

## DAL PRINCIPIO ALLE REGOLE: LA PROPORZIONALITÀ COME INDEFETTIBILE CRITERIO GUIDA DELL'AZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

di Giuseppe Melchiorre Napoli

**Abstract.** Proseguendo l'analisi già avviata con il contributo su "Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria", pubblicato in questa Rivista lo scorso febbraio, il presente lavoro esamina, più nel dettaglio, il ruolo della proporzionalità nel processo decisionale dell'Amministrazione penitenziaria. A tal fine, si analizzano tre diversi ambiti di operatività: quello in cui il canone in questione orienta l'esercizio dei poteri amministrativi – astrattamente e concretamente – discrezionali; l'ambito in cui l'impiego del criterio della proporzionalità determina il fenomeno della riduzione dell'astratta discrezionalità in vincolatezza in concreto; l'ambito connotato dall'esercizio di poteri vincolati in astratto, ancorché limitatamente a quelle particolari situazioni in cui una misura amministrativa legalmente imposta – anche se astrattamente proporzionata – risulti eccessivamente gravosa quando la si debba impiegare in un caso concreto che si configuri quale "accadimento problematico". In relazione a questi due ultimi ambiti, l'attenzione si appunterà, precipuamente, sul criterio d'azione dell'adeguatezza tecnica. Rispetto, invece, al primo, rileverà il criterio della proporzionalità in senso stretto.

SOMMARIO: 1. Il principio di proporzionalità e gli obblighi statali di protezione e di non lesione dei titolari di diritti fondamentali. – 2. Il rapporto esecutivo penale: diritti del detenuto e poteri dell'Amministrazione. – 3. Il principio di proporzionalità nel processo decisionale dell'Amministrazione penitenziaria. – 4. Attività amministrativa vincolata (sotto il profilo strumentale), "accadimenti problematici" e recessione parziale del fine pubblico: l'incidenza del criterio dell'adeguatezza tecnica sui rigidi meccanismi applicativi ex art. 41-bis o.p. – 4.1. Veri e falsi "accadimenti problematici": dalla diretta applicazione delle norme costituzionali o convenzionali al necessario intervento della Consulta. – 4.2. Poteri amministrativi vincolati e varietà del concreto: l'irragionevolezza dei rigidi automatismi applicativi ex art. 41-bis o.p. – 5. L'attività amministrativa integralmente vincolata e la rinuncia (parziale) alla realizzazione del fine pubblico. – 6. L'attività connotata dall'assenza di (ulteriori) margini di esercizio di discrezionalità amministrativa (c.d. vincolatezza in concreto). – 6.1. Un "caso paradigmatico": l'istanza di accesso ai documenti amministrativi. – 7. Ragionevolezza, proporzionalità e tutela del legittimo affidamento: l'esercizio dei poteri amministrativi di autotutela. L'annullamento d'ufficio dei provvedimenti con effetti ampliativi della sfera giuridica del detenuto. La rimozione del provvedimento di ammissione del detenuto al regime ordinario dei colloqui con i familiari. – 8. Scegliere tra più soluzioni possibili: discrezionalità amministrativa e proporzionalità in senso stretto. – 8.1. "Casi paradigmatici" di bilanciamento di valori connessi ad interessi contrapposti: misure a carattere preventivo o precauzionale e proporzionalità in senso stretto. – 8.2. I regimi detentivi differenziati e il principio di proporzionalità. – 9. Gli interventi di natura organizzativa (a carattere generale) non incidenti sulla sfera giuridica del detenuto. – 9.1. L'assegnazione dei detenuti ai diversi circuiti penitenziari e il raggruppamento nelle sezioni. – 10. L'uso proporzionato del potere amministrativo: quadro di sintesi.

## **1. Il principio di proporzionalità e gli obblighi statali di protezione e di non lesione dei titolari di diritti fondamentali.**

La Costituzione italiana e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo pongono, a carico dello Stato, precisi obblighi di protezione dei titolari di diritti fondamentali da interventi lesivi compiuti da altri individui o da altri enti, che non agiscano in qualità di organi statali (si pensi, ad esempio, agli obblighi, posti in capo allo Stato, di protezione della vita e dell'integrità fisica delle persone detenute da atti di violenza illecita che potrebbero essere perpetrati all'interno del carcere). Tali obblighi di carattere "positivo" possono essere adempiuti dal legislatore attraverso differenti modalità. Le forme possibili di protezione, infatti, possono spaziare dalla previsione di norme penali o di norme sulla responsabilità civile, alla previsione di norme processuali o di carattere amministrativo. Tra queste misure "positive" di protezione, quella che più ci interessa, poiché oggetto di questo studio, è l'attribuzione a determinate autorità amministrative di specifici poteri, il cui esercizio determina effetti restrittivi della sfera giuridica del destinatario, a vantaggio di un interesse di natura collettiva (è tale, ad esempio, rimanendo in ambito penitenziario, l'interesse al mantenimento della sicurezza all'interno del carcere, dovendosi garantire a ciascun detenuto la possibilità di svolgere le attività lecite, "senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale"). La sussistenza di precisi doveri di protezione, dunque, giustifica la decisione del legislatore di conferire all'autorità amministrativa determinati poteri, funzionali al perseguimento di una specifica finalità pubblica, qual è quella di prevenire o impedire che taluno ponga in essere condotte suscettibili di ledere gli altrui interessi personali o patrimoniali.

Se le norme costituzionali e convenzionali ponessero esclusivamente obblighi (di carattere "positivo") di protezione, non si porrebbe alcun problema. Le autorità statali, infatti, dovrebbero soltanto assicurare il più elevato livello di tutela dei titolari di diritti fondamentali da interventi lesivi di terzi, senza dover prendere in considerazione le contrapposte esigenze di tutela degli interessi del destinatario della misura restrittiva o coercitiva, volta alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Nel modello di società tratteggiato dalle moderne Costituzioni, tuttavia, ogni persona, in quanto titolare di diritti fondamentali, ha anche diritti c.d. di difesa verso lo Stato; diritti cui corrispondono precisi obblighi delle autorità pubbliche ad azioni negative. Si tratta, secondo la nota tripartizione proposta da Robert Alexy, sia del diritto a che le autorità statali non impediscano od ostacolino determinate azioni del titolare del diritto fondamentale, sia del diritto di questi a che le autorità statali non ledano sue qualità o situazioni, sia del diritto verso lo Stato alla non eliminazione di determinate posizioni giuridiche connesse alla titolarità del diritto fondamentale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, pp. 215 e ss. Tra i diritti a che le autorità statali non impediscano od ostacolino determinate azioni del titolare del diritto, vanno annoverati, ad esempio, il

Se esistessero soltanto simili diritti di difesa (diritti ad azioni negative dello Stato), *nulla quaestio*: le autorità pubbliche dovrebbero soltanto assicurare (anche garantendo le necessarie condizioni fattuali e giuridiche) la massima realizzazione dei diritti fondamentali, i quali non sarebbero limitabili, giacché nessun peso assumerebbero eventuali, contrapposti interessi pubblici.

Il problema sorge, dunque, perché doveri statali di protezione (e connesse pretese ad azioni positive a tutela di interessi di natura collettiva) e diritti di difesa (e correlativi obblighi statali ad azioni negative, che implicano la non ingerenza nella sfera giuridica dell'individuo) coesistono e nessuno di essi ha valore assoluto, spettando al legislatore il compito di determinare, di volta in volta, la prevalenza dell'uno o dell'altro e la misura di tale prevalenza, vale a dire la misura in cui "l'uno delimita la possibilità giuridica della realizzazione dell'altro". Cosicché, soltanto l'imporsi della necessità di tutela di un interesse pubblico può giustificare la scelta del legislatore di attribuire all'autorità amministrativa i poteri indispensabili al fine di soddisfare siffatta esigenza. In tal modo, però, il conflitto è solo parzialmente risolto, giacché l'Amministrazione, nel momento in cui esercita il potere autoritativo conferitole dalla legge, in vista dell'adempimento del dovere di cura di un interesse collettivo, deve sempre prendere in considerazione i contrapposti diritti del soggetto che subisce l'intervento. In particolare, qualora il legislatore conferisca all'Amministrazione anche il potere di scegliere il mezzo più appropriato rispetto alla concreta finalità che si intende raggiungere, ogni determinazione assunta in proposito implica il corretto temperamento tra l'interesse pubblico da soddisfare e l'interesse dell'amministrato da sacrificare.

In simile contesto, quindi, entra in gioco il principio di proporzionalità, dal quale sono estraibili canoni di condotta capaci di guidare il processo decisionale dell'Amministrazione verso la scelta di una misura che, garantendo il giusto equilibrio tra l'esigenza di perseguire, con efficacia, le finalità correlate ad un interesse collettivo e quella di non incidere sulla sfera giuridica degli amministrati, sia capace di impedire che la prima esigenza prevalga smisuratamente sulla seconda.

---

diritto a non essere arrestato, cioè il diritto a non essere impedito, di fatto, nel compimento di azioni che sono espressione della libertà personale e di circolazione, oppure il diritto a che lo Stato non vieti l'invio di cartoline, frapponendo così un ostacolo, di natura giuridica, ad un'azione del titolare del diritto di corrispondere liberamente. La categoria dei diritti a non subire lesioni in determinate qualità o situazioni, invece, comprende anche il diritto verso lo Stato al non impiego della forza fisica o delle armi, impiego che potrebbe comportare una lesione ad una qualità del titolare del diritto fondamentale, dovendosi considerare come qualità del titolare del diritto fondamentale i diritti alla vita e all'integrità fisica. Infine, la categoria dei diritti alla non eliminazione di determinate situazioni giuridiche del titolare del diritto comprende, ad esempio, il diritto a che lo Stato non abroghi norme di un istituto giuridico che pongono i presupposti al verificarsi dei quali sorgono, a vantaggio del titolare del diritto, posizioni giuridiche astratte.

## 2. Il rapporto esecutivo penale: diritti del detenuto e poteri dell'Amministrazione.

Alla necessità di contemperare gli obblighi statali di protezione (e le connesse pretese ad azioni positive di tutela) e i diritti di difesa (e i correlativi obblighi statali ad azioni negative) non si sottrae neanche il sistema penitenziario. Ogni persona, infatti, ancorché detenuta, rimane pur sempre titolare di tutte le situazioni giuridiche soggettive riconoscibili alle persone libere. In relazione a tali posizioni soggettive di vantaggio, occorre sempre applicare il criterio della proporzionalità, di modo che le esigenze di sicurezza penitenziaria e sociale non prevalgano arbitrariamente, inutilmente ed eccessivamente sui contrapposti interessi del detenuto. Ciò vuol dire che il sacrificio che può imporsi ai diritti di quest'ultimo deve essere unicamente quello minimo, necessario al fine di realizzare gli interessi pubblici affidati dalla legge in cura all'Amministrazione penitenziaria. Il principio di proporzionalità, dunque, opera nell'ambito di un sistema (quello penitenziario) in cui le libertà e i diritti fondamentali della persona non costituiscono il prodotto di una "mera concessione" del legislatore, ma preesistono all'istituzione carceraria (come preesistono ad ogni altra organizzazione di potere). Cosicché, nel quadro dei valori tratteggiato dalla Costituzione e dal diritto sopranazionale pattizio, al Parlamento è riservato soltanto il compito di predeterminare il tipo e l'entità di quelle limitazioni – da imporre alle libertà e ai diritti del detenuto – che siano indispensabili in vista della realizzazione delle finalità dell'istituzione carceraria.

Dicendo in modo sintetico e schematico.

1. Le libertà e i diritti fondamentali della persona non sono affatto annullati dallo *status detentionis*, dal momento che è estranea all'ordinamento costituzionale "l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive, attraverso un generalizzato assoggettamento *del detenuto* all'organizzazione penitenziaria". Questo significa che, se non sono posti limiti (obblighi o divieti), la persona 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"<sup>2</sup>.

2. La gran parte delle libertà e dei diritti della persona, tuttavia, non può che subire le limitazioni necessarie alla realizzazione degli interessi pubblici inerenti all'esecuzione penitenziaria (interessi aventi anch'essi preminente rilievo costituzionale o convenzionale). Spetta, dunque, al Parlamento il compito di integrare e coordinare le predette posizioni soggettive con le finalità dell'istituzione carceraria, determinando – ed eventualmente diversificando – il *quantum* di sacrificio delle libertà e dei diritti

---

<sup>2</sup> Cfr. R. ALEXY, *op .cit.*, pp. 373, secondo cui "ogni azione (un fare o un astenersi) è permessa a meno che non sia vietata da una norma giuridica formalmente e materialmente conforme a Costituzione". In altri termini, se una azione non è vietata da una norma giuridica conforme alla Costituzione, allora il compimento di essa è permesso.

fondamentali che lo *status detentionis* deve comportare<sup>3</sup>. In proposito, del resto, è opportuno evidenziare che “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”. Pertanto, “il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza”, tali, comunque, da non consentire un sacrificio del “nucleo essenziale” dei diritti fondamentali<sup>4</sup>.

3. Il dovere-potere di perseguire talune specifiche finalità, connesse agli interessi pubblici che vengono in rilievo nell’esecuzione penitenziaria, può essere attribuito dalla legge all’autorità amministrativa. A tal fine, però, il legislatore deve espressamente conferire all’Amministrazione i necessari poteri autoritativi e deve delineare, in modo chiaro e preciso (ovverosia, con un sufficiente grado di analiticità), i presupposti di fatto, i contenuti e le modalità del loro legittimo e doveroso esercizio. Si deve impedire, infatti, che, all’interno del carcere, l’autorità pubblica acquisisca – in modo quasi naturale e continuo – spazi di intervento inaccettabili, perché non conformi ai valori posti dalla Costituzione alla base della convivenza civile: dignità umana e spirito democratico. È sempre necessaria, quindi, una disciplina oggettiva e rigorosa dei limiti entro i quali l’Amministrazione è chiamata ad agire.

4. Ancorché delimitata dalla legge, l’attività amministrativa – che miri alla doverosa realizzazione dell’interesse pubblico, attraverso interventi capaci di comprimere la sfera giuridica della persona ristretta – deve essere guidata dal criterio d’azione della proporzionalità. Questa regola di condotta – nella sua struttura quadripartita (idoneità, necessità, adeguatezza tecnica e proporzionalità *stricto sensu*) – si pone come limite irrinunciabile all’esercizio dei poteri amministrativi di natura autoritativa, assicurando che si adottino, nei confronti della persona *in vinculis*, misure restrittive o coercitive non eccessivamente afflittive e, comunque, sempre rispettose del “nucleo essenziale” di ciascun diritto fondamentale.

---

<sup>3</sup> Il legislatore, inoltre, deve prevedere e regolare le condizioni che rendano possibile l’esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali del detenuto nelle forme compatibili con le esigenze dell’istituzione penitenziaria.

<sup>4</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 85, 9 aprile-9 maggio 2013. La Consulta, quindi, nell’ambito di una visione integrata dei diritti fondamentali, ha ribadito che: “Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

Si consideri, peraltro, che “l’approccio integrato ai diritti fondamentali” deve essere esteso anche ai diritti tutelati dalla Convenzione europea, come applicati dalla giurisprudenza della Corte EDU, “i quali non vanno esenti dal necessario bilanciamento” con gli altri diritti e gli altri interessi di rilievo costituzionale e convenzionale. Sul punto, v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013, p. 10.

La prospettiva appena delineata mette in evidenza come il rapporto esecutivo penale non sia più caratterizzato da una relazione in cui una pressoché illimitata potestà pubblica determina la condizione di completa soggezione del detenuto. L'anacronistica logica della "supremazia giuridica speciale", infatti, lascia il passo ad una relazione tra predeterminate situazioni di potere dell'Amministrazione e posizioni soggettive di vantaggio del detenuto, nell'ambito di un rapporto amministrativo che deve essere disciplinato da disposizioni legislative compatibili con i principi e i diritti enunciati dalla Costituzione e dalle fonti di diritto sopranazionale pattizio. Ed è proprio il criterio d'azione della proporzionalità che consacra tale struttura relazionale del rapporto esecutivo penale, giacché – come rileva autorevole dottrina – la proporzionalità, configurandosi come "concetto di relazione", impone all'autorità pubblica la necessaria ricerca di un "equilibrio" tra più elementi, al fini di giungere "ad un'ottimale ed equilibrata soddisfazione di interessi giuridicamente tutelati e rilevanti in una determinata fattispecie"<sup>5</sup>.

### **3. Il principio di proporzionalità nel processo decisionale dell'Amministrazione penitenziaria.**

Si è detto che, al fine di assicurare il conseguimento di specifiche finalità correlate ad interessi pubblici di rilievo costituzionale (interessi identificati nell'esigenza di mantenere o ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario, nonché nell'esigenza di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva), il legislatore conferisce all'Amministrazione penitenziaria predeterminati poteri autoritativi, il cui esercizio produce effetti sfavorevoli nella sfera giuridica della persona detenuta. Così, se, da un lato, la norma di legge attributiva della titolarità di un potere, oltre a costituire il fondamento di esso, individua (con diversi gradi di analiticità) i presupposti di fatto in presenza dei quali il potere sorge, le finalità pubbliche da perseguire ed i mezzi per raggiungere queste finalità; dall'altro, il principio di proporzionalità costituisce limite aggiuntivo allo svolgimento dell'azione amministrativa, poiché l'autorità pubblica deve perseguire ogni proprio fine facendo un uso proporzionato del potere conferitole. I canoni di condotta estraibili dal principio di proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza tecnica e proporzionalità in

---

<sup>5</sup> In questi termini, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 147. L'Autrice, del resto, evidenzia che, "in pratica, attraverso lo strumento della proporzionalità, avente natura relazionale, risulta possibile effettuare complesse operazioni di bilanciamento che rendono i valori coinvolti, potenzialmente contrastanti, reciprocamente compatibili, permettendo un'aggregazione ed una sintesi tra l'esercizio dei poteri pubblici e le situazioni giuridiche soggettive dei privati". Ciò significa che "la proporzionalità è ontologicamente bilanciamento e congruità del diritto al fatto, uno strumento attraverso cui è reintrodotta nell'ordinamento giuridico, ormai fondato sul positivismo, una fondamentale istanza di giustizia sostanziale (...)".

senso stretto<sup>6</sup>) mirano, infatti, ad orientare la scelta dell'Amministrazione sulla misura restrittiva o coercitiva in grado di garantire il migliore equilibrio possibile tra il beneficio da ottenere (il livello di importanza del fine pubblico perseguito) e il sacrificio da imporre (il livello di incisione della sfera giuridica del detenuto destinatario dell'intervento).

L'ambito privilegiato d'operatività del principio di proporzionalità, quindi, è quello in cui la legge conferisce all'autorità pubblica un potere discrezionale, il cui esercizio produce effetti restrittivi della sfera giuridica della persona detenuta. Si tratta, più nel dettaglio, di ambiti caratterizzati da una discrezionalità amministrativa che incide, in genere, sul contenuto e sulle modalità dell'intervento (sul *quid* e sul *quomodo*) e non sul se esercitare il potere (sull'*an*). In forza del principio di doverosità dell'azione amministrativa, infatti, l'autorità pubblica è tenuta ad intervenire al verificarsi dei presupposti di fatto dai quali il potere sorge<sup>7</sup>, di modo che ad essa è talvolta riconosciuta soltanto una possibilità di scelta che concerne il contenuto e le modalità dell'attività doverosa. Residua, tuttavia, un circoscritto margine di operatività del principio di proporzionalità – in specie, del criterio d'azione dell'*adeguatezza tecnica* – anche in ambiti connotati dall'esercizio di poteri vincolati (c.d. vincolatezza in astratto), nelle particolari situazioni in cui una misura amministrativa legalmente imposta – anche se astrattamente proporzionata – risulti eccessivamente gravosa quando la si debba impiegare in un caso concreto che si configuri quale “accadimento problematico”, vale a dire quale accadimento che – presentando peculiari connotati che il legislatore non è stato in grado di predeterminare – fuoriesca dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la previsione normativa. Senza trascurare, del resto, che spesso l'impiego del canone di condotta della proporzionalità determina anche situazioni nelle quali un potere astrattamente discrezionale diviene, di fatto, vincolato (c.d. vincolatezza in concreto).

Nel prosieguo della trattazione, pertanto, si analizzerà, innanzitutto, il particolare caso in cui il principio di proporzionalità incide sull'esercizio di poteri vincolati in astratto (§§ 4.-5.). Esamineremo, poi, le più frequenti situazioni in cui l'applicazione del principio di cui trattasi determina il fenomeno della riduzione dell'astratta discrezionalità in vincolatezza in concreto (§§ 6.-7.). Ci soffermeremo, infine, sulle ipotesi in cui il principio di proporzionalità orienta l'esercizio dei poteri – astrattamente e concretamente – discrezionali (§§ 8.-8.2.). Nelle prime due situazioni, l'attenzione si appunterà, precipuamente, sul criterio d'azione dell'*adeguatezza tecnica*. Nella terza, invece, rileverà il canone di condotta della *proporzionalità in senso stretto*<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> In merito alla struttura del principio di proporzionalità, sia consentito rinviare a G.M. NAPOLI, [Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta](#), in *questa Rivista*, 6 febbraio 2015, pp. 33 e ss.

<sup>7</sup> Tuttavia, sulla particolare disciplina dettata in materia di annullamento d'ufficio dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del detenuto, v. *infra*, § 7.

<sup>8</sup> In ordine ai due diversi criteri d'azione dell'*adeguatezza tecnica* e della *proporzionalità in senso stretto*, v. G.M. NAPOLI, [op. cit.](#), pp. 51-53.

#### 4. Attività amministrativa vincolata (sotto il profilo strumentale), “accadimenti problematici” e recessione parziale del fine pubblico: l’incidenza del criterio dell’adeguatezza tecnica sui rigidi meccanismi applicativi *ex art. 41-bis o.p.*

L’uso proporzionato del potere pubblico dipende sempre da una corretta valutazione tecnica in merito all’*idoneità, necessità e adeguatezza* di un determinato mezzo rispetto ad uno specifico fine perseguito. Soltanto in taluni casi, invece, si pone anche un problema di vera e propria scelta tra più comportamenti giuridicamente legittimi; scelta che richiede una preventiva e corretta “ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario”. Sono queste ultime, dunque, le fattispecie in cui acquista rilievo l’ultima delle fasi in cui si articola il canone in questione, cioè la fase della *proporzionalità in senso stretto*.

Cionondimeno, un problema di individuazione o di scelta dello strumento idoneo, che consenta di perseguire un fine specifico con il minor sacrificio possibile delle altre posizioni con esso interferenti, non si pone nel caso in cui l’attività amministrativa sia integralmente vincolata in termini giuridici, la legge predeterminando – in modo rigido e con un elevato grado di analiticità – i presupposti, il contenuto e le modalità di esercizio del potere<sup>9</sup>. Analogamente, non si deve procedere al preventivo contemperamento degli interessi contrapposti, quando il legislatore, pur delineando i presupposti di fatto del potere in modo tale da far

---

<sup>9</sup> Circa il carattere autoritativo che contraddistingue anche gli atti amministrativi vincolati, e non soltanto quelli discrezionali, v. M. SINISI, *Introduzione allo studio del potere autoritativo*, Roma, 2009, pp. 49-51, 75 e ss., secondo la quale “l’imperatività del provvedimento, intesa come forza con la quale esso si impone nella sfera giuridica dei privati, sembrerebbe tuttavia dover prescindere dal contenuto discrezionale o vincolato, rappresentando piuttosto un connotato estrinseco dell’atto”. In senso analogo, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 470; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, pp. 286-288, il quale ribadisce “che l’atto amministrativo vincolato è positivamente trattato allo stesso modo dell’atto discrezionale: esso è di norma atto riservato all’Amministrazione, nel senso che, acciocché l’effetto si produca, è necessario che sia l’Amministrazione ad adottarlo”. V., inoltre, F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell’attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, p. 122, il quale rileva che “gli atti dispositivi delle facoltà dei privati, dunque unilaterali e imperativi, possono essere, stando ai criteri tradizionali, tanto vincolati quanto discrezionali, e, se mai, sono più spesso vincolati che non discrezionali, ove ci si riferisca ai provvedimenti che incidono su situazioni soggettive di interesse a contenuto predeterminato”. *Contra*, però, F. LEDDA, *Potere tecnico e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 376 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 49, per il quale “solo l’atto discrezionale è atto di autorità, è emanato nell’esercizio di un potere di supremazia, dove tali concetti si identificano con la possibilità conferita dall’ordinamento ad un soggetto di dettare unilateralmente disposizioni vincolanti onde curare l’interesse pubblico di cui è portatore; mentre gli atti vincolati non sono autoritativi perché sono soltanto applicazione di una disciplina esterna e, dunque, di proprio non impongono nulla”. Pur tuttavia, come rileva G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, p. 33, “a prescindere dalle diverse tesi della dottrina e dai diversi approcci della giurisprudenza, l’assunto per cui gli atti vincolati non sarebbero mai espressione di potere autoritativo risulta smentito dallo stesso legislatore”.



riferimento a “fenomeni opinabili della realtà” (tanto da lasciare all’autorità pubblica ampi margini di “discrezionalità tecnica” nella qualificazione giuridica del fatto concreto da sussumere sotto la norma attributiva del potere), abbia comunque configurato, in modo puntuale, i mezzi necessari a perseguire la finalità pubblica, non attribuendo all’Amministrazione alcuna facoltà di scelta tra più soluzioni possibili. Si tratta, in altri termini, di quei casi in cui l’attività amministrativa – sebbene implichi spazi di autonomia nell’apprezzamento dei suoi presupposti di fatto – è comunque integralmente vincolata sotto il profilo dell’assetto degli interessi contrapposti<sup>10</sup>. Allorquando, infine, la legge vincoli soltanto alcuni aspetti dell’azione amministrativa (che risulta, ad esempio, vincolata nel *quid*, ma discrezionale nell’*an*), un problema di scelta tra più comportamenti legittimi non si pone in relazione a quegli elementi del potere che siano stati rigidamente predeterminati.

All’ultima delle ipotesi appena delineate (ma, in parte, anche alla seconda) è riconducibile la disciplina dettata dall’art. 41-*bis*, commi 2 e ss., della legge sull’ordinamento penitenziario (d’ora in avanti, o.p.). Secondo tale disposizione, infatti, una volta accertata la sussistenza della fattispecie ipotizzata dal legislatore<sup>11</sup>, il Ministro della giustizia – al fine di soddisfare gli interessi primari (ordine pubblico e sicurezza collettiva) e di realizzare il connesso obiettivo della recisione completa dei legami tra detenuto e gruppo criminale di appartenenza – ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l’applicazione delle regole del trattamento e degli istituti previsti dalla legge penitenziaria. Tuttavia, intrapresa la strada dell’applicazione (o della proroga) del regime derogatorio, il Ministro deve adottare tutte le misure espressamente previste e regolate dal comma 2-*quater*, lett. *b*, *d-f*, dell’art. 41-*bis*<sup>12</sup>. Se da un lato, dunque,

---

<sup>10</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, p. 436, il quale osserva che, nei casi in questione, “l’attribuzione del potere all’Amministrazione, da parte dell’ordinamento, serve non alla definizione dell’assetto di interessi, ma all’apprezzamento dei presupposti: la norma vuole che la produzione dell’effetto non sia immediata, ma mediata da una decisione dell’autorità amministrativa, la quale esprime una scelta relativa ai fatti e non agli interessi”.

<sup>11</sup> La premessa legale dell’esercizio del potere ministeriale di sospensione delle ordinarie regole del trattamento è data dall’accertamento – basato su di una “prova positiva oggettiva” e non su meri indizi e congetture (v. L. CESARIS, *Commento all’art. 41-bis*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 453) – che un detenuto per taluno dei delitti di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, o.p. (o, comunque, per delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso) ricopra un ruolo strategico all’interno di una associazione criminale, terroristica o eversiva, e abbia la capacità di mantenere collegamenti con essa anche durante l’esecuzione della misura restrittiva della libertà personale, sussistendo, quindi, gravi motivi di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, consistenti, per l’appunto, nell’attuale operatività di un pericoloso gruppo criminale, che continua ad avvalersi del ruolo strategico svolto da un soggetto che si trovi in stato di detenzione. Ai sensi dell’art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, o.p., peraltro, il provvedimento sospensivo, che ha durata pari a quattro anni, è prorogabile – per successivi periodi, ciascuno pari a due anni – quando risulti che la capacità di mantenere collegamenti con l’associazione criminale, terroristica o eversiva non sia venuta meno, tenuto conto di una serie di dati elencati dalla medesima disposizione di legge.

<sup>12</sup> Le limitazioni, derivanti dal decreto ministeriale sospensivo delle ordinarie regole del trattamento e degli istituti previsti dalla legge penitenziaria, intaccano il diritto del detenuto di mantenere, rafforzare o ristabilire le relazioni con i familiari (artt. 29-31 Cost.), il diritto alla segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza (art. 15 Cost.), il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.) e il diritto a non subire un

all'autorità pubblica è lasciato un ampio margine di valutazione discrezionale sia in sede di apprezzamento concreto delle condizioni del potere, sia in sede di decisione sul se disporre il regime differenziato; dall'altro lato, però, l'Amministrazione non è titolare di alcun potere di definizione o variazione del contenuto restrittivo – minimo – del regime di rigore eventualmente applicato, essa non potendo modulare diversamente quelle misure che il legislatore ha inteso rigidamente predefinire anche nel loro coefficiente di afflittività. Ciò comporta che, anche qualora, in un caso concreto (da intendere, però, come “accadimento problematico” – estremo –, che fuoriesca dalla normalità dei casi sulla quale la disciplina legislativa è stata calibrata<sup>13</sup>), taluna delle

---

trattamento penitenziario ingiustificatamente differenziato (artt. 3 e 27 Cost., artt. 1, comma 2, e 3 o.p.). Per quanto riguarda i contatti con l'ambiente esterno e la segretezza delle comunicazioni, operano quattro diverse tipologie di restrizione, relative: *a*) alle categorie di soggetti che possono entrare in contatto (visivamente o telefonicamente) con il detenuto, categorie circoscritte ai soli familiari e ai conviventi (e, con riferimento unicamente ai colloqui visivi, e purché ricorra un caso eccezionale, alle persone diverse dai congiunti e dai conviventi); *b*) alla frequenza e alla durata del contatto, dal momento che il detenuto fruisce sempre di un colloquio visivo al mese, della durata di un'ora (secondo Cass. pen., sent. n. 38073, 17 settembre 2014, tale durata può essere ampliata, qualora ricorra una delle due ipotesi indicate nell'art. 37, comma 10, d.P.R. n. 230 del 2000) e fruisce di una telefonata mensile della durata massima di dieci minuti soltanto quando non effettui colloqui visivi e soltanto dopo i primi sei mesi di applicazione del regime sospensivo; *c*) al luogo e alle modalità dell'incontro, giacché il colloquio visivo si svolge in appositi locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti; *d*) alla segretezza dei contatti, poiché i colloqui visivi devono essere videoregistrati e sottoposti a controllo audiovisivo ed a registrazione, i colloqui telefonici devono essere sottoposti a registrazione, e la corrispondenza epistolare, in entrata e in uscita dall'istituto penitenziario, deve essere sottoposta a visto di censura, salvo quella con i membri del Parlamento e con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia. In merito, invece, al diritto di difesa, le restrizioni riguardano la partecipazione alle udienze penali (sia a quelle dibattimentali, sia a quelle che si svolgono in camera di consiglio), imponendosi sempre l'impiego dello strumento della videoconferenza (in ordine, invece, alle restrizioni riguardanti i contatti tra il detenuto e il suo difensore, v. Corte cost., sent. n. 143, 24 aprile-17 giugno 2013, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2164 e ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. *b*, ultimo periodo, limitatamente alle parole “con i quali potrà effettuarsi fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari”). Per quanto riguarda, infine, la vita quotidiana all'interno dell'istituto penitenziario, il regime sospensivo determina una pluralità di restrizioni, consistenti: nella limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; nell'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; nella limitazione della permanenza all'aperto (che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone e deve avere una durata non superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite di cui all'art. 10, comma 1, o.p.); nel divieto di scambiare oggetti e cuocere cibi.

