

ORDINAMENTO PENITENZIARIO

GIUSEPPE MELCHIORRE NAPOLI

Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'esecuzione penitenziaria

SOMMARIO: 1. Dalla "supremazia speciale" dell'istituzione carceraria al "modello a tre elementi": legge, potere amministrativo e diritti fondamentali della persona detenuta. - 2. Il potere amministrativo di natura autoritativa al cospetto dei diritti fondamentali della persona *in vinculis*: il principio di "legalità sostanziale". - 3. Il principio di "legalità sostanziale" e la sua degradazione a mera "legalità formale". Casi paradigmatici. - 4. L'elusione del principio di legalità: i poteri amministrativi privi di fondamento legislativo. Il trattenimento provvisorio della corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento *ex art. 41-bis*, co. 2, ord. penit. - 4.1. L'istituzione delle sezioni a "custodia aperta": considerazioni conclusive.

1. Subito dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, attenta dottrina segnalava come fosse oramai irrinunciabile il completo e definitivo superamento dell'impostazione che non estendeva "l'esigenza di un fondamento legislativo agli atti" amministrativi che incidevano sull'esercizio delle libertà e dei diritti delle persone "legate allo Stato da un rapporto di soggezione speciale" (soldati, detenuti, internati, etc.)¹. Simile (illiberale) impostazione era infatti contraddistinta dalla "rivendicazione delle istituzioni pubbliche di disporre dei poteri necessari al loro funzionamento nei confronti dei soggetti con cui venivano in rapporto, indipendentemente da ogni previsione legislativa: con la conseguenza che il rapporto stesso *era* diverso da quello intercorrente con la generalità dei cittadini e si risolveva in una supremazia speciale dell'istituzione pubblica"².

In effetti, ancorché con inescusabile ritardo, le norme sull'Ordinamento penitenziario, contenute nella L. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti, anche o.p.), hanno determinato - in conformità ai principi costituzionali - un immediato mutamento di prospettiva. Rispetto alla precedente impostazione, infatti, l'attenzione è stata spostata dalla dimensione soggettiva, in cui risultava dominante la posizione di "supremazia" dell'Amministrazione penitenziaria, ad una dimensione incentrata esclusivamente sull'attività amministrativa, il cui carattere tipico è ravvisabile unicamente nella cura di predeterminati interessi

¹ Sull'argomento, v. LEVI, *Legittimità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, 133 ss., il quale, del resto, precisa come non sia stato "necessario giungere alla Costituzione per vedere affermato con rigore che l'autorità amministrativa è titolare dei soli poteri che la legge conferisce o, con altra formula, che ogni provvedimento amministrativo deve essere previsto dalla legge".

² LEVI, *Legittimità (Diritto amministrativo)*, cit. 132-133. Secondo l'Autore, del resto, tale impostazione illiberale appariva superata "sotto ogni profilo: teorico, ideologico e, per così dire, sostanziale".

pubblici. Circostanza idonea a provare questo mutamento è proprio il ridimensionamento dei poteri discrezionali attribuiti all'autorità pubblica. Poteri che, non soltanto sono stati conferiti "in un numero di casi molto più ridotto" rispetto al passato, ma sono stati accompagnati anche da limiti legali che "fungono da confine" al loro esercizio³.

L'assunzione di tale rinnovata ottica ha comportato un vero e proprio ribaltamento dei tradizionali rapporti tra detenuto e istituzione carceraria. Questa, infatti, al fine di mantenere l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto, non dispone più di una illimitata potestà di imporre misure restrittive o coercitive nei confronti dei detenuti e non si sottrae al controllo successivo di natura giurisdizionale⁴. In altri termini, in ambito carcerario, non vi è più spazio alcuno per la logica della "supremazia giuridica speciale", poiché la legge penitenziaria ha abbandonato il vecchio paradigma potestà pubblica-soggezione (completa) del detenuto, regolando invece nuovi rapporti amministrativi in cui, a fronte di predeterminate situazioni di potere dell'Amministrazione, si pongono posizioni soggettive della persona ristretta.

Sebbene gli obiettivi perseguiti dal legislatore siano stati quelli di superare la vecchia logica illiberale e di realizzare il "modello di carcere" prefigurato dalla Costituzione - in cui non è più dominante il ruolo di un'Amministrazione statale titolare di poteri illimitati (privi di vincoli legali) di gestione dell'istituzione carceraria, ma diviene preminente la posizione dell'uomo, il quale, ancorché detenuto, mantiene immutata la propria dignità⁵ - permangono ancora ambiti nei quali il sistema normativo sembra lasciare all'autorità pubblica spazi di intervento non sempre circoscritti in modo sufficientemente preciso. Simile constatazione pone, dunque, una ineludibile questione interpretativa. Occorre chiedersi, infatti, se siano legittimi poteri autoritativi dell'Amministrazione penitenziaria che trovino fondamento in disposizioni di legge assai generiche, ovvero che siano addirittura inespressi, ma esercitati per coerenza con le finalità pubbliche perseguite dall'istituzione carceraria.

Per rispondere a questo interrogativo, è necessario definire i caratteri del rapporto che dovrebbe sussistere tra la legge, i poteri amministrativi di natura autoritativa e i diritti del detenuto. Più nel dettaglio, è essenziale tracciare le

³ Cfr. COPPETTA, *Commento all'art. 32*, in *Ord. penit. comm.*, a cura di Della Casa, Giostra, Padova, 2015, 375; FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 154.

⁴ Cfr. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, in *Comm. alla Cost.*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, I, 573; GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, 7.

⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in www.penalecontemporaneo.it.

caratteristiche che dovrebbero connotare la legalità pubblicistica in ambito carcerario, al fine, poi, di verificare il grado di conformità ad essa del sistema normativo. Nelle pagine seguenti, pertanto, si cercherà, innanzitutto, di stabilire in che modo debba essere inteso il principio di legalità dell'azione amministrativa. A tal proposito, si metterà in evidenza che, quando l'attività dell'Amministrazione penitenziaria incide sull'esercizio dei diritti fondamentali della persona detenuta, a garanzia di simili posizioni soggettive di vantaggio non può che operare il principio di legalità inteso in senso sostanziale. Si analizzeranno, in secondo luogo, sia taluni casi in cui la "legalità sostanziale" è degradata a mera "legalità formale", sia alcune situazioni nelle quali il principio di legalità appare del tutto eluso. Risulterà chiaro, di conseguenza, come la tesi del ribaltamento dei tradizionali rapporti tra detenuto e istituzione carceraria riceva spesso un riconoscimento soltanto "formale" e raramente una conferma anche "sostanziale".

Prima di procedere oltre, è opportuna una notazione preliminare. Il principio di legalità, se inteso in senso sostanziale, sembra sovrapporsi alla riserva di legge. Tale 'equivalenza', tuttavia, è soltanto 'empirica', rimanendo distinta la *ratio* dei due istituti⁶. Infatti, la riserva di legge, "implicata dal principio di legalità", pone vincoli all'attività del legislatore, chiamato "a disciplinare anche nella sostanza la materia in relazione alla quale attribuisce poteri agli organi dell'esecutivo"⁷. Il principio di legalità in senso stretto, invece, si pone come limite all'azione amministrativa, ossia attiene al rapporto di conformità sostanziale che deve sussistere tra poteri autoritativi e norme esistenti⁸. Questi due diversi - ancorché strettamente correlati - profili meritano, dunque, autonoma considerazione⁹.

2. Le disposizioni della legge n. 354 del 1975, che regolano l'attività dell'Amministrazione penitenziaria, sembrano confermare la tesi che ammette l'esistenza di un potere discrezionale dell'autorità pubblica anche al cospetto di diritti fondamentali. Invero, l'opposta teoria dei "diritti indegradabili", secondo la quale l'Amministrazione, ove intacchi diritti fondamentali, agisce non in veste di autorità, bensì nel fatto, in situazione di assoluta carenza di

⁶ Sull'argomento, v. NICCOLAI, *Riserva di legge e organizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 3312.

⁷ In questi termini, CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano, 1966, 139. V., inoltre, CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 449.

⁸ Cfr. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 140.

⁹ Tuttavia, in merito alla "irresistibile tendenza" - che si registra in dottrina - a confondere i due istituti, cfr. CHELI, *Ruolo dell'Esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, 65; GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1994, IX, 96.

potere¹⁰, sembra fondarsi su un presupposto poco convincente. Si ritiene, infatti, che l'esercizio di un potere amministrativo restrittivo comporti sempre la degradazione della situazione giuridica soggettiva del privato. Ma, come evidenzia autorevole dottrina, tale premessa teorica non è accettabile, anche perché la stessa giurisprudenza costituzionale riconosce “a chiare lettere la possibile coesistenza del potere amministrativo autoritativo, che tale rimane, e dei diritti soggettivi”¹¹. Sicché sono “legittimamente configurabili provvedimenti amministrativi direttamente incidenti sui diritti fondamentali”, dal momento che “il potere autoritativo ben può dialogare anche con questi diritti”¹². Cionondimeno, nelle situazioni in cui si verifica una coesistenza di poteri discrezionali dell'autorità amministrativa e di diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona *in vinculis*, la tutela di questi ultimi deve avvenire attraverso “il presidio combinato” del principio di legalità e della consequenziale, piena ed effettiva, tutela giurisdizionale avverso l'esercizio non corretto dei poteri conferiti all'autorità pubblica¹³. Si tratta di garanzie che esprimono un indub-

¹⁰ Cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro amm.*, 1979, c. 2412. Sulla teoria dei “diritti indegradabili”, v. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.; MARTINI, *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, 2009, 418-420.

¹¹ In questi termini, GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, 69. Cfr., inoltre IANNI, *Assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali della persona: i limiti alla giurisdizione assistenza pubblica e tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. mer.*, 2011, 2811; PATRONI, GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in www.federalismi.it; SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss. Del resto – come sottolineato da MARINO, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione nell'ordinamento italiano: prime considerazioni*, *ivi*, 2014, 250 ss., oltre a quella costituzionale, anche la più recente giurisprudenza di legittimità sembra avere oramai abbandonato la teoria dei c.d. “diritti resistenti”, ammettendo, ad esempio, che un diritto ontologicamente fondamentale, qual è quello alla salute, possa essere leso per effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti illegittimi della pubblica amministrazione (cfr. Cass. civ., Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, 766; *contra*, tuttavia, Id., Sez. un., 17 giugno 2013, n.15115, in *Giur. cost.*, 2013, 3622 ss., con nota di DIOTALLEVI, *Il riparto di giurisdizione in materia di respingimenti “differiti” e il nodo (irrisolto) dell’“indegradabilità” dei diritti fondamentali in una pronuncia della Corte di cassazione*). Nella stessa direzione sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui “l'esercizio del pubblico potere non degrada la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la forza della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in www.foroitaliano.it).

¹² Così GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 52, 72-73, secondo cui, “poiché sarebbe semplicemente assurdo ritenere che, sul piano del diritto sostanziale, gli stessi poteri esercitati dall'Amministrazione possano tramutarsi da non autoritativi in autoritativi solo a seguito della scelta contingente del legislatore di attribuire le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, occorre concludere nel senso che questi stessi poteri, al di là del problema del riparto di giurisdizione, sono autoritativi anche nell'ipotesi in cui delle relative controversie si occupa il giudice ordinario”.

¹³ È ovvio che il fondamentale principio dell'assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela

bio “valore”, inverando le esigenze dello Stato costituzionale di diritto e di un ordinamento democratico in cui l’attività amministrativa – “affidata ad una burocrazia priva di legittimità popolare propria” – deve essere indirizzata “verso le scelte più conformi agli orientamenti espressi dal corpo elettorale”¹⁴. Ne discende che, anche quando la Costituzione non sancisca espressamente “la necessità di una *interpositio legislatoris*”, le limitazioni imposte a carico di “posizioni soggettive costituzionalmente (o convenzionalmente) tutelate” devono essere adeguatamente predeterminate dal legislatore¹⁵. Questi, infatti, è tenuto sia a conferire espressamente all’autorità amministrativa un potere pubblico di natura autoritativa e a definirne gli elementi caratterizzanti, sia a

giurisdizionale pretende che non vi possa essere “posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa farsi valere” (artt. 24 e 113 Cost., nonché artt. 6 e 13 CEDU). Cfr. Corte cost., n. 212 del 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 208-209.

¹⁴ In questi termini, CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XVIII, 5. Cfr., inoltre, LOLLI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, 218; CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 61. Sul fondamento costituzionale del principio di legalità, v., tra gli altri, CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di Sandulli, Milano, 2011, 7-9. Ovviamente, le garanzie per i cittadini connesse alla democraticità della legge, per funzionare, presuppongono un preciso modello di democrazia, vale a dire il modello classico della democrazia rappresentativa. Di conseguenza, “se si guarda a come il modello di democrazia parlamentare rappresentativa si è concretizzato e ad oggi vive nell’ordinamento italiano, non si può fare a meno di rilevare la distanza che, per certi aspetti, corre fra la democrazia reale ed il modello ideale in riferimento al quale la riserva di legge è stata pensata come strumento per la tutela dei diritti del cittadino nei confronti dello Stato”. Per tale ragione, “non si esita a parlare di *crisi o declino della legge*, di *tramonto della democrazia rappresentativa* e di *democrazia che non c’è più*” (in questi termini, COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre, 2012, n. 230*, in *www.rivistaic.it*, la quale indica, in modo sintetico, “quelle che la dottrina ha individuato essere le principali cause di questa crisi della legge e le relative conseguenze sulla funzionalità della riserva di legge alla tutela dei diritti e delle libertà individuali nei confronti del potere pubblico”). Malgrado ciò – come correttamente sostenuto da BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 169-170 – “fino a quando l’ordinamento giuridico in cui viviamo continuerà ad ispirarsi al valore democratico della sovranità popolare, per quanto formale possa essere la riserva di competenza a favore della legge che è implicata dal principio di legalità, di essa l’interprete e l’operatore quotidiano delle cose giuridiche non può pensare di poter fare a meno: è un dato voluto dall’ordinamento positivo e come tale deve essere rispettato, sicché non è l’interpretazione giuridica a dover essere piegata ai dati desumibili dalla realtà, ma viceversa”. In senso analogo, GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche (2011)*, Pisa, 2012, 127-128, 136-137; SCACCIA, *Appunti sulla riserva di legge nell’esperienza costituzionale tedesca*, in *Dir. pubb.*, 2001, 264.

