

# INFRADIRITTO E LIBERTÀ PERSONALE: RIFLESSIONI INTORNO A INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO

**SILVIA TALINI**

*Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi Roma Tre  
silvia.talini@uniroma3.it*

## **ABSTRACT**

The work starts with an analysis of the principles of rehabilitation and the prohibition of inhuman treatments which stem from the Italian Constitution (article 27, third paragraph) and the Prison Act (Law no. 354/1975). Starting from a study of statutory law and its practical application the paper provides a description of the “infra-penalties” in the Italian criminal system in order to bring out critical points and questionable compatibility with the Italian Constitution.

## **KEYWORDS**

Personal freedom, Constitution, Penitentiary, Legal certainty, Rule of law.

## **1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE: DALL’“INFRADIRITTO” ALLA “INFRA-PENALITÀ”**

Michel Foucault nella sua opera più nota, *Sorvegliare e punire*, descrive una forte torsione del “diritto”, astrattamente inteso, per effetto delle discipline: la loro funzione subirebbe un’allarmante (e silente) metamorfosi nel passaggio dal piano astratto-teoretico a quello concreto. Scrive il filosofo francese: «in apparenza le discipline non costituiscono altro che un infra-diritto. Sembrano immergere fino al livello infinitesimale delle singole esistenze, le formule generali definite dal diritto; o ancora, appaiono come metodi di un apprendistato che permette agli individui di integrarsi alle esigenze generali». Dunque le discipline, sotto il profilo della loro funzione teorica, «perpetuerebbero lo stesso tipo di diritto cambiandolo di scala e rendendolo con ciò più minuzioso e senza dubbio più indulgente»<sup>1</sup>. Le stesse

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975, trad. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 2014 (rist.), 242.

discipline, purtuttavia, nella loro opera di capillare traduzione del diritto costituiscono, piuttosto, «una sorta di controdiritto» che assolve alla funzione «di introdurre dissimmetrie insormontabili e di escludere le reciprocità». E dunque: «se il giuridismo universale della società moderna sembra fissare i limiti dell'esercizio dei poteri, il suo panoptismo diffuso ovunque vi fa funzionare, di contro al diritto, un meccanismo immenso e minuscolo insieme, che sostiene, rinforza, moltiplica la dissimmetria dei poteri e rende vani i limiti che le sono stati posti».

Si tratta di un fenomeno in grado di incidere significativamente sulla libertà della persona tanto da indurre lo stesso Autore a parlare di “infra-penalità”. Le discipline «incasellano uno spazio che le leggi lasciano vuoto; qualificano e reprimono una serie di comportamenti che per il loro interesse relativamente scarso sfuggono ai grandi sistemi di punizione» utilizzando una serie di procedimenti, «che vanno dal lieve castigo fisico, a modeste privazioni, a piccole umiliazioni. Si tratta di rendere penalizzabili le più minuscole frazioni della condotta, e, nello stesso tempo, di conferire una funzione punitiva ad elementi, in apparenza indifferenti, dell'apparato disciplinare: al limite, ogni cosa potrà servire a punire la minima cosa; ogni soggetto si troverà preso in una universalità punibile-punente»<sup>2</sup>.

Così quelli che apparivano come i rigidi confini della “punizione” subiscono un implicito ampliamento comprendendo, di fatto, «tutto ciò che è capace di far sentire (...) l'errore commesso, (...) di umiliare, di dar un senso di confusione: un certo freddo, una certa indifferenza, un tormento, una umiliazione, una destituzione di posto».

È dunque evidente come il settore dell'esecuzione penale – a cui lo sguardo dell'Autore francese è in prevalenza rivolto – non possa che rappresentare uno dei principali ambiti in cui tale “infra-penalità” sia in grado di riversare i suoi effetti, facendo coesistere due tipologie di limitazioni: quelle “manifeste”, come conseguenza dell'applicazione di una sanzione penale a seguito di una pronuncia di condanna, e quelle “silenti” discendenti dall'infra-penalità intesa come insieme di restrizioni ulteriori ed eterogenee che sfuggono, di fatto, ai principi posti dal sistema punitivo (e costituzionale).

Trascorsi quarantacinque anni dalla prima pubblicazione di “Sorvegliare e punire” occorre dunque domandarsi se, nonostante l'evoluzione della normativa penitenziaria, le riflessioni sin qui (sinteticamente) richiamate conservino la loro attualità e dove possa individuarsi l'argine costituzionale agli effetti illeciti della infra-penalità nel sistema di esecuzione delle pene.

<sup>2</sup> *Idem*, 195.

## 2. IL “PROGETTO GIURIDICO”: UMANITÀ E FINALISMO RIEDUCATIVO NEL SISTEMA COSTITUZIONALE E NELLA NORMATIVA PENITENZIARIA

Nel tentativo di comprendere quale sia l'attuale incidenza dell'infradiritto (e dell'infra-penalità) all'interno del sistema di esecuzione, non può prescindere da alcune brevi riflessioni preliminari in ordine a senso e funzione della pena nell'ordinamento costituzionale e, soprattutto, sul sistema delle fonti chiamato - almeno sotto il profilo formale - a regolarlo. In effetti, è solo prendendo le mosse da un'analisi concernente la struttura giuridica che il diritto pone a protezione della persona ristretta, che può comprendersi quando una restrizione oltrepassi i limiti posti dai principi costituzionali divenendo, fraudolentemente, “controdiritto”.

Parametro costituzionale di riferimento, perno attorno a cui ruota la tutela della persona privata della libertà, è l'articolo 27, terzo comma, della Costituzione a norma del quale: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». È una finalità che non si identifica con l'indottrinamento morale del detenuto o con l'obbligatorietà del pentimento; il percorso rieducativo deve tendere unicamente al reingresso della persona nel consesso sociale, identificandosi con il termine “risocializzazione”<sup>3</sup>.

