

**Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di ragionevolezza.  
Note a margine della sentenza della Corte costituzionale  
n. 186 del 2018**

di *Gian Paolo Dolso\**

**ABSTRACT:** Nel presente contributo l'Autore si sofferma sulla sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018. Si tratta della seconda dichiarazione di illegittimità dell'art. 41-bis da quando esso è entrato in vigore. La norma viene annullata in quanto prevede, per i detenuti soggetti a tale regime di carcere duro, il divieto di cuocere cibi. La Corte, sulla base di una accurata motivazione, accerta l'assenza di ogni possibile giustificazione della norma e quindi la dichiara parzialmente illegittima in quanto contraria agli articoli 3 e 27 della Costituzione.

**Constitutional Court, Article 41-bis of Law no. 354 of 1975 and judgment of reasonableness. Comments on the Constitutional Court Ruling 186/2018**

**ABSTRACT:** *In the present contribution the Author focuses on the Sentence of the Constitutional Court n. 186 of 2018. This is the second declaration of illegality of the art. 41-bis since it entered into force. The provision is cancelled because it provides for the prohibition of cooking food for prisoners subjected to this regime of hard prison. The Court, on the basis of an accurate motivation, ascertains the absence of any possible justification of the rule and therefore declares it partially illegitimate as it is contrary to articles 3 and 27 of the Constitution.*

Con la sentenza n. 186 del 2018 la Corte costituzionale torna ad occuparsi, come periodicamente accade da quando la norma è entrata in vigore, dell'art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, introdotta nel lontano 1992 e poi oggetto di modifiche nel corso del tempo. Non è certo possibile in questa sede una indagine su questa giurisprudenza, che affonda le proprie radici nella densa sentenza n. 349 del 1993, ove la Corte in sostanza avallò la scelta legislativa sulla base della quale la norma era stata introdotta, assicurando tuttavia una piena garanzia giurisdizionale al riguardo. Con ciò confermando un atteggiamento sostanzialmente deferente della Corte in una materia che involge certamente diversi principi costituzionali e che purtuttavia consegna al legislatore ampi margini di discrezionalità.

Se l'istituto sottende inevitabilmente scelte politiche rilevanti, che sembrano portare ad una compressione massima alcuni principi in tema di detenzione, quali quelli scolpiti nell'art. 27, comma 3, Costituzione, è anche vero che tali scelte, sin dall'inizio, e forse in via incrementale, hanno conosciuto una acquiescenza, se non

un avallo, sociale, ciò che le ha rese – con tutta probabilità – particolarmente resilienti rispetto ad interventi del Giudice delle leggi. Al di là di affermazioni di principio, invero assai gravide di significato, la Corte costituzionale ha soprasseduto sulle asperità di un regime che conosce epifanie forse difficili da coniugare con vari principi costituzionali.

In questo contesto si inserisce la pronuncia in esame che affronta una questione di certo molto circoscritta, relativa ad una disposizione introdotta da uno dei diversi decreti “sicurezza” che sono stati – e continuano ad essere- emanati periodicamente per far fronte a vere o presunte “emergenze”, trascurando per vero l’insegnamento, recepito anche dalla Corte costituzionale, secondo cui la situazione di emergenza, *ut sic*, ha da essere temporanea al fine di giustificare deroghe ai principi, specie costituzionali<sup>1</sup>. In particolare l’art. 41-*bis* OP è stato fatto oggetto di modifica ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*). Ad onta dell’inasprimento delle condizioni di detenzione la novella ha superato il vaglio di costituzionalità, avendo la Corte ritenuto possibile una interpretazione adeguatrice di essa<sup>2</sup>. Della legge appena menzionata è, in particolare, censurato, l’art. 2, comma 25, lettera f) n. 3), nella parte in cui “impone che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi”.

Come si vede, siamo nell’ambito di quella che era stata significativamente definita microconflittualità costituzionale<sup>3</sup>, in cui appunto la Corte viene chiamata ad occuparsi di questioni assai circoscritte e delimitate nella loro portata, proprio come si registra nel nostro caso. Ad onta della caratura della questione, la Corte dispiega un solido e consequenziale apparato argomentativo, che del resto si nutre dei significativi precedenti in materia, da cui la Corte ha buon gioco a trarre l’intelaiatura della motivazione. La pur ricca ordinanza di rimessione si muove unicamente nell’ambito dei parametri interni, in particolare gli articoli 3, 27 e 32 della Costituzione, non evocando invece parametri sovranazionali, tratti in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come ad esempio avviene nella recente, e discussa, sentenza n. 122 del 2017, che pure ruota attorno alla giustificazione di alcune specifiche limitazioni contemplate dalla disposizione in parola, anche in quel caso oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale<sup>4</sup>.