¹⁵ Sul punto, cfr. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. 238-240; BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 110-111; CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, 561; MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. Giur.*, 1991, XXIV, 5. In linea generale, sulle condizioni minime affinché “nasca un caso che coinvolge il principio di legalità (nelle sue molte e potenzialmente indeterminate articolazioni)”, cfr. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubb.*, 1995, 286.

regolare tale potere in modo tale da assicurare che il suo esercizio non snaturi - non intacchi eccessivamente - le libertà e i diritti fondamentali dei cittadini. A tal fine, la *lex parlamentaria* deve limitare la discrezionalità dell'autorità amministrativa, circoscrivendo, in modo chiaro, lo spettro dei suoi possibili interventi alle sole misure restrittive o coercitive che siano strettamente necessarie alla protezione degli altri interessi pubblici di rilievo costituzionale o convenzionale¹⁶. Ciò significa che - laddove siano in gioco posizioni soggettive che trovano riconoscimento e protezione nella Carta fondamentale e nel diritto internazionale pattizio dei diritti dell'uomo - il principio di legalità dell'azione amministrativa va inteso in senso forte, come "conformità sostanziale" alla legge, la quale non deve limitarsi a fissare le finalità e a costituire il mero, generico, fondamento dell'attività di natura autoritativa, ma deve anche precisare, in modo espresso, la natura e gli effetti del potere conferito, i presupposti di fatto in presenza dei quali esso sorge e le modalità del suo doveroso esercizio¹⁷. Il legislatore, infatti, muovendosi all'interno dell'area delimitata dai divieti costituzionali di lesione dei diritti fondamentali e dagli obblighi costituzionali di tutela dei medesimi, deve - all'esito di un attento bilanciamento dei valori in gioco - sia fissare le condizioni al ricorrere della quali il valore connesso all'interesse pubblico prevale sul valore connesso all'interesse privato, sia stabilire le modalità e la misura dell'incisione di quest'ultimo¹⁸.

¹⁶ Cfr. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 110-111; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, 10; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di Comanducci, Guastini, Torino, 2004, 337-339; FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230, del 2012)*, in questa Rivista online, 2013, 32.

¹⁷ La conclusione alla quale si è pervenuti attiene, unicamente, alla dimensione c.d. "passiva" (difensiva) delle libertà e dei diritti fondamentali, dovendosi riservare al legislatore il compito di indicare i presupposti e le modalità di esercizio di un potere amministrativo capace di sacrificare le posizioni giuridiche soggettive del detenuto, in vista della tutela di un interesse pubblico di analogo pregio costituzionale. Non viene presa in considerazione, invece, la diversa dimensione c.d. "pretensiva" dei diritti fondamentali, vale a dire la questione se il principio di legalità, inteso in senso sostanziale e conformativo, debba estendersi anche a tutta l'area degli interventi "positivi" a favore del detenuto, assoggettando al vincolo della base legale l'intera amministrazione di prestazione ed erogazione di servizi sociali. Proprio volgendo lo sguardo verso la sola dimensione "difensiva" delle libertà e dei diritti fondamentali degli amministrati, parte della dottrina evidenzia come il prevalere della legge tenda a ridurre il grado di autoritarità dell'azione dei pubblici poteri, poiché "la legge, dovendo incontrare per sua propria caratteristica giuridica l'accettazione della generalità, è sempre meno invasiva e più attenta agli interessi dei cittadini coinvolti nel processo decisionale di quanto non possa essere il provvedimento amministrativo, per sua natura ormai votato all'efficacia, al risultato, caratterizzato pertanto da un metodo autoritativo, a differenza della legge che nasce da dibattiti, emendamenti e sopporta il controllo di legittimità costituzionale". In questi termini, CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, 138.

¹⁸ Cfr. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, pp.

In tale ambito, pertanto, la ponderazione da parte del legislatore degli interessi contrapposti assume fondamentale rilievo sotto un duplice aspetto. Innanzitutto, essa è volta ad individuare il bene giuridico ritenuto di “minor valore” rispetto al contrapposto interesse pubblico, la cui tutela giustifica il conferimento all’Amministrazione penitenziaria di un potere autoritativo. In secondo luogo, la ponderazione consente di delineare anche i limiti astratti all’esercizio di tale potere, poiché la protezione dell’interesse pubblico preminente non può mai risolversi nella completa soppressione del confliggente interesse del detenuto. Il legislatore, dunque, non soltanto deve fissare – attraverso c.d. “norme di relazione” – le condizioni legali di esistenza di un potere amministrativo di natura autoritativa¹⁹, ma deve anche definire, sempre in astratto, i limiti all’esercizio di siffatto potere; limiti derivanti dal corretto bilanciamento degli interessi antagonisti, giacché l’interesse della persona *in vinculis*, ancorché soccombente, concorre comunque a circoscrivere gli spazi dell’azione della pubblica autorità.

Ciononostante, una volta individuata un’espressa attribuzione all’Amministrazione penitenziaria di un potere definito nei suoi elementi caratterizzanti (c.d. potere in astratto), non si tratta di avanzare la pretesa che il legislatore statale provveda sempre a tracciare i presupposti di esistenza in concreto di siffatto potere e a delinearne le modalità di esercizio secondo il metodo “descrittivo-analitico”, tessendo trame normative assai rigide – inadatte a cogliere “la non raggiungibile varietà del concreto” – e riservando all’autorità amministrativa il compito di procedere alla meccanica esecuzione di disposizioni incapaci di adattarsi alla peculiarità dei fatti. Un eccesso di definizione, invero, determina spesso gravi inconvenienti applicativi, poiché “la rigidità descrittiva della fattispecie legale” costringe l’azione amministrativa entro invalicabili confini, non consentendo all’autorità pubblica di impiegare strumenti flessibili, adattabili alle variegate sfaccettature, alla mutevolezza e all’imprevedibilità fattuale dei casi concreti.

Compito del legislatore, quindi, non è quello di introdurre una regolamentazione rigida e tassativa del potere autoritativo, bensì è quello “di trasmettere – in modo chiaro e preciso – una determinata visione della realtà”, mediante un’indicazione esemplificativa dei fatti costitutivi e delle modalità di esercizio del potere conferito all’Amministrazione. Attraverso tale indicazione legislativa non tassativa, bensì esemplificativa (dalla quale sia sempre possibile desu-

125-125.

¹⁹ Le norme attributive di uno specifico potere sono “norme di relazione” chiamate a definire il confine tra diritti e potere pubblico. Sull’argomento, v. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell’atto amministrativo*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1999, 618-620.

mere agevolmente le “situazioni paradigmatiche” cui fa riferimento la norma), si consente, quindi, all’autorità pubblica di apprezzare giuridicamente la mutevole e variegata realtà, di cui è possibile “valorizzare alcuni aspetti a scapito di altri”²⁰. Ciò che assume rilievo preminente è, comunque, che la previsione normativa, regolativa del potere, presenti i requisiti dell’accessibilità e della ragionevole prevedibilità del risultato interpretativo-esecutivo-applicativo. In base a questi parametri sostanziali, infatti, può considerarsi rispettato il principio di legalità, soltanto quando il detenuto sia posto nelle condizioni di potere, ragionevolmente e concretamente, prevedere l’impiego nei suoi confronti di misure restrittive o coercitive, al verificarsi dei fatti riconducibili ai “casi paradigmatici” desumibili sia dalle indicazioni esemplificative contenute nella previsione legislativa e sia dallo scopo di quest’ultima²¹.

Un problema di conformità al quadro dei principi costituzionali e convenzionali si pone, pertanto, allorché la *lex parlamentaria* non sia in grado di assolvere i compiti di trasmettere – in modo quanto più chiaro, concreto e preciso

²⁰ Cfr. VOGLIOTTI *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, 62-65, 116-120. Del resto, come evidenziato da ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 95-97, “il testo dell’enunciato normativo non contiene completamente la normatività, non *racchiude* un unico, dominante senso del testo, e tuttavia trasmette un’intenzione normativa vincolante che esige una prestazione attiva da parte di chi concretizza il testo”. Questo, infatti, “delimita il campo e fornisce lo schema-quadro entro il quale l’interprete è chiamato a concretizzare l’intenzione normativa, *desumendola* dai testi”. In tal modo, “il testo dirige e limita le possibilità legittime di concretizzazione del diritto ed orienta la selezione dei diversi canoni ermeneutici, rappresentando perciò la frontiera e il contorno dello spazio di gioco ammissibile alla luce della situazione concreta”. Cionondimeno – precisa l’Autore – “sarebbe indubbiamente riduttivo restringere la funzione dei testi ad un effetto soltanto limitativo e di vincolo, dunque, di tipo negativo (nel senso dell’esclusione di possibilità illegittime)”. Invero, “i testi giuridici adempiono non solo a compiti di chiarificazione e stabilizzazione, ma anche ad una funzione positiva, volta a consentire l’apertura a nuove possibilità nello sviluppo di principi potenzialmente impliciti nel sistema”. Cosicché, “diviene qui fondamentale non soltanto il testo linguistico, ma l’aprirsi di una feconda dialettica tra testo e realtà extratestuale, tra linguaggio e cose espresse nel linguaggio (...)”.

²¹ Quello dell’accessibilità delle norme da parte dei loro destinatari e della prevedibilità del risultato interpretativo-esecutivo-applicativo è considerato il versante “universalistico-astorico” del principio di legalità. Si tratta, cioè, del versante che – a differenza di quello “storico”, relativo all’individuazione delle fonti legittimate alla produzione di norme destinate a regolare una determinata materia – non è “soggetto ai condizionamenti degli assetti politico-istituzionali operanti nelle diverse epoche all’interno dei singoli Stati”. In questi termini, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 9-10. Sul punto, v. anche DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, 65-66, il quale evidenzia che, sotto il profilo analitico, il principio di legalità (volto ad “instaurare una forma di potere legale-razionale, che consenta la prevedibilità e calcolabilità dell’azione dei pubblici poteri”) non ha “un nesso concettualmente necessario con il principio rappresentativo, o della sovranità nazionale o della sovranità legislativa”. Tale nesso, infatti, “esiste, ed è fortissimo, ma è un nesso storico”. A diversa conclusione perviene invece, CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 1, la quale, come detto, individua già nell’originario nucleo concettuale del principio di legalità una duplice valenza: quella ‘garantista’ e quella ‘dogmatica’.

- una specifica “visione della realtà” e di orientare, di conseguenza, l’attività interpretativa ed esecutiva dei pubblici poteri. Qualora, infatti, la previsione normativa non contenga un’indicazione, sia pure esemplificativa, in ordine alle condizioni, ai contenuti e alle modalità di esercizio del potere autoritativo, si impedisce all’interprete di desumere dalla disposizione le “situazioni pragmatiche” cui essa dovrebbe fare riferimento, potendosi giungere ad esiti applicativi del tutto arbitrari e, quindi, non ragionevolmente prevedibili. In tal modo, la legge perde la funzione di limite all’esercizio del potere, non essendo in grado di tutelare le libertà ed i diritti della persona *in vinculis* contro l’arbitrio dell’Amministrazione.

3. È proprio sotto i profili in precedenza indicati che l’ordinamento penitenziario mostra le proprie gravi criticità. In particolare, è sul versante del principio di legalità, inteso come “conformità in senso sostanziale” dell’attività amministrativa alla legge, che si riscontrano le maggiori carenze. Infatti - sebbene la capacità orientativa sia requisito imprescindibile di ogni disposizione di legge che conferisca poteri autoritativi, “corrispondendo alla fondamentale istanza di prevedibilità e misurabilità del potere statale” - è frequente l’impiego da parte del legislatore di formule normative assai generiche o troppo ambigue, in tal modo derivandone una insufficiente, e spesso mancante, indicazione legale dei presupposti di esistenza, dei criteri e delle modalità di esercizio dei poteri attribuiti all’Amministrazione²². Sicché la “legalità in senso sostanziale e conformativo” pare lasciare il passo ad una “legalità formale” (intesa come mera esigenza di una base legislativa dell’azione dell’autorità pubblica²³), la quale, vanificando la pretesa di introdurre - unicamente attraverso la legge - una delimitazione della discrezionalità amministrativa, non garantisce un efficace presidio dei diritti fondamentali della persona detenuta contro il rischio, sempre incombente, di uno straripamento del potere amministrativo²⁴. Così facendo, però, il legislatore si sottrae al rispetto dei vincoli

²² Sul “dissesto del linguaggio delle leggi espresso dalla sua crescente vaghezza, oscurità e tortuosità”, v. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013, 165, 204-205.

²³ In altri termini, in materia di libertà e di diritti fondamentali, non ci si può accontentare del rispetto di quello che, in dottrina, viene considerato il contenuto minimo del principio di legalità (contenuto minimo il cui mancato rispetto determina l’inesistenza del principio stesso).

²⁴ Cfr. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all’informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, 850.

che - “in un regime a Costituzione rigida” - discendono dal principio di legalità, eludendo “la volontà espressa dalla fonte suprema dell’ordinamento”²⁵. Un esempio significativo in proposito è costituito dalla disciplina delle perquisizioni personali nei confronti dei detenuti. È questa, infatti, una materia (tra l’altro, esplicitamente coperta da riserva assoluta di legge) la cui regolamentazione legislativa è caratterizzata da una prescrizione normativa in bianco, genericamente orientata alla tutela dell’interesse al mantenimento della sicurezza all’interno del carcere. Non è rinvenibile, invece, alcuna indicazione esemplificativa dei presupposti, dei contenuti e dei modi di un’attività amministrativa di natura autoritativa, capace di incidere, gravemente, sui fondamentali diritti della persona detenuta²⁶. Ciononostante, anche a prescindere

²⁵ Cfr. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 151-153, secondo cui “è profilo peculiare” del principio di legalità, inteso come riserva di competenza a favore della legge, “quello di imporre vincoli allo stesso organo cui la competenza è per l’appunto riservata: proprio perché operante in un ambito che le è riservato, la fonte a favore della quale la riserva è stata introdotta non è libera di disporre come meglio le piaccia del compito che le è commissionato, ma deve svolgerlo secondo determinati canoni finalizzati, in ultima analisi, ad impedirle di sottrarsi alla funzione in tal modo assegnata”. Coticché, “proprio perché a sua volta vincolata dall’esistenza di una regola di rango costituzionale che le si rivolge, la fonte abilitata è tenuta - nell’attribuire un potere all’Amministrazione - ad indicare con sufficiente precisione l’autorità destinataria del conferimento, la fattispecie soggettiva (ossia: i soggetti nei cui confronti il potere può essere esercitato, in quanto versanti in una determinata condizione o in quanto autori di un certo comportamento) ed il tipo di disciplina ad essa applicabile (e quindi il contenuto che il provvedimento concreto può assumere al ricorrere dei presupposti fissati dalla legge ed, ancor prima, il tipo di potere che può essere esercitato nel caso concreto e la sua latitudine)”. Di conseguenza, “una insufficiente tipizzazione del possibile contenuto dell’atto amministrativo autoritativo (o addirittura l’assenza di qualsivoglia tipizzazione) si tradurrebbe in una completa vanificazione del valore precettivo del principio di legalità e non sarebbe pertanto con questo compatibile”. In senso analogo, BETZU, *La riserva di legge come principio politico e come principio gnoseologico*, in www.costituzionalismo.it.

