

REGIME PENITENZIARIO SPECIALE DEL "41-BIS" E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

FABIO FIORENTIN*

SOMMARIO: 1. Il caso all'esame del giudice. – 2. La selezione della posizione soggettiva tutelabile. – 3. Le limitazioni connesse al regime detentivo speciale e il rapporto con i diritti fondamentali. – 4. I parametri utilizzabili ai fini del controllo di legittimità.

Abstract - I diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale possono essere limitati legittimamente a fronte della salvaguardia delle esigenze preventive di massima rilevanza sottese al regime detentivo differenziato disciplinato dall'art. 41-bis, della legge di ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354). Tuttavia, tale regime non può risolversi in una compressione delle facoltà inerenti ad un diritto fondamentale eccedente la misura minima necessaria al soddisfacimento delle esigenze di sicurezza, e non può comportare la pratica vanificazione del diritto inciso. A conoscere di eventuali lesioni di diritti fondamentali è la magistratura di sorveglianza, cui è attribuito il compito del controllo sugli atti e provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria assunti nel corso del trattamento intramurario. Tale cognizione è, tuttavia, limitata ai vizi di legittimità – ivi incluso il c.d. eccesso di potere – mentre non è consentito al giudice di valutare il merito della scelta amministrativa effettuata, che rimane esclusiva pertinenza della potestà organizzativa in capo all'Amministrazione penitenziaria.

* * *

Magistrato di sorveglianza di L'Aquila
ordinanza 7 giugno 2013 – Ric. G.T. – Giudice Grimaldi

Detenuto sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis, L. 354/75 – Esigenza di tutela dell'unità familiare e del ruolo genitoriale – Deroghe

* Magistrato.

alle limitazioni relative alla fruizione dei colloqui visivi con i familiari – Colloqui visivi con modalità diverse dall'ordinario (senza vetro divisorio) – Possibilità – Limiti.

Atti e provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria – Reclamo "giurisdizionalizzato" ai sensi degli artt. 14-ter, 35, 69, L. 354/75 – Sindacato del magistrato di sorveglianza – Limiti.

Lo svolgimento di colloqui visivi con modalità diverse dall'ordinario (senza vetro divisorio) risponde alla necessità di tutelare i rapporti familiari e l'equilibrio psicologico dei figli, mediante l'intensificazione dei rapporti con la figura genitoriale, secondo modalità idonee a rendere emotivamente più significativa l'esperienza del contatto con il genitore ristretto. Tale possibilità, qualora intenda rispondere ad esigenze documentate di natura terapeutica, non può assumere carattere eccezionale o episodico, dovendo al contrario essere parametrata alle esigenze del caso concreto.

Nel caso del reclamo "giurisdizionalizzato" in materia di tutela dei diritti del soggetto detenuto, il sindacato del magistrato di sorveglianza sull'atto o provvedimento adottato dall'Amministrazione penitenziaria è limitato ai profili di legittimità dell'atto stesso, ivi incluso l'esame circa l'eventuale vizio di eccesso di potere sotto il profilo della logica e della ragionevolezza della scelta effettuata, senza investire il vaglio sull'opportunità della scelta adottata e, dunque, senza invadere il campo del merito amministrativo, che resta insindacabile in sede giurisdizionale.

1. Il caso all'esame del giudice.

Un soggetto detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo, sottoposto allo speciale regime detentivo di cui all'art.41-bis, della legge di ordinamento penitenziario (L. 26 luglio 1975, n. 354), ha formulato reclamo avanti al magistrato di sorveglianza affinché gli fosse consentito di effettuare – per un determinato periodo di tempo – con la figlia da poco maggiorenne, il colloquio mensile previsto dalla citata disposizione penitenziaria senza la cautela del vetro divisorio, normalmente disposta per ragioni di natura preventiva. A sostegno della propria istanza, il condannato allegava che la propria figlia fosse da tempo in cura presso un centro di neuropsichiatria infantile per un grave stato depressivo, acuitosi in seguito alla decisione della madre di lasciare il domicilio

familiare per motivi affettivi «limitando a sporadiche e poco partecipate occasioni l'interesse per la giovane». I curanti avevano certificato l'esigenza di affiancare alla terapia psicoterapeutica un'intensificazione dei rapporti con la figura genitoriale paterna «con modalità idonee a rendere emotivamente più significativa l'esperienza». Alla luce di tale quadro fattuale, il D.A.P. aveva concesso «*in via del tutto eccezionale*», al detenuto di effettuare con la figlia un colloquio senza il vetro divisorio, con modalità "mista" (compresenza di altri familiari oltre il vetro divisorio). Il *punctum dolens* evidenziato dal reclamo concerne la scelta di limitare la concessione dei colloqui senza vetro divisorio ad un'unica, irripetibile sessione, in tal modo non ottemperando alla prescrizione medica, che presuppone lo svolgimento di un congruo numero di colloqui con modalità meno restrittive, al fine di massimizzare la portata emotiva dell'esperienza stessa a fini terapeutici.

