



IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ESECUZIONE PENITENZIARIA

Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta

di Giuseppe Melchiorre Napoli

Abstract. *Il principio di proporzionalità consente di guardare alla legge sull'ordinamento penitenziario indossando occhiali particolari, capaci di svelare zone d'ombra, anacronismi e punti di forza di un testo normativo approvato quarant'anni fa, anche se, in molte sue parti, ripetutamente novellato nel corso degli ultimi decenni. Guardare alla legge penitenziaria con la lente del canone della proporzionalità significa, innanzitutto, riaffermare un principio di civiltà giuridica: le persone detenute o internate conservano intatta la titolarità dei diritti fondamentali e vedono garantita quella parte di personalità umana che non può essere, in alcun modo, incisa dall'esecuzione in carcere di una misura restrittiva della libertà personale. Guardare alla legge penitenziaria con gli occhiali del principio di proporzionalità significa, poi, circoscrivere l'esercizio dei poteri autoritativi conferiti dalla legge all'amministrazione penitenziaria in vista del perseguimento di specifiche finalità pubbliche, poiché la possibilità giuridica della realizzazione di tali finalità risulta delimitata dall'esigenza di non determinare un'eccessiva compressione dei diritti della persona ristretta. Guardare alla legge penitenziaria con la lente della proporzionalità vuol dire, infine, esaltare la necessaria relazionalità del potere amministrativo, "che nello svolgimento della sua azione deve preoccuparsi dell'altro", delle ricadute delle sue scelte e del suo operato sulla persona ristretta.*

SOMMARIO: 1. Il principio di proporzionalità nella legge sull'ordinamento penitenziario. – 2. Il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità. – 3. La proporzionalità come autonomo canone dell'azione amministrativa e autonomo parametro di giudizio della sua legittimità. – 4. Gli ambiti di operatività del principio di proporzionalità: l'attività amministrativa di natura autoritativa. – 4.1. L'attività di prestazione di pubblico servizio: il trattamento rieducativo. – 5. La struttura del principio di proporzionalità. – 5.1. La capacità tecnica di realizzare la finalità pubblica: l'idoneità. – 5.2. Tra i parimenti idonei, il più mite: la necessità (o indispensabilità). – 5.3. La determinazione della dimensione dell'intervento: adeguatezza, inadeguatezza e rinuncia alla realizzazione della finalità pubblica. – 5.4. L'equilibrio tra efficacia e mitezza: la proporzionalità in senso stretto. – 6. Il giudizio prognostico sulla proporzionalità dell'azione amministrativa. – 7. Conclusioni.

1. Il principio di proporzionalità nella legge sull'ordinamento penitenziario.

La legge 26 luglio 1975, n. 354¹, non contiene alcun espresso riferimento al *canone della proporzionalità*. E non lo contiene né nelle disposizioni che fissano i “principi direttivi” del diritto penitenziario (artt. 1-4), né in quelle che – nel regolare gli strumenti, ordinari e straordinari, di gestione della vita quotidiana all'interno del carcere – conferiscono all'Amministrazione penitenziaria² specifici poteri di coazione in vista della realizzazione di determinati interessi collettivi (artt. 6-11, 14-14 *quater*, 32-44), né nelle disposizioni che disciplinano le modalità del trattamento rieducativo dei condannati e degli internati (artt. 12-13 *bis*, 15-17, 19-28), né, infine, in quelle relative all'organizzazione penitenziaria (artt. 59-67 *bis*).

¹ La l. n. 354 del 1975, recante le *norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, è stata oggetto, nel tempo, di numerosi interventi di modifica, che, tuttavia, non ne hanno stravolto l'impianto complessivo. Ai fini della nostra indagine, è sufficiente ricordare le modifiche apportate dalla l. n. 663, 10 ottobre 1986 (che ha abrogato l'art. 90 o.p. e ha introdotto gli artt. 14 *bis* e 41 *bis*, comma 1, o.p., definendo, in tal modo, un più completo sistema di gestione delle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari), dalle leggi n. 356, 7 agosto 1992, n. 11, 7 gennaio, 1998, n. 279, 23 dicembre 2002, e n. 94, 15 luglio 2009 (relative al regime sospensivo di cui all'art. 41 *bis*, commi 2 e ss., o.p.), nonché dalla l. n. 492, 12 dicembre 1992, recante disposizioni in materia di traduzione di soggetti in condizione di restrizione.

² Benché spesso la legge penitenziaria utilizzi la locuzione “Amministrazione penitenziaria” al fine di indicare unicamente l'Amministrazione centrale (si vedano, ad esempio, gli artt. 14 *bis*, comma 4, 16, comma 1, e 83), nel seguito della trattazione, invece, si farà un uso più tradizionale e meno rigido della locuzione, la quale, il più delle volte, sarà impiegata per indicare il complesso delle strutture ministeriali e degli uffici centrali e periferici afferenti alla medesima funzione amministrativa; mentre, altre volte, sarà impiegata – a seconda della previsione normativa o dell'istituto giuridico presi in considerazione – per indicare una delle predette strutture o uno dei predetti uffici. Così, considerato che il ministero della giustizia svolge – con riferimento all'area funzionale dei servizi dell'Amministrazione penitenziaria – i compiti concernenti l'esecuzione delle misure cautelari, delle pene e delle misure di sicurezza detentive, e i compiti previsti dalle leggi per il trattamento dei detenuti e degli internati (art. 110 Cost. e art. 16, comma 3, *lett. c*, d. lgs. n. 300, 30 luglio 1999), e atteso altresì che, per assicurare l'esercizio organico ed integrato delle funzioni, il ministero si articola in dipartimenti (art. 5, d. lgs. n. 300 del 1999), con il sintagma “Amministrazione penitenziaria” si indicheranno gli uffici ed i servizi: *a*) del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, il quale provvede, secondo le direttive e gli ordini del Ministro della giustizia, all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza degli istituti e servizi penitenziari e del trattamento dei detenuti e degli internati (art. 30, comma 1, *lett. a*, l. n. 15 dicembre 1990, n. 395); *b*) dei provveditorati regionali (organi decentrati del DAP, ai sensi dell'art. 32, l. n. 395 del 1990), i quali, tra l'altro, svolgono attività di impulso e di verifica dell'attuazione dei programmi, indirizzi e direttive del Dipartimento, da parte degli istituti e dei servizi (art. 10, comma 1, *lett. a*, d. lgs. n. 444, 30 ottobre 1992); *c*) degli istituti penitenziari (art. 59, l. n. 354 del 1975), i cui direttori esercitano, tra gli altri, i poteri attinenti all'organizzazione, al coordinamento e al controllo dello svolgimento delle attività del carcere (art. 3, comma 2, d.P.R. n. 230, 30 giugno 2000). In particolare, i direttori provvedono al mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno del carcere, avvalendosi del personale appartenente al Corpo di polizia penitenziaria, che annovera, tra i compiti istituzionali, non soltanto quello di assicurare l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e di garantire l'ordine e la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, ma anche quello di partecipare alle attività di osservazione e trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati, nonché il compito di espletare i servizi di traduzione e di piantonamento dei ristretti (art. 5, comma 2, l. n. 395 del 1990).

Frequente è, invece, il ricorso al concetto di *necessità* (o di *indispensabilità*), quale criterio legale che deve orientare l'autorità amministrativa nella individuazione della misura (restrittiva o coercitiva) più adatta al perseguimento del fine pubblico imposto dalla norma attributiva del potere³. Scorrendo l'articolato della legge sull'ordinamento penitenziario (*d'ora in avanti anche o.p.*), è infatti possibile rilevare che:

a) restrizioni nei confronti degli imputati possono essere adottate unicamente se giustificabili con le esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, ovvero se *indispensabili* a fini giudiziari (art. 1, comma 3, o.p.);

b) la scorta dei detenuti, avviati a prestare la loro attività lavorativa all'esterno dell'istituto penitenziario, deve essere disposta unicamente quando essa sia ritenuta *necessaria* per motivi di sicurezza (art. 21, comma 2, o.p.);

c) limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti alla persona *in vinculis* sono ammissibili, a condizione che esse siano strettamente *necessarie* al fine di impedire che il detenuto si avvalga, nella vita penitenziaria, dello stato di soggezione degli altri ristretti nei suoi confronti, ovvero al fine di impedire che il detenuto ostacoli, con violenza o minaccia, l'attività degli altri ristretti, o che, con il proprio comportamento, comprometta la sicurezza o turbi l'ordine nell'istituto (artt. 14 *bis*, comma 1, e 14 *quater*, comma 2, o.p., che disciplinano il regime di sorveglianza particolare⁴);

d) la forza fisica deve essere impiegata nei confronti del detenuto soltanto laddove ciò sia *indispensabile* al fine di prevenire o impedire atti di violenza, o di impedire tentativi di evasione, ovvero di vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti (art. 41, comma 1, o.p.);

e) gli altri mezzi di coercizione fisica devono essere impiegati – al fine di evitare danni a cose o persone o di garantire l'incolumità dello stesso soggetto che subisce la coazione – per il tempo strettamente *necessario* al raggiungimento di detti fini (art. 41, comma 3, o.p.);

f) l'obiettivo di sedare una rivolta, o comunque di far fronte ad una eccezionalmente grave situazione di emergenza, deve essere perseguito sospendendo, nell'istituto penitenziario interessato o in parte di esso, l'applicazione delle normali regole del trattamento, purché tale sospensione sia motivata dalla *necessità* di ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere e abbia la durata strettamente *necessaria* al conseguimento di tale fine (art. 41 *bis*, comma 1, o.p.);

³ Non sfugge, peraltro, come la nozione di "necessità" sia impiegata anche da talune delle disposizioni legislative che attribuiscono all'autorità giudiziaria specifici poteri di coercizione. Si vedano, ad esempio, l'art. 11, comma 3, o.p. (in base al quale, quando non vi sia pericolo di fuga, l'autorità giudiziaria può disporre che i detenuti e gli internati trasferiti in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura non siano sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che ciò sia *necessario* per la tutela della loro incolumità personale) e l'art. 33 o.p. (secondo il quale, negli istituti penitenziari, l'isolamento continuo può essere disposto nei confronti delle persone sottoposte alle indagini, se e fino a quando ciò sia ritenuto *necessario* dall'autorità giudiziaria).

⁴ Si consideri, peraltro, che in caso di *necessità* e urgenza, il regime di sorveglianza particolare può essere disposto in via provvisoria, vale a dire prima che siano acquisiti i pareri previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 14 *bis*, pareri che, comunque, devono essere acquisiti entro dieci giorni dalla data del provvedimento (art. 14 *bis*, comma 4, o.p.).

g) l'obiettivo specifico di recidere il collegamento tra determinate categorie di detenuti e le consorterie criminali di appartenenza deve essere realizzato attraverso l'applicazione di un regime detentivo differenziato, il quale, tuttavia, deve comportare soltanto le restrizioni *necessarie* ad impedire il predetto collegamento (art. 41 *bis*, comma 2, o.p.)⁵.

Diverse, dunque, sono le disposizioni della legge sull'ordinamento penitenziario che, in modo espreso, limitano l'azione dell'autorità pubblica attraverso il canone della *necessarietà*⁶. Ed è questo un criterio di condotta che può considerarsi univoco nella sua accezione giuridica, traducendosi nell'obbligo, posto in capo all'Amministrazione, di adottare soltanto quelle misure restrittive o coercitive che – a parità di efficacia – abbiano “forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile ai diritti” e alle libertà degli amministrati.

In questo modo intesa, però, la nozione di *necessarietà*, piuttosto che porsi come formula sintetica capace di richiamare tutti i passaggi in cui si articola il “canone di condotta” estraibile dal *principio di proporzionalità*, si limita ad indicare soltanto uno degli elementi costitutivi di tale canone (la *necessarietà*, per l'appunto, di cui è presupposto indefettibile l'*idoneità*⁷) e, quindi, soltanto uno dei parametri di verifica sull'uso proporzionato dei poteri autoritativi. Parametro della *necessità* sulla scorta del quale è possibile stabilire (in base ad una mera valutazione dei fatti) quale misura – tra quelle parimenti capaci di raggiungere il fine specifico affidato in cura

⁵ Il decreto che dispone l'applicazione del regime sospensivo *ex art. 41 bis*, commi 2 e ss., o.p., può prevedere, tra l'altro, sia l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla *necessità* di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a, o.p.), sia l'adozione di tutte le *necessarie* misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. f, o.p.).

⁶ Anche nel d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, sono rinvenibili diverse disposizioni che impiegano la nozione di *necessarietà*. Ai fini della nostra indagine, è sufficiente richiamare le disposizioni che – nel regolare la materia dei trasferimenti da un istituto penitenziario ad un altro e la materia dei provvedimenti disciplinari in via cautelare – impongono: a) di non trasferire il detenuto – che sia stato sottoposto al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* o.p. – ad una delle sezioni previste dall'art. 32 dello stesso regolamento di esecuzione, a meno che detto trasferimento sia *necessario* (art. 33, comma 9); b) di non procedere ai trasferimenti collettivi, salvo nei casi in cui essi si rendano *necessari* in ragione di gravi e comprovati motivi di sicurezza o di particolari esigenze dell'istituto penitenziario (art. 83, comma 9); c) di disporre, in via cautelare, che il detenuto – il quale abbia commesso una infrazione sanzionabile con l'esclusione dalle attività in comune – permanga in una camera individuale, nell'attesa della convocazione del consiglio di disciplina, soltanto nel caso di assoluta urgenza, determinata dalla *necessità* di prevenire danni a cose o persone, nonché l'insorgenza o la diffusione di disordini (art. 78, comma 1).

⁷ È ovvio che il requisito della *necessarietà* presupponga quello dell'*idoneità*, poiché, in tanto di una misura amministrativa si può attestare la mitezza rispetto all'interesse secondario contrapposto all'interesse prioritario da realizzare, in quanto tale misura sia tecnicamente capace di raggiungere l'obiettivo imposto dal legislatore. Sicché la legge sull'ordinamento penitenziario, quando impiega il concetto di *necessarietà* (o di *indispensabilità*), non può che richiamare anche l'inscindibile concetto di *idoneità*.

all'Amministrazione – incida in maniera meno gravosa sugli interessi secondari inerenti alla fattispecie. Ma – lo si vedrà in seguito – è questa soltanto una *fase* del più articolato sistema di controllo sull'uso proporzionato della potestà pubblica; sistema basato sui *passaggi* sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà* e della *proporzionalità in senso stretto*⁸.

Cionondimeno, non può escludersi che la legge sull'ordinamento penitenziario indichi espressamente una parte (il fondamentale criterio d'azione e parametro di giudizio della *necessità*) per richiamare il tutto: il *principio di proporzionalità*, così come rilevato e costruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca⁹, poi recepito dalla giurisprudenza delle Corti europee¹⁰ e trasmigrato – o meglio, come correttamente rilevato da una parte della dottrina, da sempre vigente¹¹ – nell'ordinamento interno.

⁸ V., tuttavia, *infra*, § 5, in cui si propone una scomposizione quadripartita del canone della proporzionalità, attribuendosi un autonomo “contenuto concettuale” alla nozione di “adeguatezza tecnica”, con la quale si indica un peculiare criterio guida (e parametro di giudizio) dell'azione amministrativa.

⁹ Sulle origini storiche e dogmatiche del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco, cfr. S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, pp. 65-68; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, p. 60-67; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pp. 11-35; ID., *Il principio di proporzionalità*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 390-393; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 58-67; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, pp. 69-76, 157-163; J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 55 e ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in MANGIAMELLI, (a cura di), *L'ordinamento comunitario. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, II, pp. 227-233; E. GIARDINO, *Il principio di proporzionalità: origini ed evoluzione*, in COGLIANI (a cura di), *Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008, pp. 7-9; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, pp. 36-41; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, pp. 77 e ss.; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, pp. 75-80; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 39-50; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, pp. 32 e ss.; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 175 e ss.

¹⁰ Il principio di proporzionalità, collocato dalla Corte di giustizia tra i principi generali dell'ordinamento (cfr. G.A. ANSALDI, *op. cit.*, pp. 84-89; E. BUOSO, *op. cit.*, pp. 139 e ss.; CICIRIELLO, *op. cit.*, pp. 163 e ss.; D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 51-52; V. FANTI, *op. cit.*, pp. 67-74; M.C. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, *op. cit.*, pp. 73 e ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 393 e ss.; G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, pp. 449-450; G. MARTINICO, *Il principio costituzionale di proporzionalità nella “complessa” dialettica comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, pp. 1476-1477; J. SCHWARZE, *op. cit.*, pp. 56 e ss.; G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012, pp. 15 e ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, pp. 19 e ss.; A. BARAK, *op. cit.*, pp. 181 e ss.) ha trovato espressa consacrazione anche nell'art. 52, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo questa disposizione, infatti, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta non soltanto devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, ma altresì, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute

dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (sul § 1, art. 52 della Carta dei diritti, in dottrina, v. G.A. ANSALDI, *op. cit.*, pp. 114-120).

Si consideri, peraltro, che, ai sensi dell'art. 51, § 1, le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In merito a quest'ultimo inciso, però, appare condivisibile l'orientamento interpretativo volto ad estendere l'ambito di efficacia della Carta "a tutti i settori aventi un collegamento anche indiretto con il diritto europeo". E, tra questi settori, di certo, rientra anche quello relativo all'esecuzione, in un istituto penitenziario, di una misura restrittiva della libertà personale, giacché – come sottolineato dal Parlamento europeo, ris. n. 2897, 15 dicembre 2011, in *Foro it.*, 2012, fasc. 1., c. 37 –, sebbene le condizioni di detenzione e la gestione delle carceri spettino principalmente agli Stati membri, tuttavia "carenze, come il sovraffollamento delle carceri e le asserzioni in merito al cattivo trattamento dei detenuti, possono pregiudicare la fiducia che deve sottostare alla cooperazione giudiziaria in materia penale, sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie da parte degli Stati membri UE". Conclusioni, queste, ribadite nella Risoluzione del 27 febbraio 2014, recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo, con la quale il Parlamento ha chiesto, per l'appunto, alla Commissione di presentare, entro un anno dall'adozione della Risoluzione, sulla base dell'art. 82 TFUE, alcune proposte legislative che prevedano, tra l'altro, oltre ad un controllo di proporzionalità, "quando vengono prese decisioni in materia di riconoscimento reciproco, sulla base di tutti i fattori e le circostanze pertinenti" (quali "la gravità del reato, lo stato di preparazione del processo, l'impatto sui diritti della persona ricercata, inclusa la tutela della vita provata e familiare, le implicazioni economiche e la disponibilità di una adeguata misura alternativa meno invasiva"), anche un motivo di non esecuzione obbligatoria del mandato d'arresto europeo, "quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'art. 6 del trattato sull'Unione Europea e della Carta, in particolare l'art. 52, paragrafo 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità".

Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio di proporzionalità costituisce fondamentale parametro di giudizio in sede di sindacato della legittimità delle misure statali che restringono le libertà fondamentali tutelate dalla CEDU (in merito alle prime pronunce della Corte di Strasburgo che contengono riferimenti espressi al principio di proporzionalità, si vedano M.C. CICIRIELLO, *op. cit.*, pp. 129-143; M.A. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, pp. 31 e ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1999, pp. 760-765). In dottrina, del resto, si mette in evidenza come le più recenti decisioni della Corte europea mostrino "una maggiore pregnanza" del principio di proporzionalità, dal momento che il sindacato dei giudici di Strasburgo si è spinto "sino a vagliare l'adeguatezza tra i sacrifici imposti ai singoli con la misura restrittiva statale e gli interessi pubblici con essi perseguiti, così operando un controllo di proporzionalità simile a quello implementato dalla Corte di giustizia" (in questi termini, G.A. ANSALDI, *op. cit.*, p. 125; *conf.* V. FANTI, *op. cit.*, p. 63).

¹¹ Cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 10-11, secondo cui il tema della *proporzionalità* dell'azione amministrativa è "antico quanto il nostro diritto amministrativo". L'Autore, infatti, rileva che un primo riferimento a tale concetto risalirebbe alla dottrina amministrativistica ottocentesca e, in particolare, all'opera di G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, p. 15. Sul punto, v. altresì lo studio di V. FANTI, *op. cit.*, pp. 85-143, volto a far emergere "la genesi nazionale del principio di proporzionalità". Secondo l'Autrice, infatti, può ben farsi risalire a Gian Domenico Romagnosi (e alla prima edizione dei *Principj fondamentali del diritto amministrativo*, pubblicata nel 1814) l'idea di "una discrezionalità intesa come attributo interno ed immanente del potere della P.A., ovvero un modo di esercizio dell'azione amministrativa che si estrinseca in una scelta tra più soluzioni possibili compiuta nel rispetto del vincolo di fine, nonché con l'osservanza di criteri e principi che presiedono all'esercizio del potere: in primo luogo la proporzionalità" (ivi, p. 98). Dopo Romagnosi, del resto, il principio *de quo* è stato affermato ("con maggiore o minore consapevolezza") da numerosi Autori, di modo che non appare di

Il più delle volte, del resto, l'esercizio proporzionato del potere pubblico si risolve nell'individuazione del mezzo idoneo e necessario al raggiungimento del fine specifico imposto dalla legge e per il quale il potere è stato conferito; sicché necessità e proporzionalità finiscono per coincidere, nel senso che deve ritenersi proporzionato l'unico mezzo che – sulla base di una valutazione di tipo tecnico – risulti il meno gravoso tra quelli aventi pari livello di efficacia¹².

Altre volte, invece, la scelta del mezzo proporzionato pretende più complesse valutazioni (che si aggiungono a quelle di tipo tecnico sull'*idoneità* e sulla *necessarietà* della misura da adottare), dovendosi giungere al contemperamento tra interessi (primari e secondari) contrapposti, in modo che il mezzo impiegato – in ragione della particolare rilevanza del fine specifico da realizzare e dell'interesse pubblico da soddisfare – non risulti comunque eccessivamente gravoso per gli amministrati. E anche alle più complesse fattispecie, in cui entrano in gioco le componenti dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*, deve ritenersi faccia riferimento la legge penitenziaria, tutte le volte che essa impiega le nozioni di *necessità* e di *indispensabilità*¹³.

In definitiva, il legislatore, ricorrendo ad una *sineddoche* (impiegando, cioè, il nome di una parte per indicare il tutto: si dice *necessario* o *indispensabile* per dire *idoneo* più *necessario* più *adeguato* o *proporzionato in senso stretto*¹⁴), ha fatto riferimento a tutti gli elementi costitutivi del canone di condotta desunto dal (ovvero, in cui può tradursi il) principio di *proporzionalità*, il quale, pertanto, assurge al rango di principio legislativamente determinato e di derivazione costituzionale (v. *infra*, § 2.)¹⁵. Principio che – nell'ambito delle fattispecie normative che lo richiamano – è, dunque, idoneo a produrre (ad essere tradotto in) precisi criteri guida dell'azione amministrativa, della cui portata cogente e precettiva (rivolta a determinare gli atti e i comportamenti dell'Amministrazione penitenziaria) non è dato dubitare.

Dal precedente assunto, peraltro, discendono due logici corollari.

certo peregrino il tentativo di “dimostrare come il principio di proporzionalità possa essere considerato proprio del nostro ordinamento, senza alcuna necessità di scomodare l'ordinamento comunitario” (ivi, p. 33). Resta, comunque, da chiedersi per quale ragione “la dimensione comunitaria è stata percepita come maggiormente rilevante rispetto a quella nazionale” (ivi, p. 39).

Si consideri, del resto, che, in ambito penalistico, al canone della *proporzionalità* fanno espresso riferimento gli artt. 52 e 54 del codice Rocco, approvato con r.d. n. 1398, 19 ottobre 1930. Senza tralasciare, poi, che il tema della proporzione fra i delitti e le pene è stato oggetto di studio già nel XVIII sec. (v. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di VENTURI, Torino, 2008, pp. 19-22).

¹² Sul canone di condotta della *necessarietà*, v. *infra*, § 5.2.

¹³ In merito alle componenti dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*, v. *infra*, §§ 5.3.-5.4.

¹⁴ Sull'uso (e – specie in Francia – abuso), nel linguaggio giuridico, della *sineddoche*, quale particolare tecnica seguita nella verbalizzazione delle regole giuridiche, v. R. SACCO, *Crittotipo* (voce), in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1989, V, p. 40.

¹⁵ Ovviamente, ancorché espressi o esplicitati in una o più disposizioni, i principi mantengono il loro peculiare contenuto tipico. In essi, infatti, vi è sempre “un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche” (così, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento* (voce), in *Enc. giur.*, Roma 1991, XXIV, p. 3).

Primo. La proporzionalità non si traduce in una prassi amministrativa, poiché non si realizza nel ripetersi continuo di un comportamento, la cui forza “è da ricercare nella diffusa consapevolezza della dipendenza di questo comportamento da una regola operativa tacita e non da un formale precetto legislativo”¹⁶.

Secondo. La proporzionalità non è riconducibile alla categoria dei principi normativamente inespresi¹⁷. Si tratta, invece, di un principio fissato dal legislatore in relazione non all’intera materia dell’esecuzione penitenziaria, bensì a specifici istituti giuridici¹⁸. In questo più ristretto ambito, infatti, è possibile estrarre dal principio in questione sia un univoco criterio interpretativo, sia un preciso “canone di condotta” che deve governare quella specifica attività amministrativa regolata dal complesso delle disposizioni concernenti un determinato “campo di interesse”.

Di conseguenza, in quanto fissato dal legislatore, il principio di proporzionalità si pone: a) quale “vincolo nei confronti di altre norme collegate al principio stesso” e, in particolare, quale vincolo nei confronti di eventuali norme regolamentari che pongano

¹⁶ In questi termini, F. PIGA, *Prassi amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, p. 843.

¹⁷ Ampliando la visuale agli altri settori del diritto amministrativo, sembrerebbe invece che la giurisprudenza propenda per una qualificazione giuridica della proporzionalità in termini di principio generale dell’ordinamento legislativamente inespreso (cfr., in proposito, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2087, 14 aprile 2006, in *Giornale. dir. amm.*, 2006, p. 1106; in dottrina, si vedano D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell’ordinamento*, ivi, pp. 1107 e ss.; M.C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 77). Non può sottacersi, tuttavia, come, negli ultimi anni, al di là dell’esplicito rinvio ai principi dell’ordinamento comunitario ex art. 1, comma 1, l. 241 del 1990 (come modificato dalla l. n. 15 del 2005), il legislatore abbia più volte fatto espresso riferimento al *principio di proporzionalità*, fissandolo in relazione alla disciplina di determinati campi di interesse. Si pensi, ad esempio, all’art. 23, comma 2, della l. n. 262, 28 dicembre 2005, recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, il quale stabilisce che “nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma I tengono conto in ogni caso del *principio di proporzionalità*, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari”; nonché all’art. 6 della l. n. 180, 11 novembre 2011, recante *Norme per la tutela della libertà d’impresa*, in base al quale lo Stato, le regioni, gli enti locali e gli enti pubblici sono tenuti a valutare l’impatto delle iniziative legislative e regolamentari, anche di natura fiscale, sulle imprese, prima della loro adozione, attraverso “l’applicazione dei *criteri di proporzionalità*”.

¹⁸ In merito alla nozione, alla determinazione, alla individuazione e alla funzione dei principi fissati dal legislatore, cfr. V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Milano, 2000, pp. 120-132. Non può sottacersi, tuttavia, che, secondo una parte della dottrina, non è ravvisabile una “netta dicotomia” tra i principi ricavati dall’interprete e i principi posti dal legislatore attraverso specifiche clausole. Invero, come rileva F. SORRENTINO, *I principi generali dell’ordinamento giuridico nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 184, “da un lato, anche i principi ricavati dall’interprete, per quanto ampio possa essere il potere creativo a lui riconosciuto, fanno naturalmente riferimento a norme (più o meno generali) di origine legislativa da cui, in ultima analisi, derivano (o si assume che derivino); da un altro lato, poi, le stesse disposizioni di principio stabilite dal legislatore devono, per dir così, fare i conti con il riconoscimento del loro carattere generale da parte dell’interprete: in altre parole, in tanto possono operare come principi generali, in quanto come tali vengano riconosciuti in sede interpretativa (...)”. Sicché, secondo F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, p. 3, è sempre in virtù dell’opera dell’interprete (di cui è indispensabile e decisiva la valutazione) che “è possibile individuare i principi generali, sia movendo da un singolo enunciato normativo – e allora il principio è espresso – sia movendo da più enunciati o dal complesso dell’ordinamento – e allora il principio è implicito – sia, secondo le concezioni ultranormativistiche, movendo dalle strutture, dagli assetti organizzativi e sociali – e allora il principio è istituzionale”.

la disciplina di dettaglio dell'istituto giuridico in relazione al quale il principio è stato fissato; b) quale "parametro per l'interpretazione" delle disposizioni normative che sono dipendenti da detto principio¹⁹; c) come produttore di criteri guida, che devono orientare "il farsi dell'azione amministrativa"²⁰.