²⁶ Sul punto, si vedano COPPETTA, *Commento all’art. 34*, in *Ord. penit. comm.*, cit., 386; D’AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 134; FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall’800 alla riforma penitenziaria*, cit., 161-162; STORTONI, *Libertà e “diritti” del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in *Il carcere “riformato”*, a cura di Bricola, Bologna, 1977, 45-46.

Si consideri, del resto, che il legislatore non ha neanche attribuito, in modo espresso, ad un determinato organo dell’Amministrazione penitenziaria, il potere di disporre le perquisizioni personali e il potere di effettuarle. Di conseguenza, nel silenzio della legge, è soltanto la fonte normativa di rango secondario a disciplinare la materia. In particolare, le disposizioni regolamentari prevedono che: *a)* le operazioni di perquisizione previste dall’art. 34 o.p. siano effettuate dal personale del Corpo di polizia penitenziaria alla presenza di un appartenente a tale Corpo, di qualifica non inferiore a quella di vice sovrintendente; *b)* il regolamento interno stabilisca le situazioni in cui si effettuano perquisizioni ordinarie; *c)* per procedere a perquisizione fuori dei casi ordinari sia necessario l’ordine del direttore; *d)* in casi di particolare urgenza, il personale proceda di sua iniziativa alla perquisizione, informandone immediatamente il direttore (art. 74, co. 1, 4, 5 e 7, d.P.R. n. 230 del 2000). Disposizioni relative alle perquisizioni personali sono inoltre rinvenibili in altra fonte normativa di rango subordinato, vale a dire nel d.P.R. n. 82, 15 febbraio 1999 (v. gli artt. 40, co. 2, n. 1; 42, co. 1, n. 8; 44, co. 1, n. 4; 47, co. 2, n. 4).

dall'opinabile orientamento della giurisprudenza costituzionale²⁷, secondo cui le perquisizioni eseguite nei confronti dei detenuti non sono coperte dalla riserva di giurisdizione ex art. 13, co. 2, Cost. – trattandosi di restrizioni della libertà personale che discendono dallo (sono contenute nello) stato di detenzione –, deve riaffermarsi la necessità di una piena operatività del principio di legalità, inteso come conformità in senso sostanziale dell'azione amministrativa alla legge, la quale deve indicare i casi e i modi dell'intervento *in corpore*. L'art. 34 o.p. invece – nello stabilire che i ristretti possano essere sottoposti a perquisizione personale per motivi di sicurezza – si limita a specificare l'interesse pubblico (di indubbio rilievo costituzionale) che giustifica il ricorso alla misura coercitiva, senza procedere a quella indicazione dei presupposti di fatto in presenza dei quali il potere sorge e deve essere esercitato. E non solo, ma la disposizione di legge, richiedendo che la perquisizione personale sia effettuata nel pieno rispetto della personalità del detenuto, mira soltanto a fare propri “i limiti negativi dedotti dall'inquadramento della misura specifica nel contesto generale dell'ordinamento, ma non realizza l'indicazione al positivo dei modi” dell'intervento sulla persona²⁸.

Le lacune, che contraddistinguono la disciplina legislativa delle perquisizioni personali nei confronti dei detenuti, lasciano emergere, con chiarezza, la violazione di quel principio di “legalità sostanziale” che deve operare in ogni conferimento di poteri amministrativi²⁹. Siamo dinanzi, infatti, a disposizioni che – limitandosi alla mera attribuzione all'Amministrazione di un potere di

²⁷ Cfr. Corte cost., n. 526 del 2000, in *Foro it.*, 2001, 1472.

²⁸ Il pieno rispetto del principio di legalità, inteso come “conformità in senso sostanziale” dell'attività amministrativa alla legge, appare ancor più irrinunciabile, ove si consideri che le perquisizioni personali nei confronti dei detenuti ex art. 34 ord. penit. possono essere eseguite con modalità tali da connotare la misura non soltanto come “atto coercitivo”, limitativo unicamente della libertà intesa in senso tradizionale, ma, altresì, come “atto invasivo”, limitativo anche della libertà corporale (si pensi, a tal proposito, alla perquisizione personale eseguita anche mediante il controllo delle cavità corporee; intervento, questo, che travalica “la sfera della libertà personale per invadere quella corporale”). Sulla distinzione tra “atto coercitivo” e “atto invasivo”, cfr. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 560 ss.; PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, 1222; ID., *Accertamenti coattivi e tutela della libertà corporale nel processo penale*, in *Studi Urbinati*, nuova serie A, 2006, 1 ss.; RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3560-3562.

²⁹ Sotto il profilo di cui trattasi, non sono condivisibili le conclusioni cui è pervenuta Corte cost., n. 526 del 2000. La Consulta infatti, da un lato, si limita a precisare che, per ciò che riguarda i presupposti di esistenza del potere di perquisizione personale, i “motivi di sicurezza” ex art. 34 o.p. sono quelli “specificati dalle norme regolamentari” che disciplinano le diverse tipologie di perquisizione; dall'altro, per quanto concerne le modalità di esecuzione dell'intervento *in corpore*, ribadisce unicamente che incombe sull'Amministrazione penitenziaria il dovere di curare e sorvegliare che le circostanze ambientali in cui le perquisizioni si svolgono, e i comportamenti del personale che vi procede, siano in concreto rispettosi della persona e della sua inviolabile dignità.

coazione, finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico (la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario) - non definiscono parti fondamentali dell'oggetto riservato al legislatore. Cosicché la mancanza di una adeguata, ancorché elastica, "copertura legislativa" consente il perpetuarsi di una situazione connotata dall'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge, e non scongiura il rischio che, in pratica, l'autorità amministrativa, piuttosto che esercitare un potere discrezionale, agisca in "totale libertà"³⁰.

Analoghe carenze, inoltre, sono riscontrabili nella disciplina dei poteri ordinatori attribuiti all'Amministrazione penitenziaria. L'ordine amministrativo - la cui funzione è quella di far sorgere una situazione giuridica soggettiva passiva (un obbligo di fare o di non fare o di sopportare) in capo al destinatario, in vista del perseguimento di una specifica finalità pubblica, connessa ad un determinato interesse prioritario - è riconducibile, infatti, alla categoria dei provvedimenti ablatori personali, sia perché l'emanazione di esso comporta in ogni caso un effetto privativo a carico di una posizione soggettiva del destinatario, sia perché "l'ordine è sempre diretto ad incidere sui diritti personali

³⁰ Cfr. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, 664, il quale rileva che "l'attività discrezionale può essere definita tale, e non invece libera, proprio perché si tratta di attività che trova un limite - nel suo contenuto - nella legge alla quale sia subordinata e sia obbligata a conformarsi". Secondo l'Autore, tuttavia, nell'ordinamento costituzionale (e, in particolare, nell'art. 101 Cost.) troverebbe fondamento soltanto un principio di legalità inteso come conformità formale alla legge di qualsiasi atto dell'esecutivo-amministrazione (689 ss.). Cionondimeno, l'Autore, benché escluda l'esistenza nel nostro ordinamento di un implicito principio di legalità in senso sostanziale, ritiene che - in ragione della *ratio* dell'istituto della riserva di legge (che è forma di garanzia della minoranza contro la maggioranza) - sussista sempre un rinvio, anche implicito, alla legge (rinvio che - si sostiene - rappresenta uno degli estremi perché si abbia riserva) con riferimento alla materia dei diritti e delle libertà costituzionali. In tal caso - si precisa - la riserva è assoluta, dovendo il legislatore intervenire per soddisfare uno specifico "interesse pubblico" e non il generico "interesse generale" (ID. *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, 319, 326-327, 332 ss.).

Pur tuttavia, tale criterio non sembra orientare neanche la disciplina normativa relativa alle perquisizioni delle camere dei detenuti. Nel silenzio della legge, infatti, simile misura restrittiva è regolata da fonti normative di rango subordinato, vale a dire dall'art. 74, co. 3, d.P.R. n. 230 del 2000 e dall'art. 42, co. 1, d.P.R. n. 82 del 1999. E pur vero che, secondo un univoco orientamento giurisprudenziale, nel caso di cui trattasi, non operano le garanzie costituzionali poste a tutela del domicilio, giacché le camere dei detenuti non sono riconducibili alla categoria dei luoghi di privata dimora. La cella, infatti, non è nel possesso del detenuto, al quale quindi non compete lo *ius excludendi alios*, in quanto trattasi di luogo nella piena e completa disponibilità dell'Amministrazione penitenziaria, che ne può disporre in ogni momento e per qualsiasi esigenza dell'istituto (cfr., tra le tante, Cass., Sez. VI, 24 novembre 1981, D'Urso, in *Rass. pen. crim.*, 1982, 3-4, 796; Id., Sez. I, maggio-agosto 2008, *ivi*, 2009, 2533). Cionondimeno, le perquisizioni delle camere dei detenuti sono idonee ad intaccare altro diritto fondamentale, qual è il diritto alla riservatezza (cfr. MURA, *La privacy fa ingresso in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1424), sicché anche le limitazioni imposte a carico di tale "posizione soggettiva costituzionalmente (e convenzionalmente) tutelata" dovrebbero essere adeguatamente predeterminate dal legislatore.

di qualunque specie³¹. Per tale ragione, intanto un'autorità amministrativa può lecitamente emettere un ordine, in quanto vi sia una norma di legge che le conferisca tale potere e ne definisca il contenuto e le relative modalità di esercizio. Non può sussistere, quindi, una generale potestà ordinatoria dell'Amministrazione penitenziaria, ma "singole potestà normativamente conformate a dar vita, occorrendo, a specifici provvedimenti amministrativi ablatori"³².

Pur tuttavia, ancorché il potere di impartire ordini ai ristretti richieda una espressa previsione legislativa anche in forza dell'art. 23 Cost.³³, l'ordinamento penitenziario si limita soltanto ad autorizzare l'adozione di restrizioni al fine di mantenere l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere (art. 1, co. 3, ord. penit.). Anche in tale ambito, perciò, il principio di legalità in senso sostanziale non è rispettato, poiché, pur se necessario, non può considerarsi sufficiente un mero conferimento all'autorità amministrativa di un potere ordinatorio finalizzato alla tutela di specifici interessi pubblici. Nell'ottica della "legalità sostanziale", infatti, è altresì indispensabile orientare – sotto i profili dei presupposti, del contenuto e della modalità – l'esercizio di tale potere, "in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa"³⁴. Cosicché, in mancanza di simili disposizioni, si determinano, anche in tal caso, situazioni in cui risulta attribuita all'autorità pubblica una potestà giuridica nei confronti dei detenuti talmente ampia da non far apparire peregrina l'idea che – nonostante il riconoscimento e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo – continui a sopravvivere

³¹ Cfr. BASSI, *Ordine (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, XXX, 998; CAVALLO, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1995, X, 436.

³² In questo senso, BASSI, *Ordine (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, cit., 997.

³³ In dottrina, si riconducono al concetto di "prestazione personale" ex art. 23 Cost., "tutte le attività che si traducono nell'esplicazione di energie fisiche e intellettuali, limitando la facoltà di determinazione, da parte del privato, della destinazione delle energie medesime" (in questi termini, FEDELE, *Commento all'art. 23*, in *Comm. della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1978, 43; *conf.* ANTONINI, *Commento all'art. 23*, cit., 491. Lo specifico riferimento ad un ambito personale della prestazione, dunque, configura l'art. 23 Cost. quale "garanzia di chiusura, imponendo il rispetto della riserva di legge per ogni intervento che incida su fattispecie di libertà e che non ricada nella sfera di operatività di altre specifiche disposizioni costituzionali" (così, FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania, Ridola, Torino, 2006, II, 594).

³⁴ Così, Corte cost., n. 115 del 2011, in www.cortecostituzionale.it. Secondo GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 252-253, i principi affermati nella predetta pronuncia della Consulta si riferiscono, in modo esclusivo, "al potere amministrativo primario, quello, cioè, che si manifesta con il provvedimento amministrativo ablatorio", e non anche al potere esecutorio, rispetto al quale "la Corte costituzionale ha sempre assunto posizioni molto diverse" in tema di "valenza del principio di legalità in senso sostanziale e conformativo" (v., tuttavia, *infra*).

una (costituzionalmente illegittima) condizione di completa soggezione all'autorità pubblica della persona *in vinculis*.

Peraltro, non può trascurarsi che, se tutti gli ordini impartiti dall'autorità sono indirettamente coercibili attraverso la minaccia della sanzione disciplinare (v. l'art. 77, co. 1, n. 16, d.P.R. n. 230 del 2000), taluni di essi sono anche direttamente coercibili ai sensi dell'art. 41, co. 1, o.p.³⁵. Ne consegue che la violazione del principio di "legalità sostanziale" nell'ambito di cui trattasi si riverbera, altresì, sulla fattispecie di impiego della forza fisica, risultando evanescenti i fatti costitutivi del potere di coazione personale, e mancanti le regole formali e sostanziali che – sia pure in modo elastico – dovrebbero disciplinarne le relative modalità di esercizio. Nel caso in questione, infatti, l'impiego della forza fisica si risolve in una attività di esecuzione forzata di un preesistente atto amministrativo, attività posta in essere dall'Amministrazione penitenziaria al fine di conseguire quegli effetti materiali che non si sono prodotti a causa dell'inadempimento, da parte del detenuto, degli obblighi di fare o di non fare o di sopportare imposti attraverso un ordine legittimo. Ci si muove, dunque, nell'ambito delle esecuzioni amministrative, caratterizzate dall'impiego di poteri coattivi nei confronti degli amministrati³⁶. Poteri che – essendo autonomi rispetto alla potestà di amministrazione attiva che si è espressa nel provvedimento ablatorio personale – necessitano sia di una esplicita attribuzione da parte del Parlamento, sia della predeterminazione legislativa, attraverso una esemplificazione dei casi e dei modi del loro esercizio³⁷. Così, ad esempio, se, a fronte dell'inottemperanza da parte del recluso

³⁵ Evidenzia come l'esecuzione coattiva del provvedimento amministrativo e la previsione di una sanzione amministrativa nei confronti del soggetto inadempiente si collochino "su piani giuridici e concettuali completamente diversi", GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit. 91 ss.