2. La selezione della posizione soggettiva tutelabile.

Il magistrato di sorveglianza affronta preliminarmente il profilo della corretta individuazione della posizione soggettiva tutelabile in sede di reclamo "giurisdizionalizzato" esperibile da parte dei soggetti detenuti ai sensi degli artt. 14-ter, 35 e 69 della L. 354/75. È da notare che il giudicante aderisce all'indirizzo, ormai consolidatosi dopo le sentenze costituzionali n. 26 del 1999 e n. 266 del 2009,¹ e seguito anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un. penali, 26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni)², per cui, nella materia della lesione dei diritti delle persone sottoposte a detenzione, rileva, ai fini dell'apprestamento della tutela in sede giurisdizionale, la distinzione tra "diritti"

¹ Per dirla con le parole del Giudice delle leggi: "(...) resta valido quanto già affermato da questa Corte con la citata sentenza n. 212 del 1997, per la quale l'ordinamento penitenziario, nel configurare l'organizzazione dei "giudici di sorveglianza" (magistrati e tribunale di sorveglianza) «ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria» (Corte Cost., 8-23 ottobre 2009, n. 266).

² Sez. Un., 26-2-2003, n. 25079, Gianni, in *Giust. Pen.*, 2004, II, 282-300): "(...) l'esistenza di un microsistema entro il quale lo stato di detenzione, lasciando sopravvivere posizioni soggettive e spazi di tutela giurisdizionale coincidenti col diritto di azione, anche a prescindere dalle tipizzazioni stratificate da novazioni legislative o da decisioni della Corte costituzionale, impone la verifica dello strumento attivabile, da attivare sempre e comunque in un modello diretto ad investire la magistratura di sorveglianza».

(intesi quali posizioni soggettive qualificate) e interessi di mero fatto (coincidenti con la figura dell' "aspettativa di fatto"), che, al contrario, non beneficiano del più rafforzato presidio del rimedio di natura giurisdizionale.

L'evocato arresto della suprema Corte è assai rilevante perché sancisce che alla magistratura di sorveglianza viene riconosciuta la competenza a conoscere delle violazioni subite dai detenuti nelle loro posizioni soggettive e, dunque, che essi sono titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi³.

Tale decisivo approdo consegue al riconoscimento che, all'interno del procedimento di esecuzione penale, si genera un complesso rapporto giuridico, una coordinata sequenza di atti pubblici attraverso cui si manifesta la volontà dello Stato di applicare concretamente la sanzione penale nei confronti della persona condannata in via definitiva. Il rapporto esecutivo penale, pur qualificato dal carattere pubblicistico, non è, tuttavia, caratterizzato da una condizione di totale soggezione del condannato di fronte alla potestà pubblica.

L'ordinamento struttura, infatti, il rapporto di esecuzione su un modello procedimentale, che nasce con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, si sviluppa attraverso l'esecuzione penitenziaria (detenzione ordinaria in carcere, misure alternative alla detenzione, liberazione condizionale e anticipata, etc.) fino a estinguersi per integrale espiazione o per altra causa (a es. amnistia, indulto, etc.). Entro tali complesse sequenze, il condannato rimane titolare di posizioni giuridiche soggettive, cui si accompagnano forme di tutela giurisdizionale attivabili nei casi in cui l'esercizio dei diritti sia illecitamente precluso o comunque inciso.