Non può sottacersi, tuttavia, che il Ministro della giustizia può adottare, oltre alle limitazioni tassativamente previste dalle lett. *b-f*, non meglio precisate misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo, principalmente, alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri ristretti appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. *a*, o.p.). Sul punto, v. *infra*, § 8.2.

<sup>13</sup> Secondo G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 187, è problematico l'accadimento “che solleva la questione di come reagire ad esso, di come risolverlo nei termini del diritto”. Si tratta, in genere, di un caso estremo, al quale il legislatore non ha evidentemente pensato, giacché, se vi avesse pensato, di certo, “avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe essere deciso in base alla legge”.

predette misure restrittive si rivelasse inadeguata, imponendo al detenuto un sacrificio *sovrabbondante*, l'Amministrazione dovrebbe comunque adottarla, poiché il fine pubblico perseguito con l'adozione del regime differenziato non può essere – parzialmente – obliterato (si pensi, ad esempio, alle rigide e indefettibili limitazioni relative alla frequenza, alla durata e alle modalità di espletamento dei colloqui visivi con i familiari, colloqui che, ridotti ad uno al mese, devono svolgersi in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti; ovvero, si pensi alle similmente inflessibili restrizioni concernenti la durata – non più di un'ora al giorno – e le modalità di svolgimento della permanenza all'aperto<sup>14</sup>). Deve affermarsi, infatti, che, ogni qual volta la legge penitenziaria preveda e regoli una precisa misura restrittiva, che deve essere adottata al verificarsi del fatto conforme alla fattispecie astratta attributiva del

---

<sup>14</sup> Sebbene il legislatore abbia vincolato – sotto il profilo preso in considerazione – l'attività dell'Amministrazione, tuttavia, quest'ultima mantiene il potere di interpretare le disposizioni da eseguire. Così, ad esempio, ancorché la legge limiti la permanenza all'aperto a non più di due ore al giorno, fermo restando il limite minimo previsto dall'art. 10 o.p. (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. f, o.p.), nella prassi si è giunti ad approdi interpretativi ancora più restrittivi. Il limite delle due ore, infatti, è stato inteso come se facesse riferimento non soltanto alla permanenza all'aria aperta, ma anche alle attività che si svolgono in locali diversi dalla camera individuale. In tal modo, la permanenza all'aria aperta è stata ridotta ad un'ora, nel rispetto del limite minimo fissato dall'art. 10 o.p., e nella restante ora il detenuto è stato ammesso a svolgere altre attività di tipo ricreativo o sportivo o culturale (cfr. G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, pp. 243-244).

Per la verità, interpretazione e applicazione (*rectius* – con riferimento all'autorità amministrativa – esecuzione) non costituiscono elementi logicamente distinti, giacché il momento interpretativo non può prescindere dal contesto applicativo. Interpretazione e applicazione, dunque, sono “due facce della stessa medaglia” (cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 105). Infatti, come sottolinea la più attenta dottrina, non l'enunciato normativo, bensì il “caso problematico” è il “punto di partenza dell'indagine ermeneutica”, il fatto essendo “un ingrediente fondamentale dell'opera di ricostruzione del significato” del testo normativo. Ciò, in quanto “il sapere giuridico è sempre un sapere applicativo, che non può prescindere dalla situazione particolare: non si agisce, infatti, in astratto, ma sempre qui ed ora”. Sicché, “per agire giustamente occorre farsi guidare da regole, ma sempre secondo il significato che la situazione in cui di agisce richiede affinché l'azione possa essere ritenuta giusta (...)”. Secondo questa impostazione, pertanto, l'interprete non si limita ad accertare in astratto “la sostanza semantica di un concetto, la quale è già stata interamente preconstituita dal legislatore, per poi applicare il concetto al caso concreto, ma funge da “mediatore fatto e diritto, tra testo e contesto. L'interprete, invero, “compie un'unica operazione che, partendo dal caso problematico risale all'enunciato normativo, ne ridefinisce i contorni semantici e riscende verso il fatto” (cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, pp. 236 e ss.; ID, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, pp. 16 e ss). Il significato di un testo normativo, quindi, “non è una sostanza che si impone come un dato oggettivo al soggetto interpretante”, ma è “il risultato di una rete di relazioni tra il testo (colto, olisticamente, nelle sue relazioni con l'intero *corpus iuris*: cotesto), il contesto (l'*humus* fattuale e valoriale che dà linfa al testo sollecitandone una risposta) e l'interprete, inteso non isolatamente, ma come parte attiva di una più ampia ed articolata comunità interpretativa che pone vincoli (*ex ante*) e controlla (*ex post*) l'intero processo ermeneutico” (in questi termini, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 25). Cosicché, “l'attribuzione definitiva del significato linguistico all'espressione verbale è il risultato, piuttosto che la premessa, dell'operazione interpretativa”, la quale “muovendo dal c.d. nucleo centrale dell'area semantica dell'enunciato, procede poi, per analogia, attraverso il confronto da caso a caso”, per cogliere l'omogeneità valutativa delle situazioni poste a confronto (così, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, p. 1310).

potere, l'Amministrazione non ha alcuna facoltà di scelta, non potendo decidere di non impiegare il mezzo (legalmente imposto) in ragione del suo carattere di inadeguatezza. In tal caso, pertanto, assume rilievo centrale il principio della doverosità dell'attività amministrativa. Principio che spiega compiutamente i suoi effetti nella direzione di porre, in capo all'Amministrazione penitenziaria, il dovere di perseguire lo specifico fine pubblico indicato dalla legge, adottando i mezzi da essa tassativamente previsti.

E allora, nell'ipotesi in cui sussista un insieme di disposizioni che vincola l'attività amministrativa sotto il duplice profilo "finale e strumentale"<sup>15</sup>, una eventuale rinuncia (totale o parziale) alla realizzazione del fine pubblico (conseguenziale al mancato impiego di una misura restrittiva prevista dalla legislatore, ma risultata, in concreto, inadeguata) è legittima soltanto se imposta dalla stessa legge, o da altra fonte normativa giuridicamente superiore, a tutela di un "valore fondamentale" correlato ad un interesse secondario, preso in considerazione – in modo espresso o implicito – dalla norma attributiva del potere.

Così, tornando al regime sospensivo *ex art. 41-bis*, comma 2, o.p., è fuor di dubbio che talune norme contenute nella Carta costituzionale ("interpretate evolutivamente o estensivamente alla luce" dei principi sanciti dal diritto sopranazionale pattizio dei diritti dell'uomo<sup>16</sup>) e talune previsioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (nell'interpretazione che delle stesse è data dalla Corte europea) possano determinare una recessione parziale del fine pubblico. Rinuncia, quindi, che diviene doverosa, allorché la concreta esecuzione di una misura limitativa dei diritti del detenuto si risolve in una violenza fisica o morale (artt. 13, comma 4, Cost., e 3 CEDU), o in un trattamento contrario al senso di umanità o degradante o capace di vanificare la finalità rieducativa che deve connotare la sanzione penale (artt. 27, comma 3, Cost., e 3 CEDU)<sup>17</sup>; ovvero, ancor prima, laddove una misura

---

<sup>15</sup> In ordine sia alla nozione di "doverosità finale" (intesa come l'insieme dei vincoli normativi che impongono all'Amministrazione di realizzare un determinato interesse pubblico), sia al concetto di "doverosità strumentale" (inteso come "l'insieme di doveri, obblighi e limiti dettati dalla legge e delineati dalla giurisprudenza, atti a garantire che l'azione amministrativa sia effettivamente in grado di soddisfare l'interesse pubblico e la soddisfazione sia la migliore possibile, attraverso la massimizzazione dell'interesse pubblico primario con il minor pregiudizio di quelli secondari"), v. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, pp. 267-268.

<sup>16</sup> In tal senso, M. RUOTOLO, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/213>, 2013. Inoltre, sulla possibilità "di caricare di sempre nuovi significati gli enunciati costituzionali (persino laddove espressivi di principi fondamentali), per effetto delle suggestioni semantiche provenienti *ab extra* (e, segnatamente, appunto dalla Convenzione e dal suo giudice *naturale*)", v. A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2013, p. 3.

<sup>17</sup> Sul punto, v. Corte cost., sent. n. 349, 24 giugno 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 491, secondo la quale l'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti, in ordine alle modalità di esecuzione della detenzione, a condizione che tali provvedimenti: a) non eccedano il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna o il provvedimento cautelare; b) rimangano soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine ai divieti di ogni violenza fisica e morale (art. 13, comma 4, Cost.) o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3,

restrittiva comprime taluno dei diritti fondamentali del detenuto in misura talmente grave da determinare una mortificazione della dignità inerente alla persona umana (artt. 2, comma 1, e 3 Cost., nonché artt. 2, 3 e 8 CEDU)<sup>18</sup>, varcandosi, in tal modo, quel confine estremo al di là del quale “i comportamenti e gli atti che integrano l’esecuzione penale non possono legittimamente spingersi, ovvero sono destinati a perdere ogni titolo, in quanto finiscono con l’incidere sulla dimensione più intima e umana *del detenuto*”<sup>19</sup>.

---

Cost.), ed al diritto di difesa (art. 24 Cost.). Con specifico riferimento all’art. 27, comma 3, Cost., inoltre, cfr. Corte cost., sent. n. 165, 16-24 maggio 1996, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo cui il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità è principio di civiltà che “deve certamente improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l’organizzazione carceraria e l’applicazione delle norme ad essa relative”. V., inoltre, Corte cost., sent. n. 376, 5 dicembre 1997, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3623 e ss., per la quale l’applicazione del regime differenziato non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall’art. 13 o.p., né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità (art. 27 o.p.), le quali semmai dovranno essere organizzate con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare. Sicché, in definitiva, l’applicazione del regime sospensivo non può equivalere a riconoscere una categoria di detenuti che “sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione”.

<sup>18</sup> Ritiene che il principio del rispetto della dignità del detenuto presenti “una portata più ampia e pregnante” di quello di umanizzazione, F. MANTOVANI, *Diritto penale-Parte generale*, Padova, 1992, p. 754. L’Autore, infatti, sottolinea come sia “possibile trattare il detenuto con umanità, senza rispettarne integralmente la persona umana, poiché il trattamento umanitario è, spesso, sinonimo di trattamento non crudele”. Invece, “il rispetto della personalità del detenuto implica il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino riconosciuti dalla Costituzione (...) ed il cui esercizio sia logicamente compatibile con lo stato di detenzione e la pericolosità dello stesso, nonché con l’ordine del carcere, indispensabile per la stessa sicurezza dei detenuti, specie dei più deboli, contro la violenza e la prevaricazione degli altri detenuti”. Analogamente, E. FASSONE, *op. cit.*, p. 158, il quale rileva che “talune prassi penitenziarie non scendono probabilmente al di sotto della soglia dell’umanità, ma certo attentano al senso di dignità”.

Sul tema del rispetto della dignità della persona detenuta, v., inoltre, F. FIORENTIN, *Il risarcimento del danno da detenzione inumana*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2013, secondo cui il rispetto della dignità della persona umana rappresenta “un principio fondamentale, una fattispecie di *jus cogens*, il cui rispetto assoluto non ammette alcuna eccezione”. In senso analogo, M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 139, per il quale “la dignità è un valore che non ha equivalenti; che possiede un carattere assoluto; che non consente alcuna transazione od offesa; integrando un bene non compensabile con altri”. Ne consegue che – come sottolinea F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, p. 99 – “lo Stato non può mai comportarsi in modo contrario alla dignità umana, neanche di fronte al peggior criminale”. Cfr., altresì, N.L.X. BAEZ, *La morfologia dei diritti umani e i problemi del multiculturalismo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, 4, p. 6.

<sup>19</sup> In questi termini, P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie giurisdizionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell’ordinamento penitenziario-Note a margine della decisione 341/2006 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006, p. 14. Tuttavia, quando si parla di “dimensione più intima e umana”, ovvero di “sfera più intima”, non si deve fare riferimento soltanto alla dimensione (alla sfera) in cui l’individuo “non incide attraverso il suo essere o la sua condotta sugli altri e non tocca, perciò, la sfera personale dei propri simili o gli interessi della vita collettiva”. Infatti, se – come evidenzia R. ALEXY, *op. cit.*, p. 388 – “il discorso del *nucleo intangibile della configurazione della vita privata* deve avere praticamente un senso, allora alla sua base deve essere posta una concezione più forte della sfera più intima”. Secondo l’Autore, questa concezione più forte “sorge se si considerano come protette determinate condizioni e

Le norme costituzionali e le previsioni convenzionali, dunque, possono imporre all'Amministrazione il dovere di modulare diversamente talune delle misure tipizzate dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p. (con conseguente, possibile recessione parziale del fine pubblico predeterminato dalla legge). In particolare, tale dovere sorge qualora (tenendo conto di quelle circostanze del "caso concreto" che il legislatore non è stato in grado di predeterminare) risulti che una – o più – delle misure restrittive di cui trattasi incida "su diritti fondamentali incompressibili" o, comunque, intacchi l'ambito di intangibilità" di quei diritti fondamentali che sono comprimibili unicamente entro il limite del rispetto del loro "nucleo essenziale". Per nessuna ragione, infatti, è consentito all'autorità pubblica di scalfire "l'ineliminabile ragion d'essere" di quei diritti fondamentali che definiscono "lo spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana"<sup>20</sup>.

In ogni caso – è opportuno precisarlo – la recessione (parziale) del fine, causata dalla mancata adozione di una (o più) delle misure legalmente imposte, è vicenda che riguarda non l'esercizio di un potere discrezionale, bensì la completa conformità a diritto dell'attività amministrativa vincolata: la recessione è imposta all'autorità pubblica dalle norme costituzionali o convenzionali e si configura anche essa in termini di doverosità piuttosto che di potestà<sup>21</sup>. La peculiarità delle ipotesi di cui trattasi, invero, sta unicamente nel fatto che la regola dello specifico e "problematico" caso concreto deve essere ricostruita non soltanto attraverso il riferimento al dato legislativo, bensì attraverso tutti i dati normativi offerti dal sistema, tra i quali assumono rilievo preminente anche le norme costituzionali e convenzionali<sup>22</sup>. Norme la

---

modalità di comportamento dell'individuo in ogni caso, anche se diritti di terzi e interessi collettivi possono essere addotti contro questa tutela".

<sup>20</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 117, secondo cui "la garanzia dell'inviolabilità, solennemente proclamata come principio inderogabile dall'art. 2 Cost., non può tollerare, neanche in casi del genere, di rimanere muta. Essa, infatti, continua ad essere vitale convertendosi, tuttavia, nel suo contenuto giuridico, in qualcosa di diverso dalla sua comune consistenza. Innanzitutto, il suo contenuto di valore si trasforma, sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, in una garanzia del *contenuto minimo* dei singoli diritti personali, vale a dire in una garanzia dei diritti personali a un livello tale che non ne risulti offesa la dignità umana propria di ogni persona".

<sup>21</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, pp. 339 e ss.; V. FANTI, *op. cit.*, p. 297, secondo cui "l'eventuale recesso del fine predeterminato dalla norma non può essere deciso discrezionalmente dell'Amministrazione, ma viene ad essere imposto legalmente da una fonte giuridica gerarchicamente superiore".

<sup>22</sup> In merito all'utilizzabilità in via diretta delle norme costituzionali, v. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it), 2006, secondo cui "la Costituzione non è un corpo normativo staccato dal e contrapposto all'ordinamento giuridico, ma ne è parte essenziale, componente fondamentale e indistinguibile". Sicché – come evidenzia F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010, p. 18-20 – la Costituzione, al pari delle norme di rango legislativo, è materiale normativo utilizzabile "per la risoluzione di controversie che ne richiedano la diretta applicazione". Sul punto, v., altresì, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014, pp. 13-14.

cui diretta applicazione agisce sul concreto ambito di efficacia della legge, delimitandone l'operatività, e si pone "quale regola decisiva per la risoluzione del caso", vincolando l'azione dei pubblici poteri. Pertanto, la Costituzione e la CEDU, insieme alla legge (che rimane, dunque, valida ed effettiva), "compartecipano alla definizione di cosa è (o non è) legittimo o lecito nel caso concreto"<sup>23</sup>, di modo che la

---

Analoghe considerazioni vanno estese alla CEDU, giacché, in seguito alla ratifica (autorizzata con l. n. 848, 4 agosto 1955), le norme contenute nella Convenzione sono entrate a far parte dell'ordinamento giuridico italiano. Tali norme, dunque, sono fonti di diritti e di obblighi anche per gli organi statali (sul punto, cfr. A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. pen. crim.*, 2012, 3, p. 153; A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" interamente composito)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, p. 2; A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa: riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, ivi, pp. 23 e ss.). Sul rango che le norme CEDU occupano nell'ordinamento interno, v., tra le altre, Corte cost., sent. n. 348, 22-24 ottobre 2007, secondo la quale trattasi di norme di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Le norme convenzionali, infatti, sono destinate a dare contenuti ed a rendere operativo il parametro costituito dall'art. 117, comma 1, Cost., che enuncia, in via generale, una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Del resto, poiché le previsioni convenzionali vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cui è affidata la funzione di interpretare e applicare la Convenzione), ciò che deve essere preso in considerazione è la norma della CEDU come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Nondimeno, secondo Corte cost., sent. n. 49, 14 gennaio-26 marzo 2015, "solo nel caso in cui si trovi in presenza di *diritto consolidato* o di una *sentenza pilota*, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale". Quest'ultimo, pertanto, assumerà "quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea".

Ovviamente, oltre alla CEDU, vengono in considerazione altre fonti di diritto internazionale pattizio dei diritti dell'uomo – fonti rilevanti ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – le cui norme impongono obblighi agli organi statali (si pensi, ad esempio, al *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e ratificato dall'Italia con l. n. 881, 25 ottobre 1977, alla *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti*, firmata a New York il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con l. n. 498, 3 novembre 1988, alla *Convenzione sui diritti dell'infanzia*, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. n. 176, 27 maggio 1991). Tuttavia, nel sistema (multilivello) di protezione dei diritti dell'uomo, la CEDU mantiene una posizione di centralità, vuoi per l'esistenza di un giudice (la Corte europea dei diritti dell'uomo), che ha il compito di interpretare e applicare la Convenzione, vuoi per l'obbligo, posto in capo alle Alte Parti contraenti, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea (in questo senso, M.G. PULVIRENTI, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, pp. 60-61; A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 1).

<sup>23</sup> Per quanto attiene alla diretta applicazione delle norme costituzionali, v. M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2002, p. 179. L'Autore, infatti, precisa che "la norma costituzionale può dirsi davvero direttamente applicabile nella misura in cui le mutevoli ed imprevedibili caratteristiche dei fatti, degli interessi da valutare, o più in generale l'esercizio concreto della funzione, imponga all'Amministrazione stessa (e al giudice chiamato a giudicare sulla legittimità dei suoi atti) di riempire con l'applicazione della Costituzione uno spazio libero, ove né la legge, né i suoi principi consentano altrimenti una risoluzione conforme a Costituzione della controversia; e nel quale la Costituzione diventi capace di autodeterminare in tutto o in parte (...) la regola del caso concreto" (ivi, p. 253). Chiara, pertanto, la differenza tra applicazione diretta e interpretazione conforme a Costituzione (o alla CEDU), poiché quest'ultima, a differenza della prima, si risolve in

legalità dell'attività amministrativa è data anche (e soprattutto) “dal rapporto di conformità o difformità” rispetto alle previsioni costituzionali e convenzionali<sup>24</sup>. In tale ipotesi, quindi, la rigida separazione tra livelli di legalità differenti, ordinati secondo un criterio gerarchico, lascia il passo ad una “completa saldatura” tra disposizioni che, seppur diverse, sono “capaci di integrarsi vicendevolmente”<sup>25</sup>. Il criterio della gerarchia, invece, tornerà ad operare, quando l'impossibilità di una confluenza tra le diverse disposizioni (legislativa, costituzionale o convenzionale) renderà inevitabile l'intervento della Corte costituzionale, al fine di rimuovere la norma di legge che consente o impone all'autorità amministrativa di adottare misure restrittive, capaci di intaccare l'inviolabile “ragion d'essere” di un diritto fondamentale<sup>26</sup> (v. *infra*, § 4.1.).

Nella direzione appena tracciata sembra muoversi anche la giurisprudenza costituzionale. Il Giudice delle leggi, infatti, da una parte, ha preso atto che la “forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge (*art. 41-bis, comma 2-quater, o.p.*), ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al

“un'operazione di natura strettamente conoscitiva che prelude pur sempre all'applicazione della legge; e nella quale la regola concreta, la sfera del fatto, non appare imputabile alla norma costituzionale (*o convenzionale*) se non per mezzo degli effetti giuridici della legge ordinaria” (ivi, p. 252).

In altri termini, nell'ipotesi di applicazione diretta, le disposizioni costituzionali e convenzionali vengono in rilievo non al fine di invalidare la disciplina legislativa ordinaria contrastante con esse o di fissare i criteri interpretativi di tale disciplina, bensì al fine di integrare l'ordinamento vigente, operando “sul piano del caso concreto e con efficacia *inter partes*” (cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013, p. 11; ID., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006, il quale parla di “uso costituzionale del diritto”, dal momento che, attraverso l'applicazione diretta della Costituzione, non si “procede affatto a disapplicare una legge, bensì a riempire i vuoti esistenti”). In proposito, tuttavia, non possono sottacersi le autorevoli – ancorché non condivisibili – posizioni dottrinali di segno contrario, che negano sia possibile, da parte dell'Amministrazione, fare diretta applicazione delle norme costituzionali. Cfr., tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, p. 165.

<sup>24</sup> Così, con riferimento all'applicazione diretta delle norme costituzionali, M. MAGRI, *op. cit.*, p. 254. Si deve, dunque, prendere atto del fatto che, in uno Stato costituzionale di diritto, si determina “il superamento della *ratio* originaria del principio di legalità”, giacché i diritti fondamentali traggono origine direttamente dalla Costituzione. Infatti, secondo G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 57, “il grande compito delle costituzioni contemporanee sta proprio nella capitale distinzione tra la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge”. Sicché – come rileva A.M. CECERE, *Prime riflessioni sul potere amministrativo di coazione. Dalle restrizioni alle coercizioni nei confronti dei privati*, Napoli, 2012, p. 24 – “i termini del problema cambiano dal momento che i diritti conferiti dalla Costituzione vanno garantiti anche nei confronti del legislatore”. Di conseguenza, “il rispetto della legge nell'azione della pubblica amministrazione da solo non è più sufficiente a garantire la legittimità costituzionale dell'agire amministrativo”.

<sup>25</sup> In questi termini, A. GUSMAI, *op. cit.*, p. 14, il quale evidenzia come, in tal modo, la Costituzione (ma anche la CEDU) “venga finalmente trattata come merita, ossia come un precetto normativo a tutti gli effetti”, dal quale è possibile “ricavare una nuova norma, punto di confluenza tra le due disposizioni (*legislativa e costituzionale*)”.

<sup>26</sup> *Ibid.*



controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini”; dall’altro, ha ribadito che tale scelta legislativa “non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell’atto, in ordine all’eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto”<sup>27</sup>. Cosicché, con specifico riferimento alla limitazione temporale imposta in materia di permanenza all’aria aperta (art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f, o.p.), la Corte costituzionale ha potuto affermare “che la riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell’ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti”. L’assunto, del resto, ha portata generale, rimanendo valido a prescindere dalla tipologia di misura restrittiva presa in considerazione e quale che sia il diritto fondamentale ingiustamente inciso<sup>28</sup>.

Potrebbe, però, non essere chiaro se, nel riconoscere un perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti fondamentali del detenuto, la Consulta abbia voluto affidare unicamente al giudice il compito di applicare direttamente le norme costituzionali e convenzionali all’attività amministrativa, in modo da fissare un limite aggiuntivo – rispetto alla legge – ai poteri dell’autorità pubblica<sup>29</sup>; oppure abbia anche posto, in capo all’Amministrazione, il dovere di applicare direttamente le fonti normative sovraordinate. Quest’ultima prospettiva, invero, deve essere privilegiata, sempre che si tratti di fare diretta applicazione di una previsione costituzionale o convenzionale capace di esprimere una regola sufficientemente precisa, “che disciplini integralmente l’attività amministrativa assicurando uno sbocco univoco alle esigenze del caso”<sup>30</sup>. Così, ad esempio, tenuto conto delle caratteristiche della specifica

---

<sup>27</sup> V. Corte cost., sent. n. 190, 26-28 maggio 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2266, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Trib. sorv. Roma, ord. 6 ottobre 2009, in *Rass. penit. crim.*, 2009, 3, pp. 184-185, anche perché – così come precisato dalla Consulta – la censura relativa all’asserita cancellazione di ogni controllo di legalità sul contenuto del provvedimento ministeriale applicativo delle prescrizioni dettate dall’art. 41-bis, comma 2-quater, o.p. sarebbe frutto di una mancata ricostruzione sistematica del quadro normativo (quale risulta dalle modificazioni succedutesi negli anni, anche in seguito alle pronunce della Corte costituzionale); quadro normativo dal quale il rimettente avrebbe potuto trarre elementi per pervenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata, tale da escludere il dubbio di legittimità della disposizione censurata.

<sup>28</sup> Sul punto la giurisprudenza costituzionale è univoca. V., in particolare, Corte cost., sent. n. 351, 18 ottobre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2788, secondo la quale è indubbio che “il sindacato giurisdizionale sulle determinazioni dell’Amministrazione, per esplicitare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, debba estendersi non solo alla sussistenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo”. Per tale ragione, “eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno essere a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell’Amministrazione solo in quanto legittimi”.

<sup>29</sup> Secondo la Consulta, infatti, il giudice deve procedere all’accertamento “dell’eventuale lesione di un diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare caso per caso” (v. Corte cost., sent. n. 190 del 2010, cit., p. 2266).

<sup>30</sup> Cfr. M. MAGRI, *op. cit.*, p. 291; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa e democrazia*, in MARONGIU-DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e Amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1992, p. 94, secondo

situazione presa in considerazione, non si può dubitare della completezza – e, quindi, dell'immediata precettività – sia delle regole costituzionali estraibili (dai principi posti) dagli artt. 2, 13, comma 4, 15, 27, comma 3, 30 e 32 Cost., sia delle norme convenzionali (in particolare, di quelle contenute negli artt. 2, 3 e 8 CEDU), nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo<sup>31</sup>. Nell'ambito dei confini tracciati dal caso specifico, dunque, incombono, sulla Amministrazione, l'obbligo di applicare direttamente i precetti costituzionali e convenzionali, evitando che un diritto fondamentale sia svuotato al di là della garanzia del "contenuto essenziale", e, sul giudice, il dovere di sanzionare "l'inottemperanza di quell'obbligo con la lente del sindacato sul vizio di violazione di legge"<sup>32</sup>.

In definitiva, ritenere che non sia stato eliminato il controllo di legittimità sul contenuto del decreto ministeriale che dispone l'applicazione del regime differenziato, non può avere altra valenza, se non quella di confermare che la Carta costituzionale e il diritto convenzionale pongono taluni diritti incompressibili, o comprimibili entro certi limiti, di fronte ai quali l'attività amministrativa deve necessariamente fermarsi, pena l'illegittimità delle misure restrittive che siano lesive di dette posizioni non sacrificabili. In tal modo, dunque, la Consulta – sia pure implicitamente – impone all'autorità pubblica il dovere (e la responsabilità) di applicare direttamente i precetti costituzionali e convenzionali (limitando, in tal modo, l'ambito di operatività delle norme contenute nell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, o.p.), nel caso che sia prefigurabile (o accertato) che una (o più) delle misure imposte dalla legge – tenuto conto di tutte le circostanze che connotano il fatto quale "accadimento problematico" – possa determinare (o stia determinando) un effetto ingiusto, consistente nell'eccessiva e grave compressione di un diritto del detenuto costituzionalmente o convenzionalmente protetto.

---

cui, "non meno della legislazione e della giurisdizione, l'Amministrazione è chiamata ad attuare la Costituzione".

<sup>31</sup> Come osserva A. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 156, "la Convenzione contiene norme di contenuto astratto la cui definizione si perfeziona solo in seguito all'interpretazione ed all'applicazione operate dalla Corte". Infatti, "è l'interpretazione giudiziaria a definire i contorni e la portata delle norme convenzionali alla luce delle fattispecie concrete". Di conseguenza, "perché l'ordinamento (giudici, legislatore, autorità amministrative) possa adeguarsi realmente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è necessario avere la conoscenza della Convenzione e delle sentenze degli organi di tutela di Strasburgo". Tuttavia, la Consulta ritiene che, in ragione del carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, il giudice interno (e, quindi, anche l'Amministrazione) è tenuto ad uniformarsi alla sola "giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente". È, pertanto, unicamente il "diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano ancora espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo" (cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit.). Sul punto, però, v. la nota critica di F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *questa Rivista*, 31 marzo, 2015, pp. 8 e ss.

<sup>32</sup> In questi termini, M. MAGRI, *op. cit.*, p. 291. Cfr., inoltre, A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, p. 79, che parla di "una diversa doverosità dell'Amministrazione che non si misura più soltanto sul parametro della legislazione ordinaria, ma che dialoga direttamente con la Costituzione e con i suoi diritti o, per meglio dire, con coloro che di questi diritti sono portatori".

#### 4.1. Veri e falsi “accadimenti problematici”: dalla diretta applicazione delle norme costituzionali o convenzionali al necessario intervento della Consulta.

Sembrano da ricondurre al paradigma dell’applicazione diretta delle previsioni costituzionali e convenzionali, quelle disposizioni amministrative volte ad attenuare il livello di afflittività della rigorosa norma di legge che impone all’Amministrazione penitenziaria il dovere di adottare misure idonee ad impedire il passaggio di oggetti tra il detenuto sottoposto al regime sospensivo e i familiari ammessi a fruire del colloquio visivo (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b, o.p.). Invero, la determinazione ministeriale, con la quale si consente al detenuto di effettuare i colloqui visivi con i figli o i nipoti (figli dei figli) di età inferiore ai dodici anni senza vetro divisorio (anche se il contatto diretto non può avere una durata superiore ai dieci minuti)<sup>33</sup>, sembra trovare la propria giustificazione nella considerazione che, applicando in modo rigido la norma di legge e, quindi, impedendo il contatto diretto tra la persona *in vinculis* e il figlio o il nipote infradodicenne, si determinerebbe una lesione eccessiva dei valori contrapposti all’interesse pubblico, intaccandosi il “nucleo essenziale” sia del diritto fondamentale del fanciullo ad un contatto diretto con il proprio genitore, sia dei diritti del detenuto al mantenimento di valide relazioni con la famiglia e alla cura e all’educazione della prole (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., nonché artt. 8 CEDU e 3 Conv. ONU sui diritti dell’infanzia).