A sostegno dei principi contenuti nell'art. 27, terzo comma è posta un'articolata trama costituzionale in cui rileva, *in primis*, il «principio supremo della libertà-dignità»<sup>4</sup> discendente dal combinato disposto degli articoli 2 e 3 Cost. che, seppur non direttamente rivolti all'esecuzione penale, si pongono quali “ancore normative” dei diritti inviolabili riconosciuti alla persona in quanto tale, a prescindere da ogni valutazione in ordine alle condotte poste in essere<sup>5</sup>. Tale principio supremo è dunque espressione di tutti i valori metagiuridici legati ai doveri di solidarietà e al rispetto della dignità e, pervadendo l'intera Costituzione repubblicana, impone una sua garanzia in riferimento a tutte le azioni in cui la personalità umana si manifesta (ivi compresa la commissione di condotte illecite). La valenza inderogabile degli articoli

<sup>3</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, 57; G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova 1964, 11-12.

<sup>4</sup> La nota espressione è contenuta in F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 107.

<sup>5</sup> Sulla lettura congiunta degli artt. 2 e 3 Cost. cfr., *ex plurimis*: P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2010; A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, 224 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI (1989), 1 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 56. Per una riflessione recente sul principio di libertà-dignità della persona quale paradigma che si pone al centro della trama costituzionale in materia di diritti fondamentali, v. M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Torino 2020, 119-122.

2 e 3 Cost. anche nel sistema di esecuzione delle pene comporta, dunque, che i pubblici poteri devono assicurare il pieno rispetto dei diritti inviolabili e della dignità di ciascun detenuto, rendendo effettivo ogni percorso rieducativo rivolto al reinserimento sociale<sup>6</sup>.

Nella complessa architettura costituzionale a tutela della persona ristretta rileva, inoltre, l'articolo 13 quale insostituibile baluardo posto dai Costituenti a difesa della libertà personale: ribadendo al primo comma la sua inviolabilità<sup>7</sup>, esso delinea i rigidi confini entro i quali la stessa possa soffrire limitazioni in ragione di esigenze di pubblica sicurezza. Si tratta dei noti istituti della riserva di legge e di giurisdizione: ogni prescrizione - sostanziale o procedurale - che importi restrizioni alla libertà personale deve necessariamente essere introdotta mediante fonte primaria, così garantendo il controllo democratico sulle misure idonee a incidere sui diritti fondamentali<sup>8</sup>. Contemporaneamente la riserva di giurisdizione impone che ogni forma

<sup>6</sup> Una compressione dei diritti dei detenuti è dunque legittima solo in presenza di contrapposti interessi costituzionali come la garanzia di specifiche esigenze di sicurezza. Tra le numerose sentenze dei giudici costituzionali in argomento, cfr. nn. 114/1979; 349/1993, 26/1999.

Sulla dignità in relazione allo stato di detenzione, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli 2014, 9 ss.; G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli 2014, 177 ss.; L. LIMOCIA, *Diritto penitenziario e dignità umana*, Napoli 2012.

<sup>7</sup> Il concetto di "inviolabilità della libertà personale", intesa anche come diritto all'autodeterminazione o all'autorealizzazione del singolo, è stato progressivamente ampliato - anche grazie ai numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale - nel senso di ricomprendervi la garanzia non solo della libertà fisica ma, più ampiamente, della "libertà psicofisica" (F. MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, cit., 11 ss.). In questo senso è stato autorevolmente affermato che il concetto di libertà personale deve essere inteso come non del tutto comprimibile nemmeno durante lo stato di detenzione, in quanto «esprime l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica» (M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, 65).

Ampiamente, sull'articolo 13 Cost., tra i molti, cfr. P. CERETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2017, 195 ss.; L. Elia e M. Chiavario (a cura di), *La libertà personale*, Torino 1977; A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV (1974), 287 ss.; G. AMATO, *La libertà personale*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza 1967; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967.

In particolare sul rapporto esistente tra libertà personale e autorità, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

<sup>8</sup> Si affianca a tale previsione la riserva di legge in materia penale contenuta nell'art. 25, secondo comma, Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Sul punto cfr., tra i molti, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari 2018; F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione diretto da G. Branca*, Bologna 1981, 231 ss.; F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 232-233.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, 1, Torino 1992, 54 ss. Analogamente G. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano 1978, 128.

di «detenzione, ispezione o perquisizione personale», nonché «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» sia adottata mediante atto motivato dell'autorità giudiziaria competente, così garantendo l'effettività del controllo giudiziale nella delicata fase esecutiva di qualsivoglia misura restrittiva della libertà. Ogni limitazione al contenuto di tale diritto eccedente il rispetto dei richiamati scopi acquista, pertanto, un illegittimo valore afflittivo supplementare, «inammissibile in un ordinamento basato sulla centralità della persona, che trova nella privazione della libertà personale il limite massimo di punizione non oltrepassabile»<sup>9</sup>.

Gli sforzi compiuti dai Costituenti verso un radicale mutamento di paradigma nel modo di concepire ristretti, luoghi di detenzione e – più ampiamente – il sistema di esecuzione penale, hanno trovato formale attuazione a metà degli anni '70: nella riforma penitenziaria<sup>10</sup>, umanizzazione e risocializzazione permeano l'intera materia modellandola secondo le indicazioni offerte dalla Costituzione. Il radicale mutamento rispetto al passato<sup>11</sup> traspare non solo dal contenuto delle singole disposizioni quanto, anche, dalla loro collocazione sul piano sistematico: il nuovo ordinamento penitenziario (di seguito o.p.) si apre parafrasando il dettato costituzionale disponendo che: «Il trattamento (...) deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni (...)» (articolo 1, comma 1, o.p.).

Dunque nel nuovo sistema di esecuzione i principi di umanità e finalismo rieducativo esprimono la loro portata come «tendenza alla riduzione delle forme di coercizione e violenza (fisica e psichica) sui corpi»<sup>12</sup>, modificando l'idea secondo cui la pena detentiva rappresenti l'unica risposta agli illeciti, eseguita mediante un trattamento afflittivo e in un luogo isolato. L'esecuzione penale, al contrario, diviene un sistema complesso nel quale devono predisporre interventi capaci di offrire a ciascun ristretto – mediante la garanzia dei suoi diritti (artt. 1, 4, e 15 o.p.) – nuovi strumenti e competenze per la vita futura.

