

A tal proposito, è utile ricordare che la Consulta, pur avendo salvato la formulazione del comma *2-quater*, lett. f), dell’art. 41-*bis* OP.¹⁴, ha sancito un ampio potere di sindacato della Magistratura di sorveglianza, cui spetta il compito di accertare, caso per caso, eventuali lesioni di diritti fondamentali le quali non sono mai tollerate, nemmeno per esigenze di sicurezza.

Tale statuizione della Corte costituzionale¹⁵ dovrebbe fungere da “bussola” per il sindacato della Magistratura di sorveglianza, oltreché per l’Amministrazione penitenziaria e per il legislatore: il punto focale della giurisprudenza della Consulta sembra essere rappresentato dalla necessità di cercare un equilibrio tra esigenze contrapposte che consenta un’omogeneità applicativa del regime speciale di tipo “flessibile”¹⁶, così da assicurare che le finalità di prevenzione e difesa sociale rimangano compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Ogni misura restrittiva adottata in regime speciale che non sia riconducibile a esigenze concrete ed effettive di tutela dell’ordine e della sicurezza, dunque, perderebbe la propria legittimità, divenendo deroga puramente afflittiva e, perciò, non ammissibile nel nostro ordinamento¹⁷. Mai, secondo gli insegnamenti del Giudice delle leggi, può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale senza che a questo corrisponda un incremento di tutela di un altro interesse dello stesso rango¹⁸.

Un chiaro esempio di questo *trend* esegetico della Corte costituzionale è rinvenibile, inoltre, nella recentissima sentenza¹⁹ con cui è stata dichiarata fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al divieto, previsto sempre dall’art. 41-*bis*, comma *2-quater*, lett. f), OP., di cuocere cibi in cella. I giudici costituzionali hanno accertato il contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. in quanto il divieto risulta privo di giustificazione e inutile alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive dell’art. 41-*bis* OP. Un passaggio della pronuncia delinea con precisione la posizione assunta dalla Corte, secondo cui è necessario “riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’art. 41-*bis* ord. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale”²⁰.

¹⁴ Il riferimento va a Corte cost., 26 maggio 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 190, in www.giurcost.org.

¹⁵ Si vedano, inoltre, le pronunce nn. 143 del 2013, 56 del 2011, 376 del 1997, 351 del 1996, 410 del 1993 e 349 del 1993, in www.giurcost.org.

¹⁶ Così, F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. criminol.*, 2013, n. 2, 199.

¹⁷ Cfr. Corte cost., 26 maggio 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 190, cit.

¹⁸ In tal senso, Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143 e Corte cost., 3 giugno 2013 (ud. 7 maggio 2013), n. 135, in www.giurcost.org.

¹⁹ V. Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, in www.giurcost.org.

²⁰ Così, Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, punto 4.5 in diritto, cit.

Alla luce di questo, volendo accantonare la questione dell’opportunità della scelta legislativa di ridurre le ore di permanenza all’aria (da quattro a due) con la novella del 2009, ciò che sembra stridere con la posizione assunta dalla Consulta è l’inserimento di un automatismo applicativo rigido in forza della circolare DAP: tale impostazione, infatti, non consente alla stessa autorità amministrativa di calibrare *ex ante* la regola generale alle particolarità del caso concreto²¹.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, inoltre, le limitazioni alla permanenza all’aria risultano maggiormente funzionali al mantenimento dell’ordine e della sicurezza penitenziari piuttosto che a recidere i contatti dei detenuti con il sodalizio criminale²²: dunque, sarebbe stato più opportuno prevedere una disciplina che, similmente all’art. 14-*quater* OP., stabilisse un *minimum* non intaccabile di diritti fondamentali e che consentisse la possibilità di modulare le restrizioni (tra un minimo e un massimo predeterminati) all’Amministrazione penitenziaria, in base alle caratteristiche del singolo caso. Proprio sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione che, nei suoi molteplici arresti, ha esplicitato la necessità di evitare quelle restrizioni che risultino prive di una finalità di prevenzione effettiva e che si risolvano, dunque, in misure puramente afflittive²³.