Nell’ipotesi in precedenza delineata, dunque, l’applicazione diretta delle norme costituzionali e di diritto internazionale pattizio comporta una delimitazione dell’operatività della disposizione legislativa, in tal modo consentendosi all’Amministrazione penitenziaria di porre rimedio ad una altrimenti eccessiva e non consentita lesione dei diritti fondamentali del detenuto e del fanciullo. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che suscita fondate perplessità. A ben vedere, infatti, l’ipotesi considerata non è riconducibile al novero di quelle fattispecie in relazione alle quali può considerarsi ammissibile l’applicazione diretta, da parte dell’Amministrazione, delle fonti normative di rango superiore alla legge. Non ci troviamo, invero, dinanzi ad un singolo “caso problematico”, che fuoriesce dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la disciplina legislativa. Non siano, cioè, d’anzi ad un caso concreto le cui peculiari circostanze il legislatore non è stato in grado di predeterminare (tale, piuttosto, potrebbe essere la situazione del detenuto che sia genitore di un minorenne affetto da una grave patologia fisica o psichica, ovvero del detenuto che versi in imminente pericolo di vita). Siamo al cospetto, invece, di una disposizione con la quale il legislatore ha inteso dettare una compiuta disciplina dei colloqui visivi fruibili dai detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis*, comma 2, o.p.; disposizione con la quale si è escluso, in modo consapevole, il contatto diretto tra i detenuti in questione e qualsivoglia familiare o convivente (sia esso adulto o minorenne). Ciò vuol dire che

---

<sup>33</sup> Cfr., ad esempio, Circ. DAP n. 3592/6042 del 2003 e nota DAP 0101-91-2012.

l'ipotesi del colloquio con i figli o i nipoti infradodicenni è stata espressamente regolata, rientrando nella normalità dei casi sulla quale la rigorosa e rigida disciplina legislativa è stata calibrata. Poiché, dunque, non può sostenersi di essere in presenza di circostanze del fatto concreto che la legge non è stata in grado di predeterminare e disciplinare (si tratta, per contro, di circostanze prese in considerazione dal legislatore), soltanto la Consulta potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione di legge di cui trattasi – con riferimento ai parametri costituzionali e convenzionali prima evocati – nella parte in cui impone all'Amministrazione di adottare misure che impediscano il passaggio di oggetti (e, quindi, il contatto diretto) tra detenuto e familiari, quando a fruire del colloquio visivo con il ristretto siano i figli o i nipoti minorenni (e ciò anche in ragione del fatto che – a tutela delle esigenze di sicurezza – rimarrebbero le efficaci misure della videosorveglianza, del controllo auditivo e della registrazione del colloquio visivo effettuato senza l'impiego del vetro divisorio).

In effetti, assai simile, nella sostanza, al caso dei colloqui visivi tra detenuto e figli o nipoti infradodicenni, è quello che ha condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. b, o.p. – in ragione del suo contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost. – nella parte in cui imponeva limiti di cadenza e di durata ai contatti tra il detenuto e il difensore, con il quale potevano effettuarsi, “fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari”<sup>34</sup>. Anche quest'ultimo caso, infatti, era connotato da circostanze concrete del tutto peculiari, giacché il soggetto, che lamentava l'incisione del “nucleo essenziale” del diritto di difesa, era detenuto in esecuzione di plurime sentenze di condanna, era sottoposto a custodia cautelare in carcere in forza di due provvedimenti restrittivi e pendevano, a suo carico, sia numerosi altri procedimenti penali, in ordine ai quali erano decorsi i termini di custodia cautelare, sia un procedimento di sorveglianza. Siffatta peculiare situazione, tuttavia, non poteva intendersi quale “accadimento problematico” (estremo), non riconducibile alla normalità dei casi sulla quale la disciplina legislativa era stata calibrata. Viceversa, si trattava di un caso concreto che, ancorché particolare, era annoverabile tra quelli presi in considerazione dal legislatore, il quale – nel momento in cui aveva deciso di porre un limite rigido, indefettibile e di lunga durata ai colloqui visivi e telefonici con il difensore – non poteva non essere a conoscenza del dato di esperienza in base al quale i soggetti che svolgono ruoli di vertice all'interno delle proprie organizzazioni criminali sono, normalmente, detenuti in esecuzione di più sentenze di condanna, sottoposti a custodia cautelare in forza di diversi provvedimenti restrittivi o, comunque, coinvolti, a vario titolo, in numerosi procedimenti penali. In simile contesto, quindi, non l'autorità amministrativa né il giudice ordinario avrebbero potuto ridefinire l'ambito di efficacia della disposizione di legge, delimitandone l'operatività, e, attraverso la diretta applicazione della norma costituzionale, individuare una diversa regola decisiva per la risoluzione del caso concreto. Soltanto la Consulta, invero, avrebbe potuto e dovuto rimuovere la norma illegittima, che imponeva all'autorità amministrativa di adottare

---

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 143 del 2013, cit., pp. 2164-2175.

una misura restrittiva capace di intaccare il “nucleo essenziale” del diritto di difesa. E, infatti, così è stato. Il Giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità della norma penitenziaria, evidenziando che “il contingentamento, rigido e prolungato, nel tempo, dei momenti di contatto tra detenuto e i suoi difensori intacca l’anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un’ora, o telefonici, di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive”<sup>35</sup>.

Sembra, invece, configurarsi come “caso problematico”, che fuoriesce dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la disciplina legislativa, quello della minorenni da tempo in cura presso un centro di neuropsichiatria infantile per un grave stato depressivo (aggravatosi, peraltro, a seguito della decisione della madre di abbandonare il domicilio familiare), per la quale i medici abbiano documentato l’esigenza – di natura prettamente terapeutica – di affiancare alla psicoterapia una intensificazione dei rapporti con la figura del padre detenuto – sottoposto al regime speciale *ex 41-bis*, comma 2, o.p. – con modalità, però, tali da essere “idonee a rendere emotivamente più significativa l’esperienza”, vale a dire garantendo il contatto diretto tra genitore e figlia. In tale “caso problematico”, quindi, la recessione (parziale) del fine pubblico (determinata dalla mancata adozione della misura – legalmente imposta – volta ad impedire il passaggio di oggetti durante il colloquio visivo) assume il carattere della doverosità, essendo necessaria a salvaguardare l’inviolabile diritto del fanciullo al benessere psicofisico e il “nucleo essenziale” del diritto del detenuto alla cura e all’educazione della prole.

Deve ribadirsi, del resto, che la recessione del fine pubblico è vicenda che riguarda non l’esercizio di un potere discrezionale, bensì la completa conformità a diritto dell’attività amministrativa vincolata. Il meccanismo dell’applicazione diretta delle norme costituzionali e convenzionali, infatti, non può comportare l’attribuzione all’Amministrazione di alcun potere discrezionale, essa avendo il dovere di non adottare la misura eccessivamente gravosa, in quanto lesiva del “contenuto essenziale” di diritti costituzionalmente e convenzionalmente protetti. Sicché appare corretto quello orientamento della giurisprudenza di merito che ha rilevato l’illegittimità della determinazione ministeriale con la quale – in relazione al caso problematico da ultimo descritto – l’autorità amministrativa ha discrezionalmente limitato la fruizione del colloquio senza vetro divisorio ad un’unica, irripetibile sessione, senza tener conto, invece, che il fine pubblico deve recedere (sia pure parzialmente), sino a quando sussista la documentata esigenza terapeutica di salvaguardare l’equilibrio psicologico della fanciulla<sup>36</sup>. Per le medesime ragioni, inoltre, rivolgendo lo sguardo alla fattispecie dei colloqui visivi tra detenuti in regime sospensivo e figli o nipoti infradodicenni, parimenti illegittime devono considerarsi le determinazioni con le quali l’Amministrazione, discrezionalmente (in seguito, cioè, ad una comparazione degli

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 2174.

<sup>36</sup> Cfr. Mag. Sorv. L’Aquila (giudice dott. GRIMALDI), ord. 7 giugno 2013, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 2, p. 188. Sul punto, v. altresì F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, pp. 188 e ss.

interessi contrapposti), ha indebitamente stabilito sia la durata<sup>37</sup> e sia talune particolari modalità di svolgimento del colloquio visivo senza vetro divisorio<sup>38</sup>.

#### 4.2. *Poteri amministrativi vincolati e "varietà del concreto": l'irragionevolezza dei rigidi automatismi applicativi ex art. 41-bis o.p.*

Un'ultima annotazione appare necessaria al fine di meglio circoscrivere il "fenomeno" della recessione (totale o parziale) dell'interesse pubblico affidato dalla legge in cura all'Amministrazione penitenziaria. Infatti, laddove consentita (venendo in rilievo "un accadimento problematico"), la diretta applicazione, da parte dell'autorità pubblica, delle norme contenute in fonti normative superiori alla legge garantisce unicamente che i diritti incompressibili e il "nucleo essenziale" degli altri diritti fondamentali del detenuto da sottoporre (o già sottoposto) al regime detentivo speciale non siano lesi da misure che – sebbene legislativamente imposte – si dimostrino, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, eccessivamente gravose. Restano fuori di tale sfera di tutela, invece, le ipotesi in cui la compressione

---

<sup>37</sup> Cfr. Circ. DAP n. 3592/6042 del 2003.

<sup>38</sup> V. la nota DAP del 18 aprile 2013, secondo cui – al fine di impedire strumentalizzazioni dei minorenni per l'invio di messaggi all'esterno –, durante il colloquio visivo senza vetro divisorio, gli altri famigliari adulti devono uscire dalla sala colloqui e non essere presenti non soltanto per il tempo del passaggio del minore al di là del vetro, ma anche per tutta la rimanente durata del colloquio senza vetro divisorio. Questa misura, tuttavia, è stata dichiarata illegittima, tra gli altri, da Mag. sorv. Spoleto (giudice dott. F. GIANFILIPPI), ord. 10 luglio 2013, in *www.ristretti.it*, poiché giudicata non necessaria e sostituibile con altra misura meno invasiva e comunque maggiormente proporzionata rispetto al fine perseguito (sul punto, in dottrina, v. M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 2091-2092). Tale orientamento della giurisprudenza di merito, però, non è stato accolto dalla Corte di cassazione, che ha considerato legittima la determinazione ministeriale, relativa alle modalità di svolgimento del colloquio visivo senza vetro divisorio (cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 35488, 4 giugno-11 agosto 2014). Prima che intervenisse la Suprema Corte, l'Amministrazione penitenziaria, con nota DAP del 28 aprile 2014, adeguandosi ai provvedimenti dei giudici di merito, che disponevano l'immediata disapplicazione della circolare del 2013, nella parte in cui prevedeva l'allontanamento dalla sala colloqui dei familiari maggiorenni, ha consentito la prosecuzione del colloquio visivo tra il detenuto e i familiari adulti, anche per il tempo in cui il figlio o il nipote infradodicesimo si trovi al di là del vetro divisorio. Non è da escludere, dunque, che la successiva presa di posizione della Corte di cassazione possa indurre l'autorità amministrativa a ritornare sui suoi passi e a ripristinare le precedenti modalità di svolgimento del colloquio senza vetro divisorio. Ad ogni modo, ciò che più interessa ai fini della nostra indagine è che, in alcuna delle precedenti pronunce, i giudici affrontano le due questioni fondamentali. Innanzitutto, se sia consentito all'autorità amministrativa di disporre una così vistosa eccezione al chiaro dettato legislativo, che, anche al fine di impedire ogni forma di strumentalizzazione dei familiari minorenni, impone l'adozione di misure idonee ad impedire il passaggio di oggetti con riferimento allo svolgimento di qualsivoglia tipologia di contatto visivo tra il detenuto sottoposto al regime sospensivo ed i congiunti o i conviventi. In secondo luogo, una volta risolta positivamente la precedente questione, se, nel caso di recessione parziale del fine pubblico, imposta dalla diretta applicazione di norme costituzionali o convenzionali, sia configurabile l'attribuzione all'Amministrazione di un potere discrezionale di regolamentazione delle modalità di svolgimento e della durata del colloquio visivo senza vetro divisorio.

delle situazioni giuridiche costituzionalmente o convenzionalmente protette, pur essendo – in concreto – eccessiva e non necessaria, non sia talmente grave da intaccare “l’ineliminabile ragion d’essere” dei diritti fondamentali incisi. In tale evenienza, infatti, l’Amministrazione non può impedire la realizzazione del risultato ingiusto, il quale è determinato da un rigido automatismo applicativo di misure che, in questo caso, non sono modulabili nel loro contenuto restrittivo<sup>39</sup>.

Per la verità – di là della mutevolezza e delle varianti dei casi concreti – sembrerebbe proprio quella di rispettare i limiti posti dalle norme costituzionali e convenzionali, *la ratio* dell’intervento del legislatore, il quale, nel predeterminare (una volta per tutte) il contenuto delle singole misure ritenute necessarie al fine di recidere i legami tra un detenuto e la consorteria criminale di appartenenza, ha voluto comunque salvaguardare il contenuto (minimo o) essenziale dei diritti fondamentali di cui è titolare la persona *in vinculis*<sup>40</sup>. Rimane, tuttavia, da verificare se tale proposito si sia realmente tradotto in norme conformi ai principi costituzionali, giacché la standardizzazione di dette misure restrittive e l’inasprimento del contenuto afflittivo di esse possono far legittimamente dubitare della ragionevolezza della scelta di introdurre un inflessibile automatismo applicativo che, essendo stato rigidamente calibrato sulla “normalità dei casi”, non consente all’autorità amministrativa di tener conto della “varietà del concreto” e di “modulare gli effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione”<sup>41</sup>.

È, infatti, nel passaggio dall’astratta previsione legislativa alla concreta operatività delle misure restrittive che può talvolta registrarsi il venir meno del connotato della proporzionalità. In tale situazione, infatti – a parte le ipotesi di recessione parziale del fine legalmente imposta da norme costituzionali o convenzionali (v. *supra*) –, l’Amministrazione non ha alcun potere di porre rimedio ad una eccessiva ed ingiustificata restrizione dei diritti fondamentali di cui è titolare il detenuto, non essendole attribuita la facoltà di modulare diversamente le misure legislativamente predeterminate (sia sotto il profilo contenutistico, sia sotto l’aspetto dell’efficacia temporale) in ragione delle peculiari connotazioni del caso concreto. È questo meccanismo, pertanto, che rende irragionevole la scelta legislativa, dal momento che “l’automatismo normativo si estrinseca in disposizioni di legge eccessivamente rigide, perché prive di duttilità sul piano applicativo, ossia di possibilità di deroga per casi della vita che invece impongono un trattamento

---

<sup>39</sup> In questo senso va inteso l’inciso finale della motivazione della sent. n. 190 del 2010, cit., p. 2266, nel quale la Consulta precisa che il perdurante controllo di legalità, orientato alla tutela dei diritti del detenuto, assume i caratteri non del controllo sulla “congruità” del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza, bensì unicamente quelli dell’accertamento della eventuale lesione della sfera non comprimibile di un diritto fondamentale; lesione – si è già detto – che deve essere verificata “caso per caso”.

<sup>40</sup> Dall’attuale disciplina del regime sospensivo discende un non trascurabile elemento di certezza. Infatti, anche qualora il grado del pericolo cui sono esposti l’ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini sia particolarmente elevato, i diritti del detenuto sottoposto al regime di rigore non possono essere compresi con modalità maggiormente gravose di quelle predeterminate dal comma 2 *quater* dell’art. 41-*bis* o.p.

<sup>41</sup> Cfr. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 12.

specifico”, necessario per non incidere, in modo sproporzionato, sui diritti costituzionalmente garantiti<sup>42</sup>.

In realtà, era stata la stessa Corte costituzionale ad evidenziare l’opportunità che il legislatore percorresse una strada diversa da quella – poi seguita – della rigida standardizzazione delle misure restrittive discendenti dall’applicazione del regime sospensivo in esame. Secondo la Consulta, infatti, preferibile sarebbe stato il ricorso ad una disciplina normativa che – ricalcando quella contenuta nell’art. 14-*quater* o.p. – “si fosse limitata a prevedere una soglia invalicabile di diritti inviolabili”, lasciando all’Amministrazione la possibilità di calibrare diversamente l’intensità delle singole misure limitative dei diritti del detenuto (misure pur sempre predeterminate – sebbene in modo elastico – dal legislatore) in considerazione sia del grado di compromissione della sicurezza pubblica, sia delle specifiche condizioni personali del detenuto da sottoporre al regime derogatorio<sup>43</sup>.

È evidente, dunque, come anche il Giudice delle leggi abbia condiviso (e condivida) il “teorema” – formulato da autorevole dottrina – secondo cui, pur se una legge è “sensata, equilibrata e pienamente giustificabile per la *normalità* dei casi, vi è almeno una circostanza in cui le sue classificazioni o il suo assetto degli interessi risulta irragionevole”<sup>44</sup>. Pertanto, proprio a motivo del possibile verificarsi di situazioni che si allontanano dalla normalità<sup>45</sup>, è spesso opportuno liberare l’Amministrazione dal vincolo dello “stretto rispetto della lettera della legge”, riconoscendole quel necessario margine di apprezzamento che le consenta di superare la “durezza” di un rigido e astratto automatismo applicativo, e le permetta di far fronte a tutti quei “casi” che fuoriescono da quella “regolarità” sulla quale è stata calibrata la disciplina normativa<sup>46</sup>. Ciò vuol dire – più semplicemente – che, tra la scelta di conferire all’Amministrazione penitenziaria poteri autoritativi mediante disposizioni normative del tutto

<sup>42</sup> Cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 195. V. anche J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)* – voce –, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1995, XII, p. 359, il quale evidenzia come spesso la Consulta si trovi “nella situazione di non potere indicare una regola di preferenza generale ed astratta per il caso sottoposto al suo giudizio, delegando (*in genere, con sentenze di rigetto interpretativo*) il bilanciamento al giudice *a quo* oppure alla pubblica amministrazione coinvolta”. Tuttavia, “qualora il diritto vivente nelle amministrazioni e nelle giurisdizioni comuni continuasse a non dare spazio alla ragionevolezza dei diritti e insistesse sulla *durezza* della legge contro la *mitezza* del diritto, le questioni dovrebbero essere risollevate” e la legge dovrebbe essere dichiarata incostituzionale “nella parte in cui non consente, in casi eccezionali, di ovviare a particolari iniquità”. Sul tema della delega del bilanciamento, indirizzata dalla Consulta all’Amministrazione, cfr. anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 345-347.

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., c. 2789. Sul punto, si vedano F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 75; M. RONCO, *op. cit.*, p. 145, secondo il quale “le restrizioni previste nei decreti sospensivi, ove divengano misure continuative o addirittura permanentemente caratterizzanti lo stato di detenzione, costituiscono veri e propri ostacoli al processo rieducativo, per la loro natura in prevalenza inutilmente vessatoria e per la loro finalità occultamente eliminativa”.

<sup>44</sup> In questi termini, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in LA TORRE-SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 75.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 78-79. Del resto, come rileva D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, p. 57, “un ordinamento ragionevole non può non lasciare spazio (anche) alla saggezza dell’applicatore”.



indeterminate quanto al *quid* o al *quomodo* dell'intervento e quella di vincolare integralmente l'attività amministrativa con disposizioni eccessivamente rigide, il legislatore dovrebbe muoversi lungo una terza via. La legge, infatti, dovrebbe attribuire e regolare i poteri autoritativi attraverso previsioni che, da un lato, siano idonee a presidiare i diritti fondamentali della persona *in vinculis* contro l'arbitrio dell'Amministrazione e, dall'altro, riconoscano comunque a quest'ultima un certo margine "di autonomia di valutazione e di scelta", in modo che le sue determinazioni possano sempre tenere conto della "varietà del concreto"<sup>47</sup>.

### **5. L'attività amministrativa integralmente vincolata e la rinuncia (parziale) alla realizzazione del fine pubblico.**

Le considerazioni appena svolte possono estendersi anche alla disciplina dettata dall'art. 42-bis, comma 6, o.p. che impone l'uso delle manette modulari multiple, quando si proceda all'accompagnamento coattivo, da un luogo ad un altro, di più persone detenute (c.d. traduzione collettiva). Anche se, in verità, a differenza della precedente, in questa ipotesi l'Amministrazione penitenziaria non dispone di alcun margine – sia pure ridotto – di apprezzamento dei dati acquisiti, dal momento che i presupposti di fatto, al verificarsi dei quali è condizionato l'esercizio del potere coercitivo, sono delineati dal legislatore attraverso concetti sufficientemente determinati; concetti che, facendo riferimento a fenomeni non opinabili della realtà, non lasciano all'autorità pubblica margini di apprezzamento nella qualificazione giuridica del fatto concreto. Questo significa che l'Amministrazione, innanzitutto, è tenuta a verificare, in modo quasi meccanico, la sussistenza della situazione di fatto conforme alla fattispecie tipizzata dal legislatore; in secondo luogo, deve svolgere un'attività meramente esecutiva di quanto prestabilito dalla norma attributiva del potere, in totale assenza di discrezionalità che incida sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* dell'intervento<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> In linea generale, sull'esigenza di tutelare i diritti fondamentali della persona, introducendo "un'istanza di flessibilità all'interno di una normativa *rigida* nella sua assolutezza", in tal modo conseguendone "il trasferimento del bilanciamento fra gli interessi contrapposti dal piano della produzione astratta di norme al piano della loro applicazione concreta", cfr. C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007, pp. 8 e ss.; M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 18. Con specifico riferimento al diritto penitenziario, v. F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 2, pp. 198 e ss.

<sup>48</sup> L'assolvimento, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, di una funzione di mera esecuzione della legge non esclude, comunque, un'attività interpretativa, che consenta di attribuire al dettato normativo un significato corretto, conforme alla Costituzione e alla CEDU. Infatti, se è vero che – nel caso di cui trattasi – l'Amministrazione deve limitarsi alla mera applicazione della legge, non disponendo di alcun margine di discrezionalità, è pure vero che essa mantiene il potere di interpretare la disposizione di cui trattasi, dovendo prescegliere, tra più interpretazioni possibili, quella più aderente ai principi costituzionali e convenzionali (cfr. F.M. NICOSIA, *op. cit.*, p. 87; 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*,

Cosicché, una volta acclarato che si debba procedere ad una traduzione collettiva *ex art. 42-bis*, comma 6, o.p., anche laddove una attenta valutazione tecnico-conoscitiva dei fatti da sussumere sotto la fattispecie legale faccia ritenere ragionevolmente certa l'assenza di qualsiasi profilo di pericolosità personale o ambientale, lo spostamento coattivo dei detenuti, da un luogo ad un altro, deve avvenire adottando sempre lo strumento coercitivo delle manette modulari multiple. All'Amministrazione, dunque, non è rimessa alcuna facoltà di scelta fra più soluzioni possibili, nemmeno nei ristretti limiti fissati dall'art. 42-bis, comma 5, o.p.<sup>49</sup>. L'autorità pubblica, infatti, una volta qualificata la situazione specifica come traduzione collettiva, non può decidere di non impiegare il mezzo imposto dalla legge (in quanto ritenuto l'unico astrattamente idoneo e necessario ad impedire che il detenuto tenti di evadere nel corso della traduzione), neppure qualora detto mezzo si riveli – nel caso concreto e sulla scorta di un mero apprezzamento tecnico – non *necessario* o *sovradimensionato*<sup>50</sup>.

Anche in tale evenienza, tuttavia, la Carta costituzionale e la CEDU impongono di non ledere posizioni soggettive non sacrificabili in assoluto; sicché, ad esempio, l'Amministrazione deve disporre che il detenuto non venga ammanettato, allorquando il sanitario certifichi che l'uso del mezzo di coercizione è in grado di aggravare le già precarie condizioni di salute in cui versa la persona da tradurre. Ciò vuol dire che – al pari delle situazioni delineate nei paragrafi precedenti, in cui viene in rilievo un accadimento problematico ed estremo, che fuoriesce dalla normalità dei casi sulla quale è stata calibrata la disciplina legislativa – l'autorità pubblica deve adeguare il proprio intervento alle particolari circostanze del caso, non adottando l'astratta soluzione prevista dal legislatore e, quindi, non applicando, sia pure "limitatamente alla fattispecie concreta in cui si trova ad agire", gli effetti predeterminati dalla norma penitenziaria<sup>51</sup>. Anche in questa ipotesi, del resto, la recessione (parziale) del fine pubblico, dovuta al mancato impiego di una misura predefinita dal legislatore, non è

---

Napoli, 2010, I, p. 639; E. CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2003, pp. 2486-2487). Così, ad esempio, non può escludersi che, nell'esercizio del proprio potere di interpretare le disposizioni di legge, l'Amministrazione penitenziaria aderisca a quell'orientamento della dottrina secondo cui la locuzione "traduzioni collettive" indichi unicamente le traduzioni eseguite contemporaneamente nei confronti di più soggetti "legati fra loro da un nesso non occasionale" (in questi termini, L. SCOMPARIN, *Commento alla legge n. 492, 12 dicembre 1992*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 445, la quale sottolinea che, se non si accogliesse tale interpretazione dell'art. 42-bis, comma 6, o.p., si porrebbe nel nulla la portata garantistica della disciplina normativa).

<sup>49</sup> In base all'art. 42-bis, comma 5, o.p., ove si debba procedere ad una traduzione individuale, l'uso delle manette ai polsi è obbligatorio, soltanto quando lo richiedano la pericolosità del soggetto o il pericolo di fuga o circostanze di ambiente che rendano difficile l'accompagnamento coattivo. In tutti gli altri casi, l'uso delle manette ai polsi o di qualsiasi altro mezzo di coercizione fisica è vietato.

<sup>50</sup> Critica, tuttavia, L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 445, secondo cui, in materia di traduzioni collettive, meglio sarebbe stato optare per una soluzione meno restrittiva, invertendo "il sistema previsto in tema di traduzioni individuali", cioè prevedendo "qui come necessario il ricorso alle manette, salva la possibilità di rinunciarvi in mancanza di ragioni cautelari".

<sup>51</sup> Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, p. 289.

decisa discrezionalmente dall'autorità pubblica, ma è ad essa legalmente imposta dalle norme costituzionali e convenzionali.

Cionondimeno, la disposizione di cui trattasi si presta ad una diversa – ma non antitetica – lettura in chiave garantista. Invero, anche allorquando l'apprezzamento dei fatti debba far ritenere sussistente una situazione di grave pericolo per la sicurezza esterna, l'Amministrazione, al fine di impedire che il detenuto tenti di sottrarsi all'esecuzione della misura restrittiva della libertà personale, deve ricorrere unicamente all'uso delle manette modulari multiple, essendole vietato l'impiego di mezzi di coercizione fisica di diversa natura e maggiormente gravosi (art. 42-bis, commi 5 e 6, o.p.).

## **6. L'attività connotata dall'assenza di (ulteriori) margini di esercizio di discrezionalità amministrativa (la c.d. vincolatezza in concreto).**

Al di fuori delle ipotesi in cui l'Amministrazione penitenziaria svolge attività vincolata – di mera esecuzione di specifiche disposizioni legislative –, il canone di condotta della *proporzionalità in senso stretto* non opera (non ponendosi un problema di scelta – a seguito del contemperamento degli interessi contrapposti – tra più soluzioni giuridicamente lecite) neanche nei “casi” in cui, stando alle verifiche di natura meramente tecnica, risulti che sia soltanto uno il mezzo idoneo a raggiungere il fine specifico imposto dalla norma attributiva del potere; ovvero risulti che, pur disponendosi di diversi mezzi, aventi un identico livello di efficacia, quello necessario (che presenta, cioè, il minor “coefficiente di dannosità”) sia soltanto uno.

Sono queste le situazioni in cui il potere discrezionale conferito dalla legge all'Amministrazione penitenziaria “si riduce a zero”, giacché, a seguito dell'accurata valutazione (tecnica) dei dati acquisiti, non residua alcuna facoltà di scelta, una soltanto essendo la soluzione possibile<sup>52</sup>. A differenza, dunque, dei “casi” in precedenza analizzati, in quelli di cui trattasi l'attività amministrativa è astrattamente discrezionale, trasformandosi, tuttavia, in concretamente vincolata all'esito dell'apprezzamento tecnico in merito all'*idoneità*, alla *necessarietà* e all'*adeguatezza* di un mezzo rispetto al fine da perseguire<sup>53</sup>. Viene in rilievo, cioè, l'attitudine vincolante della “dimensione fattuale”, la quale è capace di orientare e determinare “l'agire

---

<sup>52</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica op. cit.*, pp. 330-331.

<sup>53</sup> Come rileva F.M. NICOSIA, *op. cit.*, p. 100, nell'attività vincolata, il vincolo si presenta “perfetto già prima dell'esercizio dell'attività interpretativa applicativa: esso si attegge dunque alla stregua di una verità *a priori* o, quantomeno, convenzionalmente assunta come tale”. Mentre, nell'attività discrezionale “il vincolo normativo è incompleto; da qui la necessità di individuare sul campo, mediante un'attività squisitamente empirica di induzione, il contenuto perfetto del vincolo. Vale a dire che, *a priori*, si sa solo che detto vincolo esiste (...) senza che sia noto o immediatamente conoscibile l'esatto contenuto”. E allora, “la mancanza di un vincolo *a priori*, costituito da elementi totalmente prefissati, non esclude (...), anzi impone, che il vincolo si formi (si individui) *a posteriori*, stante l'obbligo, gravante sull'Amministrazione, di valutare correttamente gli eventi (...)” (ivi, p. 104).

discrezionale” dell’Amministrazione fino al punto di imporre un’unica soluzione giusta<sup>54</sup>.

Il verificarsi della prima delle ipotesi cui si è fatto cenno, caratterizzata dalla disponibilità di un solo mezzo concretamente idoneo, può dipendere da tre diverse circostanze. Innanzitutto, dalla impraticabilità (dovuta alla specificità del caso concreto) di altre misure capaci di realizzare il fine pubblico. In secondo luogo, può dipendere dal pregresso, infruttuoso impiego di tutti gli altri mezzi che, in astratto, risultavano parimenti idonei e meno gravosi; di modo che, una volta sperimentata la concreta inefficacia degli strumenti aventi un minor livello di dannosità, l’Amministrazione deve realizzare il fine imposto dalla legge impiegando l’unico mezzo mostratosi idoneo<sup>55</sup>. Infine, può dipendere dal fatto che, rispetto a quello da impiegare, gli altri mezzi a disposizione presentino analoga capacità lesiva, ma un minor grado di efficacia, sicché l’Amministrazione deve impiegare la misura che, a parità di capacità lesiva, garantisca un più elevato livello di soddisfazione dell’interesse pubblico.