Può quindi dirsi che la riforma penitenziaria del '75, almeno sotto il profilo astratto-normativo, abbia assolto all'obbligo di adempimento indicato dall'art. 27, terzo comma, Cost. rappresentando il punto di arrivo di una lenta e progressiva evoluzione concettuale del c.d. “rapporto punitivo”, il quale, purtuttavia, presenta

<sup>9</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 179.

<sup>10</sup> L. 26 luglio 1975 n. 354 (“Norme sull'Ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”) il cui Regolamento di esecuzione è contenuto nel d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

<sup>11</sup> Il precedente Regolamento penitenziario (R.D. 18 giugno 1931, n. 787), approvato in epoca fascista, si fondava su una visione profondamente afflittiva della sanzione penale; accanto alla pena di morte l'unica sanzione applicabile era il carcere, un luogo isolato in cui i detenuti non erano titolari di diritti.

<sup>12</sup> M.C. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli 2001, 7.

ontologicamente una costante storica condizionante: lo stato di soggezione-subordinazione della persona ristretta al potere pubblico mediante la segregazione fisica del corpo e la perdita della maggior parte del potere decisionale.

È in questa fisiologica condizione che devono rintracciarsi, ancora oggi, quegli effetti “occulti” e “sfuggenti” prodotti dall’infradiritto. In effetti, oltre agli ambiti cui la disciplina ordinamentale ha offerto copertura positiva esistono, innegabilmente, diverse “aree grigie” nella concreta disciplina della vita penitenziaria che troppo spesso sfuggono ai principi imposti dal richiamato “progetto giuridico” in ambito di esecuzione penale.

### 3. LE CIRCOLARI MINISTERIALI COME POSSIBILI “VETTORI” DI INFRA-PENALITÀ

A seguito della riforma penitenziaria del '75 autorevole dottrina ha rilevato come una delle novità più significative del nuovo assetto normativo potesse rinvenirsi nell'aver regolato la materia penitenziaria con legge formale<sup>13</sup>: per la prima volta in Italia la disciplina riguardante l'organizzazione penitenziaria e il trattamento dei detenuti è disposta in ossequio alle richiamate riserve di legge poste dagli articoli 13, secondo comma e 25, secondo comma, della Costituzione. Non si tratta di un mutamento avente natura puramente formale, avendo reso possibile – almeno sotto il profilo delle fonti del diritto – la sottoposizione delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario al controllo di costituzionalità, fino ad allora precluso, di porre al riparo i diritti da possibili atti arbitrari dell'esecutivo e di limitare il potere discrezionale delle autorità penitenziarie nella loro applicazione<sup>14</sup>.

Tuttavia volgendo lo sguardo dal “progetto giuridico” alla disciplina in concreto, si rileva come tale cambiamento abbia ormai perso gran parte della sua rilevanza soprattutto per effetto del sempre crescente (ab)uso della decretazione d'urgenza in materia penitenziaria<sup>15</sup> e, per ciò che in questa sede maggiormente interessa, alla crescente incisività assunta dalle circolari amministrative, soprattutto in riferimento alla regolamentazione di numerosi aspetti inerenti alla vita detentiva.

Lontani dal porsi come meri provvedimenti interni, volti ad organizzare azione, struttura e funzionamento delle attività spettanti alle amministrazioni pubbliche, le circolari posseggono sempre più spesso un sostanziale contenuto precettivo avente

<sup>13</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 54 ss.

<sup>14</sup> *Idem*, 54 ss.

Analogamente G. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano 1978, 128.

<sup>15</sup> Sul punto sia consentito un rinvio a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018, 49-50 e cap. 2, par. 2.4.

valenza esterna<sup>16</sup>, senza tuttavia che sia possibile sottoporle al vaglio del controllo da parte del Giudice delle leggi. Il pericolo, evidentemente, risiede proprio nella creazione di un’“infra-penalità” per mezzo dell’attribuzione “occulta” di un vasto potere integrativo – non previsto dalla Costituzione – alle pubbliche amministrazioni, in grado di creare vere e proprie disposizioni che, pur incidendo su diversi aspetti della vita dei cittadini sono poco conoscibili, possono mutare assai velocemente<sup>17</sup> e sfuggono al controllo di costituzionalità riservato – come noto – alle fonti di rango primario.

Il rischio di una proliferazione di restrizioni derivanti dalla “infra-penalità” generata dalle circolari, è tanto maggiore in quei settori come l’esecuzione penale in cui il legislatore è intervenuto con pochi e lacunosi interventi di riforma, lasciando ampio margine di azione agli atti di natura integrativo-discrezionale delle autorità penitenziarie con il pericolo di una sempre crescente «manipolazione amministrativa delle norme»<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> In riferimento alla difficile qualificazione giuridica da attribuire alle circolari, cfr. F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III (1989), 54 ss., secondo cui potrà parlarsi di rilevanza esterna delle circolari solo per quelle «mediante le quali un’autorità sopraordinata detti una o più regole di comportamento vincolanti per i destinatari. Soltanto in tali ipotesi l’osservanza o meno di una circolare amministrativa può produrre effetti esterni, traducendosi nel rispetto o nella violazione del dovere di obbedienza del pubblico dipendente che trova la propria fonte in un atto normativo esterno dell’ordinamento generale statale». Si veda altresì M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enciclopedia del diritto*, VII (1960), 1 ss., per il quale le circolari, che nascono dal gergo militare come mezzo attraverso il quale il comando diffonde i propri ordini, non costituiscono atti amministrativi a sé stanti, concretizzandosi in strumenti volti a portare a conoscenza gli atti interni delle pubbliche amministrazioni di contenuto eterogeneo.