³⁶ Sui caratteri essenziali e sul duplice volto dell'autotutela amministrativa, cfr. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, 1225 ss.

³⁷ Cfr. CASSESE, *I beni pubblici, Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 438-449. Analoghe, ancorché diversamente argomentate, sono le conclusioni cui è pervenuto CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 438 ss. Del resto – come osserva autorevole dottrina – la coazione fisica *in personam*, incidendo "necessariamente sulla sfera della dignità e delle libertà individuali, viene ammessa assai raramente dalla legge, con norme che non possono non essere considerate di stretta interpretazione" (in questi termini, SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1964, 842, 846, 855; v., inoltre, BENVENUTI, *Autotutela (Diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 553-555, che considera l'autotutela esecutiva "una capacità eccezionale", ammissibile "nel nostro ordinamento soltanto nei casi espressamente previsti"). La sussistenza dei caratteri di eccezionalità e di autonomia del potere esecutivo rispetto al potere primario, di cui è espressione il provvedimento ablatorio personale da eseguire, e la piena operatività del principio di legalità in senso sostanziale e conformativo (su tali questioni, cfr., tra gli altri, BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 335-338; CERULLI IRELLI, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. Proc. amm.*, 1986, 410-423; MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri*

dell'ordine di entrare in cella, l'art. 41 ord. penit. conferisce all'autorità amministrativa un potere esecutivo, l'attività coattiva di esecuzione dell'obbligo di fare infungibile non andando oltre lo spostamento forzato del detenuto da un luogo ad un altro (in conformità alla regola per la quale *nemo ad factum precise cogi potest*); al contrario, a fronte del potere (primario) di ordinare alla persona *in vinculis* - per particolari ragioni igienico-sanitarie - di procedere al taglio dei capelli o della barba (art. 8, co. 3, ord. penit.), ovvero del potere di ordinare ad un ristretto, nei cui confronti si stia eseguendo una perquisizione personale, di denudarsi e di flettersi, l'art. 41 ord. penit. sembra essere del tutto inidoneo a giustificare il ricorso alla coercizione fisica, non indicando, tra l'altro, secondo quali modalità sarebbe ammissibile l'esecuzione *manu militari* di siffatti obblighi di fare.

Le tre misure appena evocate sono accomunate dal fatto che le previsioni legislative, che dovrebbero regolarle, non indicano - né secondo il metodo di normazione descrittivo-analitico, né secondo quello esemplificativo - le condizioni, i contenuti e le modalità di esercizio dei poteri conferiti all'Amministrazione. In altre situazioni, invece, pur rinvenendosi una adeguata indicazione legislativa dei presupposti del potere autoritativo, è mancante la

impliciti, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit. 226-228; SACCHI MORSIANI, *Esecuzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XIII, 11-12; SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, 115-120, 151) sembrano trovare conferma nell'art. 21-ter, (introdotto dalla legge n. 15 del 2005, recante *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*), secondo cui "qualora l'interessato non ottemperi" un obbligo imposto dalle pubbliche amministrazioni, queste "possono provvedere all'esecuzione coattiva" soltanto "nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge".

Contra, tuttavia, GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit. 270, 368 e 372. L'Autore evidenzia "che - pur ammesso e non concesso che il potere esecutivo, in forza della richiamata concezione del principio di legalità, debba essere sempre analiticamente disciplinato dalla legge quanto ai casi, ai tipi e ai modi - non risulta per nulla dimostrato, soltanto sulla base di questo assunto, che il potere in esame non venga comunque considerato dall'ordinamento giuridico, soprattutto alla luce dei principi costituzionali, come un attributo normale - ed, anzi necessario - del potere di cui è espressione il provvedimento da eseguire". Invero, "l'esecutorietà del provvedimento amministrativo, lungi dal poter essere relegata ad una anomala eccezione, deve considerarsi, tutto al contrario, come un elemento sistemico del diritto amministrativo italiano o - se si vuole - come un principio generale dello stesso". Ne discende che "l'esecutorietà - sul piano dogmatico - non è, propriamente, né una qualità del provvedimento amministrativo, né - meno che mai - un potere alieno rispetto a quello manifestato dal provvedimento medesimo: essa, invece, si rivela - in linea di principio - come attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale". Del resto, con specifico riferimento al potere esecutivo, l'Autore ritiene "conforme ai principi costituzionali una diversa concezione del principio di legalità, in base alla quale esso può considerarsi rispettato laddove il potere in esame, anche in mancanza di puntuali discipline legislative, ma in forza dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, risulti comunque pienamente sottoposto al diritto, e pienamente sindacabile in sede giurisdizionale".

regolamentazione degli altri aspetti fondamentali di esso. A tal proposito, rimanendo nel settore delle misure di coazione personale, serie perplessità suscita la disciplina normativa dei mezzi di coercizione fisica; disciplina che, fuorché per la definizione delle condizioni di esistenza in concreto del potere, è stata dal legislatore interamente rimessa alla fonte normativa secondaria. L'art. 41, co. 3, ord. penit., infatti, delinea i casi eccezionali in cui è lecito impiegare i mezzi di coercizione nei confronti dei detenuti e fissa il criterio d'azione della necessità, ma non indica la tipologia dei mezzi utilizzabili né le modalità del loro impiego. Compito, questo, assolto dal regolamento di esecuzione, in base al quale la coercizione fisica si effettua, sotto il controllo del sanitario, con l'uso dei mezzi impiegati nelle istituzioni ospedaliere pubbliche (art. 82 d.P.R. n. 230 del 2000)³⁸. Tuttavia, poiché l'impiego dei mezzi di coercizione fisica (si pensi, ad esempio, al ricorso alla fasce di contenzione) non soltanto incide sulla "residua" libertà personale del detenuto, ma - travalicando essa - invade anche la sfera del suo diritto all'autodeterminazione in relazione al trattamento sanitario, non pare possa sorgere dubbio alcuno sul fatto che debba essere esclusivamente la legge ad indicare sia la tipologia dei mezzi di coercizione fisica adottabili dal personale medico o infermieristico operante all'interno dell'istituto penitenziario, sia i modi di impiego di tali mezzi. Sicché - anche al di là della disputa circa la natura assoluta o relativa della riserva di legge operante in materia di trattamenti sanitari coattivi³⁹ - è indiscutibile che il legislatore debba comunque orientare, sotto l'aspetto contenutistico e delle modalità, l'esercizio del potere-dovere di coercizione personale. Si tratta, invero, di parti fondamentali della materia oggetto di disci-

³⁸ Sui rapporti intercorrenti tra l'ordinamento penitenziario e l'ordinamento sanitario (tra gli artt. 41, co. 3, ord. penit. e 82 d.P.R. 230 del 2000, e l'art. 60, r.d. n. 615, 16 agosto 1909), cfr. DODARO, *Il problema della legalità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1497-1499; SALE, *Analisi penalistica della contenzione del paziente psichiatrico*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁹ Se una parte della dottrina ritiene - correttamente - che l'art. 13 Cost. contenga norme applicabili a tutte le forme di coercizione fisica, compresi quindi i casi di trattamenti sanitari coattivi, per cui, anche in tale ipotesi, devono essere rispettate le procedure ivi previste, "con la conseguenza, tra l'altro, di un rafforzamento del vincolo al legislatore se è vero che la riserva ex art. 32, co. 2, è relativa, pur se rinforzata, mentre quella ex art. 13 è assoluta" (sul punto, v. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 155-156); di contro, secondo altri Autori, i trattamenti sanitari coattivi sono legittimi ove rispettino lo specifico parametro costituzionale, che regola la materia (art. 32 Cost.), non venendo in considerazione l'art. 13 Cost. (cfr. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 49 ss.). Ad ogni modo, nella materia *de qua*, una riserva di legge, sia essa assoluta o relativa, è operante. A tal fine, infatti, non assume alcun rilievo la circostanza che si stia discutendo intorno ad una misura coercitiva inerente alle "modalità concrete di attuazione del regime carcerario, in quanto tale, e dunque già ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione".

plina, parti che il legislatore non può attribuire ad altri soggetti, demandando loro il compito di completare la normazione⁴⁰.

Se poi si rivolge lo sguardo alle misure restrittive che comotano l'applicazione dei regimi detentivi differenziati, è possibile constatare come, tenendo conto delle finalità perseguite dalle previsioni legislative, sia possibile desumere dalle indicazioni esemplificative i "casi paradigmatici" in cui si manifesta un serio e attuale pericolo di pregiudizio agli interessi pubblici affidati dalla legge in cura all'Amministrazione. Invero, nonostante l'indeterminatezza dei concetti di "caso eccezionale di rivolta" e di "grave situazione di emergenza", impiegati dal legislatore per descrivere i presupposti di fatto che legittimano il ricorso al regime sospensivo di cui all'art. 41-*bis*, co. 1, o.p.⁴¹, e nonostante l'estrema elasticità di taluni presupposti applicativi del regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis*, co. 1 e 5, o.p.), un corretto impiego dei criteri interpretativi, che valorizzi oltre all'elemento testuale anche lo scopo delle regole, dovrebbe scongiurare il rischio che si determini un'eccessiva ed intollerabile "dilatazione della discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria"⁴².

Cionondimeno, la disciplina normativa dei regimi detentivi differenziati non è conforme al principio di "legalità sostanziale" nella misura in cui la tipologia e

⁴⁰ È opportuno, tuttavia, precisare che - in ragione della peculiare natura dei mezzi di coercizione fisica di cui all'art. 41, co. 3, ord. penit. - il legislatore può (e, nel nostro caso, deve) "dettare regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici a rischio, onde meglio garantire - anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti - l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie". Cionondimeno, "un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici (cfr. sentenza n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica". In questi termini, Corte cost., n. 282 del 2002. Sui limiti, derivanti dalla giurisprudenza costituzionale, all'esercizio della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico, cfr., *ex plurimis*, PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴¹ Cfr. BASILE, TUCILLO, *Commento all'art. 10*, in *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla legge 663/1986*, a cura di Fassone, Basile, Tucillo, Napoli, 1987, 118.

⁴² Il rischio di una intollerabile dilatazione della discrezionalità amministrativa è paventato da GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 593. Si vedano, anche, CESARIS, *In margine all'art. 14-bis co. 5 ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 1989, 155; PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, 106, 108; RUSSO, *La sorveglianza particolare e la regolamentazione della sospensione delle normali regole del trattamento*, in *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, a cura di Flora, Milano, 1987, p. 34; SOMMA, *Palingenesi, razionalizzazione e "sperimentazione" nella novella penitenziaria del 1986*, in *Leg. pen.*, 1987, 96.

il contenuto delle restrizioni dei diritti del detenuto, che possono essere imposte dall'Amministrazione penitenziaria, non sono predeterminate dalla legge. In tal modo, infatti, si attribuisce all'autorità pubblica una eccessivamente ampia libertà di scelta, che conduce spesso a prassi interpretative e applicative distorte, come quella, ad esempio, di trasformare surrettiziamente il regime di sorveglianza particolare in una sorta di isolamento continuo, destinato a protrarsi per almeno sei mesi. Tuttavia, se è vero che le disposizioni di legge che attribuiscono il potere di disporre i regimi detentivi in questione non definiscono direttamente e in positivo il contenuto di quanto può essere imposto ai destinatari di tali provvedimenti⁴³, è altrettanto certo che questi ultimi non possono assumere qualsivoglia contenuto idoneo a realizzare l'interesse pubblico affidato alle cure dell'Amministrazione. Inequivocabile, in tal senso, è l'insegnamento della Corte costituzionale, la quale ha ribadito come, in questi casi, l'autorità amministrativa possa adottare soltanto quelle misure restrittive che siano esplicitazione di quei poteri autoritativi che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto⁴⁴. Il potere di disporre regimi detentivi differenziati, dunque, non è a contenuto libero, e non è del tutto 'slegato' da qualsivoglia "riferimento diretto alla legalità". In alcun modo, infatti, è dato 'neutralizzare' la funzione tradizionale di tale principio, che è quella di tutelare i diritti dei detenuti anche al cospetto di poteri conferiti all'Amministrazione per situazioni eccezionali o, comunque, di particolare gravità. La questione, pertanto, riemerge nei medesimi termini in precedenza indicati, poiché - il più delle volte - le singole misure restrittive, che possono definire il contenuto dei regimi detentivi di cui trattasi, sono esplicitazione di poteri autoritativi che il legislatore ha conferito all'autorità amministrativa senza delinearne il contenuto e gli elementi di esercizio.

⁴³ Dall'art. 14-*quater*, co. 1 e 4, ord. penit., sembra emergere, ad esempio, come il regime di sorveglianza particolare possa assumere tutti i contenuti strettamente necessari al caso concreto, ponendosi soltanto taluni limiti - talune sfere di intangibilità - relativi all'igiene, alle esigenze della salute, al vitto, al vestiario, al corredo, all'acquisto e ricezione di generi e oggetti permessi dal regolamento interno (nei limiti in cui ciò non comporti pericolo per la sicurezza), alla lettura di libri e periodici, alle pratiche di culto, all'uso di apparecchi radio del tipo consentito, alla permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno, ai colloqui con i difensori, nonché a quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori e i fratelli. In dottrina, si ritiene che tali sfere di intangibilità operino anche rispetto ai contenuti del regime sospensivo di cui all'art. 41-*bis*, co. 1, ord. penit. A parte questi limiti, dunque, le disposizioni di legge che regolano i regimi detentivi differenziati sembrerebbero fondare poteri amministrativi a contenuto del tutto indeterminato.

⁴⁴ Cfr., sia pure con riferimento al regime sospensivo regolato nei commi 2 e ss. dell'art. 41-*bis*, Corte cost., sent. n. 349 del 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 491.