Il riconoscimento in capo alla persona condannata di uno *status* coerente con la titolarità di diritti e interessi non comprimibili neppure per effetto dell'applicazione della pena detentiva non ha costituito un punto di arrivo immediato, bensì rappresenta il por-

³ «(...) sembra dunque sgomberato il campo da dubbi residui circa la titolarità in capo ai detenuti di diritti soggettivi e la conseguente attribuzione al giudice ordinario della competenza a conoscere delle eventuali lesioni di tali diritti poste in essere ... mediante atti dell'Amministrazione penitenziaria. Legittimata dunque a conoscere di atti e comportamenti lesivi provenienti dall'Amministrazione penitenziaria è la magistratura di sorveglianza, alla quale la Corte costituzionale riconosce "una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati" e, specificamente il magistrato di sorveglianza quale giudice "più vicino"» (CESARIS 2002, 237. Nello stesso senso, cfr. DELLA CASA 1999, 859).

tato una progressiva codificazione delle posizioni giuridiche attive dei detenuti, a partire dall'intervento della Corte costituzionale che, con una storica decisione in tema di liberazione condizionale (art. 176, c.p.), affermò il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva sia riesaminato, al fine di accertare se la quantità di pena già espiata abbia, o no, assolto il suo fine rieducativo (Corte cost. sentenza n. 204/1974). Tale diritto, stabilì la Consulta, «deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale». La riforma dell'ordinamento penitenziario, varata proprio su impulso della sentenza costituzionale n. 204/1974, ha determinato un vero e proprio *ribaltamento* dei tradizionali rapporti fra il detenuto e l'Amministrazione penitenziaria, di tal che la figura del detenuto viene portata in primo piano, non più quale soggetto passivo dell'esecuzione penale, bensì quale titolare di posizioni soggettive e destinatario delle proposte trattamentali degli operatori penitenziari⁴.

Vi fu anche chi osservò, non senza una sfumatura paradossale, come la riforma penitenziaria rappresentasse «il solenne riconoscimento che lo *status* di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale *status*, ma, anzi, altri gliene attribuisce»⁵.

Il rapporto esecutivo penale è caratterizzato, in definitiva, dall'esistenza di un potere pubblico che, con i propri atti e provvedimenti, interagisce con i sottoposti a esecuzione penale non già in termini unilaterali (relazione potestà/soggezione); ma bilaterali (potere/diritto soggettivo – diritto affievolito – interesse legittimo). Che di rapporto vero e proprio e non di mera soggezione si tratti, è reso evidente dalla considerazione che «l'ordinamento democratico riconosce, accanto al potere organizzativo dell'Amministrazione penitenziaria, la sussistenza (*recte*: permanenza), in capo al soggetto privato su cui si esercita detto potere, di un fascio di diritti e posizioni soggettive non sacrificabili di fronte alle scelte discrezionali dell'organo amministrativo e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti»⁶.

⁴ Cfr. in tema DALIA 1982, *passim*; MARGARA 1986.

⁵ GALLI 1978, 128.

⁶ Così Corte cost. n. 212/1997. Più in generale, per il riconoscimento che, anche in situazioni di restrizione della libertà personale, sussistono diritti che l'ordinamento tutela, cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 410/1993, n. 351/1996, n. 376/1997 e la stessa Corte cost., sent. n. 26/1999, *cit.*

La giurisprudenza costituzionale ha stabilito che il precetto contenuto negli artt. 24 e 113, Cost. impone che venga assicurata tutela giurisdizionale sia ai diritti aventi rango costituzionale che alle posizioni soggettive che trovano fondamento in fonti normative di rango subordinato. Si tratta della tutela dei diritti che possono subire pregiudizio per effetto: (a) del potere dell'Amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero (b) per effetto di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere⁷.

In seguito al richiamato arresto costituzionale, l'ordinamento prevede ora un articolato sistema di tutela giurisdizionalizzata delle posizioni soggettive dei detenuti che siano lese all'Amministrazione nell'ambito del trattamento penitenziario. La giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, interpretato restrittivamente le possibilità dischiuse dalla pronuncia costituzionale, selezionando rigorosamente le posizioni soggettive suscettibili di tutela, e riconoscendo la più ampia tutela giurisdizionale assicurata dal combinato disposto degli artt. 35 e 69, ord. penit., soltanto alle doglianze riferibili alla violazione di diritti soggettivi.

Mentre, infatti, è ammesso il ricorso *ex art.* 111, Cost., avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza rese su reclamo avverso atti dell'Amministrazione penitenziaria che incidono su diritti soggettivi dei detenuti (a es. in tema di modalità di perquisizione personale: Cass. I, 3-2-2004); tale possibilità è, invece, negata nel caso di ordinanze emesse dal giudice a seguito di un reclamo generico in ordine a provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria che non incidono sui diritti soggettivi del detenuto (a es. nel caso di reclamo nei confronti del rigetto delle richieste di avere copia di un'istanza, di dotazione di acqua calda e docce nelle celle, di rimozione di un pannello posto sulle finestre della cella, ecc.