---

\* Professore associato presso l’Università degli Studi di Trieste.

<sup>1</sup> In tal senso, v. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. n. 190 del 2010.

<sup>3</sup> A. CELOTTO, *Tecniche decisorie della Corte costituzionale per limitare la microconflittualità*, in *Giur. it.*, 1996, I, 201 ss.

<sup>4</sup> In merito alla pronuncia menzionata, cfr., tra gli altri, A. LONGO, «*Est modus in rebus*». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2017, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

Siamo al cospetto di una pronuncia significativa anche alla luce del fatto che le decisioni di accoglimento in materia di 41-*bis* sono assai rare: se non andiamo errati, prima della pronuncia in commento, solo con la sent. n. 143 del 2013 la Corte era giunta ad una dichiarazione di incostituzionalità in relazione ad una questione relativa alla limitazione dei colloqui con i difensori dei detenuti soggetti al regime del “carcere duro”. Si tratta di una pronuncia in cui sulla riduzione di tali colloqui la scure dell’incostituzionalità non era scesa tanto per il fatto che il diritto di difesa non potrebbe, in quanto “inviolabile”, subire compressioni, ma in quanto il bilanciamento di cui la norma censurata era espressione non risultava ragionevole<sup>5</sup>.

Tornando alla sentenza in esame si può osservare che, pur trattandosi di una questione assai circoscritta, la motivazione muove da una ricostruzione delle ragioni ispiratrici e giustificatrici del regime di cui all’art. 41-*bis* OP, il tutto sulla base del richiamo a diversi precedenti “storici” (tra le altre, sentenze 376 del 1997 e 192 del 1998). In questa cornice di ricostruzione dell’istituto viene opportunamente ricordata non solo la giustificazione corrente di esso ma pure i limiti che lo circondano, limiti che servono da parametro per valutare le singole prescrizioni che il regime stesso vanno a comporre come altrettante tessere di un unico mosaico. In questa prospettiva si ricorda come deve sussistere un nesso di congruità tra i due profili, nella misura in cui le varie prescrizioni previste dalla legge hanno da essere rispondenti a quelle che sono le finalità dell’istituto: in difetto di ciò le misure disposte, rispondendo ad una logica meramente “afflittiva”, finirebbero per entrare in collisione con i principi costituzionali e, in particolare, con la finalità rieducativa della pena e con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (Art. 27, comma 3 Cost.).

La Corte si occupa, in particolare, e sulla base dell’oggetto così come delimitato dall’ordinanza di rimessione, del divieto oggetto di censura e ne ricostruisce la genesi, sulla base del sistema normativo, della giurisprudenza e della prassi amministrativa, che pure del profilo in parola si è occupata, soprattutto attraverso circolari dell’amministrazione penitenziaria. La Corte rimarca come la misura in parola, non contemplata nella formulazione originaria dell’istituto né nelle sue successive modifiche, abbia avuto all’inizio scaturigine da “provvedimenti applicativi” della disciplina del cosiddetto “carcere duro” per poi conoscere una forma di recepimento, pur a livello di normazione secondaria, in circolari dell’amministrazione penitenziaria emanate nel corso degli anni ’90. Se neppure nel provvedimento del 2001 di modifica, tra l’altro, del 41-*bis* OP non vi è traccia della questione in esame, solo nel 2009 il divieto sino ad allora praticato sulla base

---

<sup>5</sup> In dottrina: tra gli altri, F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41.bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180 ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2013.

di atti secondari fu consegnato in una fonte primaria nella cornice di un provvedimento volto proprio ad irrigidire il regime di detenzione in parola (il riferimento è alla legge n. 94 del 2009). Tale provvedimento fu poi “recepito” a sua volta da una circolare amministrativa che pure aggiunse ulteriori prescrizioni di contorno in qualche misura connesse al divieto.