Da quanto brevemente illustrato, emerge che il principio di legalità (inteso in senso forte, come conformità alla legge dell'azione amministrativa) pare non essere rispettato sotto un duplice profilo. Anzitutto, sotto il profilo che attiene al sistema delle fonti, quando disposizioni normative di rango subordinato alla legge regolano aspetti fondamentali dell'oggetto riservato; aspetti cioè che possono essere normati solo dal Parlamento. In secondo luogo, sotto il profilo che riguarda non la normazione, bensì l'applicazione del diritto, quando la *lex parlamentaria* non detta una adeguata disciplina dell'oggetto riservato, non riuscendo a circoscrivere, in modo sufficiente, i poteri dell'Amministrazione penitenziaria.

Non va trascurato, d'altronde, che nelle situazioni da ultimo indicate, in cui i diritti fondamentali della persona *in vinculis* non trovano nella legge la dovuta garanzia, soccorrono – entro certi limiti – i principi generali dell'ordinamento giuridico, tra i quali, in primo luogo, quelli costituzionali. Tali principi, quali strumenti di moderazione del potere pubblico, assurgono a “correttivi finali” – aventi, pur sempre, natura e valenza di norma giuridica – chiamati ad evitare l'arbitrio nelle scelte dell'autorità, e ad assicurare, nello specifico caso concreto, la miglior tutela delle posizioni soggettive di vantaggio riconosciute al detenuto⁴⁵. In altri termini, i principi di cui trattasi, combinandosi con le diverse disposizioni di legge, vincolano l'azione dell'Amministrazione penitenziaria, orientandola al perseguimento – nel migliore dei modi – del fine imposto dal legislatore⁴⁶. Di conseguenza, l'autorità pubblica rispetta il principio di legalità, quando conforma la propria azione alla specifica disciplina legislativa della fattispecie e ai principi “regolanti l'esercizio del potere amministrativo”⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 22-29; DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 374; SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, 193-194.

⁴⁶ Cfr. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 56. Sul punto, si vedano, altresì, MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 736; PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 107, 202-203; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 111.

⁴⁷ Cfr. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 246. In senso analogo, MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 201, secondo cui la riserva di legge ed il principio di legalità vengono “soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l'atto sindacabile”. V., inoltre, SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa*, Torino, 2003, 78-83, che parla di “duplice relazione di conformità: alle singole disposizioni di legge ed alla sintesi che l'ordinamento deve offrire delle diverse disposizioni poste a tutela degli interessi, pubblici o privati, giuridicamente rilevanti per il mantenimento della sua unità”. Sul punto, v. altresì COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Inde-*

È ovvio, del resto, come i principi non abbiano unicamente una valenza integrativa di disposizioni legislative lacunose, giacché, anche quando la norma sia completa, indicando i limiti entro i quali l'Amministrazione può scegliere tra più soluzioni possibili, essi assolvono la funzione di orientamento dell'azione dell'autorità pubblica⁴⁸. E ciò, in quanto – si ribadisce – il principio di “legalità sostanziale” impone sempre all'attività amministrativa un duplice vincolo. Il primo discendente direttamente dalla disposizione normativa che attribuisce una potestà pubblica, ne delinea i presupposti di esistenza in concreto e ne regola le modalità di svolgimento. Il secondo vincolo derivante dai principi espressi o desumibili dalla legge e dalla Costituzione, che costituiscono sempre “un limite sostanziale dell'attività” amministrativa⁴⁹, limite posto a garanzia e protezione dei diritti fondamentali dei detenuti⁵⁰.

terminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993, 288, 296.

⁴⁸ Cfr. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1740-1741; MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 3.

⁴⁹ In tal senso, CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2003, 2489-2490, 2492-2493. V., altresì, PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1215, secondo cui è evidente che i principi e le clausole generali “si insinuano proprio in quest'ambito, chiarendo che la fattispecie non si compone solo del riferimento alle norme puntuali attributive del potere, identificative (sia pure in via generale) l'interesse pubblico, disciplinanti il procedimento lungo il quale chi agisce per fini pubblici dovrà declinare il primo e chiarire in concreto il secondo”. I principi e le clausole generali, infatti, “compongono la fattispecie rendendola più ricca e complessa, definendo dal versante del diritto l'intero panorama della decisione, degli interessi e delle scelte”. Sul punto, v., infine, D'ANDREA, *La discrezionalità dei pubblici poteri come doppio vincolo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di Contieri, Francario, Immordino, Zito, Napoli, 2010, I, 627, secondo cui “per il tramite dei principi generali dell'attività amministrativa (ormai positivamente sanzionati dalla legislazione ordinaria), il quadro normativo di riferimento naturalmente si allarga alla pluralistica tavola dei valori legittimanti la convivenza politicamente organizzata e positivamente quali principi fondamentali in seno alla Carta fondamentale, e dunque all'eterogenea molteplicità di interessi (...) che profondamente connotano i sistemi giuridici contemporanei”.

⁵⁰ Tra i principi espressi dalla legge, che trovano fondamento nella Costituzione, deve annoverarsi anche il principio di proporzionalità. Da tale principio, discende un preciso ed indefettibile criterio d'azione, che impone all'Amministrazione penitenziaria il dovere di applicare le specifiche disposizioni legislative, attributive e regolative di un potere, in modo quanto più aderente alle peculiarità del fatto e, in particolare, a quelle circostanze del caso concreto che il legislatore non è stato (o non poteva essere) in grado di prendere in considerazione al momento della formulazione dell'enunciato normativo. Sicché, qualora la puntuale concretizzazione della fattispecie astratta sul fatto storico determini “conseguenze sproporzionate rispetto alla rilevanza dell'evento”, l'Amministrazione – tenuto conto dei dati di realtà e in applicazione del criterio giuridico della proporzionalità – deve agire in modo da “normalizzare” gli effetti materiali della propria attività (cfr. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, 36; CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 174; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 207-208).

Del resto, come ricorda BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 34, nell'ordinamento tedesco, “la proporzionalità cominciò a profilarsi quando divenne chiaro

4. La legalità pubblicistica può assumere una piena configurazione garantistica, a condizione che il legislatore, non soltanto provveda a predeterminare una finalità pubblica e ad attribuire all'autorità amministrativa un ben definito potere, astrattamente idoneo a raggiungere lo scopo, ma si preoccupi altresì di delineare sia i presupposti di esistenza in concreto di tale potere autoritativo, sia le modalità del suo esercizio. Cosicché, se il mero conferimento di un potere, definito nei suoi elementi caratterizzanti, è condizione necessaria, ma non sufficiente a circoscrivere la discrezionalità amministrativa, simile funzione di delimitazione risulta ancor più depotenziata - la legalità pubblicistica perdendo ogni significato garantistico - ove si ritenga legittimo enucleare dalle mere finalità predeterminate dalla legge "obblighi puntuali di *facere*, il cui contenuto sia demandato *in toto* all'autorità amministrativa"⁵¹. In altri termini, il principio di legalità è del tutto eluso ove si sostenga che, indipendentemente da una espressa presa di posizione del legislatore, l'autorità amministrativa possa adottare qualsiasi mezzo in vista del perseguimento delle specifiche finalità connesse all'interesse pubblico affidatole in cura. In simile, non condivisibile, prospettiva, si muovono prassi amministrative che - spesso in forma non intenzionale - sembrano ricorrere al "criterio del potere non espresso, ma esercitato per coerenza con il fine o per esigenze di risultato"⁵². Questo criterio del potere inespresso, ma esercitato per coerenza con la finalità pubblica predeterminata dal legislatore, sembra, ad esempio, avere orientato la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria⁵³ che inibisce la corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento *ex art. 41-bis*, co. 2, ord. penit. Simile asserzione, del resto, non sembra temere smentita neanche da parte di quell'orientamento della giurisprudenza di merito secondo il quale il predetto divieto troverebbe fondamento direttamente nello stesso art. 41-*bis*, che prevede talune incisive limitazioni all'esercizio dei diritti del detenuto, per

che il principio di legalità dell'azione amministrativa (...) non era di per sé sempre sufficiente a garantire la posizione del cittadino, stante l'impossibilità che il legislatore disciplinasse tutto, fin nei minimi dettagli, e data l'esigenza di lasciare ampi spazi alla discrezionalità dell'Amministrazione agente". Oggi, attraverso "l'apertura dell'attività decisionale ad una logica sostanziale", si perviene ad una armonizzazione tra l'esigenza di sicurezza normativa, sottesa "all'ideale obiettivo di certezza del diritto", e "l'istanza di giustizia, derivante dalla necessità di ponderare la ragionevolezza-proporzionalità della regola di diritto in relazione al caso concreto" (in questi termini, SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 368-369). Infatti, "compito fondamentale dei sistemi giuridici contemporanei sembra essere proprio quello di armonizzare ed equilibrare tali elementi, il cui bilanciamento era stato, in precedenza, alterato dal giuspositivismo".

⁵¹ In questi termini, MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 220.

⁵² MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 220.

⁵³ Trattasi della Circ. DAP n. 14761/2015, 27 aprile 2015.

gravi ragioni di ordine pubblico e di sicurezza collettiva⁵⁴. Si sostiene, infatti, che sarebbe la legge, non un atto amministrativo, a porre un divieto generalizzato di contatti, mediante corrispondenza epistolare, tra detenuti sottoposti al medesimo regime sospensivo, in tal modo apprestandosi – a differenza di quanto consentito dai meccanismi di controllo regolati nell’art. 18-*ter* ord. penit. – una tutela più avanzata di preminenti interessi pubblici. In ragione, infatti, di gravi motivi di ordine e sicurezza connessi a talune categorie di detenuti, l’art. 41-*bis* ord. penit. avrebbe stabilito “in via generale il divieto di qualsiasi tipo di contatto o di interazione (fatta eccezione per i legami familiari e per gli appartenenti allo stesso gruppo di socialità) fra detenuti appartenenti ad organizzazioni criminali del medesimo tipo (mafioso, terrorista, eversivo), sia che si tratti proprio della stessa associazione, sia che si tratti di associazioni alleate ovvero contrapposte (per evitare sia convergenze, sia contrasti, comunque pericolosi)”⁵⁵. Meno avanzata sarebbe, invece, la tutela approntata dall’art. 18-*ter* ord. penit., che subordina l’adozione della misura restrittiva del trattenimento della corrispondenza epistolare alla valutazione in ordine al concreto contenuto della singola missiva inviata dal (o al) detenuto. Modalità esecutiva, questa, che, non essendo ritenuta idonea a scongiurare il pericolo che “messaggi in codice, criptici o convenzionali possano sfuggire anche al censore più attento ed avveduto”, giustificerebbe la scelta legislativa di introdurre un divieto assoluto di corrispondenza e di predisporre, quindi, una tutela “preventiva e, appunto, anticipata” di rilevanti interessi pubblici⁵⁶.

Dall’arresto giurisprudenziale in esame, è possibile enucleare le seguenti, principali, asserzioni. Non un atto amministrativo, bensì la legge porrebbe un generalizzato divieto di corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* ord. penit. (corrispondenza, peraltro, sottoposta a visto di censura ai sensi del co. 2-*quater*, lett. e, dello stesso articolo). Tale divieto troverebbe concreta attuazione anche in forza del potere, conferito all’autorità amministrativa alla quale sia stata delegata l’attività di controllo sulla corrispondenza (v. *infra*), di disporre il trattenimento provvisorio di tutte le missive inviate dalle persone detenute in regime sospensivo ad altri ristretti sottoposti al medesimo regime (eccezion fatta per la corrispondenza diretta agli stretti congiunti). Siffatto potere sarebbe del tutto svincolato dagli esiti del controllo sul contenuto delle singole missive sottoposte a “censura”, sicché la misura del trattenimento opererebbe in modo automatico, al

⁵⁴ Cfr. Mag. sorv. Sassari, 2 ottobre 2015, in *questa Rivista* online, 2015.

⁵⁵ In questi termini, Mag. sorv. Sassari, 2 ottobre 2015, cit.

⁵⁶ In questi termini, Mag. sorv. Sassari, 2 ottobre 2015, cit.

solo verificarsi dei presupposti di fatto predeterminati dal legislatore. L'intervento successivo del giudice, ai sensi dell'art. 18-ter, co. 5, ord. penit., pertanto, avrebbe la limitata funzione di accertare che la situazione di fatto sia conforme alla fattispecie tipizzata nella norma di conferimento del potere. Il giudice, in altri termini, dovrebbe soltanto verificare che il trattenimento concerna comunicazioni epistolari il cui mittente e il cui destinatario siano entrambi sottoposti al regime sospensivo. Questa assai semplificata sequenza procedimentale sarebbe complementare, non alternativa, a quella, più complessa, regolata dall'art. 18-ter ord. penit., che rimarrebbe operante rispetto alla corrispondenza epistolare tra stretti congiunti sottoposti al regime detentivo speciale, ovvero a quella intrattenuta tra ristretti sottoposti a detto regime e persone detenute in regime ordinario o non detenute in carcere.

Nei casi da ultimo indicati, l'autorità giudiziaria può disporre – su richiesta del Pm o del direttore dell'istituto e purché ricorra una specifica esigenza di tutela – che sia letto il contenuto della corrispondenza del detenuto, in arrivo o in partenza, e che sia apposto sulla stessa “un segno idoneo a comprovare l'avvenuto controllo”⁵⁷ (art. 18-ter, co. 1, lett. b, ord. penit.)⁵⁸. Il giudice può provvedere direttamente alla lettura della corrispondenza, oppure può delegare l'esecuzione del controllo al direttore o ad un appartenente all'Amministrazione penitenziaria, designato dallo stesso direttore (art. 18-ter, co. 4, ord. penit.). Una volta eseguito il controllo, le missive devono essere inviate o consegnate al destinatario. Tuttavia, il giudice può disporre il trattenimento, allorché, tenuto conto del contenuto della comunicazione, verifichi che “le esigenze di ordine interno e/o processuali, rilevate a livello prognostico nel provvedimento applicativo” della misura del visto di controllo, “possano essere (...) vulnerate dalla consegna dello scritto”⁵⁹ (art. 18-ter, co. 5, ord. penit.). Il potere di disporre non soltanto il visto di controllo, ma anche il trat-

⁵⁷ Cfr. SANTINELLI, *Commento all'art. 18-ter*, in *Ord. penit. comm.*, cit., 245.

⁵⁸ La sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo (come anche le limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa, ovvero il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima) può essere disposta, nei confronti di singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile (indefinitamente) per successivi periodi non superiori a tre mesi, soltanto per far fronte ad esigenze attinenti alle indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto penitenziario (art. 18-ter, co. 1, o.p.). Il relativo provvedimento è adottato con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto penitenziario: a) nei confronti dei condannati e degli internati, nonché nei confronti degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, dal magistrato di sorveglianza; b) nei confronti degli imputati, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dal giudice indicato nell'art. 279 c.p.p.; se procede un giudice collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente del tribunale o della corte di assise (art. 18-ter, comma 3, o.p.).