Non sembra, tuttavia, che, nel tentativo di definire la natura e gli ambiti di operatività del canone della proporzionalità, possa ritenersi esaustiva la semplice constatazione del fatto che il legislatore abbia operato un esplicito riferimento a tale criterio di condotta, in relazione però soltanto ad alcuni, specifici istituti giuridici. Acquisito tale dato, infatti, si deve procedere oltre nel ragionamento, e verificare se sia praticabile un'argomentazione che "dal basso" (dal dato normativo osservato) ci proietti "verso l'alto"²¹: verso l'individuazione di un principio della complessiva materia dell'esecuzione penitenziaria e non soltanto di specifici "campi di interesse".

In siffatta prospettiva, è il "ragionamento abduttivo" che ci permette di stabilire se, osservando un fenomeno che mostra "certe caratteristiche", sia possibile formulare un'ipotesi plausibile, la quale "spieghi la presenza di quelle caratteristiche"²². Nel nostro caso, dunque, si tratta di stabilire se, partendo dall'osservazione delle disposizioni di legge che esibiscono la peculiarità di fissare il canone di cui trattasi, si possa formulare la plausibile ipotesi che il criterio della *proporzionalità* sia stato richiamato dal legislatore in relazione a determinati istituti giuridici, perché espressione (concretizzazione) di un principio che – implicitamente – governa l'intera materia dell'esecuzione penitenziaria.

L'inferenza appena delineata appare accettabile in ragione dei seguenti passaggi argomentativi. Anzitutto, è agevole osservare sia che numerose disposizioni della legge penitenziaria mostrano una precisa caratteristica, fissando – mediante l'impiego del termine "*necessario*" o del termine "*indispensabile*" – un preciso canone che deve orientare l'attività amministrativa, sia che altre disposizioni – pur disciplinando anch'esse misure amministrative che intaccano le libertà (residue) e i diritti fondamentali riconosciuti ai detenuti (v., ad esempio, l'art. 34 o.p.) – non esibiscono identica caratteri

¹⁹ Così, V. ITALIA, *op. cit.*, p. 131.

²⁰ Sulla funzione direttiva dell'azione dei soggetti pubblici, svolta dai principi generali, v. F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 191.

²¹ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 63.

²² In questi termini, G. PINO, *op. cit.*, p. 66. Sul "ragionamento abduttivo", cfr., altresì, E. DICOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 44-47; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, 186-187; M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Napoli, 2012, pp. 12-13. Parla di "inferenza alla spiegazione migliore", A. IACONA, *L'argomentazione*, Torino, 2010, p. 67, secondo cui "l'idea alla base di questo tipo di argomento è che se un'ipotesi fornisce una buona spiegazione di un insieme di fenomeni, e se nessuna ipotesi diversa fornisce una spiegazione altrettanto buona, allora è probabile che l'ipotesi sia vera". Peraltro, "dire che un'ipotesi fornisce una spiegazione significa dire che dall'ipotesi (e da altre proposizioni la cui verità è garantita) si può ricavare la proposizione di cui si vuole spiegare la verità. Quindi, la spiegazione può essere formulata come un argomento che include come premessa l'ipotesi e come conclusione la proposizione di cui si vuole spiegare la verità".

Il risultato dell'osservazione delle disposizioni legislative pone, pertanto, il problema della "anomala", non uniforme operatività del canone della proporzionalità. E, per risolvere tale problema, è necessaria una spiegazione dei dati osservati, alla luce della quale questi ultimi non appaiano più "anomali" e divengano "normali"²³. Sotto questo aspetto, un'ipotesi che fornisce una buona spiegazione di quanto osservato è quella secondo la quale talune disposizioni di legge esibiscono la caratteristica di fissare il canone della proporzionalità, perché concretizzano – in relazione a specifici istituti giuridici – uno stesso e più generale principio: quello per cui l'autorità pubblica, in vista del perseguimento dei fini predeterminati dalla legge, non deve eccedere nell'uso di quei poteri suscettibili di intaccare le situazioni giuridiche di vantaggio riconosciute alla persona detenuta; di modo che le misure restrittive o coercitive adottate devono essere sempre necessarie e, comunque, proporzionate rispetto allo specifico risultato preso di mira e all'interesse collettivo da realizzare.

È, invero, proprio l'esistenza di un più generale principio di proporzionalità a spiegare perché sia irrilevante il fatto che talune delle disposizioni osservate mostrino la caratteristica di fissare uno specifico criterio guida dell'azione amministrativa, mentre altre non esibiscano la stessa peculiarità. Del resto, se questo più generale principio non esistesse, da un lato, sarebbe irragionevole la scelta del legislatore di differenziare – sotto il profilo preso in considerazione – la disciplina normativa di situazioni che presentano identiche proprietà rilevanti (vale a dire la disciplina delle misure amministrative che incidono sulle situazioni giuridiche soggettive del ristretto); dall'altro, non vi sarebbe alcun altro principio capace di spiegare la ragione per cui il legislatore ha ritenuto opportuno fissare, in modo espresso, il canone della proporzionalità in relazione soltanto a taluni istituti giuridici.

Di conseguenza, poiché "nessuna ipotesi diversa fornisce una spiegazione altrettanto buona"²⁴, appare plausibile quella per la quale la proporzionalità è principio che – implicitamente – governa l'intera materia dell'esecuzione in carcere di una misura restrittiva della libertà personale. Pertanto, proprio in quanto estraibile da un principio della materia, il criterio d'azione della proporzionalità è destinato ad operare in ogni ambito, vale a dire indipendentemente dal fatto che sia o non sia espressamente richiamato dalle disposizioni di legge che disciplinano un determinato "campo di interesse"²⁵.

²³ Cfr. E. DICIOTTI, *op. cit.*, p. 45.

²⁴ Così, A. IACONA, *op. cit.*, p. 67.

²⁵ Tenendo conto dei criteri proposti da A. IACONA, *op. cit.*, pp. 95-96, la plausibilità della spiegazione trovata non sembra possa essere messa in dubbio, poiché l'ipotesi avanzata: a) "spiega davvero ciò che si vuole spiegare"; b) "spiega ciò che si vuole spiegare meglio delle altre ipotesi disponibili", avendo perciò una maggiore "capacità esplicativa"; c) è "più conservativa" delle altre ipotesi, perché si conforma meglio a quel sistema di valori che assume rilevanza giuridica attraverso le norme costituzionali e sopranazionali.

2. Il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità.

Mutando prospettiva – muovendosi cioè non più “dal basso” (dall’osservazione delle disposizioni legislative), bensì “all’alto” (dall’esame delle disposizioni costituzionali) – l’ipotesi che le norme sull’ordinamento penitenziario siano permeate, nel loro insieme, dal principio di *proporzionalità* trova conferma nelle ragioni stesse (*rectius*, nei principi costituzionali) che hanno imposto l’approvazione di tali norme e ne hanno suggerito le successive modificazioni²⁶.

La Costituzione repubblicana, infatti, ponendo al centro dell’esecuzione penitenziaria il detenuto e i suoi fondamentali diritti (si vedano, in particolare, gli artt. 2, 3, 13, comma 4, e 27, comma 3, Cost.), segna il passaggio da un sistema carcerario rivolto alla segregazione e alla “mortificazione fisica” dei ristretti, privati di ogni soggettività giuridica²⁷, ad un trattamento calibrato sulla persona, la quale – pur se

²⁶ Non può non segnalarsi come la legge sull’ordinamento penitenziario abbia confermato la validità di quell’orientamento dottrinale che – già molti anni prima dell’intervento del legislatore – aveva rilevato il completo e definitivo superamento (sui piani teorico, ideologico e sostanziale) dell’impostazione che non estendeva l’esigenza di un fondamento legislativo agli atti limitativi della libertà e dei diritti delle persone legate allo Stato da un rapporto di soggezione speciale: soldati, detenuti, internati, etc. (sul punto, v. F. LEVI, *Legittimità (Diritto amministrativo)* – voce –, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, XXIV, pp. 133 e ss.).

²⁷ Non è difficile svelare la “discendenza teorica” e la “sostanza ideologica” dell’illiberale ed autoritario ordinamento penitenziario fascista. A tal fine, infatti, oltre che la relazione del ministro Alfredo Rocco, che accompagnava il r.d. n. 787, 18 giugno 1931, recante il *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena*, è utile riprendere i contenuti di un discorso che lo stesso ministro di grazia e giustizia pronunciò a Perugia il 30 Agosto 1925 (A. ROCCO, *La dottrina politica del fascismo*, in *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, III, pp. 1093-1115). In quel discorso, il Guardasigilli affermava: “Per il fascismo il problema preminente è quello del diritto dello Stato e del dovere dell’individuo e delle classi, i diritti dell’individuo non sono che il riflesso del diritto dello Stato (...). In questa preminenza del dovere sta il più alto valore etico del fascismo (...). La libertà, pertanto, è data all’individuo e ai gruppi nell’interesse sociale ed entro i limiti dell’interesse sociale. E ciò che si dice per la libertà civile, vale per la libertà economica”. Chiaro, dunque, il netto rifiuto della dottrina del diritto naturale e di quella del liberalismo democratico. Esplicito anche l’accoglimento – per lo meno nel suo nucleo essenziale – della teoria dei diritti civili e politici come “effetti riflessi”. Il riferimento è, anzitutto, a Carl Friedrich von Gerber (e al suo *Über öffentliche Rechte* del 1852), secondo cui i diritti civili e politici hanno la loro “radice genetica” in “effetti riflessi” delle norme che limitano le competenze statali”, sicché essi non si trovano né sullo stesso piano né prima del potere e della volontà di uno Stato “totale” e, quindi, autonomo: uno Stato la cui volontà non dipende “da alcuna forza esteriore”. Il pensiero di Gerber sarà poi ripreso da Paul Laband (per il quale la legge, nel limitare le competenze degli organi governativi ed amministrativi, definisce, in negativo, anche gli spazi di libertà dei singoli) e troverà compiuta e definitiva sistemazione ad opera di Georg Jellinek e nella sua teoria della autolimitazione dello Stato-persona, “quale premessa necessaria della possibilità giuridica dei diritti di libertà”. Attraverso queste elaborazioni teoriche, dunque, Alfredo Rocco può giustificare la “supremazia ontologica dell’amministrazione”, che diviene “nucleo fondamentale dello Stato”, in quanto “unica funzione essenziale e necessitata, espressione dello Stato-persona più che della legge”. Invero, nelle tante materie non regolate dal legislatore – e la materia dell’esecuzione delle pene detentive sarà tra queste, poiché disciplinata da un regolamento che, sebbene in apparenza sembrasse esecutivo del codice di procedure penale, era in realtà un regolamento indipendente (in tal senso, P. MANCA, *Istituti di pena (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXXIII, p. 5) – l’amministrazione deve poter disporre di poteri liberi, dal momento che sono del tutto irrilevanti le posizioni dei privati non considerate in modo esplicito dalla legge. Di conseguenza – come rilevato da F. LEVI, *op. cit.*, p. 133 – una simile impostazione “si è trasformata nella rivendicazione

detenuta o internata – conserva intatta la propria dignità e la titolarità di quei diritti inviolabili dell’uomo che questa dignità proteggono²⁸. Ciò vuol dire che lo *status detentionis* non può comportare alcun disconoscimento delle posizioni giuridiche soggettive “attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria”, poiché i diritti inviolabili dell’uomo – pur con le limitazioni che l’esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale necessariamente implica – non sono affatto annullati da tale condizione di detenzione²⁹. Nel “modello di carcere” prefigurato dalla Legge Fondamentale, dunque, non è più dominante il ruolo di un’Amministrazione statale titolare di poteri illimitati (o privi di vincoli legali) di gestione dell’istituzione carceraria, ma diviene preminente la posizione dell’uomo, il quale – ancorché detenuto – mantiene immutata la propria dignità.

Tuttavia, per percorrere la via segnata dalla Costituzione e realizzare il “modello di carcere” da essa prefigurato³⁰, il legislatore statale non può limitarsi a

delle istituzioni pubbliche di disporre dei poteri necessari al loro funzionamento nei confronti dei soggetti con cui vengono in rapporto, indipendentemente da ogni previsione legislativa: con la conseguenza che il rapporto stesso è diverso da quello intercorrente con la generalità dei cittadini e si risolve in una supremazia speciale dell’istituzione pubblica”.

In verità, oltre che nella dottrina tedesca (o, forse, piuttosto che direttamente nella dottrina tedesca) l’autoritarismo fascista di Rocco ha trovato solide basi teoriche anche nella dottrina italiana. In proposito, v. G. FILIPPETTA, *Legge, diritto, necessità: i diritti di libertà dall’autolimitazione dello Stato-persona allo Stato di diritto d’eccezione*, in *www.rivistaaic.it*, 2011, 4, che ricostruisce i passaggi attraverso i quali le pur diverse ricostruzioni dogmatiche di V. E. Orlando (che elabora la tesi della dicotomia legge-diritto, quest’ultimo inteso quale “manifestazione concreta dello spirito collettivo”), di O. Ranalletti (secondo cui “il potere legislativo giunge fin dove è possibile: al di là resta ampio il potere del governo nei limiti della legge”, in un sistema in cui “il punto logico di partenza non è la libertà ma lo Stato”) e di S. Romano (per il quale “il diritto di libertà è solo ciò che la legge permette e il non vietato diviene giuridicamente indifferente, in quanto tale esposto alla presa dell’autorità”) hanno aperto il sentiero che ha condotto “all’autoritarismo fascista di Rocco”.

²⁸ La Costituzione repubblicana, con il suo fondamentale impianto liberaldemocratico, avrebbe dovuto segnare una immediata rottura, “un radicale distacco dallo Stato (e dal diritto) di Gerber e di Orlando, di Laband e di Ranalletti”. Ciò, però, non è avvenuto. E lungo e difficoltoso (e, forse, non ancora compiuto) è stato il percorso che ha condotto alla definitiva “rottura tra fascismo e Repubblica” (sul tema, v. A. ORSI BATTAGLINI, *“L’astratta e infeconda idea”. Disavventure dell’individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 17 (1988), Milano, 1989, pp. 588 e ss.). La causa di questa mancata (netta) cesura è da ravvisare anche nel fatto che, nonostante l’entrata in vigore della Costituzione, non sono state colpite prontamente e seriamente “né le leggi fasciste né i giudici e gli amministratori che erano avvezzi ad applicarle”. Sicché, anche dopo il 1948 e per lungo tempo, è rimasto in vita un “museo degli orrori, non privo di venature tragicomiche (...), rispetto al quale il legislatore italiano è rimasto indifferente e le autorità amministrative corrive” (così, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2011, pp. 96-97; in senso analogo, M. FIORAVANTI, *Qualche osservazione su “Amministrazione e Costituzione” nella storia della tradizione giuspubblicistica italiana*, in MARONGIU-DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, p. 83; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa e democrazia*, *ivi*, p. 89; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 445-446; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, pp. 1109-1110; S. CASESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, pp. 327-329).

²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 26, 8-11 febbraio 1999, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 176 e ss.

³⁰ Si consideri, del resto, che il “modello di carcere” tratteggiato dalla Costituzione non è che il riflesso del più ampio “progetto di società e di Stato” delineato dai Padri Costituenti. Progetto, quest’ultimo, che si

ribadire la – ovvia – operatività, anche nel settore penitenziario, dei principi fissati nella Carta fondamentale, ma deve andare oltre, dando concretezza a tali principi attraverso un sistema di norme che sia capace di integrare e coordinare le libertà e i diritti fondamentali della persona con le finalità – anch’esse di indubbio rilievo costituzionale (v. *infra*, § 4.) – dell’istituzione carceraria. Una regolamentazione conforme a Costituzione dell’esecuzione penitenziaria, pertanto, pretende che il legislatore si muova lungo due direttrici. Da un lato, la *lex parlamentaria* deve determinare (ed eventualmente diversificare) il *quantum* di (il grado di intensità del) sacrificio delle libertà e dei diritti fondamentali che – in ragione delle peculiari esigenze del carcere – lo *status detentionis* deve comportare. In questa direzione, quindi, vanno anche poste le condizioni che rendano possibile l’esercizio dei diritti riconosciuti alla persona ristretta nelle forme compatibili con le esigenze di sicurezza dell’istituzione carceraria³¹. Dall’altro lato, ma in modo consequenziale, la legge deve definire gli ambiti e le modalità di intervento dell’Amministrazione penitenziaria, alla quale vanno conferiti unicamente quegli specifici poteri autoritativi che siano necessari al fine di adeguare l’esecuzione delle misure limitative della libertà personale alle esigenze di sicurezza dei cittadini e di sicurezza dell’istituzione carceraria.

Il “quadro dei principi” fissato nella Costituzione, dunque, non soltanto determina il venir meno della posizione di “supremazia” dell’Amministrazione penitenziaria, ma (spostando l’attenzione dalla dimensione soggettiva a quella dell’attività amministrativa, il cui carattere tipico non è più la “supremazia”, bensì la cura di predeterminati interessi pubblici) comporta, altresì, un necessario ridimensionamento del potere discrezionale dell’autorità pubblica, poiché la potestà restrittiva e quella coercitiva, oltre a dover essere riconosciute “in un numero di casi molto più ridotto”³², vanno accompagnate “dall’indicazione dei presupposti, dei

poggia su un pilastro fondamentale: la centralità della persona umana, in quanto “valore originario e finale” (in tal senso, N. OCCHIOCUPO, *Profili essenziali del “progetto di società e Stato” delineato nella Costituzione repubblicana*, in *Dir. soc.*, 1987, pp. 351-354, per il quale, nel concetto di persona consacrato nell’art. 2 Cost., “è insito il concetto di libertà, di diritti innati, riconosciuti, non costituiti, dallo Stato, e garantiti contro ogni possibile violazione e da parte dei poteri pubblici e da parte degli stessi gruppi sociali”; v., inoltre, G. ROEHRSEN DI CAMMARATA, *La posizione dell’uomo nella Costituzione italiana*, ivi, pp. 334 e ss., il quale sottolinea come anche l’art. 27, comma 3, Cost. costituisca una specifica applicazione dell’art. 2 Cost.).

³¹ In tal senso, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, pp. 116-117. Seguendo questa impostazione, si deve ritenere, peraltro, che, qualora non siano posti limiti (qualora non siano imposti divieti o obblighi), ovvero entro i limiti fissati dal legislatore, la persona detenuta è libera di fare o di astenersi da ciò che vuole, ed ha il diritto nei confronti dell’autorità pubblica “a che questa non ostacoli le sue azioni o omissioni”. Spesso, però, la libertà di fare o di astenersi da qualcosa richiede la sussistenza di determinate condizioni fattuali. In tal caso, il detenuto ha un diritto, nei confronti dello Stato, all’apprestamento delle condizioni indispensabili a rendere possibile l’espressione di una libertà costituzionalmente rilevante (si pensi, ad esempio, al diritto di corrispondere liberamente e riservatamente, che pretende la predisposizione di una struttura organizzativa che ne renda possibile l’esercizio anche all’interno del carcere).

³² In questi termini, M.G. COPPETTA, *Commento all’art. 32*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 408.

requisiti e dei limiti che fungono da confine all'esercizio delle medesime"³³. Si tratta, insomma, di un vero e proprio ribaltamento dei tradizionali rapporti tra detenuto e istituzione³⁴; ribaltamento che deve palesarsi nell'imposizione di limiti – esterni ed interni – all'esercizio dei poteri conferiti all'Amministrazione penitenziaria. Questa, infatti, al fine di mantenere l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto, deve rinunciare ad una illimitata potestà di imporre misure restrittive o coercitive nei confronti dei detenuti e non può sottrarsi al controllo successivo di natura giurisdizionale³⁵.

In questo mutato contesto normativo, pertanto, non può più esservi spazio alcuno per la logica della "supremazia giuridica speciale"³⁶, giacché il rapporto esecutivo penale non si risolve più in una relazione caratterizzata dalla condizione di completa soggezione della persona *in vinculis* di fronte al potere libero (in quanto non predeterminato legalmente) dell'autorità pubblica³⁷. Alla relazione potestà pubblica-soggezione del detenuto, infatti, si sostituisce quella tra (predefinite) situazioni di potere dell'Amministrazione e posizioni giuridiche soggettive del ristretto³⁸, nell'ambito di un rapporto amministrativo regolato da norme che – pur se speciali o derogatorie – fanno parte dell'ordinamento statale e, quindi, "devono porsi in un

³³ Così, E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 154.

³⁴ Cfr. V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p. 7.

³⁵ Sul punto, v. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVIETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, p. 573.

³⁶ Per una rapida disamina dei "più appariscenti e fondamentali caratteri sostanziali" di quella serie di fenomeni designata con la nozione di "supremazia speciale", v. A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina*, Torino, 1953, pp. 11-22, 212-213, 250-251. L'Autore, peraltro, sottolinea che "i principi organizzativi dell'ordinamento speciale si presentano con note assai interessanti, poiché il tipico modo di atteggiarsi dei suoi elementi indica che ivi si è oltremodo lontani da quel rigoroso sistema di equilibrio di rapporti, e di garanzie individuali, che si è affermato con vigore nell'ordinamento giuridico dello Stato moderno, tanto da configurarlo come Stato di diritto" (ivi, p. 250). In proposito, v. anche F. LEVI, *op. cit.*, pp. 133-134.

³⁷ Cfr. F. FIORENTIN, *Lesione dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2814-2815; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, p. 6. Del resto, già agli inizi degli anni '70 del secolo scorso, G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, p. 96-97, metteva in evidenza come le teoriche fondate sui concetti di "supremazia speciale" fossero incompatibili con la Costituzione e in "netto contrasto con la stessa struttura attuale della società". L'Autore segnalava, infatti, quanto fosse "infelice la stessa espressione *subordinazione speciale*", capace di sottolineare "esclusivamente i doveri del soggetto privato", dimenticando del tutto "che molti di questi rapporti implicano anche un'estensione del patrimonio giuridico del soggetto". Invero, "anche i rapporti dell'amministrazione con i carcerati o con i militari di leva, anche i rapporti, cioè, in cui l'aspetto autoritario è maggiormente accentuato implicano pur sempre posizioni di vantaggio rispetto alla generalità dei cittadini". Quella della "supremazia speciale" è, dunque, un'idea da "respingere con forza", poiché – come afferma G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 355 – il riconoscimento all'individuo, anche se detenuto, di diritti inviolabili deve cancellare "il convincimento che la sospensione della libertà per effetto della carcerazione comporti anche la sottoposizione del condannato a regole speciali".

³⁸ In merito alla distinzione "tra diritti fondamentali e situazioni di potere", v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008, pp. 975 e ss.

rapporto di compatibilità, se non di prosecuzione o svolgimento, con la Costituzione”³⁹.

Cionondimeno, questo capovolgimento della prospettiva non consente di approdare ad una “illusoria” definizione del rapporto tra autorità pubblica e detenuto in termini di perfetta simmetria, poiché una tale impostazione si scontrerebbe, oltre che con ragioni di ordine teorico⁴⁰, anche con la realtà dell’attuale sistema ordinamentale in cui è così palese l’attribuzione all’Amministrazione penitenziaria di taluni poteri accentuatamente autoritativi e marcatamente unilaterali⁴¹, “che nessun artificio verbale può nascondere il fatto che, di fronte ad atti legittimi di esercizio di tali poteri, l’individuo soccombe”⁴². È opportuno, allora, meglio precisare i caratteri di un

³⁹ In questi termini, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 12-16. In senso analogo, R. DELL’ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, pp. 271-272.

⁴⁰ Sul carattere necessariamente asimmetrico del rapporto di potere, v. N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di Scienza della politica*, Torino, 1966, p. 51.

⁴¹ I marcati profili di autoritatività e di unilateralità, del resto, non sono temperati neanche dalla previsioni di procedimenti amministrativi aperti ai detenuti nei confronti dei quali l’attività amministrativa è destinata a produrre effetti diretti. Sicché, eccezion fatta per il settore disciplinare, il detenuto non è posto nelle condizioni di interloquire preventivamente con l’autorità che ha il dovere-potere di perseguire uno specifico fine pubblico. V., ad esempio, Cass. pen., sez. I, sent. n. 2658, 10-27 gennaio 2005, in *Riv. pen.*, 2006, p. 12, secondo cui, nel corso del procedimento amministrativo, volto all’applicazione del regime detentivo differenziato di cui all’art. 41 bis, commi 2 e ss., o.p., non è prevista alcuna forma di contraddittorio con l’interessato, giacché le particolari esigenze di prontezza, di celerità e di prevenzione della criminalità, che caratterizzano la materia in esame, giustificano la non previsione dell’obbligo di comunicazione all’interessato dell’avvio del procedimento amministrativo e dell’obbligo di ostensione del materiale informativo e investigativo. Di conseguenza, le garanzie del contraddittorio e il diritto di difesa sono destinati a dispiegarsi compiutamente soltanto nell’eventuale, successivo procedimento giurisdizionale, instaurato mediante la proposizione del reclamo, “dove tutti gli atti risultano depositati e messi a disposizione delle parti interessate prima della discussione e della decisione”.

L’orientamento giurisprudenziale appena delineato è criticato da gran parte della dottrina. Tra gli altri, si vedano C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell’ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, 3, p. 225, e L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell’Unione delle Camere penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 31. Del resto, più in generale, sulla piena operatività del principio del contraddittorio in tutte le ipotesi in cui l’autorità pubblica debba applicare “misure sfavorevoli che trovano titolo in comportamenti del soggetto e che tale comportamento, quale violazione di un obbligo giuridico, siano dirette a reprimere”, v. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, p. 285.

⁴² Cfr. G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (dialogo con Andrea Orsi Battiglioni a proposito del suo libro Alla ricerca dello stato di diritto)*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 114. In effetti, la dottrina non sembra mostrare dubbi sul fatto che il provvedimento (o l’attività) che costituisce manifestazione di un potere autoritativo abbia un effetto caratteristico, quello di incidere “nella sfera giuridica del destinatario senza che abbiano rilievo la volontà, le intenzioni, le condizioni psicologiche o di altro genere di quest’ultimo; ciò significa non soltanto che i suoi effetti si realizzano malgrado la volontà contraria del destinatario, ma anche che il consenso di quest’ultimo, se pure eventualmente vi fosse, non avrebbe comunque rilevanza”. Di contro, “nei rapporti tra privati, per ottenere gli stessi effetti di un provvedimento imperativo di un’amministrazione pubblica è necessario un accordo, e in particolare è richiesto il consenso di colui la cui libertà risulta limitata, dal momento che i privati sono posti su un piano di parità e l’ordinamento giuridico non attribuisce dunque, di regola, efficacia giuridica ad atti che pretendano di incidere unilateralmente nella sfera giuridica di altri” (in questi termini, D. SORACE, *Diritto*

rapporto nel quale le situazioni soggettive del detenuto hanno una capacità di delimitazione della situazione di potere che opera non in modo lineare, “come nel diritto privato, ma all’interno di fenomeni più complessi dal punto di vista organizzativo, procedimentale e strutturale”⁴³.

All’interno di tali più complessi fenomeni, pur persistendo un’evidente asimmetria delle situazioni giuridiche, l’esercizio unilaterale del potere pubblico incontra nelle disposizioni costituzionali (e sopranazionali) stringenti limiti, che gli impediscono di intaccare i diritti del detenuto non sacrificabili in assoluto (o meglio, non comprimibili in assoluto ad opera della pubblica amministrazione⁴⁴), e gli impongono di salvaguardare il “contenuto essenziale”⁴⁵ (ovvero – secondo parte della

delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Bologna, 2012, p. 97; in senso analogo, F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *op. cit.*, p. 357).

Ad ogni modo – è opportuno precisarlo – la particolare efficacia di un atto con cui l’Amministrazione penitenziaria esercita il potere di cui è titolare si fonda esclusivamente sulla supremazia dell’ordinamento, e non sulla supremazia dell’Amministrazione che lo ha emanato. Invero, come osserva B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, p. 401, “mentre lo Stato, come ordinamento, pone il diritto e attribuisce poteri, la pubblica amministrazione è titolare di poteri solo nella misura in cui l’ordinamento glieli attribuisce, non diversamente da come li attribuisce a qualsiasi soggetto privato”. Sicché, come evidenziato da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2010, p. 187, “non è all’amministrazione come *entità* che è attribuita preminente dignità nei confronti degli altri soggetti, ma è ai singoli comportamenti di essa, previsti e rigorosamente disciplinati, quanto alla sostanza e quanto alla forma, dall’ordinamento, che è assicurata efficacia per il raggiungimento dei concreti fini assegnati alla stessa amministrazione”.

