

26 GIUGNO 2024

Amministrare il carcere secondo
Costituzione: oltre l'effettività
rinnegante della normativa
penitenziaria

di Francesco Severa

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma



Amministrare il carcere secondo Costituzione: oltre l'effettività rinnegante della normativa penitenziaria*

di Francesco Severa

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Molti in dottrina hanno sottolineato l'esistenza di una distanza fisiologica tra lo statuto costituzionale del trattamento penitenziario e la sua effettiva realizzazione in concreto. Fisiologica perché la normativa di legge, le implicazioni materiali dell'organizzazione penitenziaria, la sua gestione in scala e le caratteristiche proprie degli istituti di pena spesso divengono un ostacolo alla massimizzazione della tutela della dignità per i soggetti detenuti. Partendo da questo dato, il testo prova a ripercorrere i meccanismi dell'inveramento costituzionale e, sulla scorta dei più recenti indirizzi della giurisprudenza costituzionale, a descrivere un ruolo specifico nell'applicazione della Costituzione per l'amministrazione penitenziaria.

Title: Prison administration according to the Constitution: beyond the renegade effectiveness of prison legislation

Abstract [En]: Many in the doctrine have emphasised the existence of a physiological distance between the constitutional status of prison treatment and its actual implementation in practice. Physiological because the legal regulations, the material implications of prison organisation, its scaled management and the characteristics of penal institutions often become an obstacle to maximising the protection of dignity for prisoners. Starting from this fact, the text attempts to retrace the mechanisms of constitutional application and, on the basis of the most recent directions of constitutional jurisprudence, to describe a specific role in the implementation of the Constitution for the prison administration.

Parole chiave: Costituzione, inveramento costituzionale, ordinamento penitenziario, amministrazione penitenziaria, carcere

Keywords: Constitution, constitutional application, prison legal system, prison administration, prison

Sommario: 1. Introduzione. 2. I meccanismi dell'inveramento costituzionale. 2.1 Sul dato temporale nel processo di inveramento. 2.2 Sul dato materiale nel processo di inveramento. 3. Alcune recenti pronunce della Corte costituzionale: la sentenza n. 18 del 2022. 3.1 (continua) la sentenza n. 105 del 2023. 3.2 (continua) la sentenza n. 10 del 2024. 4. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria nell'inveramento della Costituzione. 5. Conclusioni

1. Introduzione

Come assicurare l'inveramento dei principi costituzionali in tema di pena e come farlo al massimo grado della loro potenzialità di tutela? Ciò che va indagato, in questo senso, è il rapporto, innegabilmente distorto, tra la deontologia costituzionale che dovrebbe ispirare il sistema detentivo italiano (i principi che la Costituzione dispone in tema di trattamento carcerario) e il suo concreto e fattuale svolgimento (la prassi con cui si inverte il dettato normativo). L'esigenza di umanizzazione e l'obiettivo della rieducazione

* Articolo sottoposto a referendum. Il presente contributo rappresenta il lavoro conclusivo del progetto di ricerca sul tema "L'effettività rinnegante della normativa penitenziaria. Tra norme e prassi?", sviluppato dall'autore in collaborazione con la cattedra di Diritto costituzionale del prof. Marco Ruotolo presso l'Università Roma Tre.

(così il terzo comma dell'art. 27 Cost.) segnano chiaramente una svolta ideale e valoriale nel modo in cui va concepito nel nostro ordinamento il trattamento carcerario del condannato, ma, trascorsi più di settantacinque anni dall'entrata in vigore della nostra Carta fondamentale, non pochi autori sottolineano come questi elementi di indirizzo costituzionale stentino a divenire pervasivi o comunque ad ottenere una piena effettività e incidenza nella vita dei reclusi¹.

Tale assunto è ancor più manifesto dopo che la Corte costituzionale ha voluto interpretare umanizzazione e rieducazione nella più ampia ottica della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e in particolare della inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), cardine essenziale della nostra Carta: se è vero che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»², la sanzione detentiva (meglio, la disciplina normativa che ne regola l'irrogazione e la forma) va calibrata su questa necessaria tutela.

Nella giurisprudenza della Consulta, ben si sottolinea inoltre come questo “residuo” di libertà del recluso possa essere vulnerato non solo sul piano normativo, ma anche su quello della concreta gestione del trattamento: sostiene infatti la Corte che «l'idea della restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»³. In sostanza, la forza “promissoria” del principio costituzionale, in questo specifico campo (ma non solo in questo), trova nella legge uno strumento di sviluppo insufficiente, solo parziale, comunque limitato da esigenze materiali, da necessità di organizzazione, dalla difficoltà di adattare il trattamento alle istanze di dignità, che inevitabilmente si realizzano in forma soggettiva e mutevole.

Questo dato ci impone di guardare ai meccanismi di invero delle norme costituzionali di principio su due piani distinti o forse, meglio, da due consequenziali prospettive di espansione: una prima che

¹ Su questo restano insuperate le suggestioni presenti in S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018. L'Autrice ha sottolineato con molta efficacia l'esistenza di un “processo di emersione giurisprudenziale dei diritti” delle persone detenute. Le situazioni giuridiche di vantaggio per il detenuto non espressamente previste nella normativa penitenziaria, ma che, in quanto espressione dei principi costituzionali che presiedono alla limitazione della libertà individuale in funzione sanzionatoria, dovrebbero invece trovare una disciplina legislativa, sono appunto diritti sommersi. A fronte di una costante inerzia parlamentare, troppo spesso l'emersione di tali diritti è affidata alla giurisprudenza, che ne ricostruisce la natura positiva ricercandola nelle “rime obbligate” (si parla in questo caso di diritti emersi), ovvero assicurando l'efficacia di posizioni giuridiche formalmente tipizzate ma non effettive (diritti a effettività sommersa). Questo interessante modello istitutivo permette certo di leggere in via dinamica il fenomeno di ampliamento dei diritti in capo ai detenuti, ma ancor più restituisce un quadro nitido di un sistema in continua evoluzione, strumentale alla definizione metodica di quella libertà residua che limita il potere coercitivo dello Stato sui costretti. Ciò evidentemente impone, però, tempi lunghi e interventi particolari, che sfuggono, dunque, a una lettura propriamente sistematica del problema, la quale spetterebbe innanzitutto al legislatore.

² Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1999, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

riguarda l'attuazione legislativa dei principi e una seconda che riguarda l'attuazione amministrativa degli stessi; la prima di chiara natura giuridico-normativa, la seconda di sicura rilevanza giuridica, ma con possibili sfumature para-normative. Approfondiremo più avanti la distinzione qui sviluppata. Basti ora dire che l'esistenza di questi due distinti piani di invero, pur complementari e reciprocamente necessari, emerge con chiarezza ripercorrendo il processo di "costituzionalizzazione" del nostro sistema carcerario.

Con specifico riguardo all'art. 27, comma 3, Cost., concentrando il ragionamento sulla sola prospettiva di attuazione legislativa, dovremmo certo rilevare che non sono mancati interventi organici e incisivi. Per prima, la legge n. 354 del 1975 ha di certo rappresentato un punto di svolta, innovando l'ordinamento penitenziario nel senso di affermare la nuova centralità del detenuto e dei suoi diritti rispetto alle necessità gestorie dell'amministrazione penitenziaria. Una inversione netta rispetto al modello precedente (il vecchio regolamento risalente al 1931), con il riconoscimento al detenuto di una propria soggettività giuridica, che si esprime nella piena tutela del suo diritto all'identità e all'integrità, diritto ai colloqui e alla corrispondenza, che riguarda il rispetto della libertà religiosa e il diritto all'istruzione e al lavoro, infine il diritto ad un'adeguata assistenza sanitaria⁴. Ancora, tale impianto normativo del 1975 è stato più volte revisionato e integrato nel tempo, sempre con l'idea di implementare la tutela per il recluso. Va rammentato, ad esempio, l'intervento che ha riformato le forme di tutela giurisdizionale dei detenuti in caso di violazione dei loro diritti durante il trattamento: il d.l. n. 146 del 2013, poi convertito con legge n. 10 del 2014, ha introdotto un nuovo procedimento per reclamo innanzi al magistrato di sorveglianza (art. 35 bis della l. n. 354 del 1975), in ossequio alle sollecitazioni della Corte costituzionale⁵. Rientra nella medesima logica l'introduzione del rimedio risarcitorio *ex art. 35 ter* della l. n. 354 del 1975, introdotto

⁴ Scrive S. TALINI, «gli sforzi compiuti dai Costituenti verso un definitivo mutamento di paradigma nel modo di concepire ristretti, luoghi di detenzione e - più in generale - esecuzione penale, hanno trovato formale attuazione a metà degli anni '70: nella riforma penitenziaria (l. n. 354 del 1975)¹⁰⁸, umanizzazione e finalismo rieducativo permeano l'intera materia modellandola secondo le indicazioni offerte dal disegno costituzionale» (così S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, già citato, 44).