⁵⁹ In questi termini, SANTINELLI, *Commento all'art. 18-ter*, cit., 245.

tenimento della corrispondenza è stato conferito all'autorità giudiziaria, in conformità al dettato costituzionale. Il sistema normativo, dunque, appare del tutto aderente alla duplice riserva di legge e di giurisdizione, allorché il giudice disponga la misura che incide sul diritto alla riservatezza della corrispondenza epistolare, esegua direttamente il controllo sul contenuto delle missive e, infine, ne ordini il trattenimento. Il sistema, invece, sembra discostarsi dai principi costituzionali, quando il giudice, nel disporre il visto di controllo, ne deleghi l'esecuzione all'autorità amministrativa, e questa - una volta valutato il contenuto della comunicazione - decida di trattenere temporaneamente una missiva, sollecitando l'intervento dell'autorità giudiziaria. In questo caso, infatti, il potere di adottare una misura restrittiva, capace - sia pure in via cautelare e provvisoria - di intaccare la libertà di corrispondere, è attribuito all'Amministrazione fuori di ogni garanzia legislativa.

L'art. 18-*ter*, co. 4, ord. penit., infatti, regola espressamente il potere giudiziale di delega dell'attività di controllo della corrispondenza al direttore del carcere o ad altro appartenente all'Amministrazione penitenziaria, ma non attribuisce a questi ultimi alcun potere di trattenimento cautelare delle missive, in vista del definitivo provvedimento del giudice. Cosicché, nel caso in esame, se la riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.* è salvaguardata dalle previsioni che impongono sia il giudice a disporre il controllo sul contenuto della corrispondenza dei detenuti, nonché ad ordinare - anche su sollecitazione dell'autorità amministrativa delegata ad effettuare il controllo - il definitivo trattenimento di una missiva, non altrettanto può affermarsi in ordine alla riserva di legge, rimanendo peraltro privi di espressa disciplina elementi fondamentali dell'oggetto riservato, quali sono i contenuti e le modalità di esercizio del potere amministrativo di trattenimento (si pensi, ad esempio, alla mancata previsione sia di una precisa scansione temporale degli adempimenti successivi all'effettuazione del controllo, sia di un obbligo di comunicazione al detenuto dell'avvenuto trattenimento provvisorio). Non potendosi, del resto, ritenere che, in una materia tanto sensibile, quello del trattenimento cautelare e temporaneo delle missive dei detenuti sia configurabile quale potere implicito, non rimane che constatare come l'unica disposizione, che conferisce e definisce simile potere, sia rinvenibile in una fonte normativa secondaria. Si tratta, più precisamente, dell'art. 38, co. 6, d.P.R. 230 del 2000, in forza del quale "la direzione, quando vi sia sospetto che nella corrispondenza epistolare, in arrivo o in partenza, siano inseriti contenuti che costituiscono elementi di reato o che possono determinare pericolo per l'ordine e la sicurezza, trattiene la missiva, facendone immediata segnalazione per i provvedimenti del caso" al giudice competente.

Sulla vigenza della disposizione regolamentare appena richiamata, che riconosce, in modo espresso, il potere amministrativo di trattenimento cautelare, vi sono posizioni contrastanti. Secondo una parte della dottrina, tale previsione deve considerarsi implicitamente abrogata⁶⁰. Altri Autori, di contro, forse ponendo maggiore attenzione al concreto operare del sistema dei controlli, ritengono che la disposizione regolamentare sia ancora in vigore, essa attribuendo all'autorità amministrativa soltanto un residuale potere cautelare di trattenimento, da attivare "nell'immediatezza della situazione che genera il sospetto sul contenuto della missiva"⁶¹. Tuttavia, pur ammettendosi la correttezza di quest'ultimo orientamento interpretativo, è indubbio che il giudice debba disporre il definitivo trattenimento della corrispondenza soltanto dopo aver accuratamente controllato il contenuto della singola missiva provvisoriamente trattenuta, e una volta acclarata "la ragionevole probabilità di esistenza" delle ragioni addotte dall'Amministrazione. Cosicché, l'autorità giudiziaria, ove ritenga non configurabile alcuna delle esigenze indicate dall'art. 18-ter, co.

⁶⁰ Cfr. PULVIRENTI, *Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Leg. pen.*, 2004, 777; FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1206.

⁶¹ In questo senso, FIORENTIN, MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Milano, 2005, 60. Analoghi dubbi interpretativi hanno interessato anche l'art. 38, co. 5, d.P.R. 230 del 2000, che attribuisce all'autorità amministrativa il potere di sottoporre ad ispezione esterna l'intero volume della corrispondenza in busta chiusa (in arrivo o in partenza), al fine di rilevare l'eventuale presenza di valori o di altri oggetti non consentiti, purché l'ispezione sia eseguita con modalità tali da garantire l'assenza di controlli sullo scritto. A tal proposito, l'Amministrazione penitenziaria (v. lett. circ. DAP n. 245732, 1 luglio 2004), ravvisando una diversità di *ratio* tra la norma di legge che tutela il diritto alla segretezza della corrispondenza e la disposizione regolamentare relativa alla corretta gestione degli istituti penitenziari, ha ritenuto ancora vigente la disposizione di cui trattasi, poiché è compito istituzionale dell'Amministrazione "garantire all'interno degli istituti l'ordine, la sicurezza e la disciplina". Il personale di polizia penitenziaria, perciò, mantiene il potere-dovere di esaminare esternamente - con l'ausilio di strumenti meccanici o di unità cinofile - le buste contenenti la corrispondenza in arrivo e in partenza. Qualora sorga il sospetto che tali buste contengano valori o oggetti non consentiti, la direzione ne dispone il temporaneo trattenimento, sollecitando l'emanazione di un provvedimento del giudice che autorizzi l'ispezione interna, senza lettura dello scritto (art. 38, co. 6, d.P.R. cit.). Peraltro, tale ultimo provvedimento giudiziale può anche non richiedersi, qualora il destinatario della corrispondenza presti, in modo legittimo, il proprio consenso all'ispezione interna della busta. In tal caso, pertanto, prima di essere consegnato, l'involucro è aperto alla presenza del detenuto, con modalità tali da garantire l'assenza di controlli sullo scritto (lett. Circ. DAP cit.). Cionondimeno, il potere amministrativo di trattenimento temporaneo della corrispondenza epistolare del detenuto non è conforme al principio di legalità dell'azione amministrativa, da intendere in senso forte, come "conformità sostanziale" alla legge. Non è dato rinvenire, infatti, alcuna disposizione legislativa che conferisca all'autorità amministrativa il potere di limitare - sia pure provvisoriamente - la libertà del detenuto di corrispondere, in vista del perseguimento di specifiche finalità pubbliche, né è dato rinvenire disposizioni che predeterminino i presupposti di fatto e le modalità di esercizio di tale potere. Analoga censura, del resto, va estesa anche al potere di ispezione interna dei pacchi destinati ai detenuti, potere conferito all'autorità amministrativa da una mera disposizione regolamentare (art. 14, co. 5, d.P.R. cit.).

1, ord. penit., deve ordinare l'immediato invio o la consegna della lettera provvisoriamente trattenuta.

Nella prospettiva dell'orientamento giurisprudenziale in questione, dunque, la legge conferirebbe all'autorità amministrativa due distinti, ancorché non alternativi, poteri di trattenimento provvisorio della corrispondenza dei detenuti. Il primo, a carattere generale, trova fondamento nell'art. 18-*ter* o.p. (come integrato dall'art. 38, co. 6, d.P.R. cit.) ed è attivabile, unicamente, nel caso in cui l'autorità giudiziaria abbia delegato a quella amministrativa il controllo sul contenuto della corrispondenza. Tale potere di trattenimento cautelare è esercitabile soltanto quando sorga un "sospetto" in ordine al contenuto della singola missiva sottoposta a controllo, ed è strumentale all'attivazione dell'intervento del giudice, solo al quale spetta il potere di disporre il trattenimento definitivo della corrispondenza, all'esito di una attenta valutazione del tenore della comunicazione (art. 18-*ter*, co. 5, ord. penit.).

La seconda tipologia di potere di trattenimento amministrativo, invece, riguarderebbe unicamente i detenuti sottoposti al regime di sospensione delle ordinarie regole del trattamento *ex* art. 41-*bis* ord. penit. e si sostanzierebbe in un generale impedimento dei flussi di comunicazione epistolare tra persone sottoposte al citato regime, inibizione che troverebbe fondamento direttamente nello stesso art. 41-*bis* ord. penit. Così configurato, però, il trattenimento opererebbe in modo pressoché meccanico, e sembrerebbe configurarsi quale potere autonomo (quale atto di diretta applicazione della legge) e non meramente strumentale all'attivazione dell'intervento del giudice, i cui poteri di controllo sarebbero limitati alla verifica della sussistenza delle condizioni legali di adottabilità della misura restrittiva, non estendendosi all'apprezzamento del concreto contenuto e del tenore della singola missiva trattenuta. In tal modo, pertanto, si assiste ad una metamorfosi dell'azione amministrativa, la quale perde il carattere di attività di mero ausilio alla giurisdizione e si trasforma in attività che è esplicazione di compiti autonomi dell'Amministrazione penitenziaria.

Simile ricostruzione dei poteri di trattenimento lascia perplessi, non soltanto se letta alla luce delle garanzie costituzionali che presidiano la libertà e la riservatezza della corrispondenza epistolare, ma anche a prescindere da tali garanzie, poiché essa sembra definire il rapporto tra Amministrazione penitenziaria e detenuto secondo lo schema della "subordinazione speciale", caratterizzato dalla condizione di completa soggezione della persona *in vinculis* di fronte ad un potere libero (in quanto non legalmente predeterminato) dell'autorità pubblica. Da questo angolo visuale, quindi, non si tratta soltanto di far valere il chiaro disposto dell'art. 15 Cost., ma, ancor prima, si tratta di

capire come il principio di legalità, inteso in senso sostanziale, quale piena conformità alla legge dei poteri amministrativi, possa rimanere affatto silente in un ambito, come quello relativo ai regimi detentivi differenziati, in cui i diritti fondamentali del detenuto sono maggiormente esposti al pericolo di indebite lesioni.

Supponiamo che una insipiente assemblea costituente abbia dimenticato di presidiare con la garanzia della duplice riserva di legge e di giurisdizione il diritto fondamentale di corrispondere liberamente e segretamente. Verifichiamo, pertanto, alla luce di tale ipotetico dato, la correttezza delle conclusioni cui si perviene seguendo il citato orientamento della giurisprudenza di merito. Appuntiamo, a tal fine, l'attenzione unicamente sul segmento procedimentale che chiama in causa l'Amministrazione penitenziaria. Si tratta, in particolare, della fase in cui il direttore del carcere (o altro appartenente alla citata Amministrazione), al quale sia stata delegata l'esecuzione del controllo sulla corrispondenza, disponga il trattenimento provvisorio di una missiva – nell'attesa della decisione definitiva del giudice – in ragione soltanto del particolare regime detentivo al quale sono sottoposti il mittente e il destinatario della lettera, e non anche in considerazione del contenuto della comunicazione epistolare.

A tal proposito, secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui trattasi, sarebbe legittimo il trattenimento provvisorio di tutta la corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime speciale (esclusa quella diretta agli stretti congiunti), giacché tale potere (di natura autoritativa⁶²) troverebbe fondamento in una lettura complessiva dell'art. 41-*bis* ord. penit. e, in particolare, nel combinato disposto delle norme contenute nel co. 2-*quater*, *lett. a e lett. f*. Ad una più attenta analisi, però, le disposizioni di legge richiamate non conferiscono alcun definito potere all'Amministrazione penitenziaria. Esse infatti si limitano, da un lato, a descrivere le specifiche finalità – connesse all'interesse pubblico da realizzare – che l'autorità amministrativa deve perseguire e, dall'altro, a richiamare generiche e non meglio specificate “misure di elevata

⁶² In merito al carattere autoritativo che contraddistingue anche gli atti amministrativi vincolati, e non soltanto quelli discrezionali, cfr. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 470; GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit. 33; NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 122; SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di Amorosino, Milano, 1995, 286-288; SINISI, *Introduzione allo studio del potere autoritativo*, Roma, 2009, 49-51, 75 ss. *Contra*, tuttavia, LEDDA, *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. Amm.*, 1983, 376 ss.; ORSI, BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 49.

sicurezza interna ed esterna” (lett. a), ovvero “misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione” (lett. f), non indicando alcun particolare mezzo che l’Amministrazione deve necessariamente adottare in vista del conseguimento delle finalità predeterminate dal legislatore. Ciò significa che - mantenendo una prospettiva di analisi che valorizzi il principio di “legalità sostanziale” - dette finalità devono essere perseguite esercitando soltanto quei poteri autoritativi già espressamente conferiti all’autorità amministrativa da altre disposizioni contenute nello stesso art. 41-*bis* o in altri articoli della legge penitenziaria. In altri termini, le norme contenute nel co. 2-*quater*, lett. a e lett. f., non attribuiscono e non definiscono alcun nuovo e diverso potere autoritativo, ma specificano soltanto le finalità da raggiungere con i mezzi già posti a disposizione dell’autorità amministrativa.

Scorrendo l’articolato della legge penitenziaria, però, non è dato rinvenire alcuna norma che attribuisca all’Amministrazione penitenziaria un potere di inibizione, sia pure provvisoria, di interi flussi di corrispondenza epistolare, a prescindere da ogni controllo sul contenuto della singola missiva da trattenerne. Per contro, in virtù dell’art. 18-*ter* ord. penit., un simile conferimento sembrerebbe espressamente escluso, riservandosi all’autorità giudiziaria tutti quegli interventi volti ad intaccare la libertà e la segretezza della corrispondenza dei detenuti. Lo stesso co. 5 dell’art. 18-*ter* ord. penit., del resto, attribuisce al giudice il potere di disporre - anche a seguito, ove ammesso, dell’intervento in via cautelare dell’autorità amministrativa, alla quale sia stato delegato il controllo sulla corrispondenza - il trattenimento della singola missiva, soltanto dopo che ne sia stato attentamente vagliato il contenuto e il tenore. Questa disposizione, invece, non si presta ad alcuna lettura alternativa, essa non potendo autorizzare trattenimenti non motivati da ragioni oggettive inerenti al contenuto di ciascuna delle missive sottoposte a visto di controllo. Cosicché, anche a considerare la legge quale mero limite negativo all’attività dell’autorità pubblica, un siffatto potere di trattenimento provvisorio sarebbe inammissibile, giacché esercitato *contra legem*.