⁴³ V., sia pure nell’ambito della teoria generale del rapporto amministrativo, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 128.

⁴⁴ Si pensi, ad esempio, ai diritti fondamentali garantiti dalla “riserva di giurisdizione”, diritti che alcuna autorità pubblica, diversa da quella giudiziaria, può limitare e restringere.

⁴⁵ Sulle tre modalità di ricostruzione del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali, modalità riconducibili a tre diverse concezioni (quali sono: la “concezione assolutistica”, per la quale il “contenuto essenziale” rappresenta il “nucleo sostanziale” di ogni diritto, “che è considerato come qualcosa di aprioristicamente identificabile e di operante quale limite assoluto e invalicabile”; la “concezione della proporzionalità del limite”, secondo la quale il “contenuto essenziale” è un concetto relativo, “nel senso che esprime quello che, in rapporto a una concreta fattispecie, rappresenta un ragionevole equilibrio tra il valore incarnato nel diritto e i suoi limiti immanenti, i quali devono essere mezzi ragionevolmente proporzionati al fine di salvaguardare l’esistenza di altri diritti fondamentali o di beni essenziali della comunità”; la “concezione dell’essenzialità o necessità del limite”, secondo cui il “contenuto essenziale” è pur sempre un concetto relativo, “ma questa relatività si esprime nel senso che un diritto fondamentale non può essere ristretto se non in base a valori altrettanto primari e attraverso limiti che, rispetto alla tutela di questi valori, sono necessari, indispensabili e non eccessivi”), v. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 96. L’Autore, del resto, rileva come ciascuna delle predette concezioni possa “trovare contemporanea applicazione, dal momento che si riferiscono a ipotesi diverse e non sono pertanto reciprocamente fungibili”. Così, “quando un diritto inviolabile viene considerato in sé, come nel caso della revisione (eliminazione) costituzionale, non ha alcun senso riferirsi alle teorie relativistiche”. Al contrario, “quando un diritto viene in questione nella sua necessaria relazione con altri diritti o con altri doveri o valori ad esso pariordinati, come nel caso dell’interpretazione o dell’attuazione legislativa della Costituzione, non ha alcun senso richiamarsi alle teorie assolutistiche” (ivi, p. 98). In senso analogo, F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento* (voce), *op. cit.*, p. 12. Sul punto, inoltre, cfr. D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, pp. 173 e ss., per il quale “l’area inviolabile del diritto è, quindi, identificata dalle immanenti limitazioni della libertà, che permettono la relazione fra libertà stessa e altri

dottrina – “il contenuto minimo”⁴⁶) degli altri diritti fondamentali, eventualmente incisi – nel rispetto del principio di proporzionalità – al fine di realizzare un interesse pubblico.

Muovendosi, pertanto, in una logica non soltanto propulsiva, ma anche difensiva, di piena ed effettiva “tutela negativa” dei diritti fondamentali e, quindi, di una “sfera inviolabile” (di un “ambito intangibile”) della libertà della persona⁴⁷, la Costituzione, prima, e il legislatore, poi, hanno collocato al centro del sistema normativo la tutela del detenuto e della sua inviolabile dignità⁴⁸. Dalla centralità

valori del sistema costituzionale. La realizzazione della libertà si ha quindi nella non compressione di quei beni che ne costituiscono la struttura imm modificabile di garanzia” (ivi, p. 187).

⁴⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 117. Altri Autori, invece, non distinguono la nozione di “contenuto minimo” da quella di “contenuto essenziale”. V., ad esempio, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)* – voce –, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo II, Milano, 2008, p. 195, il quale rileva come il concetto di “contenuto minimo o essenziale” dei diritti fondamentali sia evocato dalla Corte costituzionale “in funzione sia di garanzia dell’inviolabilità sia di limite al bilanciamento” legislativo.

⁴⁷ La scelta di attribuire all’autorità amministrativa poteri autoritativi, in vista della realizzazione di predeterminati interessi pubblici, segue, invece, una la logica propulsiva, in base alla quale sono posti in capo all’Amministrazione specifici obblighi – positivi – di intervento a protezione di determinati beni giuridici. In merito alla “posizione di garanzia” assunta dall’Amministrazione penitenziaria, dalla quale “discende un’articolata serie di obblighi, quali la tutela dell’integrità fisica, della salute, della formazione culturale, della sfera sociale, familiare e affettiva delle persone sottoposte ad esecuzione penale”, v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, p. 176.

⁴⁸ Nella veste giuridica di “principio supremo dell’ordinamento”, la dignità della persona si colloca ad un livello superiore rispetto a quello occupato dagli altri diritti inviolabili: essa è il fondamento di tali diritti e riceve protezione dal loro complessivo sistema. Ciò vuol dire che, se anche un diritto fondamentale può subire una restrizione nei casi e nei modi stabiliti dalle norme costituzionali e legislative, per contro la dignità umana non può essere in alcun modo incisa. Viene in rilievo, dunque, il carattere di intangibilità della dignità, la quale si erge a barriera insormontabile, oltre la quale la stessa compressione di un diritto fondamentale non può spingersi. Si palesa, in tal modo, il ruolo che la dignità umana deve svolgere in sede di ponderazione tra diritti fondamentali e altri interessi o valori aventi rilievo costituzionale. La dignità umana, infatti, si pone come “punto di riferimento e di orientamento” dell’operazione di bilanciamento, giacché, stante la sua intangibilità, il rispetto della persona umana è limite invalicabile anche quando un interesse pubblico presenti un grado di intensità tale da prevalere sull’intessere dell’individuo alla piena tutela di taluno dei suoi diritti fondamentali. In alcun modo, invece, il valore supremo della dignità della persona può essere temperato con altri interessi o valori, anche se di preminente rilievo costituzionale. Un’operazione di tal genere, infatti, oltre che discutibile sotto il profilo dell’ordine assiologico, sarebbe concretamente rischiosa, giacché, divenendo oggetto di bilanciamento, la dignità umana perderebbe il proprio carattere fondativo del complessivo sistema di protezione dei diritti fondamentali dell’uomo.

Diversa è, invece, la prospettiva di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 130-131, 385, 396, che – ponendo la dignità umana sullo stesso piano degli altri principi – distingue due norme sulla dignità umana: la regola della dignità umana e il principio della dignità umana. “La relazione di preferenza del principio di dignità umana su principi concorrenti decide del contenuto della regola della dignità umana”. Sicché, “non è il principio che è assoluto, ma la regola, che, a riguardo della sua apertura semantica, non necessita di restrizioni in nessuna delle relazioni di preferenza in esame”. E allora, “che il principio di dignità umana prevalga, sotto determinate condizioni, con grande certezza su altri principi, non giustifica alcuna assolutezza del principio, ma significa solo che esistono ragioni costituzionali inoppugnabili per una relazione di priorità a vantaggio della dignità umana, sotto determinate condizioni”.

assunta dal valore della dignità umana discendono non soltanto gli invalicabili limiti esterni imposti all'esercizio dei poteri amministrativi autoritativi (limiti segnati dai diritti incomprimibili in assoluto e dal "nucleo essenziale" delle altre situazioni di vantaggio costituzionalmente protette), ma, altresì, stringenti limiti interni. Nei casi stabiliti dalla legge, infatti, un interesse pubblico prioritario può essere legittimamente realizzato dall'Amministrazione soltanto attraverso l'impiego di misure restrittive o coercitive che impongono alle situazioni giuridiche del detenuto un sacrificio proporzionato rispetto al beneficio atteso. Sicché, in nessun caso, i diritti della persona *in vinculis* possono essere "arbitrariamente, inutilmente, eccessivamente, irragionevolmente – in definitiva *sproporzionalmente* – sacrificati sul sacro altare di un interesse pubblico"⁴⁹.

Nel mutamento – rispetto al passato – dei rapporti di "forza" tra situazioni giuridiche soggettive del detenuto e posizioni di potere dell'autorità pubblica, dunque, va rinvenuto il fondamento della *proporzionalità*. Essa, infatti, si erge a principio generale, di derivazione costituzionale, che "opera giuridicamente" (anche in assenza

⁴⁹ Così, con riferimento all'azione amministrativa considerata astrattamente e nel suo complesso, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 180. Sul fondamento costituzionale del principio di proporzionalità, cfr. altresì V. FANTI, *op. cit.*, p. 121; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 148, secondo cui la Carta fondamentale, nel proclamare l'inviolabilità di determinati diritti e libertà, e nel consentirne la restrizione solo al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, "non farebbe altro che evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile tra gli interessi collettivi (...) e la protezione dell'individuo". Del resto, in ordine alla stretta relazione sussistente tra i diritti fondamentali – intesi quali principi, cioè quali norme "che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali" (i principi, dunque, sono "precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta di tale realizzazione dipende non solo da possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche") – e il principio di proporzionalità, v. la fondamentale opera di R. ALEXY, *cit.*, pp. 133-137. Secondo l'Autore, infatti, "che il carattere dei principi implichi il principio di proporzionalità, con i suoi sottoprincipi di idoneità (*Geeignetheit*), di necessità (*Erforderlichkeit*) (prescrizione del mezzo meno invasivo) e del rapporto di proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne*) (prescrizione del bilanciamento propriamente detto), segue logicamente dal carattere di principio, cioè è da esso deducibile" (ivi, p. 133).

Il principio di proporzionalità, dunque, opera all'interno di un sistema in cui le libertà individuali ed i diritti fondamentali – in quanto strettamente inerenti alla dignità della persona, della quale costituiscono il patrimonio irriducibile e irrettabile – non sono il prodotto di una mera concessione dello Stato, ma sono la base di legittimazione del sistema stesso, collocandosi "in posizione ontologicamente anteriore rispetto all'organizzazione dei poteri, che resta funzionalizzata alla loro realizzazione ed alla loro salvaguardia" (cfr. G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, p. 230; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, pp. 11-12). Ciò significa che – con specifico riferimento al diritto penitenziario – il principio di proporzionalità opera non all'interno di "un sistema che nega ogni diritto al detenuto salvo quelle facoltà di volta in volta espressamente concesse" (in questo senso, L. STORTONI, "Libertà" e "diritti" del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere "riformato"*, Bologna, 1977, pp. 33, 45, 55-56, il quale, peraltro, dubita che la nozione di diritto come garanzia sia compatibile con il tipo di istituzione descritto dalla legge penitenziaria), ma all'interno di un sistema che riconosce ai detenuti "l'intero patrimonio dei diritti fondamentali, ad esclusione di quelli la cui soppressione o limitazione è essenziale all'esecuzione della pena" (in tal senso, V. GREVI, *op. cit.*, pp. 8-11; E. FASSONE, *op. cit.*, p. 153).

di una specifica regola valida per il caso concreto⁵⁰) sia sull'attività dell'Amministrazione penitenziaria, sia su quella del giudice chiamato a sindacare la conformità a diritto di tale attività amministrativa⁵¹.

Il rispetto del principio *de quo*, infatti, garantisce che i diritti del detenuto esplichino pienamente la loro capacità di delimitazione (esterna ed interna) delle posizioni di potere, impedendo, in tal modo, che l'accentuata asimmetria del rapporto tra Amministrazione e ristretti debordi in abuso o in cattivo uso del potere pubblico. In particolare, il principio di proporzionalità, in virtù della sua "funzione normogenetica"⁵², è fonte di precise regole di condotta (giuridiche e vincolanti), che devono guidare le decisioni dell'Amministrazione penitenziaria verso l'adozione di misure restrittive o coercitive non eccessivamente afflittive, poiché in grado di perseguire un fine pubblico senza intaccare i diritti incomprimibili in assoluto e incidendo sulle altre posizioni soggettive del detenuto nei limiti della stretta *necessità*, dell'*adeguatezza* e della *proporzionalità in senso stretto*⁵³.

⁵⁰ Cfr., sia pure con riferimento al principio di ragionevolezza, M. CARIGLIA, *L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in LA TORRE-SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 180.

⁵¹ In merito al principio di proporzionalità quale "principio di *giustizia materiale*, il cui rango costituzionale deriva dall'essenza stessa dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali che esso incarna giacché, in quanto espressione del diritto di libertà del cittadino nei confronti dello Stato, tali diritti possono essere limitati solo nella misura che risulta indispensabile per proteggere gli interessi pubblici", v. E. CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 2490. Del resto, secondo G.A. ANSALDI, *op. cit.*, pp. 13-14, con l'avvento della Costituzione repubblicana, si è ribaltato "il rapporto tra legge e principi generali dell'ordinamento: quest'ultimi, collocandosi all'apice del sistema giuridico, indirizzano l'opera del legislatore, dell'amministrazione e del giudice, i quali, ciascuno nell'ambito della rispettiva funzione, dovranno perseguire i fini indicati in essi". Invero, come rilevato da G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, p. 37, "l'essere i principi fondamentali contenuti nella Costituzione e non intrinseci alla legislazione ordinaria conferisce loro la capacità di svolgere, ai vertici del sistema, una funzione *propellente e delimitante*". Sulla forza dei principi di derivazione costituzionale, v. inoltre G. SALA, *op. cit.*, pp. 67 e ss.

⁵² Sulla "funzione integrativa o normogenetica" dei principi generali, funzione intesa come idoneità dei principi alla produzione di norme applicabili ai casi concreti, v. F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, pp. 8-10. Non può sottacersi, tuttavia, l'orientamento dottrinario di segno contrario, per il quale se è impossibile ricavare i principi per induzione dalle norme, è altrettanto impossibile dedurre le norme dai principi, giacché "il passaggio da norma a principio o viceversa è un *passaggio a qualcosa di diverso per qualità*, non è passaggio da particolare a generale o viceversa entro uno stesso ambito di cose" (in questi termini, S. BASILE, "*Valori supremi*" *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2240-2241). In verità, è possibile ricondurre il principio di proporzionalità alla categoria dei "principi regolativi", i quali – a differenza dei "principi direttivi" – sono al tempo stesso principi e regole, vale a dire sia semplici direttive, sia norme in relazione alle quali è possibile configurare gli atti che ne costituiscono l'osservanza o l'inosservanza. Sul punto, v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013, pp. 111-118, secondo cui i principi regolativi, "in quanto principi, operano come argomenti nelle motivazioni dell'interpretazione giudiziaria o della politica legislativa (...). Ma in quanto regole essi si applicano e si attuano (...) quali norme rigidamente vincolanti".

⁵³ In tal modo, come rileva A. SAU, *op. cit.*, p. 19, il principio di proporzionalità "si pone all'attenzione dell'interprete come criterio cardine di un diritto amministrativo di garanzia, in grado di coniugare l'obiettivo della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico concreto con la tutela ed il necessario rispetto della persona umana coinvolta *dal e nell'esercizio* del potere amministrativo".

3. La proporzionalità come autonomo canone dell'azione amministrativa e autonomo parametro di giudizio della sua legittimità.

La piena e diretta operatività del principio di proporzionalità sull'attività amministrativa, finalizzata a garantire la corretta ed effettiva esecuzione delle misure restrittive della libertà personale, trova conferma – sia pure con qualche incertezza terminologica – nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Già a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, la Consulta ha precisato che l'Amministrazione penitenziaria non può adottare misure restrittive dei diritti dei detenuti che, per il loro contenuto, siano palesemente “incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento”. Mancando tale congruità, infatti, “le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento”⁵⁴.

Ad approdi analoghi – ma con maggiore accuratezza e precisione terminologica – è successivamente giunta anche la Corte di cassazione, la quale, in tema di giustiziabilità dei diritti dei detenuti, ha affermato che devono ritenersi tutelabili tutte le situazioni giuridiche soggettive riconosciute dalle norme penitenziarie, nonché tutte quelle riconoscibili ad un soggetto libero, in relazione alle quali occorre sempre applicare il criterio della proporzionalità “tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona”, conseguendone che il sacrificio imposto al singolo “non deve eccedere quello minimo necessario ai fini della sicurezza e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto”⁵⁵.

Al parametro della proporzionalità, del resto, i giudici di legittimità hanno fatto espresso riferimento, anche quando sono stati chiamati a valutare la legittimità del ricorso alla perquisizione personale con denudamento del detenuto. In quella occasione, si è chiarito che “l'unica base giustificativa delle modalità, di per sé degradanti e umilianti, dell'ispezione corporale, in grado di rendere l'operazione non arbitraria né vessatoria, è costituita dalla congruità dell'atto rispetto al fine cui è

⁵⁴ V. Corte cost., sent. n. 351, 18 ottobre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2788. Secondo la Corte, peraltro, la mancanza di congruità (da intendere sia come difetto di proporzionalità, sia come non rispondenza della misura all'interesse pubblico predeterminato dal legislatore) non può trovare giustificazione in un intento meramente “dimostrativo”. Invero, la funzione attribuita dalla legge alle misure amministrative che comprimono i diritti della persona *in vinculis* non può essere alterata o forzata attribuendo a dette misure uno scopo, per l'appunto, “dimostrativo”, volto cioè a privare il detenuto, o una categoria di detenuti, di quelle che vengono considerate manifestazioni di “potere reale” e occasioni per aggregare “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensive criminali. Secondo la Consulta, infatti, se è vero che va combattuto, in ogni modo, il manifestarsi all'interno del carcere di forme di “potere” dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario. Ragione per cui non può ritenersi legittimo, a questo scopo, l'impiego di misure maggiormente restrittive nei confronti di singoli detenuti, “in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti”.

⁵⁵ In questi termini, Cass. pen., sez. I, sent. n. 7791, 30 gennaio-20 febbraio 2008.

diretto, verificabile di volta in volta sulla base dei criteri di ragionevole necessità o non superfluità, adeguatezza e proporzionalità dello specifico intervento sul corpo nudo del detenuto da parte degli organi penitenziari⁵⁶.

Per la verità, le pronunce cui si è fatto cenno assumono rilievo sotto un duplice profilo. Esse, infatti, non soltanto fanno esplicito ricorso al parametro della proporzionalità, al fine di vagliare la legittimità dell'attività dell'Amministrazione penitenziaria, ma confermano, altresì, che tale parametro di giudizio è dotato di piena autonomia concettuale e pratico-operativa. In particolare, facendo proprie le conclusioni alle quali è giunta quella parte della dottrina che si è occupata ex professo del principio in questione, la giurisprudenza (in special modo quella di legittimità) non sembra mai confondere il parametro della proporzionalità con quello di ragionevolezza, e non fa operare il primo come mero corollario (o sottoprincipio) del secondo. Cosicché parrebbe oramai acquisita la consapevolezza delle differenti peculiarità contenutistiche che contraddistinguono i due autonomi canoni, i quali si pongono, al contempo, sia come criteri guida dell'azione amministrativa, sia come schemi di giudizio della legittimità dell'agire dei pubblici poteri⁵⁷. Il criterio/parametro della ragionevolezza, difatti, consente di stabilire quando un interesse pubblico "possa plausibilmente intendersi come prevalente sugli altri" (c.d. valutazione qualitativa del bilanciamento degli interessi in gioco⁵⁸; quello di proporzionalità, invece, si pone come "metodo di misurazione oggettiva della ragionevolezza che consente di stabilire, per

⁵⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 8411, 3 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4217. *Conf.*; Cass. pen., sez. I, sent. n. 24715, 22 maggio-18 giugno 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 742; Cass. pen., sez. I, sent. n. 46263, 19 novembre-16 dicembre 2008, *ivi*, p. 1318; Cass. pen., sez. I, sent. n. 13996, 16 febbraio-7 aprile 2011, in ZAPPA-MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, Piacenza, 2013, p. 623.

⁵⁷ Sull'autonomia dello schema logico di proporzionalità rispetto a quello di ragionevolezza, v. A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 322, secondo cui la distinzione principale tra i due concetti "sta nel fatto che, mentre, attraverso la verifica di ragionevolezza, l'amministrazione valuta la *qualità* degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla *giustificabilità* della scelta, ponendo in essere, quindi, una verifica di massima sulla non incongruità dell'uso del potere discrezionale, attraverso la valutazione di proporzionalità, l'amministrazione vaglia la adeguata *intensità* dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione all'adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento del fine pubblico". Di conseguenza, come rileva S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, pp. 206-207, "la proporzione (e l'ambito applicativo del suo principio) si distingue fondamentalmente dalla ragione (e dall'ambito applicativo del suo principio), in quanto tende ad imporsi come misura neutrale, o più propriamente come metodo di misurazione oggettiva. Essa cioè segue regole obbligate che non possono deviare dal loro sviluppo lineare impresso in termini di pura consequenzialità logica". Nella stessa direzione si muovono G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 981; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 172; M.C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 304; M. SOLI, *I principi di proporzionalità e sussidiarietà, proporzionalità e ragionevolezza*, in COGLIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 29-30; F. SAIITA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di una azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità*, in *Dir. soc.*, 2001, pp. 516-517; V. A. DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, 798, 2002, pp. 28-32; G. LIGUGNANA, *op. cit.*, p. 478; V. FANTI, *op. cit.*, pp. 118-120; E. BUOSO, *op. cit.*, pp. 231-241; A. SAU, *op. cit.*, pp. 46 e ss.; S. BOLLINO, *Il principio di proporzionalità come metodo di valore universale. Un'analisi delle sue forme applicative in sede di ponderazione e di sussunzione degli interessi in gioco*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 1303-1311.

⁵⁸ Cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 360.

l'appunto, "in quale misura" un interesse pubblico debba prevalere sugli altri (c.d. valutazione quantitativa del bilanciamento)⁵⁹.

In definitiva, è oramai assodato che l'autonomo criterio della proporzionalità debba orientare tutte le scelte dell'Amministrazione penitenziaria, non potendosi, del resto, trascurare che tra i principi fondamentali, fissati dalle Regole penitenziarie europee, vi è proprio quello in base al quale "le restrizioni imposte alle persone private della libertà personale devono essere limitate allo stretto necessario e devono essere proporzionate agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte" (art. 3)⁶⁰. Si tratta, del resto, di principi ribaditi anche nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa

⁵⁹ Cfr. S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 207. ID., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1204: "La ragione detta alla proporzione le proprie scale di valori, le proprie coordinate di riferimento, i propri *standard* di valutazione. La proporzione applica oggettivamente quelle scale di valori, quelle coordinate di riferimento, quegli *standard* di valutazione in modo commisurato (proporzionato): tale cioè da garantire coerenza, stabilità, omogeneità di apprezzamento".

⁶⁰ V. la Racc. (2006) 2, sulle *Regole penitenziarie europee*, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006 (traduzione italiana a cura di L. CESARIS, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *op. cit.*, pp. 1519 e ss.), che rivisita e aggiorna in modo approfondito la Racc. (87) 3, sulle *Regole penit. eur.*, adottata sempre dal C.M.C.E. il 12 febbraio 1987 – in COMUCCI-PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989 – la quale, a sua volta, aveva sostituito le *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, approvate dal C.M.C.E. nel gennaio del 1973.

Le *Regole penitenziarie europee* sono state elaborate tenendo conto della CEDU, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle norme sviluppate nei rapporti elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Tali *Regole*, dunque, fissano i principi e le direttive comuni in materia di politica penitenziaria, al fine sia di orientare le scelte degli Stati membri, che intendano modernizzare la loro legislazione, sia di "aiutare le Amministrazioni penitenziarie a determinare in quale modo gestire la loro autorità, anche qualora le *Regole* non siano ancora state completamente integrate nel diritto interno". La dottrina, del resto, pur rilevando che, dal punto di vista internazionale, le *Regole penitenziarie europee* non sono vincolanti, trattandosi di semplici raccomandazioni, evidenzia tuttavia come esse costituiscano un tradizionale ed importante punto di riferimento per la Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. L. DAGA, *Le nuove regole penitenziarie europee*, in *Rass. penit. crim.*, 1986, 1-3, p. 446; V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, p. 68). Argomentazioni, queste, riprese e ulteriormente sviluppate nell'*Allegato alla Racc. (2006) 2*, cit., la cui introduzione: a) constata come le *Regole* costituiscano oramai un fondamentale riferimento per la Corte europea dei diritti dell'uomo e per il Comitato europeo per la prevenzione della tortura; b) invita i tribunali nazionali e gli organi di ispezione a basarsi su queste *Regole*, atteso che, tra l'altro, l'intensificarsi della pratica dei trasferimenti dei detenuti tra Stati membri rende necessario che ogni Stato, nel decidere un trasferimento, "abbia la garanzia che il detenuto interessato sia trattato convenientemente nel paese di destinazione". È indubbia, pertanto, l'importanza che le *Regole penitenziarie europee* assumono sia come parametri di valutazione della conformità alla CEDU delle misure con cui gli Stati aderenti limitano i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo, sia come direttive che devono orientare l'azione dei pubblici poteri, in modo da impedire che essa intacchi la sfera di intangibilità dei diritti e delle libertà fondamentali. Sul punto, v. M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2180, il quale evidenzia come le *Regole penitenziarie europee*, "ancorché considerate di *soft law*", esercitino "un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ai fini della concretizzazione dei parametri convenzionali impiegati nella soluzione delle questioni riguardanti i diritti dei detenuti". Più in generale, sulla radice e su talune delle funzioni svolte dalla *soft law*, v. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, pp. 42-49.

relativa ai delinquenti pericolosi, nei cui confronti si devono adottare misure restrittive e di intervento che non siano sproporzionate rispetto al livello del rischio⁶¹.

4. Gli ambiti di operatività del principio di proporzionalità: l'attività amministrativa di natura autoritativa.

Il principio di proporzionalità opera giuridicamente sia con riferimento all'attività amministrativa, di natura autoritativa, rivolta alla realizzazione di un fine specifico, imposto dalla norma attributiva del potere in vista del soddisfacimento di un interesse pubblico prioritario, sia con riferimento all'attività di prestazione di pubblico servizio. Tale assunto, tuttavia, merita talune precisazioni, dovendosi differenziare i diversi interessi pubblici affidati dalla legge in cura all'Amministrazione⁶². In astratto, infatti, tali interessi pubblici prioritari sono identificati dal legislatore nell'esigenza di mantenere o di ripristinare l'ordine o la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario, ovvero nell'esigenza di garantire e di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini. Si tratta, quindi, di interessi di natura collettiva dall'indubbio rilievo costituzionale⁶³. Interessi pubblici prioritari la cui realizzazione, da un lato, giustifica la

⁶¹ Cfr. Racc. (2014)3, relativa ai delinquenti pericolosi, adottata del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 febbraio 2014, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, pp. 223-232. Il par. 3 di tale Racc., del resto, stabilisce anche che nei confronti dei delinquenti pericolosi si deve adottare la misura meno restrittiva possibile in grado di assicurare la protezione della società e la riduzione del rischio. Nel caso di detenzione in carcere, le condizioni di detenzione e i regimi penitenziari devono essere i più tollerabili possibile e devono ispirarsi ai principi enunciati dalla Regole penitenziarie europee (par. 40). In ambito penitenziario, inoltre, le misure di sicurezza devono essere limitate al minimo necessario e il livello di sicurezza rivisto ad intervalli regolari (par. 41). È opportuno rilevare, tuttavia, che la Raccomandazione di cui trattasi definisce il rischio come l'elevata probabilità di commissione di un nuovo reato sessuale molto grave o di un reato violento molto grave a danno di una o più persone (par. 1, lett. c). Sicché – si precisa – occorre operare una chiara distinzione tra i rischi che il delinquente pone per la società e quelli per la vita del carcere. Questi due rischi, quindi, devono essere valutati separatamente (par. 33).

⁶² Come osserva G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)* – voce –, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, IX, p. 3, l'interesse pubblico non è mai un generico, indefinito, interesse onnicomprensivo, "ma uno specifico interesse solitamente individuato da una norma, quanto meno attraverso la pura e semplice attribuzione di competenza ad un organo". Sicché l'attività amministrativa si rivolge sempre "alla cura di un interesse pubblico specifico, positivamente determinato". Del resto, non può trascurarsi che, secondo autorevole dottrina, la categoria dell'interesse pubblico "risulta un anello ineliminabile nel processo di neutralizzazione del potere" (v. G. DIGASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 383).