---

<sup>54</sup> Parla di “attitudine parametrica” e, perciò, “in qualche modo vincolante, della dimensione fattuale”, L. D’ANDREA, *op. cit.*, p. 626. L’Autore rileva come si profili “una ricostruzione della discrezionalità diversa da quella elaborata dalla tradizione dottrinale, in quanto connotata non già dalla compresenza di momenti di vincolo e di libertà rispetto alla legge, ma dalla coesistenza di due vincoli alla dimensione normativa e alla dimensione fattuale, strutturalmente e funzionalmente collegati in una logica di tipo sinergico”. Sul punto, v. altresì E. CARATELLI, *op. cit.*, p. 2485.

<sup>55</sup> Ad esempio, con specifico riferimento al ricorso alla forza fisica nei confronti dei detenuti (art. 41, comma 1, o.p.), il principio di necessità assume una più precisa connotazione nell’ambito di quella prospettiva interpretativa che privilegia l’approccio definito di “sicurezza dinamica” dell’istituto. In questa ottica, infatti, l’ordine e la sicurezza dipendono, primariamente, da un personale penitenziario che, attraverso una regolare comunicazione con i detenuti, conosca le dinamiche interne alla vita del carcere, trovandosi, quindi, nelle condizioni di individuare prontamente le situazioni anomale e di prevenire il compimento di atti idonei a mettere a repentaglio il tranquillo e sicuro svolgersi delle attività istituzionali. Ciò vuol dire che la capacità di instaurare buone relazioni professionali tra gli operatori penitenziari e i ristretti si pone come metodo tendenzialmente idoneo a mantenere o ristabilire l’ordine interno, qualora si manifestino elementi perturbanti. Di conseguenza, soltanto l’inadeguatezza o l’infruttuoso ricorso al dialogo e alla negoziazione giustificano l’intervento coattivo, purché, è ovvio, ricorra taluna delle ipotesi previste dall’art. 41, comma 1, o.p. (v. G.M. NAPOLI, *op. ult. cit.*, p. 169).

Nella stessa direzione si muove anche la Raccomandazione R(2012)5 sul *Codice europeo di Etica per il personale penitenziario*, adottata dal C.M.C.E il 12 aprile 2012, la quale stabilisce che “il personale penitenziario non deve fare ricorso alla forza contro i detenuti, salvo in caso di legittima difesa, di tentativo di evasione o di resistenza fisica attiva o passiva ad un ordine legittimo, e sempre come ultima risorsa” (punto 16).

Analoghe considerazioni, del resto, vanno estese alle armi letali, il cui impiego – come rilevano T. MARGHELLA-F. STAZZONE, *Armi e uso legittimo delle armi*, in *Le dispense dell’ISSP*, 2014, 11, pp. 20-21 – dovrebbe costituire l’ultimo livello di un indice d’azione che impone di sperimentare – gradatamente – gli strumenti meno invasivi del dialogo o dell’allontanamento del soggetto, del controllo meccanico e delle armi non letali. Di conseguenza, soltanto la concreta inidoneità dei mezzi che compongono i livelli inferiori dell’indice d’azione comporta la necessità dell’uso delle armi letali.

In generale, sulla necessità di un impiego rigorosamente graduale dei mezzi coercitivi – in particolare di quelli di coazione diretta sulla persona – a disposizione delle amministrazioni pubbliche, v. A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1964, pp. 856-857.

Nella seconda situazione, caratterizzata dalla disponibilità di diversi mezzi, aventi pari livello di idoneità e differente grado di afflittività, sono tutte le circostanze del caso concreto – correttamente apprezzate – a vincolare la decisione in ordine all’impiego della (unica) misura necessaria a perseguire una specifica finalità. Si consideri, ad esempio, il “caso” del detenuto che debba essere sottoposto al controllo sulla persona prima di far rientro nella camera detentiva (art. 34 o.p.). Qualora egli provenga da un ambiente preventivamente bonificato, e in tale ambiente sia stato sottoposto al continuo e diretto controllo visivo da parte di un operatore appartenente alla polizia penitenziaria (si pensi, ad esempio, alla saletta nella quale si è svolta l’udienza in videoconferenza e nella quale non erano presenti persone estranee all’Amministrazione), deve giudicarsi tecnicamente necessaria la sola misura della perquisizione sul detenuto vestito, giacché, a parità di efficacia concreta, la perquisizione personale mediante denudamento si rivela maggiormente gravosa.

Nell’ipotesi appena delineata, dunque, non entra in gioco la verifica sulla *proporzionalità in senso stretto* del mezzo rispetto al fine perseguito, dal momento che è il mero apprezzamento tecnico del fatto concreto ad imporre l’unica soluzione possibile: la perquisizione personale senza denudamento. Non può condividersi, pertanto, la posizione assunta dalla Corte di cassazione, che, in fattispecie analoghe alla precedente, richiede, al fine di vagliare la legittimità della misura *in corpore*, una complessa valutazione sugli “effettivi nessi esistenti, in materia di ispezioni corporali, tra l’esigenza di ordine e sicurezza interna negli istituti, che legittima l’esercizio del potere di coazione personale, e il rispetto della dignità inerente alla persona umana nel trattamento dei detenuti, nessi che comportano per l’interprete il doveroso contemperamento di valori di pari rango costituzionale e l’attento apprezzamento dell’osservanza dei limiti sostanziali, che perimetrano non solo l’*an* ma anche il *quomodo* del potere di perquisizione personale”<sup>56</sup>. In realtà – e in tal senso sembra muoversi anche l’Amministrazione penitenziaria<sup>57</sup> – i casi in questione trovano soluzione applicando unicamente il criterio della *necessarietà*, senza bisogno che si scomodi il più complesso canone di condotta della *proporzionalità in senso stretto*<sup>58</sup>.

Non può escludersi, tuttavia, che l’unico mezzo idoneo o l’unico mezzo necessario alla realizzazione dell’obiettivo specifico imposto dalla legge si rivelino, in concreto, inadeguati, in quanto eccessivamente sovradimensionati rispetto al fine da perseguire ed eccessivamente gravosi rispetto al beneficio atteso. Come, del resto, non può escludersi che l’unico mezzo adottabile, pur non essendo, in concreto, sovradimensionato e pur non imponendo al detenuto un sacrificio sovrabbondante rispetto alla rilevanza dell’interesse pubblico da realizzare, intacchi, comunque, il

---

<sup>56</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 46263, 19 novembre-16 dicembre 2008, *Riv. pen.*, 2009, p. 1318. Conf. Cass. pen., sez. I, sent. n. 8411, 3 febbraio 2004, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4217; Cass. pen., sez. I, sent. n. 24715, 22 maggio-18 giugno 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 742.

<sup>57</sup> V. la circ. DAP, n. 3542/5992, 16 febbraio 2001, in ZAPPA-MASSETTI, *Codice penitenziario e della sorveglianza*, Piacenza, 2013, pp. 925-928.

<sup>58</sup> Sulle diverse situazioni in cui, viceversa, il canone di condotta della proporzionalità in senso stretto assume preminente rilievo, v. *infra*, § 8.1.

“nucleo essenziale” di un diritto fondamentale. In quest’ultima ipotesi, dato che l’Amministrazione deve, in ogni caso, perseguire l’obiettivo connesso all’interesse pubblico, soltanto la legge o altra fonte giuridicamente superiore possono prevedere e regolare una fattispecie di recessione del fine. Si è detto però che, ogni qual volta ciò si verifici, all’Amministrazione non è mai attribuita alcuna facoltà di scelta, essa dovendo far prevalere il valore correlato all’interesse della persona ristretta sul valore connesso all’interesse pubblico affidatole in cura dal legislatore.

Nel caso in cui, invece, l’unico mezzo impiegabile risulti, in concreto, sovradimensionato e comporti un sacrificio sovrabbondante, è il solo criterio d’azione dell’adeguatezza tecnica ad imporre all’autorità amministrativa il dovere di non adottare la misura e di recedere dal fine pubblico. Così, ad esempio, se un detenuto stia tentando di evadere, senza porre in essere atti di violenza o di resistenza attiva, il canone dell’adeguatezza impone agli agenti di non utilizzare le armi, né tanto meno di utilizzarle mirando al corpo del detenuto in fuga<sup>59</sup>. Non è condivisibile, pertanto, il contrario – e, per la verità, isolato – orientamento interpretativo, secondo il quale, anche nelle ipotesi di fuga non accompagnata da atti di violenza o di resistenza attiva, l’uso delle armi sarebbe legittimo, poiché, ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. b, CEDU, non si verifica una violazione del diritto alla vita, allorché la morte sia cagionata dal ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per impedire l’evasione di una persona regolarmente arrestata<sup>60</sup>. In una prospettiva di coordinamento tra la normativa sopranazionale e la disciplina interna sull’uso legittimo delle armi, infatti, non si deve assecondare la tentazione di estendere l’ambito di operatività della scriminante anche ai casi di fuga non violenta, dal momento che l’espressione “assolutamente necessario”, impiegata dall’art. 2 della Convenzione, rimanda sia al fondamentale requisito della stretta indispensabilità<sup>61</sup>, sia a quello dell’adeguatezza dell’intervento<sup>62</sup>. Sono questi,

---

<sup>59</sup> Sul punto, v. G.M. NAPOLI, [Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta](#), op. cit., pp. 49-51.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. 2 maggio 2003, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 599.

<sup>61</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 41038, 16 giugno-2 ottobre 2014, in *Guida dir.*, 2014, 42, p. 90; Cass. pen., sez. IV, sent. n. 854, 15 novembre 2007-10 gennaio 2008. Secondo i giudici di legittimità, “la necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza ovvero di impedire determinati delitti costituisce presupposto oggettivo per la legittimità dell’uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica”. Il requisito della necessità “va inteso, anzitutto, come applicazione del principio per cui l’uso delle armi o di altri mezzi di coazione deve costituire *extrema ratio* nella scelta dei metodi necessari per l’adempimento del dovere: diventa cioè legittimo solo ove non vi sia altro mezzo possibile; tale requisito, inoltre, va interpretato come espressione dell’esigenza di una gradualità nell’uso dei mezzi di coazione (tra più mezzi di coazione egualmente efficaci, occorrerà scegliere allora quello meno lesivo)”. È, dunque, “regola di condotta irrinunciabile quella di graduare l’uso dell’arma secondo le esigenze specifiche del caso e sempre in ambito di proporzione, sicché è sempre il criterio della proporzione che deve guidare il pubblico ufficiale al quale si chiede, senza che debba rinunciare all’adempimento del dovere di ufficio, di conseguire lo scopo con il minor sacrificio del contrapposto interesse”. Cosicché, soltanto se si ritiene legittimo l’uso delle armi e si riscontra il rispetto dell’essenziale prerequisite della proporzione, il rischio del verificarsi di un evento non voluto, più grave, rispetto a quello perseguito dall’agente, non può essere posto a carico del pubblico ufficiale.

<sup>62</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 9961 del 2000.

infatti, elementi imprescindibili di quel canone di *proporzionalità* che “sta alla base del riconoscimento di ogni ipotesi scriminante”<sup>63</sup>.

#### 6.1. Un “caso paradigmatico”: l’istanza di accesso ai documenti amministrativi.

Spostando l’attenzione dall’attività amministrativa espressione dell’esercizio di poteri di coazione personale, ad altra tipologia di attività, pur sempre di natura autoritativa, poiché incidente, in modo unilaterale, sulla sfera giuridica dei destinatari, un ambito particolare di operatività del canone della proporzionalità è quello delle determinazioni relative alle istanze di accesso ai documenti della pubblica Amministrazione (artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990).

Si consideri, ad esempio, il “caso” – affrontato dalla giurisprudenza di merito<sup>64</sup> – in cui un detenuto richieda alla direzione dell’istituto penitenziario l’accesso agli atti del procedimento all’esito del quale è stata disposta la sua assegnazione al circuito penitenziario di Alta sicurezza (sottocircuito A.S.1), egli intendendo interloquire – mediante la produzione di argomentata memoria – in merito alla correttezza di detta assegnazione. Richiesta, tuttavia, rigettata dall’Amministrazione in ragione della vigenza di talune disposizioni regolamentari<sup>65</sup> che, “in relazione all’esigenza di salvaguardare la sicurezza e l’ordine pubblico”, sottraggono all’accesso sia i “documenti relativi alla prima assegnazione, al trasferimento ed alla traduzione dei detenuti e degli internati, nonché al loro piantonamento in luoghi esterni di cura”, sia i “documenti relativi all’assegnazione dei detenuti e degli internati nelle diverse sezioni degli istituti penitenziari”.

Nella vicenda appena tratteggiata, dunque, viene in considerazione l’interesse prioritario alla tutela della sicurezza collettiva e dell’ordine pubblico. Si tratta di un interesse che, nel caso di specie, deve essere soddisfatto attraverso il perseguimento di un fine specifico, consistente nell’impedire l’ostensione del “contenuto” di una determinata categoria di documenti amministrativi. Per raggiungere tale obiettivo, tuttavia, l’Amministrazione penitenziaria dispone di misure diverse, che, pur

---

<sup>63</sup> In tal senso, F. ALBEGGIANI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed uso legittimo delle armi*, in *Foro it.*, 2003, II, p. 438, il quale evidenzia come la dottrina abbia più volte sottolineato che l’effetto del coordinamento tra l’art. 2 della Convenzione e la scriminante prevista dal nostro codice penale sarebbe non quello di rendere meno rigorosi i presupposti di operatività della causa di giustificazione, bensì quello “di restringere i margini applicativi dell’art. 53, contribuendo in tal modo a snaturare ulteriormente l’originaria vocazione autoritaria che la norma citata possedeva al momento dell’entrata in vigore”.

Sul tema dell’impiego della forza letale da parte degli agenti statali, cfr., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sez. II, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, sez. V, sent. 17 aprile 2014, *Guerdner c. Francia*. Peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l’uso delle armi non soltanto deve essere guidato dai criteri d’azione della stretta necessità e della proporzionalità, ma deve essere regolamentato secondo le linee guida fornite dagli strumenti internazionali (v. gli standard fissati nei *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* del 1990). Tale regolamentazione dell’uso delle armi, tuttavia, è del tutto mancante nel ordinamento italiano.

<sup>64</sup> Cfr. [Mag. sorv. Vercelli \(giudice dott. F. FIORENTIN\), ord. 28 marzo 2012](#), in *questa Rivista*, 4 giugno 2012.

<sup>65</sup> Si trattava dell’art. 3, nn. 10 e 11, del d.m. n. 115 del 1996.

presentando un eguale livello di idoneità tecnica, posseggono un differente coefficiente di afflittività. La misura che presenta il maggior grado di lesività (vale a dire quella adottata, che determina la sottrazione all'accesso di tutti i documenti relativi al procedimento di assegnazione del detenuto al sottocircuito A.S.1, indipendentemente dal fatto che la conoscenza del contenuto di talune parti di tali documenti non sia pregiudizievole per l'ordine pubblico e per la sicurezza dei cittadini) imporrebbe il totale sacrificio del contrapposto interesse del richiedente a prendere visione ed estrarre copia degli atti necessari ad apprestare la migliore tutela delle sue ragioni. La misura parimenti idonea, ma meno gravosa (ovverosia la decisione di consentire l'accesso ai documenti con modalità tali da non pregiudicare l'interesse primario, apponendo – ad esempio – *omissis* sulle parti dei documenti la cui ostensione potrebbe confliggere con le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza collettiva), invece, consentirebbe di sacrificare il meno possibile i valori correlati all'interesse del richiedente.

In altri termini, in questa situazione, sono in gioco due interessi. Quello pubblico è ben soddisfatto, allo stesso modo, sia dal divieto di accesso a tutti i documenti relativi al procedimento di cui trattasi, sia dal divieto di accesso limitato soltanto ad alcuni documenti. Lo stesso, invece, non accade con riferimento all'interesse privato, giacché la prima misura, rispetto alla seconda, intacca più intensamente la sfera giuridica del detenuto. La seconda misura, pertanto, deve essere preferita, perché, nel passaggio dal primo al secondo intervento, nessuno degli interessi in gioco è posto in una posizione peggiore rispetto alla precedente, ed anzi si registra un miglioramento nella realizzazione dell'interesse del detenuto.

Correttamente, dunque, il giudice monocratico – dopo aver ribadito che “l'azione amministrativa deve svolgersi nel rispetto del canone del *minimo danno* delle posizioni soggettive del soggetto privato su cui essa incide, nonché nel rispetto dei diritti fondamentali” – ha imposto all'Amministrazione penitenziaria di perseguire l'interesse pubblico adottando la misura che, a parità di efficacia, risulta essere la meno gravosa<sup>66</sup>. Si è consentito, così, al detenuto “un accesso alla documentazione, funzionale all'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, mediata dalla adozione, da parte dell'Amministrazione, delle opportune cautele (quali, ad es., l'apposizione di *omissis* ad alcune parti della documentazione) atte a salvaguardare le esigenze pubbliche”<sup>67</sup>.

In un contesto siffatto, dunque, il criterio d'azione della *necessarietà* opera proprio perché è possibile stabilire che, nello specifico caso concreto, le misure finalizzate a realizzare l'interesse pubblico presentano un identico coefficiente di efficacia. Il quadro globale muterebbe, se l'Amministrazione penitenziaria, al fine di

---

<sup>66</sup> In questi termini, Mag. sorv. Vercelli, ord. 28 marzo 2012, cit.

<sup>67</sup> *Ibid.* In dottrina, v. S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, p. 52, il quale, proprio con specifico riferimento al “caso paradigmatico” dell'istanza di accesso ad un documento amministrativo, afferma che “l'agire proporzionato da parte dell'autorità amministrativa potrà essere conseguito attraverso la scelta, ove possibile, dell'alternativa meno pregiudizievole per il richiedente (ad esempio “la visione con *omissis*” come alternativa più mite rispetto al rigetto della domanda)”.



prendersi cura dell'interesse collettivo, dovesse scegliere tra diverse misure, dotate di differenti livelli di idoneità e lesività. In questa diversa situazione, infatti, la decisione dell'autorità dovrebbe essere guidata dal criterio d'azione della *proporzionalità in senso stretto*<sup>68</sup>.

### **7. Ragionevolezza, proporzionalità e tutela del legittimo affidamento: l'esercizio dei poteri amministrativi di autotutela. L'annullamento d'ufficio dei provvedimenti con effetti ampliativi della sfera giuridica del detenuto. La rimozione del provvedimento di ammissione del detenuto al regime ordinario dei colloqui con i familiari.**

La proporzionalità è criterio d'azione che condiziona anche la legittimità dell'esercizio del potere autoritativo di autotutela e, in particolare, del potere di rimuovere d'ufficio un provvedimento di cui si accerti l'originaria invalidità, "in quanto inficiato da un vizio di legittimità contemporaneo alla *sua* formazione"<sup>69</sup>. La legge, infatti, rimette all'autorità amministrativa il potere di eliminare o mantenere un precedente provvedimento illegittimo, subordinando l'esercizio di tale potere ad una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico, che si intende perseguire con la rimozione dell'atto, e l'interesse del destinatario alla conservazione di esso. In proposito, inequivocabile appare la disciplina dettata dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, in materia di annullamento d'ufficio. Siffatta tipologia di intervento in autotutela, infatti, è possibile "sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei

---

<sup>68</sup> Cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 382-383.

<sup>69</sup> In ordine ai caratteri essenziali che connotano l'autotutela amministrativa, v. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, pp.1225-1229. L'Autore evidenzia come carattere comune di ogni espressione di autotutela sia quello di designare "il potere di un soggetto di fare a meno del giudice, di esercitare un potere normalmente esercitato dal giudice". Tale riferimento ai poteri normalmente esercitati dal giudice "consente di mantenere la nozione più comune di autotutela amministrativa", nella quale rientrano sia i procedimenti di secondo grado (ad esempio, l'annullamento), quando si tratti di far valere l'illegittimità di un atto giuridico, sia l'esecuzione forzata amministrativa, allorché si tratti di disporre dell'uso della forza. Siffatta ampia concezione dell'autotutela, quindi, comprende quella "decisoria" e quella "esecutiva". Infatti, "l'oggetto del potere di autotutela è a volte la produzione di un effetto giuridico, a volte un comportamento materiale". La componente "decisoria" dell'autotutela emerge quando essa consente di evitare il processo di cognizione, quella "esecutiva" quando consente di evitare il processo di esecuzione. Entrambe le ipotesi, quindi, sono caratterizzate da una inversione dell'onere di agire, "il giudice c'è, ma il soggetto interessato alla produzione di un effetto giuridico o al compimento di un atto materiale non ha bisogno di rivolgergli; sarà eventualmente la controparte, nei confronti della quale il potere di autotutela viene esercitato, a farlo, per ottenere la rimozione degli effetti giuridici e di quelli materiali prodotti".

Ad ogni modo, come evidenzia F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001, p. 142, l'autotutela "rientra nella funzione amministrativa e non, come accade in altri ordinamenti, in una funzione para-giurisdizionale ritenuta dall'esecutivo: all'annullamento d'ufficio non sono pertanto applicabili analogicamente precetti desunti dai caratteri propri della funzione giurisdizionale".

controinteressati”<sup>70</sup>. Emerge, pertanto, come il legislatore abbia condizionato il ritiro di un atto illegittimo alla verifica dell’esistenza di uno specifico, concreto e attuale interesse pubblico da perseguire; interesse che deve risultare prevalente rispetto al contrapposto interesse al mantenimento dei vantaggi derivanti da un atto nella cui validità e stabilità il destinatario abbia, in buona fede, confidato<sup>71</sup>.

L’intervento in sede di autotutela presenta taluni peculiari caratteri che sembrano distinguerlo dalle ipotesi di esercizio di poteri astrattamente discrezionali, ma vincolati in concreto (v. *supra*, § 6.). Queste ultime situazioni, infatti, sono connotate dalla prevalenza – tendenzialmente inderogabile – dell’interesse pubblico affidato alla doverosa cura dell’autorità amministrativa. Il doveroso perseguimento del fine connesso all’interesse collettivo incontra soltanto due limiti. Il primo derivante dall’esigenza di impedire che l’autorità amministrativa impieghi un mezzo eccessivamente sovradimensionato rispetto al fine perseguito e imponga ai diritti del detenuto un sacrificio oltremisura sovrabbondante rispetto al beneficio previsto a vantaggio dell’interesse collettivo. Il secondo discendente dall’esigenza di tutelare, comunque, il “nucleo essenziale” e intangibile dei diritti fondamentali della persona ristretta. Nell’ipotesi di annullamento d’ufficio, invece, il legislatore non ha fissato l’inflessibile priorità dell’interesse pubblico, sicché la decisione dell’autorità amministrativa circa l’an dell’intervento deve essere guidata sia dal criterio della ragionevolezza, al fine di individuare l’interesse che possa plausibilmente ritenersi come prevalente sugli altri, sia dal canone della proporzionalità, al fine di stabilire se il risultato positivo derivante dal ritiro dell’atto illegittimo sia preminente al tal punto da far ritenere – sulla base di un apprezzamento tecnico – adeguato l’impiego della misura volta a rimuovere gli effetti giuridici, ampliativi della sfera giuridica dell’amministrato, prodotti dal provvedimento invalido.

Evidenti, del resto, anche gli elementi che differenziano il potere di annullamento d’ufficio dalle particolari ipotesi di recessione del fine pubblico, nei casi di attività amministrativa vincolata in astratto (v. *supra*, § 5.). In queste ultime fattispecie, infatti, la decisione dell’autorità pubblica prescinde da una valutazione comparativa degli interessi antagonisti, giacché quello pubblico rimane pur sempre l’interesse prevalente, e la doverosa recessione (totale o parziale) di esso dipende soltanto dall’accertata probabilità che l’unica misura restrittiva o coercitiva adottabile

---

<sup>70</sup> È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza (art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990). Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi della precedente disposizione può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge (art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990).

<sup>71</sup> Secondo E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, Padova, 2012, p. 81, l’aver ricondotto alla proporzionalità anche i profili di tutela dell’aspettativa e delle situazioni (anche illegittimamente) acquisite, così come quelli dell’annullamento in autotutela, “ha influenzato la fisionomia del principio che, accanto alla sua originaria funzione esclusivamente di tutela della sfera soggettiva del singolo, ha visto comparire anche elementi che lo avvicinano al principio di efficienza e a quello che in Italia verrebbe definito di buon andamento”.

determini una inammissibile lesione del “contenuto essenziale” di un diritto fondamentale del detenuto. In tal caso, quindi, si procede non ad un confronto tra interesse del detenuto da sacrificare e interesse pubblico da soddisfare, bensì soltanto al mero apprezzamento tecnico in ordine al grado di lesività dell’azione amministrativa<sup>72</sup>.

Tenuto conto delle precedenti considerazioni, è possibile affermare che l’esercizio del potere discrezionale di auto-annullamento presuppone sia il riscontro dell’originaria illegittimità dell’atto da rimuovere e, di conseguenza, la sussistenza dell’interesse al ripristino della legalità violata, sia la verifica che l’eliminazione dell’atto illegittimo è idonea a perseguire uno specifico, concreto e attuale interesse pubblico, diverso dal generico interesse al mero recupero della legalità<sup>73</sup>. Infatti, il prevalere soltanto di quest’ultima generica esigenza, a prescindere dalle valutazioni del caso concreto, “costituirebbe un inaccettabile formalismo che condurrebbe a situazioni lesive proprio dell’interesse pubblico che l’Amministrazione è chiamata a perseguire<sup>74</sup>”. L’annullamento d’ufficio, inquadrandosi pur sempre nella funzione di amministrazione attiva, è diretto “alla gestione rinnovata dell’interesse pubblico di cui è portatrice l’autorità emanante e, più in particolare, di quello stesso interesse che era stato erroneamente curato con il provvedimento di primo grado”, sicché esso non può risolversi nella sola, mera demolizione dell’atto invalido<sup>75</sup>.

In secondo luogo, nell’esercizio del potere di annullamento d’ufficio, viene in rilievo il legittimo affidamento posto dal cittadino sulla stabilità dei vantaggi attribuiti dal provvedimento oggetto di eventuale ritiro. Sotto questo aspetto, è necessario stabilire non soltanto che il provvedimento amministrativo viziato abbia determinato una situazione di apparente legittimità e di stabilità di una posizione giuridica di

---

<sup>72</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 860-861.

<sup>73</sup> In tal modo, si manifesta quella che B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, p. 1231, definisce come “la duplice anima dell’autotutela amministrativa”, volta all’affermazione del diritto, mediante il ripristino della legalità, ma anche al perseguimento dello specifico interesse pubblico affidato alla cura dell’Amministrazione.

<sup>74</sup> In questi termini, G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*, 2006, p. 35. Non può condividersi, dunque, l’orientamento giurisprudenziale (v. Cons. St., sez. V, sent. n. 2648, 9 maggio 2000) secondo il quale si deve prescindere dalla presenza di specifiche e concrete ragioni di interesse pubblico, diverse dall’esigenza di ripristino della legalità, quando il destinatario dell’atto da annullare non sia in buona fede e non versi, quindi, in una situazione di legittimo affidamento, meritevole di tutela.

<sup>75</sup> Così, S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, pp. 101-102. Sul tema, v., altresì, il fondamentale studio di F. MERUSI, *op. ult. cit.*, pp. 100, 142, nel quale si precisa che “nel procedere all’annullamento, l’Amministrazione deve tener conto dell’esistenza, al momento dell’annullamento, dell’interesse pubblico individuato dalla norma legislativa sulla base della quale è stato emanato l’atto viziato”. Cfr., inoltre, G. CORAGGIO, *Annullamento d’ufficio degli atti amministrativi (voce)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, II, p. 4; S. D’ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell’annullamento d’ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, pp. 539 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 859, la quale evidenzia come l’illegittimità, quale mero indice di contrarietà all’interesse pubblico, è condizione necessaria, ma non sufficiente per annullare un provvedimento.

vantaggio (elemento oggettivo)<sup>76</sup>; ma, altresì, che il beneficiario di questa abbia confidato, in buona fede, sulla validità del provvedimento amministrativo e sulla inalterabilità dell'assetto di interessi da esso determinato (elemento soggettivo)<sup>77</sup>. Nell'accertamento sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo, assume rilievo preminente anche il fattore temporale, poiché maggiore è il lasso di tempo trascorso dall'emanazione di un provvedimento, più consolidata diviene la "situazione di apparente legittimità e di apparente coerenza dell'azione amministrativa"<sup>78</sup> e maggiore è l'affidamento che il cittadino ripone sulla validità di quel provvedimento e sulla stabilità del vantaggio conseguibile<sup>79</sup>.

Infine – e qui entrano in gioco i canoni della *ragionevolezza* e dell'*adeguatezza* – la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela dipende dalla corretta valutazione e comparazione tra lo specifico, concreto e attuale interesse pubblico, che si intende perseguire con lo strumento dell'annullamento d'ufficio, e l'interesse del privato al mantenimento della situazione di vantaggio determinata dal provvedimento amministrativo, sulla cui validità e stabilità egli abbia fatto legittimo affidamento, "tanto più, quando un simile affidamento si sia consolidato per effetto del decorso di un

---

<sup>76</sup> L'atto amministrativo, adottato dall'organo competente, determina quella situazione di apparente legittimità da cui scaturisce l'affidamento del destinatario. Di conseguenza, l'attività posta in essere dall'autorità amministrativa – da cui dipende il convincimento del destinatario circa la legittimità e la stabilità della propria posizione di vantaggio – costituisce l'elemento oggettivo (e relazionale) della struttura della fattispecie del legittimo affidamento. Sul punto, cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 20-25.

<sup>77</sup> L'affidamento che scaturisce dalla situazione di apparente legittimità, determinata dall'atto amministrativo adottato dall'organo competente, "non ha una esistenza meramente oggettiva, ma prende consistenza nella sfera soggettiva di colui nel quale l'atto in questione determina, appunto, il sorgere della fiducia". In questi termini, F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 853, la quale precisa che "l'affidamento – in questa sua particolare manifestazione – ha una componente soggettiva, che è la buona fede di colui che ripone la propria fiducia nello stato di cose esistente". Sul punto, cfr., inoltre, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 160; G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 25-25.

In dottrina, del resto, si precisa che i concetti di affidamento e di buona fede "devono essere trattati disgiuntamente", pur sussistendo tra di essi "un rapporto di derivazione". L'affidamento, infatti, costituisce una peculiare applicazione del principio di buona fede, tutelando le aspettative determinate da un precedente atto o comportamento dell'autorità pubblica; la buona fede, invece, ha un ambito di operatività più ampio, operando anche quando non sia stata determinata una situazione di apparente legittimità da cui scaturisce l'affidamento del privato.

<sup>78</sup> Cfr. G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 21, 22.