In generale sulla posizione e sulla funzione delle circolari all’interno del sistema amministrativo cfr., tra i molti, F. SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in *Nuove autonomie*, 3 (2012), 487 ss.; G. DI GENIO, *Sulla irrilevanza normativa delle circolari amministrative*, in *Il diritto dell’economia*, 2 (2009), 359 ss.; V. PEDACI, *Circolari amministrative e loro efficacia legislativa*, in *Nuova rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 5 (2009), 533 ss.; A. CATALANI, *Circolari amministrative ed interpretazioni della legge statale*, in *Rassegna parlamentare*, 2 (2001), 53 ss.

Sul rapporto tra principio di proporzionalità e azione amministrativa, M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna 2016, 11 ss.

<sup>17</sup> Sul punto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che «la circolare non vincola neanche la stessa autorità che l’ha emanata, la quale resta libera di modificare, disattendere e correggere l’interpretazione adottata» (Cass. civ., sez. Un., 2 novembre 2007, n. 23031).

<sup>18</sup> L’espressione, come noto, si deve a F. BRICOLA, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna 1977, 1. L’Autore osserva come la disciplina giuridica dell’esecuzione delle pene (soprattutto detentive) costituisca «uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l’illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme». Sulla manipolazione amministrativa delle disposizioni in ambito penitenziario, più di recente, F. FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 2810 ss.

In effetti, diverse sono le occasioni in cui il contenuto delle circolari ha suscitato – e tuttora suscita – forti dubbi di compatibilità con il sistema delle attribuzioni costituzionali.

Emblematico è il caso di due circolari<sup>19</sup> contenenti il divieto di ricevere libri, riviste e stampa da parte dei familiari, così come l'invio di tale materiale all'esterno, gravante sui detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p.<sup>20</sup>. Sottraendo i predetti divieti all'applicazione dell'art. 18-*ter* o.p. che, in ossequio alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15, secondo comma, Cost., conferisce alla sola autorità giudiziaria il potere di limitare, o sottoporre a visto di controllo, la corrispondenza in arrivo e in partenza dei detenuti, le due circolari introducono delle limitazioni aventi una forte rilevanza sui diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei ristretti. La questione è stata parzialmente risolta dalla Corte costituzionale a seguito del consolidamento della giurisprudenza di legittimità in relazione ai divieti imposti dalle richiamate circolari: non ritenendo l'invio e la ricezione di libri rientranti all'interno della nozione di "corrispondenza", i giudici hanno rigettato la questione in riferimento alla violazione della riserva di giurisdizione ex art. 15, secondo comma, Cost.<sup>21</sup>, ritenendo legittimi i divieti contenuti nei due atti amministrativi.

Non essendo questa la sede per entrare nel merito dalla delicata questione che la Corte era chiamata a risolvere circa la definizione dei confini costituzionali della nozione di "corrispondenza" in relazione all'osservanza della predetta riserva, la pronuncia – per ciò che qui interessa – appare un'occasione mancata, stante l'assenza di qualsiasi indicazione in ordine alla necessità di limitare il potere "creativo" delle circolari amministrative entro gli stretti limiti delle attribuzioni costituzionali<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Circolare n. 8845/2011 del 16 novembre 2011 e circolare dell'11 febbraio 2014.

<sup>20</sup> In sintesi può dirsi che il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. ("Situazioni di emergenza"), oltre a consentire l'adozione da parte del Ministro della Giustizia di provvedimenti restrittivi necessari a ripristinare l'ordine e la sicurezza compromessa da rivolte ovvero da altre gravi emergenze carcerarie (primo comma), permette allo stesso Ministro, quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, di sospendere le ordinarie regole del trattamento nei confronti di talune categorie di detenuti (secondo comma). A ciò si aggiunge la preclusione, per alcuni condannati, di accedere alle misure alternative alla detenzione e ai benefici premiali secondo i meccanismi descritti dall'art. 4-*bis* o.p. ("Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti").

In materia la dottrina è ampissima, si veda di recente anche in riferimento alle opere citate, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. Ruotolo e S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, 437-511.

<sup>21</sup> Corte cost., 8 febbraio 2017, n. 122.

<sup>22</sup> Sul punto M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cassazione penale*, 2 (2015), 843-853.



Occasione tanto più significativa se posta in riferimento alla più volte richiamata impossibilità per la Corte di sindacare direttamente il contenuto di tali atti<sup>23</sup>.

Analoghi dubbi in ordine alla liceità delle compressioni inerenti i diritti dei ristretti sono sorti riguardo alla circolare n. 0202222 del DGDT del 20 maggio 2011 che consente, ancora in riferimento ai reclusi sottoposti al regime speciale, la ricezione di uno o due capi firmati ma non la formazione di interi guardaroba costituiti da generi di lusso. La Magistratura di sorveglianza di Reggio Emilia, accogliendo il ricorso presentato da due detenuti, aveva disapplicato la circolare: nessuna limitazione ulteriore, oltre a quelle previste nel decreto ministeriale che applica il regime speciale, può essere imposta dell'amministrazione. Tale pronuncia è stata tuttavia ritenuta viziata da illogicità manifesta da parte della Corte di Cassazione, secondo cui il limite all'acquisto dei beni di lusso è volto a preservare la parità tra i detenuti e a non riproporre posizioni di predominio<sup>24</sup>.

Non volendo, ancora una volta, entrare nel merito della questione è qui sufficiente rilevare come la circolare non si sia limitata a disciplinare, o definire più nel dettaglio, una restrizione già contenuta all'interno della normativa penitenziaria introducendo una limitazione ulteriore rispetto a quelle contenute nel decreto applicativo del regime speciale che incide sulla vita detentiva del ristretto. La criticità, in altri termini, non si riscontra nell'introduzione di una limitazione funzionale al perseguimento di obiettivi legati ad esigenze di sicurezza e di gestione interna degli istituti penitenziari, quanto nello strumento utilizzato per raggiungere tale fine.