Si tratta, a ben considerare, di una posizione che risente della concezione tradizionale della giustiziabilità delle posizioni soggettive, laddove, alla luce di una moderna concezione della c.d. «giurisdizione esclusiva» del magistrato di sorveglianza in materia di trattamento penitenziario, la tradizionale partizione tra diritti e interessi legittimi perde valore sostanziale, dal momento che tutte le lesioni delle posizioni soggettive dei detenuti incise per effetto del trattamento penitenziario sono suscettibili di tutela concentrata presso il giudice di sorveglianza. È questa una sottolineatura importante, che

⁷ Corte cost., sent. n. 26/1999, *cit.*

l'estensore del provvedimento in rassegna non manca di evidenziare, richiamando la "storica" sentenza costituzionale n. 26/99 ed osservando che, nell'ambito della giurisdizione "esclusiva" attribuita alla magistratura di sorveglianza la tradizionale distinzione tra diritti ed interessi legittimi assume rilievo del tutto marginale nell'ambito del trattamento, rilevando piuttosto la identificazione delle posizioni soggettive meritevoli di tutela *apud iudicem* in rapporto alle aspettative di mero fatto che rimangono prive di tale presidio.

Comunque si voglia impostare la questione classificatoria delle posizioni soggettive delle persone detenute sotto il profilo sistematico, il punto fermo è che la fattispecie generatrice dell'illecito dal quale si può produrre la lesione del diritto riconduce all'abuso/cattivo uso di potere da parte della pubblica autorità. La lesione della posizione soggettiva del condannato nel corso del trattamento penitenziario può, invero, consistere in condotte omissive (nel momento in cui, a es., nei confronti dell'interessato non è avviata l'osservazione della personalità, ovvero non è redatto il programma di trattamento, o non sono attivate le proposte trattamentali, etc.); in condotte attive lesive dei diritti garantiti (nel caso, a es., in cui il programma di trattamento contenga violazioni palesi dei diritti stessi; nel caso di sistemazione dei detenuti in spazi inferiori agli standard minimi, etc.); ovvero in comportamenti riconducibili a negligenza professionale (qualora a es., venga omesso di inviare un detenuto in gravi condizioni di salute presso un centro medico esterno, etc.).

Il punto critico sta nel selezionare, tra tutte le doglianze che pervengono alla magistratura di sorveglianza, quali debbano comportare l'adozione della procedura giurisdizionalizzata introdotta dalla Corte costituzionale. Il problema non si pone, ovviamente, riguardo alle ipotesi in cui sia applicabile una procedura specifica, espressamente prevista dalla legge (a es., in tema di reclamo avverso il decreto che dispone controlli sulla corrispondenza dei detenuti: art. 18-ter, ord. penit.); bensì in relazione a quelle fattispecie indeterminate per cui resta esperibile (unicamente) la via del ricorso «atipico» previsto dall'art. 35, ord. penit.⁸.

⁸ Cfr., volendo FIORENTIN - MARCHESELLI, 2006, 20: «Si tratta di un aspetto che incide pesantemente sulla efficacia della tutela, posto che è la stessa materiale difficoltà di governare la massa delle istanze, denunce, segnalazioni a rendere tardiva e inefficiente la tutela, poiché una indiscriminata attuazione di tali modelli per ogni segnalazione ricevuta non solo rischia di comportare la paralisi della attività, ma renderebbe pressoché impossibile la selezione dei casi: la diluizione degli interventi su una miriade di casi ne eliderebbe la capacità di penetrazione».

Il profilo più complesso (e più importante in pratica) è allora stabilire dove passi il confine tra le posizioni pienamente tutelabili e aspettative di mero fatto. In effetti, si possono ipotizzare modelli teorici assai diversi, ma la soluzione resta difficile. Un "filtro" preliminare consiste nella verifica se, nella fattispecie, sono in gioco interessi che effettivamente non sono o non devono essere incisi dalla detenzione (e allora la tutela è quella ordinaria), ovvero si tratta di interessi che vengono incisi dalla detenzione. Ma se si verifica questa seconda situazione è evidente che l'interessato si trova in una posizione giuridicamente differente da quella del soggetto libero: nella situazione, cioè, di chi ha posizioni giuridiche da contemperare con la detenzione, o meglio con lo scopo della detenzione. Il giudizio da compiere è sempre quello della proporzione tra le esigenze di sicurezza (sociale e penitenziaria) e interesse del singolo. Siamo, in altri termini, nell'ambito della valutazione della proporzionalità dell'azione amministrativa, nell'attuazione dei suoi scopi, rispetto ai diritti individuali. La linea di confine della tutela accordata dall'ordinamento sembra dover essere, allora, quella delle aspettative di mero fatto: non è azionabile la procedura a fronte di doglianze che non coinvolgono lesione di posizioni giuridicamente tutelate, ma mere aspettative⁹.