⁶³ Secondo G. SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 31-33, il "problema della meritevolezza della tutela" di un interesse "sta alla base di ogni concezione assiologia del diritto", di modo che un interesse – o meglio, gli interessi – "possono incanalarsi nei circuiti istituzionali (...) solo se filtrati dai valori riconosciuti dalla Costituzione, non quali creazioni di quest'ultima, ma quali deposito di civiltà di un'epoca storica". Peraltro, muovendosi nell'ambito della logica della meritevolezza della tutela e seguendo la classificazione proposta da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 117, è possibile distinguere gli "interessi pubblici prioritari" (tra i quali sono da annoverare l'interesse alla sicurezza esterna ed interna all'istituto penitenziario, nonché l'interesse alla sicurezza pubblica) dalle finalità sociali, le quali, ancorché ritenute dalla Costituzione come meritevoli di peculiare tutela giuridica, non sono coesenziali "rispetto all'esistenza della comunità statale". In merito alla rilevanza costituzionale dei valori sottesi all'interesse pubblico prioritario alla tutela della sicurezza,

previsione di limiti all'esercizio di talune libertà e di taluni dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona detenuta e, dall'altro, pretende che l'Amministrazione penitenziaria adempia il dovere di perseguirli, esercitando i poteri conferiti a tal fine dal legislatore⁶⁴.

Se poi si pone l'attenzione sui caratteri essenziali e costanti degli interessi pubblici individuati dalla legge penitenziaria, è possibile pervenire ad una precisa differenziazione concettuale di essi. Infatti, la nozione di "ordine interno" al carcere fa riferimento ad una situazione di fatto nella quale ogni detenuto, mantenendo la propria "collocazione" all'interno della comunità in cui è inserito, nel rispetto dei doveri derivanti dallo *status detentionis*, contribuisce al regolare funzionamento dell'istituzione⁶⁵. L'interesse pubblico da perseguire, dunque, consiste nel garantire il regolare svolgimento della vita quotidiana all'interno del carcere, "in conformità alle norme di comportamento e di organizzazione", poste dalla legge penitenziaria, dal regolamento di esecuzione e dal regolamento interno, ovvero promananti dagli ordini

cfr. T. F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in VIDA (a cura di), *Diritti umani: trasformazioni e reazioni*, Bologna, 2008, pp. 275 e ss.

⁶⁴ In dottrina, si sottolinea come "le norme attributive di potere si possono comunque in un modo o nell'altro considerare come riflesso di norme obbligatorie, ed anzi come nel campo del diritto amministrativo la modalità del dovere è alla base della stessa modalità del potere" (cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 229; G. MARONGIU, *op. cit.*, p. 96, per il quale il potere, in un ordinamento democratico, "non è una libera forza di comando, ma solo la faccia attiva di una situazione doverosa, il modo di esercizio di un ufficio posto in quanto tale a servizio della collettività generale"; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 1230, secondo cui "la componente del potere e quella dell'obbligo coesistono in tutti i poteri amministrativi). Sicché il dovere di soddisfare un determinato interesse primario (e, a tal fine, il dovere di perseguire uno specifico fine pubblico) ha preminenza logica rispetto al potere conferito dalla legge all'Amministrazione in vista del raggiungimento di detto scopo (cfr. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 74 e ss., per la quale il dovere è "causa, fine e misura del potere conferito, così variamente conformandolo e limitandolo"). Sul punto, cfr. anche E. CASSETTA, *Attività amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, I, p. 528; F. VOLPE, *op. cit.*, pp. 352, 356-358.

Cionondimeno, il dovere di realizzare l'interesse pubblico, trova due limiti. Il primo discendente sia dall'esigenza di impedire che l'autorità amministrativa imponga ai diritti del detenuto un sacrificio sovrabbondante rispetto al beneficio previsto a vantaggio dell'interesse collettivo, sia dall'esigenza di tutelare il "nucleo essenziale" e intangibile dei diritti fondamentali della persona ristretta (v. *infra*, § 5.3.). Il secondo limite, invece, è posto da quelle disposizioni di legge che, in modo espresso, subordinano la doverosità del perseguimento di uno specifico fine pubblico all'apprezzamento, da parte dell'autorità amministrativa, della concreta prevalenza dell'interesse collettivo, cui si connette il fine da perseguire, sul contrapposto interesse privato. Si pensi, in proposito, alla fattispecie legale, di carattere generale, dell'annullamento d'ufficio giacché, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, comma 1, della l. n. 241, del 1990, l'organo che ha emanato l'atto (o altro organo previsto dalla legge) può annullare d'ufficio i provvedimenti illegittimi, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tendendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

⁶⁵ Cfr. G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rass. studi penit.*, 1977, VI, p. 709.; L.R. RUSSO, *La sorveglianza particolare e la regolamentazione della sospensione delle normali regole del trattamento*, in FLORA (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, p. 30; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991, p. 146.

e dalle prescrizioni impartiti dall'autorità penitenziaria⁶⁶ (artt. 1, comma 3, e 14 *ter*, comma 1, o.p.).

Tuttavia, l'interesse al mantenimento dell'ordine nel carcere non è fine a se stesso, ma è funzionale alla realizzazione di altri interessi pubblici prioritari: la sicurezza esterna e quella interna all'istituto. Con il concetto di "sicurezza interna", infatti, si indica la condizione oggettiva che impedisce ai detenuti di porre in essere condotte suscettibili di ledere gli interessi personali e patrimoniali delle altre persone ristrette, degli operatori penitenziari e dei visitatori. Di conseguenza, la sicurezza si ha quando è garantita ai detenuti, agli operatori e ai visitatori la possibilità di svolgere – all'interno del carcere – le loro lecite attività, "senza essere minacciati da offese alla loro personalità fisica e morale" e ai loro interessi patrimoniali (artt. 1, comma 1, 14 *ter*, comma 1, 34, 41, 41 *bis*, comma 1, e 42 o.p.)⁶⁷.

Il concetto di "sicurezza esterna", invece, allude ad una condizione di fatto che impedisce ai detenuti di sottrarsi all'esecuzione della misura restrittiva della libertà personale, ovvero impedisce di eludere i divieti di contatto con l'ambiente esterno, evitando che sia soppressa quella componente di segregazione che ancora caratterizza l'istituzione carceraria (artt. 14 *bis*, comma 1, 21, comma 2, 41, comma 1, e 42 *bis*, commi 5 e 6, o.p.)⁶⁸.

L'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini, infine, sintetizzano – nella prospettiva della legge penitenziaria – le condizioni fattuali che garantiscono la protezione della società esterna dalle più gravi forme di criminalità organizzata; protezione assicurata attraverso la recisione dei collegamenti tra i detenuti – che si ritiene svolgano un ruolo strategico all'interno di pericolose consorterie criminali – e i sodali ancora in libertà o ristretti (art. 41 *bis*, comma 2, o.p.)⁶⁹.

⁶⁶ In questi termini, F.C. PALAZZO, *Commento all'art. 1 della legge n. 663 del 1986*, in *Leg. Pen.*, 1987, p. 106.

⁶⁷ Mantenendo l'angolo visuale dei poteri amministrativi di natura autoritativa, deve evidenziarsi come l'interesse pubblico al mantenimento della sicurezza interna comprenda anche il più specifico interesse al mantenimento di adeguate condizioni igienico-sanitarie all'interno dell'istituto penitenziario. A quest'ultimo interesse pubblico, infatti, fanno esplicito riferimento talune disposizioni legislative che conferiscono all'autorità pubblica determinati poteri autoritativi, capaci di produrre effetti sfavorevoli nella sfera giuridica dei detenuti. Anzitutto, l'art. 8, comma 3, o.p., che attribuisce all'autorità amministrativa il potere di imporre ai detenuti il taglio di capelli e della barba per particolari ragioni igienico-sanitarie. Poi, l'art. 11, comma 5, o.p., che regola un'ipotesi di visita medica cui devono obbligatoriamente sottoporsi i detenuti. Infine, gli artt. 11, comma 7, e 33, n. 1, o.p., che prevedono e disciplinano la misura segregativa dell'isolamento continuo per ragioni sanitarie, misura da applicare nei confronti dei soggetti sospetti o riconosciuti affetti da malattie contagiose.

⁶⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli Istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, op. cit., p. 166; F.C. PALAZZO, op. cit., p. 106, il quale evidenzia come quelli inerenti alla sicurezza del carcere siano interessi pubblici "fondamentali": gli interessi "relativi alla sicurezza interna per la loro intrinseca rilevanza, quello relativo alla sicurezza esterna perché essenziale alla natura stessa della pena carceraria".

⁶⁹ Per la considerazione secondo la quale l'interesse primario *de quo* sembra possedere "una *ratio* estranea agli scopi tradizionali dell'esecuzione delle pene detentive", cfr. V. GREVI, *Commento all'art. 1*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, op. cit., p. 14. *Contra*, tuttavia, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, p. 241, la quale evidenzia come "la disciplina attuale della norma (...) chiarisca senza ambiguità che il regime detentivo speciale non

Il soddisfacimento di tali interessi pubblici prioritari⁷⁰ passa attraverso il doveroso perseguimento di fini specifici⁷¹, per la cui realizzazione la legge attribuisce all'Amministrazione penitenziaria determinati poteri autoritativi⁷², da esercitare al verificarsi di presupposti di fatto che non sempre sono predeterminati dal solo legislatore. Ad esempio, affinché la vita quotidiana all'interno del carcere si svolga in modo regolare (interesse primario), si deve ottenere il corretto adempimento degli ordini legittimamente impartiti ai detenuti (fine specifico); sicché, in caso di inottemperanza, taluni di tali ordini sono direttamente coercibili mediante l'impiego della forza fisica da parte del personale di polizia penitenziaria (art. 41, comma 1, o.p.).

E ancora, allo scopo di mantenere o di ripristinare la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario (interesse prioritario), il fine specifico di impedire l'introduzione in carcere di sostanze od oggetti pericolosi deve essere raggiunto eseguendo perquisizioni personali nei confronti dei detenuti (art. 34 o.p.) o procedendo a mere ispezioni strumentali con il *metal detector* (art. 74, comma 2, d.P.R. n. 230 del 2000). L'obiettivo di contrastare il diffondersi in carcere di una grave patologia contagiosa – obiettivo anch'esso correlato all'esigenza primaria di tutela della sicurezza interna (segnatamente, all'esigenza di mantenere adeguate condizioni igienico-sanitarie all'interno dell'istituto penitenziario) – deve essere realizzato disponendo

mira a perseguire scopi estranei all'esecuzione penale, ma che anzi sia del tutto funzionale a scopi di prevenzione speciale del tutto propri sia alla pena detentiva, sia alla custodia cautelare in carcere, sia alle misure di sicurezza detentive". Sulle finalità perseguite dal regime di cui trattasi, cfr., inoltre, Corte cost., sent. n. 143, 24 aprile-17 giugno 2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2171.

⁷⁰ L'ordine pubblico, la sicurezza pubblica e la sicurezza esterna costituiscono interessi pubblici prioritari che concernono la generalità dei consociati, venendo in rilievo "fini imprescindibili di qualunque ordinamento politico". L'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario, invece, sono interessi individuati con riferimento ad un ben definito gruppo sociale (sulla distinzione tra le due categorie di interessi, v. G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, pp. 13-14, il quale, tuttavia, sottolinea che – dal punto di vista del diritto – il secondo tipo di interesse "non si distingue granché dal primo tipo di interesse").

⁷¹ Il principio di proporzionalità, dunque, opera prevalentemente "in un sistema di finalità doverose predeterminate ed eterodeterminate". Ed è stato proprio questo sistema, in cui "l'azione pubblica è vincolata al perseguimento di finalità indicate da norme superiori", ad aver facilitato "l'affermazione della proporzionalità come strumento di limitazione delle attività amministrative" (in tal senso, E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 3). Peraltro, sull'importanza che riveste – ai fini dell'adozione di una misura proporzionata – la precisa e chiara individuazione dell'interesse prioritario affidato in cura all'Amministrazione, del fine specifico da perseguire e degli strumenti suscettibili di essere adottati, v. S. VILLAMENA, *op. cit.*, pp. 95, 111.

⁷² Come rileva F. VOLPE, *op. cit.*, p. 357, ciò che giustifica l'attività di imperio dell'autorità amministrativa è proprio lo stretto legame che sussiste tra il fine da raggiungere (fine connesso ad un interesse pubblico prioritario) e il mezzo necessario per soddisfarlo. In ogni caso, non sfugge a V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 156, che i poteri amministrativi, essendo delle capacità speciali, e non espressione della capacità generale, necessitano di specifiche previsioni normative, poiché "a nessun soggetto dell'ordinamento, salvo a quelli espressamente contemplati a tal fine dalla norma, spetta l'utilizzo di quel materiale giuridico, e quindi la capacità di produrre nel mondo giuridico quei determinati effetti (cioè quelli previsti dalla norma attributiva del potere), che non possono essere prodotti mediante attività giuridica posta in essere nell'esercizio della capacità generale".

l'isolamento continuo del detenuto malato (art. 33 o.p.); isolamento che può essere eseguito, secondo le circostanze, in appositi locali dell'infermeria o in un reparto clinico (art. 73, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000). La specifica finalità di sedare una rivolta – finalità connessa all'esigenza di ripristinare una condizione di sicurezza all'interno del carcere – può essere perseguita impiegando la forza fisica nei confronti dei ristretti (art. 41, comma 1, o.p.) o, nei casi più gravi, ricorrendo alle misure restrittive consentite dall'art. 41 *bis*, comma 1, o.p.

E infine, sempre a mo' di esempio, a tutela della sicurezza esterna (interesse primario), il fine specifico di prevenire l'evasione di un detenuto, nel corso di una traduzione da un luogo ad un altro, può essere perseguito anche adottando il mezzo di coercizione delle manette ai polsi (art. 42 *bis*, commi 5 e 6, o.p.). Mentre, a difesa dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini (interessi primari), il preciso obiettivo di recidere (o, se non altro, di ostacolare) i contatti tra un determinata categoria di pericolosi detenuti e le organizzazioni criminali di appartenenza o di riferimento, può essere realizzato ricorrendo anche a misure di elevata sicurezza interna ed esterna (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a, o.p.)⁷³.

Quelli appena indicati, dunque, sono taluni degli ambiti privilegiati di operatività del *principio di proporzionalità*. Infatti, nel passaggio dall'astratta definizione legislativa alla cura concreta degli interessi pubblici, il "dovere-potere" dell'Amministrazione di individuare il mezzo e la sua modalità di impiego più adatti alla realizzazione dell'interesse prioritario deve essere guidato dal criterio secondo il quale l'esecuzione di una misura restrittiva (o coercitiva) non deve determinare un sacrificio eccessivo e inaccettabile ai diritti del detenuto. Spesso, però, per la verifica del *sovradimensionamento* di un intervento, non è sufficiente la mera valutazione, di tipo tecnico, del rapporto tra mezzo impiegato e fine specifico perseguito, dovendosi altresì procedere ad un giudizio di contemperamento degli interessi antagonisti⁷⁴: quello prioritario, affidato in cura dalla legge all'Amministrazione penitenziaria⁷⁵, e quello (o quelli) secondari afferenti – espressamente o implicitamente – alla fattispecie (quali, ad esempio, il diritto all'integrità fisica, inciso dall'impiego della forza; la residua libertà personale o il diritto alla riservatezza, intaccati dalle perquisizioni personali; il diritto al mantenimento delle relazioni famigliari, compreso nel caso di riduzione della

⁷³ Si tratta di misure adottabili in sede di applicazione del regime detentivo speciale *ex art. 41 bis*, commi 2 e ss., o.p.; regime il cui contenuto restrittivo è, da un lato, rigidamente predeterminato dal legislatore (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. b-f, o.p.) e, dall'altro, rimesso alla scelta discrezionale del Ministro della giustizia (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a, o.p.).

⁷⁴ Sul dovere, posto a carico dell'Amministrazione, di valutazione degli interessi, ossia di ponderazione degli stessi rispetto all'interesse primario, cfr. F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995, p. 140.

⁷⁵ Secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, op. cit., p. 243, "un interesse è qualificabile come primario non solo poiché affidato in cura dalla legge ad un'autorità amministrativa, ma soprattutto a motivo del fatto che la stessa autorità amministrativa affidataria di esso si trova in condizione di agire attivamente e direttamente per la sua tutela specifica". In definitiva, "l'interesse primario è quello per il quale l'autorità stessa opera puntualmente nella contingenza del caso specifico che ne sollecita l'intervento".

frequenza mensile dei colloqui visivi; la libertà di comunicare, anche segretamente, con gli altri ristretti, temporaneamente soppressa, allorché si disponga l'isolamento continuo – diurno e notturno – del detenuto, etc.⁷⁶).

In questo contesto, dunque, da un lato, la norma di legge attributiva all'Amministrazione di un determinato potere di imporre restrizioni o coercizioni nei confronti dei detenuti, oltre a costituire il fondamento di tale potere, indica le premesse e le finalità dell'azione amministrativa, nonché i mezzi per realizzare queste finalità; dall'altro, il canone della proporzionalità costituisce "limite negativo" allo svolgimento dell'attività medesima. L'Amministrazione, infatti, "non ha come proprio fine il perseguimento della *proporzionalità*, ma deve perseguire ogni proprio fine", facendo un uso proporzionato dei poteri conferiti dalla legge⁷⁷.

4.1. *L'attività di prestazione di pubblico servizio: il trattamento rieducativo.*

Oltre all'attività di natura autoritativa, posta in essere in vista del perseguimento di quei fini specifici da cui dipende la tutela degli interessi prioritari imposti dalla legge, l'Amministrazione penitenziaria svolge anche un'importante attività che assume i caratteri della prestazione di pubblico servizio.

Pur richiedendosi competenze tecniche in parte diverse e modalità di intervento difficilmente conciliabili, le due tipologie di attività si pongono in rapporto non di completa indipendenza, bensì di stretta connessione, la prima essendo posta al servizio

⁷⁶ Ciascuno dei diritti fondamentali, di cui è titolare la persona *in vinculis*, è suscettibile di essere intaccato dall'attività, di natura autoritativa, posta in essere dall'Amministrazione penitenziaria. Per una compiuta disamina di tali diritti fondamentali, v. A. PENNISI, *op. cit.*, il quale individua un *primo nucleo di diritti* che appartengono ad ogni detenuto "in qualità di cittadino e che conserva in quanto non siano oggettivamente incompatibili con lo stato detentivo". Tale nucleo comprende: il diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.); il diritto all'integrità psico-fisica, che si declina nel diritto ai trattamenti sanitari, all'autodeterminazione sanitaria e all'ambiente salubre (art. 32 Cost.); il diritto alla libertà di coscienza, che comprende il diritto alla libertà religiosa (di professare la propria fede, di farne propaganda, di celebrarne i riti), il diritto all'istruzione, il diritto di manifestare il proprio pensiero e il diritto all'informazione (artt. 2, 19, 21 Cost.); il diritto al lavoro (artt. 4 e 36 Cost.); il diritto alla riservatezza (art. 15 Cost.); il diritto all'affettività (artt. 2, 29, 30, 31 Cost.); il diritto alla giurisdizione. L'art. 27, comma 3, Cost., invece, fonda un secondo nucleo di diritti dei condannati e degli internati (non anche degli imputati), nel quale rientra: il diritto alla rieducazione e il diritto ad un trattamento penitenziario non differenziato (art. 3 Cost.).

⁷⁷ Cfr. S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, *op. cit.*, p. 284. Sul punto, v., altresì, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, *op. cit.*, p. 83, secondo cui la "proporzionalità" non è un fine, bensì "un concetto correlato o ad un fine tipico dell'atto o ad un dato esterno, un diritto fondamentale". Invero, "se la proporzione rimane un concetto correlato, riferito ad un elemento intrinseco dell'atto, al fine perseguito, oppure ad un elemento estrinseco, la minor possibile incisione di un diritto fondamentale, la proporzionalità rientra in una delle possibili manifestazioni della razionalità dell'esercizio del potere, la razionalità è rapportata alla correlazione". Secondo l'Autore, infatti, "è la correlazione che viene misurata razionalmente e che fa del principio di proporzionalità una particolare e qualificata manifestazione della razionalità necessaria per esercitare un potere (...)". Sul carattere spiccatamente relazionale del criterio di proporzionalità, v., altresì, V. FANTI, *op. cit.*, pp. 146-148,

dell'altra⁷⁸. La realizzazione dell'interesse prioritario al mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno del carcere è, infatti, in funzione sia – è ovvio – della piena protezione dei diritti fondamentali dei detenuti contro possibili aggressioni da parte di altri ristretti (è qui sta l'apparente paradosso del dover proteggere diritti comprimendo diritti), sia del corretto adempimento, da parte dell'Amministrazione, di tutte le prestazioni di pubblico servizio⁷⁹.

Tra queste prestazioni, quella che assume rilievo particolare, poiché connota, in termini di specificità, l'istituzione carceraria, consiste nella organizzazione e nell'offerta di un trattamento rieducativo, che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale dei condannati e degli internati (artt. 27, comma 3, Cost. e 1, comma 6, o.p.). È questa, infatti, una complessa attività attraverso la quale l'Amministrazione mira a promuovere un processo di modificazione delle condizioni personali, nonché delle relazioni familiari e sociali, che impediscono al detenuto "il pieno sviluppo della *sua* personalità umana e la *sua* effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" (art. 3, comma 2, Cost.)⁸⁰. In quanto riconosciuto e garantito dalla Costituzione, dunque, il diritto fondamentale sociale (e non anche il dovere⁸¹) del detenuto alla rieducazione si traduce, anzitutto, in

⁷⁸ Del resto, come rileva M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, pp. 19, 37, "amministrazione autoritativa e amministrazione di prestazione convivono e si compenetrano nei loro rispettivi caratteri, senza annullarsi reciprocamente", dovendosi, pertanto, superare la rigida distinzione tra "servizio pubblico" e "pubblica funzione". Sul punto, cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 73; F. SAITTA, *op. ult. cit.*, p. 19, che sottolinea il ruolo strumentale assunto da attività e interventi riduttivi delle sfere private di libertà per finalità di ordine e di sicurezza, rispetto all'attività amministrativa di erogazione di servizi e di prestazioni.

⁷⁹ In proposito, v. l'art. 2, comma 1, del d.P.R. n. 230 del 2000, secondo cui "l'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati". Ciò vuol dire, pertanto, che senza la disciplina non vi può essere ordine all'interno del carcere; senza ordine non può esservi sicurezza; senza sicurezza non possono sussistere condizioni fattuali tali da assicurare il corretto adempimento, da parte dell'autorità amministrativa, degli obblighi di prestazione.

⁸⁰ Con riferimento ai detenuti in custodia cautelare, l'attività di prestazione di pubblico servizio, svolta dall'Amministrazione penitenziaria, "consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali" (art. 1, comma 1, d.P.R. n. 230, 30 giugno 2000). Nel rispetto, dunque, della presunzione di non colpevolezza (art. 1, comma 5, o.p.), le persone sottoposte alle indagini e gli imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare alle attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi e contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorativa e di formazione professionale, possibilmente di loro scelta e, comunque, in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica (art. 15, comma 3, o.p.). Del resto, non può tralasciarsi che l'attività educativa nei confronti delle persone sottoposte alle indagini e degli imputati – qualora sia consentita – è svolta dagli educatori (art. 82, comma 2, o.p.).

⁸¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 901, 29 marzo-18 aprile 1985, in ZAPPA-MASSETTI, cit., p. 591. I giudici di legittimità, infatti, hanno precisato che secondo la legge del 1975 – a differenza di quanto previsto dall'ordinamento penitenziario del 1931 – il detenuto non è obbligato ad assoggettarsi al trattamento, sicché egli non può essere sanzionato con interventi di rieducazione coatta che ne intaccano la struttura psichica, dovendosi sempre tutelare l'integrità della persona. In proposito, si leggano le lucide considerazioni di A. MALINVERNI, *Esecuzione della pena detentiva e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, 1,

una pretesa “a una prestazione positiva rivolta essenzialmente verso il legislatore”, il quale deve fissare gli obblighi di adempimento in capo a determinati poteri pubblici e deve apprestare l’apparato necessario a soddisfare le istanze trattamentali⁸²; in secondo luogo – ed in modo consequenziale – in un obbligo di fare per l’Amministrazione⁸³.

Anche con riferimento all’attività di prestazione di un pubblico servizio (sociale), il *principio di proporzionalità* assume rilievo centrale, poiché il canone di condotta da esso estraibile è in grado di orientare le scelte legislative e amministrative nella direzione della migliore realizzazione degli interessi degli amministrati.

Così, sotto il profilo delle scelte politiche, se – come per ogni altro servizio pubblico sociale, erogato a tutela di un diritto costituzionalmente protetto – la quantità e la qualità di attività trattamentali proposte ai condannati e agli internati dipende anche (e soprattutto) dalle limitate risorse economiche disponibili, che vanno distribuite dal legislatore bilanciando tra tutti i diversi “interessi emergenti”, allora l’impiego del criterio della proporzione garantisce che l’offerta di trattamento non sia mai totalmente compressa, ovvero non sia mai eccessivamente e irragionevolmente sacrificata a vantaggio di altri servizi pubblici⁸⁴. L’art. 27, comma 3, Cost., infatti, pone,

pp. 21-22. V., inoltre, L. DAGA, *Trattamento penitenziario* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 1331, secondo cui le metodologie trattamentali devono prescindere da ogni approccio coattivo, diretto o indiretto, e devono invece ridefinirsi nell’ottica del servizio.

⁸² Cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 210. Seguendo, quindi, la bipartizione proposta dall’Autore tra diritti sociali “condizionati” e diritti sociali “incondizionati”, può affermarsi che quello alla rieducazione è un diritto sociale “condizionato”, poiché presuppone, per il suo effettivo godimento, “la sussistenza di strutture organizzative indispensabili all’erogazione delle prestazioni garantite o al compimento delle condotte di cui consta il contenuto del diritto considerato” (ivi, pp. 214-215). Sul diritto dell’individuo a che il legislatore ponga norme di organizzazione conformi ai diritti fondamentali, cfr., altresì. R. ALEXI, *op. cit.*, pp. 521-529.

⁸³ Nella giurisprudenza di legittimità, cfr., tra le altre, Cass. pen., sent. n. 901 del 1985, cit., p. 591. In dottrina, invece, in ordine alla doverosità nei servizi pubblici, intesa sia come dovere di istituzione del servizio pubblico a protezione di interessi di rilievo costituzionale (dovere, questo, che assume particolare pregnanza nell’ambito dei servizi sociali), sia come obbligo di garantire l’organizzazione e lo svolgimento del servizio, v. F. GOGGIAMANI, *op. cit.*, pp. 141 e ss.

Per la verità, il diritto fondamentale sociale alla rieducazione assume un chiaro carattere inclusivo, giacché la promozione e la garanzia dell’effettivo godimento di esso dipende non soltanto da una doverosa attività del potere pubblico, ma altresì dall’intervento dei cittadini, singoli o associati. La stessa legge penitenziaria, infatti, negli artt. 1, comma 6, 17 e 78, si muove nella direzione del pieno coinvolgimento delle istanze di solidarietà sociale di tipo orizzontale e non più soltanto verticale, chiamando in causa – ancorché nella diversità dei ruoli e delle competenze costituzionalmente previste – la responsabilità sia dei poteri pubblici sia dei cittadini (in generale, sulla connotazione inclusiva dei diritti sociali, cfr. A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in www.gruppodipisa.it, 2014, pp. 11-15; V. PUPO, *Principi relativi ai diritti sociali*, in www.forumcostituzionale.it, 2014, pp. 41-42; sui rapporti tra volontariato e pubblica amministrazione, anche con riferimento all’art. 78 o.p., v. E. BALOCCHI, *Volontariato e pubblica amministrazione*, in MARONGIU-DE MARTIN (a cura di), *op. cit.*, pp. 189 e ss., che distingue le ipotesi di volontariato inserito nell’amministrazione da quelle di volontariato affiancato all’amministrazione).

⁸⁴ Secondo G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 358, “il livello di attuazione costituzionale di un diritto sociale dipende dalla quantità di risorse che il legislatore, nella sua insindacabile discrezionalità, ha ritenuto di destinare a quel fine; ma ci si trova dinanzi ad un esercizio macroscopicamente irragionevole di tale discrezionalità quando le esigenze relative all’equilibrio della finanza pubblica abbiano un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il contenuto essenziale

in capo al legislatore, sia “l’obbligo tassativo” di tenere sempre presenti le finalità rieducative della pena, sia “l’obbligo tassativo” di predisporre i mezzi idonei a realizzare tali finalità⁸⁵.