⁵ Il riferimento è in particolare alla sentenza n. 279 del 2013, di poco successiva alla decisione della Corte europea dei Diritti dell'uomo sul caso Torreggiani, in tema di sovraffollamento carcerario. La Consulta, pur dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dai giudici rimettenti, indirizzò al legislatore un serio monito perché intervenisse nel riportare la situazione concreta delle carceri italiane ad una dimensione che fosse costituzionalmente sostenibile. Ampia la discussione in dottrina sulla tipologia decisa utilizzata in questo caso dalla Corte. Il monito, infatti, implicava l'accertamento di una situazione di incostituzionalità, a cui la Corte non dava seguito con una decisione manipolativa, ma invitando il legislatore ad intervenire, con l'idea che «ove il legislatore non si attivi tempestivamente, la Corte, di nuovo investita di questioni analoghe, non potrà che far prevalere l'esigenza di una immediata tutela del diritto ad un'esecuzione della pena rispetto al dovuto rispetto della discrezionalità del legislatore» (così M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2013 - sullo stesso tema si veda anche 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 *Consulta online*, 2013).

con d.l. n. 92 del 2014, poi convertito con l. n. 117 del 2014⁶. Da rammentare, infine, l'approvazione della legge delega n. 103 del 2017, a cui è seguita l'emanazione dei decreti legislativi n. 121 del 2018 (esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni), n. 123 del 2018 e 124 del 2018 (con interventi plurali sui trattamenti di detenzione degli adulti, in particolare in tema di assistenza sanitaria, effettività della tutela giurisdizionale, lavoro in carcere).

Questo ultimo complesso di revisioni e innovazioni è avvenuto sulla spinta del documento finale prodotto dagli "Stati generali sull'esecuzione penale", che ha visto per un anno (maggio 2015 - aprile 2016) il confronto tra esperti del settore per delineare una serie di ipotesi di azione, in verità non pienamente esaudite dal citato intervento normativo del 2018⁷. Un esempio significativo di generale sensibilizzazione degli operatori e degli studiosi sul tema, che ha avuto poi una rilevante continuazione nel lavoro della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario (conosciuta come "Commissione Ruotolo"), istituita nel settembre 2021 dal Ministro Cartabia, che ha proposto un incisivo intervento normativo non tanto sulla legislazione penitenziaria ma sul corrispondente regolamento (d.P.R. n. 230 del 2000), così da permettere un'azione diretta sulle condizioni di vita dei detenuti senza dover passare per l'inevitabile incertezza temporale del normale *iter legis*.

Ma di più, la Commissione, nella propria relazione finale, ha prontamente fatto emergere l'esigenza, per l'effettivo invero dei principi costituzionali, di un ruolo attivo dell'amministrazione penitenziaria: «l'amministrazione è infatti l'attrice principale dei processi di cambiamento e di innovazione, nel radicamento e nella standardizzazione di prassi che siano esito di una lettura e quindi di un'applicazione del dato normativo sempre teso alla realizzazione dei principi costituzionali e degli obblighi internazionali. Le stesse limitazioni all'esercizio dei diritti, pur legislativamente stabilite, devono essere interpretate in modo da determinare il minor sacrificio necessario delle situazioni giuridiche soggettive considerate»⁸. Non solo, dunque, la responsabilità per il pubblico potere di essere partecipe del processo di invero,

⁶ Sempre sulla scorta della condanna subita dall'Italia nel caso Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013. Su questo si veda S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati*, in *federalismi.it*, n. 3/2014.

⁷ Già in quella sede si marcò l'esigenza di spostare l'attenzione dal dato legale vero a proprio a quello materiale: «una profonda azione riformatrice [...] non può risolversi nel pur necessario intervento legislativo, ma deve operare anche sui piani, strettamente interconnessi, delle strutture architettoniche, dell'organizzazione del regime penitenziario e della formazione professionale. I luoghi e gli spazi della pena, il modello di vita detentiva e la capacità degli operatori di relazionarsi con il detenuto incidono sul senso e sulla funzione della pena certamente non meno degli istituti giuridici deputati a connotarla in senso risocializzativo. Né l'attenzione può limitarsi all'espiazione intramuraria della condanna: la sua stessa funzione costituzionale, infatti, postula un graduale reinserimento del condannato nella collettività, e a questa sua "convalescenza sociale" vanno dedicati altrettanto impegno e altrettante risorse, risultando quasi sempre decisiva per un effettivo recupero del soggetto alle regole della comunità in cui è destinato a tornare e per un conseguente, drastico abbattimento degli indici di recidiva» (così il documento finale, rintracciabile per intero sul sito internet del Ministero della Giustizia).

⁸ Così la Relazione finale dei lavori della Commissione per l'innovazione del sistema penitenziario, istituita con d.m. del Ministro della Giustizia in data 13 settembre 2021 e presieduta dal prof. Marco Ruotolo.

ma, in questo ambito, di farsi interprete della legge per rilevarne e realizzarne il significato che sia il più possibile conforme alla Carta del 1948.

Proprio in ragione di ciò, la stessa Commissione proponeva una serie di azioni amministrative da realizzarsi, soprattutto per facilitare, semplificare e anticipare i programmi terapeutici alternativi e i processi di reinserimento lavorativo. L'intervento non è stato poi realizzato data l'improvvisa interruzione della legislatura, ma di certo, leggendone i lavori in maniera prospettica, la Commissione Ruotolo ha segnato l'emersione di una consapevolezza certo non inedita, ma oggi pressante: per far vera la Costituzione non servono leggi nuove, ma "comportamenti" nuovi da parte dei pubblici poteri.

Tornando al *corpus* legislativo, la precedente indicazione dei pochi elementi orientativi di una normativa vasta e complessa ci restituisce un quadro dinamico e in continuo mutamento. Di fondo, sembra rimanere valida l'idea secondo cui «il vero punto insoluto, il nodo non sciolto per un radicale cambiamento del sistema dell'esecuzione penale, risiede nella scelta [...] di non incidere sul Codice penale, sul sistema stesso delle pene»⁹. Insomma, la necessità di abbandonare un sistema sanzionatorio "carcerocentrico", come è quello del Codice Rocco, è forse il presupposto argomentativo a cui deve farsi riferimento per introdurre qualsiasi discorso di sistema sull'ordinamento carcerario in Italia. Però si può anche notare che, dopo l'intervento di sistema del 1975, il legislatore ha operato solo attraverso innesti e revisioni di quell'impianto più risalente: tutti finalizzati a incrementare la garanzia legislativa dei diritti, come anche a sviluppare schemi di tutela il più possibile personalizzati e incidenti sulle concrete situazioni di negazione della finalità rieducativa e dell'umanizzazione del trattamento (risponde a questa seconda esigenza l'introduzione del nuovo procedimento di reclamo di cui all'art. 35 bis o.p.).

Lo svolgimento storico del piano di invero dei principi di cui all'art. 27 si muove secondo lo schema di accrescimento che prima abbiamo provato a descrivere: alla correzione legislativa, che si sviluppa in via sistematica (legge del 1975), segue la sempre più forte esigenza di un adattamento "comportamentale", cioè di strumenti di garanzia elastica e personalizzata (articolo 35 bis o.p.), fino poi ad arrivare alla più matura fase in cui ad emergere è la coscienza della necessità di accompagnare l'insufficiente invero legislativo con interventi di natura diversa, amministrativi se non perfino di vera e propria persuasione culturale.