Sulla scorta di quanto premesso, e nella prospettiva della ragione giustificativa che deve assistere le misure che compongono il regime di cui all’art. 41-*bis*, la Corte va alla ricerca della *ratio* della prescrizione in parola pur nel silenzio dei lavori preparatori relativi al provvedimento legislativo del 2009. Per lo più si ritiene, in questo senso per lo meno si muove il giudice rimettente, che la ragione di tale misura sia da ricercarsi nella intenzione di evitare «l’eventuale crescita di “potere” e prestigio criminale del detenuto all’interno del carcere, misurabile anche attraverso la disponibilità di generi alimentari “di lusso”». A questo riguardo la Corte, premessa la necessaria istanza di applicazione “rigorosa e imparziale” delle regole trattamentali, che non debbono mai condurre ad una “discriminazione negativa” dei detenuti in regime di detenzione speciale (sent. n. 351 del 1996), si interroga sulla congruità della disposizione censurata rispetto ai fini che il regime in parola persegue. E a questo riguardo l’argomentazione appare invero serrata, e sotto certi profili anche scontata, come la stessa Corte del resto riconosce.

Come si è visto, un primo elemento che in astratto potrebbe risultare ostativo rispetto alla possibilità di acquistare e cuocere cibi da parte dei detenuti soggetti a regime speciale è individuato nella crescita di “potere” e “prestigio” nel contesto carcerario. Sul punto la Corte, a parte l’ovvia considerazione secondo cui tale situazione potrebbe derivare anche dall’acquisto di cibi da consumare crudi, osserva che le regole ordinarie previste in materia cospirano a rendere tale situazione “pressoché impossibile” alla luce del regolamento penitenziario e delle circolari in materia (di cui viene citata una tra le più recenti). Non solo. È lo stesso regime di cui all’art. 41-*bis* che esclude in radice che situazioni di quelle paventate abbiano a verificarsi sia in considerazione della limitatissima socialità che residua in capo ai destinatari del trattamento, sia alla luce delle ulteriori limitazioni riguardanti l’approvvigionamento di beni, somme od oggetti *ab externo*.

In secondo luogo la Corte esclude pure il fatto che la disciplina censurata possa essere strumentale a realizzare gli obiettivi sottesi all’istituto in esame con i corollari di tutela di ordine e sicurezza che esso porta con sé. La possibilità di cuocere cibi nel contesto carcerario non ha attitudine a inficiare “la necessità che il detenuto sottoposto al regime speciale non abbia contatti con le imprese esterne” dalle quali viene acquistato il cosiddetto sopravvitto né tale possibilità implica il possesso da parte dei detenuti di strumenti di particolare pericolosità quali il fornello personale. Sotto il primo aspetto la possibilità di acquistare il sopravvitto non dipende dal fatto che vengano acquistati certi beni e non altri: in ogni caso il detenuto, pur soggetto a regime speciale, ha la possibilità di acquistare in tale sede alcune tipologie di beni. Sotto il secondo aspetto la disponibilità del fornello

personale è consentita per riscaldare liquidi o cibi precotti e quindi la potenziale pericolosità degli strumenti da cucina non è eliminata dalla prescrizione in esame. Ecco allora svelarsi, al di là di ogni dubbio, la palese irragionevolezza del divieto, il quale si rivela, sulla scorta delle argomentazioni svolte, “incongruo e inutile, alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione”: si tratta di una misura che configura una deroga ingiustificata rispetto all’ordinario regime carcerario, dotato di valenza “meramente e ulteriormente afflittiva”<sup>6</sup>. Si tratta di una classica declinazione del principio di ragionevolezza, che appunto consiste nella situazione in cui una norma non risulta in alcun modo strumentale a raggiungere l’obiettivo ad essa sotteso<sup>7</sup>.

A corredo di ciò la Corte, muovendo da una suggestione contenuta nell’ordinanza di rimessione, allude anche ad una lesione, che la norma determinerebbe, della dignità dei detenuti a cui la norma impugnata si applica, traducendosi tale limitazione in una disposizione “contraria al senso di umanità”. Se è ben vero, riconosce prudentemente la Corte, che non viene riconosciuto un “diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella” (interpretazione che ricorderebbe le fantasiose declinazioni che alcuni anni or sono il danno esistenziale aveva conosciuto da parte di certa giurisprudenza, per lo più di merito), è però vero che anche chi si trova soggetto al regime di cui all’art. 41-*bis*, come viene ribadito nella sentenza in commento, “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”<sup>8</sup>.