In secondo luogo, viene in rilievo la fase della concreta attuazione, da parte dell’Amministrazione penitenziaria, di un trattamento rieducativo nei confronti dei detenuti (art. 1, comma 6, o.p.). Tale trattamento, infatti, deve riguardare, in eguale misura, tutti i condannati e gli internati e deve essere “improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza, e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose” (art. 1, comma 2, o.p.). Ciò significa che eventuali differenziazioni nel trattamento tra categorie di reclusi o tra singoli detenuti – oltre a non dovere acquisire una valenza discriminatoria: a non dovere comportare una lesione del “nucleo essenziale” dei diritti riconosciuti ai ristretti⁸⁶ – devono trovare fondamento, unicamente, nella diversità delle specifiche condizioni (personali, familiari e sociali) in cui versano i soggetti presi in considerazione (artt. 13, e 14, comma 2, o.p.). Quanto più tali condizioni risultano distanti tra loro, “tanto più la misura della distanza legittima proporzionalmente l’entità concreta, quantitativa e qualitativa, del diverso trattamento”⁸⁷. Trattamento che,

del diritto”. Sul punto, si vedano, altresì, A. MORRONE, *op. ult. cit.*, pp. 190-191; L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *www.costituzionalismo.it*, 2013, 1, pp. 8 ss.; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”!) della Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 2013, pp. 14-19.

⁸⁵ Sugli obblighi discendenti, a carico del legislatore, dall’art. 27, comma 3, Cost., cfr. Corte cost., sent. n. 204, 14 maggio-27 giugno 1974, in *www.cortecostituzionale.it*. V., inoltre, Corte cost., sent. n. 79, 16 marzo 2007, *ivi*, secondo la quale “la finalità rieducativa della pena, stabilita dall’art. 27, terzo comma, Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria”. Sicché “quest’ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l’emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione”.

⁸⁶ Sulla “differenza, concettuale e pratica, tra principio di eguaglianza e principio di non discriminazione”, v. G. SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 63-64. L’Autore, invero, evidenzia come la normativa anti-discriminazione non miri “tanto a garantire l’uguaglianza delle persone, quanto piuttosto a tutelare la loro dignità”. La discriminazione, infatti, (sia essa diretta o indiretta) “lede in primo luogo la *pari dignità sociale*, che non si identifica con l’uguaglianza, come si coglie con chiarezza dalla stessa lettera del primo comma dell’art. 3 della Costituzione italiana”. Più nel dettaglio, “la discriminazione produce una menomazione alla dignità delle persone”, poiché “essa toglie qualcosa che le persone già posseggono: la riparazione chiesta è quindi interamente spiegabile in termini di pretesa al riconoscimento di un diritto e alla cessazione di un atto (normativo o meno) o di un comportamento lesivo”. Ciò vuol dire che “la pretesa di far cessare la discriminazione è sostanzialmente la rivendicazione della titolarità o dell’esercizio di un diritto in astratto spettante e in concreto negato”. Sicché “il ripristino dell’uguaglianza è, a ben vedere, in questa ipotesi una mera conseguenza ulteriore del ripristino della dignità”.

⁸⁷ In questi termini, sia pure con riferimento ad ogni tipologia di prestazione di pubblico servizio, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *op. cit.*, p. 243. In ordine, invece, al trattamento penitenziario, v. M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 144, che evidenzia come “il ventaglio di mezzi giuridici che l’ordinamento ha il dovere di offrire non possa essere sempre il medesimo, pena la violazione del principio di uguaglianza, con riferimento a qualunque soggetto e a tutti i tipi di reato”.

per quanto individualizzato (e, quindi, diversificato), non deve mai assumere i connotati della discriminazione peggiorativa e deve sempre perseguire le finalità imposte dall'art. 3, comma 2, Cost. In questa prospettiva, pertanto, l'Amministrazione deve distinguere le diverse situazioni non per discriminare, bensì per eguagliare: per rimuovere, con maggiore efficacia, gli ostacoli che si sono frapposti ad una costruttiva partecipazione sociale della persona *in vinculis*.

Anche nell'ambito di cui trattasi, dunque, si ripropone – trovando rinnovata conferma – la distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità. La prima, infatti, è criterio che consente di stabilire se possa considerarsi non discriminatoria e plausibile (giustificabile) la scelta di attribuire rilevanza a talune specifiche condizioni personali e sociali del detenuto, in vista dell'individualizzazione (e, quindi, della diversificazione) del suo trattamento rieducativo⁸⁸. La proporzionalità, invece, si pone pur sempre come “metodo di misurazione” attraverso cui è possibile stabilire quale debba essere – nel caso concreto – l'entità del divario tra le diverse modalità di trattamento rieducativo: entità da determinare in rapporto alla misura della distanza esistente tra le condizioni – giuridicamente rilevanti – che connotano le specifiche situazioni personali messe a confronto. Ciò vuol dire che la proporzionalità è canone di condotta di cui l'Amministrazione penitenziaria deve sempre avvalersi ogni qual volta sia chiamata ad elaborare ed attuare nei confronti dei ristretti un trattamento rieducativo individualizzato, poiché la misura del divario tra le diverse modalità del trattamento deve essere tale da risultare proporzionale rispetto all'entità delle differenze riscontrate tra le condizioni – soggettive e oggettive – dei detenuti cui è rivolta l'offerta trattamentale.

Ad ogni modo, sebbene il *criterio della proporzionalità* trovi fecondi spazi di operatività nell'ambito dell'attività di pubblico servizio⁸⁹, nelle pagine seguenti l'analisi si soffermerà esclusivamente sul modo di operare del criterio di cui trattasi sull'attività amministrativa, di natura autoritativa, che incide – in senso restrittivo – sulle posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare la persona *in vinculis*. Del resto, tradizionalmente, è proprio questo “l'ambito di applicazione privilegiato del principio di proporzionalità:

⁸⁸ In effetti, come rileva G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 79, “il diritto, per sua natura, deve incidere sull'esistente, sia per vietare trattamenti differenziati non giustificati (le discriminazioni, in mancanza, inevitabilmente si produrrebbero), sia, al contrario, per prescrivere trattamenti differenziati, giustificati dalla specificità delle situazioni”. Pertanto, l'Autore – riprendendo il pensiero di M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 600, secondo cui “c'è una faccia dell'art. 3 Cost. che vieta di discriminare secondo le condizioni sociali (...); è c'è una faccia che all'opposto chiede di discriminare per rimuovere gli ostacoli di ordine sociale” – osserva che “per conseguire l'uguaglianza si parifica o si differenzia, a seconda dei casi. Tutto sul presupposto della giustificazione dell'una e dell'altra operazione”.

⁸⁹ In tale settore, infatti, come rileva G.F. FERRARI, *Il principio di proporzionalità*, in PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, pp. 144-145, “la dimensione proporzionalistica è parte di un più complesso approccio, nel quale il sindacato sulla discrezionalità si colora di sfumature equitative, sia nel rapporto tra categorie di beneficiari di prestazioni o di utenti, sia nella composizione tra interesse all'ottenimento del beneficio e interesse al contenimento della spesa”.

le limitazioni imposte, per ragioni di pubblico interesse, ai diritti fondamentali dei cittadini”⁹⁰.

5. La struttura del principio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità è in grado di svolgere un’efficace “funzione direttiva nell’applicazione del diritto”, poiché da esso è dato estrarre specifici canoni di condotta, capaci di guidare – in modo tendenzialmente univoco – l’azione dell’autorità pubblica, nelle situazioni concrete in cui essa è chiamata ad intervenire con misure che incidono sulle libertà (residue) e sui diritti riconosciuti alla persona *in vinculis*⁹¹.

In siffatta prospettiva – e avvalendosi, almeno in parte, di una consolidata “ricostruzione” teorica della struttura del principio *de quo* –, è infatti possibile affermare che l’individuazione o la scelta della misura restrittiva o coercitiva, che determini un sacrificio degli interessi dei detenuti proporzionato rispetto al beneficio atteso in favore dell’interesse primario affidato in cura all’Amministrazione penitenziaria dalla norma attributiva del potere (e, di conseguenza, il sindacato giurisdizionale sull’uso proporzionato di tale potere), si fondano su di una verifica che

⁹⁰ Così, D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 127. Conf. V. FANTI, *op. cit.*, p. 129; S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, *op. cit.*, p. 1206. In effetti, come rileva D. SORACE, *op. cit.*, p. 95, la funzione più tradizionale delle pubbliche amministrazioni è proprio “quella diretta ad imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell’ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l’esistenza stessa o la salute e comunque per l’esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri”.

⁹¹ In proposito, v. C. LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, p. 117: “In altre parole, se non si vuole restare sul terreno delle sterili enunciazioni, occorre che le proclamazioni di principio si traducano in modelli di comportamento relativamente specifici sotto i quali siano sussumibili le condotte concrete. Quando ciò accade, però, ad essere applicata è la regola di condotta; il principio, che si suppone non essere immediatamente applicabile in modo integrale per la sua scarsa specificità, resta confinato sullo sfondo. I fluidi princìpi, dunque, o si cristallizzano in criteri più rigorosi o svaporano, diventano evanescenti”. Nella stessa direzione si muove M. CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 146, il quale evidenzia la necessità di pervenire ad una “ricostruzione in termini tecnico-giuridici” del canone della proporzionalità, in modo da evitare che “proporzionato” diventi unicamente “sinonimo – o quasi – di giusto: il che, se pur vero, in un certo senso, condurrebbe a diluire la pregnanza del concetto”. Del resto, dal momento che la proporzionalità è non solo canone di condotta, ma anche parametro di giudizio dell’azione amministrativa, appare condivisibile l’opinione di E. BUOSO, *op. cit.*, p. 44, secondo la quale la precisa definizione tecnico-giuridica di tale parametro impedisce che si introduca nel sindacato amministrativo “un incontrollabile e incontrollato senso di giustizia, sostituendo i criteri obiettivi del diritto con quelli soggettivi di colui che applica il principio”. E allora deve affermarsi che idoneità, necessità, adeguatezza tecnica e proporzionalità in senso stretto, ancorché siano estratti da un principio, non sono essi stessi princìpi e, quindi, non sono soggetti al bilanciamento “contro qualcosa di altro”. Essi, invece, sono classificabili come regole di condotta, la cui non realizzazione (la cui inosservanza) ha come conseguenza l’antigiuridicità dell’intervento amministrativo. Sul tema, cfr. R. ALEXY, *op. cit.*, p. 134; G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen, 1983, p. 11.

si snoda lungo le fasi sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà*, dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*⁹².

Le prime tre fasi si risolvono, tendenzialmente, in valutazioni di tipo tecnico⁹³ circa il rapporto ottimale che deve sussistere – nella contingenza del caso specifico – tra il mezzo adottabile (o adottato) e il fine specifico da perseguire (o perseguito). Viene in rilievo, dunque, l'esercizio di un potere amministrativo che (ancorché astrattamente discrezionale) è, in concreto, vincolato all'esito del compiuto apprezzamento in ordine all'*idoneità*, alla *necessarietà* e all'*adeguatezza* di un intervento rispetto all'obiettivo da raggiungere. In tali ipotesi, infatti, gli esiti dell'istruttoria espletata pongono un vincolo così stringente, da non lasciare all'autorità pubblica alcuna facoltà di scelta, una soltanto essendo la soluzione possibile.

L'altra fase – il giudizio di *proporzionalità in senso stretto* – si inserisce nell'ambito di una "discrezionalità pura", giacché la decisione dell'Amministrazione in ordine alla misura da adottare – oltre a dovere tener conto delle precedenti verifiche tecniche sulla relazione tra ciascun mezzo a disposizione e il fine perseguito – si basa sul

⁹² Sebbene saranno frequenti ed imprescindibili i riferimenti alle opere di quegli Autori che hanno studiato il principio di proporzionalità tenendo in massima considerazione gli approdi interpretativi raggiunti dalla dottrina tedesca e dalla giurisprudenza delle Corti europee, nel definire la struttura del principio di proporzionalità si darà rilievo, in modo del tutto prevalente, al sistema normativo interno. Sistema in base al quale, ad esempio, è stata sostituita, alla tradizionale costruzione trifasica, un'articolazione quadripartita della struttura del principio di cui trattasi. Del resto, nell'indicare gli elementi costitutivi di tale struttura, solo per comodità espositiva si continuerà ad impiegare la terminologia tradizionale, ben sapendo che, a parte il requisito della *necessità* (l'unico espressamente menzionato dalla legge penitenziaria), gli altri elementi potrebbero essere indicati con diversi, ancorché appropriati, termini (si consideri, ad esempio, che, in luogo del termine "idoneità", la giurisprudenza di legittimità talvolta impiega l'espressione "utilità" e la dottrina ricorre finanche alla locuzione "connessione razionale", e che, a ragion veduta, anche il termine "necessarietà" potrebbe essere sostituito dal sintagma "mezzo meno drastico").

Ad ogni modo, come sottolinea anche L. DI GREGORIO, *L'identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in LA TORRE-SPADARO (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2002, pp. 243-244, ciascun termine prescelto deve avere comunque un "significato univoco", giacché l'obiettivo deve essere quello "di attribuire a ben definiti concetti delle specifiche procedure logiche", in modo da evitare alcune fonti di incertezza frequenti nel giudizio di proporzionalità. In proposito, infatti, non può non condividersi il pensiero di M. LA TORRE, *op. cit.*, pp. 98-99, secondo cui "le norme sono tali che possono dirigere o indirizzare la condotta umana solo in tanto in quanto fissino criteri pubblici, intersoggettivi. Ora, se l'applicazione di tali criteri è consegnata pienamente e completamente a criteri che non sono suscettibili d'essere appresi e dunque non possono essere testabili intersoggettivamente come validi, ché la conoscenza del contenuto del criterio non può essere condivisa mediante apprendimento, allora le norme perderanno la loro evidenza pubblica e con questa la forza direttiva che è loro connessa". Sicché, *il criterio della proporzionalità* "e la sua elaborazione e discussione in questo contesto servono a far emergere pubblicamente e riflessivamente quelli che altrimenti rimarrebbero canoni impliciti, inarticolati o esoterici". Sul punto, cfr., altresì, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, *op. cit.*, p. 41. Ritieni che il *concetto di proporzionalità* ponga, comunque, numerosi problemi definitivi, M.C. CICIRIELLO, *op. cit.*, p. 171.

⁹³ La "valutazione tecnica" consiste in una valutazione del fatto compiuta applicando "criteri aventi un particolare rilievo conoscitivo". Non sono tali, dunque, sia "i fenomeni che l'ordinamento qualifica come concernenti scelte fra interessi", sia "i fenomeni che possono essere conosciuti utilizzando i criteri propri della comune esperienza" (in questi termini, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 206).

contemperamento tra interessi (primari e secondari) antagonisti, in modo che l'intervento amministrativo prescelto garantisca il migliore equilibrio possibile nel rapporto tra il sacrificio da imporre e i benefici da ottenere⁹⁴.

In altri termini, se gli elementi dell'*idoneità*, della *necessarietà* e dell'*adeguatezza* assumono un rilievo centrale sempre, ossia ogniqualvolta l'Amministrazione penitenziaria debba individuare lo strumento meno invasivo, in vista della realizzazione della finalità imposta dalla legge; invece, la componente della *proporzionalità in senso stretto* entra in gioco, unicamente, allorché l'Amministrazione – per perseguire l'obiettivo prefissato – abbia il dovere-potere di scegliere tra mezzi difformi, ciascuno dei quali sia dotato di un livello di efficacia e di un grado di afflittività peculiari⁹⁵.

Deve, inoltre, precisarsi che, nell'individuazione dell'intervento che consenta di realizzare – nel migliore dei modi – il fine pubblico imposto dalla legge, il controllo di proporzionalità (eseguito secondo la scansione appena delineata) può mettere a confronto sia mezzi diversi, sia le differenti modalità di impiego di uno stesso mezzo. Sicché non è da escludere che, una volta verificata la proporzionalità di una specifica misura restrittiva o coercitiva, si debba poi stabilire quale, delle sue concrete modalità di impiego, sia in grado di non comprimere eccessivamente – e ingiustificatamente – gli interessi secondari.

Ad ogni modo, le precedenti puntualizzazioni ci consentono di giungere ad una prima conclusione: affinché si possa sostenere che si sia fatto un uso proporzionato della potestà pubblica, è essenziale che lo specifico intervento, consentito dalla legge, presenti i caratteri dell'*idoneità*, della *necessarietà* e della *adeguatezza*, ovvero risulti *proporzionato in senso stretto*. È questo, però, un punto d'arrivo che – con tutta evidenza – appare alquanto approssimativo. Lo studio della struttura del canone della *proporzionalità*, infatti, pretende un maggiore approfondimento, rivolto all'analisi di ciascuno dei quattro *passaggi* in cui si articola l'*iter* di formazione della scelta di una misura amministrativa che consenta, al contempo, di realizzare, nel miglior modo, una specifica finalità pubblica e di preservare da ingerenze indebite del pubblico potere le libertà (residue) e i diritti riconosciuti ai detenuti.

5.1. La capacità tecnica di realizzare la finalità pubblica: l'*idoneità*.

Innanzitutto, un mezzo può considerarsi *idoneo* se possiede la concreta capacità tecnica di perseguire lo specifico fine pubblico, imposto dalla norma attributiva del potere. Ciò significa che l'Amministrazione penitenziaria non può adottare misure restrittive dei diritti del detenuto (o misure coercitive della sua "residua" libertà

⁹⁴ Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, op. cit., p. 225.

⁹⁵ Cfr. A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza*, in LA TORRE-SPADARO (a cura di), op. cit., p. 375.

personale), le quali – essendo palesemente inadatte a conseguire l’obiettivo preso di mira – abbiano carattere di mera afflittività⁹⁶.

Così, ad esempio, se, al fine di impedire che si sviluppi all’interno del carcere una grave malattia a carattere contagioso, deve giudicarsi idonea la misura amministrativa dell’isolamento continuo, disposta nei confronti di un detenuto affetto, per l’appunto, da una grave patologia “suscettibile di diffondersi per contagio” (art. 33, n. 1, o.p.); viceversa, appare del tutto inadatto a perseguire gli obiettivi connessi all’interesse prioritario di elidere i contatti tra un detenuto e la consorterìa criminale di appartenenza, il divieto – imposto ai detenuti sottoposti al regime speciale *ex* 41 *bis*, comma 2 o.p. – di scambio di libri e riviste tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità⁹⁷. Infatti, tale misura restrittiva (gravante, peraltro, su detenuti appartenenti a gruppi di socialità le cui dimensioni sono state limitate dal legislatore – art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, *lett. f*, o.p. – e per la cui composizione è richiesta una particolare attenzione da parte dell’autorità amministrativa⁹⁸) è inidonea a conseguire il fine specifico di impedire lo scambio “di flussi informativi ulteriori”, dal momento che la “socialità in comune, già svolta dai detenuti appartenenti al medesimo gruppo”, rende possibili quelle comunicazioni che, in modo del tutto inefficace, si cerca di impedire con l’imposizione del divieto di scambio di libri e di riviste⁹⁹.

⁹⁶ Cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 135, 7 maggio-3 giugno 2013, in *Guida dir.*, 2013, 31, pp. 40-41, la quale precisa che “l’estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere”. Sicché, in assenza di tali esigenze o qualora – pur sussistendo specifiche esigenze di sicurezza – si adottassero misure prive della capacità tecnica di soddisfarle, la limitazione imposta ai diritti del ristretto “acquisterebbe unicamente un valore afflittivo, supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, terzo comma, Cost.”.

⁹⁷ Cfr. Mag. sorv. Spoleto, ord. 31 gennaio 2012, cit., p. 130

⁹⁸ I criteri per la formazione dei gruppi di socialità sono dettati dalla circ. DAP n. 3592/6042, 9 ottobre 2003, secondo la quale è opportuno ammettere all’aria aperta in comune, ovvero alla socialità in comune, soltanto detenuti che abbiano già avuto periodi di permanenza in comune. In particolare: *a*) deve essere vietato ogni contatto tra nuovi entrati nel circuito e detenuti da più tempo sottoposti al regime; sicché i nuovi entrati dovranno fare preferibilmente socialità tra loro o con altri che da meno tempo sono inseriti nel circuito; *b*) devono essere evitati contatti tra personaggi di spicco, a qualunque formazione mafiosa appartengano, preferendosi che i gruppi siano formati da un personaggio di spessore ed altri di minor calibro; *c*) occorre poi, in linea generale e ove possibile, evitare che facciano parte dello stesso gruppo soggetti della medesima organizzazione, ovvero componenti di rilievo di organizzazioni operanti in alleanza o in contrapposizione fra loro, o su territori confinanti.

⁹⁹ In tal senso, Mag. sorv. Spoleto, ord. 31 gennaio 2012, cit., p. 130. Ad analoga conclusione, del resto, si può pervenire con riferimento alla determinazione con la quale l’Amministrazione penitenziaria imponga al detenuto, sottoposto al regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14 *bis* o.p., il divieto di fruire di colloqui telefonici con i congiunti. Infatti, questa misura limitativa del diritto del ristretto di mantenere corrette relazioni con i famigliari sarebbe del tutto inidonea, qualora lo specifico fine pubblico perseguito consistesse unicamente nell’impedire che la persona *in vinculis* ponga in essere condotte tali da compromettere la sicurezza o da turbare l’ordine all’interno dell’istituto penitenziario (cfr. [Trib. sorv. Bologna, ord. 27 settembre 2011, in questa Rivista, 15.03.2012, con nota di R. GRIPPO, Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?](#)).

Nella situazione da ultimo descritta, dunque, vi sono due interessi contrapposti. Da un lato, vi è la libertà dei detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità di scambiare oggetti di cui sia consentito il possesso; dall'altro, l'esigenza di interrompere i contatti tra i ristretti e i gruppi criminali di appartenenza. Tuttavia, il mezzo impiegato, il divieto di scambio di libri e riviste, non è in grado, per carenza di capacità tecnica, di realizzare l'interesse pubblico, ma incide, comprimendola, su una posizione soggettiva di vantaggio della persona *in vinculis*. Ciò vuol dire che, se si omette la misura restrittiva, non ci sono costi per alcuno degli interessi in gioco. Al contrario, se la si adotta, ci sono costi solo per l'interesse del detenuto e nessun vantaggio per l'interesse collettivo. Questa situazione fattuale, pertanto, impone di non ricorrere al mezzo prescelto, in quanto carente di idoneità e meramente afflittivo.

La valutazione circa la capacità tecnica di un mezzo di perseguire – “in modo soddisfacente” – un determinato obiettivo consente, quindi, di ottenere “una prima selezione delle scelte praticabili, comportante l'esclusione di quelle inidonee ad assicurare i risultati attesi”¹⁰⁰. Per giungere a questa prima selezione, tuttavia, è opportuno far ricorso ad un *giudizio ipotetico*, di tipo *probabilistico-prognostico*. L'autorità amministrativa, infatti, deve supporre mentalmente come adottato il mezzo di cui intende avvalersi, e deve chiedersi se l'utilizzazione di esso possa determinare il probabile conseguimento del fine pubblico. Si tratta, però, di una prognosi che, non potendosi fondare sulle semplici “conoscenze personali”, pretende l'impiego del criterio di giudizio della sussunzione sotto massime di esperienza o (meno di frequente) sotto leggi scientifiche¹⁰¹.

Nondimeno, una volta che il mezzo prescelto sia stato adottato, il controllo relativo alla sua idoneità deve avvenire ricorrendo al *procedimento di eliminazione mentale*, integrato – è ovvio – dal criterio di sussunzione sotto massime di esperienza o (più raramente) sotto leggi scientifiche. Infatti, una misura che intacchi un diritto fondamentale del detenuto, in vista del perseguimento di un interesse pubblico, deve ritenersi inidonea, quando può essere mentalmente eliminata, senza che derivi alcun pregiudizio (o un pregiudizio più grave) al raggiungimento del fine specifico preso di mira. Sicché, ad esempio, se – sulla base di una massima d'esperienza – è possibile affermare che, prescindendo dal divieto di scambio di libri e riviste tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità, non si pregiudica il conseguimento della finalità pubblica, consistente nell'impedire “flussi informativi” che possano agevolare i legami tra il detenuto e il gruppo criminale di appartenenza; al contrario – sulla base, questa volta, di una legge scientifica – è possibile sostenere che, eliminando (mentalmente) la misura dell'isolamento sanitario, disposta nei confronti di un detenuto affetto da una grave malattia contagiosa, si compromette la realizzazione

¹⁰⁰ Così, A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 368. Cfr., inoltre, V. FANTI, *op. cit.*, p. 46, la quale evidenzia come, in tal modo, l'idoneità sia strumento per assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa.

¹⁰¹ Sul punto, v. F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *op. cit.*, p. 378, secondo cui “non esiste un mezzo idoneo o inidoneo per antonomasia”, sicché l'idoneità “deve essere valutata in rapporto alle circostanze concrete, alle cognizioni tecniche e alle massime di esperienza”.

dello specifico obiettivo pubblico, consistente nell'impedire che si diffondano, all'interno del carcere, gravi patologie.

La concreta idoneità di un mezzo deve essere valutata in relazione a tutte ed a ciascuna delle molteplici sfaccettature che il fine pubblico, imposto dalla legge, può assumere nella concreta situazione in cui l'Amministrazione si trova ad agire. È evidente, infatti, che il criterio di cui trattasi può operare in modo corretto, unicamente, quando l'obiettivo preso di mira sia stato ben individuato, giacché la variazione anche di uno soltanto degli elementi che lo connotano può comportare il mutamento dell'esito dell'apprezzamento in merito alla capacità tecnica del mezzo che si intende utilizzare.

Si consideri, ad esempio, il "caso" della determinazione con la quale l'Amministrazione imponga, ai detenuti sottoposti al regime differenziato *ex art. 41 bis*, comma 2, o.p., il divieto di acquisto di stampa autorizzata (riviste e quotidiani) al di fuori dell'istituto penitenziario (ad esempio, tramite abbonamenti sottoscritti dall'interessato o dai famigliari), indicando quale unica modalità di acquisto quella mediante abbonamenti sottoscritti (per conto del detenuto) direttamente da parte della direzione o dell'impresa di mantenimento¹⁰². Questa misura limitativa del diritto di ricevere la stampa, infatti, sarebbe tecnicamente inefficace, se l'obiettivo perseguito dall'autorità pubblica consistesse nella recisione completa dei contatti tra il detenuto e la consorteria criminale di appartenenza, contatti che potrebbero essere rinsaldati (o agevolati) ove i sodali ancora in libertà venissero a conoscenza dell'istituto penitenziario nel quale il ristretto si trova. L'inidoneità del mezzo, invero, discenderebbe dalla ovvia constatazione che il fine preso di mira sarebbe comunque frustrato da un preciso dato di realtà: la circostanza della conoscenza del luogo di detenzione si verifica ordinariamente, dal momento che dell'ubicazione dei detenuti sottoposti al regime speciale "sono a conoscenza i famigliari e la difesa"¹⁰³. Diversamente, la misura di cui trattasi apparirebbe idonea a perseguire il fine specifico, qualora quest'ultimo consistesse nella prevenzione del predetto pericolo di contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, contatti che potrebbero essere mantenuti (o ripresi) attraverso l'inserimento nei volumi inviati dall'esterno "di comunicazioni vietate, assai difficili da individuare da parte degli addetti al visto di controllo"¹⁰⁴.

¹⁰² V. circ. DAP n. 8845, 16 novembre 2011.

¹⁰³ In tal senso, Mag. sorv. Spoleto – giudice dott. GIANFILIPPI –, ord. 31 gennaio 2012, in *Rass. pen. crim.*, 2012, 2, p. 129; Mag. sorv. Macerata – giudice dott. SCAPELLATO –, ord. 20 maggio 2013, in *www.personaedanno.it*. *Contra*, Cass. pen., sez. I, sent. n. 46783, 22 novembre 2013, che giudica – sia pure in modo apodittico – "del tutto ragionevole che la prescrizione che abbonamenti a pubblicazioni avvengano per il tramite della direzione dell'istituto o dell'impresa incaricata alla distribuzione in carcere, al fine di mantenere un'opportuna riservatezza sul luogo di detenzione del detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis o.p.". Sul provvedimento amministrativo di ripristino della circolare disapplicata dai magistrati di sorveglianza, provvedimento adottato dal DAP il 10 febbraio 2014 sulla base della predetta decisione dei giudici di legittimità, v. L. CESARIS, *Al di là del sovraffollamento*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 3, pp. 200-201.

¹⁰⁴ Cfr., F. FALZONE-F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. pen. crim.*, 2012, 2, p. 139.

Tuttavia, anche con riferimento a quest'ultima specifica finalità pubblica, nella giurisprudenza di merito si evidenzia come il rischio che all'interno delle pubblicazioni siano occultati messaggi vietati, se sussiste nell'evenienza di ricezione di libri o stampe dai familiari o da persone ben individuate da parte del detenuto, non è riscontrabili, invece, nel caso di spedizione delle pubblicazioni "al detenuto in carcere direttamente dalla casa editrice (nell'ambito della quale non è semplice individuare chi abbia il contatto materiale, diretto e soprattutto consapevole proprio con la copia destinata al recluso), con la quale sia stato sottoscritto un abbonamento, e ciò a prescindere da chi l'abbia sottoscritto a nome del detenuto"¹⁰⁵.