Ecco perché un'indagine che si limitasse all'analisi del dato normativo del sistema penitenziario e della sua adeguatezza rispetto all'indirizzo costituzionale mancherebbe certo di completezza, in quanto l'effettività di determinati principi e la loro reale incisività sulla vita quotidiana dei reclusi passa anche dalle concrete pratiche di gestione degli istituti di pena, che spesso sono ispirate a forme di organizzazione

⁹ Così M. RUOTOLO, *Introduzione*, in M. RUOTOLO - S. TALINI, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, vol. I, 5.

accentrata che rendono più difficile la personalizzazione del trattamento e quindi l'obiettivo di impostarlo sulla prospettiva di una reale finalità rieducativa: elementi questi certo più difficili da controllare. In questo senso, è interessante notare come, a parere di certa dottrina, questa difficoltà di incrociare gestione amministrativa efficiente del sistema carcerario e tutela piena ed effettiva dei diritti dei detenuti sia un dato fisiologico e connaturale: secondo Bricola la normativa penitenziaria rappresenta «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»¹⁰. Vi è un evidente contrasto tra efficiente gestione in scala delle carceri, che importa l'attenzione alla razionalizzazione di spazi, personale e spese in servizi, e la piena umanizzazione e quindi personalizzazione del trattamento, che significa tarare sul singolo recluso le attività di rieducazione e di generale tutela della dignità via via necessarie.

In questo senso, l'inveramento amministrativo non solo appare quello più urgente, ma anche il più difficile, perché “fisiologicamente” limitato dai grandi numeri, dalle contingenze strutturali, dalle risorse. Per andare al fondo della questione, sarà allora necessario recuperare i meccanismi di base con cui la Costituzione diviene effettiva nel nostro ordinamento, capire quale ruolo l'amministrazione pubblica (e, in particolare, l'amministrazione penitenziaria) può (o dovrebbe) avere in questo processo, usare la prospettiva della giurisprudenza costituzionale per comprendere le modalità in cui essa può farlo.

2. I meccanismi dell'inveramento costituzionale

Sui meccanismi di inveramento dei principi costituzionali, così scriveva Vezio Crisafulli nel 1952: «[con riguardo alle norme costituzionali di principio], in realtà, non può più parlarsi, nel diritto vigente, di efficacia programmatica (o direttiva) in contrapposto a efficacia propriamente obbligatoria, perché ogni norma costituzionale deve dirsi senz'altro obbligatoria nei confronti di ogni potestà statale discrezionale, compresa la stessa potestà legislativa; mentre deve e può parlarsi ancora di norme “programmatiche” per contrassegnare le speciali caratteristiche che presentano certi precetti costituzionali a differenza di altri. Norme che, invece di regolare fin dal primo momento in modo diretto e immediato determinati ordini di situazioni e rapporti (cui pure si riferiscono), regolano comportamenti pubblici destinati a loro volta a incidere su dette materie: stabiliscono cioè quel che i soggetti governati dovranno o potranno fare (e inversamente dunque, quel che non potranno fare) relativamente a oggetti determinati»¹¹.

Nonostante il testo risalga agli albori della nostra storia costituzionale, in queste poche considerazioni del grande giurista emergono già con forza alcuni elementi che sono oggi patrimonio consolidato della

¹⁰ Così F. BRICOLA, *Introduzione*, in F. BRICOLA A cura di, *Il carcere “riformato”*, Bologna 1977, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano 1997, 1227. Si veda anche S. TALINI, *Il “diritto all'effettività dei diritti”: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. RUOTOLO - S. TALINI, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, vol. II, 479 ss.

¹¹ Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 19.

dottrina giuspubblicistica italiana: (1) il fatto che la forza obbligatoria dei principi, l'esigenza conformativa che essi sviluppano, non tocchi solo l'ambito della legge, ma "ogni potestà statale discrezionale", cioè, evidentemente, ogni situazione in cui lo Stato-soggetto, nelle sue varie articolazioni, sia chiamato ad esercitare un potere; (2) il fatto che la dimensione "programmatica" di tale forza si possa tradurre con l'idea che essa non è direttamente prescrittiva di obblighi normativi, ma impone alla pubblica autorità "comportamenti" coerenti con le sue finalità programmatiche e, ancora di più, la possibilità di imporre ai "governati" obblighi coerenti con le stesse. Questo significa che l'inveramento legislativo non esaurisce l'urgenza conformativa della Costituzione.

Scriva sempre Crisafulli, «quando si afferma che dalle norme costituzionali programmatiche deriva un vincolo giuridicamente obbligatorio per gli organi legislativi, si dice certamente cosa giusta, [...] ma cogliendo soltanto in parte la verità, in quanto ci si riferisce implicitamente a una particolare conseguenza necessaria della organizzazione costituzionale dello Stato moderno: dipende, infatti, dal principio di legalità, con la distinzione della funzione legislativa dalle altre manifestazioni della potestà statale e con la preminenza riconosciuta alla legge scritta, se l'attuazione di un qualsiasi programma di azione statale richiede ordinariamente un'apposita normazione nella forma della legge. Ma, a ben guardare, con le norme programmatiche è lo Stato stesso, come oggetto unitario, che si autolimita, obbligandosi verso la collettività a perseguire certi scopi e quindi ad assumersi la protezione di certi interessi pubblici: ciò che è messo, forse, meglio in risalto dall'espressione di "norme promissive" (*Versprechungsnormen*) talora usata in dottrina»¹². Interessante argomento. È il mito della legge¹³ a disorientare, secondo il nostro Autore, perché ci porta a immaginare il fenomeno giuridico come un movimento condizionato, che ha nello strumento legislativo la più efficace (e dunque maggioritaria) espressione. Non era vero allora, forse, ancora di più, non è vero oggi.

¹² Ancora V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, già citato, 65.

¹³ Il tema del "mito della legge" è ben presente nei lavori di Paolo GROSSI, che individua nella comparsa di questo, insieme al vento nuovo della Rivoluzione francese, la netta cesura con il particolarismo giuridico medievale. Tale nuova mitologia, che «esige la riduzione del diritto ad un sistema di leggi. Monismo giuridico, perché ormai una è la fonte», si innesterà così tanto nella coscienza dei giuristi europei da influenzare ancora oggi il nostro modo di guardare al diritto. GROSSI è però ben consapevole di come la Costituzione (le costituzioni del Novecento) abbia completamente cambiato prospettiva, seguendo quella nuova linea prospettica di cui il giurista fiorentino rinviene la nascita nell'opera di Santi ROMANO. A partire dalla Costituzione di Weimar del 1919 e giù via via fino a quella italiana del 1948, si afferma nella cultura giuridica europea una nuova dimensione costituzionale del diritto che «si propone come lettura della società e dei valori in essa circolanti, cercando di fissare in un organico complesso di norme fondamentali l'identità storica di un popolo. Norme, ma non spiccioli comandi di un legislatore, bensì norme che si incarnano in principi ordinanti una civile convivenza [...]. La società, la sua complessità, la sua globalità insomma, il suo naturale e vigoroso pluralismo, si rispecchiano in queste architetture ordinatorie, percepite da una novissima coscienza costituzionali e le contrassegnano. E la costituzione materiale, che sorregge e impressiona la costituzione formale, letta da un potere costituente che assai poco ha da spartire con l'angusta visuale del legislatore ordinario» (così P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli 2005, 48). Qui il senso profondo dell'inveramento costituzionale! Sul tema, dello stesso autore, si vedano anche i più recenti P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007 e P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma 2015.