Devono da ultimo essere richiamate le circolari adottate delle autorità amministrative nel corso dell'emergenza sanitaria da COVID-19. I primi provvedimenti hanno introdotto diverse restrizioni in riferimento all'accesso per operatori e "terze persone" negli istituti penitenziari localizzati nei comuni della cd. "zona rossa" prevedendo, allo stesso tempo, la sospensione dei trasferimenti dei detenuti da e verso gli istituti rientranti nella competenza di alcuni provveditorati regionali<sup>25</sup>. Con

<sup>23</sup> Per un'esauritiva disamina che dal problema della qualificazione giuridica delle circolari amministrative giunge a puntuali riflessioni circa la loro incisività nel sistema dell'esecuzione penale, A. IANNUZZI, *Sulla natura giuridica e sul ruolo delle circolari amministrative nell'ordinamento penitenziario*, in R. Cardin e L. Manca (a cura di), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale, ordinamento interno e opinione pubblica*, Napoli 2016, 141 ss.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 2013, n. 42605. In argomento. F. PICOZZI, *È applicabile anche ai detenuti "41-bis" il divieto di possedere vestiti costosi?*, in *Cassazione penale*, 7-8 (2013), 2801 ss.

<sup>25</sup> Il riferimento è alle circolari adottate tra il 22 e il 26 febbraio 2020 e, in particolare, alla circolare del 22 febbraio. Più nel dettaglio a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, determinato dalla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP) è intervenuto attraverso circolari e note del 22 febbraio ("Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus"), del 25 febbraio ("Ulteriori indicazioni per la prevenzione del contagio del coronavirus") e del 26 febbraio (Indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da corona virus - regioni Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia). A tali circolari si affiancano

specifico riferimento agli ingressi e alle visite dall'esterno, se nei primi atti l'amministrazione aveva richiesto un'autocertificazione, senza distinzione tra familiari, volontari e associazioni (con l'esclusione del personale dell'amministrazione e delle aziende sanitarie), successivamente le circolari sono intervenute in termini assai più restrittivi andando progressivamente a limitare – e successivamente a precludere – gli ingressi e le uscite dagli istituti attraverso la sospensione dei colloqui, delle attività dei volontari e delle associazioni, dei permessi premio, della semi-libertà e del lavoro esterno<sup>26</sup>.

Si tratta, dunque, di provvedimenti che hanno condotto ad una profonda compressione dei diritti delle persone ristrette; basti pensare, a mo' di esempio, al diritto al lavoro, all'istruzione e alla formazione professionale, al diritto al reinserimento sociale tramite la garanzia delle attività trattamentali o al diritto al mantenimento dei rapporti affettivi, fortemente compresso mediante la sostituzione dei colloqui in presenza con incontri a distanza tramite videochiamata o un incrementato del numero delle telefonate consentite<sup>27</sup>.

Dunque, pur non potendosi negare la situazione di profonda (ed improvvisa) emergenza che i citati provvedimenti sono stati chiamati a fronteggiare, occorre rilevare come le scelte adottate in sede amministrativa abbiano introdotto, sin dai primi atti, vere e proprie limitazioni ai diritti delle persone ristrette disegnando un articolato sistema di provvedimenti che, in modo disorganico – sia nella forma, sia nei contenuti – hanno delineato un quadro difficilmente compatibile con i limiti imposti dal dettato costituzionale al potere discrezionale delle autorità amministrative.

#### 4. LE “ALTRE” IPOTESI DI INFRA-PENALITÀ

Le circolari ministeriali, tuttavia, non sono gli unici atti che possono produrre delle limitazioni potenzialmente idonee alla creazione di infra-penalità.

Su un piano diverso, quello del rapporto tra fonti primarie e secondarie, è stato recentemente rilevato come lo stesso regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 230/2000), non si sia limitato a specificare nel dettaglio le previsioni contenute nella legge n. 354/1975, avendo apportato vere e proprie

quelle adottate dal Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità (DGMC) del 22 e 25 febbraio 2020. Il DAP è da ultimo intervenuto in materia di emergenza sanitaria con “Ulteriori indicazioni” circa l'effettiva implementazione di quanto potesse essere progressivamente stabilito dal Ministero della salute per il trattamento di eventuali casi di Covid-19, nonché circa i trasferimenti per motivi di giustizia.

<sup>26</sup> V., in particolare, le circolari DAP del 25 febbraio 2020 e del 12 e 13 marzo 2020.

<sup>27</sup> Un'esaustiva indagine sui primi provvedimenti adottati negli istituti penitenziari italiani in risposta all'emergenza sanitaria da COVID-19 è contenuta in A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3 (2020), 7 aprile 2020.

modificazioni creative direttamente incidenti su posizioni soggettive dei detenuti. È il caso dell'art. 83, secondo comma, reg. esec., a norma del quale il detenuto, prima del trasferimento, deve obbligatoriamente essere sottoposto a perquisizione personale e visitato dal medico che ne certifica lo stato psico-fisico, con particolare riguardo alle condizioni che rendano possibile il viaggio. Secondo la dottrina «tale disposizione, pur mirando a tutelare la salute della persona *in vinculis*, viola tuttavia la riserva di legge prevista dall'art. 32, comma 2 Cost.: essa, infatti, sembra disciplinare compiutamente un'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio o comunque perlomeno di accertamento sanitario obbligatorio»<sup>28</sup>.

È inoltre dibattuta la competenza esclusiva attribuita all'Amministrazione penitenziaria, e non alla Magistratura di sorveglianza, ad adottare il provvedimento di assegnazione del detenuto al circuito di Alta sicurezza nonché a disporre i trasferimenti anche in caso di sovraffollamento<sup>29</sup>: si tratta, in effetti, di decisioni che non riguardano esclusivamente le scelte inerenti all'"allocazione" dei singoli detenuti all'interno del circuito penitenziario, incidendo significativamente anche sulla garanzia di alcuni diritti costituzionali. Si pensi, a titolo di esempio, alle differenziazioni inerenti alla partecipazione alle attività trattamentali per i detenuti assegnati al circuito di Alta sicurezza o, in maniera ancor più forte, all'interruzione delle attività di studio o di lavoro in caso di trasferimento e, in quest'ambito, anche alla forte incidenza della traduzione in altro penitenziario sulla sfera affettiva del detenuto come conseguenza dell'allontanamento dall'ambito familiare.