Individuato, con precisione, il fine pubblico da perseguire o perseguito, l'idoneità di un mezzo deve essere accertata – attraverso il *giudizio ipotetico* o il *procedimento di eliminazione mentale* – tenendo conto di tutte le circostanze che caratterizzano lo specifico caso concreto, giacché misure restrittive, che, in astratto e genericamente, appaiono tecnicamente capaci di perseguire il fine pubblico, possono rivelarsi, in concreto, del tutto inefficaci¹⁰⁶. Si pensi, ad esempio, al "caso" – affrontato dalla giurisprudenza di merito – in cui, al fine di recidere i collegamenti tra una determinata categoria di detenuti e le consorterie criminali di appartenenza, l'Amministrazione inibisce la visione dei programmi irradiati da talune emittenti televisivi, in tal modo mirando a prevenire il pericolo che, attraverso la trasmissione in video di messaggi trasmessi dal pubblico mediante telefoni cellulari o la rete internet, dette emittenti televisive costituiscano il veicolo per il mantenimento di quei contatti che devono subire, invece, una netta cesura¹⁰⁷. In tale evenienza, dunque, l'efficacia concreta della misura limitativa del diritto del detenuto ad essere informato (art. 21 Cost.) dipende dalle specifiche circostanze che connotano il fatto, poiché, se la disattivazione riguarda canali televisivi per i quali è nota la trasmissione automatica dei messaggi cui si è fatto cenno, allora il mezzo impiegato è idoneo a perseguire il fine pubblico preso di mira (infatti, eliminando mentalmente tale strumento, si determina un pregiudizio al perseguimento dello specifico obiettivo). Nel caso contrario, ove l'inibizione concerna la visione di canali televisivi che non prevedono la suddetta trasmissione automatica dei messaggi e sia, quindi, del tutto sganciata dall'accertamento della sussistenza di un pericolo di contatto tra determinati detenuti e i sodali ancora in libertà, la misura restrittiva si rivela concretamente inidonea a

¹⁰⁵ Così, Mag. sorv. Macerata, ord. 20 maggio 2013 cit., che ha ordinato all'amministrazione penitenziaria di consentire al detenuto l'acquisto di riviste tramite abbonamenti sottoscritti dai familiari.

¹⁰⁶ Come si osserva in dottrina, "l'idoneità si apprezza nel rapporto che si instaura tra il mezzo scelto dall'autorità ed un fine da raggiungere: finalità che non va, però, determinata solo in astratto e genericamente, ma deve essere adattata alle peculiarità del caso concreto" (in questi termini, F. ASTONE, *op. cit.*, p. 378).

¹⁰⁷ Cfr. Mag. Sorv. Roma, ord. n. 3031, 9 maggio 2011, che ha annullato l'atto del 29 ottobre 2011, con il quale il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (Direzione generale per i detenuti e il trattamento) disponeva che il direttore di un istituto penitenziario capitolino inibisse, a tutti i detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, o.p., la visione di taluni canali televisivi (Rai Sport e Rai Storia), indipendentemente dall'accertamento che la visione di tali canali potesse costituire veicolo per il mantenimento di contatti con il gruppo criminale di appartenenza dell'interessato.

perseguire il fine pubblico (giacché si può prescindere da essa, senza che ne risulti in alcun modo pregiudicata la realizzazione della finalità imposta dalle legge) e assume carattere di mera afflittività, determinando una illegittima compressione del diritto dei detenuti.

Ed ancora, non sembra che al criterio dell'adattamento della valutazione dell'efficacia del mezzo alle peculiarità del caso concreto, si sia ispirata la Corte di cassazione, quando è stata chiamata a valutare la legittimità della determinazione amministrativa che vieta ai detenuti sottoposti al regime differenziato *ex art. 41 bis*, comma 2, o.p. di ricevere e detenere capi di abbigliamento ed accessori particolarmente costosi e di tipo lussuoso¹⁰⁸. Da un lato, infatti, i giudici di legittimità formulano considerazioni condivisibili, laddove evidenziano come, in astratto e genericamente, la misura restrittiva di cui trattasi sia tecnicamente idonea non soltanto a garantire "la tendenziale *par condicio* che deve presiedere alla condizione carceraria", ma, altresì, ad evitare l'insorgere di "contrastanti e gravi disarmonie nella popolazione carceraria", nonché ad evitare situazioni di intralcio "nella scansione esplicativa delle normali attività intramurarie", stante la necessità di plurimi cambi d'abito nella stessa giornata¹⁰⁹. Dall'altro, però, i giudici non vanno oltre la valutazione dell'astratta capacità tecnica del mezzo, non applicando il criterio "dell'adattamento alle peculiarità del caso concreto". La Suprema Corte, invero, non indica le ragioni per le quali l'astratta idoneità della misura a perseguire determinate finalità pubbliche si traduca in una idoneità concreta, nella particolare situazione fattuale in cui versa detenuto, il quale – in quanto sottoposto al regime sospensivo – trascorre ventidue ore al giorno nella propria camera individuale e fruisce dei brevi momenti di socialità in compagnia soltanto di altre tre persone. Senza trascurare, del resto, che l'affermazione dei giudici, secondo la quale sarebbe illogico "consentire condizioni di maggior agio personale, al limite – od oltre il limite – del volontario, a condannati sottoposti a regime di più aspro rigore trattamentale"¹¹⁰, sembra sottendere intenti meramente "dimostrativi".

Parte della dottrina distingue l'idoneità "fattuale" dall'idoneità "giuridica", evidenziando che "il mezzo adatto dal punto di vista fattuale non sarebbe idoneo se contrastasse con i precetti costituzionali, legislativi o regolamentari, applicabili nella specie"¹¹¹. L'assunto è condivisibile, purché con esso ci si limiti a rilevare che un problema di idoneità tecnica si pone soltanto con riferimento a mezzi normativamente previsti ed a scopi legittimamente perseguibili. Ciò significa che l'idoneità giuridica è caratteristica che uno specifico mezzo deve necessariamente possedere prima che si proceda a controllarne l'idoneità tecnica. Sicché soltanto questa, non la prima, è elemento costitutivo del canone della proporzionalità¹¹².

¹⁰⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 42605, 27 settembre-16 ottobre 2013, in *www.personaedanno.it*.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ In questi termini, P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 78.

¹¹² Cfr. S. VILLAMENA, p. 92. La non "idoneità giuridica" può anche tradursi in una non idoneità "per ragioni di diritto", qualora il mezzo normativamente non previsto non sia neanche giuridicamente in grado di soddisfare l'interesse pubblico. Sotto questo profilo, dunque, assume rilievo anche la distinzione

Così, riprendendo il “caso esemplificativo” cui si è prima fatto cenno, intanto può apprezzarsi l’efficacia della misura restrittiva del diritto del detenuto ad essere informato, in quanto sia certa la sussistenza di una norma di legge che attribuisca all’Amministrazione penitenziaria la potestà di inibire la visione di qualsiasi canale televisivo, al fine di perseguire uno specifico obiettivo pubblico¹¹³. E ciò, perché il vincolo che discende dalla corretta valutazione delle circostanze di fatto (le quali impongono di individuare o di scegliere una misura idonea a perseguire una determinata finalità) trova la sua genesi unicamente nei vincoli posti dal diritto. È soltanto nell’ambito delle dimensioni della legalità e della legittimità¹¹⁴, infatti, che l’attività dell’Amministrazione deve conformarsi alle peculiari caratteristiche del fatto concreto sul quale è destinata ad incidere¹¹⁵; di modo che il criterio dell’*idoneità* (e, più in generale, il canone di *proporzionalità* dell’azione amministrativa) presuppone che l’esercizio del pubblico potere trovi sempre fondamento nella legge e sia sempre conforme ad essa¹¹⁶.

tra non idoneità “di fatto” e non idoneità “per ragioni di diritto”. La prima, infatti, “connota lo strumento (previsto dalla legge) che, a causa delle sue caratteristiche tecnico-fattuali, non è in grado di raggiungere la finalità presa di mira. La seconda, invece, attiene allo strumento (in genere, non previsto dalla legge) che è giuridicamente incapace di produrre l’effetto necessario al conseguimento dell’obiettivo perseguito. Su tale ultima distinzione, v. E. BUOSO, *op. cit.*, 46-47, la quale, in ordine alla non idoneità “per ragioni di diritto”, richiama l’esempio del provvedimento di sfratto per sloggiare il proprietario dell’immobile.

¹¹³ Si riprenda, altresì, il precedente “caso paradigmatico” del divieto – imposto ad una determinata categoria di detenuti – di acquisto di quotidiani e riviste tramite abbonamenti sottoscritti direttamente dai famigliari. In tal caso, infatti, si può procedere alla valutazione circa l’idoneità del mezzo a perseguire uno specifico fine pubblico, soltanto dopo aver stabilito che sussista la potestà dell’Amministrazione penitenziaria di imporre una siffatta misura restrittiva, poiché rientrando tra quelle che mirano a prevenire i contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza, trovando quindi applicazione l’art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a, o.p. (in tal senso, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen., sent. n. 46783 del 2013, cit.; in dottrina, v. F. FALZONE-F. PICOZZI, *op. cit.*, p. 139, secondo cui il divieto *de quo* non determina “alcuna limitazione del diritto ad informarsi per il tramite della stampa in libera vendita all’esterno”, ma si traduce soltanto nella mera “indicazione di una modalità pratica di acquisizione di questa”).

Di contro, ove si ritenesse che la determinazione amministrativa di cui trattasi comporti comunque una limitazione nella ricezione della stampa, si dovrebbe affermare la piena operatività della riserva di giurisdizione (artt. 15 Cost. e 18 *ter* o.p.), sicché il divieto imposto dall’Amministrazione, prima ancora che inidoneo, sarebbe non conforme alla legge e ai principi costituzionali. In proposito, v. Mag. sorv. Macerata, ord. 20 maggio 2013, cit., secondo cui si rientra nell’ambito di operatività dell’art. 18 *ter* o.p., qualora le limitazioni imposte nella ricezione della stampa comportino anche soltanto una privazione indiretta della possibilità di ricevere una determinata pubblicazione e di consultarla. Tali sono, ad esempio, le privazioni ricollegabili “ad una attesa di molto superiore a quella che sarebbe possibile con altri mezzi, ad un costo apprezzabilmente più elevato, ad una procedura ingiustificabilmente complicata e farraginoso, ecc.”.

¹¹⁴ La nozione di *legalità in senso stretto* può essere concettualmente distinta da quella di *legittimità*. La prima nozione, infatti, fa riferimento alla regola secondo la quale l’azione amministrativa di natura autoritativa deve sempre trovare fondamento in una norma (c.d. norma attributiva del potere). La nozione di *legittimità*, invece, indica la regola per la quale l’azione amministrativa deve essere sempre conforme alle norme che la disciplinano.

¹¹⁵ Cfr. L. D’ANDREA, *La discrezionalità dei pubblici poteri come doppio vincolo*, in CONTIERI-FRANCARIO-IMMORDINO-ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, I, p. 638.

¹¹⁶ V. E. CARATELLI, *op. cit.*, p. 2485.

Una volta accertato – attraverso il *giudizio ipotetico* – che un mezzo legittimo è idoneo a perseguire la finalità imposta dal legislatore, si deve, altresì, stabilire quale sia il livello di tale capacità tecnica, in modo da compararla con quella espressa da altri strumenti idonei. A tal fine, dopo un attento apprezzamento dei dati della realtà, è possibile fare utile ricorso alle massime d’esperienza. Cosicché non è da escludere che misure restrittive o coercitive, le quali presentino, in astratto e genericamente, un diverso grado di efficacia, siano da considerare – nella situazione concreta in cui l’Amministrazione si trova ad agire – parimenti capaci di realizzare il fine pubblico perseguito.

Ad esempio, se, nella maggiore parte dei casi, l’uso delle armi è misura più idonea a sventare un tentativo di evasione, tuttavia, non è da escludere che, nella contingenza del caso concreto – si pensi al detenuto disarmato che tenti di scavalcare il muro di cinta –, pari grado di efficacia debba attribuirsi all’impiego della sola forza fisica. Ed ancora, se, astrattamente, la perquisizione eseguita sul detenuto totalmente denudato è strumento di controllo più efficace rispetto alla perquisizione nei confronti del detenuto vestito, tuttavia, è possibile ritenere che, tenuto conto della concreta situazione – si pensi al detenuto che abbia frequentato ambienti preventivamente e accuratamente bonificati –, le due diverse modalità di esecuzione della misura coercitiva presentino un identico livello di idoneità.

La verifica relativa al livello di capacità tecnica delle diverse misure idonee a realizzare il fine pubblico perseguito non è fine a se stessa. Essa, al contrario, è presupposto imprescindibile per ordinare tali misure secondo un criterio di efficacia¹¹⁷. Se si tiene conto, poi, che le medesime misure devono essere disposte anche secondo un criterio di lesività, emerge come le due classificazioni (relative, per l’appunto, al livello di idoneità ed al grado di invasività della sfera giuridica dei detenuti¹¹⁸) siano essenziali al fine di consentire all’autorità pubblica un’agevole individuazione del mezzo che, tra quelli parimenti efficaci, intacchi meno le situazioni giuridiche della persona *in vinculis* (v. *infra*, § 5.2.), ovvero di scegliere, in modo opportuno, il mezzo che – tra quelli aventi diversa capacità tecnica e diversa invasività – garantisca un equilibrato rapporto tra il livello di efficacia e il grado di afflittività (v. *infra*, § 5.4.).

¹¹⁷ È ovvio, del resto, che, ove la misura restrittiva debba essere ancora adottata, il concetto di efficacia farà riferimento ad una capacità di produrre l’effetto voluto che è soltanto astratta e potenziale, indipendente, quindi, da quelle che saranno le conseguenze effettive. Per tale ragione, una parte della dottrina preferisce distinguere l’idoneità, oggetto di una valutazione prognostica della pubblica amministrazione, dalla efficacia, che concerne la concreta ed effettiva produzione degli effetti voluti (in tal senso, E. BUOSO, *op. cit.* p. 49).

¹¹⁸ Il grado di invasività del mezzo nella sfera giuridica del detenuto è dato dal rapporto tra la rilevanza del diritto da incidere o inciso dall’intervento amministrativo e il livello di capacità lesiva della misura da adottare o adottata. Sul coefficiente di intensità del sacrificio imposto al detenuto, v. *infra*, § 5.4.

5.2. Tra i parimenti idonei, il più mite: la necessità (o indispensabilità).

Un mezzo idoneo è anche *necessario* (o *indispensabile*) a perseguire l'obiettivo che giustifica legalmente l'esercizio della potestà pubblica, quando esso – tra i diversi mezzi (a disposizione dell'Amministrazione) che siano parimenti capaci di raggiungere uno specifico scopo – è quello che impone il minore sacrificio alle situazioni giuridiche attive, riconosciute all'interessato¹¹⁹. In altri termini, se la legge consente di perseguire il fine connesso all'interesse pubblico con almeno due mezzi ugualmente idonei, ma uno di essi lede meno intensamente il confliggente interesse del detenuto, l'autorità pubblica deve adottare tale mezzo meno afflittivo. Infatti, se per il raggiungimento del fine pubblico è indifferente che si scelga il mezzo meno lesivo al posto di un altro mezzo parimenti idoneo, lo stesso non accade per l'interesse del detenuto, poiché il mezzo meno lesivo determina un miglioramento nella realizzazione di tale interesse. L'intervento amministrativo più mite, dunque, deve essere preferito, dal momento che esso non pone alcuno degli interessi in gioco in una posizione peggiore di quella che deriverebbe dall'impiego di uno degli altri mezzi più invasivi; e anzi comporta un migliore soddisfacimento dell'interesse della persona ristretta.

Il requisito della *necessarietà* deve connotare l'intervento dell'Amministrazione penitenziaria sia sotto il profilo contenutistico – relativo al grado di afflittività di una determinata misura – sia sotto gli aspetti dell'efficacia temporale, soggettiva e spaziale¹²⁰. Cosicché, anzitutto, ogni misura coercitiva o limitativa dei diritti del detenuto, oltre a dover essere la meno invasiva tra quelle aventi pari livello di capacità tecnica, deve anche avere un'efficacia temporale che – in vista del raggiungimento della finalità perseguita – sia limitata allo stretto indispensabile. Invero, sebbene soltanto in talune specifiche ipotesi la legge penitenziaria predetermini, in modo tassativo, l'efficacia temporale delle misure restrittive dei diritti dei detenuti (artt. 14 *bis*, comma 1, e 41 *bis*, comma 2 *bis*, o.p.), ovvero circoscriva tale efficacia, in modo più elastico, al tempo (o alla durata) strettamente necessaria (artt. 41, comma 3, e 41 *bis*, comma 1, o.p.), deve ritenersi che la componente della necessità – sotto il profilo temporale – sia requisito essenziale di ogni intervento dell'Amministrazione penitenziaria.

Sotto gli aspetti soggettivo e spaziale, inoltre, la delimitazione dell'efficacia di un intervento può presentare profili di particolare complessità qualora si debbano fronteggiare disordini collettivi o rivolte¹²¹. In tali evenienze, al fine di ristabilire

¹¹⁹ Come efficacemente rilevato da E. BUOSO, *op. cit.* p. 51, “mentre l'idoneità riguarda il provvedimento in sé e la sua attitudine a soddisfare l'interesse pubblico, la necessità considera la limitazione della sfera giuridica del soggetto coinvolto, che deve ridursi alla meno incisiva possibile per raggiungere lo scopo prefissato”. L'Autrice, inoltre, ribadisce che “la necessità tra diverse misure alternative si misura a parità di idoneità” (ivi, p. 53).

¹²⁰ Cfr. P.M. VIPIANA, *op. cit.*, pp. 80-81; F. ASTONE, *op. cit.*, p. 378.

¹²¹ Sebbene l'efficacia spaziale assuma rilievo nel caso di misure riferite, per l'appunto, allo spazio, mentre quella soggettiva venga in considerazione nel caso di misure riferite a determinate categorie di persone, non mancano, tuttavia, situazioni in cui i due profili di efficacia si sovrappongono, in quanto la

l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere, l'Amministrazione dovrebbe pur sempre adottare misure restrittive che presentino un'efficacia circoscritta unicamente a quei detenuti che abbiano promosso, organizzato e contribuito a mantenere in vita la situazione di emergenza. Soltanto allorché una siffatta delimitazione soggettiva delle misure ne determinasse l'inefficacia, e, quindi, soltanto quando, in vista della realizzazione della finalità pubblica, fosse necessario intaccare la sfera giuridica di altri detenuti, l'efficacia dell'intervento – pur se ampliata sotto il profilo soggettivo o sotto quello spaziale – dovrebbe essere comunque circoscritta alla sola sezione detentiva o a quella parte dell'istituto penitenziario interessate dalla situazione di emergenza (artt. 41 *bis*, comma 1, o.p. e 93 d.P.R. 230 del 2000).

Con uno sguardo alla prassi, si può notare come non manchino situazioni nelle quali l'intervento dell'autorità amministrativa non appare necessario sia sotto l'aspetto dell'efficacia sostanziale, sia sotto i profili dell'efficacia temporale, personale e spaziale. Nella giurisprudenza di merito, ad esempio, è rinvenibile un pronuncia che ha dichiarato illegittima – perché non necessaria sotto ciascuno dei profili di efficacia presi in considerazione – la determinazione con la quale il direttore di un carcere, al fine di eliminare o di ridurre gli episodi di violenza riconducibili all'abuso di alcolici, aveva imposto un divieto assoluto, generalizzato e non limitato nel tempo, di acquisto, da parte dei detenuti, di vino e di birra¹²². Secondo il giudice monocratico, infatti, poiché è lo stesso regolamento di esecuzione a disciplinare “la facoltà, da parte dei ristretti, di consumare vino e birra, quali normali componenti di una alimentazione adulta, indicando i limiti massimi, sia in termini di quantità che di gradazione alcolica, entro i quali il regolamento interno deve mantenersi nella concreta e specifica disciplina della predetta facoltà”¹²³ (artt. 9, comma 1, o.p. e 14, comma 3, d.P.R. 230 del 2000¹²⁴), il provvedimento amministrativo restrittivo – che sospenda la somministrazione di tali bevande e, quindi, limiti la facoltà di consumarle – può ritenersi legittimo soltanto se sussistano specifiche e motivate esigenze di tutela della sicurezza interna al carcere (artt. 1, comma 3, o.p. e art. 14, comma 2, d.P.R. 230 del 2000) e non produca effetti sfavorevoli che non siano strettamente indispensabili a soddisfare le predette esigenze di tutela.

Muovendosi nella direzione appena indicata, dunque, il magistrato di sorveglianza si è avvalso – pur non richiamandolo espressamente – del parametro della proporzionalità, svolgendo un penetrante sindacato sulla congruità della determinazione assunta dalla direzione dell'istituto penitenziario. In particolare,

delimitazione spaziale degli effetti di una misura restrittiva mira anche a circoscrivere la categoria di detenuti destinatari dell'azione amministrativa.

¹²² Cfr. Mag. sorv. Cuneo (giudice dott. P.M. SALASSA), ord. 1 febbraio 2007, in *www.diritto.it*.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Alle persone ristrette deve essere assicurata una alimentazione sana e sufficiente, adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione e al clima (art. 9, comma 1, o.p.). In attuazione di tale disposizione legislativa, il regolamento di esecuzione consente ai detenuti anche l'acquisto presso lo spaccio interno e il consumo giornaliero di vino in misura non superiore a mezzo litro e di gradazione non superiore a dodici gradi e di birra in misura non superiore ad un litro. L'accumulo di tali bevande alcoliche è, però, espressamente vietato (art. 14, comma 3, d.P.R. n. 230 del 2000).

ricorrendo – sia pure implicitamente – al criterio di giudizio della *necessarietà*, il giudice ha rilevato la non indispensabilità dell'intervento dell'autorità amministrativa, prendendo in considerazione i diversi profili di efficacia del divieto di somministrazione di bevande alcoliche. Sotto l'aspetto dell'efficacia personale e spaziale, quindi, la misura restrittiva è stata giudicata non necessaria, poiché consistente in un divieto generalizzato, esteso a tutte le persone ristrette nell'istituto penitenziario, e non collegato "a specifici episodi disciplinari ed a responsabilità individuali", violandosi, in tal modo, il principio di individualizzazione del trattamento. Il criterio d'azione della *necessarietà*, invece, avrebbe preteso che gli effetti della misura fossero rigidamente limitati alla singola sezione nella quale si erano verificati numerosi, specifici e significativi episodi disciplinari, sicuramente riconducibili all'abuso di vino o birra, ovvero nella quale erano ristrette categorie di detenuti che apparivano "incompatibili con l'assunzione di alcolici (ad. es. tossicodipendenti, assuntori di psicofarmaci, etc.)"¹²⁵. Sotto il profilo dell'efficacia temporale, inoltre, la misura è stata considerata non necessaria, poiché il divieto di acquisto delle bevande alcoliche non era chiaramente limitato nel tempo. Il canone della indispensabilità, al contrario, avrebbe richiesto che l'efficacia della misura fosse circoscritta, in modo rigoroso, al tempo strettamente necessario, anche perché era probabile che le esigenze di sicurezza, che ispiravano l'intervento, tendessero "a diminuire a seguito dell'applicazione del divieto stesso protratto per un certo periodo"¹²⁶. Sotto il profilo contenutistico, infine, è stata ritenuta non necessaria la soppressione totale della possibilità di acquistare vino e birra, risultando – in base ad un'attenta valutazione delle circostanze di fatto – parimenti efficace e meno gravosa altra tipologia di intervento limitativo della facoltà riconosciuta ai detenuti.

Pur mantenendo ferma la conclusione appena raggiunta, secondo la quale il requisito della *necessarietà* deve caratterizzare ogni aspetto dell'intervento dell'autorità pubblica, tuttavia, nel prosieguo, si farà prevalente riferimento al solo profilo contenutistico-sostanziale del criterio d'azione di cui trattasi. E, in proposito, si può rilevare, sin da subito, che anche il criterio in questione, per operare in modo corretto, deve avere come punto di riferimento tutte le circostanze specifiche del caso concreto¹²⁷. La scelta del mezzo meno gravoso (tra quelli aventi, tendenzialmente, il medesimo grado di efficacia), infatti, non può essere compiuta sulla base di parametri puramente astratti e generici, ma richiede un compiuto apprezzamento di ogni circostanza che caratterizza il fatto storico, e finanche delle aspettative del detenuto¹²⁸.

¹²⁵ Così, Mag. sorv. Cuneo, ord. 1 febbraio 2007, cit.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 18.

¹²⁸ Il corretto e scrupoloso apprezzamento dello specifico caso concreto consente di ridurre al minimo – se non di eliminare – "quei margini di flessibilità valutativa" che, secondo autorevole dottrina, connotano anche l'individuazione del mezzo più mite (v. S. COGNETTI, *op ult. cit.*, p. 233). Si tratta, in altri termini, di impedire che si realizzi quella che la citata dottrina definisce come "un'ipotesi di commistione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica"; commistione che si verifica "laddove la previsione del livello di soddisfazione del fine stesso non dipende soltanto dall'eventuale margine fisiologico di

Sotto quest'ultimo profilo, del resto, non sfugge come il dovere di considerare – ai fini della verifica dei livelli di afflittività di misure penali idonee – anche la percezione soggettiva della persona ristretta, destinataria dell'azione amministrativa, determini una non trascurabile modificazione delle posizioni assunte all'interno del rapporto che si instaura tra autorità pubblica e detenuto. In tal modo, infatti, si attenua il carattere spiccatamente unilaterale che connota l'esercizio del potere autoritativo e si accentua – in un certo grado ed entro limiti ben definiti – la “dimensione consensuale” dello svolgimento della funzione amministrativa.

Se è vero, infatti, che, nell'ambito delle relazioni di supremazia, “sono in genere subordinati quelli a cui tocca il lavoro di comprendere effettivamente come funzionano le relazioni *di potere*”¹²⁹, allora il dovere, posto in capo all'amministrazione, di tener conto del punto di vista del detenuto comporta uno sviluppo di tali relazioni verso schemi maggiormente rispettosi dei diritti fondamentali della persona e del tutto estranei alla logica della supremazia speciale. Si passa, invero, da una situazione di “potere senza sapere”¹³⁰, che conduce, in genere, a decisioni arbitrarie, perché non precedute da un “lavoro interpretativo” (di comprensione del soggetto che subisce una misura restrittiva), ad un esercizio del potere che – senza arrecare pregiudizio alcuno alla doverosa realizzazione dell'interesse pubblico predeterminato dal legislatore – non evita i confronti, i chiarimenti e finanche (nei limiti del possibile e del necessario) gli accordi tipici delle relazioni meno squilibrate.

Peraltro, dalla logica del “potere senza sapere” sembra volersi affrancare la stessa amministrazione penitenziaria. Il DAP, infatti, in diverse circolari, ha previsto che la gestione della persona *in vinculis* debba essere “improntata al dialogo” e alla comprensione del suo punto di vista, ritenendosi che le esigenze di tutela delle condizioni di sicurezza all'interno del carcere vadano garantite anche nell'ambito di un “processo di conoscenza del detenuto”. Tale processo di conoscenza, invero, contribuisce ad assicurare al ristretto “una detenzione aderente al rispetto della dignità della persona e dei diritti e doveri ad essa riferiti dall'ordinamento”¹³¹.

Un siffatto mutamento nel modo di intendere il rapporto amministrativo ha un'implicazione di sicuro rilievo anche nella prospettiva del rispetto del criterio d'azione della necessità, consentendo l'agevole individuazione della misura meno

incertezza dell'esito tecnicamente prevedibile, ma dipende anche, in una prospettiva più squisitamente politico-amministrativa, dal modo ineludibilmente soggettivo di valutare il (la c.d. *parità* del) risultato nella realizzazione del fine stesso da parte dell'autorità decidente che se ne assume la responsabilità piena nell'esercizio del proprio potere istituzionale di scelta”.

¹²⁹ Cfr. D. GRAEBER, *Le zone morte dell'immaginazione. Su violenza, burocrazia e lavoro interpretativo*, in *Oltre il potere e la burocrazia*, Milano, 2013 p. 42.

¹³⁰ L'espressione “potere senza sapere” è utilizzata da K. BRECKENRIDGE, *Power without knowledge: Three nineteenth century colonialism in South Africa*, in *Journal of Natal and Zulu History*, 2008, 26, pp. 2 e ss.