In qualche modo, è questo il medesimo errore che si compie quando si procede ad una lettura statica della dottrina di Carlo Mezzanotte sulla doppia legalità: l'idea che con l'introduzione della Costituzione nell'ordinamento italiano si sia creato un livello superiore di legalità, che si affianca e convive con la "legalità legale", quella che si esprime in continuità con l'ordinamento giuridico prerепublicano e che ha nella legge lo strumento primario e fondativo. Ecco, questa bidimensionalità giuridica dell'ordinamento era, per Mezzanotte, una semplice fotografia dell'esistente, che non avrebbe potuto che svilupparsi in via dialettica attraverso la forza conformativa, tutta politica, del sindacato di costituzionalità¹⁴. Alla Corte il compito, in prospettiva, di "convertire" la legalità legale alla legalità costituzionale.

Scriva il nostro autore, quasi riprendendo a qualche decennio di distanza gli argomenti di Crisafulli, «*supremacy of Constitution* non significa ancora, per noi, nonostante la Corte - e questo può essere uno dei modi, anche se ovviamente non il solo, di affrontare la questione del ruolo di questo organo - che in ogni momento, e sotto qualsiasi punto di vista li si consideri, i principi costituzionali debbano essere ritenuti concretamente condizionanti, né che da ogni determinazione autoritaria dello Stato, da quelle più generali come le leggi o i regolamenti, a quelle, per così dire molecolari, come l'atto amministrativo a contenuto particolare, debba essere sempre consentito risalire al corrispondente principio costituzionale»¹⁵. Eppure, dovrà significarlo.

In alcune letture¹⁶, questa dimensione dinamica (forse, potremmo dire, dialettica) del pensiero di Mezzanotte sembra essere stata trascurata, ma è proprio tale immane compito di conversione che carica di un valore politico l'azione della Corte costituzionale: quella che alcuni hanno definito come l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"¹⁷, di cui potremmo teorizzare una preminenza rispetto agli obblighi "processuali" del giudice delle leggi¹⁸. Un modello che mette però in dubbio la legittimazione della Corte,

¹⁴ Qui si parla soprattutto della ricostruzione presente in C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano 1979. In questo scritto, MEZZANOTTE teorizza l'esistenza di un doppio ambito di legalità nell'ordinamento costituzionale, quale residuo dell'ordinamento prerепublicano. Lo smantellamento di tale residuo è affidato alla Corte costituzionale, che è chiamata a compierlo in via ultimativa, nell'esercizio di un potere che è tutto politico. L'autore sviluppa questa teorica sul ruolo del giudice delle leggi nel contesto costituzionale in C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984. Le due opere citate, scritte a distanza di pochi anni, non possono che essere lette in continuità.

¹⁵ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, già citato, 228.

¹⁶ Per esempio, insiste in questa lettura "diversamente mezzanottiana", con una certa efficacia ai suoi fini, M. LUCIANI, quando scrive «da legalità costituzionale non si sostituisce, ma si sovrappone, alla legalità legale, con la quale deve dunque convivere. Si crea così un duplice circuito delle legalità, presidiate da due custodi diversi (la Corte costituzionale e la Corte di cassazione), i cui punti di intersezione devono essere regolati da appositi istituti e meccanismi di composizione del conflitto [...]». Nello Stato costituzionale di diritto, pertanto, la legge conserva ancora una sua "sfera" e non è riconducibile a mero svolgimento della Costituzione, sicché la salvaguardia dei suoi tratti caratterizzanti, continua ad essere un requisito essenziale del mantenimento dell'ordine dei poteri e della certezza dei diritti» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, Milano 2023, 109).

¹⁷ Si veda G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. Violante (cur.), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, 979; ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 13 novembre 2020. Fa propria l'espressione anche M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, n. 1/2020.

¹⁸ Chiarisce MEZZANOTTE, «il mondo della giustizia costituzionale è [...] *totus politicus*». Il compito di conversione della legalità legale ai principi della Costituzione «è così preminente che non solo non può essere contenuta entro uno schema di comportamento rigidamente predeterminato, ma addirittura pretende di subordinare a sé qualsiasi regola processuale» (così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, già citato, 115).

che risiede, per un organo di natura giudiziaria, nelle regole certe del suo processo e nella razionalità giuridica delle proprie decisioni¹⁹. Ma a prescindere da questo, ciò che preme sottolineare è come risulti riduttivo leggere la bidimensionalità mezzanottiana come una rigida categoria di lettura del sistema ordinamentale: con essa rileva piuttosto un movimento, una spinta alla costituzionalizzazione, che ha nella Corte non un passivo garante, ma il vertice dell'azione di invero. A un certo punto, verrebbe da immaginare, le due legalità non potrebbero che ricongiungersi a perfezione. È quello che è accaduto. La Corte costituzionale che forza la rilevanza e ammette al suo sindacato la legge elettorale²⁰, che usa le “rime obbligate” (divenute oramai “rime adeguate” o “possibili”) come giustificazione di interventi di natura sostitutiva²¹, che mitiga gli effetti dell'interpretazione conforme così da riaccentrare il giudizio di costituzionalità²², che davanti all'inerzia del legislatore in un termine definito può essa stessa dettare la disciplina organica di una specifica questione²³, ecco, questa Corte, in un certo senso, si immagina come un “controllore cooperativo”²⁴, cioè come partecipante obbligato e immediato, non eventuale e

¹⁹ Per lo sviluppo degli elementi critici del modello sia permesso rinviare all'analisi presente in F. SEVERA, *Processo e Corte politica. Uno studio a partire dalla sentenza n. 240 del 2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2021, in cui lungamente ci si sofferma sull'argomento.

²⁰ Ciclo inaugurato dalla sentenza n. 1 del 2014, che ha poi trovato conferma ben due volte, con la sentenza n. 35 del 2017 e n. 240 del 2021 (pur se quest'ultima non ha ad oggetto la legge elettorale politica, per essa la Corte costituzionale utilizza il medesimo schema decisionale delle pronunce precedenti per sottoporre al suo sindacato la disposizione della “legge Delrio” che prevede la designazione *ope legis* del sindaco della città metropolitana nella persona del sindaco del comune capoluogo, impedendo così ai cittadini non residenti nella stessa città capoluogo di partecipare, anche solo in via indiretta, alla designazione dell'organo monocratico di direzione dell'ente metropolitano).

²¹ Così la Consulta nella sentenza n. 28 del 2022, «una ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte [...] non ritiene più che l'impossibilità di individuare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata al vulnus denunciato costituisca un ostacolo insuperabile all'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale, ben potendo questa Corte reperire essa stessa soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accoglimento della questione; ferma restando poi la possibilità per il legislatore di individuare, nell'esercizio della propria discrezionalità, una diversa soluzione nel rispetto dei principi enunciati da questa Corte. E ciò tanto in materia di dosimetria sanzionatoria (sentenze n. 185 del 2021, n. 40 del 2019, n. 233 e n. 222 del 2018, n. 236 del 2016), quanto altrove (*ex multis*, sentenze n. 63 del 2021, n. 252 e n. 224 del 2020, n. 242 del 2019 e n. 99 del 2019)». All'ampio elenco qui riportato si deve aggiungere la sentenza n. 40 del 2023.

²² Spartiacque, in questo senso, è stata la sentenza n. 42 del 2017, nella quale si afferma che «se, dunque, “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile».

²³ Il primo caso di applicazione di questa innovativa tecnica decisoria è l'ordinanza collegiale n. 207 del 2018, che si rinviava di un anno la trattazione in udienza della questione di costituzionalità in tema di punibilità del suicidio assistito, ma precisando al legislatore i profili di incostituzionalità della normativa e fornendo allo stesso puntuali indicazioni su come risolvere tale incompatibilità. Il protrarsi dell'inerzia legislativa oltre il termine concesso avrebbe imposto alla Corte un intervento più penetrante, in quel primo caso puntualmente avveratosi con la sentenza n. 242 del 2019. Stesso schema decisorio è valso per l'ordinanza n. 132 del 2020 sulla disciplina sanzionatoria della diffamazione a mezzo stampa, seguita dalla sentenza n. 150 del 2021, e per l'ordinanza n. 97 del 2021 in materia di ergastolo ostativo, che ha visto una specifica proroga del tempo concesso al Parlamento (ordinanza n. 122 del 2022) e l'intervento (paradossale) del Governo attraverso i poteri di decretazione d'urgenza per scongiurare *in extremis* l'intervento ablativo della Corte (d.l. n. 162 del 2022). A quel punto, la modifica del dato normativo ha imposto alla Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo* (ordinanza n. 227 del 2022).