Si tratta, con tutta evidenza, di decisioni che non attengono esclusivamente ai profili gestionali e organizzativi del sistema penitenziario incidendo significativamente - attraverso una loro compressione - anche su diritti costituzionalmente tutelati e funzionali al reinserimento della persona nel consesso sociale.

Occorre da ultimo richiamare quelle ipotesi in cui l'"infra-penalità" discende da un illegittimo atto di diniego adottato dalle pubbliche amministrazioni in riferimento alla garanzia di un diritto espressamente positivizzato. Si fa qui riferimento a quelle situazioni in cui il diritto della persona ristretta è previsto e tutelato dal quadro normativo ma viene negato, *de facto*, a causa di un'illecita compressione della sua sfera applicativa ad opera delle autorità amministrative.

Emblematica, in proposito, la vicenda riguardante il diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA) per i detenuti sottoposti a regime speciale (art. 41-*bis* o.p.), come parte della più ampia tutela offerta alla genitorialità e al diritto alla filiazione dalla Costituzione (artt. 29, 30 e 31)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> A. BONOMI, *Status del detenuto*, cit., 77-80.

<sup>29</sup> In argomento A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3 (2016), 1207 ss.

<sup>30</sup> Sul diritto alla genitorialità nel quadro costituzionale cfr., *ex multis*, E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, Napoli 2019; F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in *La*

Come noto la l. 19 febbraio 2004, n. 40<sup>31</sup> riserva l'accesso alle tecniche di fecondazione alle coppie di maggiorenni di genere diverso, coniugate o conviventi, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, rimanendo l'ambito applicativo circoscritto ai soli casi di sterilità o infertilità<sup>32</sup>. In seguito alla sua entrata in vigore, e in assenza di specificazioni in ordine allo stato detentivo, l'Amministrazione penitenziaria era intervenuta sul punto chiarendo che il ricorso alla PMA dovesse ritenersi consentito nei soli casi «di sterilità o infertilità debitamente certificati»<sup>33</sup>, non rappresentando l'impossibilità oggettiva di intrattenere rapporti sessuali con il *partner* una particolare condizione di accesso alle tecniche<sup>34</sup>.

Il contenuto della circolare fu tuttavia smentito in fase applicativa, traducendosi in numerosi dinieghi all'accesso sia da parte dalla magistratura di sorveglianza sia ad opera delle stesse amministrazioni penitenziarie. Indicativo, in tal senso, il caso da cui trae origine la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 7791 del 2008 che per la prima volta ha affermato l'esistenza - o meglio l'applicabilità - del diritto di accesso alle tecniche di PMA anche nei confronti dei detenuti ristretti in regime speciale. Il ricorrente aveva promosso ricorso dinnanzi alla Magistratura di sorveglianza avverso un provvedimento di diniego dell'Amministrazione circa l'accesso alla fecondazione in vitro, nonostante la documentata condizione di infertilità della moglie.

Più nel dettaglio, il detenuto aveva ottenuto un'autorizzazione al prelievo del proprio liquido seminale, al fine di consentire alla *partner* di accedere alla PMA, sia dal G.U.P. del Tribunale di Palermo sia dal Presidente della Corte di Assise. Tuttavia, nonostante i provvedimenti accertassero la sussistenza dei presupposti di legge per l'accesso alle tecniche, l'Amministrazione penitenziaria aveva negato l'autorizzazione al prelievo adducendo, a sostegno del diniego, «la massima tutela del nascituro che la legge n. 40/2004 postula, nel caso concreto non realizzabile data la

*famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno del Gruppo di Pisa di Catania 7-8 giugno 2013*, Napoli 2013, 84 ss.; E. LAMARQUE, sub *art. 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, 622-639; R. BLAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano 1989, 2 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, in *La Costituzione Italiana*, Padova 1954, 150.

<sup>31</sup> Rubricata «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita».

Una disamina delle vicende normative e giurisprudenziali riferite alla legge n. 40/2004 è contenuta in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano 2017, 367 ss. Si rinvia a tale opera anche in relazione all'ampia bibliografia richiamata.

<sup>32</sup> Artt. 4 e 5 della l. n. 40/2004.

<sup>33</sup> Circolare DAP del 10 febbraio 2006, n. 260689.

<sup>34</sup> Per un'ampia riflessione sulla mancata garanzia del diritto all'intimità-sessualità nella normativa penitenziaria italiana si rinvia a S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M. Ruotolo e S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma*, cit., 245-281.

situazione di detenzione del genitore», nonché l'esistenza di generiche «finalità preventive connesse alla custodia dei soggetti inseriti nel circuito del 41-bis o.p.».

Si crea così una vera e propria “infra-penalità” originata dall'impossibilità per la persona ristretta di esercitare un proprio diritto in ragione di un diniego di natura amministrativa. Fortunatamente i giudici di legittimità, con la richiamata sentenza n. 7791 del 2008, hanno accertato la violazione del diritto e consentito al detenuto di accedere alle tecniche di PMA: l'azione amministrativa deve improntarsi al principio di proporzionalità e nelle situazioni in cui occorre bilanciare sicurezza e garanzia di un diritto «il principio da applicare (...) non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona»; ne discende «che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto». La mancata garanzia del diritto di accesso alle tecniche di fecondazione è pertanto illegittima, non potendosi adottare «restrizioni non giustificabili con le esigenze di rispetto della dignità e dell'umanità della persona»<sup>35</sup>.

Ancora in riferimento agli illeciti dinieghi opposti dalle autorità amministrative con riguardo alla garanzia di un diritto positivo, si pone la consolidata prassi amministrativa di non ottemperare ai provvedimenti della magistratura (pratica riscontrabile anche nel caso ora citato in riferimento all'ordine del GUP al prelievo rimasto inadempito da parte delle autorità amministrative).