<sup>79</sup> Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, p. 23; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 702-703, il quale evidenzia che l'affidamento è indipendente dal decorso del tempo, sussistendo nel momento stesso in cui l'Amministrazione emana l'atto; mentre è il consolidamento dell'affidamento che necessita del trascorrere del tempo. Tuttavia, secondo M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, p. 184, anche qualora il privato conosca (o avrebbe potuto conoscere, usando l'ordinaria diligenza) l'illegittimità originaria del provvedimento, la sua buona fede non assume rilevanza, "allorché la cd. base affidante poggia sul tempo eccessivamente lungo che l'Amministrazione ha lasciato trascorrere prima di ritirare il provvedimento, poiché, in questo caso, la fiducia del destinatario degli effetti favorevoli nascerebbe dall'inerzia dell'Amministrazione che indurrebbe l'interessato a confidare nella coerenza del comportamento inerte".

ampio arco temporale”<sup>80</sup>. Il prevalere di quest’ultimo interesse rende, pertanto, doverosa la rinuncia dell’autorità amministrativa all’intervento in autotutela. Nel caso, invece, di prevalenza dell’interesse pubblico, sarà possibile annullare d’ufficio il provvedimento illegittimo, purché l’atto sia adeguatamente motivato in ordine all’esistenza dell’interesse prioritario (specifico, concreto e attuale), che giustifica l’esercizio del potere di autotutela, e in ordine alle ragioni e alla misura della prevalenza di esso rispetto alle confliggenti aspettative legittimamente formatesi in capo al privato<sup>81</sup>. Del resto, maggiore è il tempo trascorso dall’emanazione dell’atto illegittimo, più approfondita deve essere la valutazione dell’Amministrazione e più “intenso lo sforzo di motivazione circa l’esistenza dell’interesse pubblico all’annullamento dell’atto” e la misura della sua prevalenza rispetto al contrapposto interesse del cittadino al mantenimento della posizione di vantaggio consolidatasi.

In definitiva, in sede di autotutela, l’operatività combinata dei criteri d’azione desumibili dai principi di proporzionalità e di tutela dell’affidamento è sintomo rivelatore di “un graduale affievolimento dell’autoritarità nell’azione amministrativa” e “del progressivo superamento della visione contrapposta del binomio pubblica amministrazione-cittadino”. Non sfugge, invero, come il legame tra affidamento, buona fede, ragionevolezza e proporzionalità, permettendo di armonizzare il rapporto tra autorità e libertà, determini, in concreto, la ragionevole aspettativa “di sfuggire alle larghe fauci ablatorie del soggetto pubblico”<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Secondo F. MERUSI, *op. cit.*, p. 142, è proprio l’obbligo di correttezza, discendente dal principio di buona fede, che regola l’esercizio del potere di annullamento, ad imporre “all’Amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l’interesse dell’Amministrazione all’annullamento (...) e l’interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell’atto”. Non può trascurarsi, tuttavia, come una parte della dottrina consideri tale impostazione incapace di assicurare una tutela diretta dell’affidamento. Invero, come rileva M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 18, “attraverso la stretta connessione della tutela dell’interesse del privato con quella dell’interesse pubblico, si prospetta per l’affidamento una protezione che, per un verso, rappresenta un prodotto, accessorio, alla cura dell’interesse pubblico, per un altro, non si differenzia da quella che comunque è garantita di fronte ad un potere discrezionale che, per svolgersi correttamente, deve per l’appunto prendere in considerazione e bilanciare tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nell’esercizio del potere amministrativo”.

<sup>81</sup> Sul punto, v. Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, circ. 17 ottobre 2005, contenente *Direttiva in materia di annullamento d’ufficio di provvedimenti illegittimi, ai sensi dell’art. 1, comma 136, della legge 30.12.2004, n. 311, e dell’art. 21-nonies della legge 7.8.1990, n. 241, come introdotto dalla legge 11.92.2005, n. 15*. Secondo tale circolare, “l’Amministrazione procederà al ritiro d’ufficio dell’atto illegittimo una volta riscontrato che l’interesse pubblico all’annullamento è prevalente rispetto a quello alla conservazione dell’atto, alla luce degli interessi privati coinvolti, avendo riguardo, in particolare, al principio dell’ordinamento comunitario della proporzionalità”. Questo vuol dire che, in ragione del principio di proporzionalità, “l’Amministrazione procederà all’annullamento d’ufficio quando ciò sia necessario al fine di evitare un danno non proporzionato agli interessi dei privati coinvolti nel procedimento”.

<sup>82</sup> In questo senso, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. ult. cit.*, pp. 162, 164. Sul punto, cfr., inoltre, G. GRASSO, *op. cit.*, pp. 6-7-; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 1011; B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, pp. 1251-1252, il quale evidenzia che

Sennonché, non sembra che, in ambito penitenziario, la ragionevolezza, la proporzionalità e la tutela del legittimo affidamento siano, in concreto, indefettibili criteri guida dell'azione amministrativa. Emblematico, in proposito, è il caso del direttore d'istituto che rimuova d'ufficio – trascorsi sei anni dall'emanazione – il provvedimento originariamente illegittimo con cui, erroneamente, un detenuto era stato ammesso a fruire del regime ordinario dei colloqui visivi e delle telefonate, anziché del regime differenziato e più restrittivo, riservato ai detenuti e agli internati per uno dei reati previsti dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p. (artt. 37, comma 8, e 39, comma 2, d.P.R. 230 del 2000<sup>83</sup>). La determinazione del direttore, infatti, è stata considerata illegittima dal magistrato di sorveglianza in ragione, però, non del fatto che il detenuto avesse confidato, in buona fede, sulla legittimità e stabilità di un provvedimento che gli attribuiva una posizione soggettiva prevalente rispetto all'interesse pubblico perseguito dall'autorità amministrativa con l'atto di ritiro, bensì in ragione del più specifico principio del divieto di regressione nel trattamento rieducativo in assenza di condotte addebitabili al condannato<sup>84</sup>. Per tale motivo, la Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza del giudice di merito senza dover compiere particolari sforzi esegetici e limitandosi a non ravvisare, nel caso di specie, "alcun intento premiale nel trattamento più favorevole, ma solo un errore del quale non poteva addebitarsi nulla al detenuto, ma neppure consentire che continuasse a beneficiarne in violazione di legge"<sup>85</sup>.

---

l'annullamento d'ufficio, configurandosi come vero privilegio della pubblica amministrazione, "conserva il suo duplice volto di garante della legalità e di privilegio da limitare con la legalità".

<sup>83</sup> I detenuti e gli internati usufruiscono di sei colloqui al mese. Tuttavia, nel caso di detenuti o internati per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4-bis o.p. e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro al mese (art. 37, comma 8, d.P.R. 230 del 2000). Analogamente, i detenuti e gli internati possono essere autorizzati alla corrispondenza telefonica una volta alla settimana. Nondimeno, qualora si tratti di detenuti o internati per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4-bis o.p. e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui telefonici non può essere superiore a due al mese (art. 39, comma 2, d.P.R. 230 del 2000).

I colloqui visivi dei condannati e degli internati, nonché quelli degli imputati, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, sono autorizzati dal direttore dell'istituto (artt. 18, comma 6, o.p. e 37, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000). Il direttore, inoltre, autorizza i colloqui telefonici, quando la relativa richiesta sia formulata da un condannato o da un internato (art. 39, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000).

<sup>84</sup> Sul principio del divieto di regressione nel trattamento rieducativo, cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 306, 11 giugno–8 luglio 1993, secondo la quale, qualora il detenuto fruisca di un beneficio che, sulla base di una nuova normativa più restrittiva, andrebbe revocato, il principio di colpevolezza (art. 27, comma 1, Cost.) e quello di ragionevolezza (art. 3 Cost.), che guidano il sistema dell'esecuzione penale, vietano l'effetto ablativo, in quanto questo si risolverebbe in una illegittima regressione nel trattamento, dovuta a cause diverse da una condotta addebitabile al recluso. Tuttavia, sui limiti di operatività di tale principio, con riferimento alla materia dei colloqui visivi e telefonici, cfr. F. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito.*, 2009, p. 1353; F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, 1, pp. 71 e ss.; ID., *Applicabilità del nuovo regime restrittivo dei colloqui al detenuto erroneamente ammesso al trattamento ordinario*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1538-1539.

<sup>85</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 34989, 22-28 settembre 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1535. I giudici di legittimità, infatti, in modo corretto, rilevano che, nel caso di specie, "il detenuto ha beneficiato di un trattamento più favorevole per errore, in quanto la Direzione penitenziaria aveva ritenuto che non stesse scontando la pena

Cionondimeno, il caso appena illustrato evidenzia come né il giudice di merito né quello di legittimità si siano confrontati con il principio generale della tutela del legittimo affidamento (sganciato dal divieto di regressione trattamentale incolpevole) e con i parametri di giudizio della ragionevolezza e della proporzionalità. Tale diversa prospettiva di indagine, infatti, avrebbe svelato le carenze istruttorie e valutative in cui era incorsa l'Amministrazione; carenze che avevano inficiato il processo decisionale e, quindi, il corretto esercizio del potere di autotutela.

Fondamentale, tuttavia, una premessa, che attiene alla struttura delle norme attributive del potere di permettere i contatti visivi e telefonici tra il detenuto e i familiari. Tali norme, infatti, da un lato, conferiscono all'autorità amministrativa soltanto il potere-dovere di accertare la sussistenza dei requisiti e delle condizioni stabilite dalla normativa per l'ammissione ai colloqui, escludendo qualsiasi valutazione discrezionale sull'*an*, sul contenuto e sugli effetti giuridici del provvedimento<sup>86</sup>; dall'altro lato, però, spesso individuano tali requisiti e condizioni – in presenza dei quali il potere sorge e deve essere esercitato – impiegando taluni concetti giuridici indeterminati, che fanno riferimento a fenomeni opinabili della realtà. In tal modo, quindi, si lascia all'Amministrazione un margine di apprezzamento dei dati acquisiti e nella qualificazione giuridica di quei fatti concreti dalla cui effettiva presenza dipende il sorgere, in capo all'autorità pubblica, del potere-dovere di ammettere il detenuto ad un più restrittivo regime dei contatti visivi e telefonici<sup>87</sup>. Simile situazione – caratterizzata dal fatto che l'azione amministrativa non si risolve in una meccanica operazione di accertamento della sussistenza dei requisiti e dei presupposti di fatto conformi alle fattispecie tipizzate dalle norme regolamentari – giustifica la piena operatività dei principi del legittimo affidamento e della proporzionalità, ragion per cui la decisione di ritirare un provvedimento illegittimo di ammissione al regime ordinario dei colloqui deve sempre fondarsi sulla attenta valutazione degli interessi

---

per un reato ostativo e, quindi, tale trattamento non gli era stato concesso in virtù di una valutazione positiva del suo percorso di rieducazione, ma per mero errore di fatto". Ne discende che, indipendentemente dal positivo comportamento intramurario, "non è applicabile nei suoi confronti il principio di diritto che non consente un regresso nel trattamento comportamentale a seguito dell'entrata in vigore di una norma più restrittiva".

<sup>86</sup> In merito alla natura del potere amministrativo di ammissione ai colloqui visivi e telefonici, cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 25079 26 febbraio-10 giugno 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2974, secondo cui è da escludere la sussistenza "di un paradigma di provvedimento che sia espressione di discrezionalità".

<sup>87</sup> Si pensi, ad esempio, con riferimento al requisito dell'essere detenuti o internati per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4-bis o.p. (artt. 37, comma 8, e 39, comma 2, cit.), alle complesse questioni interpretative che pone la formula "delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste". E, con riferimento all'apprezzamento dei dati acquisiti – in vista della sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta –, alle pur sempre opinabili valutazioni in ordine alla sussistenza della finalità e del metodo mafioso, allorquando non sia stata contestata e riconosciuta in sentenza la circostanza aggravante prevista dall'art. 7 della l. n. 203 del 1991. Si considerino, ancora, le questioni ermeneutiche che pone la disciplina della collaborazione con la giustizia ex artt. 4-bis, commi 1e 1-bis, e 58-ter o.p., e le complesse valutazioni relative alla sussistenza del requisito dell'operatività del divieto di benefici penitenziari (artt. 37, comma 8, e 39, comma 2, cit.).

contrapposti. In altri termini, ancorché la norma attributiva del potere di ammissione ai contatti visivi e telefonici non lasci all'Amministrazione margini di esercizio di discrezionalità pura, è però il persistere di spazi di discrezionalità tecnica<sup>88</sup> – vale a dire di spazi di autonomia nell'apprezzamento dei fatti da sussumere sotto la fattispecie astratta – a giustificare la qualificazione come facoltà, e non come dovere, dell'intervento in autotutela, non potendosi ritenere che, nella situazione di cui trattasi, sia *in re ipsa* l'esistenza e la prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto illegittimo<sup>89</sup>.

Nel caso in esame, dunque, l'Amministrazione avrebbe dovuto, innanzitutto, verificare l'esistenza e la consistenza dello specifico, concreto e attuale interesse pubblico – diverso dalla mera necessità di ripristinare la legalità violata – che si intendeva perseguire con lo strumento dell'annullamento d'ufficio. In proposito, quindi, non sarebbe stato sufficiente un generico riferimento alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico, dovendosi, invece, accertare la specifica e concreta sussistenza e consistenza, nonché l'attualità dell'interesse da soddisfare. È di tutta evidenza, invero, come tali esigenze di tutela potessero atteggiarsi diversamente se riferite ad un detenuto per plurimi e gravi reati riconducibili all'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p., nei cui confronti erano stati acquisiti elementi tali da far ritenere attuali i collegamenti con la criminalità organizzata; ovvero se riferite ad un soggetto – detenuto per un solo e meno grave reato, ancorché commesso al fine di agevolare l'attività di una associazione di tipo mafioso – rispetto al quale era possibile affermare, sulla base degli elementi acquisiti, l'insussistenza dei predetti collegamenti.

Del resto, dal momento che, nel caso in questione, l'interesse pubblico perseguito con l'esercizio del potere di autotutela era il medesimo interesse individuato dalla norma in base alla quale era stato emesso l'atto viziato<sup>90</sup> (o meglio, era il medesimo interesse che si sarebbe dovuto soddisfare, inizialmente, con l'ammissione del detenuto al più restrittivo regime dei colloqui visivi e telefonici<sup>91</sup>),

---

<sup>88</sup> In ordine “alla distinzione fra *discrezionalità pura* intesa come selezione e libero bilanciamento di interessi, e *discrezionalità tecnica* riconducibile al diverso fenomeno della sussunzione, dove l'indeterminatezza della norma (su un fronte) e l'incertezza intrinseca del fatto da accertare, apprezzare, da qualificare sotto di essa (sul fronte opposto), producono margini di flessibilità e di autonomia valutativa di natura diversa da quelli risultanti invece dal confronto fra interessi”, v. S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, pp. 125 e ss.

<sup>89</sup> *Contra*, tra gli altri, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 992, il quale, tra le situazioni nelle quali l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto illegittimo risulta implicito – “con la duplice conseguenza che all'Amministrazione resta precluso ogni apprezzamento discrezionale in ordine alla sua sussistenza e che, quindi, l'esercizio del potere di autotutela risulta” doveroso – annovera anche le “fattispecie in cui l'attività amministrativa risulta vincolata dalla legge sia nell'*an* che nei modi di esercizio e in cui gli effetti che l'atto deve indefettibilmente produrre sono stati rigidamente individuati dallo stesso legislatore con la disposizione nella cui violazione si risolve il vizio”.

<sup>90</sup> Cfr. F. MERUSI, *op. cit.*, p. 142.

<sup>91</sup> Come ricorda Cass. pen., sent. n. 34989 del 2010, *cit.*, “le disposizioni limitative dei colloqui e delle telefonate sono strettamente correlate al regime differenziato stabilito, per esigenze di ordine pubblico, nei confronti di detenuti che, in relazione al titolo di reato, si presumono pericolosi”.



L'Amministrazione – al fine di stabilire la consistenza concreta e attuale di tale interesse – avrebbe dovuto anche verificare *se e in che modo* il lungo periodo di illegittima fruizione del regime ordinario dei contatti visivi e telefonici fosse stato capace di frustrare, in concreto, quelle stesse esigenze di tutela dell'ordine pubblico al cui soddisfacimento si mirava con il ripristino della legalità violata.

In secondo luogo, l'Amministrazione avrebbe dovuto accertare se il detenuto avesse fatto affidamento, in buona fede, sia sulla legittimità del provvedimento di ammissione al regime ordinario dei colloqui visivi e telefonici, sia sulla invariabilità dell'assetto di interessi così determinato dall'autorità pubblica. Ai fini, poi, della verifica del consolidamento di tale affidamento, avrebbe dovuto assumere preminente rilievo il dato temporale, poiché l'effettiva fruizione per un lungo periodo (ben sei anni) del regime ordinario dei colloqui non poteva che rafforzare la fiducia che la persona ristretta riponeva sulla validità di quel provvedimento e sulla stabilità della posizione di vantaggio con esso costituita<sup>92</sup>; affidamento dipendente anche dal consolidarsi – per effetto della successiva, prolungata inerzia dell'autorità pubblica – della oggettiva situazione di apparente legittimità dell'atto e di coerenza dell'azione amministrativa<sup>93</sup>.

In questa sede, inoltre, l'Amministrazione avrebbe dovuto valutare anche la natura e lo spessore del vantaggio concretamente attribuito al detenuto e sulla cui stabilità egli aveva legittimamente confidato. Sarebbe stato necessario stabilire, ad esempio, se il regime ordinario dei colloqui avesse consentito al ristretto di mantenere normali rapporti con la famiglia di origine (genitori e fratelli); ovvero se l'effettiva e costante fruizione di un maggior numero di contatti visivi e telefonici avesse permesso al detenuto di mantenere un più valido rapporto affettivo con i figli non ancora

---

<sup>92</sup> Tuttavia, come precisa G. BARONE, *op. cit.*, pp. 704-705, il consolidarsi dell'affidamento dipende non solo dal mero trascorrere del tempo, ma anche da come il destinatario ha riempito il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento. Cioché, il rafforzarsi della fiducia nella legittimità e stabilità dell'atto originariamente invalido non può che operare diversamente nella situazione in cui il detenuto si sia effettivamente avvalso del regime ordinario dei colloqui visivi e telefonici per mantenere costanti contatti con i familiari o i conviventi, rispetto alla situazione in cui la persona ristretta, nell'arco dei sei anni, non abbia mantenuto, o li abbia mantenuti sporadicamente, contatti con i congiunti. In definitiva, "non è quindi (solo) il tempo a determinare il consolidamento delle situazioni, ma gli elementi di cui quel tempo si è riempito".

<sup>93</sup> Seguendo l'impostazione di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. ult. cit.*, p. 174, "la configurazione di una base affidante meritevole di tutela" avrebbe dovuto ritenersi esclusa", ad esempio, nel caso in cui il tempo trascorso tra l'emanazione del provvedimento di primo grado e quello di annullamento potesse considerarsi ragionevole, oppure quando il detenuto fosse consapevole dell'illegittimità del provvedimento di ammissione al regime ordinario dei colloqui visivi e telefonici, anche se tale consapevolezza fosse soltanto presumibile, "rapportandola ai generali canoni di un comportamento diligente dell'interessato", ovvero qualora l'Amministrazione avesse "reso partecipe l'interessato di nutrire dubbi sulla legittimità dell'atto" o se l'errore risultasse "del tutto evidente dal provvedimento", ovvero qualora il detenuto avesse concorso a determinare il vizio dell'atto.

Si consideri, tuttavia, quanto in precedenza detto con riferimento al decorso del tempo, poiché, anche qualora il detenuto fosse stato a conoscenza dell'illegittimità originaria del provvedimento, la sua buona fede non avrebbe assunto rilievo, "allorché la cd. base affidante poggiasse sul tempo eccessivamente lungo che l'Amministrazione aveva lasciato trascorrere prima di ritirare il provvedimento".

maggiores (o con un figlio affetto da una grave patologia fisica o psichica). In quest'ultimo caso, infatti, il maggior numero di colloqui sarebbe stato strumento indispensabile al fine di rendere più efficace l'esercizio, da parte del detenuto, della sua responsabilità di genitore.

Una volta acclarata l'esistenza e lo spessore dello specifico e concreto interesse pubblico, da perseguire con la rimozione dell'atto originariamente illegittimo, e la consistenza del contrapposto interesse del detenuto a mantenere il vantaggio correlato all'atto invalido – o meglio, una volta individuati il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico e il coefficiente di intensità del sacrificio imposto al detenuto<sup>94</sup> –, l'autorità amministrativa avrebbe dovuto procedere alla comparazione degli interessi antagonisti (*rectius*, al raffronto dei predetti coefficienti) ed esercitare il potere di autotutela, unicamente, quando il primo si fosse rivelato preminente, perché, ad esempio, le gravi, specifiche e attuali esigenze di tutela dell'ordine pubblico erano da considerare sovrastanti rispetto alla concreta posizione di vantaggio attribuita al detenuto con il provvedimento oggetto di annullamento in sede di autotutela<sup>95</sup>.

In ogni caso, la motivazione dell'atto di ritiro avrebbe dovuto dare conto, in modo adeguato, sia dell'esistenza e del concreto spessore dello specifico e attuale interesse pubblico, perseguito con l'esercizio del potere di annullamento, sia delle ragioni e della misura della prevalenza di esso rispetto alla confliggente posizione di vantaggio, sulla cui stabile acquisizione nella propria sfera giuridica il detenuto aveva fatto legittimo affidamento. Non solo, ma, considerato il notevole lasso di tempo trascorso dall'emanazione dell'atto illegittimo, le valutazioni dell'autorità amministrativa avrebbero dovuto essere più approfondite e più "intense" avrebbe dovuto essere lo sforzo di motivazione sia in ordine alla consistenza dell'interesse collettivo da soddisfare<sup>96</sup>, sia in ordine alla misura della prevalenza di esso rispetto al contrapposto interesse del detenuto al mantenimento del regime ordinario dei colloqui visivi e telefonici<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Su tali coefficienti, v. *infra*, § 8.

<sup>95</sup> È ovvio che, con riferimento ai contatti visivi e telefonici già fruiti, l'annullamento d'ufficio – benché comporti l'eliminazione *ex tunc* del provvedimento illegittimo, sicché tutti gli effetti prodotti sono da considerarsi *tamquam non esset* – deve fare i conti con l'irresistibile forza dei fatti compiuti, non potendosi estinguere effetti già realizzati ed irreversibili. Sul punto, cfr. S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 111, e la dottrina ivi citata.

<sup>96</sup> È indubbio che – come rilevato da V. FANTI, *op. cit.*, p. 23 – il decorso del tempo, vale a dire la quantità di tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento che si intende annullare, "incide sull'attualità dell'interesse pubblico, nel senso che attenua e rende più difficile dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico alla caducazione di un determinato provvedimento". In senso analogo, G. BARONE, *op. cit.*, p. 697-698.

<sup>97</sup> È opportuno precisare che l'obbligo di adeguata motivazione è garanzia procedimentale fondamentale (consentendo al destinatario dell'atto di conoscere compiutamente "la valutazione logico giuridica seguita" dall'autorità pubblica), ma non esclusiva, giacché l'illegittimità sia della "fase di acquisizione degli interessi rilevanti per la determinazione finale" sia dell'effettuato contemperamento di essi, può essere fatta valere dal detenuto, in sede giurisdizionale, al di là e a prescindere da quanto evidenziato nella motivazione del provvedimento di annullamento. Infatti, il sindacato del giudice sul corretto bilanciamento degli interessi antagonisti, condotto secondo i parametri di giudizio della ragionevolezza e

È possibile, dunque, affermare che soltanto l'esercizio ragionevole e proporzionato del potere autoritativo avrebbe potuto connotare la legittimità dell'intervento in autotutela, poiché era principalmente nella considerazione comparativa degli interessi antagonisti che il legittimo affidamento del detenuto poteva rinvenire "la misura della garanzia per la sua tutela"<sup>98</sup>. Senza trascurare, del resto, che l'idea di un rapporto tra Amministrazione penitenziaria e persona ristretta fondato sulla fiducia concorre a fare emergere "una legittimazione del potere pubblico che matura, per così dire, nei fatti"<sup>99</sup>.

#### **8. Scegliere tra più soluzioni possibili: discrezionalità amministrativa e proporzionalità in senso stretto.**

Fuori delle situazioni in cui l'attività dell'autorità pubblica è vincolata in astratto o è, in concreto, connotata dall'assenza di margini ulteriori di esercizio di discrezionalità "pura"<sup>100</sup>, il requisito della *proporzionalità in senso stretto* assume un rilievo centrale, qualora l'Amministrazione, per realizzare il fine specifico imposto dalla legge e soddisfare l'interesse pubblico affidatole in cura, disponga di una molteplicità di strumenti, i quali, però, oltre a non possedere un identico grado di idoneità (a non essere, cioè, egualmente efficaci), impongono sacrifici – qualitativamente e quantitativamente – diversi ai diritti del detenuto. Si tratta, dunque, di una situazione in cui al variare dell'efficacia del mezzo ne muta proporzionalmente anche la gravosità, in una scala che va dal mezzo più idoneo e più afflittivo al mezzo meno efficace e meno gravoso.

I casi in precedenza delineati sono quelli in cui – come osserva autorevole dottrina – i requisiti dell'*idoneità* e della *necessarietà* si dispongono "secondo un rapporto di tensione e di conseguente bilanciamento". Il primo requisito (proteso all'efficacia) spinge verso la scelta del mezzo che – sebbene sia maggiormente afflittivo – è più adatto al raggiungimento del fine specifico; il secondo (proteso alla mitezza) preme verso la scelta del mezzo meno gravoso per i diritti del detenuto<sup>101</sup>.

della proporzionalità, non può appuntarsi unicamente sulle ragioni giustificative dedotte nella motivazione del provvedimento, ma deve tradursi anche in una necessaria e ampia "verifica della condotta dell'Amministrazione e del rapporto sostanziale". In questo senso, S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 303.

<sup>98</sup> Così, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. ult. cit.*, p. 176.

<sup>99</sup> In questi termini, in relazione a qualsivoglia tipologia di rapporto tra Amministrazione e amministrati, M. GIGANTE, *op. cit.*, p. 2.

<sup>100</sup> Sono – si è visto – sia i casi in cui è la legge ad imporre all'Amministrazione penitenziaria l'impiego di una misura restrittiva dei diritti dei detenuti, sia i casi in cui l'individuazione di un mezzo proporzionato, rispetto al fine pubblico perseguito, esige unicamente una valutazione da effettuarsi sulla base di criteri tecnici.

<sup>101</sup> Cfr. G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, pp. 91-92S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *op. cit.*, p. 235; V. FANTI, *op. cit.*, pp. 46-47.

È, dunque, in questo contesto che entra in gioco il criterio d'azione della *proporzionalità in senso stretto*, poiché la scelta del mezzo proporzionato non dipende più, unicamente, da apprezzamenti tecnici, ma richiede un'approfondita ponderazione degli interessi (primari e secondari) contrapposti<sup>102</sup>, al fine di giungere ad una situazione di "accettabile compromesso" (di equilibrio) tra il livello di idoneità del mezzo (in rapporto alla rilevanza del fine pubblico da perseguire) e l'intensità del sacrificio da imporre al detenuto (in ragione anche dell'importanza dell'interesse privato da intaccare). Sicché, l'Amministrazione – tenendo conto di tutte le specifiche circostanze del caso concreto – può disporre di un ampio "spazio di manovra", delimitato dalle due opzioni estreme: la decisione di puntare sulla migliore realizzazione dell'obiettivo specifico, impiegando il mezzo più idoneo e più gravoso; ovvero, la scelta di privilegiare la tutela dei diritti del detenuto, utilizzando il mezzo meno idoneo alla realizzazione del fine e meno afflittivo.

Cionondimeno, l'Amministrazione dispone di uno "spazio di manovra" che, sebbene ampio, non è sconfinato, essendo circoscritto entro i precisi limiti tracciati sui due versanti dell'*idoneità* e dell'*adeguatezza tecnica*. Da una parte, infatti, esulano da tale "spazio di manovra" le misure che, presentando una capacità tecnica (un livello di efficacia) insufficiente a garantire la realizzazione della specifica finalità pubblica, rendono prevedibile il verificarsi di una situazione di recessione (parziale o totale) dell'interesse primario. Esito, questo, inammissibile, poiché – in forza del principio di doverosità dell'azione amministrativa – la rinuncia alla realizzazione di detto interesse è vicenda riconducibile non all'esercizio del potere discrezionale, bensì alla legalità dell'azione dell'autorità pubblica, incombando, sull'Amministrazione, il dovere – non la facoltà – di perseguire, nel miglior modo, il fine imposto dalla legge. Sicché – ad eccezione dei casi previsti dal legislatore – la discrezionalità può concernere soltanto le modalità di realizzazione del fine, "mai la realizzazione in quanto tale"<sup>103</sup>. Così, ad esempio, si risolverebbe in una illegittima ipotesi di rinuncia alla realizzazione dell'interesse primario al mantenimento della sicurezza interna al carcere, la decisione di fronteggiare il pericolo di diffusione di una accertata e grave patologia a carattere contagioso soltanto mediante l'imposizione, a carico del detenuto malato, di un mero

---

<sup>102</sup> Sulla stretta connessione esistente tra il criterio di imparzialità ("il quale si sostanzia nell'obbligo di ponderare e valutare comparativamente tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere investiti dall'azione amministrativa e di effettuare le scelte in base ai criteri previsti dalla legge") ed il canone della proporzionalità ("in virtù del quale il perseguimento dell'interesse pubblico non può rappresentare un sacrificio sproporzionato dell'interesse privato"), v. A.M. CECERE, *op. cit.*, p. 23.

<sup>103</sup> In tal senso, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *op. cit.*, p. 315. V. anche S. VILLAMENA, *op. cit.*, pp. 104-105, il quale rileva che "per mitezza si intende proprio quella soluzione tendenzialmente più equidistante (*id est* imparziale) degli interessi coinvolti: non nel senso che tale equidistanza debba distogliere l'autorità amministrativa dal perseguimento dell'interesse affidatole dalla legge, ma nel senso che tale perseguimento sia ottenibile con il contemperamento degli altri interessi coinvolti". Inoltre, sulla relazione che intercorre tra la categoria della doverosità e l'esercizio della discrezionalità, cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, pp. 78-80; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, pp. 33-37.

divieto di avere contatti con altri ristretti, senza disporre l'allontanamento dalla sezione detentiva e l'isolamento continuo *ex art. 33 o.p.*

Sul versante dell'*adeguatezza*, invece, vanno escluse dal predetto "spazio di manovra" le misure che presentino un coefficiente di invasività così elevato al punto di essere in grado di intaccare un diritto incompressibile o di oltrepassare quella invalicabile soglia di tollerabilità, al di là della quale diviene illegittima la compressione degli altri diritti fondamentali del detenuto. Così, riprendendo il precedente esempio, ancorché non si possa escludere che – nelle situazioni di maggiore gravità – l'obiettivo di impedire il diffondersi di una grave malattia contagiosa possa essere efficacemente realizzato adottando la drastica misura del completo isolamento del detenuto malato, tuttavia, il rispetto dei diritti fondamentali impone che la persona *in vinculis*, oltre a dover essere adeguatamente curata e sostenuta moralmente dal personale sanitario (art. 73, comma 1, d.P.R. 230 del 2000), abbia la possibilità di incontrare – adottandosi le dovute cautele – il direttore, il provveditore regionale, il magistrato di sorveglianza (art. 75, comma 1, d.P.R. cit.), gli operatori penitenziari afferenti all'area trattamentale (art. 73, comma 7, d.P.R. cit.), il cappellano del carcere o altro ministro di culto, i famigliari (art. 73, comma 5, d.P.R. cit.), l'avvocato regolarmente nominato, nonché tutte le autorità pubbliche indicate dall'art. 67 o.p.