²⁴ L'espressione è di Mario DOGLIANI, che precisamente osserva come oggi «il procedimento di produzione della legge assume un respiro più ampio, che viene a ricomprendere il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante» (così M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (A cura

successivo, del procedimento legislativo. Pur con tutti i possibili rilievi critici a questa lettura, certamente molti, essa non rappresenta una costruzione dottrinarica, ma piuttosto un dato di realtà: la dialettica mezzanottiana è mutata da elemento sostanziale a elemento strutturale. Il perfetto inveramento!

Viste le finalità di questo lavoro, apparirebbe ultroneo approfondire le conseguenze che tale lettura comporta sulla forma di governo italiana²⁵. Di certo, emerge con forza la necessità di rafforzare quegli elementi di struttura che caratterizzano il nostro sindacato di costituzionalità proprio con la finalità di evitare che la Corte possa sconfinare nell'ambito proprio della discrezionalità politica del legislatore: non si parla qui solo delle regole processuali che presidiano l'accesso in via incidentale alla Consulta, ma dello stesso "principio di incidentalità" come limite alla pervasività del *judicial review* (l'idea di tracciare precise zone franche dal sindacato in corrispondenza di quegli spazi dell'ordinamento ad alta sensibilità politica), per come l'Assemblea costituente lo aveva immaginato approvando la legge costituzionale n. 1 del 1948. Un principio definitivamente snaturato con la sentenza n. 1 del 2014²⁶, ma che, nei tempi del "perfetto inveramento", andrebbe con forza recuperato.

Ciò che però possiamo dedurre dal ragionamento fatto è il dato dialettico dell'inveramento, la sua costruzione basata sul necessario scambio tra la spinta politico-normativa del circuito Parlamento/Governo e l'inerzia armonizzante dei presidi della Costituzione, la Corte costituzionale certo,

di), Ricordando Alessandro Pizzorusso. *Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, Torino 2018, 84). L'autore vede l'elemento cooperativo come sempre più connaturato al rapporto tra funzione legislativa e sindacato di costituzionalità, tanto da auspicare una copertura teorica al dato fattuale che emerge con minore nettezza: «oggi la Corte è all'apice della sua *autoritas in exercitio*, perché il Parlamento e il principio rappresentativo sono i grandi ammalati. Chi non voglia perdersi in sentieri oscuri, deve interrogarsi con urgenza sulla domanda: come evitare - attraverso strumenti istituzionali, che non possono evidentemente surrogare i ben più radicali strumenti politico-culturali - l'ulteriore emarginazione del Parlamento e del principio rappresentativo? [...] È opportuno [...] configurare l'intervento della Corte non tanto come un controllo nemico, ma come un controllo cooperativo. E travasare questa visione nella letteratura e soprattutto nella manualistica. Quanti decenni sono che si parla di detronizzazione della legge, che la si presenta come una serie occasionalistica di misure sconclusionate e mal scritte a fronte della superiore razionalità dei giudizi della Corte? La crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica - di cui tanto soffriamo - sono anche - ritengo - la conseguenza di un non adeguato sostegno, da parte della dottrina, al loro difficilissimo dover essere. Sostegno che proprio dalla Corte potrebbe provenire, qualora le minoranze parlamentari fossero messe in grado di ricorrere ad essa» (così M. DOGLIANI, *La Corte habermasiana di D'Orazio*, in *Nomos*, n. 1/2017).

²⁵ Per sviscerarne suggestioni e problemi può essere utile recuperare i testi di alcune delle relazioni tenute al XXXVIII Convegno AIC, ospitato nell'ottobre 2023 presso l'Università di Brescia. In particolare, sul tema si veda A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, dattiloscritto presente nel sito AIC (13 ottobre 2023) e M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in rivista AIC, n. 1/2024.

²⁶ Scrive Sandro STAIANO che «a partire dalla sentenza n. 1 del 2014, le decisioni della Corte costituzionale entrano a pieno titolo tra i formanti della relazione fiduciaria, insieme al formante costituzionale, al formante politico-legislativo e al formante politico-convenzionale. Le decisioni della Corte sulle leggi elettorali - che è stato possibile pronunciare in forza dell'autonoma ridefinizione dei confini ordinamentali dei propri poteri da parte del giudice della legittimità costituzionale - hanno largamente contribuito a determinare il peso degli altri due formanti nell'ambito del quadro costituzionale. Bisogna ora riconoscere che - per le debolezze del sistema partitico, derivanti anche dalle trasformazioni in atto, con il gioco di forze e controforze prodotte dall'affermazione e dalla generalizzazione di partiti di tipo nuovo - molte delle sollecitazioni cui il sistema è stato sottoposto derivano da quella scelta della Corte di farsi formante in un ambito che l'ordinamento aveva sottratto alla giurisdizione costituzionale in ragione della sua irriducibile politicità: l'ambito della forma di governo» (così S. STAIANO, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *osservatorioaic.it*, n. 2/2018). ID., *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *federalismi.it*, n. 2/2017.



ma anche il Presidente della Repubblica. Viene da chiedersi allora quale sia il margine di questo dinamismo: alla fine, quando si guarda a una disposizione e in particolare a una norma che da essa è stata tratta, questa può essere costituzionale o incostituzionale, *tertium non datur*. Si può discutere della corretta interpretazione della lettera della legge, si può discutere se il vizio attenga alla sua validità ovvero al suo valore, ma a voler stringere la scelta resta tra conformità e non conformità, senza altre possibili soluzioni intermedie. Oppure no? È proprio qui che un’impostazione troppo rigidamente aderente al dato legislativo ci porterebbe fuori strada, perché l’inveramento come processo non è esente da influenze che inevitabilmente hanno natura extra-giuridica. Influenze che attengono al tempo dell’emersione dei principi e dei diritti, come anche al dato materiale di tale emersione.

2.1 Sul dato temporale nel processo di inveramento

Sotto il primo punto di vista, sarà utile recuperare alcune illuminanti argomentazioni sviluppate da Leopoldo Elia in quel serrato confronto, prima filosofico e politico e solo dopo propriamente giuridico, con il pensiero di Jacques Maritain. In particolare, con quel concetto di “animazione della società” che tanta influenza ebbe sul cattolicesimo del secondo Novecento, basato sull’idea che, nella società contemporanea, si potesse immaginare in maniera differente la presenza dei cristiani: «tradurre nella vita politica e sociale intuizioni cristiane»²⁷, non per via ecclesiale ma per responsabilità laica, capaci di “fare da fermento” cioè di trasformare da dentro una “pasta” ben diversa da quella della cristianità medievale. E non fu forse questo l’ideale che ispirò Giuseppe Dossetti, Giorgio La Pira e tanti altri nel loro lavoro in Assemblea costituente? Quelle intuizioni cristiane le inserirono magistralmente nelle dichiarazioni di principio della Costituzione del 1948.

È lo stesso Elia però a sottolineare come questa potente suggestione, la creazione di una “via costituzionale” all’animazione cristiana della società, avesse subito quasi immediatamente un certo “logoramento”. La difficoltà di dare attuazione nell’immediato a quei principi, di renderli immediatamente efficaci tramite leggi che ne recepissero il contenuto, viene fortemente stigmatizzata dalle aspre critiche dello stesso Maritain ai partiti cattolici europei, incapaci a suo dire di essere strumento efficace di questa animazione. A queste dure posizioni fa il paio l’abbandono della vita politica attiva da parte di Giuseppe Dossetti, all’inizio degli anni Cinquanta. Ecco, la via all’animazione della società in senso cristiano, aperta dalla Carta fondamentale italiana, sembra subito fallire, sembra essersi in pochi anni trasformata in un’utopia: è a questa idea che Elia si oppone, con argomenti di un certo interesse per il nostro discorso.