Significativa, in tal senso, è stata altresì la cosiddetta vicenda “Rai Sport-Rai Storia”. Un detenuto in regime detentivo speciale, aveva presentato reclamo avverso un provvedimento amministrativo che inibiva ai ristretti di cui all'art. 41-*bis* o.p, la visione di alcuni canali tematici lamentando, in seguito al distacco del segnale televisivo, la lesione del diritto all'informazione garantito dall'art. 21 della Costituzione ed espressamente tutelato anche dagli artt. 18 e 18-*ter* o.p. Il giudice del reclamo, ritenendo insussistenti le ragioni di sicurezza atte a giustificare la limitazione - non veicolando le due emittenti Rai messaggi dall'esterno<sup>36</sup> - aveva disposto l'annullamento del provvedimento, ordinando all'amministrazione di riattivare il segnale per i canali “Rai Sport” e “Rai Storia”. A tale decisione, tuttavia, aveva fatto seguito un

<sup>35</sup> Considerazioni peraltro ribadite dagli stessi giudici di legittimità nella successiva sentenza del 19 dicembre n. 46728.

<sup>36</sup> Lo stesso giudice ritiene invece legittimo il distacco del segnale televisivo riferito all'emittente MTV «effettivamente adusa alla riproduzione in video di messaggi inviati dal pubblico». Preminenti, in tal caso, sono le esigenze di sicurezza che giustificano la compressione del diritto attraverso l'oscuramento del canale volto a impedire eventuali collegamenti tra il detenuto e l'esterno.

In riferimento al bilanciamento operato dal giudice tra esigenze di sicurezza e tutela del diritto all'informazione, v. M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3 (2013), 2084 ss. e, dello stesso Autore nella medesima rivista, *Sul problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, 2012, 684 ss.

atto del Ministro della Giustizia in cui espressamente veniva disposta la «non esecuzione» del provvedimento giudiziale adottato dalla Magistratura di sorveglianza<sup>37</sup>.

Anche in questa occasione a porre rimedio all'infra-penalità derivante dalla mancata ottemperanza è stata la giurisprudenza: i giudici costituzionali, con la sentenza n. 135 del 2013, hanno risolto il conflitto di attribuzioni sollevato dalla Magistratura di Sorveglianza di Roma affermando che: «non spetta al Ministro della giustizia e ad alcun organo di Governo disporre che non venga data esecuzione ad un provvedimento del magistrato di sorveglianza (...) se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato (...) si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto destinati ad assicurare la tutela di diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità», compresa l'eventuale inottemperanza da parte dell'Amministrazione penitenziaria. La stessa Corte precisa altresì come non sussistano «esigenze generali o particolari attinenti all'organizzazione penitenziaria» tali da giustificare la menomazione del diritto di cui all'art. 21 Cost.; l'inottemperanza è, dunque, illegittima perché in contrasto con il sistema delle attribuzioni costituzionali e con la garanzia di una tutela effettiva dei diritti.

I richiamati episodi non costituiscono casi isolati; per anni è stata riscontrata una diffusa carenza di vincolatività - *de facto* - delle decisioni adottate della Magistratura, tanto da indurre i giudici costituzionali a ribadire che le decisioni del giudice della sorveglianza non costituiscono mere «segnalazioni» assumendo, viceversa, la natura di «prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue»<sup>38</sup>.

In conclusione, nelle vicende richiamate, la mancata garanzia del diritto non si rinviene in una lacuna normativa o in una pronuncia di segno negativo adottata in sede giurisdizionale, quanto in un vero e proprio diniego di natura applicativo-interpretativa da parte dell'amministrazione che, talvolta, si pone in contrasto anche con una decisione dell'autorità giudiziaria dando vita ad un vero e proprio controdiritto.

<sup>37</sup> Decreto del 14 luglio 2011.

<sup>38</sup> Corte cost., 8 ottobre 2009, n. 266 nonché, dieci anni prima, la storica sentenza 8 febbraio 1999, n. 26.

Per un'ampia riflessione critica in ordine alla garanzia del diritto all'effettività dei diritti si rinvia alle considerazioni proposte in S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 285-334. In argomento occorre da ultimo ricordare che nel 2013 è stato introdotto, all'interno del nuovo art. 35-bis o.p., un vero e proprio giudizio di ottemperanza attivabile nell'ipotesi di una mancata esecuzione amministrativa degli ordini contenuti in una decisione adottata dalla magistratura di sorveglianza.

## 5. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE UN ARGINE COSTITUZIONALE AL “DIRITTO SFUGGENTE”

Le considerazioni sinora condotte impongono di individuare un “argine costituzionale” in grado di delineare il confine tra interventi giuridicamente leciti e quelli che, al contrario, sono espressione di infra-penalità. In effetti dalle riflessioni che precedono, ben si comprende come l’urgenza di una simile ricerca risieda nella necessità di non consentire, all’interno dell’ordinamento giuridico, la proliferazione di ciò che potrebbe definirsi come un “diritto sfuggente”, cioè un insieme di regole o di comportamenti in grado di sottrarsi – di fatto – al rispetto dei limiti imposti dalla Costituzione a tutela dell’inviolabilità dei diritti e del sistema di attribuzioni.

Il discrimine tra uso costituzionalmente legittimo (o meno) delle decisioni amministrative in riferimento al sistema delle attribuzioni delineato dal dettato costituzionale risiede, a parere di chi scrive, in una valutazione casistica del contenuto di ciascuna di esse. Le autorità amministrative, quali parti integranti dell’ordinamento costituzionale<sup>39</sup>, possono – e devono – concorrere all’evoluzione interpretativa della normativa purché il loro intervento segua una direzione costituzionalmente orientata<sup>40</sup> e a condizione che gli atti (o le azioni) dell’amministrazione non si traducano in scelte di natura puramente “creativa”, svincolate – o addirittura contrarie (come nell’ipotesi della mancata ottemperanza alle decisioni della magistratura) – alla disciplina della libertà personale tutelata dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione.