¹³¹ Cfr. circ. DAP n. 3654/6104, 26 febbraio 2014, recante *Disposizioni in materia di trasferimenti dei detenuti*; circ. DAP n. 3649/6099, 22 luglio 2013, concernente la *Realizzazione del circuito regionale ex art. 115 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230: linee guida sulla sorveglianza dinamica*. Sul tema della “sorveglianza dinamica”, v. I. DE AMICIS, *La sorveglianza dinamica*, in TRISI-DE AMICIS-RACITI, *Il Carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Giulianova, 2014, pp. 73 e ss.

invasiva della sfera giuridica del detenuto. Infatti, una volta accertato il pari livello di capacità tecnica dei mezzi adottabili, l'impiego di quello che è percepito dal ristretto come il meno afflittivo garantisce che l'esercizio del potere pubblico non si risolva nella mera imposizione di una gamma ristretta di soluzioni ad una realtà penitenziaria che è infinitamente più complessa (e spesso ambigua)¹³², realtà in cui l'intrecciarsi e il confliggere di interessi pubblici prioritari e di interessi secondari tessono un fitta ed intricata trama che richiede un attento ed incessante lavoro interpretativo da parte dell'autorità amministrativa. Esercitare il potere conferito dalla legge, tenendo conto della percezione soggettiva del detenuto, significa, quindi, muoversi consapevolmente all'interno di tale trama, in vista dell'adozione di misure restrittive strettamente necessarie, capaci di garantire, concretamente, il migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico e il minor sacrificio indispensabile dei contrapposti interessi del detenuto¹³³.

Si pensi, ad esempio, a due condannati, ubicati nella stessa sezione detentiva, nei confronti dei quali sopraggiunga un "divieto di incontro", essendo emersa la loro affiliazione a consorterie criminali che si stanno contrapponendo in una cruenta "guerra di mafia". In tal caso, per soddisfare l'interesse prioritario (mantenimento della sicurezza all'interno del carcere) attraverso la realizzazione del fine specifico (attuazione del divieto di incontro), l'Amministrazione dispone di mezzi diversi, parimenti idonei, ma determinanti sacrifici di diversa entità. Per prima cosa, essa può disporre che uno dei due detenuti sia assegnato ad altra sezione del medesimo istituto, imponendo agli operatori penitenziari puntuali doveri di sorveglianza, volti ad evitare che vi siano occasioni di incontro tra i destinatari del divieto (art. 14, comma 2, o.p.). I due detenuti, dunque, non possono partecipare contemporaneamente alle attività trattamentali che si svolgono in forma collettiva, sicché – qualora entrambi abbiano fatto richiesta di prendervi parte – deve essere disposta l'esclusione di uno dei due (o di entrambi, se non sia possibile compiere una scelta ragionevole) dai corsi scolastici o di formazione professionale.

In alternativa alla predetta misura, l'Amministrazione potrebbe disporre il trasferimento di uno dei due detenuti ad un altro istituto penitenziario, posto, però, in località meno prossima alla residenza dei familiari (art. 42 o.p.). Questa seconda soluzione, quindi, garantirebbe al detenuto la possibilità di partecipare a tutte le attività trattamentali che si svolgono all'interno del carcere, ma renderebbe più difficoltoso il mantenimento dei contatti visivi con i congiunti. La prima soluzione, al contrario, faciliterebbe il condannato nei contatti con i familiari, ma precluderebbe la partecipazione ad importanti attività trattamentali, quali sono i corsi scolastici o di formazione professionale.

¹³² Sul punto, sia pure con uno sguardo non limitato alla realtà penitenziaria, v. D. GRAEBER, *Fenomenologia dei mega-pupazzi*, in *Oltre il potere e la burocrazia*, op. cit., p. 110.

¹³³ Cfr. E. BUOSO, op. cit., p. 61, la quale evidenzia come, anche quando il soggetto preferisca una misura oggettivamente meno mite, l'amministrazione deve comunque tener conto di tale punto di vista soggettivo. Ammettere ciò, infatti, significa accettare che la percezione del destinatario dell'azione amministrativa incida concretamente sulla necessità della stessa.

E allora, stabilire quale dei due mezzi sia meno gravoso per il detenuto è possibile soltanto avendo contezza delle sue aspirazioni, di modo che, se egli intenda privilegiare il mantenimento dei rapporti con i famigliari, sarà più gravosa la misura del trasferimento ad altro istituto penitenziario situato in località meno vicina al luogo di residenza dei congiunti. Di contro, se egli primariamente miri al conseguimento di un titolo di studio o di una qualifica professionale, l'esclusione dai corsi scolastici o di formazione professionale sarà misura più gravosa rispetto a quella del trasferimento in un istituto penitenziario in cui non gli sarà inibita la partecipazione ad alcuna delle attività che caratterizzano il trattamento rieducativo. In tale situazione, dunque, la considerazione del punto di vista del detenuto è determinante nell'individuazione e nell'adozione di una misura amministrativa realmente necessaria, che sia capace di assicurare, al contempo, il più elevato livello di tutela della sicurezza interna all'istituto penitenziario e il minor sacrificio delle situazioni giuridiche soggettive del detenuto.

È evidente come il criterio della *necessarietà* – essendo fondato sullo scrupoloso apprezzamento tecnico in ordine al pari livello di idoneità e al differente grado di afflittività dei diversi mezzi che sarebbe possibile adottare in una determinata situazione – vincoli l'azione dell'Amministrazione, orientandola verso l'unica soluzione legittima. Ancorché astrattamente discrezionale, dunque, l'attività amministrativa diviene, in concreto, assolutamente vincolata “dalle conoscenze acquisite”¹³⁴.

Tuttavia, se il requisito della *necessarietà* connota il mezzo che, tra quelli parimenti idonei, presenta il minor grado di afflittività, allora detto requisito non viene in rilievo qualora non vi sia alcun termine di raffronto che consenta di graduare la capacità lesiva di una specifica misura restrittiva (vale a dire quando non siano rinvenibili altri mezzi aventi lo stesso livello di efficacia di quello da impiegare). Tale evenienza si realizza allorché l'Amministrazione penitenziaria, per raggiungere uno specifico fine pubblico, disponga di un solo mezzo idoneo e, quindi, di fatto, non sia costretta a ricercare, tra diverse misure, quella meno gravosa¹³⁵.

Così, ad esempio, se sussiste il pericolo che il detenuto si sottragga all'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, potendo sfruttare il momento in cui si procede all'attività di accompagnamento coattivo da un luogo ad un altro (c.d. traduzione individuale), l'Amministrazione, per fronteggiare tale pericolo, dispone di una sola misura di coercizione fisica, dovendo utilizzare lo strumento delle manette ai polsi (art. 42 *bis*, comma 5, o.p.). In altri termini, allorché non vi sia un pericolo di fuga, il detenuto da accompagnare non sia pericoloso e le circostanze ambientali non rendano difficile la traduzione individuale, la legge pone il divieto di utilizzare le manette e qualsiasi altro mezzo di coercizione fisica; al contrario, qualora

¹³⁴ Cfr. F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, p. 55. Secondo l'Autore, infatti, sussistono ipotesi in cui “può farsi utilmente riferimento alla nozione di attività discrezionale in astratto, ma vincolata in concreto, giacché, per una serie di circostanze, l'amministrazione, pur normativamente titolare di un potere di ponderazione di interessi, può legittimamente effettuare una sola delle scelte possibili” (ivi, p. 98).

¹³⁵ Cfr. D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 17, V. FANTI, *op. cit.*, pp. 45-46, S. BOLLINO, *op. cit.*, p. 1315.

sussista anche soltanto uno dei pericoli appena delineati, l'unico mezzo di coercizione fisica che deve essere adottato è quello della manette ai polsi: *tertium non datur*.

Il criterio della *necessarietà*, inoltre, non entra in gioco neanche quando l'impiego di un mezzo non presupponga l'accertamento relativo alla sua minore capacità lesiva, tutti gli strumenti a disposizione presentando un identico grado di invasività. Si tratta della situazione in cui l'Amministrazione penitenziaria, per realizzare l'obiettivo imposto dalla legge, può avvalersi di più mezzi aventi pari idoneità ed uguale dannosità, ovvero di più mezzi che presentino un diverso grado di efficacia, ma identica capacità lesiva. Nel primo caso, infatti, è del tutto indifferente che si scelga una misura restrittiva piuttosto che un'altra, tutte avendo identica capacità finale e lesiva. Nel secondo caso, invece, l'Amministrazione deve impiegare la misura che – a parità di afflittività – presenti il più elevato coefficiente di idoneità. Tuttavia, è opportuno precisare che, in tal genere di evenienze (come in quella, prima delineata, dell'unico mezzo a disposizione), pur non venendo in rilievo il requisito della *necessarietà*, non è da escludere che si possa porre un problema di *adeguatezza* del mezzo rispetto al fine perseguito (v. *infra*, § 5.3.).

È ovvio, poi, che esuli dall'ambito di operatività del controllo sulla *necessarietà*, la situazione in cui l'Amministrazione possa avvalersi di più mezzi che presentino differenti livelli di idoneità e di afflittività. In tal caso, infatti, la scelta della misura proporzionata presuppone non un mero accertamento tecnico circa la minore gravosità di un mezzo rispetto ad altri parimenti efficaci, bensì una più complessa operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi primari e secondari (v. *infra*, § 5.4.).

5.3. La determinazione della dimensione dell'intervento: *adeguatezza, inadeguatezza e rinuncia alla realizzazione della finalità pubblica.*

Un mezzo è tecnicamente adeguato, allorché non risulti eccessivamente *sovradimensionato* rispetto al fine perseguito, non imponga al detenuto un sacrificio *sovraabbondante* rispetto al beneficio atteso e non intacchi il "nucleo essenziale" dei diritti fondamentali della persona ristretta.

La verifica sull'*adeguatezza* del mezzo assume autonomo rilievo in tre ipotesi. Anzitutto, allorquando la misura restrittiva o coercitiva tecnicamente efficace sia una soltanto, di modo che, non essendovi altre misure idonee, quella indispensabile in vista del raggiungimento del fine pubblico ben potrebbe, nel caso concreto, rivelarsi *sovradimensionata* e imporre ai diritti del detenuto un sacrificio eccessivamente gravoso. In secondo luogo, laddove, pur disponendosi di più mezzi ugualmente efficaci e diversamente afflittivi, quello necessario – che arreca il minor pregiudizio ai diritti del detenuto – imponga comunque un sacrificio *sovraabbondante* agli interessi secondari, presi in considerazione, direttamente o implicitamente, dalla norma attributiva del potere. Infine, quando, pur disponendosi di diversi mezzi, che presentino pari (o differente) grado di efficacia e identico livello di capacità lesiva, quello impiegato risulti comunque oltremodo afflittivo.

Nella tipologia di fattispecie prima delineata (caratterizzata, nelle prime due ipotesi, dal fatto che l'attività amministrativa, ancorché astrattamente discrezionale, diviene, "per una serie di circostanze", vincolata in concreto¹³⁶ e, nella terza situazione, dal fatto che è del tutto indifferente che l'autorità pubblica scelga una soluzione piuttosto che un'altra), l'iter della decisione in merito all'adeguatezza tecnica di una misura restrittiva o coercitiva si articola in due diverse fasi.

Nella prima fase, il canone di condotta in questione richiede che l'autorità amministrativa valuti l'intervento sotto i profili dell'intensità di realizzazione dell'interesse pubblico e dell'intensità del sacrificio che subirà il detenuto, e impone che l'unico mezzo idoneo o il mezzo necessario non venga adottato, qualora risulti che l'intensità del sacrificio previsto sia eccessivamente elevata (sovradimensionata e sovrabbondante) rispetto all'intensità di realizzazione dell'interesse collettivo¹³⁷. Coticché, ad esempio, nel caso di un tentativo di evasione che – "seppure attuato con destrezza e agilità" – non sia accompagnato da atti di violenza o di resistenza attiva (che sia tale, cioè, da non mettere a repentaglio l'incolumità del pubblico ufficiale o di altre persone)¹³⁸, il canone di proporzionalità e le altre norme costituzionali impongono di non utilizzare le armi; e ciò anche qualora l'impiego di queste ultime costituisca l'unico intervento idoneo ad impedire che il soggetto si sottragga all'esecuzione della sentenza di condanna o della misura cautelare (art. 53 c.p.)¹³⁹. In tal caso, infatti, non soltanto "l'uso, sempre pericoloso e dalle conseguenze non bene prevedibili, dell'arma da fuoco" costituisce intervento sovradimensionato rispetto all'obiettivo di impedire che il detenuto si sottragga all'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale, ma, altresì, il pericolo di lesione dei valori supremi della vita umana e dell'incolumità fisica del detenuto in fuga costituisce sacrificio sovrabbondante rispetto alla mera esigenza di garantire la sicurezza esterna. Il criterio d'azione dell'adeguatezza, dunque, pretende la totale recessione del fine specifico e (di conseguenza) dell'interesse primario per il cui soddisfacimento la legge ha attribuito

¹³⁶ Cfr. F.M. NICOSIA, *op. cit.*, p. 98.

¹³⁷ In ordine al coefficiente di intensità del sacrificio imposto al detenuto (dato dal rapporto tra la rilevanza del diritto da incidere o inciso dall'intervento amministrativo e il livello di capacità lesiva della misura da adottare o adottata) e al coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico (dato dal rapporto tra il livello di importanza del fine specifico perseguito e dell'interesse primario cui tale fine è connesso e il livello di idoneità del mezzo che si intende impiegare), v. *infra*.

¹³⁸ In merito alla diversa situazione in cui il tentativo di evasione sia attuato con modalità che siano tali da mettere a repentaglio la vita o l'incolumità fisica del pubblico ufficiale addetto alla custodia o di altre persone, v. *infra*.

¹³⁹ Sull'uso legittimo della armi da parte del personale appartenente alla polizia penitenziaria, cfr. S. CIRIGNOTTA-R. TURRINI VITA, *Evasioni, traduzioni dei detenuti e uso legittimo delle armi*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 776 e ss.; C. BRUNETTI, *Usa legittimo delle armi da parte del personale appartenente al Corpo di Polizia Penitenziaria*, in www.ristretti.it/areestudio/lavoro/norme/brunetti.htm; G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, *op. cit.*, pp. 188 e ss.; ID., *Salute, affettività e libertà di corrispondere e di comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014; T. MARGHELLA-F. STAZZONE, *Armi e uso legittimo delle armi*, in *Le dispense dell'ISSP*, 2014, 11, pp. 29 e ss., i quali auspicano che il Corpo di polizia penitenziaria venga dotato anche di armi della categoria "non letale".

all'Amministrazione penitenziaria un determinato potere (*rectius*, un dovere-potere)¹⁴⁰, poiché l'intensità lesiva dell'intervento (vale a dire l'elevato livello del pericolo di causare la morte della persona che tenta di evadere) risulta smisuratamente eccessiva rispetto all'intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, cui è connesso il fine di impedire che il detenuto si sottragga all'esecuzione del provvedimento restrittivo della libertà personale.

Nella seconda fase – una volta accertato che la misura da adottare non risulti sovradimensionata rispetto al fine perseguito –, il criterio d'azione dell'adeguatezza richiede che l'autorità amministrativa verifichi se il mezzo da impiegare possa, comunque, determinare (o stia, comunque, comportando) una eccessiva invasione della sfera giuridica della persona ristretta. In tal caso, però, si pone la questione se, a fronte di una (prevista o accertata) eccessiva incisione di un diritto fondamentale del detenuto, l'Amministrazione penitenziaria possa o debba non impiegare il mezzo tecnicamente inadeguato, e (di conseguenza) possa o debba rinunciare – in modo totale o parziale – a perseguire il fine pubblico affidatole in cura. In proposito, si deve affermare che una recessione del fine pubblico (e, dunque, una rinuncia – totale o parziale – all'interesse primario) è ammissibile soltanto se imposta dalla legge, ovvero da altra norma costituzionale o convenzionale, a tutela di un diritto fondamentale ritenuto incomprimibile o comprimibile entro precisi ed invalicabili limiti.

Se poi si volge lo sguardo verso l'attività amministrativa vincolata non al fatto, bensì al diritto (c.d. vincolatezza in astratto), emerge come il principio di proporzionalità debba trovare applicazione già a livello legislativo, di modo che l'eventuale incisione eccessiva della sfera giuridica del detenuto potrà farsi valere dinanzi alla Consulta, in sede di sindacato di legittimità costituzionale della norma che prevede la misura restrittiva o coercitiva sproporzionatamente afflittiva. Tuttavia,

¹⁴⁰ La conclusione raggiunta nel testo non cambia al mutare della prospettiva interpretativa prescelta. Così, se si accoglie la tesi (un tempo, prevalente in dottrina e in giurisprudenza) secondo la quale, nella fattispecie di cui all'art. 53 c.p., assume rilievo soltanto la condotta di resistenza attiva all'adempimento dei doveri del pubblico ufficiale e non anche la mera resistenza passiva (cfr., in dottrina, F. LUPONE, *Irrilevanza della c.d. resistenza passiva e della fuga in particolare nell'interpretazione della norma di cui all'art. 53 c.p.*, in *Giur. merito*, 1978, p. 887; S. ARDIZZONE, *Uso legittimo delle armi* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLV, p. 983; E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, XV, pp. 135-136; nella giurisprudenza di legittimità, tra le tante, Cass. pen., sez. V, sent. 4 febbraio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1143), allora è agevole escludere che la fuga non violenta sia sufficiente a giustificare l'uso delle armi. Ma l'assunto rimane identico anche allorché si privilegi l'impostazione che reputa irrilevante la distinzione tra le due forme di resistenza, dal momento che la resistenza passiva non sempre esclude l'applicabilità dell'art. 53 c.p., dovendosi, piuttosto, porre l'attenzione "sul rapporto di proporzione, da un lato, tra i mezzi di coazione impiegati e il tipo di resistenza da vincere e, dall'altro, tra i beni in conflitto" (così, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2001, p. 256; conf. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p. 529; F. MANTOVANI, *Diritto penale-Parte generale*, Padova, 1992, p. 281; L. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979, pp. 68-69). Anche spostando l'attenzione sul versante della definizione dei limiti interni di operatività della causa di giustificazione, non sembra si possa ragionevolmente mettere in dubbio che, nell'ipotesi in cui, ad esempio, un detenuto fugga a piedi, sia corretto ritenere che l'uso delle armi sia mezzo sovradimensionato rispetto all'obiettivo perseguito e imponga un sacrificio sovrabbondante ai fondamentali diritti del detenuto in fuga.

anche nelle ipotesi di doverosa adozione di una misura legalmente imposta, l'autorità amministrativa dovrà farsi guidare dal criterio d'azione dell'adeguatezza, qualora si verificino talune specifiche situazioni. Si tratta, in particolare, dei casi in cui la misura amministrativa – ancorché sia astrattamente adeguata – si riveli eccessivamente gravosa nel momento in cui sia impiegata per far fronte ad un singolo “accadimento problematico”, che fuoriesca dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la previsione normativa, poiché presenta peculiari connotati che il legislatore non è stato in grado di predeterminare. In tale evenienza, infatti, se – a seguito della valutazione di adeguatezza – la misura risulti, in concreto, eccessivamente gravosa, in quanto lesiva del “contenuto essenziale” di una libertà o di un diritto fondamentale, le norme costituzionali e convenzionali impongono all'autorità amministrativa di non adottare tale misura e, di conseguenza, impongono la recessione totale o parziale di quel fine pubblico che, altrimenti, sarebbe doveroso perseguire.

Seguendo questa impostazione, risulta evidente come, sebbene – nella tradizionale scomposizione “tripartita” dei criteri d'azione estratti dal *principio di proporzionalità* – al termine *adeguatezza* e alla locuzione *proporzionalità in senso stretto* corrispondano identici “contenuti concettuali”¹⁴¹, appaia preferibile (se non altro nel settore delle misure amministrative che intaccano diritti fondamentali) attribuire alle due espressioni linguistiche una valenza semantica e un ambito applicativo differenziati¹⁴².

In questa diversa prospettiva, infatti, con il termine *adeguatezza* si indica un criterio guida dell'azione amministrativa (e, quindi, un parametro di giudizio) fondato sulla misurazione (sulla valutazione quantitativa) del grado di afflittività e, quindi, di tollerabilità di un mezzo; criterio che assume rilievo nelle situazioni in cui l'Amministrazione penitenziaria non disponga di alcun margine di scelta, dovendo perseguire lo specifico fine pubblico con l'unico mezzo che sia risultato idoneo e necessario o che sia normativamente prescritto. Con il sintagma *proporzionalità in senso stretto* si fa riferimento, invece, ad un criterio d'azione basato anche su una valutazione qualitativa – espressa in termini di plausibilità – dell'equilibrio, tra capacità tecnica e lesività, raggiunto attraverso lo strumento prescelto dall'Amministrazione in seguito ad una attenta ponderazione degli interessi confliggenti¹⁴³.

¹⁴¹ Cfr. S. VILLAMENA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴² Si consideri, peraltro, che il criterio guida dell'adeguatezza tecnica sembra ricevere autonoma considerazione anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 52, § 1, stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla medesima Carta devono comunque “rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”. Ciò vuol dire che una misura limitativa dell'esercizio dei diritti o delle libertà, ancorché sia necessaria e rispondente effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, non deve essere adottata quando determini un sacrificio talmente sovrabbondante da intaccare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà che si intendono limitare.

¹⁴³ Il criterio/parametro della *proporzionalità in senso stretto*, infatti, si connota in termini di valutazione qualitativa del potere pubblico impiegato, valutazione “afferente alle peculiari posizioni incise dall'azione pubblica, che l'autorità deve opportunamente considerare nel formulare l'assetto di interessi equilibrato a

L'adeguatezza, dunque, quale criterio guida che impone di tener conto del grado di lesività di un intervento amministrativo, si traduce in un apprezzamento tecnico che consente di stabilire se – in ragione delle particolari circostanze del caso concreto – debba o no operare uno specifico dovere di comportamento, direttamente discendente dal canone della proporzionalità, o legalmente imposto da norme giuridiche a tutela delle situazioni soggettive del detenuto. In altri termini, la valutazione (quantitativa) del grado di afflittività di una misura restrittiva o coercitiva consente di verificare se, con essa, si determini un sacrificio sovrabbondante rispetto alla rilevanza del risultato atteso, ovvero se – a prescindere da ogni giudizio comparativo tra intensità dell'intervento amministrativo e intensità del sacrificio – si intacchino (o si siano intaccati) quegli ambiti in cui l'autorità amministrativa non può entrare, neppure impiegando mezzi idonei e necessari o imposti dalla legge. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, le norme costituzionali e di diritto internazionale pattizio fissano la soglia sulla quale l'intervento statale deve sempre arrestarsi, e, nel tracciare i limiti non oltrepassabili, tali norme impongono ai pubblici poteri il dovere di rinunciare a determinati interventi, anche quando questi ultimi siano gli unici in grado di realizzare l'interesse collettivo individuato dal legislatore.

La *proporzionalità in senso stretto*, invece, è criterio guida che mira a garantire l'accettabilità ("in termini di opportunità, utilità, convenienza ed equità") della decisione dell'autorità pubblica, adottata esercitando "un potere di scelta tra diverse soluzioni tutte teoricamente possibili"¹⁴⁴. Tale potere di scelta, tuttavia, non è esercitato "in un ambito solo parzialmente disciplinato dalla norme", dal momento che "principi e clausole generali" riempiranno di regole ogni valutazione e decisione dell'autorità pubblica¹⁴⁵.

5.4. L'equilibrio tra efficacia e mitezza: la proporzionalità in senso stretto.

Un mezzo è *proporzionato in senso stretto* quando l'intensità del sacrificio, che impone ad un valore connesso ad un determinato interesse secondario, è giustificata dal livello di importanza del beneficio da arrecare al valore correlato all'interesse primario. Viene in rilievo, dunque, un giudizio che – considerata la diversa o analoga rilevanza degli interessi antagonisti – sia in grado di bilanciare (di fissare un accettabile punto di equilibrio tra) l'intensità del sacrificio (ossia il grado di incidenza dell'intervento amministrativo sulla sfera giuridica del detenuto) e il livello del beneficio atteso (cioè il "peso specifico" della finalità pubblica da raggiungere)¹⁴⁶.

preservare valori giuridici imprescindibili della persona umana". In questi termini, G.A. ANSALDI, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁴ Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴⁵ In questi termini, L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1223.

¹⁴⁶ Il tema del bilanciamento degli interessi antagonisti non può non richiamare la questione dell'imparzialità del soggetto pubblico. Imparzialità intesa non soltanto come totale equidistanza dalle

Il criterio d'azione in questione, dunque, ha un peculiare ambito di operatività, circoscritto alle situazioni in cui l'Amministrazione penitenziaria, in vista della realizzazione di una specifica finalità pubblica, abbia la possibilità di scegliere tra più misure "ugualmente legittime", che presentino uno diverso grado di efficacia e un differente coefficiente di afflittività. In tale ipotesi, infatti, l'iter di formazione della decisione si deve concludere contemperando gli interessi (primari e secondari) presi in considerazione dalla fattispecie legale attributiva del potere, in modo da determinare una situazione di equilibrio, in cui la misura restrittiva adottata imponga al detenuto un sacrificio che non sia eccessivamente e irragionevolmente gravoso rispetto "alla convenienza del risultato ottenibile"¹⁴⁷.

Nelle situazioni di cui trattasi, pertanto, i criteri dell'*idoneità* e della *necessarietà* – se considerati in modo autonomo e non in un contesto di interdipendenza – non sono in grado di garantire una corretta individuazione del mezzo proporzionato. Privilegiandosi la componente dell'*idoneità*, il rischio è infatti quello di puntare su un mezzo caratterizzato dall'elevata capacità tecnica di perseguire la finalità pubblica, ma anche dall'eccessivo grado di lesività, che potrebbe giungere sino al punto estremo di incidere su diritti inattaccabili, ovvero di superare quella invalicabile soglia di tollerabilità oltre la quale perde ogni giustificazione legale la compressione degli altri diritti fondamentali riconosciuti alla persona *in vinculis*. Al contrario, attribuendosi

finalità sottese agli interessi confliggenti, ma anche come capacità dell'autorità amministrativa, nell'esercizio del potere autoritativo conferitole, di raggiungere un grado di astrazione tale da far prevalere l'interesse pubblico solo se necessario e dopo un'attenta ponderazione delle posizioni e dei valori contrapposti ad esso.

Per una lettura dell'imparzialità, attraverso la lente della proporzionalità, che privilegia la prospettiva degli interessi in gioco, cfr. V. PAVONE, *Imparzialità e azione amministrativa nel mutato quadro dello "statuto" giuridico del potere*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 696-697. Secondo l'Autrice, "a fronte della molteplicità di interessi che fronteggiano l'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale, l'imparzialità è costruita come una regola di condotta della pubblica amministrazione, che impone il contemperamento di tutti gli interessi senza prevenzioni o preferenze, senza sopravvalutare, in modo irragionevole, l'interesse pubblico a danno degli altri interessi secondari pubblici e privati". Infatti, "se è vero che ogni scelta comporta un sacrificio, che crea contestualmente, situazioni di *favor* e di *pati* per i soggetti giuridici interessati, appare evidente che la parzialità da rifuggire si annida in determinazioni sproporzionate, che si traducono in un'indebita sopravvalutazione dell'interesse pubblico, con conseguente mortificazione degli interessi perseguiti dalle altre parti della fattispecie".

¹⁴⁷ Nel settore penitenziario, la difficoltà di giungere ad un "giusto equilibrio" tra interessi pubblici e privati contrapposti è data dal fatto che i valori connessi agli interessi secondari sono, in linea tendenziale, "particolarmente meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento". Di conseguenza, "in tal caso, la necessità di assicurare la minore compressione possibile degli interessi degni di tutela privilegiata *deve* indurre l'amministrazione ad individuare un maggiore equilibrio tra gli interessi compresenti". In questi termini, A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 361, il quale evidenzia come, al contrario, "in presenza di interessi cui non sia attribuita una tutela privilegiata, il disequilibrio tra questi e l'interesse pubblico, di cui è titolare l'amministrazione (...), consente alla stessa di realizzare una notevole compressione di tali interessi in favore della massima espansione dell'interesse pubblico". Ad ogni modo – come precisato da V. FANTI, *op. cit.*, p. 158 –, anche quando gli interessi contrapposti abbiano valenze diverse, "la proporzionalità gioca un ruolo decisivo", poiché, "una volta stabilita la diversa rilevanza degli interessi in gioco e, dunque, la prevalenza dell'uno rispetto all'altro, tale prevalenza deve essere, comunque, proporzionata ed adeguata ad un'equa soluzione del conflitto".

maggior peso alla componente della *necessarietà*, si corre il rischio di adottare una misura assai “mite”, ma connotata da un così ridotto livello di efficacia da rendere, di fatto, eccessivamente difficoltosa – se non impossibile – la realizzazione dell’obiettivo pubblico preso di mira¹⁴⁸.