²⁷ Così L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, in L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2010, 276.

Scriva il giurista marchigiano nel 1975, «non è che le Costituzioni, per la loro stessa natura, esauriscano puntualmente la loro possibilità di realizzazione, altrimenti non avrebbero nemmeno un'autentica vitalità. È sempre, la loro, una efficacia a lungo termine non troppo ravvicinato. L'importante è aver affermato certe posizioni in termini normativi che poi fruttificheranno nel fatto»²⁸. Ancora, in uno scritto del 1977, «è indiscutibile che c'è uno iato tra costituzione, specie se programmatica (l'opposto della carta staliniana del 1936), e l'attuazione di essa. In particolare, il grado di ipoteticità dell'attuazione costituzionale si accresce, pur non mutando di natura rispetto al tipo di osservanza delle norme precettive (costituzionali o meno), giacché essa dipende dalla adesione attiva, dal consenso operante e continuo di forze politiche maggioritarie e di titolari di organi costituzionali. Se quanto si è ora ricordato è vero, è altrettanto ovvio che è possibile, storicamente (in particolare quando, come nel caso italiano, siano passati più di un lustro dalla entrata in vigore), verificare l'effettività della forza promozionale di una costituzione»²⁹.

Pensare possibile una verifica di effettività della Costituzione che sia “storicamente” sensibile significa logicamente intenderne una natura evolutiva, stimolata dalla volontà delle forze politiche di maggioranza e quindi, in un certo senso, dalla pubblica opinione, che è agente costituzionale in quanto rappresentata, in via maggioritaria, dal circuito Parlamento/Governo e quindi portatrice indiretta di uno specifico indirizzo politico, che non solo accompagna, ma riempie l'indirizzo politico costituzionale³⁰. Scrive Cesare Pinelli, commentando i medesimi passi succitati di Elia, «il tempo della costituzione è [...] il tempodurata, αἰών, che rinvia all'immagine della vitalità, intesa come energia o virtualità di durare, dove l'istanza della durata non è tuttavia riferita a un organismo, come nel pensiero politico classico sulle forme di governo, ma a un testo, alla costituzione dei moderni. Nel costituzionalismo del Novecento l'aspirazione della costituzione a durare il più possibile si specifica ulteriormente: non consiste in un impegno preso dai Costituenti che le generazioni successive debbono onorare, ma in una promessa da realizzare, e che non ha ancora arrecato tutti i suoi frutti»³¹.

Il fattore temporale integra nell'inveramento dei principi costituzionali le dinamiche di sviluppo sociale, la consapevolezza storica della comunità nazionale, anche i ritardi di questa rispetto ai fini ultimi della Carta, le esigenze contingenti di quei fatti che toccano in concreto le necessità di vita dei cittadini. E quindi questo guardare alla Costituzione *sub specie aeternitatis* implica vieppiù che il cammino dell'effettività non sia solo progressivo, ma che possa vichianamente ammettersi una momentanea “rivoluzione”, cioè

²⁸ Ancora L. ELIA, *Animazione, istituti e forme dello Stato democratico*, già citato, 281.

²⁹ L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia. Schema per una ricerca*, in *Studium*, 1977, 583.

³⁰ Qui il riferimento è alla dicotomia tra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale, sviluppata da Paolo BARILE proprio ragionando sul ruolo della Corte costituzionale nell'attuazione dei principi della Carta. In questo senso, vanno citati P. BARILE, *L'attuazione della Costituzione. Un problema sempre più vivo e attuale*, in *Il Ponte*, n. 11/1957, 1625 ss. e P. BARILE, *Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2-3/1957, 916 ss.

³¹ Così C. PINELLI, *Il tempo della costituzione nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *osservatorioaic.it*, n. 3/2018.

un disallineamento tra spinta politica e obiettivi costituzionali, tale da imporre alla Corte di correggere il tiro del legislatore, senza però totalmente annichilire le esigenze di bilanciamento emerse.

Proviamo a trattare brevemente un esempio che dimostri con chiarezza questa dinamica, sempre inerente all'ambito del diritto penitenziario: le plurime pronunce della Consulta sulla disciplina legislativa che ha ridefinito ed esteso lo speciale regime previsto dall'art. 41 bis della l. n. 354 del 1975 ai soggetti condannati per attività criminale commessa nell'ambito di organizzazioni a delinquere di stampo mafioso (d.l. n. 306 del 1992). Come noto, si tratta della possibile sospensione di alcune specifiche forme del trattamento penitenziario, con una incisiva restrizione delle residue libertà personali del recluso al fine di evitare che possa continuare ad avere contatti con l'organizzazione di appartenenza direttamente dal carcere.

La Corte costituzionale è più volte intervenuta a correggere alcune caratteristiche originarie del detto regime, pur salvando l'impianto generale della norma e superando i dubbi di costituzionalità formulati da alcuni giuristi³². Fin da subito, infatti, venne portata all'attenzione della Consulta la difficile compatibilità della detta disciplina con le garanzie di cui all'art. 13 della Costituzione, come anche con il principio di umanità e la finalità rieducativa sancite dall'art. 27, terzo comma, della Carta. Già con la sentenza n. 349 del 1993 (quella in cui è presente la felice espressione sul "prezioso residuo di libertà" che il detenuto sempre conserva), però, il giudice delle leggi aveva rilevato la necessità di leggere il nuovo regime in maniera costituzionalmente orientata: cioè ragionando di un necessario bilanciamento tra «la posizione giuridica soggettiva del detenuto», sottoposta alle garanzie espressamente previste dalla Costituzione del 1948, e «l'opposto potere di coazione personale di cui lo Stato è titolare al fine della difesa dei cittadini e dell'ordine giuridico»³³.

Attraverso un'attenta ricostruzione dei limiti alla discrezionalità del potere dell'amministrazione penitenziaria in merito alla definizione del regime carcerario del singolo detenuto, ove questa si spinga perfino a differenziarlo in forme più restrittive e quindi inevitabilmente più afflittive, la Corte sottolinea l'emergere di esigenze specifiche di sicurezza pubblica, capaci di giustificare una specifica e diversa lettura costituzionalmente orientata del dato normativo: «vero è che la lettera della disposizione normativa [...] parrebbe consentire, in relazione al solo titolo del reato, l'applicazione di un regime derogatorio indeterminato e dunque non vincolato a specifici contenuti né a specifiche finalità congruamente perseguibili nei limiti delle competenze attribuite all'amministrazione carceraria. Ma questa Corte ha già chiarito come sia possibile, e sia doverosa proprio in forza del vincolo costituzionale, una diversa e più restrittiva interpretazione della norma [...], la quale è volta a far fronte a specifiche esigenze di ordine e

³² Per una ricostruzione si veda A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano 2016. Sul punto anche A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale dell'art. 41 bis*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (A cura di), *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma 2013 e M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli 2012.

³³ Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà»³⁴.

Tutto si gioca in quel brevissimo inciso presente nel testo della decisione: il vincolo costituzionale rende “doverosa” una lettura diversa del testo normativo, che salvi l’esigenza emersa dalla volontà del legislatore di costruire misure di contrasto alla criminalità organizzata anche nel contesto carcerario, anche per quel detenuto che proprio nel carcere può perpetuare il suo vincolo con l’associazione criminale. È l’inveramento qui a piegarsi alle necessità sociali, si potrebbe dire, stando al caso di specie, al contesto storico di una mafia che proprio in quei primi anni Novanta aveva cominciato ad attaccare apertamente le istituzioni, ad assassinare perfino alcuni servitori dello Stato.

Ecco, la Corte costituzionale, di fronte a quelle terribili contingenze, aprì un dialogo con il legislatore, preferendo salvare l’impianto sostanziale della nuova disciplina e, operando una correzione in via interpretativa e (potremmo dire) con strumenti decisionali più *soft*, in qualche modo «non ha avuto il coraggio di “colpire frontalmente” la disposizione in esame, intervenendo solo con sentenze interpretative di rigetto, alle quali deve, comunque sia, riconoscersi il merito di aver reso maggiormente conforme a Costituzione la disciplina»³⁵.