Nel caso delibato dalla decisione qui annotata, il magistrato di sorveglianza di L'Aquila identifica la *causa petendi* azionata dal detenuto quale posizione soggettiva meritevole di tutela sulla considerazione che l'autorizzazione amministrativa incideva su una facoltà connotata dai tratti del diritto costituzionalmente garantito, quale la tutela dei rapporti familiari, che «trova primaria disciplina nel disposto di cui agli artt. 29 e 31 della Costituzione» nonché in numerose disposizioni della stessa legge di ordinamento penitenziario (puntualmente richiamate dall'estensore del provvedimento in rassegna), così che può «darsi per accertato ... che, nella fattispecie in esame, è coinvolto un valore – quello della protezione e della promozione dei rapporti parentali e delle relazioni affettive che si creano all'interno della famiglia – specificamente riguardato e tutelato dall'ordinamento, a partire dal dettato costituzionale».

Ne deriva, secondo il giudice, l'estensione a tale valore fondamentale della tutela giurisdizionale accordata ai sensi degli artt. 14-ter, 35 e 69, L. 354/75.

⁹ Il passo è ripreso dal saggio citato alla nota prec.

3. Le limitazioni connesse al regime detentivo speciale e il rapporto con i diritti fondamentali.

A tale ricostruzione, che si richiama ai più accreditati tracciati giurisprudenziali in materia di diritti *in vinculis*, costituendo per tale profilo riaffermazione di un consolidato orientamento, fa seguito lo sviluppo di un ulteriore punto fondamentale, costituito dal rapporto tra le viste esigenze di natura familiare e le restrizioni trattamentali connesse al regime speciale disciplinato dall'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b), L. 354/75, laddove specifica che i colloqui hanno cadenza di uno al mese e sono effettuati con l'adozione di misure funzionali ad «*impedire il passaggio di oggetti*», nonché alla possibilità di sottoporre il colloquio a controllo auditivo ed a registrazione.

In via generale, la compatibilità di principio delle dette restrizioni rispetto alla tutela dei diritti fondamentali è dato assodato, anche alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo richiamate dal provvedimento in rassegna, che hanno enucleato quale fondamentale parametro di verifica della legittimità di dette limitazioni la circostanza che esse siano somministrate nella misura strettamente necessaria ad assolvere le esigenze preventive. Tale asserto, che si può condensare nel concetto di "minimo sacrificio necessario", impone alla pubblica autorità di adottare, nell'ambito delle scelte amministrative di propria competenza, un corrispondente criterio di proporzionalità «in modo da imporne il minor sacrificio possibile in proporzione alla concreta efficacia della misura adottata».

La premessa sistematica delineata dal magistrato di sorveglianza di L'Aquila è ampiamente condivisibile e si inquadra coerentemente con il contesto emergente dal crogiolo costituzionale, in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione penitenziaria sopra richiamata, poiché ritenuta in contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui conteneva una specifica disciplina dei colloqui difensivi tra il soggetto ristretto nel regime detentivo speciale del "41-bis", e il proprio difensore, contraddistinta da incisive limitazioni relative al numero e alla durata dei medesimi¹⁰.

Con l'evocato arresto costituzionale, la Corte ha, invero, riconosciuto che i diritti fondamentali della persona sanciti dalla

¹⁰ Corte cost., sent. 17 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.* con nota di F. FIORENTIN, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione.

Carta fondamentale possono legittimamente entrare nel bilanciamento con altri valori dell'ordinamento costituzionale di rango analogo, nell'ambito della pur ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore. La Consulta ha, tuttavia, affermato che, ferma la possibilità che, nel singolo caso, alcune facoltà di un diritto fondamentale siano sacrificate a vantaggio delle esigenze connesse alla tutela di un altro diritto fondamentale dell'ordinamento, una siffatta operazione non si configura legittima nel momento in cui ecceda il "minimo sacrificio necessario" dell'interesse cedente, il quale deve sopravvivere con un adeguato indice di "effettività"¹¹.