All'interno dello spazio circoscritto dalla doverosa cura dell'interesse pubblico e dal divieto di incisione del "contenuto essenziale" di un diritto fondamentale, la scelta di una misura restrittiva o coercitiva, che sia proporzionata rispetto alla finalità pubblica da perseguire, è l'esito di un processo decisionale articolato in tre fasi. In relazione a ciascuno degli interventi realizzabili, l'Amministrazione deve, in primo luogo, stabilire quale sia il coefficiente di intensità del sacrificio che verrà imposto al detenuto e, poi, fissare il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico. Il primo coefficiente è dato dal rapporto tra la rilevanza dell'interesse del detenuto da intaccare (e del valore connesso a tale interesse) e il livello della capacità lesiva della misura da adottare. Il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, invece, è dato dal rapporto tra il livello di importanza del fine specifico perseguito (e dell'interesse primario al quale tale fine è connesso) e il livello di idoneità del mezzo che si intende impiegare<sup>104</sup>.

Una volta compiuti siffatti apprezzamenti, l'Amministrazione – sempre con riferimento a ciascun mezzo a disposizione – deve porre reciprocamente in rapporto le valutazioni relative al "coefficiente di intensità del sacrificio" e al "coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico". 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 prioritario<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Sui criteri di valutazione degli oggetti indicati nel testo (interesse del detenuto, capacità lesiva dell'intervento, finalità pubblica e idoneità del mezzo), v. G.M. NAPOLI, [Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta](#), *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>105</sup> *Ibid.*

In definitiva, entro i precisi confini tracciati sui versanti dell'*idoneità* e dell'*adeguatezza tecnica*, la scelta del mezzo capace di raggiungere, nel miglior modo, l'obiettivo preso di mira deve essere guidata dal criterio della *proporzionalità in senso stretto*, in modo che il sacrificio imposto al detenuto non sia mai intollerabile (non intacchi mai i diritti non sacrificabili in assoluto e non comporti mai la totale compressione degli altri diritti fondamentali riconosciuti alla persona *in vinculis*) e sia sempre giustificato in ragione della particolare rilevanza del fine specifico da perseguire e dell'interesse pubblico da soddisfare.

Ad ogni modo – giova ribadirlo – alla base di una corretta ponderazione dell'intensità del sacrificio da imporre all'interesse del detenuto e del grado di soddisfazione dell'interesse pubblico, vi deve essere sempre un diligente apprezzamento delle circostanze del caso concreto (vale a dire vi deve essere un'attenta rappresentazione e valutazione sia del fatto storico, sia degli interessi, dei valori e delle posizioni soggettive in gioco, sia di tutte le possibili soluzioni alternative)<sup>106</sup>. In difetto di tale scrupoloso apprezzamento, che è alla base del giudizio prognostico sugli effetti degli interventi possibili, la decisione dell'autorità amministrativa rischia di essere giudicata illegittima, in quanto espressione di mero arbitrio<sup>107</sup>.

Tuttavia, sebbene l'individuazione del mezzo più adatto al perseguimento del fine pubblico debba avvenire per mezzo di una comparazione, "caso per caso", degli interessi antagonisti e, di conseguenza, sebbene per raggiungere la "soluzione del conflitto" si debba tener conto delle specifiche circostanze del fatto concreto, non si può non evidenziare l'importanza che in tale operazione di ponderazione assume "il precedente". Nella scelta del mezzo più appropriato, infatti, l'Amministrazione sarà condizionata, oltre che dal caso specifico che impone di intervenire, anche "dall'esperienza maturata in passato", ovvero dal modo in cui il conflitto di interessi è stato, in precedenza, risolto in casi che condividano con l'attuale "tutte le proprietà rilevanti". La "esperienza maturata", dunque, è punto di riferimento sia per trovare una soluzione del caso che sia analoga a quella correttamente raggiunta, in passato, in casi che presentavano proprietà (rilevanti) identiche al caso attuale; sia per elaborare

---

<sup>106</sup> Cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 377-381; S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 109.

<sup>107</sup> Come rileva R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001, p. 21 e ss., la discrezionalità "implica un'attività conoscitiva che ha il suo elemento costitutivo (...) nella prefigurazione degli effetti materiali delle differenti e alternative ipotesi di decisione possibili" (ivi, p. 39). Invero, la previsione degli effetti "delle possibili decisioni amministrative costituisce un vincolo per operare una scelta ragionevole tra le possibili alternative. Con la conseguenza che il mancato rispetto di tale vincolo conoscitivo-previsionale determina la illegittimità della modalità con cui è stata posta in essere la funzione conoscitiva dell'Amministrazione e di conseguenza del successivo processo decisionale" (ivi, p. 21). Ciò significa che "dovrà considerarsi illegittima ogni ponderazione di interessi che non giustifichi le modalità di svolgimento del processo valutativo con riguardo alla previsione degli effetti materiali derivanti dalle differenti alternative ipotizzate" (ivi, p. 23). Sul punto, cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 227-228; S. VILLAMENA, *op. cit.*, p. 118, per il quale "una decisione svantaggiosa affrettata, non sufficientemente ponderata in quanto priva di adeguata ed approfondita istruttoria, si presta, ovviamente, con maggiori probabilità a risultare sproporzionata".

una soluzione diversa, qualora il caso concreto, che impone di attivarsi, presenti talune (rilevanti) caratteristiche che siano difformi da quelle già conosciute<sup>108</sup>.

8.1. “Casi paradigmatici” di bilanciamento di valori connessi ad interessi contrapposti: misure a carattere preventivo o precauzionale e proporzionalità in senso stretto.

Numerosi sono gli ambiti in cui il criterio della *proporzionalità in senso stretto* orienta la scelta dell’Amministrazione in merito all’adozione di una misura restrittiva o coercitiva. Si pensi, ad esempio, alla capacità di tale canone di guidare la decisione relativa all’uso delle armi nei confronti del ristretto che 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<sup>109</sup>; ovvero, all’analoga capacità di orientare la scelta in ordine all’impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti, allorché ricorra una delle situazioni descritte dall’art. 41, comma 1, o.p. Infatti, anche quando il ricorso alla coazione fisica si ponga come misura necessaria a perseguire una delle finalità stabilite dalla legge, il controllo di *proporzionalità in senso stretto* deve appuntarsi sulla scelta relativa alle modalità di impiego del mezzo. La legittimità di questa decisione, invero, è strettamente connessa alla capacità dell’agente di determinare una condizione di accettabile equilibrio tra il livello del sacrificio imposto ai diritti del detenuto che subisce la coercizione fisica e il livello dell’intensità di realizzazione dell’interesse pubblico.

Tuttavia, i precedenti “casi esemplificativi” mettono in evidenza come la tematica del corretto impiego del criterio della *proporzionalità in senso stretto* presenti elementi di maggiore complicazione nell’ipotesi in cui ci si muova nell’ambito delle misure preventive o precauzionali<sup>110</sup>, volte ad evitare o limitare il pericolo o il rischio<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, op. cit., pp. 143-144; R. LA BARBERA, op. cit., p. 37. Secondo M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 83, è il “principio di coerenza”, che presiede all’esercizio dell’attività amministrativa, a far sì “che i precedenti, una volta consolidatisi, acquistino in un certo senso una forza normativa”. Ciò significa che i precedenti “devono essere tenuti in debito conto in occasione di successivi casi di svolgimento dell’attività e diventano vincolanti ove non sussistano ragioni particolari che giustificano una diversa determinazione”.

<sup>109</sup> In proposito, v. G.M. NAPOLI, *op. ult. cit.*, pp. 56-57.

<sup>110</sup> Benché i termini “prevenzione” e “precauzione” siano spesso utilizzati come sinonimi, appare preferibile l’impostazione dottrinale che differenzia i due concetti. La “precauzione”, infatti, mira a limitare i rischi, mentre la prevenzione tende a controllare i pericoli (cfr., tra gli altri, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, Rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione” delle categorie del reato*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche* (2012), Pisa, 2013, 399-404; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e “qualità” dell’azione amministrativa*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2005, pp. 1676-1677, 1700).

<sup>111</sup> La distinzione tra i concetti di “prevenzione” e “precauzione” è strettamente connessa alla differenziazione della nozione di “pericolo” da quella di “rischio”. Con quest’ultima nozione, infatti, si fa riferimento ai rischi non ancora sperimentati, di cui non può essere definita esattamente la portata, in quanto manca una plausibile massima d’esperienza o consolidate evidenze scientifiche circa l’effettiva

che si rechi pregiudizio all'interesse pubblico affidato dalla legge in cura all'Amministrazione. In tal caso, infatti, nella determinazione del secondo termine del bilanciamento, vale a dire del coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, si deve tener conto anche dell'entità della minaccia alla quale è esposto tale interesse. Tuttavia, l'entità del rischio e, in misura minore, l'entità del pericolo sono connotate dal carattere dell'elasticità, di modo che quasi mai esse sono "dimostrabili in termini di certezza assoluta"<sup>112</sup>. Eppure, nella scelta di una misura restrittiva o coercitiva, la determinazione di queste entità è elemento fondamentale del processo decisionale dell'autorità amministrativa, giacché la tollerabilità del sacrificio da imporre ai diritti del detenuto è strettamente legata al rapporto sussistente – in concreto – tra il grado del pericolo o del rischio di avveramento di un evento dannoso, la gravità di tale evento e la rilevanza del valore connesso all'interesse pubblico minacciato.

---

pericolosità di determinate condotte. La nozione di pericolo, invece, si riferisce a situazioni di rischio già sperimentate, di cui è – tendenzialmente – possibile precisare l'entità, essendo nota la probabilità della concretizzazione del rischio in danno. *Contra*, tuttavia, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, p. 19, secondo cui "l'opzione della tendenziale identificazione tra i due termini sembra quella più adeguata a descrivere l'odierna realtà ordinamentale".

Tuttavia, la distinzione tra la nozione di pericolo e quella di rischio va accolta, anche perché essa non è priva di pratici risvolti interpretativi. In linea generale, infatti, la legge penitenziaria attribuisce all'autorità amministrativa un dovere-potere di adottare misure restrittive o coercitive nei confronti dei detenuti, soltanto quando siffatto intervento sia indispensabile per tutelare l'ordine o la sicurezza all'interno del carcere, ovvero l'ordine pubblico o la sicurezza collettiva. Questo comporta, pertanto, che "l'azione dei pubblici poteri non può ritenersi legittima se non sussistono ragionevoli probabilità che l'evento dannoso si verifichi" (cfr. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 374). L'autorità pubblica, di conseguenza, prima di intervenire, deve compiere "un giudizio di tipo prognostico", all'esito del quale deve ritenersi sufficientemente probabile il verificarsi del danno. Ciò vuol dire che "nel prendere la decisione l'autorità amministrativa deve tener conto del valore del bene minacciato, della gravità della minaccia e del grado di probabilità del verificarsi del danno, applicando il principio di proporzionalità inversa (maggiore è l'entità del danno, minore è il grado di probabilità richiesto per giustificare la decisione e viceversa)". In questi termini, P. SAVONA, *op. cit.*, p. 374. Soltanto a tutela della salute delle collettività carceraria, che può essere minacciata dal diffondersi di gravi malattie contagiose, l'art. 11, comma 7, o.p. impone l'impiego di misure coercitive (l'isolamento continuo ex art. 33 o.p.), anche qualora sussista il mero sospetto (cioè, il semplice rischio) che possa verificarsi l'evento dannoso. Tale sospetto (purché fondato su serie congetture) impone l'adozione di una misura precauzionale rivolta a minimizzare il rischio, anche allorché non sia "sufficientemente conosciuto o provato" il nesso causale tra evento e danno. In tal caso, quindi, a fronte della gravità del pregiudizio minacciato, il legislatore impone all'autorità pubblica di intervenire a tutela dell'interesse collettivo, pur in assenza di plausibili massime d'esperienza o di consolidate evidenze scientifiche circa l'effettiva pericolosità di una determinata situazione.

In definitiva, fuori delle ipotesi espressamente previste nella legge, non è consentito all'Amministrazione di esercitare poteri autoritativi a soli fini precauzionali. Di conseguenza, l'intervento dell'autorità pubblica, capace di intaccare i diritti fondamentali del detenuto, è legittimo soltanto quando ricorra una situazione di pericolo, vale a dire soltanto qualora sia ragionevolmente e sufficientemente probabile che possa verificarsi un pregiudizio all'interesse prioritario da tutelare (v. *supra*).

<sup>112</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, *op. cit.*, p. 79; V. FANTI, *op. cit.*, p. 186.



In particolare, anche quando l'autorità amministrativa debba fronteggiare un pericolo (vale a dire un evento dannoso e futuro, "il cui verificarsi, alla luce di plausibili massime d'esperienza o di consolidate evidenze scientifiche, può ritenersi ragionevolmente probabile"<sup>113</sup>), l'intensità del sacrificio da imporre ad un diritto del detenuto deve essere proporzionata all'intensità di realizzazione dell'interesse pubblico. Peraltro, se il coefficiente di intensità del sacrificio è dato – anche in questa specifica situazione – dal rapporto intercorrente tra la rilevanza dell'interesse privato da sacrificare e il livello di capacità lesiva della misura da adottare; invece, il coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico è dato dal rapporto esistente tra il grado di probabilità del verificarsi dell'evento pregiudizievole per l'interesse collettivo, la gravità di tale probabile evento dannoso e il livello di idoneità del mezzo che si intende impiegare. A differenza, dunque, del modello proposto in precedenza (v. *supra*, § 8.), in questo caso assume fondamentale rilievo anche il grado di probabilità di concretizzazione di quel pericolo che la norma attributiva del potere mira ad evitare. Cosicché, l'Amministrazione deve graduare la misura preventiva in base alle necessità del singolo intervento, desunte dalle specifiche caratteristiche del caso concreto, tenendo conto che quest'ultimo è riconducibile nell'ambito dell'ampia gamma di possibili situazioni in cui possono palesarsi i molteplici fattori da cui dipende il coefficiente di intensità di soddisfazione dell'interesse pubblico. Tale gamma di situazioni si sviluppa lungo una direttrice delimitata da due estremi. Da un lato, si pongono i casi in cui si ritenga ragionevolmente sussistente un elevato grado di probabilità che si verifichi un danno molto grave ad un interesse pubblico cui è connesso un valore di preminente rilievo. Dall'altro lato, si collocano i casi in cui si ritenga sia basso il grado di probabilità del concretizzarsi di un lieve pregiudizio ad un interesse collettivo di minor importanza. Tra i due estremi si pongono tante altre situazioni intermedie, ciascuna connotata dal diverso combinarsi dei variabili esiti delle verifiche riguardanti il coefficiente di probabilità, la gravità del danno da prevenire, il rilievo del valore connesso all'interesse pubblico minacciato e la capacità tecnica del mezzo da impiegare.

Quando, invece, la legge – a tutela di un interesse collettivo cui è connesso un valore di primaria rilevanza – imponga all'autorità pubblica di intervenire anche per impedire il concretizzarsi di un rischio (ovverosia di un evento dannoso, futuro e incerto, "di cui non sia possibile allo stato attuale delle conoscenze valutare in maniera sufficientemente sicura la probabilità – o anche solo le modalità – di avveramento"<sup>114</sup>), la misura precauzionale da adottare deve comportare un sacrificio al diritto del detenuto che sia – principalmente – proporzionato alla gravità della minaccia (cioè alla gravità del danno previsto, che si intende evitare). Tuttavia, se – come spesso accade – non sia possibile apprezzare, "in maniera sufficientemente sicura", neanche la gravità del pregiudizio, diviene assai problematico l'impiego del criterio della *proporzionalità in senso stretto*, di modo che potrebbe considerarsi plausibile finanche l'impiego della

---

<sup>113</sup> In questi termini, P. SAVONA, *op. cit.*, p. 376.

<sup>114</sup> Così, V. FANTI, *op. cit.*, p. 184.

misura precauzionale più efficace e più afflittiva, qualora il rischio identificato – ancorché non ancora scientificamente dimostrato, non essendo disponibili dati certi in ordine alla sua gravità – travalichi oltremodo il limite accettabile per la comunità carceraria (v. *infra*). Anche in questa ipotesi, tuttavia, la misura precauzionale non deve intaccare i diritti intangibili del detenuto e il “nucleo essenziale o minimo” degli altri suoi diritti comprimibili.

1. Si consideri, ad esempio, in una *prospettiva di prevenzione*, la situazione in cui, a seguito di una perquisizione effettuata nei locali dell'apposita e autonoma sezione alla quale sono assegnati i detenuti ammessi al regime di semilibertà (art. 48, comma 2, o.p.), sia rinvenuto un determinato quantitativo di sostanza stupefacente, e, sulla base di elementi indiziari concreti, sussista sia il fondato motivo di ritenere che a introdurre la sostanza vietata all'interno della sezione sia stato un ben individuato detenuto, sia – alla luce di plausibili massime d'esperienza – la probabilità che questi reiteri la condotta illecita, continuando ad avvalersi di “sostanziosi” metodi di occultamento della sostanza (metodi dei quali, tuttavia, non si conoscono con precisione i dettagli). In tal caso – si è detto – al fine di impedire che siano introdotte nella “sezione semiliberti” sostanze vietate e, quindi, a tutela della sicurezza interna (ovverosia, nel caso di cui trattasi, a tutela della salute dei detenuti, da prendere in considerazione anche sotto il profilo della non vanificazione dei percorsi riabilitativi ai quali siano eventualmente sottoposte talune persone *in vinculis*), la legge attribuisce all'autorità amministrativa la potestà di disporre la perquisizione nei confronti dei ristretti (art. 34, comma 1, o.p.)<sup>115</sup>. Sebbene si debba sempre rispettare la personalità di chi vi è sottoposto (art. 34, comma 2, o.p.), l'intervento *in corpore* può essere eseguito con modalità diverse, potendosi distinguere tra: la mera ispezione strumentale (con il *metal detector*); la perquisizione manuale (con palpeggiamento del corpo) sul detenuto vestito; la perquisizione personale con richiesta di denudamento, o con richiesta di denudamento e di flessione sulle gambe<sup>116</sup>; l'ispezione delle cavità corporee<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Ancorché sia diretta ad accertare la detenzione della sostanza stupefacente, la perquisizione personale – eseguita in carcere nei confronti del detenuto ammesso al regime di semilibertà – non muta la propria natura giuridica, configurandosi pur sempre come misura amministrativa, disciplinata, in modo completo, dalle disposizioni legislative e regolamentari che definiscono il regime penitenziario (artt. 34 o.p. e 74 d.P.R. n. 230 del 2000). Permane, dunque, la netta differenziazione tra tale intervento *in corpore* e quello regolato dal codice di procedura penale (art. 247 c.p.p.). Quest'ultimo, infatti, è finalizzato alla ricerca del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato; il primo, invece, “è uno strumento di controllo dell'ordine e della disciplina negli istituti, che intende salvaguardare l'incolumità personale degli operatori penitenziari, dei detenuti e dei visitatori” (così, A. PULVIRENTI (a cura di), *Il codice penitenziario*, Napoli, 2000, p. 126), e mantiene tale carattere anche quando di eventuali rinvenimenti si debba dare notizia all'autorità giudiziaria “e tale notizia possa essere il presupposto dell'utilizzo processuale del materiale reperito” (in questi termini, P. CORSO, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 349).

<sup>116</sup> Secondo la Corte eur. dir. uomo, sez. II, sent. 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia, in *www.governo.it*, “la perquisizione corporale con denudamento non è di per sé lesiva dell'art. 3 CEDU; purché, beninteso, per la sua arbitrarietà o per le modalità con cui la stessa viene effettuata – ad esempio, in presenza di persone appartenenti all'altro sesso o di un gruppo di agenti di custodia con atteggiamento deridente – non finisca per essere veicolo di una umiliazione gratuita, nel qual caso vengono ad essere integrati i presupposti per

Cinque diverse modalità di esecuzione della misura coercitiva, dunque, che – con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto – presentano un coefficiente crescente di idoneità, ma anche, proporzionalmente, un grado crescente di afflittività. Cosicché, nella progressione dalla prima all’ultima, si impone un sempre maggiore sacrificio ai diritti fondamentali del detenuto; diritti che si pongono come interessi secondari direttamente presi in considerazione dalla norma attributiva del potere (art. 34, comma 2, o.p.).

È indubbio, pertanto, che la scelta di impiegare una modalità di controllo particolarmente invasiva della sfera personale del detenuto debba essere preceduta da un attento contemperamento di interessi aventi “pari rango costituzionale”. Da un lato, infatti, vi è l’esigenza di garantire la sicurezza all’interno dell’istituto penitenziario (esigenza che legittima l’esercizio del potere-dovere di coazione personale); dall’altro vi è l’esigenza di rispettare i diritti fondamentali del ristretto “posti al servizio” della dignità inerente alla persona umana. Ciò comporta sia che – in sede di bilanciamento dei contrapposti interessi – non possa prevalere, sempre e in qualunque modo, la sicurezza interna, sia che l’Amministrazione debba vagliare, in modo scrupoloso, le specifiche caratteristiche dei singoli casi concreti, giacché la scelta di una misura particolarmente afflittiva (ad esempio, la perquisizione personale, accompagnata dalla richiesta di denudamento, anziché la meno invasiva perquisizione ordinaria sul detenuto vestito) deve essere “motivatamente sorretta da effettive, specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza”, vale a dire da un elevato coefficiente di intensità di realizzazione dell’interesse pubblico. È indispensabile, in altri termini, un’attenta valutazione della peculiare situazione di fatto, in modo che si possa ragionevolmente affermare che la misura *in corpore* non soltanto è *idonea* a far fronte ad una concreta e prevalente esigenza di sicurezza dell’istituzione carceraria, ma è altresì *proporzionata* rispetto al fine perseguito<sup>118</sup>.

E allora, se una perquisizione sul detenuto svestito, con contestuale richiesta di flessione sulla gambe, può considerarsi proporzionata nell’ipotesi in cui – in ragione sia di elementi indiziari dalla concreta capacità individualizzante, sia di plausibili massime d’esperienza – si debba ritenere che sia molto probabile che detto detenuto, al rientro in carcere, possa introdurre nella “sezione semiliberi” la sostanza stupefacente, occultandola nel suo corpo (in tal caso, infatti, l’elevato grado di probabilità che si verifichi un evento gravemente pregiudizievole per l’interesse pubblico determina

---

diagnosticare un trattamento degradante ai sensi dell’art. 3 Cedu”. *Conf.*, tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sez. I, sent. 20 gennaio 2011, ric. n. 51246/08, El Shennawy c. Francia.

<sup>117</sup> V. la Racc. (2006) 2, sulle *Regole penit. eur.*, cit., che vieta al personale penitenziario di effettuare esami delle cavità corporee, dovendosi riservare unicamente al medico il compito di eseguire l’ispezione (regola 54, commi 6 e 7). Peraltro, nell’Allegato alla Racc. (2006) 2, si precisa che “se sono effettuate perquisizioni corporali da parte di un medico, deve essere prestata particolare attenzione alla Dichiarazione dell’Associazione medica mondiale sulle perquisizioni corporali dei detenuti (ottobre 1993)”.

<sup>118</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 8411 del 2004, cit.; Cass. pen., sent. n. 24715 del 2008, cit.; Cass. pen., sent. n. 46263 del 2008, cit.; Cass. pen., sez. I, sent. n. 13996, 16 febbraio-7 aprile 2011, in ZAPPA-MASSETTI, cit., 623.

l'altrettanto elevato livello di intensità di realizzazione di tale interesse)<sup>119</sup>; viceversa, la predetta misura coercitiva risulta sproporzionata, allorché l'Amministrazione agisca sulla base di una mera, generica congettura, non adeguatamente supportata da elementi dalla capacità individualizzante, di modo che, risultando assai basso il grado di probabilità che si concretizzi il pregiudizio all'interesse pubblico, non può trovare giustificazione l'impiego di uno strumento particolarmente invasivo della sfera personale del ristretto. Non sfugge, dunque, l'importanza della funzione svolta dal principio di proporzionalità, che "costituisce una sorta di *controlimita*" ad una *prevenzione* sproporzionata, in quanto ingiustificatamente eccessiva<sup>120</sup>.

Il "caso esemplificativo" appena tracciato presenta talune varianti rispetto a quello in cui l'intervento *in corpore* trovi giustificazione nell'acquisizione di specifici elementi di fatto, alla luce dei quali risulta probabile che un canale per l'introduzione di stupefacenti all'interno dell'istituto penitenziario – non, quindi, all'interno della sola sezione *ex art. 48*, comma 2, o.p. – sia "rappresentato dai detenuti semiliberi, i quali, eludendo il controllo all'atto dell'ingresso", riescono a far pervenire la sostanza vietata ad altri ristretti<sup>121</sup>. In tale situazione, infatti, deve considerarsi opportuno il ricorso alla perquisizione personale, con le modalità del denudamento (ma senza richiesta di flessioni), nei confronti di tutti i "semiliberi", poiché questi, non essendo assegnati ad una sezione del tutto autonoma e separata dalle altre zone detentive dell'istituto penitenziario, hanno la materiale possibilità di mantenere contatti con i detenuti sottoposti al regime ordinario. In particolare, l'accettabilità di questa assai invasiva modalità di esecuzione della misura coattiva dipende dal fatto che, ai fini della determinazione del coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico, acquisisce rilievo preminente la gravità dell'incombente e concreto pericolo da

---

<sup>119</sup> La dignità inerente alla persona umana non può subire indebite compressioni neanche qualora si debba procedere ad una perquisizione personale mediante denudamento del detenuto. Per tale ragione, deve condividersi quell'orientamento dottrinale che reputa opportuno l'impiego della modalità di controllo "per settori del corpo", in modo da "evitare il completo denudamento del detenuto". In base a tale metodo, infatti, il personale appartenente alla polizia penitenziaria, una volta effettuato il controllo di una parte del corpo, potrà proseguire nelle operazioni soltanto dopo che il ristretto abbia ricoperto la parte già controllata (v. F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4223).

<sup>120</sup> L'inosservanza del criterio della *proporzionalità in senso stretto* determina conseguenze parzialmente difformi, a seconda che si aderisca alla tesi della coercibilità indiretta – attraverso la minaccia della sanzione disciplinare (art. 77, comma 1, n. 16, d.P.R. 230 del 2000) – dell'ordine di denudarsi, impartito al detenuto nel corso di una perquisizione personale, oppure si propenda per la diversa tesi della diretta coercibilità di tale ordine ai sensi dell'art. 41, comma 1, o.p. (in quest'ultimo senso, F. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 4224, nota 21). Nel primo caso, infatti, si deve affermare la liceità – e, dunque, la non punibilità in via disciplinare – del rifiuto di eseguire un ordine illegittimo, l'ordinamento non potendo esigere dal detenuto una condotta che comporti un'inaccettabile – in quanto sproporzionata – compressione di un suo diritto fondamentale. Nel caso in cui, invece, si prediliga la tesi della diretta coercibilità dell'ordine di denudarsi, allora deve ritenersi che la violazione del canone della proporzionalità comporti, oltre all'illegittimità dell'ordine impartito, anche l'illegittimità dell'attività di esecuzione coattiva (mediante coercizione fisica) dell'obbligo inadempito.

<sup>121</sup> Cfr. Mag. sorv. Vercelli, ord. 17 aprile 2003, in F. FIORENTIN-A. MERCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza. La giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati sorveglianza*, Milano, 2008, pp. 27.

contrastare (consistente nella probabile introduzione di stupefacenti all'interno del carcere e non della sola "sezione semiliberi"). Minor peso, invece, deve essere attribuito al dato della grandemente scemata pericolosità sociale dei detenuti da sottoporre a controllo, giacché l'esperienza operativa e generalizzata (riassunta nella formula dell'*id quod plerumque accidit*) insegna che sostanze vietate possono essere introdotte in carcere "tanto all'insaputa del detenuto (perché fraudolentemente occultate da terzi sulla persona dell'ignaro corriere), ovvero nella piena consapevolezza del medesimo (che può, ad esempio, essere sottoposto a minaccia di ritorsione nel caso non si presti ad introdurre in istituto gli oggetti non consentiti)"<sup>122</sup>. In definitiva, una volta acquisiti elementi tali da far fondatamente ritenere che la sostanza stupefacente, con molta probabilità, verrà reintrodotta in carcere da uno o più dei detenuti semiliberi, appare proporzionato (e, dunque, accettabile) – pur in mancanza di dati indiziari dalla concreta capacità individualizzante, ma a fronte della serietà del pericolo che si possa verificare l'evento che rechi un grave pregiudizio ad un preminente interesse pubblico – l'impiego, nei confronti di una determinata categoria di persone, dello strumento della perquisizione personale con denudamento. Invero, il non elevato grado di probabilità che la condotta del singolo ristretto destinatario della misura possa determinare il verificarsi dell'evento lesivo è compensato dall'estrema gravità dell'evento dannoso che si intende prevenire.

Nel diverso "caso esemplificativo" prima delineato, invece, si presuppone l'assenza di contatti tra detenuti semiliberi e il resto della popolazione ristretta nel medesimo istituto penitenziario, di modo che, a fronte di una situazione di pericolo ben circoscritta sotto il profilo spaziale e soggettivo (e, quindi, a fronte di una minore gravità dell'evento dannoso, futuro e probabile), l'elemento aggiuntivo, che rende proporzionato (e, dunque, accettabile) il ricorso a modalità di perquisizione particolarmente invasive della sfera personale, è costituito dalla sussistenza di concreti elementi indiziari, che abbiano anche una portata individualizzante (si richiede, cioè, che, con riferimento al singolo detenuto da sottoporre a perquisizione, sia ragionevolmente sussistente un elevato grado di probabilità che questi determini un danno all'interesse pubblico). Di conseguenza, nell'apprezzamento degli interessi contrastanti (e, segnatamente, nella verifica del coefficiente di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico) devono assumere un peso determinante anche le condizioni soggettive della persona interessata: all'attenuata pericolosità sociale di essa e al buon esito del suo percorso rieducativo deve contrapporsi un elevato livello del pericolo che si concretizzi l'evento dannoso, pericolo desunto non da generiche congetture, bensì da concreti elementi di fatto dotati di una specifica capacità individualizzante.

2. Naturalmente – lo si è visto – nella valutazione della proporzione di un mezzo, il coefficiente della intensità di realizzazione dell'interesse pubblico dipende non soltanto dalla serietà del rischio o del pericolo che si verifichi un pregiudizio per detto interesse, ma anche dalla rilevanza di quest'ultimo. Così, ove si tratti di tutelare i beni primari della salute e della vita dei componenti della comunità carceraria, anche il

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 32.