Cosicché, all’interno dello spazio delimitato dal dovere di cura dell’interesse pubblico e dal divieto di lesione del “contenuto essenziale” di un diritto fondamentale, la scelta di una misura restrittiva o coercitiva, che sia proporzionata rispetto al fine pubblico da perseguire, è l’esito di un iter di formazione della decisione, articolato in tre fasi parziali. Infatti, in relazione a ciascuno degli interventi che possono essere attuati, l’autorità amministrativa deve valutare, innanzitutto, l’intensità (bassa, media, elevata, molto elevata¹⁴⁹) del sacrificio che verrà imposto al detenuto. Il coefficiente di intensità dell’intervento è dato dal rapporto tra la rilevanza (bassa, media, alta, molto alta) dell’interesse da intaccare (e del valore connesso a tale interesse) e il livello (basso, medio, alto, molto alto) della capacità lesiva della misura da adottare.

In secondo luogo, l’autorità amministrativa deve valutare l’intensità (lieve, media, elevata, molto elevata) di realizzazione dell’interesse pubblico. Il coefficiente di intensità di realizzazione è dato dal rapporto tra il livello (basso, medio, alto, molto alto) di importanza del fine specifico perseguito (e dell’interesse primario al quale tale fine è connesso) e il livello (basso, medio, alto, molto alto) di idoneità del mezzo che si intende impiegare.

L’amministrazione, infine, sempre con riferimento a ciascun mezzo a disposizione, deve porre reciprocamente in rapporto le precedenti valutazioni relative al coefficiente di intensità del sacrificio imposto ad un interesse del detenuto e al coefficiente di intensità di realizzazione dell’interesse collettivo. All’esito di tale verifica, l’autorità pubblica deve comparare i diversi risultati ottenuti e decidere, scegliendo il mezzo più appropriato in considerazione del criterio secondo il quale quanto più elevata è l’intensità del sacrificio imposto ad un interesse della persona ristretta, tanto maggiore deve essere l’intensità di realizzazione dell’interesse pubblico prioritario¹⁵⁰. Sicché un’intensità molto elevata del sacrificio è ammissibile soltanto se il livello di soddisfazione dell’interesse pubblico è anch’esso molto elevato. In tal modo,

¹⁴⁸ Si ha violazione del principio di proporzionalità non soltanto per eccesso, qualora la misura amministrativa invada, in maniera eccessiva, la sfera giuridica del detenuto, ma anche per difetto, quando il mezzo sia talmente “mite” da risultare privo della capacità di raggiungere la finalità pubblica perseguita.

¹⁴⁹ Tutte le valutazioni degli oggetti indicati nel testo seguono un modello a quattro gradi. Tuttavia, sono plausibili anche criteri di valutazione più complessi, capaci di dar luogo ad una scala più sensibile rispetto a quella proposta. Ad esempio, è possibile seguire un ordine cardinale, attribuendo a ciascun elemento da valutare il numero di una scala (che va da 0 a 1) che esprima il livello di intensità dell’intervento amministrativo, la rilevanza dell’interesse inciso (e del valore connesso a tale interesse) e dell’interesse pubblico perseguito (e dello specifico fine connesso a tale interesse), nonché il livello di idoneità e quello di afflittività del mezzo impiegato o da impiegare.

¹⁵⁰ Come afferma – con specifico riferimento all’esperienza tedesca – D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 20, “quanto più sensibilmente si ritiene di dovere intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l’interesse generale della collettività, che con tale intervento si vuole perseguire”.

il criterio della *proporzionalità in senso stretto* consente di orientare la scelta verso una misura capace di assicurare un equilibrato rapporto tra le componenti dell'idoneità e della necessarietà: tra l'efficacia e la mitezza. Anche tale criterio, pertanto, "determina l'effetto di riempire di giuridicità lo spazio di valutazione dell'autorità e di sottrarle la sostanza della discrezionalità per come siamo abituati a pensarla"¹⁵¹.

Uno degli ambiti privilegiati di operatività del criterio d'azione della *proporzionalità in senso stretto* è quello dell'uso delle armi nei confronti di chi si stia sottraendo all'esecuzione di una sentenza di condanna o di una ordinanza di custodia cautelare, fuggendo dal luogo di detenzione con modalità che siano tali da mettere a repentaglio la vita o l'incolumità fisica del pubblico ufficiale addetto alla custodia o di altre persone. In tale evenienza – come affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵² – è sempre necessario che il giudizio sul rapporto di proporzionalità prenda in considerazione le modalità concrete dell'evasione, venendo in rilievo i pericoli e i rischi che "le specifiche modalità di fuga fanno sorgere e mantengono attuali"¹⁵³. Di conseguenza, tenendo conto delle esigenze di tutela del caso concreto, l'uso legittimo delle armi deve sottostare al giudizio di bilanciamento tra i beni in conflitto, poiché la proporzione sussiste quando detto uso "non lede un interesse avente, per l'attuale ordinamento, maggior valore di quello soddisfatto con l'adempimento del dovere"¹⁵⁴.

È di tutta evidenza, quindi, che il canone di cui trattasi debba orientare non soltanto la scelta del mezzo da impiegare per realizzare il fine specifico preso di mira (vale a dire la scelta di utilizzare le armi in luogo, ad esempio, della forza fisica o della semplice coazione psichica mediante minaccia di ricorrere alle armi), ma, altresì, la scelta delle modalità di impiego di tale mezzo¹⁵⁵. Così, in alcuni casi, dovrà ritenersi proporzionato "sparare in aria (uso intimidatorio e di coazione psichica), oppure ai lati del soggetto agente pur sempre con intenti persuasivi; oppure, sparare alle gomme delle ruote del veicolo onde bloccarne la fuga, e così via, potendosi ammettere quale davvero *extra ratio* quella della mira al corpo, giustificabile solo ove il conflitto riguardi interessi di valore assoluto" e sempre che il pubblico ufficiale "miri a raggiungere lo scopo di adempiere il dovere d'ufficio con il minore sacrificio del contrapposto interesse (ad esempio, mirando alle gambe e non verso organi vitali)"¹⁵⁶. Sicché, ad

¹⁵¹ In questi termini, sia pure con riferimento all'equità, L.R. PERFETTI, *op. cit.*, p. 1217.

¹⁵² V. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 9961 del 2000, cit., p. 2720.

¹⁵³ Sebbene l'art. 53 c.p. non ne faccia espressa menzione, deve ritenersi che il requisito della proporzionalità sia implicitamente richiesto, dal momento che i principi fondamentali dell'ordinamento impediscono che si "possa autorizzare la lesione di diritti inviolabili dell'uomo al di fuori di un criterio di proporzione: se così non fosse, la disposizione dovrebbe reputarsi costituzionalmente illegittima". In questi termini, tra gli altri, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 168; *conf.* Cass. pen., sent. n. 41038 del 2014, cit.; Cass. pen., sent. n. 854 del 2008, cit.

¹⁵⁴ Così, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 281.

¹⁵⁵ Cfr. L. ALIBRANDI, *op. cit.*, pp. 96 e ss.; R. MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova, 2006, p. 392; F. RANZATTO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 606.

¹⁵⁶ V. Cass. pen., sez. IV, sent. 7 giugno 2000, cit., p. 2720. *Conf.* Cass. pen., sez. IV, sent. n. 14670, 17 febbraio-12 aprile 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1373.

esempio, nel caso di fuga attuata con modalità tali da determinare una situazione di serio, concreto ed attuale pericolo per la vita di altre persone, l'impiego dell'arma da fuoco, con le modalità del "colpo mirato" (modalità che potrebbe condurre anche a causare la morte dell'evaso), può considerarsi proporzionata – pur essendo praticabili altre modalità meno lesive e, al contempo, meno efficaci – poiché l'obiettivo (il dovere) di tutelare la vita delle potenziali vittime innocenti è di una rilevanza tale da giustificare la grave intromissione nel diritto fondamentale all'incolumità fisica e alla vita del responsabile della condotta illecita¹⁵⁷. In tale situazione, quindi, sembra sussistere una proporzione tra il livello (molto alto) di intensità del sacrificio imposto al detenuto in fuga e il grado (molto alto) di realizzazione dell'interesse pubblico.

6. Il giudizio prognostico sulla proporzionalità dell'azione amministrativa.

Si è già detto che l'uso proporzionato del potere autoritativo presuppone che l'Amministrazione penitenziaria accerti e vagli, con attenzione, sia la situazione fattuale stabilita dalla legge quale presupposto del dovere-potere di intervenire, sia la più complessa realtà di fatto nella quale l'azione amministrativa andrà ad inferire¹⁵⁸. Si può ora precisare che la necessaria istruttoria¹⁵⁹ deve condurre ad una valutazione delle circostanze di fatto che consenta di prefigurare le conseguenze e il risultato dell'esecuzione della decisione, l'autorità pubblica dovendo conoscere il modo in cui l'azione amministrativa, se posta in essere, graverà sui diritti del detenuto e garantirà la realizzazione dell'interesse prioritario¹⁶⁰. In altri termini, prima che l'azione

¹⁵⁷ Sul punto, v. D. PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, 1994, XXXII, p. 5, secondo cui "dove la problematica del colpo mirato correttamente si presenta, è in situazioni di offese in atto, in cui il problema della proporzione si manifesta negli stessi termini che per la legittima difesa".

Ad ogni modo, l'uso dell'arma deve indirizzarsi unicamente contro il detenuto in fuga, poiché ragioni di logica generale del sistema giuridico impongono di non "strumentalizzare altri soggetti estranei alla fonte della situazione necessitante al fine di indurre il reale destinatario della coazione (...) a desistere dal proseguire nella propria condotta". Ne discende, altresì, che l'uso dell'arma deve cessare, allorché il detenuto utilizzi come scudo un ostaggio, dato che la vita di quest'ultimo "è un bene preminente da tutelare" (così, E. MEZZETTI, *op. cit.*, pp. 133, 139; in senso analogo, S. ARDIZZONE, *op. cit.*, p. 981, D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 5).

¹⁵⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 498-499; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1994, IX, pp. 411, 414-415.

¹⁵⁹ In ordine al principio generale di necessità di una istruttoria adeguata al contenuto dell'atto da adottare, v. G. SALA, *op. cit.*, p. 172 e ss., il quale, dopo avere precisato che il difetto di istruttoria si risolve in una insufficiente "ricognizione della situazione di fatto e quindi degli interessi ad essa ricollegati", sottolinea come l'Amministrazione sia obbligata "ad un accertamento dei fatti e ad una considerazione delle situazioni coinvolte adeguata agli effetti che su di esse il provvedimento è destinato a produrre". In altri termini, "l'amministrazione ha l'obbligo di porsi nelle migliori condizioni per prendere la decisione migliore".

¹⁶⁰ Cfr. R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001, pp. 18, 25, secondo cui, ove la conoscenza della realtà sia orientata all'azione concreta, "è necessario che il processo conoscitivo contenga in se stesso la prefigurazione di uno scenario futuro determinato dalla

amministrativa sia intrapresa, la valutazione dell'autorità non può che risolversi in una prefigurazione dell'*idoneità*, della *necessarietà*, dell'*adeguatezza* e della *proporzionalità in senso stretto* di un mezzo rispetto al fine da raggiungere. Soltanto questo imprescindibile "sforzo prognostico", infatti, può garantire la conformità dell'azione amministrativa al canone della proporzionalità.

L'accurata "indagine previsionale" in ordine agli effetti materiali dell'iniziativa da intraprendere, dunque, deve precedere l'adozione di qualsiasi atto amministrativo (sia esso esplicazione di un potere primario o di un potere esecutivo¹⁶¹) capace di sopprimere o comprimere le posizioni giuridiche di vantaggio di cui è titolare la persona ristretta¹⁶².

Tale "giudizio prognostico", peraltro, assume peculiare rilievo anche nell'orientare quell'attività amministrativa materiale che è espressione dell'esercizio di un potere di coercizione personale, conferito dalla legge all'Amministrazione penitenziaria in vista del perseguimento di specifiche finalità pubbliche. Si tratta di un'attività materiale che, talvolta, si pone come diretta e puntuale esecuzione di un provvedimento amministrativo preesistente¹⁶³. Sicché, in tale evenienza, l'impegno previsionale deve essere assolto prima dell'emanazione del provvedimento che impone la successiva attività di coazione personale. Così, ad esempio, il "giudizio prognostico" deve indirizzare la determinazione del direttore con la quale si dispone che, nell'eseguire una traduzione individuale, il detenuto debba essere ammanettato

decisione che sarà adottata. Ora, se è certo che non tutto è prevedibile è altrettanto certo e inconfutabile che alcune conseguenze sono prevedibili in relazione alla decisione prospettata". Sicché "ogni decisione orientata all'azione presuppone che si riconoscano preventivamente quali conseguenze oggettivamente prevedibili determinerà l'ipotesi di decisione e la conseguente azione". In questa prospettiva, dunque, accertare i fatti significa "conoscere preventivamente la compatibilità tra la realtà che si intende trasformare" e le caratteristiche dell'ipotesi di intervento, che implica in se stessa "la conoscenza previsionale degli effetti e delle conseguenze materiali che deriveranno sulla realtà se l'ipotesi prefigurata verrà adottata dall'amministrazione".

In ogni caso, come sottolinea L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 92, "la decisione amministrativa che prefigura il risultato è quella che riesce a rendere contemporanei a se stessa i beni e le persone sulle quali incide(rà) l'attuazione della decisione medesima, nella sua unità e nelle sue varie componenti". Sicché, "se colui che decide – in contrasto con la realtà – considera future le cose e le persone sulle quali incideranno le sue iniziative o se – sempre in contrasto con la realtà – si considera sciolto da legami, non solidale (cioè fuori dallo spazio e dal tempo, rispetto a persone o cose) egli opera come se si trovasse su un piano trascendentale: il contesto in cui si inserirà la decisione gli apparirà come esterno e successivo rispetto all'impatto dell'esecuzione della decisione su di esso" (ivi, p. 91).

¹⁶¹ Sulla proporzionalità quale regola direttrice anche dell'esercizio del potere amministrativo esecutivo, cfr. G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 143 e ss.; L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutivo nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, in *www.giustamm.it*, 2011, pp. 23 e ss.

¹⁶² Sull'importanza della fase istruttoria anche laddove la legge non attribuisca alcun potere discrezionale all'autorità amministrativa, la quale quindi non gode di alcuna facoltà di scelta, v. F. SAITTA, *op. ult. cit.*, p. 219. L'Autore, infatti, rileva che anche in questi casi "l'Amministrazione è tenuta a svolgere gli opportuni accertamenti per assicurarsi che la propria decisione sia collegata con la realtà materiale effettiva a cui si riferisce la norma da applicare".

¹⁶³ Cfr. R. CORTESE, *Forza pubblica* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, p. 17.

(art. 42 *bis*, comma 5, o.p.). L'attività materiale di impiego delle manette, infatti, è meramente esecutiva di un precedente provvedimento, con il quale è stato fissato un determinato assetto degli interessi contrapposti. Gli effetti giuridici di tale attività – la quale, in quanto meramente attuativa, non costituisce giuridicamente un nuovo atto amministrativo – devono essere ascritti alla determinazione che l'ha disposta. Di conseguenza, non il momento meramente esecutivo, bensì unicamente quello deliberativo deve essere guidato dal canone della proporzionalità¹⁶⁴.

Altre volte, invece, l'attività che esprime il potere di coazione personale non presuppone un diverso atto che la disponga, nel senso che spesso, non potendosi scindere l'atto dal fatto, vi è piena coincidenza tra l'atto amministrativo e la sua esecuzione. Evenienza, questa, che si verifica di frequente nell'ambito di quei poteri di coercizione personale che il legislatore ha espressamente attribuito all'Amministrazione penitenziaria, in modo che questa possa eseguire coattivamente (e tempestivamente) gli obblighi di fare o di sopportare non adempiuti dal detenuto, ovvero possa coattivamente (e prontamente) ottenere dai ristretti il rispetto degli obblighi di non fare¹⁶⁵. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui il personale

¹⁶⁴ Cfr. E. ZAMPETTI, *Comportamenti amministrativi e principi di buona amministrazione*, in CONTIERI-FRANCARIO-IMMORDINO-ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, pp. 292-293, per il quale, se è vero che, rispetto al momento *lato sensu* deliberativo-provvedimentale, il momento esecutivo manca di autonomia ("quantomeno sotto il profilo dell'esercizio della funzione"), è altrettanto certo che l'attività materiale "può in taluni casi produrre degli effetti suoi propri, diversi da quelli che risalgono al provvedimento cui reca attuazione". Situazione, quest'ultima, che si verifica quando il comportamento materiale viene posto in essere "in contrasto con il provvedimento, di per sé valido ed efficace, ovvero, se pure in conformità di quest'ultimo, con una negligenza ed una imperizia tali da cagionare danno al privato". In tal caso, il comportamento assume i connotati dell'illecito, ma l'illiceità dell'agire deriva unicamente dalla violazione di norme di comune prudenza, e non di norme pubblicistiche regolatrici dell'esercizio del potere".

Cionondimeno, non sfugge che, qualora il provvedimento amministrativo – che impone di porre in essere una determinata attività materiale di coazione nei confronti del detenuto – lasci all'agente dell'Amministrazione un certo margine di discrezionalità nella scelta delle modalità esecutive di tale attività materiale (in modo da adeguarla alle peculiari caratteristiche assunte dal caso concreto al momento dell'intervento), il "giudizio prognostico" non può che precedere anche quest'ultima attività, giacché anch'essa deve essere guidata dal criterio della proporzionalità.

¹⁶⁵ L'art. 41, comma 1, o.p. conferisce all'Amministrazione penitenziaria ampi poteri di coercizione fisica finalizzati all'esecuzione coattiva di obblighi infungibili di fare (si pensi alla possibilità di impiegare la forza fisica nei confronti dei detenuti, per vincerne la resistenza passiva all'esecuzione di un ordine legittimamente impartito dall'autorità pubblica) o di obblighi di sopportare (si pensi all'impiego della forza fisica che sia necessario al fine di eseguire una perquisizione personale nei confronti di un detenuto), ovvero finalizzati ad ottenere l'osservanza di obblighi di non fare (si pensi all'impiego della forza fisica o delle armi che sia necessario per respingere una violenza).

Sui poteri amministrativi coattivi, cfr. A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1964, pp. 842-856, il quale distingue l'ipotesi di esercizio del potere amministrativo di coercizione al fine di eseguire obblighi di fare o di sopportare, dall'ipotesi di esercizio del potere di coazione personale al fine di ottenere il rispetto di un obbligo di non fare. Nella prima situazione, infatti, viene in questione una esecuzione forzata, giacché si tratta "di assicurare la traduzione della realtà giuridica in realtà di fatto", presupponendosi, da un lato, la trasgressione di un obbligo di fare o di un obbligo di sopportare, dall'altro, una operazione attiva, "volta ad attuare coattivamente nella realtà effettuale ciò che avrebbe dovuto essere realizzato spontaneamente dall'obbligato e non lo fu". Nella

appartenente al corpo di polizia penitenziaria, di propria iniziativa, impieghi la forza fisica per prevenire o impedire un atto di violenza o per impedire un tentativo di evasione o per vincere la resistenza all'esecuzione di un ordine legittimamente impartito (art. 41, comma 1, o.p.), ovvero faccia uso dell'arma in dotazione per vincere una resistenza all'autorità (art. 53, comma 1, c.p.).

Nei casi appena delineati, in cui tra atto e fatto sussiste "un rapporto di immedesimazione"¹⁶⁶, l'indagine previsionale – pur essendo condizionata dall'urgenza dell'intervento – deve comunque precedere la deliberazione dell'atto e la sua contestuale esecuzione, in modo da scongiurare il rischio di intraprendere iniziative che, risolvendosi in un uso sproporzionato dei poteri-doveri di coazione, determinino una illecita lesione dei diritti fondamentali del detenuto.

È ovvio poi che, ove la misura restrittiva adottata abbia un'efficacia non istantanea, ma destinata a prolungarsi nel tempo, la capacità lesiva di essa deve essere valutata anche sulla base delle circostanze di fatto concretamente realizzatesi dopo la sua adozione (si pensi, ad esempio, all'isolamento per ragioni sanitarie, previsto dall'art. 33, n. 1, o.p., al quale il detenuto affetto da una grave malattia contagiosa deve essere sottoposto fin quando il livello del rischio o del pericolo di contagio si manterrà sopra la soglia della non tollerabilità). Non sfugge, infatti, come l'esito del giudizio di prognosi circa la proporzionalità di un intervento possa essere successivamente smentito dal concreto evolversi degli accadimenti, sicché l'Amministrazione – ove possibile – deve costantemente modulare la propria azione al fine di renderla conforme al canone di cui trattasi.

7. Conclusioni.

Il principio di proporzionalità consente di guardare alla legge sull'ordinamento penitenziario indossando occhiali particolari, capaci di svelare zone d'ombra, anacronismi e punti di forza di un testo normativo oramai vecchio di quarant'anni, anche se, in molte sue parti, ripetutamente novellato nel corso degli ultimi decenni. Infatti, guardare alla legge penitenziaria con la lente del canone della proporzionalità

seconda situazione, invece, non vi è esecuzione forzata di obblighi di fare o di sopportare: "e ciò per l'evidente ragione che qui non è questione di realizzare alcunché, ma anzi di impedire la realizzazione di alcunché". Ciò significa che, "lungi dal concretare un caso di esecuzione forzata, la coazione esercitata dall'Amministrazione per il conseguimento dell'osservanza dell'obbligo di non fare viene a risolversi, dunque, piuttosto in una mera difesa dell'ordine amministrativo in atto" (ivi, pp. 822-825). Tale impostazione, tuttavia, non è condivisa da G. GRÜNER, *op. cit.*, p. 107, il quale rileva come anche il codice di procedura civile, proprio nell'ambito del processo esecutivo, preveda l'esecuzione coattiva degli obblighi di non fare.

Ad ogni modo, la distinzione operata da A.M. Sandulli non è priva di risvolti pratico-operativi. Così, ad esempio, L. ALIBRANDI, *op. cit.*, pp. 30-31, proprio aderendo a tale impostazione, ritiene che l'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.) sia espressione del potere coattivo della pubblica Amministrazione limitatamente all'imposizione di un "non *facere*".

¹⁶⁶ Cfr., con specifico riferimento all'uso delle armi, L. ALIBRANDI, *op. cit.*, p. 23.

significa, innanzitutto, affermare un principio di civiltà giuridica: le persone detenute o internate conservano intatta la titolarità dei diritti fondamentali e vedono garantita quella parte di personalità umana che non può essere, in alcun modo, incisa dall'esecuzione in carcere di una misura restrittiva della libertà personale. È, dunque, estranea all'ordinamento costituzionale l'idea che lo *status detentionis* "possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive, attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria".

In quanto titolare di diritti fondamentali, il detenuto vanta, nei confronti dello Stato, diritti ad azioni negative (diritti difensivi) e diritti ad azioni positive (diritti di organizzazione, di prestazione e di protezione). Sotto quest'ultimo aspetto, e prendendo in considerazione unicamente i diritti di protezione, emerge come il legislatore, per adempiere l'obbligo "positivo" di tutela dei titolari di diritti fondamentali, possa utilizzare anche la modalità dell'attribuzione all'autorità amministrativa di taluni poteri autoritativi. Tale conferimento, tuttavia, non può che avvenire all'interno della cornice fissata dalla Carta costituzionale. Ciò vuol dire che, in alcun modo, l'amministrazione penitenziaria può essere titolare di poteri che si risolvano nell'adozione di misure capaci di introdurre nuove restrizioni della libertà personale, impedendo o limitando "ulteriormente" i movimenti e le azioni dei ristretti, o capaci di incidere sulla quantità o sulla qualità della pena, o di determinare un distacco, sia pure temporaneo, dal carcere", ovvero capaci di precludere o di condizionare l'applicabilità dei benefici penitenziari. Cosicché, la competenza dell'amministrazione penitenziaria deve essere rigidamente circoscritta agli interventi che incidono sulle "modalità concrete di attuazione del regime carcerario, in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese nel *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione". Si deve trattare unicamente di interventi che consentono una variazione del regime penitenziario, necessaria al fine di adeguare l'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale alle specifiche esigenze di custodia e di trattamento dei ristretti, nonché all'esigenza di sicurezza dell'istituzione carceraria.

Oltre a questi limiti c.d. "esterni", l'azione amministrativa incontra precisi limiti c.d. "interni". L'autorità pubblica, infatti, deve adottare soltanto le misure che, per il loro contenuto, siano idonee a soddisfare la concreta esigenza di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario e siano chiaramente proporzionate rispetto a detta esigenza. Ciò vuol dire che i doveri-poteri di protezione conferiti all'autorità amministrativa non sono assoluti, poiché la possibilità giuridica della loro realizzazione è delimitata dall'esigenza di non determinare una eccessiva compressione dei diritti della persona che subisce gli effetti restrittivi o coercitivi dell'esercizio del potere.

Emerge, dunque, una contrapposizione tra obblighi statali di protezione e diritti individuali di difesa. Contrapposizione per la cui ricomposizione gioca un ruolo fondamentale il corretto impiego del canone di condotta della proporzionalità, che, nell'orientare l'azione amministrativa, delimita l'esercizio del potere autoritativo, poiché impone di procedere ad una valutazione comparativa degli interessi antagonisti che permetta di apprezzare la reale e non formale misura della prevalenza dell'uno

sull'altro. La dovuta considerazione degli interessi della persona ristretta, quindi, impedendo che l'amministrazione acquisisca – di continuo e di fatto – poteri autoritativi sempre più invasivi della sfera giuridica del detenuto, consente di mantenere gli spazi decisionali e d'azione dell'autorità pubblica in un contesto rispettoso dei valori espressi dalla Costituzione e dal diritto sovranazionale pattizio.

Il principio di proporzionalità, quindi, esalta la necessaria relazionalità del potere amministrativo, “che nello svolgimento della sua azione deve preoccuparsi dell'altro”, delle ricadute delle sue scelte e del suo operato sulla persona ristretta. Mediante lo strumento della proporzionalità, infatti, è possibile raffrontare i valori connessi agli interessi in conflitto, al fine di contemperare il doveroso esercizio dei poteri autoritativi con le situazioni giuridiche della persona *in vinculis*. In tal modo, il canone di condotta della proporzionalità è rivolto ad assicurare la “congruità del diritto al fatto” e diviene fondamentale strumento attraverso il quale si introduce nell'ordinamento penitenziario “una fondamentale istanza di giustizia sostanziale”.

Nelle sue diverse dimensioni, dunque, il criterio d'azione della proporzionalità costituisce un limite stringente all'esercizio dei pubblici poteri; limite posto a garanzia dei diritti fondamentali del detenuto, i quali vanno protetti da indebite compressioni e inaccettabili violazioni. In particolare, nella sua valenza di parametro di giudizio della legittimità dell'attività amministrativa (vale a dire, di parametro utilizzato dal giudice per sindacare l'agire dell'autorità pubblica nel caso concreto), la proporzionalità consente di assicurare un'attenta vigilanza sull'esercizio dei poteri autoritativi, evitando che la perenne tensione tra diritti e autorità, che si alimenta all'interno del sistema penitenziario, si risolva ad esclusivo vantaggio delle pretese del potere pubblico. Il principio di proporzionalità, di conseguenza, garantisce che l'autorità non si liberi dei limiti e dei vincoli che sono stati posti dalla Costituzione e dal diritto sovranazionale pattizio al fine di contenere quei poteri capaci di intaccare la sfera giuridica degli amministrati.

In verità, dottrina e giurisprudenza non sembrano più dubitare circa il carattere fondamentale del principio di proporzionalità. Emblematiche, a tal proposito, sono le parole di Winfried Hassemer: “In modo analogo al principio di uguaglianza, il principio di proporzionalità si colloca così vicino al cuore della stella polare di tutto il diritto – la giustizia – che si potrebbe pensare che costituisca solo un'altra formulazione di quest'ultima. Come la giustizia coincide con l'uguaglianza e come non può essere giusta un'azione che tratti in modo diseguale ciò che è uguale e in modo eguale ciò che è diseguale, così non può certamente essere giusto un intervento che abbia perso la sua misura, che non resti entro i limiti dell'adeguatezza e che sia, appunto, eccessivo. Assieme alla giustizia e all'uguaglianza, la proporzionalità sembra sedere sul sommo trono dei principi fondamentali del diritto”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 154.