Il punto di equilibrio va, dunque, collocato in una posizione mediana tra l'esigenza di assicurare la piena effettività del diritto fondamentale del singolo (che assume, in ogni caso, una valenza trascendente l'interesse privato, assurgendo a connotazione imprescindibile di una società democratica)¹², e la difesa della *salus reipublicae*, che rappresenta pur sempre il bene supremo all'autoconservazione cui è rivolto l'ordinamento, messo in obiettivo pericolo dalla virulenza del fenomeno mafioso esteso a larghe porzioni del territorio nazionale¹³.

Nel caso deciso dall'ordinanza qui in analisi, il magistrato di sorveglianza ha ritenuto che l'Amministrazione avesse fatto cattivo governo della propria discrezionalità, atteso che il rimedio adottato al fine di salvaguardare un'esigenza del detenuto che essa stessa aveva ritenuto meritevole di tutela non si palesava *ex ante* e in concreto, idoneo allo scopo. Il vizio di legittimità individuato dal giudicante – eccesso di potere evidenziatosi in una delle sue molteplici "forme sintomatiche" – è coerente con il profilo critico denunciato dal reclamante, che rimanda a dinamiche legate alla materia dei vizi dell'atto amministrativo, lasciando necessariamente in ombra l'aspetto più generale del rapporto tra il diritto fondamentale correlato alla tutela della famiglia (e, nel caso in

¹¹ Si tratta di un parametro che ha trovato applicazione estesa nella giurisprudenza della CEDU: la Corte EDU afferma costantemente il principio che ogni provvedimento restrittivo della stessa difesa deve risultare assolutamente necessario e, quando una misura meno restrittiva di un'altra può essere sufficiente, deve essere applicata la prima (precedenti in termini: CEDU, 23-4-1997, *Van Mechelen e altri c./ Paesi Bassi*; CEDU, 27 novembre 2007, *Asciutto c./ Italia*, ric. n.35795/02). Tale principio è stato affermato nella giurisprudenza interna da Cass., Sez. I, 30-01/20-02-08, n. 7791, Rv. 238721, Madonia, in *CED Cass.*

¹² I conflitti fra interessi fondamentali sono stati spesso identificati come una dei principali ostacoli alla piena attuazione dei medesimi: v. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, 228.

¹³ Cfr. nota 10.

analisi, anche della salute della figlia) e le limitazioni inerente allo speciale regime detentivo del "41-bis".

Nella fattispecie, l'Amministrazione penitenziaria non avrebbe, infatti, posto in discussione la necessità di bilanciare l'esercizio del diritto fondamentale azionato dal detenuto con le esigenze preventive collegate al particolare profilo del soggetto sottoposto al regime di rigore. Ciò che - ad avviso della decisione qui in commento - nella fattispecie è risultato insufficiente è, piuttosto, la misura della tutela accordata al diritto inciso: un "cattivo" bilanciamento, quindi, che sarebbe integrato dalla circostanza che l'assenza del vetro divisorio sia stata autorizzata per un solo colloquio e non per un tempo più prolungato, come sembrava auspicare il parere dei sanitari, così vanificando del tutto le esigenze del detenuto.

Il profilo della valutazione del c.d. "eccesso di potere" deve, peraltro, essere necessariamente commisurato alla ampiezza della discrezionalità concessa alla pubblica autorità nel caso concreto. Il discorso, a questo punto, deve, per esigenze di completezza, necessariamente sdoppiarsi. Sul piano del puro diritto, infatti, non si può revocare in dubbio che, nel caso affrontato dalla decisione in analisi, il legislatore ha dettato disposizioni di natura tassativa e non derogabili tanto al numero che alle modalità di espletamento dei colloqui dei detenuti sottoposti al regime di rigore di cui all'art. 41-bis, ord. penit. Resta quindi, per effetto di tale stringente disciplina (ispirata, come è noto, da una valutazione legale di sussistenza in capo ai detenuti sottoposti al regime speciale di una pericolosità tale da imporre l'adozione di particolari cautele), fortemente circoscritto l'ambito in cui può esplicarsi la discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria con riferimento ai profili operativi sopra indicati. In particolare, l'evocato apprezzamento discrezionale sembrerebbe escluso con riguardo alle modalità con cui effettuare i colloqui, dunque anche con riguardo alla possibilità di consentirne lo svolgimento senza il c.d. "divisorio". Appare, pertanto, difficoltoso, sul piano teorico, configurare un ambito di discrezionalità in cui l'Amministrazione possa bilanciare i valori fondamentali in gioco, atteso che la pubblica autorità, nel caso dei colloqui in regime di "41-bis", è tenuta al rigoroso rispetto delle imitazioni imposte dalla legge e non può, quindi, valutare le particolari esigenze del caso concreto, come invece - per motivi umanitari - ha invece ritenuto di fare il D.A.P. nel caso in esame.