L’impressione, alla luce anche della pregressa giurisprudenza, è che l’argomento realmente dirimente è quello che fa leva sui tradizionali strumenti della ragionevolezza. In particolare viene impiegato quel tipo di sindacato, invero ricorrente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, relativo alla corrispondenza mezzi-fini. L’impressione è che nell’ambito delle questioni che attengono al discusso e delicato regime di cui all’art. 41-*bis* la Corte parta, più che in altri contesti, da una forte presunzione di legittimità delle misure che tale regime costellano. In questa prospettiva si spiega anche l’articolata motivazione della pronuncia che indugia su ogni e possibile *ratio* giustificativa della censurata disposizione: solo all’esito di una rigorosa ricognizione da cui emerge la radicale assenza di ragioni giustificative in capo alla norma, ne viene decretata l’illegittimità, a coronamento di un percorso che pare invero quasi sovradimensionato rispetto alla questione *sub iudice*. In questa prospettiva, e nella economia della motivazione, il riferimento alla lesione della dignità della persona e la considerazione della limitazione in parola come “contraria al senso di umanità” appaiono forse pleonastiche.

<sup>6</sup> Corte Cost. Sent. n. 186 del 2018, 4.5 del Considerato in diritto.

<sup>7</sup> Sul punto, di recente, A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 625 ss.

<sup>8</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 186 del 2018.

In altri termini si può ipotizzare che all’illegittimità si sarebbe pervenuti – questa almeno la sensazione- anche sulla base delle sole considerazioni relative alla congruità della misura, smentita su tutti i fronti, pur senza il riferimento alla dignità delle persone soggette a tale prescrizione. Non vale la reciproca: a fronte di singole prescrizioni che indubbiamente incidono sulla dignità della persona, che riducono ai minimi termini quel residuo di libertà individuale che deve permanere anche in capo al detenuto soggetto al regime speciale, prescrizioni che configurano trattamenti non in asse con il senso di umanità dall’art. 27 Cost., non è affatto scontata la dichiarazione di illegittimità ove si dimostri che di essa possa predicarsi una certa strumentalità rispetto alla realizzazione dei fini in vista dei quali l’istituto è stato conformato nel lontano 1992<sup>9</sup>.

È certo vero che un regime come quello in parola è fortemente condizionato da scelte intrise di politicità, pregnanti e dense di significati, la cui sfera di discrezionalità va indubbiamente rispettata. Non è tuttavia azzardato ritenere che il livello dell’asticella che la Corte costituzionale ha sino ad ora avallato non costituisce forse il portato di scelte “costituzionalmente obbligate”, nel senso che il rispetto del nucleo essenziale di alcuni diritti costituzionali potrebbe essere plausibilmente messo in discussione in relazione alle più aspre espressioni del regime del “carcere duro”, delle quali andrebbe del resto sempre saggiata la funzionalità rispetto agli obiettivi che il regime in parola persegue.

Anche alla luce del recente arresto della Corte europea dei diritti dell’uomo sul caso “*Provenzano*”, il livello dell’asticella forse dovrà essere oggetto di rimediazione non tanto con riguardo all’istituto in sé, che pure la Corte europea non contesta, quanto con riguardo proprio al profilo della compatibilità dei suoi vari corollari con il principio di dignità dell’uomo, non a caso nella pronuncia della Corte di Strasburgo evocato<sup>10</sup>. Si tratta in ogni caso di un approccio che dovrebbe essere ovviamente, e *in primis*, coltivato dal legislatore.

---

<sup>9</sup> È da segnalare che la Cassazione di recente ha rimesso alla Corte una questione in qualche misura analoga a quella oggetto della pronuncia in commento, in relazione alla norma di cui all’art. 41-bis, co. 2-quater, lettera f), OP, relativo al divieto di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato appartenente al medesimo gruppo di socialità: in tal senso Cassazione, I, 23 ottobre 2019, nn. 43436/43437.

<sup>10</sup> Il riferimento è a Corte Edu, *Provenzano c. Italia*, 25 ottobre 2018.