“sospetto” (purché non integrato da semplici ipotesi, ma suffragato da elementi di valutazione concreti e specifici) che un detenuto sia affetto da una gravissima malattia a carattere contagioso – capace di diffondersi rapidamente all’interno dell’istituto penitenziario – può giustificare interventi anche molto gravosi (si pensi all’impiego della misura precauzionale dell’isolamento continuo *ex artt.* 11, comma 7<sup>123</sup>, e 33, n. 1, o.p.), e, di conseguenza, può rendere accettabile l’imposizione di un intenso sacrificio ai diritti della persona ristretta. In tal caso, dunque, la gravità del pregiudizio minacciato e il peculiare valore connesso all’interesse pubblico da tutelare possono giustificare l’impiego di una misura precauzionale particolarmente afflittiva, anche quando non sia possibile determinare, “in maniera sufficientemente sicura”, la probabilità di avveramento dell’evento dannoso.

L’eventuale – temporanea – situazione di incertezza medico-scientifica in ordine alla tipologia e all’entità della gravità della malattia di cui è affetto il detenuto e al livello della capacità di essa di diffondersi per contagio, non determina, dunque, il venir meno del dovere di intervenire a tutela degli interessi affidati dalla legge in cura all’Amministrazione. Al contrario, l’autorità pubblica, al ricorrere della situazione di rischio, ha l’obbligo di adottare le misure precauzionali legalmente predeterminate. Ciò vuol dire che, nei casi previsti dal legislatore, la sussistenza di una situazione di rischio “è fonte della doverosità della misura precauzionale”<sup>124</sup>, che va adottata a seguito di un *iter* decisionale in cui al momento conoscitivo, durante il quale si acquisiscono e si valutano i dati relativi al rischio (che viene così identificato e caratterizzato), segue la fase della scelta (il momento volitivo) che attiene, in particolare, alla “valutazione dei provvedimenti che consentono di ridurre il rischio ad un livello accettabile”<sup>125</sup>. Come rileva autorevole dottrina, nella fase di verifica e di apprezzamento della situazione di rischio, l’autorità amministrativa dispone di margini di autonomia nella qualificazione dei fatti da sussumere sotto la norma attributiva del potere (c.d. discrezionalità tecnica). Nella fase di scelta, invece, viene in rilievo “l’esercizio della discrezionalità propriamente intesa (*pura*) in cui si bilanciano gli interessi e, come si suole genericamente affermare, si decide per il meglio”<sup>126</sup>.

In relazione al “momento volitivo”, dunque, deve ribadirsi l’operatività dei criteri che orientano e delimitano l’esercizio della discrezionalità pura.

---

<sup>123</sup> Sebbene l’art. 73, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000, faccia riferimento ad uno stato patologico compiutamente accertato, prevedendo che “l’isolamento continuo per ragioni sanitarie *sia* prescritto dal medico nei casi di malattia contagiosa”; invece, l’art. 11, comma 7, o.p. valorizza anche il sospetto della presenza di una malattia infettiva, stabilendo che “i detenuti o gli internati sospetti o riconosciuti affetti da malattie contagiose *siano* immediatamente isolati”.

<sup>124</sup> Cfr. S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell’Amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3, p. 9; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 154.

<sup>125</sup> In questi termini, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005, p. 131.

<sup>126</sup> In questi termini, S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, *op. cit.*, pp. 125.

In primo luogo, anche nelle ipotesi in cui la legge consente di agire al ricorrere di una situazione di rischio, è sempre necessario che l'autorità pubblica utilizzi strumenti precauzionali i cui effetti restrittivi della sfera giuridica del destinatario siano proporzionati rispetto sia al rischio identificato e caratterizzato – ancorché in condizioni di incertezza scientifica – sia al beneficio atteso, ovverosia all'obiettivo di ricondurre tale rischio entro i limiti dell'accettabile<sup>127</sup>. Cosicché, qualora l'incertezza scientifica riguardi non soltanto il nesso causale tra evento e danno, ma anche il *quantum* dell'entità della possibile minaccia all'interesse pubblico, il criterio della *proporzionalità in senso stretto* impedisce, da un lato, che prevalga una "logica pessimista", totalmente protesa alla completa rimozione del rischio estremo, senza considerare i contrapposti interessi del soggetto destinatario della misura precauzionale<sup>128</sup>; dall'altro, che si adotti una prospettiva "minimalista", volta a sottostimare l'entità delle conseguenze che potrebbero derivare dalla concretizzazione del rischio<sup>129</sup>. Il canone della proporzionalità, dunque, orienta la scelta dell'autorità pubblica verso l'adozione di una misura precauzionale appropriata, che – tenuto conto delle specifiche caratteristiche del caso concreto – sia in grado di determinare comunque una situazione di accettabile equilibrio tra il livello di intensità del sacrificio che verrà imposto al detenuto e il livello di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico<sup>130</sup>.

In secondo luogo, qualunque sia la natura e l'entità del rischio identificato, rimane inalterato il confine dell'inattaccabilità di quei diritti fondamentali incomprimibili, o comprimibile, ma entro il limite del rispetto di quello "spazio vitale" senza il quale la persona "non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana".

---

<sup>127</sup> Cfr. V. FANTI, *op. cit.*, pp. 181-183; 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. 1334-1335, secondo la quale, "a fronte di un rischio la decisione deve essere sorretta dal canone della precauzione, mitigato dalla proporzionalità".

<sup>128</sup> Sul punto, v. S. VILLAMENA, *op. cit.*, pp. 75-76, il quale evidenzia che "se si potesse applicare il solo principio di precauzione per assumere un provvedimento in caso di rischio, il più alto livello di protezione degli interessi tutelati si potrebbe ottenere sacrificando interamente gli interessi (...) antagonisti, senza alcuna ragionevole soglia o limite all'esercizio di un tale potere".

<sup>129</sup> In ordine alla c.d. "versione minimalista o permissiva" del principio di precauzione, v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in RENNA-SAITTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 421 e ss. Sul punto, v. altresì S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, pp. 141 e ss.

<sup>130</sup> Cfr. B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 160, secondo cui il carattere proporzionale delle decisioni "costituisce l'anello di congiunzione tra la valutazione scientifica del rischio (...) e le conseguenze restrittive prodotte sugli interessi colpiti dall'azione precauzionale disposte attraverso la misura precauzionale". L'Autrice, inoltre, rileva come la motivazione della misura precauzionale costituisca "il banco di prova sul fronte della decisione di *risk management*: in essa l'Amministrazione è chiamata ad esplicitare le ragioni che giustificano l'adozione di una determinata misura precauzionale tra quelle astrattamente possibili, a ricostruire il bilanciamento operato tra rischio accertato e benefici attesi, ad esplicitare il rapporto di proporzionalità ed adeguatezza tra la probabilità che si producano effetti dannosi e la decisione adottata" (ivi, p. 161).

È ovvio, del resto, che una volta superata la fase dell'incertezza e fugato, quindi, ogni dubbio in merito alla consistenza del pericolo che si verifichi l'evento gravemente pregiudizievole per la salute dei componenti della comunità carceraria, l'autorità pubblica deve adottare quella misura restrittiva, di natura preventiva, che – in ragione del livello qualitativo e quantitativo del pericolo accertato – contemperi, in modo accettabile, l'interesse pubblico e l'interesse del detenuto nei cui confronti si interviene.

3. Sin qui, si è esaminato l'ambito di operatività del criterio della *proporzionalità in senso stretto* in una logica prevalentemente oppositiva, privilegiando la posizione del detenuto che subisce direttamente gli effetti restrittivi o coercitivi dell'azione amministrativa. Non è però da escludere che, in taluni casi, si debba assumere la diversa prospettiva pretensiva, divenendo centrale la posizione della persona *in vinculis* che lamenta di poter subire una lesione ad un diritto fondamentale a causa di un intervento amministrativo che sia ingiustificatamente inefficace sotto il profilo tecnico. In tal caso, infatti, a differenza dell'ipotesi in cui si lamenta l'illegittimità di un intervento che si sia risolto nell'impiego di un mezzo sproporzionatamente invasivo della sfera giuridica del destinatario (c.d. sproporzione in eccesso), si fa valere l'incapacità dell'azione amministrativa di realizzare l'interesse pubblico prioritario e, quindi, di tutelare il valore connesso a tale interesse (c.d. sproporzione in difetto). Si tratta, in altri termini, di quelle situazioni in cui l'autorità pubblica, privilegiando la mitezza dell'intervento a scapito di una più efficace protezione dell'interesse pubblico, determina effetti sfavorevoli nella sfera giuridica di un soggetto diverso dal detenuto destinatario della misura restrittiva<sup>131</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla persona detenuta che faccia valere il proprio diritto fondamentale alla salute fisica, lamentandone l'incombente e grave pericolo di lesione determinato dall'inidoneità dell'azione dell'Amministrazione, la quale non ha provveduto ad adottare misure efficaci nei confronti di altro ristretto che sia affetto da una grave patologia a carattere contagioso. È questa, infatti, una situazione in cui la pretesa del detenuto – pretesa a che il suo interesse individuale sia protetto dall'autorità amministrativa mediante l'adozione di misure idonee – non è contrastante, ma convergente con l'esigenza di assicurare la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, di modo che la piena realizzazione di quest'ultimo determina la completa tutela della prima. Questa diversa prospettiva, dunque, non muta la natura e l'ambito di operatività della *proporzionalità in senso stretto*, che rimane fondamentale canone di condotta, capace di orientare l'Amministrazione nella scelta del mezzo più opportuno, poiché in grado di realizzare un accettabile equilibrio tra il livello di intensità del sacrificio da imporre al detenuto che subisce l'intervento restrittivo o coercitivo e il livello di intensità di realizzazione dell'interesse pubblico.

---

<sup>131</sup> Sul punto, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica op. cit.*, pp. 228 e ss.; ID, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità, op. cit.*, pp. 197 e ss.



## 8.2. I regimi detentivi differenziati e il principio di proporzionalità.

In tal modo articolato, il *canone della proporzionalità in senso stretto* ha valenza generale<sup>132</sup>, trovando applicazione in tutte le situazioni in cui l'Amministrazione disponga di misure diverse (differentemente efficaci e diversamente afflittive) per perseguire una specifica finalità pubblica. La capacità di siffatto criterio di orientare l'azione amministrativa sulla scelta più opportuna può apprezzarsi, dunque, anche con riferimento alla disciplina dei regimi detentivi differenziati della sorveglianza particolare (art. 14-*bis* o.p.) e della sospensione delle normali regole del trattamento (art. 41-*bis*, commi 1 e 2, o.p.).

1. I regimi della sorveglianza particolare (art. 14-*bis*) e dalla sospensione delle ordinarie regole del trattamento dei detenuti e degli internati (art. 41-*bis*, comma 1) sono posti a tutela dell'interesse primario al mantenimento dell'ordine e della sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario. Le disposizioni legislative attributive del potere di disporre tali regimi, tuttavia, conferiscono all'autorità pubblica un ampio margine di discrezionalità che incide sui diversi profili dell'azione amministrativa. Innanzitutto, la legge delinea i presupposti del potere impiegando concetti giuridici indeterminati (si pensi, ad esempio, ai concetti "di caso eccezionale di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza" ex art. 41-*bis*, comma 1), sicché l'Amministrazione è titolare di un'ampia discrezionalità (tecnica) in sede di concreto apprezzamento dei presupposti di fatto in presenza dei quali il potere sorge e può essere esercitato. In secondo luogo, il legislatore non definisce, in positivo, il contenuto restrittivo dei regimi differenziati di cui trattasi, ma pone unicamente taluni limiti all'esercizio del potere autoritativo a tutela degli ambiti intangibili della sfera giuridica del detenuto (art. 14-*quater*, comma 4, o.p.<sup>133</sup>). Cosicché, una volta rispettati i limiti stabiliti dalla legge e dalle norme costituzionali e convenzionali, all'autorità amministrativa sono conferiti ampi spazi di valutazione discrezionale in ordine alla tipologia, al contenuto e all'efficacia temporale delle misure restrittive adottabili.

In siffatto contesto normativo, dunque, il criterio della *proporzionalità in senso stretto* costituisce fondamentale limite interno all'esercizio del potere di derogare alle normali regole del trattamento dei detenuti. Tale limite deve operare sia nel momento in cui viene assunta la decisione di disporre l'applicazione di un regime differenziato, sia nel momento in cui devono essere individuate le specifiche misure restrittive capaci di realizzare, nel migliore dei modi, l'interesse pubblico affidato dalla legge in cura all'Amministrazione.

---

<sup>132</sup> Ritengono che il test della *proporzionalità* sia condizione per qualsiasi misura limitativa dei diritti fondamentali, tra gli altri, F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1362-1363; D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, p. 41.

<sup>133</sup> Sull'applicabilità dei limiti posti dall'art. 14-*quater*, comma 4, anche al regime sospensivo di cui all'art. 41-*bis*, comma 1, o.p., cfr. S. GIAMBRUNO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2006, pp. 138-139; L. CESARIS, *Commento all'art. 41-*bis*, op. cit.*, p. 453.

Sotto il primo aspetto, affinché si possa ricorrere al regime di sorveglianza particolare – la cui efficacia soggettiva è rigidamente circoscritta al singolo detenuto<sup>134</sup> – è necessario, ma non sufficiente, che si accerti la sussistenza del presupposto di fatto che legittima l'esercizio del potere autoritativo (art. 14-*bis*, commi 1 e 5, o.p.<sup>135</sup>). L'Amministrazione penitenziaria, infatti, in seguito ad un attento "giudizio prognostico di carattere anche personologico", deve stabilire se la "pericolosità penitenziaria" del detenuto (desunta unicamente dai comportamenti sintomatici indicati dal legislatore)<sup>136</sup> possa essere contenuta avvalendosi soltanto della capacità di prevenzione (generale e speciale) che è propria anche dell'ordinario e meno invasivo strumento della sanzione disciplinare (art. 39 o.p.), ovvero giustifichi l'applicazione di un regime penitenziario differenziato e più afflittivo<sup>137</sup>. Si tratta, in altri termini, di stabilire se – tenuto conto del concreto e attuale livello del pericolo di compromissione dell'interesse pubblico – possa considerarsi accettabile la scelta di ricorrere ad un regime detentivo derogatorio, dal quale discendono misure restrittive (a carattere preventivo-cautelare) che, rispetto agli ordinari strumenti di gestione della vita

---

<sup>134</sup> Le disposizioni normative che regolano il "regime di sorveglianza particolare" (artt. 14-*bis*, 14-*ter* e 14-*quater* o.p.) sono collocate nel capo III del titolo I della legge penitenziaria. Con questa precisa collocazione all'interno del capo dedicato alle "modalità di trattamento", il legislatore ha voluto rimarcare che l'istituto della sorveglianza particolare sfugge ad una mera logica punitiva, ponendosi, di contro, nella esclusiva prospettiva del trattamento individualizzato e, quindi, diversificato (art. 13, comma 1, o.p.). Cionondimeno, è indubbio che la finalità principale del regime differenziato rimanga quella di tutelare l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario; finalità che l'Amministrazione deve perseguire attraverso il ricorso a particolari restrizioni che vanno calibrate in ragione delle specifiche caratteristiche di pericolosità del destinatario (cfr. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, XI, p. 53; E. RUBIOLA, *Riforma Penitenziaria, Commento sub art. 2 della legge 663/86*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 115).

<sup>135</sup> Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare i detenuti che, con i loro comportamenti, compromettono la sicurezza o turbano l'ordine negli istituti, o che, con violenza o minaccia, impediscono le attività degli altri ristretti, ovvero che, nella vita penitenziaria, si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti (art. 14-*bis*, comma 1, o.p.). Inoltre, possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli imputati, tenuto conto di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti – indipendentemente dalla natura dell'imputazione – nello stato di libertà (art. 14-*bis*, comma 5, o.p.).

<sup>136</sup> Il concetto – normativamente inespresso – di "pericolosità penitenziaria" deve intendersi come capacità del singolo detenuto di compromettere l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto. Tale capacità, tuttavia, deve essere desunta unicamente dai comportamenti sintomatici, tassativamente previsti dall'art. 14-*bis*, comma 1, o.p. (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*, Padova, 1994, pp. 164-165; M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 201).

<sup>137</sup> Si consideri, peraltro che – come precisato dalla nota DAP n. 256412 del 27 giugno 2011 – il regime di sorveglianza particolare costituisce uno strumento più rigoroso di trattamento individualizzato, strumento da applicarsi a quei detenuti che abbiano posto in essere reiterate condotte, tali da integrare una delle fattispecie astratte di cui all'art. 14-*bis*, comma 1, o.p. Ne deriva che isolati e non gravi "illeciti disciplinari troveranno un'adeguata risposta nell'applicazione delle relative sanzioni, senza costituire un presupposto per l'applicazione del regime in discorso". In dottrina, cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 166-168.

quotidiana del carcere<sup>138</sup>, sono dotate di una maggiore capacità tecnica di realizzazione dei fini pubblici e, al contempo, di un più elevato grado di lesività.

Allo stesso modo, in vista dell'applicazione del regime sospensivo *ex art. 41-bis*, comma 1, o.p., è necessaria, ma non sufficiente, la qualificazione del fatto in termini di "caso eccezionale di rivolta" o di "grave situazione di emergenza". L'Amministrazione, infatti, deve svolgere una accurata "indagine previsionale" circa la concreta efficacia di altri strumenti che, seppure meno dannosi e meno idonei, siano comunque astrattamente capaci di ristabilire l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario (o della parte di esso) interessato dalla situazione emergenziale. Si pensi, ad esempio, alla prevista possibilità di richiedere al prefetto l'intervento delle Forze di polizia e delle altre Forze eventualmente poste a sua disposizione *ex art. 13, legge n. 121, 1 aprile 1981*, allorché si verificano disordini collettivi con manifestazione di violenza, o tali da far ritenere che possano degenerare in manifestazioni di violenza, e il direttore non sia in grado di intervenire efficacemente con il personale e i mezzi a disposizione dell'istituto penitenziario, o con i rinforzi eventualmente inviati dal provveditore regionale<sup>139</sup> (art. 93 reg. es.).

Tenuto conto della specificità del caso concreto, dunque, si potrà prediligere il mezzo meno efficace e più mite (vale a dire la richiesta d'intervento delle forze di polizia o delle forze armate – carabinieri e guardia di finanza –; richiesta che, rientrando tra gli strumenti di gestione ordinaria dei problemi attinenti all'ordine e alla sicurezza, non determina l'applicazione di un regime penitenziario che possa comportare la compressione dei diritti dei ristretti in misura diversa da quella consentita dall'art. 41 o.p.); ovvero si potrà ritenere accettabile la scelta di impiegare il mezzo più idoneo e maggiormente invasivo (cioè l'applicazione – nei confronti di tutte le persone detenute nell'istituto o nella sezione in cui è insorta la situazione di emergenza – di un regime detentivo straordinario, dal quale discendono restrizioni dei diritti dei detenuti destinate a durare finché non siano ripristinate le condizioni di ordine e di sicurezza preesistenti alle condotte turbative).

---

<sup>138</sup> Tra gli ordinari strumenti di gestione della vita del carcere, dei quali l'Amministrazione penitenziaria deve vagliare la praticabilità in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, rientra anche quello dell'assegnazione ad apposito istituto (o sezione d'istituto) del detenuto che abbia un comportamento tale da richiedere particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni (art. 32, comma 1, reg. es.). Quello dell'assegnazione del detenuto per motivi cautelari è, infatti, misura ordinaria di gestione delle esigenze penitenziarie. Misura che determina non l'applicazione di un regime detentivo differenziato, bensì unicamente lo spostamento coattivo del detenuto ad altro istituto (o sezione d'istituto), nel quale sia possibile attuare un regime carcerario (pur sempre ordinario) che consenta di adottare le cautele necessarie a contenere la "pericolosità penitenziaria" del ristretto.

<sup>139</sup> Allorquando, per esigenze di ordine e di sicurezza, si renda necessario l'intervento di rinforzi di personale e di mezzi, il direttore (sentito, ove possibile, il comandante) ne fa richiesta al provveditore regionale, il quale, accertata la sussistenza delle predette esigenze, dispone l'invio in missione, per il tempo strettamente necessario, del personale del Corpo di polizia penitenziaria in servizio nell'ambito della circoscrizione, dandone informazione al DAP. Ove non sia possibile disporre l'invio di rinforzi, il provveditore informa immediatamente il DAP (art. 22, commi 1-3, d.P.R. n. 82, 15 febbraio 1999, recante il *Regolamento di servizio del Corpo di polizia penitenziaria*).

Sotto l'aspetto della scelta delle specifiche misure restrittive, che devono caratterizzare i regimi differenziati, è evidente che l'autorità decidente debba farsi guidare dal criterio della *proporzionalità in senso stretto*, in modo che ogni misura limitativa dei diritti del detenuto – garantendo il giusto equilibrio tra il livello di efficacia e quello di afflittività – risulti accettabile (art. 14-*quater*, comma 1, o.p.) e non sia tale da ledere posizioni soggettive non sacrificabili in assoluto (art. 14-*quater*, comma 4, o.p.).

2. Analoghe considerazioni, del resto, vanno estese al regime detentivo di rigore, previsto dall'art. 41-*bis*, commi 2 e ss., o.p. a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva, in relazione sia alla applicazione o proroga di esso, sia al suo contenuto restrittivo, ancorché limitatamente a quelle misure che, non essendo state tassativamente predefinite e imposte dal legislatore (v. *supra*, § 4.), possono essere discrezionalmente disposte e modulate dall'autorità competente. Il Ministro della giustizia, infatti, con il decreto che applica le limitazioni previste dalle lett. *b-f*, può anche disporre l'adozione di non meglio precisate misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo, principalmente, alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri ristretti appartenenti alla medesima organizzazione o ad altre ad essa alleate (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *a*, o.p.).

Poiché è indubbio che la disposizione normativa *de qua* attribuisca al Ministro un potere generale di intervenire per sospendere gli istituti regolati dalle norme sull'ordinamento penitenziario (istituti – è ovvio – diversi da quelli già espressamente presi in considerazione dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*)<sup>140</sup>, deve ritenersi che tale intervento debba rispettare rigidi limiti legali. Si tratta sia dei limiti esterni del potere amministrativo, che impongono di adottare soltanto le misure che nell'ordinamento penitenziario appartengono alla competenza dell'Amministrazione, in quanto si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto<sup>141</sup>, sia di limiti di carattere interno, che impongono all'autorità amministrativa di adottare soltanto le misure *idonee*,

---

<sup>140</sup> Cfr. S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rass. pen. crim.*, 2004, 3, p. 12, secondo cui la disposizione *de qua* non sembra fare riferimento a "misure di ordine logistico", considerato che queste misure e "quelle organizzative del personale di sorveglianza non comportano di per sé la sospensione delle ordinarie regole e degli istituti del diritto penitenziario".

Così, ad esempio, secondo l'Autore appena citato, tra le misure di ordine logistico, che non si risolvono in una sospensione delle ordinarie regole del trattamento, deve ricondursi l'impiego delle c.d. "aree riservate", vale a dire di particolari sezioni – separate dalle restanti appartenenti al circuito 41 *bis* – nelle quali sono allocati i capi storici delle organizzazioni criminali di tipo mafioso, unitamente ad altri detenuti, sempre sottoposti al regime sospensivo, assegnati a tali sezioni per assicurare un minimo di vita in comune ai capimafia. *Contra*, tuttavia, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, pp. 208-210, la quale, oltre a rilevare come la prassi delle aree riservate susciti perplessità sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, ritiene che la collocazione in tali particolari sezioni, del tutto isolate dal resto dell'istituto penitenziario, determini una "ulteriore compressione dei diritti del detenuto".

<sup>141</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 349 del 1993, cit., c. 493.

*necessarie, adeguate e proporzionate in senso stretto* rispetto alle concrete esigenze di ordine pubblico e di sicurezza collettiva da soddisfare<sup>142</sup>. Sicché – a differenza di quanto asserito in relazione alle restrizioni tassativamente predeterminate dal legislatore – deve considerarsi non conforme a diritto non soltanto l'intervento che intacchi i diritti non comprimibili in assoluto<sup>143</sup> o il “nucleo essenziale” degli altri diritti fondamentali<sup>144</sup>, ma, altresì, ogni misura che imponga un sacrificio sproporzionato a qualsivoglia situazione soggettiva di vantaggio vantata dal detenuto<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., c. 2788.

<sup>143</sup> Cfr. Cass. pen., sent. n. 49988, 30 dicembre 2009, che ha ritenuto illegittima, poiché in contrasto sia con l'art. 27, comma 3, Cost., sia con gli artt. 3 e 8 CEDU, la determinazione amministrativa che, ai sensi dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a, o.p., disponeva, nei confronti di un detenuto sottoposto a regime differenziato, un controllo mediante video-sorveglianza, che non avrebbe dovuto conoscere soluzione di continuità e, quindi, avrebbe dovuto coprire l'intero arco della giornata, fino a ricomprendervi i momenti di intimità personale all'interno della *toilette*. Quella del controllo mediante video-sorveglianza disposta sull'intero arco della giornata, dunque, è misura restrittiva che – incidendo su diritti incompressibili del ristretto (si pensi al diritto all'integrità psichica) e intaccando il “nucleo essenziale” di altri diritti fondamentali, qual è il diritto alla riservatezza – è legittima soltanto se disposta nell'interesse del detenuto (ad esempio, quando vi sia un ragionevole pericolo di atti di autolesionismo che l'autorità pubblica ha il dovere di contrastare) e non anche quando miri alla realizzazione dell'interesse al mantenimento della sicurezza pubblica. In senso analogo, nella giurisprudenza di merito, v. Mag. sorv. L'Aquila, ord. 9 maggio 2013 (giudice dott. A. GRIMALDI), in *www.personaedanno.it*, secondo cui, peraltro, “non può ritenersi soddisfacente a tutelare i diritti del detenuto il fatto che (...) la telecamera installata nel bagno sia stata opportunamente manipolata in modo da rendere un'immagine soltanto sfocata dell'ambiente e di riprodurre esclusivamente la sagoma dell'interessato (...), poiché la minore qualità della rappresentazione visuale non esclude il carattere di intrusione indebita del controllo effettuato”. Del resto, in dottrina, si evidenzia come la misura *de qua* – prima ancora che capace di intaccare diritti incompressibili della persona ristretta – appaia del tutto inidonea a perseguire il fine pubblico connesso all'interesse primario. Infatti, secondo L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. pen. crim.*, 2013, 2, p. 176, non si comprende come tale “sistema di controllo possa essere funzionale a neutralizzare la pericolosità del soggetto, ove si rifletta sul fatto che la telecamera posta nel bagno è stata – nel caso di specie – manipolata in modo che le immagini, in particolare della figura del detenuto, risultino sfocate”. Sicché risulta difficile “comprendere l'utilità di simili riprese dalle quali non si ricavano *i particolari e dettagli della figura*, ma solo la sagoma, così che sembrerebbe dedursi che non siano percepibili le azioni del soggetto”.

Quanto, invece, all'illuminazione notturna della cella, non può sottacersi che, secondo la Corte eur. dir. uomo, tale misura non raggiunge, di per se stessa, un livello di gravità sufficiente per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 CEDU. Essa, invero, costituisce soltanto uno degli elementi da prendere in considerazione “per stabilire se il detenuto sia stato sottoposto ad isolamento sensoriale completo”. Situazione quest'ultima che si verifica quando l'illuminazione notturna della cella è associata ad altri elementi, quali “l'assenza di orologio nella cella e la confisca dell'orologio personale, il divieto assoluto di comunicare con il difensore, il divieto di leggere quotidiani e il divieto di ascoltare la radio” (cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. II, dec. 19 marzo 2013, ric. n. 43575/09, Riina c. Italia, in *www.giustizia.it*).

<sup>144</sup> Così, ad esempio, le misure rivolte a limitare i contatti del detenuto sottoposto al regime sospensivo con l'ambiente esterno, o quelle rivolte ad impedire che questi interagisca con gli altri sodali ristretti (art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a, o.p.), non possono determinare una compressione della libertà religiosa (artt. 8 e 19 Cost.) che sia tale da intaccarne il “nucleo essenziale”, dovendosi sempre garantire alla persona *in vinculis* non soltanto la libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa, di praticarne il culto e di celebrarne i riti, ma altresì il diritto di ricevere l'assistenza di un ministro del proprio culto (art. 26, commi 1-4, o.p.). Ciò significa che – così come affermato da Cass. pen., sez. I, sent. n. 20979, 8 marzo-25 maggio 2011, in *www.altalex.it* – “non pare possibile negare ad un credente (ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia) almeno una qualche forma di

Opportuna, tuttavia, un'ultima precisazione. In tutte le ipotesi prese in considerazione, il criterio della *proporzionalità in senso stretto* deve orientare l'azione dell'Amministrazione, allorché quest'ultima abbia – non soltanto astrattamente, ma anche in concreto – la facoltà di scegliere legittimamente tra più mezzi in vista del perseguimento di una finalità pubblica. Tale criterio invece non opera, ove l'applicazione di un regime differenziato (o l'impiego di una specifica misura restrittiva) si ponga in termini di necessità, stante la sperimentata, concreta inidoneità (a contenere la situazione di pericolo) degli strumenti ordinari di gestione delle esigenze di ordine e di sicurezza. In questa diversa situazione, invero, l'astratta discrezionalità si traduce, nei fatti, in scelta obbligata, una soltanto essendo la soluzione possibile.

## **9. Interventi di natura organizzativa (a carattere generale) non incidenti sulla sfera giuridica del detenuto.**

Il canone della proporzionalità assume un ruolo preminente nell'orientare l'esercizio di quei poteri amministrativi che, in vista del perseguimento di un fine pubblico, si risolvono nell'adozione di misure in grado di intaccare le posizioni soggettive di vantaggio di cui è titolare la persona *in vinculis*. Tale criterio, viceversa, non sembra avere spazi di operatività in quegli ambiti dell'azione amministrativa non incidenti sulla sfera giuridica del detenuto<sup>146</sup>. Si tratta, in particolare, di tutti quegli

---

approccio con il ministro del proprio culto, al fine di potere approfondire lo studio dei testi biblici". Sicché, nel contemperamento degli interessi contrapposti, l'esigenza di tutela della sicurezza pubblica deve essere soddisfatta non inibendo del tutto i contatti visivi tra il detenuto e il ministro di culto, bensì soltanto disponendo che questi colloqui si svolgano adottando modalità idonee a garantire il perseguimento del fine pubblico e, al contempo, l'esercizio del diritto del detenuto di essere assistito da un ministro di culto. Soltanto in tal modo, infatti, è possibile salvaguardare la "ragion d'essere" della libertà religiosa, riconosciuta dalla Costituzione ad ogni individuo.

<sup>145</sup> Ad esempio, nel contemperamento tra l'interesse alla sicurezza pubblica e i diritti fondamentali all'informazione, all'espressione della propria fede e allo studio, è stata ritenuta sproporzionata la determinazione amministrativa con la quale si limitava a cinque il numero dei libri che il detenuto sottoposto al regime sospensivo poteva detenere all'interno della cella. Nel sindacare la legittimità di tale misura restrittiva, infatti, il giudice di merito ha imposto all'Amministrazione di procedere ad un nuovo bilanciamento degli interessi contrapposti, in modo da giungere all'elaborazione di "disposizioni di maggior ampiezza" anche per quanto concerne il numero di testi in materia religiosa e giuridica, nonché il numero di testi di mera lettura (cfr. Mag. sorv. Spoleto, ord. 31 gennaio 2012, cit., pp. 129-130).