Alla luce di tale quadro, in definitiva, l'Amministrazione non sembra titolare di alcun margine di operatività discrezionale in

ordine alla possibilità di determinare le modalità concrete del colloquio, così che non appare facilmente configurabile un vizio del provvedimento amministrativo riconducibile ad un cattivo uso del potere discrezionale laddove, a rigore di ragionamento, un potere discrezionale non dovrebbe potersi esercitare.

In un tale prospettiva, una soluzione in linea con l'esigenza di contemperare le esigenze preventive connesse all'elevato indice di pericolosità che contraddistingue i soggetti sottoposti al regime del "41-bis" potrebbe consistere nel sollevare una questione di legittimità costituzionale della disciplina speciale sopra evocata, per contrasto con gli artt. 29, 31 e 27, comma 3 della Carta fondamentale, sollecitando presso la Consulta una pronunzia interpretativa nel senso di dichiarare la disciplina in esame applicabile nei limiti in cui non comporti il totale sacrificio di un diritto fondamentale del soggetto detenuto.

Il quadro ricostruttivo che si è delineato vale, per così dire "in astratto". Il riscontro del diritto vivente è invece – come sovente accade – ricco di suggestioni che non possono essere trascurate, benché frutto di prassi *extra legem*. Sono infatti non episodici i casi in cui l'Amministrazione si è spinta, con esercizio di potestà discrezionale, a modulare i severi limiti del regime speciale in nome di esigenze umanitarie, accordando deroghe temporanee ed eccezionali al rispetto di alcune previsioni normative vincolate (e vincolanti). Si pensi ai casi in cui l'Amministrazione ha consentito l'effettuazione di colloqui senza vetro divisorio "in via eccezionale" ai detenuti in imminente pericolo di vita, o in occasione del matrimonio o della nascita di figli (in seguito alla facoltà concessa agli ergastolani di accedere alla procreazione assistita) e, in alcuni casi (a es. in relazione ai colloqui con i minori di anni 12), traducendo tali prassi in apposite circolari con valenza generale.

A fronte di tale esercizio di ampia discrezionalità, la magistratura di sorveglianza si è, a propria volta, impegnata ad esercitare il controllo di legittimità (e il caso dell'ordinanza aquilana rappresenta un eloquente esempio di un tale rincorrersi di "reazioni a catena").

Non è certamente agevole individuare delle linee di sviluppo di una siffatta tendenza, dovuta in parte alle oggettive carenze e all'eccessiva rigidità della disciplina normativa; in parte alla tendenza ormai largamente diffusa alla creazione di un diritto pretorio che esercita funzioni sostitutive e di supplenza dei compiti di un legislatore sempre più in difficoltà a "inseguire" una realtà complessa e in continuo e rapido divenire.

Si può soltanto prendere atto, per un verso, della progressiva erosione delle limitazioni connesse al regime speciale del "41-bis", ormai largamente intaccato dalla concorrente elaborazione della giurisprudenza di merito e di quella costituzionale (si veda, da ultimo, la già evocata sentenza n. 143 del 2013); e per l'altro che, per effetto della modulazione dei singoli regimi speciali applicati ai detenuti in seguito alla proposizione dei reclami alla magistratura di sorveglianza, il regime del "41-bis" abbia perduto l'originaria omogeneità applicativa, per divenire un trattamento connotato da limitazioni per così dire "personalizzate".

È certo che la realtà ha argomenti irresistibili, e la tendenza sopra segnalata non sembra potersi invertire revocando *sic et simpliciter* tutte le aperture che sono state via via concesse. Soluzione, a ben considerare, neppure auspicabile dal momento che le deroghe temporanee alla severità del regime speciale afferiscono all'esigenza di salvaguardia di valori fondamentali di civiltà, della cui tutela l'Amministrazione si è fatta consapevolmente carico. Al tempo stesso, non può disconoscersi la necessità che sull'esercizio di tale potere discrezionale possa svolgersi il controllo di legittimità assicurato dalla possibilità di reclamo alla magistratura di sorveglianza.