Tanto più che lo stesso Parlamento intervenne a modificare la disposizione con la legge n. 279 del 2002, conformandosi alle remore che la Corte in più pronunce aveva espresso con riguardo alla mancata tassatività delle specifiche misure di restrizione (poi introdotte), alla mancanza di un limite temporale al provvedimento (introdotto anch’esso) e alla reclamabilità del provvedimento applicativo. Interessante notare come a questo atteggiamento cooperativo ne sia seguito uno fondamentalmente diverso dopo la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009. La modifica del regime del “carcere duro” riguardò un ampliamento del suo ambito di applicabilità (una estensione diretta e indiretta dei reati assoggettabili alla misura) e un suo inasprimento (in particolare prevedendo un aumento della durata temporale del provvedimento e della relativa proroga, l’impossibilità di revoca prima del termine e l’obbligo di simultanea applicazione di tutte le misure restrittive e sospensive elencate nell’articolo).

A seguito della modifica, che ha concretamente imposto una esasperazione del regime detentivo speciale, la Corte costituzionale ha in realtà avuto molte meno remore a sindacare la conformità a Costituzione della disposizione: basti citare, *ex plurimis*, la sentenza n. 143 del 2013 sui colloqui del detenuto a regime speciale con il proprio difensore, la sentenza n. 186 del 2018 sul divieto di cottura dei cibi (che ha ribaltato il precedente dell’ordinanza n. 56 del 2011), ancora la sentenza n. 97 del 2020 sulla scambio di oggetti nel

³⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 376 del 1997, punto 5 del *Considerato in diritto*.

³⁵ Così L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLLO - S. TALINI, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, 457.

medesimo gruppo di socialità, la sentenza n. 18 del 2022 sul visto di censura sulla corrispondenza del detenuto speciale con il proprio difensore.

In qualche modo, questo atteggiamento assai più incisivo della Consulta è proprio misurato sulla diversa postura storico-politica che la disciplina del carcere duro ha assunto dopo il 2009: «del resto, lo stesso Legislatore era consapevole che il regime non fosse compatibile con il sistema delle garanzie costituzionali. Come abbiamo visto, infatti, l'art. 41-*bis* è stato introdotto quale norma eccezionale (e pertanto temporalmente limitata) tesa a far fronte alla grave situazione di emergenza generata dalle diverse azioni della criminalità organizzata di stampo mafioso. La situazione emergenziale giustificava, da un lato, la deroga all'ordinario regime detentivo e, dall'altro, la competenza riconosciuta al Ministro della Giustizia di disporre tale regime. [...] le ragioni della sua esistenza sono venute meno però, quando nel 2002 è stata superata la sua natura eccezionale e la norma è definitivamente divenuta uno “strumento ordinario” di “gestione straordinaria” di determinate tipologie di detenuti»³⁶; e ciò giustificherebbe una lettura diversa della ratio della disposizione, non «modalità esecutiva della pena inflitta nella sentenza di condanna», come fino ad oggi sostenuto dallo stesso giudice delle leggi, ma «autonomo modo di restrizione della libertà personale»³⁷.

L'argomento è forte, perché riconduce la “sostenibilità costituzionale” della nuova disciplina alla sua originaria eccezionalità, imponendo ora invece, data la sua postura ordinaria, una diversa interpretazione, che ne rafforzi il regime di garanzia *ex art. 13 Cost.* A prescindere dal merito, qui emerge con chiarezza il margine temporale della dialettica tra istituzioni dell'indirizzo politico di maggioranza e istituzione dell'indirizzo politico costituzionale: le contingenze storico-sociali possono rendere più o meno accettabili i termini di un bilanciamento tra principi contrapposti, perfino stemperare il confronto e far prediligere alla Corte costituzionale tecniche decisorie più dialoganti a tecniche meno relazionali. Con due conseguenti deduzioni da poter trarre: da una parte, il fatto che entrambi i citati indirizzi politici posseggono una eguale dignità sostanziale e influenzano il corretto bilanciamento tra principi e valori, pur con differenti modalità, poiché la Costituzione è elemento eterno mentre la specifica volontà politica assume una veste giuridicamente rilevante solo quando momentaneamente si fa maggioranza in Parlamento e amministrazione nel Governo (*νόμος* contro *καίρος*); dall'altra, il margine temporale del processo dinamico di invero della Costituzione, pur manifestando esigenze propriamente extragiuridiche, è fattore che attiene tutto al momento legislativo e al successivo eventuale controllo cooperativo della Corte. E questa seconda osservazione marca la differenza del fattore temporale da quello materiale, a cui prima abbiamo accennato.

³⁶ Ancora L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, già citato, 471.

³⁷ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, già citato, 472.

2.2 Sul dato materiale nel processo di inveroamento

Il dato normativo vive nell'applicazione amministrativa, nelle concrete modalità di svolgimento dei diritti, spesso nella necessaria gestione in scala di alcune incombenze statali che toccano direttamente la vita dei cittadini, come la sanità o appunto il carcere. In questo senso, la disciplina legislativa (o anche regolamentare) non può che fermarsi un passo prima, può stabilire le forme dei comportamenti dei pubblici poteri, può stabilirne controlli più o meno incisivi, ma non può essere prescrittiva fino in fondo. E allora c'è uno spazio dell'inveroamento in cui la legge e la sua dialettica di struttura non arrivano e dove quindi il comportamento dei poteri pubblici segue l'orientamento del contingente indirizzo governativo e si muove nello spazio dei limiti strutturali dell'organizzazione, che spesso si manifestano essi stessi in un indirizzo materiale tendente all'autoconservazione. Uno spazio che non può però restare sottratto all'animazione costituzionale, per dirla con Elia.

In verità, un approccio più risalente del giudice delle leggi tendeva a scindere i due piani. Tornando all'esempio del 41 bis o.p., nella stessa (e più volte citata) sentenza n. 349 del 1993 la Corte basa gran parte delle sue argomentazioni sulla corretta individuazione del "limite di competenza funzionale dell'Amministrazione": «l'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (rectius: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che naturalmente rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art.24)», mentre «è certamente da escludere che misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena [...] e che perciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, possano essere adottate al di fuori dei principi della riserva di legge e della riserva di giurisdizione specificamente indicati dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»³⁸.

Il problema è che, proprio in questa risalente pronuncia, la Consulta interpreta quel limite funzionale dell'amministrazione anche come un limite alla sua giurisdizione: «è opportuno, infine, sottolineare che le medesime ragioni che consentono di escludere l'illegittimità costituzionale della norma in esame, delimitandone l'ambito applicativo ed integrandone il portato con il richiamo a principi generali dell'ordinamento, conducono anche alla conclusione che taluni dei rilievi espressi dai giudici remittenti, pur se rivolti avverso la citata disposizione dell'art. 41 bis, non trovano la loro causa nella norma di legge bensì [...] nel solo provvedimento ministeriale di applicazione. In base a tutte le ragioni sin qui esposte,

³⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

anche tali provvedimenti [...] sono certamente sindacabili dal giudice ordinario»³⁹. Eppure, questa iniziale impostazione muterà con il tempo, soprattutto con l'idea che l'amministrazione sia a tutti gli effetti un soggetto della Costituzione, chiamato al più ampio sforzo di inveroamento a cui tutte le istituzioni partecipano.

3. Alcune recenti pronunce della Corte costituzionale: la sentenza n. 18 del 2022

Proprio al fine di comprendere la postura che la Consulta ha assunto sul tema, proveremo qui a richiamare alcuni recenti arresti del giudice delle leggi sempre in tema di ordinamento penitenziario, i quali sembrano aver segnato un prima e un dopo nell'orientamento dei giudici costituzionali, sempre più disposti a stimolare (e, in un certo senso, a responsabilizzare) la partecipazione diretta dell'amministrazione allo sforzo di animazione costituzionale. Un primo richiamo va certo fatto alla sentenza n. 18 del 2022 (Presidente Giancarlo Coraggio, Redattore Francesco Viganò), con cui la Corte è di nuovo intervenuta sul tema del carcere duro. In particolare, nel caso di specie, era stata la prima sezione penale della Corte di Cassazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, comma 2 quater, lettera e), della legge 26 luglio 1975, n. 354, in riferimento agli artt. 3, 15, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo con riguardo all'art. 6 CEDU), nella parte in cui prevede, per i detenuti sottoposti al regime speciale, la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, senza escludere quella indirizzata ai difensori.