In senso contrario, invece, si è mossa la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la rigida prescrizione – che limita a cinque il numero dei libri che una predeterminata categoria di detenuti può detenere all'interno della cella – non soltanto appare "del tutto giustificata" dalle ragioni di igiene e di sicurezza indicate dall'Amministrazione, ma comporta altresì restrizioni dei diritti dei detenuti proporzionate rispetto alla rilevanza degli interessi pubblici da realizzare (v. Cass. pen., sent. n. 46783 del 2013, cit.).

<sup>146</sup> Secondo D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 174, "affinché possa ricadersi nel campo di applicazione del principio ci si deve trovare di fronte ad un'ipotesi in cui siano in gioco due valori confliggenti: da un lato, l'interesse pubblico (o

interventi di natura organizzativa, che assumono la forma delle “determinazioni di carattere generale”, rientranti “negli spazi di competenza gestionale” attribuiti, in modo esclusivo, all’Amministrazione penitenziaria. Si pensi, ad esempio, alla scelta relativa agli orari e ai tempi delle diverse attività trattamentali che si svolgono all’interno del carcere, la cui regolamentazione, rispettati i limiti fissati dalla legge, comporta una organizzazione logistica, economico e di sicurezza: “utilizzo di agenti, opportunità di svolgimento nel tempo di giorno, durata che consenta la rotazione dei gruppi e il rispetto dei divieti di incontro<sup>147</sup>”. E si pensi, ancora, alla determinazione amministrativa, di carattere generale, che, sempre al fine di regolare i tempi e le modalità di svolgimento delle vite quotidiana all’interno di una determinata sezione dell’istituto penitenziario, stabilisca il giorno della settimana in cui i detenuti possono effettuare i colloqui con i congiunti. Sono queste, invero, situazioni corrispondenti “al riconoscimento in capo all’Amministrazione penitenziaria di una amplissima valutazione discrezionale nell’esercizio di una potestà organizzativa”; di modo che, pur potendosi rinvenire un interesse del detenuto differenziato da quello degli altri ristretti, manca l’elemento della sua qualificazione normativa in termini di posizione giuridica soggettiva di vantaggio<sup>148</sup>.

Nelle situazioni appena delineate, dunque, vengono in rilievo mere aspettative di fatto del detenuto, che possono essere fatte valere non mediante i rimedi di natura giurisdizionale (artt. 35-*bis* e 69, comma 6, o.p.), bensì unicamente attraverso il “reclamo c.d. generico” ex art. 35. o.p., cioè attivando i poteri di controllo attribuiti a determinate autorità pubbliche<sup>149</sup>, le quali, allorché ritengano fondato il reclamo, possono rivolgere le opportune segnalazioni agli organi competenti a soddisfare l’aspettativa del detenuto, ovvero, se ne hanno il potere, possono soddisfarla direttamente<sup>150</sup>. Quello previsto dall’art. 35 o.p. è, pertanto, uno strumento di tutela poco incisivo, anche perché, per talune delle autorità indicate dalla legge (vale a dire per le autorità giudiziarie e sanitarie in visita all’istituto, per i garanti dei diritti dei detenuti, per il Presidente della Regione e per il Capo dello Stato) non sono configurabili né un dovere di decidere, né un obbligo di comunicare all’interessato il

---

primario) e, dall’altro, gli interessi privati (o secondari)”. In senso analogo, F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, pp. 43 e ss., per il quale “il principio di proporzionalità è un principio correlato”, poiché “la proporzione attiene al rapporto potere-diritti, al mezzo (...) per incidere sul diritto”.

<sup>147</sup> In questi termini, S. ARDITA, *Le disposizioni sulla sicurezza penitenziaria*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 3, p. 56.

<sup>148</sup> Così, C. RENOLDI, *Una nuova tappa nella “lunga marcia” verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3781.

<sup>149</sup> Ai sensi dell’art. 35 o.p. – così come modificato dall’art. 3 del d.l. n. 146 del 2013, cit., conv., con mod., nella l. n. 10 del 2014, cit. – i detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami (orali o scritti, anche in busta chiusa): a) al direttore dell’istituto, al provveditore regionale, al capo del DAP e al ministro della giustizia; b) al magistrato di sorveglianza; c) alle altre autorità giudiziarie in visita all’Istituto; d) alle autorità sanitarie in visita all’istituto; e) al Garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; f) al Presidente della Regione e al Capo dello Stato

<sup>150</sup> Cfr. A. MARI, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 262; M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Quest. giust.*, 2010, 5, pp. 47-48; C. FIORIO, *Ancora verso la “giurisdizionalizzazione” del procedimento per reclamo*, in *Giur. merito*, 2006, p. 406.

contenuto del provvedimento eventualmente adottato<sup>151</sup>. Mentre, per le autorità amministrative e giudiziarie preposte all'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale (ossia per il direttore dell'Istituto, il provveditore regionale, il capo del DAP, il ministro della giustizia e il magistrato di sorveglianza), è previsto soltanto un obbligo di informare, nel più breve termine possibile, il detenuto dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento (art. 75, comma 4, d.D.R. n. 230 del 2000)<sup>152</sup>. L'inadempimento di siffatto obbligo, tuttavia, non è in alcun modo sanzionato<sup>153</sup>.

Cionondimeno, se il canone della proporzionalità non opera nella prospettiva c.d. verticale (in cui l'intervento organizzativo di carattere generale incide non su posizioni giuridiche soggettive, bensì su mere aspettative di fatto), non è però da escludere che esso, in determinate situazioni, possa entrare in gioco in una prospettiva c.d. orizzontale, in cui – al fine di giungere ad una determinazione legittima – è necessario mettere a confronto le diverse posizioni assunte dai ristretti.

Si consideri, in proposito, il caso in cui il direttore dell'istituto penitenziario, in ragione delle particolari esigenze familiari prospettate da un detenuto, autorizzi questi a fruire del colloquio visivo con i congiunti in un giorno della settimana diverso da quello stabilito in sede di regolamentazione della vita quotidiana della sezione di appartenenza. Ora, laddove altro detenuto, adducendo analoghe motivazioni, chiedesse di avvalersi della stessa opportunità, la direzione dell'istituto, una volta accertato che le situazioni prospettate dai due ristretti presentano identiche proprietà

---

<sup>151</sup> In ogni caso, tra le ipotesi di reclamo c.d. generico, merita di essere segnalata quella volta ad attivare gli ampi poteri di vigilanza conferiti al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute (art. 35, comma 1, n. 3, o.p. e art. 7, comma 5, del d.l. n. 146 del 2013, conv., con mod., nella l. n. 10 del 2014). La legge, infatti, attribuisce al Garante nazionale: 1) il potere di visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari, le strutture sanitarie residenziali destinate ad accogliere le persone sottoposte a misura di sicurezza detentiva e gli istituti penali minorili, nonché – previo avviso e senza che ne possa derivare danno per l'attività investigativa in corso – le camere di sicurezza delle forze di polizia, potendo accedere, senza restrizione alcuna, a qualunque locale adibito o funzionale alle esigenze restrittive (cfr., altresì, gli artt. 67, comma 1, lett. *l-bis*, e *67-bis* o.p.); 2) il potere di prendere visione – previa acquisizione del consenso, anche verbale, dell'interessato – degli atti contenuti nel fascicolo della persona detenuta e, comunque, degli atti riferibili alla condizione di detenzione; 3) il potere di richiedere alle amministrazioni responsabili delle strutture detentive le informazioni e i documenti necessari, sicché, ove l'Amministrazione interpellata non fornisca la risposta nel termine di trenta giorni, il Garante può informare il magistrato di sorveglianza competente e richiedere l'emissione di un ordine di esibizione; 4) il potere – allorché accerti la fondatezza dell'istanza o del reclamo proposto dal detenuto ai sensi dell'art. 35 o.p. (e, comunque, quando accerti violazioni alle norme dell'ordinamento) – di formulare specifiche raccomandazioni all'Amministrazione interessata, la quale, ove non intenda conformarsi a tali raccomandazioni, ha il dovere di comunicare il proprio dissenso motivato nel termine di trenta giorni.

<sup>152</sup> Come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, là dove il reclamo, diretto al magistrato di sorveglianza, non riguarda la pretesa lesione di un diritto, ma si risolve "in una semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario", il procedimento che si instaura davanti al suddetto magistrato non assume natura giurisdizionale (cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2013, *cit.*, pp. 39-40).

<sup>153</sup> Cfr. M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 981.



rilevanti, non potrebbe rigettare la richiesta. Se la rigettasse, infatti, violerebbe il criterio d'azione della proporzionalità, giacché il differente trattamento riservato ai due detenuti non sarebbe rapportato "alla misura della distanza esistente" tra le diverse situazioni personali e familiari. Di conseguenza, il ristretto, che subisce il trattamento ingiustificatamente deteriore, può di certo lamentare la lesione di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, vale a dire la lesione del diritto a godere di condizioni di vita identiche a quelle riservate agli altri ristretti che si trovino nella medesima situazione (artt. 1, comma 2, e 3 o.p.).

### 9.1. *L'assegnazione dei detenuti ai diversi circuiti penitenziari e il raggruppamento nelle sezioni.*

Oltre alle determinazioni di natura organizzativa ed a carattere generale, quali sono, ad esempio, quelle che differenziano gli istituti penitenziari in ragione della diversa tipologia di detenuti da ospitare (artt. 14, comma 2, o.p., 31 e 32 d.P.R. n. 230 del 2000), anche taluni provvedimenti amministrativi individuali (strettamente connessi a dette determinazioni organizzative), quali sono, per l'appunto, i provvedimenti che dispongono l'assegnazione del detenuto al circuito penitenziario di Alta Sicurezza, anziché a quello di Media sicurezza<sup>154</sup>, non sono, di per se stessi, in grado di incidere sui diritti dei detenuti, di modo che la loro erroneità non sempre è idonea a ledere situazioni giuridiche protette. Ed è questo, del resto, l'uniforme orientamento interpretativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, costituzionale e convenzionale<sup>155</sup>.

Secondo la Corte di cassazione, l'inserimento nel circuito di Alta Sicurezza (più precisamente, in uno dei sottocircuiti A.S.1, A.S.2, A.S.3) – in quanto "volto ad assicurare, nell'ambito dei poteri di organizzazione e sicurezza degli istituti, l'ordine interno e la personale incolumità dei detenuti" – non è assimilabile ai provvedimenti che applicano i regimi detentivi differenziati (artt. 14-bis e 41-bis, comma 2, o.p.). L'assegnazione ad una sezione del circuito Alta Sicurezza, infatti, non limita la

---

<sup>154</sup> V. la circ. DAP n. 3619/6069, 21 aprile 2009, che, dopo aver soppresso il circuito E.I.V. (regolato dalla circ. DAP n. 3479/5929, 9 luglio 1998), ha affiancato ai circuiti di Media sicurezza ed a Custodia attenuata un unico circuito penitenziario, definito di Alta Sicurezza, che si articola in tre differenti sottocircuiti: a) nel sottocircuito A.S.1, "dedicato al contenimento dei detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41-bis dell'o.p."; b) nel sottocircuito A.S.2, nel quale sono inseriti, automaticamente, "i soggetti imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza (delitti di cui agli artt. 270, 270-bis, 270-ter, 270-quater, 270-quinquies, 280, 280-bis, 289-bis, 306 c.p.); c) nel sottocircuito A.S.3, destinato ai detenuti per taluno dei reati previsti dall'art. 4-bis, comma 1, o.p., salve le eccezioni individuate dalla lett. circ. n. 20, 9 gennaio 2007 (sui tre predetti sottocircuiti, si vedano: R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *op. cit.*, pp. 200-201; C. BRUNETTI-M. ZICCONI, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010, pp. 316-318).

<sup>155</sup> Critica, tuttavia, A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 202-203.

partecipazione al trattamento rieducativo e alle attività consentite dal regolamento interno, ma comporta unicamente la collocazione del soggetto – per ragioni di opportunità – “in determinati istituti o sezioni a sorveglianza rafforzata, con la prescrizione di cautele dettate non solo in relazione alla sua particolare pericolosità, ma anche al fine di evitare atti di autolesionismo e aggressioni da parte di altri detenuti”. Ciò vuol dire che il provvedimento con il quale è disposto l’inserimento del detenuto in uno dei citati sottocircuiti, essendo di esclusiva e discrezionale competenza dell’Amministrazione penitenziaria, “ove non ecceda la funzione tipica che gli è propria, non è in sé suscettibile di ledere diritti soggettivi e si sottrae quindi al controllo del Magistrato di sorveglianza, mentre possono costituire ammissibile oggetto di reclamo le singole disposizioni o atti esecutivi che siano in concreto lesivi dei diritti incompressibili del detenuto<sup>156</sup>”.

Ad analoga conclusione perviene la Corte costituzionale, che ritiene siano sussistenti “situazioni giuridiche cui va riconosciuta la consistenza di diritti soggettivi”, nel caso in cui l’inserimento nel circuito detentivo E.I.V. (ora A.S.1 e A.S.2) intacchi il diritto del condannato alla rieducazione, determinando una esecuzione della pena organizzata e modulata in modo da non consentirgli di realizzare un percorso reale di recupero e risocializzazione. Anche per la Consulta, dunque, l’inserimento in un determinato circuito penitenziario non determina, di per sé, la lesione dei diritti del detenuto, dovendosi, invece, individuare la specifica disposizione che dà luogo alla illegittima compressione della situazione giuridica di vantaggio riconosciuta al ristretto. Questo significa, in altri termini, che “le doglianze proponibili devono consistere in pretese astrattamente riconducibili ad un diritto soggettivo, e non possono investire questioni di mera opportunità rimesse a valutazioni discrezionali dell’Amministrazione<sup>157</sup>”.

Nella stessa direzione, infine, sembra muoversi anche la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale, sviluppando un precedente arresto giurisprudenziale<sup>158</sup>, è giunta ad affermare che soltanto l’eventuale limitazione ad un diritto di “carattere civile” (che colpisca, ad esempio, le visite dei membri della famiglia o la corrispondenza epistolare) può essere oggetto di reclamo innanzi all’autorità

---

<sup>156</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 46269, 24 ottobre-12 dicembre 2007 – massima in ZAPPA-MASSETTI, cit., pp. 613-614 –, la quale precisa, inoltre, come non sia corretto affermare che la qualificazione Alta sicurezza sia preclusiva ai benefici penitenziari, dal momento che “la pericolosità in tal sede ritenuta investe esclusivamente l’ordine interno dell’istituto e la protezione non solo degli altri detenuti, ma dello stesso interessato”, essendo “concettualmente del tutto distinta dalla pericolosità sociale rilevante agli effetti dei benefici penitenziari”, che è proiettata all’esterno”. Invero, “l’accesso ai detti benefici dipende dalle indipendenti decisioni di organi giurisdizionali, in nessun modo vincolati a valutazione dell’Autorità amministrativa”. Conf. Cass. pen., sez. I, sent. n. 39974, 16-27 ottobre 2008, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1015; Cass. pen., sez. I, sent. n. 36246, 21 settembre-3 ottobre 2007, *ivi*, 2008, p. 825; Cass. pen., sez. I, sent. n. 14487, 3 febbraio-24 marzo 2004, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2351; Cass. pen., sez. I, sent. n. 31807, 10 giugno-3 agosto 2009, in ZAPPA-MASSETTI, cit., p. 614.

<sup>157</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 266 del 2009, *cit.*, p. 3773

<sup>158</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, sent. 11 gennaio 2005, Musumeci c. Italia, in *Guida dir., Dir. comun. intern.*, 2005, 2, p. 82.

giudiziaria di sorveglianza; sicché la decisione di collocamento in un settore E.I.V. (*ora, sottocircuito A.S.1*) non potrebbe essere di per sé contestata dal detenuto che volesse rimetterne in questione la fondatezza<sup>159</sup>.

Se – sulla scorta dell’indirizzo giurisprudenziale prevalente – l’inserimento in un determinato circuito penitenziario non determina, di per sé, la lesione dei diritti del detenuto<sup>160</sup>, a maggior ragione, non dovrebbe incidere su alcuna posizione soggettiva di vantaggio l’assegnazione dei detenuti ad una delle sezioni d’istituto appartenenti al medesimo circuito penitenziario. Tuttavia, l’argomento *a fortiori* si fonda sull’implicita premessa che gli istituti appartenenti al medesimo circuito penitenziario siano organizzati – per lo meno astrattamente – tutti allo stesso modo. Laddove la premessa non fosse confermata, l’argomento non potrebbe essere impiegato e la questione interpretativa andrebbe affrontata verificando se la diversa organizzazione degli istituti si risolve in un ampliamento o in una restrizione della sfera giuridica dei detenuti.

La questione non ha valenza puramente teorica, ma assume un rilievo concreto a seguito dell’istituzione – nell’ambito del circuito regionale di Media sicurezza (art. 115, comma 1, d.P.R. n. 230 del 2000) – di particolari sezioni a “regime aperto”, che, a differenza delle altre sezioni d’istituto, sono caratterizzate dal superamento del “criterio di perimetrazione della vita penitenziaria all’interno della camera di pernottamento”. In questi reparti, infatti, il perimetro della detenzione dovrà estendersi quantomeno ai confini della sezione o, dove possibile, anche agli spazi aperti esterni alla stessa”. All’interno del nuovo perimetro, la vita penitenziaria sarà connotata da libertà di movimento, secondo precise regole di comportamento<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1956 (*conf.* Corte eur. dir. uomo, sez. II, dec. 6 ottobre 2009, *Pesce c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, sez. II, dec. 28 maggio 2013, *Rosmini c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, sez. II, dec. 1 aprile 2014, *Bellomonte c. Italia*).

<sup>160</sup> In verità, l’assunto secondo il quale l’inserimento nel circuito di Alta Sicurezza non è, di per sé, in grado di incidere sui diritti dei detenuti non sembra tenere in debita considerazione le determinazioni amministrative che disciplinano la vita all’interno dei diversi circuiti penitenziari. In proposito, assume rilievo la regolamentazione dei colloqui visivi e telefonici con i familiari e, segnatamente, la previsione amministrativa che, per un’ampia categoria di detenuti inseriti nel circuito di Alta Sicurezza (imputati, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, condannati e internati), stabilisce che siano immediatamente legittimati al colloquio con il ristretto unicamente i congiunti e gli affini sino al terzo grado; mentre, per i detenuti inseriti nel circuito di Media Sicurezza, l’immediata legittimazione al colloquio è garantita ai congiunti e agli affini sino al quarto grado (cfr. circ. DAP n. 3478, 8 luglio 1998). Ciò vuol dire che, senza dubbio alcuno, l’assegnazione al circuito di Alta sicurezza comprime, di per se stessa, la sfera degli affetti, limitando l’esercizio del diritto del detenuto alla “piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell’ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia”. Sul punto, v. G.M. NAPOLI, *Salute, affettività e libertà di corrispondere e comunicare. I diritti fondamentali alla prova del carcere*, Torino, 2014.

<sup>161</sup> V. la circ. DAP n. 3594/6044, 25 novembre 2011, relativa alle *Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione*, in ZAPPA-MASSETTI, cit. pp. 796 e ss. (così come integrata dalla cir. DAP n. 206745, 28 maggio 2012, inerente alla *Realizzazione circuito regionale ex art. 115 d.P.R. 30 giugno 2000: linee programmatiche*, *ivi*, pp. 805-807, e dalla Cir. DAP n. 3649/6099, 22 luglio 2013, concernente la *Realizzazione circuito regionale ex art. 115 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230: linee guida sulla*

In tale contesto, giacché è evidente che il provvedimento di ammissione e quello di revoca dell'assegnazione alle sezioni "a regime aperto" sono in grado di incidere sulla sfera giuridica del detenuto, non pare possa sorgere dubbio alcuno sul fatto che il canone della *proporzionalità* debba operare su due distinti versanti.

Anzitutto, sul versante dell'assegnazione, poiché, se è certo che l'istituzione, l'organizzazione ed i presupposti generali di ammissione a siffatte sezioni sono rimessi alle insindacabili scelte discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria, è, altresì, ovvio che i singoli provvedimenti con i quali si dispone l'assegnazione dei detenuti non devono determinare disparità di trattamento. A meno che non si tratti di disparità giustificate dalla diversità delle specifiche condizioni in cui versano i soggetti presi in considerazione, dovendosi ribadire il criterio secondo il quale 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"<sup>162</sup>.

In secondo luogo, il canone della proporzionalità deve orientare la decisione di revocare una precedente ammissione al "regime aperto" (cioè la decisione di disporre il ritorno ad una sezione a "regime chiuso" del detenuto che si sia dimostrato inidoneo ad un regime detentivo meno "custodiale" di quello "chiuso"). È questo, infatti, un provvedimento che, comprimendo posizioni soggettive di vantaggio (in particolare, il "residuo" di libertà personale del detenuto), deve essere adottato a seguito di un attento bilanciamento tra il grado del sacrificio imposto al valore connesso ad un determinato interesse secondario (per l'appunto, alla "residua" libertà personale del ristretto) e il livello di importanza del beneficio da arrecare ai valori correlati all'interesse primario (identificato nell'esigenza di mantenere l'ordine e la sicurezza all'interno della sezione a "regime aperto").

Anche in tale ambito, dunque, la proporzionalità è sia criterio legale, che deve orientare l'azione dell'Amministrazione penitenziaria, sia parametro di giudizio, che deve indirizzare la decisione del giudice chiamato a sindacare la legittimità della determinazione amministrativa. Sicché *idoneità, necessità, adeguatezza tecnica e*

---

*sorveglianza dinamica*, cit.), con la quale sono stati fissati i criteri oggettivi per l'istituzione – nell'ambito del circuito regionale di media sicurezza – di Case di reclusione o sezioni di Casa di reclusione a "regime aperto", destinate ai condannati che presentino una scarsa pericolosità. L'ammissione del detenuto al "regime aperto" presuppone un'analitica valutazione della sua pericolosità, che tenga conto di precisi parametri, quali: il fatto-reato evidenziato nel titolo che ha originato la detenzione, l'appartenenza a conserterie criminali, la condotta intramuraria, la partecipazione alle attività trattamentali. La circolare DAP, peraltro, disciplina sia il procedimento di ammissione a tali istituti o sezioni, sia i presupposti per la revoca del provvedimento di ammissione. In merito alla circ. DAP del 25 novembre 2011, cfr. A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime "aperto" per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidiario all'interno delle carceri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011; F. TRISI, *Le nuove Modalità di Esecuzione della Pena: il regime penitenziario aperto*, in TRISI-DE AMICIS-RACITI, *Il Carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Giulianova, 2014, pp. 13 e ss.; I. DE AMICIS, *Fondamenti giuridici del regime detentivo aperto*, ivi, pp. 33 e ss.; R. DEL COCO, *Il sovraffollamento carcerario e l'ultimatum di Strasburgo*, in DEL COCO-MARAFIOTI- PISANI (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014, p. 18.

<sup>162</sup> Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, op. cit., p. 73.

*proporzionalità in senso stretto* sono, al contempo, requisiti essenziali dell'attività amministrativa e parametri giudiziali di verifica della legittimità dell'azione dell'autorità pubblica<sup>163</sup>.

## 10. L'uso proporzionato del potere amministrativo: quadro di sintesi.

La doverosa realizzazione dell'interesse primario affidatole in cura dalla legge, e – sotto tale profilo – il doveroso perseguimento di predeterminate finalità pubbliche, impongono all'Amministrazione penitenziaria "l'obbligo" di attivarsi al verificarsi della situazione di fatto che costituisce la premessa legale per l'esercizio del potere.

A detta "doverosità finale" si affianca anche una – più o meno accentuata – "doverosità strumentale", giacché l'Amministrazione non è assolutamente libera di adottare il mezzo che ritenga più opportuno al fine di raggiungere un determinato obiettivo, l'attività amministrativa essendo circoscritta entro precisi limiti legali. Talvolta, tali limiti sono particolarmente stringenti, come nelle ipotesi in cui l'Amministrazione è rigidamente vincolata all'adozione di una specifica misura legislativamente imposta. Altre volte, invece, la legge garantisce una "certa dose di facoltà" di scelta in ordine al contenuto e alle concrete modalità di esercizio del potere pubblico. Si tratta, in particolare, dei casi in cui l'Amministrazione può scegliere la misura che – tra quelle normativamente definite – consenta di realizzare, nel modo migliore, l'interesse primario. E, rispetto a questi ultimi casi, il canone della proporzionalità sembra atteggiarsi diversamente a seconda che, nell'individuazione dell'intervento più appropriato, sia sufficiente impiegare i criteri tecnici *della necessità* e *dell'adeguatezza*, oppure si debba ricorrere al più complesso canone *della proporzionalità in senso stretto*.

Proprio in ragione della diversità delle situazioni cui si è appena fatto cenno, è possibile enucleare tre diversi ambiti di operatività del criterio d'azione di cui trattasi.

Innanzitutto, vi sono i casi in cui "il dovere finale" pretende l'impiego delle sole misure definite, in modo preciso e tassativo, dalla legge (v. *supra*, §§ 4.-5.). In questo ambito, infatti, è stato lo stesso legislatore a bilanciare gli interessi contrapposti e ad indicare la misura limitativa dei diritti dei detenuti ritenuta proporzionata, non rimettendo all'Amministrazione alcuna facoltà di modulare diversamente l'intervento in considerazione delle peculiarità del caso concreto.

In secondo luogo, vi sono le ipotesi in cui la scelta di una misura proporzionata avviene all'esito di mere valutazioni, di carattere tecnico, in ordine alla concreta *idoneità* e alla *necessarietà* di un mezzo rispetto allo specifico fine da raggiungere (v. *supra*, § 6.). In questo ambito, dunque, l'Amministrazione non deve procedere all'ultimo dei passaggi che connotano il giudizio sulla proporzionalità di un mezzo, ma

---

<sup>163</sup> Sul carattere "bivalente" del principio di proporzionalità, "applicabile con analogia sistematicità tanto dall'Amministrazione nello svolgimento della propria azione amministrativa, quanto, in seconda battuta, dal giudice di legittimità nello svolgimento della propria azione di controllo", v. S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità, op. cit.*, p. 170.

deve limitarsi ad adottare: *a)* l'unica misura che – in ragione delle peculiari circostanze del caso concreto – abbia la concreta capacità tecnica di realizzare l'obiettivo imposto dalla norma attributiva del potere; *b)* la misura che – tra quelle aventi un identico grado di afflittività – presenti il più elevato livello di idoneità a (di capacità tecnica di) perseguire uno specifico fine pubblico; *c)* la misura che – tra quelle parimenti efficaci a raggiungere un determinato scopo – imponga il minor sacrificio alle posizioni soggettive di vantaggio di cui è titolare il detenuto.

Infine, vi sono i casi in cui alla “doverosità finale” si affianca una più accentuata dose di facoltà di scelta dello strumento in grado di realizzare l'interesse primario nel migliore dei modi possibili, ovverosia nella maniera più efficace, ma senza comprimere eccessivamente ed ingiustificatamente i contrapposti interessi secondari (v. *supra*, § 8.). Sono queste le situazioni in cui l'Amministrazione – avendo a propria disposizione molteplici strumenti, caratterizzati da diversa efficacia e da differente capacità invasiva – deve adottare la misura restrittiva che garantisca un equilibrato rapporto tra il grado di soddisfazione dell'interesse pubblico e il livello d'intensità del sacrificio imposto ai diritti del detenuto.

Nelle prime due delle situazioni sopra descritte (in apparenza, le meno complesse, dal momento che l'esercizio del potere pubblico non presuppone un complicato contemperamento degli interessi contrapposti), è possibile, tuttavia, che l'unica misura idonea o necessaria o prescritta dalla legge risulti, in concreto, inadeguata, poiché impone agli interessi della persona *in vinculis* un sacrificio sovrabbondante rispetto alla rilevanza del beneficio sperato; ovvero perché, pur non comportando un sacrificio eccessivo in rapporto alla rilevanza del fine perseguito, intacca, comunque, il “nucleo essenziale” di un diritto fondamentale del detenuto. Proprio al verificarsi di quest'ultima situazione, l'Amministrazione si trova dinanzi al dilemma di non impiegare il mezzo inadeguato, in tal modo disattendendo il dovere di realizzare l'interesse pubblico, oppure di impiegarlo, ma, così facendo, intaccando in modo eccessivo i contrapposti diritti del detenuto. Nella risoluzione di tale dubbio – si è visto – l'Amministrazione non vanta alcuna facoltà di scelta, giacché, dovendosi sempre perseguire l'interesse primario, soltanto altre disposizioni costituzionali o convenzionali possono imporre di recedere – in modo parziale o totale – dal fine pubblico, in vista della tutela di un diritto fondamentale incompressibile o comprimibile purché non si travalichi una determinata soglia di tollerabilità. Questo comporta non soltanto che la doverosa recessione del fine pubblico è fenomeno imprescindibile in un sistema che miri alla piena ed effettiva tutela dei diritti inviolabili della persona ristretta, ma, altresì, che tali diritti si pongono come “grimaldelli sempre più idonei a forzare l'interesse primario stesso, sino a scardinarlo e a farlo recedere del tutto”<sup>164</sup>.

Il canone di condotta della proporzionalità, benché sia destinato a guidare l'esercizio dei poteri autoritativi che si estrinsecano in misure capaci di comprimere la

---

<sup>164</sup> In questi termini, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, op. cit., p. 317.

sfera giuridica della persona ristretta, trova spazi di operatività anche nell'ambito di quegli interventi amministrativi di natura organizzativa, a fronte dei quali il detenuto vanta non posizioni giuridiche di vantaggio, bensì mere aspettative di fatto (v. *supra*, § 9).

In queste ultime situazioni (ma non solo in queste), assume fondamentale rilievo la prospettiva c.d. orizzontale del criterio d'azione in questione. Valorizzando questa prospettiva, è possibile stabilire non quale sia la giusta (in quanto proporzionata) entità del sacrificio imposto ad un diritto del detenuto in vista del perseguimento di un fine pubblico (prospettiva c.d. verticale del canone della proporzionalità), ma se sia legittimo l'eventuale trattamento differenziato riservato alla persona *in vinculis*. Infatti, affinché sia legittima l'adozione di una misura organizzativa che comporti una differenziazione delle modalità del trattamento al quale sono sottoposti i detenuti, è necessario ricorra una duplice condizione. Anzitutto, che la disparità abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole, e sia indispensabile al fine di perseguire uno scopo legittimo. Poi, che l'entità del divario venutosi a determinare tra le diversificate modalità del trattamento sia proporzionata all'entità della distanza esistente tra le diverse condizioni soggettive prese in considerazione dall'autorità pubblica ai fini della decisione (si pensi, ad esempio, alla diversa pericolosità penitenziaria, ovvero alle differenti esigenze personali o familiari). Del resto, la prospettiva c.d. orizzontale del criterio della proporzionalità, in quanto esplicazione del fondamentale principio di uguaglianza, deve permeare di sé ogni ambito dell'attività amministrativa, essendo essa strettamente connessa alla prospettiva c.d. verticale.