Ciononostante, si sostiene che il potere di impedire la corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime speciale sia conferito all’autorità pubblica dal co. 2-*quater*, lett. a, dell’art. 41-*bis* ord. penit. giacché “la portata di tale disposizione è volutamente molto ampia e in sostanza onnicomprensiva, tendendo all’evidenza a evitare, in un’ottica prettamente preventiva, qualsiasi possibilità di contatto fra soggetti appartenenti ad associazioni criminali di stampo mafioso o con finalità terroristiche o eversive”. A sostegno di tale assunto, si adducono sia la pregnanza dell’espresso richiamo alla prevenzione (“prevenire”), sia “l’uso di vocaboli generici come contatti e interazioni, com-

prensivi di qualsiasi forma di comunicazione reciproca: gestuale, orale, scritta o per immagini”⁶³.

Tuttavia, il principio di “legalità sostanziale”, quale principio cardine di un ordinamento democratico, è volto proprio ad impedire che da una disposizione di legge, la quale si limiti a descrivere le finalità pubbliche da perseguire (prevenire “contatti”, “contrastati”, “interazioni”), senza alcuna indicazione dei mezzi adoperabili, si possa far discendere il conferimento all’autorità pubblica di tutti i poteri autoritativi – anche di quelli particolarmente invasivi della sfera giuridica dei cittadini – il cui esercizio risulti necessario in vista del raggiungimento delle predette finalità. Nell’ottica del principio di “legalità sostanziale”, infatti, il legislatore non soltanto deve stabilire i fini, ma deve anche disciplinare i mezzi per raggiungerli, ossia deve attribuire in modo espresso la titolarità dei poteri da esercitare per il raggiungimento del fine legislativo, e deve disciplinarne le modalità e i contenuti⁶⁴. L’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. a, ord. penit., invece, fissa con precisione i fini, ma nulla dice in ordine ai mezzi per perseguirli, ragion per cui da esso non può farsi discendere alcun conferimento di potere all’Amministrazione penitenziaria. Analoghe considerazioni, d’altronde, vanno estese al co. 2-*quater*, lett. f, che indica, con precisione, la finalità da perseguire (qual è quella di assicurare “l’assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, di scambiare oggetti e cuocere cibi”), ma non attribuisce e non definisce alcun potere diverso da quelli già conferiti all’autorità pubblica da altre disposizioni di legge.

Nel suo significato garantistico, dunque, la legalità pubblicistica concerne la predeterminazione non solo dei fini, ma anche dei mezzi. L’autorità amministrativa, infatti, può perseguire solo le finalità che le sono state attribuite dalla legge e il detenuto “può essere esposto all’azione pubblica esclusivamente nell’ambito di quei compiti che l’ordinamento ha riconosciuto come interesse generale”⁶⁵. Alla predeterminazione delle finalità, deve accompagnarsi sempre “una stringente tipizzazione normativa dei mezzi”⁶⁶, poiché l’autorità pubblica può ricorrere solo ai poteri giuridici che le sono stati espressamente conferiti dal legislatore. Tra questi poteri, di certo, non rientra quello di trattenere, an-

⁶³ In questi termini, Mag. sorv. Sassari, 2 ottobre 2015, cit.

⁶⁴ Cfr., tra gli altri, CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 61; CORSO, *Il principio di legalità*, cit., 6.

⁶⁵ Così, MAZZAMUTO, *I Principi costitutivi del diritto amministrativo come autonomia branca del diritto*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di Renna, Saitta, Milano, 2012, 25.

⁶⁶ MAZZAMUTO, *I Principi costitutivi del diritto amministrativo come autonomia branca del diritto*, cit. 26.

che se in via temporanea, la corrispondenza epistolare tra ristretti sottoposti al regime detentivo speciale, giacché nessuna disposizione di legge definisce gli elementi caratterizzanti una simile misura restrittiva, consentendone l'adozione.

Non sfugge, del resto, come l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato costituisca un pretesto per ampliare un tema d'indagine – qual è quello della “legalità sostanziale” dell'azione amministrativa – che tocca diversi ambiti della disciplina dell'esecuzione in carcere della pena. Tale pretesto, però, deve essere inteso non come motivazione non vera di una scelta, bensì come occasione che dà modo di approfondire la questione della conformità del sistema normativo al principio di legalità. Per tale ragione, si è partiti da un dato normativo meramente ipotetico: la mancanza, in Costituzione, di specifiche garanzie poste a tutela del diritto fondamentale di corrispondere liberamente e segretamente. Come è ovvio, però, tali garanzie sussistono, sicché è ora opportuno delinearle, sia pure in modo assai sintetico.

L'art. 15, co. 2, Cost., infatti, predispone una specifica tecnica di tutela, fondata su una duplice riserva⁶⁷. Innanzitutto, sulla riserva assoluta di legge statale, sicché soltanto il Parlamento, in seguito ad un attento bilanciamento degli interessi e dei valori contrapposti, può predeterminare – con precisione – gli scopi della misura restrittiva del diritto di corrispondere, i casi e le modalità di esplicazione di tale invasivo potere, nonché le garanzie tecniche e di ordine giuridico, capaci di circoscrivere allo stretto indispensabile il sacrificio imposto al diritto fondamentale⁶⁸. In secondo luogo, sulla riserva di giurisdizione, ragion per cui soltanto l'autorità giudiziaria, con atto “puntualmente motivato”, può imporre concrete limitazioni al diritto di corrispondere liberamente e segretamente. Residua, così, un limitatissimo spazio di intervento

⁶⁷ Senza dimenticare, d'altronde, che la libertà e la segretezza della corrispondenza epistolare trovano tutela anche nell'art. 8 CEDU, che vieta qualsiasi interferenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di questi diritti inviolabili, a meno che “l'ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti o delle libertà degli altri”.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., n. 366 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2914. Sul punto, v. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3938-3939, per il quale, “se la limitazione ragionevole del principio inviolabile della libertà di comunicazione ex art. 15 deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione, il controllo della Corte sul rispetto di tali regole non è assorbito dal controllo di ragionevolezza sul bilanciamento legislativo che ha avuto per oggetto il principio della libertà di comunicazione. In altri termini: se da una parte lo schema del bilanciamento ben temperato ammette che sia bilanciabile il principio (la inviolabile libertà di comunicazione), dall'altra esclude che, a loro volta, lo siano le regole di garanzia della duplice riserva. Condizioni di bilanciabilità, non bilanciabili, appunto”.

dell'autorità di pubblica sicurezza, la quale - se espressamente previsto e regolato dalla legge - può adottare una sola tipologia di provvedimenti strumentali all'intervento dell'autorità giudiziaria: il trattenimento temporaneo della corrispondenza epistolare⁶⁹. Il carattere assoluto della tutela garantita alla riservatezza della comunicazione, invece, comporta che l'autorità amministrativa non possa mai adottare, di propria iniziativa, misure restrittive idonee anche soltanto a determinare un pericolo di lesione di tale posizione giuridica di vantaggio⁷⁰.

⁶⁹ Per la verità, l'art. 15, co. 2, Cost., a differenza dei due articoli che lo precedono, non prevede alcun potere di intervento, sia pure eccezionale, dell'autorità di polizia. Secondo una parte della dottrina, sarebbe questa una "scelta consapevole del costituente in considerazione sia delle maggiori garanzie di tutela di una situazione che sempre coinvolge anche la posizione di un terzo (il destinatario o il mittente a seconda dei casi), sia della minore esigenza, in termini obiettivi, di interventi d'urgenza, sia della maggiore facilità con cui limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza possono essere poste in essere (...)". In questi termini, CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1989, IV.

⁷⁰ Se si prende in considerazione esclusivamente la riserva di giurisdizione, non sembra potersi revocare in dubbio che il sistema dei controlli tracciato dalla art. 41-bis ord. penit. non sia rispettoso del dettato costituzionale. I momenti di maggiore 'frizione' vanno ravvisati sia nella laconica disciplina legislativa del "visto di censura" sulle comunicazioni epistolari, sia nella ricostruzione, cui è approdato il Magistrato di sorveglianza di Sassari, 2 ottobre 2015, cit., del sistema dei poteri giudiziari di trattenimento della corrispondenza. Cominciamo da ciò che accade 'a monte', al momento della sottoposizione della corrispondenza dei detenuti ad una misura - il visto di censura - che intacca gravemente il diritto fondamentale alla riservatezza delle comunicazioni epistolari. Ci si muove, quindi, in un ambito in cui - si è detto - alcun intervento limitativo può essere concesso dalla legge all'autorità amministrativa. L'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. e, ord. penit., invece, sembra far discendere la misura restrittiva direttamente dal decreto ministeriale che applica il regime sospensivo, non regolando alcun previo intervento del giudice. Se così fosse, però, la disposizione sarebbe irrimediabilmente in contrasto con la Legge fondamentale. L'inevitabile declaratoria di illegittimità, quindi, può essere scongiurata soltanto approdando ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma; interpretazione che affermi la piena operatività della disciplina dettata dall'art. 18-ter ord. penit. anche rispetto ai detenuti sottoposti al regime speciale. Proprio muovendosi in questa prospettiva, è stata suggerita una precisa sequenza procedimentale, secondo la quale il Ministro della giustizia, con il decreto ex art. 41-bis, co. 2, o.p., dispone il visto di censura sulla corrispondenza e, contestualmente, rimette al direttore del carcere - nel quale è ristretto l'interessato - il compito di richiedere al giudice l'effettiva applicazione della misura di controllo, ai sensi dell'art. 18-ter, co. 3, ord. penit. (cfr., tra gli altri, BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis co. 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 305; CESARIS, *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, in *Rass. pen. crim.*, 2003, 1-2, 315; ID., *Commento all'art. 41-bis*, in *Ord. penit. comm.*, cit., 465; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 310-312; DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2011, 194-195; SASSI, *Controllo di legittimità e "nuovo" art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: primi (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2005, 148. V., inoltre, LA GRECA, *Videoprocessi e carcere duro: a regime il trattamento penitenziario di rigore. Una stabilizzazione per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 420; FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1205). Cionondimeno, affinché la soluzione interpretativa appena prospettata possa considerarsi realmente appagante, è necessario che si garantisca sempre all'autorità giudiziaria "un certo ambito di discrezionalità nel dare attuazione alla fattispecie legislativa di restrizione" del diritto di

4.1. Il criterio del potere non espresso, ma esercitato “per esigenze di risultato”, sembra aver guidato anche la scelta dell’Amministrazione penitenziaria di istituire, soprattutto nell’ambito del circuito penitenziario di “Media sicurezza”, reparti “a custodia aperta”, che, a differenza delle altre sezioni d’istituto “a custodia chiusa”, sono caratterizzati dal superamento del “criterio di perimetrazione della vita penitenziaria all’interno della camera di pernottamento”. In questi reparti, infatti, il perimetro della detenzione si estende anche all’esterno della sezione, cioè ai luoghi comuni appositamente strutturati, nei quali dovranno svolgersi “la quotidianità e i contenuti trattamentali”. All’interno di tale nuovo perimetro, la vita penitenziaria sarà connotata da libertà di movimento, secondo precise regole di comportamento⁷¹.

corrispondere riservatamente. Nel caso contrario, laddove si ritenesse di imporre al giudice l’obbligo di ordinare sempre il visto di controllo sulle comunicazioni epistolari, la disciplina normativa non potrebbe ritenersi in linea con i principi costituzionali (in tal senso, GREVI, *Una sorprendente confusione tra intercettazioni telefoniche e registrazione in carcere della corrispondenza telefonica dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 1998, 3355). La decisione giudiziale, infatti, non potrebbe mai considerarsi “atto motivato” ai sensi dell’art. 15, co. 2, Cost. (non potendosi ravvisare alcun ambito di discrezionalità nell’attuazione della fattispecie normativa), allorché si demandasse all’autorità giudiziaria soltanto il compito di prendere atto dell’esistenza di una forma di controllo che opera *ex lege*. Spostiamoci ora ‘a valle’, al momento in cui il giudice dispone il trattenimento della corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit. Anche in tal caso – secondo il Magistrato di sorveglianza di Sassari – la misura che incide sulla libertà di comunicare opererebbe *ex lege*. Al giudice, infatti non sarebbe rimesso alcun apprezzamento sul concreto contenuto della missiva da trattenere, poiché la legge avrebbe introdotto una sorta di presunzione assoluta di sussistenza delle particolari esigenze di tutela di cui all’art. 18-ter, co. 1, ord. penit. In definitiva, rispetto ai ristretti sottoposti al regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* ord. penit., il legislatore avrebbe adottato una specifica tecnica di tutela del diritto di corrispondere, fondata sulla mera riserva formale di giurisdizione. Tecnica che, tuttavia, non sembra seguire il dettame costituzionale, il quale, richiedendo un “atto motivato” del giudice, presuppone sempre un necessario ambito di discrezionalità nell’attuazione della fattispecie normativa. Per la verità, se un simile contrasto è di certo ravvisabile rispetto alla misura del visto di censura, imposta in forza del co. 2-*quater*, lett. e, dell’art. 41-*bis* ord. penit. non altrettanto può dirsi per la misura del trattenimento. L’art. 18-ter, co. 5, ord. penit., infatti, stabilisce che tale misura sia disposta dal giudice in seguito al visto di controllo, vale a dire dopo un attento apprezzamento del contenuto della singola comunicazione epistolare da trattenere. Nessuna altra disposizione di legge, del resto, sembra derogare a tale modalità di intervento, sicché deve ritenersi insussistente un divieto generalizzato di comunicazione epistolare tra detenuti sottoposti al regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit., poiché il trattenimento, disposto in seguito al visto di censura, non può mai prescindere da una valutazione del concreto contenuto e del tenore della singola missiva sottoposta a controllo.