²¹ Tale impostazione risulta poco compatibile anche con i parametri convenzionali. In particolare, sebbene la Corte EDU abbia ritenuto finora che il regime *ex art. 41-bis* OP., in considerazione delle rilevanti esigenze di prevenzione che esso persegue, sia compatibile con la Convenzione, la valutazione della compatibilità del regime speciale alla CEDU viene effettuata dai giudici di Strasburgo in base al singolo caso di specie, tenendo conto della durata della sua applicazione, delle caratteristiche personali del detenuto e degli obiettivi di prevenzione. Dunque, proprio l’automatismo derivante dalla circolare DAP mal si concilia con il principio secondo cui il contenuto del regime deve essere il più possibile modellato sulla base dei caratteri specifici di ogni singolo caso.

Ad ogni modo, va sottolineato che la Corte EDU si è dimostrata particolarmente sensibile all’ideologia e alle esigenze sottostanti al regime speciale, assumendo una considerevole prudenza nelle pronunce in materia (per un approfondimento cfr. E. 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. criminol.*, 2004, n. 3, 197 ss.). Da ultima si consideri Corte EDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, in www.hudoc.echr.coe.int. Per dei commenti si vedano G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, in www.lalegislazionepenale.eu e R. MAGI, *L’incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*, in *Cass. pen.*, 2019, 401 ss.

²² Cfr. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2515.

²³ Tale linea interpretativa si pone in linea di continuità, tra l’altro, con le osservazioni espresse dal Comitato per la prevenzione della tortura. In più Rapporti, infatti, è stato sottolineato che il regime detentivo speciale andrebbe applicato solo in casi eccezionali e per un tempo limitato (cfr. CPT/Inf (2017) 23, Strasbourg, 8 September 2017, § 52; CPT/Inf (2013) 32, Strasbourg, 19 November 2013, § 58; CPT/Inf (2010) 12, Strasbourg, 19 November 2013, § 83; CPT/Inf (2006) 16, Strasbourg, 27 April 2006, § 88, tutti reperibili in www.coe.int) Per approfondire la tematica si veda COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, *Rapporto sul regime*

Dunque, correttamente la suprema Corte ha cercato, indicando la necessità di garantire almeno due ore di permanenza all’aria aperta salva la possibilità di limitarla a una sola nei casi e nei modi previsti dall’art. 10 OP., di migliorare le condizioni detentive dei detenuti in regime speciale²⁴, così da offrire un’esegesi del dettato normativo maggiormente rispettoso del loro diritto “super primario” alla salute (art. 32 Cost.).

In uno Stato che assicuri il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, infatti, «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti»²⁵, e anche per i condannati che destano particolare allarme sociale, quindi, l’ordinamento deve evitare ogni deriva afflittiva che risulti non effettivamente volta a tutelare la pubblica sicurezza.

Infine, va ricordato che una visione assai più sensibile ai diritti fondamentali dell’uomo rispetto al dettato normativo attuale e alla circolare DAP era stata espressa, in ottica di riforma, nel lavoro svolto dal Tavolo II degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale. In quella sede, infatti, era stata suggerita la riscrittura della lett. f) dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, OP. al fine di prevedere un limite massimo di quattro ore da trascorrere fuori dalla cella: due all’aperto e due in attività di socialità²⁶.

Se pare fortemente improbabile che una riforma di tal tipo venga approvata nel quadro politico attuale, si auspica almeno che il principio di diritto espresso dall’orientamento della suprema Corte in commento venga effettivamente fatto proprio dall’Amministrazione penitenziaria.

detentivo speciale – Indagine conoscitiva sul 41-bis (aprile 2016), in www.senato.it, 44 ss.). Questa raccomandazione del CPT nasce dal dubbio che la finalità di prevenzione posta alla base del regime speciale sia accompagnata da altre finalità implicite. La prima sarebbe la volontà di costringere i detenuti alla collaborazione con la giustizia (dello stesso avviso è autorevole dottrina italiana: si vedano, in particolare, S. ARDITA – M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 265 ss. e A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Ediesse, 2013, 206 ss.). A ciò si accompagnerebbe, poi, uno scopo retributivo e puramente afflittivo di cui proprio le restrizioni nella vita penitenziaria, tra cui le limitazioni alla permanenza all’aria, sarebbero spia.

²⁴ Si noti, comunque, che la Corte, nell’accogliere l’interpretazione della sentenza in commento, si è allineata, tra l’altro, alle raccomandazioni fornite in materia dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute. Si veda il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario (2016-2018)*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.

²⁵ Così, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.

²⁶ Si veda la *Versione integrale della relazione* del Tavolo 2 – Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza, reperibile il www.giustizia.it.