In proposito viene nuovamente in soccorso la giurisprudenza costituzionale, la quale ha chiaramente affermato che la necessità di osservare il principio di legalità sostanziale non consente «l’assoluta indeterminatezza» dell’atto; in materia di interventi amministrativi «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Come noto, il dettato costituzionale attribuisce alla disciplina della Pubblica amministrazione un’apposita sezione (la seconda), all’interno del Titolo III (“Il Governo”) della Parte seconda della Costituzione dedicata all’Ordinamento della Repubblica (artt. 97 e 98).

<sup>40</sup> In dottrina è stata da tempo ritenuta superata la c.d. teoria della supremazia speciale, da intendersi, secondo condivisibile definizione, come «attribuzione ad un organo della P.A. di poteri discrezionali particolarmente ampi e volti a disciplinare in modo organico una determinata categoria di soggetti, che per ciò stesso vengono a trovarsi in una posizione di subiezione nei confronti della P.A. particolarmente intensa» (F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano 1965, 142; v. anche G. NESPOLI, *Potere disciplinare e ordinamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1977, 707).

<sup>41</sup> Corte cost., 4 aprile 2011, n. 115.

È una strada che l'amministrazione penitenziaria ha più volte mostrato di saper percorrere. In effetti, nonostante gli interventi richiamati nei paragrafi che precedono, le autorità amministrative in diverse occasioni sono state in grado di avviare un percorso costituzionalmente orientato di traduzione amministrativa dei principi posti a fondamento della normativa penitenziaria. È quanto avvenuto, ad esempio, con l'introduzione - tramite circolari - di un progetto di cambiamento organizzativo degli istituti penitenziari volto a consentire una maggiore libertà di movimento dei detenuti attraverso una nuova gestione degli spazi interni del carcere, distinguendo chiaramente tra «la cella - destinata, di regola, al solo pernottamento - e luoghi dedicati alle principali attività trattamentali»<sup>42</sup>. La circolare, facendo leva su una lettura della normativa penitenziaria «alla luce dei principi costituzionali», si è posta come atto amministrativo propulsore di quegli interventi di riforma, richiesti all'Italia dalla Corte EDU nella nota sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*<sup>43</sup>, volti a contrastare il consolidato fenomeno del sovraffollamento carcerario non solo attraverso una riduzione numerica della popolazione detenuta quanto, anche, mediante un rinnovamento di natura strutturale nel modo di concepire tempo e spazio dell'esecuzione.

È ancora il caso della circolare n. 3478/5928 del 1998 la quale, facendo leva sull'ampia nozione di «famiglia» accolta dal nostro ordinamento costituzionale, ha chiarito alcuni dubbi interpretativi sorti in riferimento alla disciplina dei colloqui visivi (artt. 18 o.p. e 37 r.e.): la famiglia deve intendersi in senso sociologico comprendendo parenti e affini fino al 4° grado; i conviventi sono coloro che vivono nella stessa abitazione, anche del medesimo sesso e anche per ragioni di cura o amicizia.

Si pensi, da ultimo, alle cosiddette «buone prassi» intese come insieme di azioni intraprese dalle singole Direzioni degli istituti penitenziari al fine di offrire diretta attuazione agli obiettivi posti dai principi costituzionali. Ne sono esempio le decine di attività intraprese negli ultimi anni in tema di «accoglienza» attraverso l'approvazione di progetti che hanno favorito l'incontro tra gli operatori del carcere e quelli del territorio, tra le reti del volontariato e i servizi sanitari<sup>44</sup>. Si pensi, ancora, alle diverse scelte adottate da alcuni istituti al fine di realizzare appositi spazi interni per garantire una maggiore intimità agli incontri tra familiari e detenuti - nonostante l'obbligatorietà del controllo visivo (art. 18, co. 2 o.p.) - come diretta espressione dell'ampia tutela offerta dalla Costituzione alla dimensione affettiva<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Circolare del 13 luglio 2013, n. 251644 («Linee guida sulla sorveglianza dinamica»).

<sup>43</sup> Pronuncia dell'8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

<sup>44</sup> Sul punto C. CANTONE, *La funzione delle buone prassi in un sistema penitenziario moderno*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 107-110.

<sup>45</sup> Si vedano, ad esempio, le esperienze delle c.d. case dell'affettività realizzate negli istituti penitenziari di Milano Bollate (2001) e, più di recente, nel carcere romano di Rebibbia femminile con il progetto M.A.MA (2020).



Individuato il discrimine tra uso costituzionalmente legittimo e non delle decisioni amministrative preme un'ultima riflessione conclusiva. È stato messo in luce, nelle pagine che precedono, come in più occasioni ad arginare gli effetti illeciti di un provvedimento o di una decisione amministrativa sia intervenuta la giurisprudenza. In proposito occorre tuttavia rilevare come nella condizione di privazione della libertà personale, in cui i diritti – ancor più che in altri ambiti – si configurano come proiezioni dei bisogni primari della persona, un'irrinunciabile esigenza risieda nell'istantaneità della garanzia. In effetti se le pronunce giurisprudenziali consentono di porre in larga parte rimedio agli effetti derivanti dalla decisione amministrativa, garantendo – seppur con intensità differenti – la tutela *pro futuro* del diritto, i tempi che la definizione giurisprudenziale richiede rischiano di pregiudicarne in concreto la tutela. Riflessione, questa, tanto più incidente in riferimento a quei diritti, come la salute o la filiazione, ontologicamente condizionati dai mutamenti biologici o clinici che si producono nel corpo o nella psiche della persona.

Per tali ragioni un necessario corollario dell'effettività dei diritti non può che risiedere nell'immediatezza della loro garanzia, possibile solo ove tutti gli "attori" chiamati a offrire concreta attuazione al "progetto giuridico" – amministrazione *in primis* – rispettino il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e protezione dei diritti senza travalicare il sistema delle attribuzioni delineato dalla Costituzione.