⁷¹ V. la circ. DAP n. 3594/6044, 25 novembre 2011, relativa alle *Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione*, in *Codice penitenziario e della sorveglianza*, Piacenza, 2013, 796 ss. (così come integrata dalla cir. DAP n. 206745, 30 maggio 2012, inerente alla *Realizzazione circuito regionale ex art. 115 d.P.R. 30 giugno 2000: linee programmatiche*, ivi, pp. 805-807, dalla Cir. DAP n. 3649/6099, 22 luglio 2013, concernente la *Realizzazione circuito regionale ex art. 115 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230: linee guida sulla sorveglianza dinamica*, cit., nonché dalla Cir. DAP n. 3663/6113, 23 ottobre 2015, sulle *Modalità di esecuzione della pena*, che indica precisi criteri di selezione dei detenuti da allocare nelle sezioni a “custodia aperta”). In merito alla circ. DAP del 25 novembre 2011, cfr. DEL COCO, *Il sovraffollamento carcerario e*

La scelta di differenziare i reparti detentivi in ragione delle “modalità di esecuzione” in essi attuate, per quanto ci si sforzi di individuarne il fondamento legislativo, non è in grado di occultare il contrasto con il principio di legalità. Infatti, ancorché motivate dall’intento di porre rimedio, sia pure in modo parziale, agli effetti deleteri prodotti da una prassi di “tipo rinnegante rispetto alle decantate prospettive del nuovo ordinamento”⁷², le determinazioni amministrative con le quali si istituiscono e si regolamentano istituti o reparti “a custodia aperta”, senza procedere però al definitivo e completo superamento delle modalità di custodia c.d. “chiusa”⁷³, non hanno soltanto una natura meramente organizzativa. Tali determinazioni, andando ben oltre simile finalità⁷⁴, definiscono il *quantum* di sacrificio della libertà personale discendente dallo *status detentionis*, ovvero, più correttamente, determinano e diversificano la misura di quella parte di libertà personale che deve essere comunque riconosciuta e garantita alle persone ristrette in carcere⁷⁵.

l'ultimatum di Strasburgo, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, a cura di Del Cocco, Marafioti-Pisani, Torino, 2014, 18; DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidiario all'interno delle carceri*, in www.penalecontemporaneo.it; TRISI, *Le nuove Modalità di Esecuzione della Pena: il regime penitenziario aperto*, in *Il Carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Giulianova, 2014, 13 ss.; DE AMICIS, *Fondamenti giuridici del regime detentivo aperto*, *ivi*, 33 ss.

⁷² Così, BRICOLA, *Introduzione*, in *Il carcere "riformato"*, cit., 9-10, il quale evidenzia come quello penitenziario sia “uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l’illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme”.

⁷³ Questo, dunque, il *punctum dolens*: il mantenimento di reparti a “custodia chiusa” caratterizzati, rispetto a quelli a “custodia aperta”, da un più accentuato assoggettamento del detenuto al potere amministrativo.

⁷⁴ Il rischio di una eccessiva dilatazione dell’area degli “aspetti organizzativi di stretta pertinenza dell’amministrazione”, a scapito di tutti quei diritti che sono “proiezione” di insopprimibili bisogni umani, è paventato da RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all’informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, cit., 850.

⁷⁵ Secondo Corte cost., n. 349 del 1993, in *Foro it.*, 1995, 491, “il detenuto, pur privato della maggiore parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso, in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”. Del resto, ancor prima dell’approvazione della legge sull’ordinamento penitenziario, in tale direzione si era mossa parte della dottrina. V., tra gli altri, MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell’individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, 19. *Contra*, tuttavia, BARABINO, *Il reclamo al magistrato di sorveglianza nella materia disciplinare: equivoci circa il diritto del detenuto di partecipare all’udienza camerale*, in *Cass. pen.*, 1998, 2479; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale. Appendice di aggiornamento*, Padova, 2002, 2. Secondo questi Autori, infatti, lo *status detentionis* non lascerebbe sopravvivere alcuno spazio di libertà personale del ristretto. V., inoltre, la posizione critica assunta da STORTONI, *Libertà e “diritti” del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, cit. 13, per il quale “un discorso sulla libertà riferito ai soggetti che, per definizione, liberi non sono, rischia, fin dal suo porsi, di apparire ambiguo: da un lato, esso è capace di svuotare di contenuto il concetto stesso di libertà, dall’altro – ed in modo solo parzialmente difforme – esso può costituire un efficace schermo rispetto alla realtà carceraria”.

In tal modo, però, l'Amministrazione penitenziaria non si limita ad intervenire sulle modalità concrete di attuazione del regime carcerario in quanto tale – modalità già “potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione”⁷⁶ –, ma interviene, diversificandolo, proprio sul quel *quantum* di sacrificio della libertà personale che soltanto il legislatore statale può predeterminare e (eventualmente) differenziare in ragione di peculiari esigenze di sicurezza dell'istituto o di sicurezza pubblica (artt. 13, co. 2, e 25, co. 2 e 3, Cost.)⁷⁷. Legislatore che, peraltro, si è mosso in tale ambito seguendo una logica inversa rispetto a quella sottesa alle determinazioni amministrative. Nella legge penitenziaria, infatti, la c.d. “custodia aperta” costituisce regola generale sulla quale fondare l'intera organizzazione della vita quotidiana all'interno di ogni istituto penitenziario. In siffatta prospettiva, quindi, la cella diviene camera di pernottamento (art. 6, co. 2-4, o.p.) e massima è la valorizzazione degli spazi in cui i detenuti possono svolgere le attività in forma collettiva (artt. 5, co. 2, 6, co. 1, 10, co. 2, 15, co. 2, nonché artt. 19, 20, 26 e 27 ord. penit.), non ponendosi particolari limitazioni alla libertà di movimento dei ristretti all'interno dei reparti di appartenenza. Carattere d'eccezione rivestono, invece, i regimi detentivi differenziati e più restrittivi (c.d. chiusi), i quali – comportando un diverso e più accentuato assoggettamento fisico all'altrui potere – sono rigidamente circoscritti alle situazioni in cui assumono preminente rilievo le esigenze di sicurezza (artt. 14-*bis*, 33 e 41-*bis* o.p.)⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, in *Foro it.*, 1997, 2788.

⁷⁷ Sulla necessità che sia riservato al legislatore il compito di disciplinare ogni regime detentivo “differenziato in termini di libertà”, cfr. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli Istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 176. Cfr., inoltre, DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, 203.

⁷⁸ Una differenziazione degli istituti, sotto il profilo considerato, non può trovare fondamento neanche negli artt. 14, co. 2, e 42, co. 1, ord. penit. Queste disposizioni, infatti, nel regolare l'assegnazione e il trasferimento dei detenuti, presuppongono l'esistenza di un sistema di istituti differenziati e non costituiscono esse stesse la fonte normativa di un siffatto potere di natura organizzativa. Di conseguenza, l'unica disposizione della legge penitenziaria che, in modo esplicito, menziona le esigenze di differenziazione degli istituti penitenziari rimane l'art. 64 ord. penit., secondo il quale “i singoli istituti devono essere organizzati con caratteristiche differenziate in relazione alla posizione giuridica dei detenuti e degli internati e alle necessità di trattamento individuale o di gruppo degli stessi”. È evidente, però, che la norma – limitandosi a pretendere una differenziazione delle carceri in ragione unicamente del regime giuridico dei detenuti o delle necessità trattamentali – in alcun modo può porsi a fondamento di un potere solo formalmente organizzativo, in quanto capace di incidere – variandola – sulla misura della “residua” libertà personale da garantire al detenuto. Sul punto, v. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991, 101.

L'appena delineato rapporto regola-eccezione non sembra trasparire dalle determinazioni assunte dall'Amministrazione penitenziaria, la quale procede ad una diversificazione della misura di quella parte di libertà personale da riconoscere al detenuto, indipendentemente da quello che è il modello di carcere prefigurato dal legislatore. In tal modo, però, l'autorità amministrativa - non riuscendo ancora ad abiurare, in modo definitivo, la logica della "supremazia giuridica speciale" - sembra volere ancora rivendicare "tutta la sua atavica indisponibilità al discorso legislativo"⁷⁹. Indisponibilità che, con l'avvento dello Stato di diritto costituzionale, rischia di assumere anche i connotati dell'insofferenza verso le garanzie formali e sostanziali poste dalla Carta fondamentale.

Ed allora, soltanto il pieno affermarsi dei principi costituzionali e convenzionali che limitano i poteri pubblici e il completo consolidarsi, in ogni settore dell'esecuzione penitenziaria, del principio di "legalità in senso sostanziale", potrebbero costituire gli univoci sintomi del definitivo abbandono della teoria della "supremazia giuridica speciale"⁸⁰. Tale teoria, infatti, insinuandosi ancora sia tra le pieghe di un sistema normativo lacunoso per taluni aspetti e farraginoso per altri, sia tra le pieghe di previsioni legislative non in grado di "trasmettere una determinata visione della realtà", vorrebbe che, nell'organizzazione e nella gestione del sistema penitenziario, permanessero

⁷⁹ In questi termini, FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit. 180. Cfr., altresì, DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1164; GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche (2011)*, Pisa, 2012, 122, il quale sottolinea come l'esecuzione delle sanzioni detentive sia "tuttora rimessa alla discrezionalità e all'arbitrio dell'amministrazione penitenziaria". Sembra persistere, dunque, quella "voracità onnivora e bulimica dell'esecutivo" - segnalata da PERROTTI, SPINELLI, *Punizione e legalità nel diritto penale italiano. Primi appunti per un confronto in chiave storica*, in *Cass. pen.*, 2014, 2315 -, voracità che "mal sopporta di essere imbrigliata in un reticolo di regole che ne inibiscono l'arbitrio, vera ed inconfessata prerogativa del potere (...): una tensione quella tra bulimia del potere e limiti garantistici che, avvolgendo a ritroso il nastro della storia, è stata all'orizzonte normativo del nostro ordinamento sin dall'inizio".

In effetti - riprendendo un auspicio formulato da AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche (2010)*, Pisa, 2011, 12 - sarebbe interessante "un programma di ricerca storica" volto a "far emergere l'architettura invisibile della giustizia penale per accertare quanta parte del vissuto amministrativo e giudiziario del passato sia ancora capace di condizionare l'effettiva operatività degli istituti giuridici regolati dalla legge penitenziaria. Si tratterebbe, in altri termini, di accertare "se nel passato vi sono le radici del malessere che avvertiamo nel presente".

⁸⁰ Cfr. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di Marongiu, De Martin, Milano, 1992, 158, secondo cui il principio di legalità, inteso quale derivazione del potere da una legge dell'ordinamento generale, deve dissolvere del tutto i c.d. rapporti di supremazia speciale, che trovano in se stessi la fonte e la ragione d'essere dell'autorità fatta valere dall'amministrazione".

taluni “spazi vuoti”, non occupati dalla legge e “al riparo dalle interferenze dei giudici”⁸¹. “Spazi vuoti” nei quali l’Amministrazione potrebbe muoversi *ad libitum*, esercitando poteri liberi in vista della realizzazione di quelle finalità pubbliche che essa stessa si è prefissate⁸², e nei quali al detenuto non sarebbe riconosciuta alcuna situazione giuridica soggettiva, egli potendo vantare unicamente meri interessi di fatto, sprovvisti di tutela giurisdizionale⁸³. Tuttavia - come sostenuto dalla più attenta dottrina⁸⁴ e come più volte ribadito dalla Consulta⁸⁵ - la prospettiva prima indicata deve essere abbandonata, perché del tutto inconciliabile con un sistema costituzionale in cui i diritti fondamentali della persona, traendo origine direttamente dalla Costituzione e dal diritto convenzionale, vengono prima e si collocano fuori di ogni istituzione politica e di ogni organizzazione di potere⁸⁶. Il carattere democratico del nostro ordinamento giuridico, poi, pretende che sia unicamente il legislatore a “coordinare ed integrare” tali diritti fondamentali con le finalità

⁸¹ Cfr. LEVI, *Legittimità (Diritto amministrativo)*, cit. 133-134.

⁸² Si consideri, infatti, che, attraverso la possibilità di variare la misura di quella parte di libertà personale che deve essere comunque riconosciuta e garantita al detenuto (variazione dipendente dalla mera assegnazione della persona *in vinculis* ad una delle diverse tipologie di sezione detentiva organizzate dalla stessa Amministrazione), si determina un incremento - qualitativo e quantitativo - della posizione di supremazia di cui l’Amministrazione penitenziaria è portatrice. E ciò, indipendentemente da una specifica investitura legislativa.

⁸³ Chiara, in proposito, è l’analisi di OFFIDANI, *Studi sull’ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nell’evoluzione della dottrina*, Torino, 1953, 251, secondo cui, “nell’ambito dell’ordinamento speciale, le situazioni giuridiche dei soggetti (determinati anch’essi in base a canoni diversi da quelli vigenti nel diritto generale dello Stato) difficilmente giungono a radicarsi al quadro concettuale del diritto subbiettivo pubblico”. Invero, “la specialità dell’ordinamento permea di caratteri particolari tutte le varie manifestazioni della fenomenologia giuridica svolgentesi nella sfera dell’istituzione interessata: onde ben si potrebbe dire con la dottrina, che la individuazione del momento della *specialitas* nel diritto obbiettivo, spiega le peculiarità del correlativo momento *speciale* negli aspetti subbiettivi del diritto”.

⁸⁴ Cfr. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 355; DELL’ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 271-272; FIORENTIN, *Lesione dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’Amministrazione penitenziaria*, in *Giur. mer.*, 2010, 2814-2815; MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 96-97; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 6; RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 12-16.

⁸⁵ V., tra le altre, Corte cost., n. 114 del 1979, in *Foro it.*, 1979, 2523; Id., n. 349 del 1993, *ivi*, 1995, 491; Id., n. 26 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 182.

⁸⁶ Cfr. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 2. Del resto, come evidenzia FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., 78, “la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, elevando tali diritti a norme sopraordinate a qualunque altra norma dell’ordinamento, conferisce ai loro titolari - cioè a tutti i cittadini e a tutte le persone in carne e ossa - una collocazione a sua volta sopraordinata all’insieme dei poteri, pubblici e privati, che al rispetto e alla garanzia dei medesimi diritti sono vincolati e funzionalizzati”. In senso analogo, BARONE, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Acireale-Roma, 2008, 24, 40.

dell'istituzione carceraria e ad introdurre, a tale scopo, quelle limitazioni che - nel rispetto del "contenuto essenziale" dei diritti incisi - siano strettamente necessarie per il perseguimento di predeterminati fini inerenti ad un interesse pubblico di rilievo costituzionale. Di conseguenza, in questo ambito, ogni potere amministrativo di natura autoritativa deve essere sempre conferito espressamente dalla legge e deve essere esercitato nel rispetto dei limiti indicati dal legislatore e di quelli fissati dalle norme costituzionali e convenzionali.