Non si può concludere la ricognizione del diritto vivente che si è cercato di delineare nelle righe che precedono senza dare conto e rilievo alla lettura della disposizione normativa dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, ord. penit., che sembra trasparire dal tessuto motivazionale dell'ordinanza aquilana. Precisamente, sembra si insinui il dubbio che la disposizione normativa debba immancabilmente ed ineludibilmente interpretarsi come dotata di una cogenza assoluta (e, paradossalmente, tale opinione sembra avere – per quanto detto – anche il D.A.P.). In effetti una siffatta proclamazione, nonostante il carattere netto del dato testuale della norma («*La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede...*»), non è formalmente espressa. Il significato della disposizione potrebbe suonare diverso ove questa fosse stata formulata nel seguente modo: «*La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede inderogabilmente...*». In questo caso, ogni manipolazione o adattamento sarebbe indubitabilmente precluso, derivandone a questo punto il concreto sospetto di incostituzionalità e la conseguente necessità di provocare l'intervento della Consulta. L'attuale formulazione, diversamente, ove letta alla luce della sopra evocata "interpretazione conforme", potrebbe consentire all'autorità cui è rimessa l'attuazione delle modalità attraverso le quali si estrinseca la potestà

punitiva dello Stato, di eseguire – con dispiego di apprezzamento discrezionale – il regime speciale mediante conformazione funzionale del medesimo alla salvaguardia di diritti inderogabili.

4. I parametri utilizzabili ai fini del controllo di legittimità.

Portando ora l'analisi su un piano più generale, merita soffermare l'attenzione sulla verifica di quali siano, con riferimento alla situazione dei detenuti sottoposti allo speciale regime del "41-bis", i parametri concretamente utilizzabili per l'effettuazione del bilanciamento tra i diritti fondamentali, alla luce dei quali effettuare il controllo di legittimità dell'operato dell'Amministrazione penitenziaria.

Seguendo il percorso già tracciato dalla Corte costituzionale nella evocata sentenza n. 143 del 2013, si può, anzitutto, ritenere che un corretto bilanciamento dovrà necessariamente rispettare il rapporto di stretta proporzionalità tra la compressione delle facoltà inerenti al diritto fondamentale della persona detenuta e la corrispondente accresciuta salvaguardia di quelle esigenze preventive al cui soddisfacimento il regime speciale è preposto, atteso che «nelle operazioni di bilanciamento, 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»¹⁴.

Deve, infatti, ritenersi che il medesimo principio che la Corte individua quale misura per la verifica della legittimità dell'operato del legislatore non possa non informare anche l'attività della pubblica autorità.

Il secondo parametro idoneo a saggiare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione coincide con il già richiamato principio, di matrice europea, del "minimo sacrificio necessario". Su tale profilo ci si è già dianzi soffermati.

Si richiama, infine, l'attenzione sul terzo criterio che può essere utilizzato, e che attiene alla circostanza che in tanto le misure limitative delle facoltà soggettive delle persone detenute hanno motivo di sussistere ed essere applicate in quanto – per i soggetti coinvolti nel colloquio e/o per le particolari circostanze e modalità del medesimo – sussistano effettivamente quelle esi-

¹⁴ In dottrina, sulle dinamiche del bilanciamento di diritti, SCIACCA, 1998, 3953 ss.

genze di natura preventiva alla quali il legislatore ha normativamente collegato l'applicazione delle particolari modalità di svolgimento dei colloqui nel caso dei detenuti sottoposti al "41-bis". Esemplificando: in forza di quello che potrebbe definirsi "principio della concreta offensività", il colloquio con determinati soggetti (a es. l'incontro con il proprio figlio neonato o con una persona incapace di intendere e volere), ovvero effettuato con modalità tali e in situazioni in cui sia impossibile l'utilizzo strumentale del beneficio, sembrerebbero suscettibili di meno rigorose modalità esecutive.

Anche in queste ipotesi, tuttavia, la via del ricorso alla Corte costituzionale sembra la via obbligata, non essendo praticabile – per la perentorietà della dizione normativa – la via dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

Bibliografia

CESARIS L., *Nota a ord. Mag. Sorv. Agrigento 8-11-2001*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 2002, 237.

DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 859.

DALIA G., *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, (a cura di V. Grevi), Il Mulino, Bologna 1982.

FIorentin F. - MARCHESSELLI A., *Il punto sui diritti dei detenuti*, in *Giur. merito* 2006, I, 20.

FIorentin F., *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, nota a Corte cost., sent. 17 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, in corso di pubblicazione.

GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-77*, Giuffrè, Milano 1978, 128.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, 228.

MARGARA A., *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Quest. Giust.*, 1986.

SCIACCA G., *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3953 ss.