Il giudice rimettente, in verità, basa il proprio dubbio su una valutazione di carattere sistemico: infatti, il regime di controllo della corrispondenza del detenuto è disciplinato in via generale dall'art. 18 ter o.p., il quale prevede che l'autorità giudiziaria possa limitare o sottoporre a visto di controllo, anche materiale⁴⁰, l'attività epistolare del recluso, ad eccezione di quella indirizzata «ai soggetti indicati nel comma 5 dell'articolo 103 del codice di procedura penale, all'autorità giudiziaria, alle autorità indicate nell'articolo 35 della presente legge, ai membri del Parlamento, alle Rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di cui gli interessati sono cittadini ed agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo di cui l'Italia fa parte», quindi anche al difensore (soggetto presente nell'elenco di cui al citato art. 103, comma 5, c.p.p.); con riguardo, invece, al regime del carcere duro, l'art. 41 bis prevede una più ridotta casistica di eccezioni al regime di controllo, prevedendo il “visto di censura” su tutta la corrispondenza del detenuto «salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia».

³⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 1993, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ La disposizione parla anche di controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima.

A dire del rimettente, dal dato testuale si può chiaramente dedurre la natura più restrittiva del regime che il 41 bis introduce sul controllo della corrispondenza del detenuto rispetto alla disciplina ordinaria, prevedendo tassativamente un più ristretto novero di ipotesi per le quali resta vietato il visto di censura, senza che sia ricompresa tra queste la corrispondenza con il difensore. Ciò evidentemente violando la tutela costituzionale prevista per il diritto di difesa (art. 24 e art. 111), come anche introducendo una irragionevole disparità di trattamento tra differenti regimi di detenzione con riguardo al principio di segretezza della corrispondenza (art. 3 e art. 15) e ancora in chiaro contrasto con gli obblighi internazionali dell'Italia (art. 6 CEDU).

Su questo dualismo di disciplina gioca anche la Corte costituzionale nella sua motivazione. In particolare, la Consulta si interroga, innanzitutto, sul rapporto giuridico intercorrente tra la normativa che regola il controllo della corrispondenza nel regime ordinario e quella che lo fa nel regime differenziato. Ove si sostenga, infatti, che il detto rapporto possa essere ricostruito sulla dicotomia *genus/species*, e dunque che la disciplina prevista per il controllo di corrispondenza nel carcere duro la si intenda come derogatoria di quella più generale valida per ogni detenuto, se ne dovrebbe dedurre l'automatica applicazione estensiva al regime differenziato di tutte quelle previsioni normative della disciplina ordinaria che non trovino esplicita deroga nell'altra.

Ora, l'applicazione del principio di specialità per risolvere il contrasto (meglio, il mancato allineamento) tra le due norme sembra aver funzionato, a detta della Corte, per quel che riguarda il silenzio della disciplina differenziata sul soggetto a cui è affidato il potere di applicare il visto di censura: mentre nel regime ordinario di cui all'art. 18 ter o.p., tale potere è affidato al magistrato di sorveglianza (o in casi particolari ad altro magistrato), nulla su questo viene precisato dal testo per quel che riguarda il regime speciale, tanto da lasciare aperto il campo a possibili interpretazioni che riconoscano tale potere in capo al Ministro della Giustizia o alla stessa amministrazione, con grave nocumento della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost. Su questo però, sostiene il giudice delle leggi, il conforto arriva dall'attività ermeneutica dei giudici: «la giurisprudenza di legittimità, sulla base delle medesime esigenze di una interpretazione costituzionalmente orientata di cui si era fatta carico la sentenza n. 349 del 1993, appare nettamente orientata [sul principio] che la libertà di corrispondenza dei detenuti in regime speciale può essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 Cost., solo con un provvedimento dell'autorità giudiziaria, specificamente motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dai commi da 1 a 4 dell'art. 18 ter della legge n. 354 del 1975 come modificato dalla legge n. 95 del 2004 (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 22 febbraio 2019, n. 32452; in senso conforme, sezione prima penale, sentenza 17 maggio 2018, n. 51187; sezione prima penale, 20 giugno 2014, n. 43522; sezione prima penale, 21 novembre 2012, n. 48365). Da tale diritto vivente si desume, dunque, che in linea di principio l'art. 18

ter, comma 3, ordin. penit. trova applicazione anche nei confronti di detenuti e internati sottoposti al regime penitenziario speciale di cui all'art. 41 bis ordin. penit.»⁴¹.

L'esistenza di un chiaro orientamento giurisprudenziale, che, di fronte a una disposizione di legge che lasci aperta la strada a possibili letture normative incostituzionali, abbia invece offerto e imposto una alternativa soluzione ermeneutica conforme alla Carta fondamentale, è come se rappresentasse un dato consolidato dell'inveramento costituzionale: il "diritto vivente", quando conforme a Costituzione, vincola la Corte a confermarlo e rafforzarlo rispetto ad eventuali interpretazioni devianti di singoli giudici remittenti⁴².

Riaffermato il meccanismo, nel caso concreto, la Consulta entra nel merito della questione. Mentre con riguardo alla questione del soggetto incaricato del visto di censura sulla corrispondenza del detenuto, la norma costituzionalmente conforme è emersa con chiarezza dalla giurisprudenza e si è affermata come "diritto vivente", lo stesso non può dirsi della questione dei limiti al potere di controllo: la corrispondenza del recluso con il proprio difensore di fiducia, che non può essere sottoposta a visto nel regime ordinario di detenzione (art. 18 ter o.p.), non è esclusa esplicitamente dai casi di controllo per il regime previsto dall'art. 41 bis o.p.; ove applicassimo il detto principio di specialità, di certo dovremmo immaginare che la previsione del regime ordinario, non esplicitamente derogata, si possa estendere al regime speciale, ma, a detta del giudice rimettente l'elenco sui limiti al visto di censura presente all'art. 41 bis o.p. è tassativo e quindi non integrabile ulteriormente, aprendo così all'incostituzionalità della disposizione.

In realtà, nota la Corte, esistono alcuni elementi di fatto che confermerebbero l'affermarsi della prima lettura estensiva, quella che sarebbe conforme a Costituzione: da una parte, tale soluzione costituzionalmente orientata «è alla base della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 intitolata "Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis O.P.". L'art. 18.1 di tale circolare dispone infatti espressamente che "[v]"è tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispondenza cd. "per giustizia", ovvero la corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'art. 103 del codice procedura penale", nonché a tutte le autorità indicate nell'art. 35 delle relative norme di attuazione»⁴³; dall'altra, «nello stesso senso paiono implicitamente orientate anche alcune recenti decisioni della Corte di cassazione, che affermano la legittimità di singole misure di controllo sul contenuto della corrispondenza del detenuto in

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2022, punto 2.7 del *Considerato in diritto*.

⁴² Per un approfondimento in tema di dottrina del "diritto vivente", si vedano, *ex plurimis*, A. ANZON, *La Corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1984; G. ZAGREBELSY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1986; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994; G. SORRENTI, *Diritto vivente*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli 2008; C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, Napoli 2013; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Milano 2016.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2022, punto 2.8 del *Considerato in diritto*.

regime differenziato ex art. 41-bis ordin. penit. con il proprio difensore in casi in cui non erano state osservate le formalità dettate per l'invio della corrispondenza “per ragioni di giustizia”»⁴⁴.

Nonostante questo, però, in tema di ammissibilità della questione la Corte così chiosa: «in difetto di un orientamento chiaro e consolidato della giurisprudenza di legittimità in senso contrario, idoneo ad assurgere a diritto vivente, la soluzione interpretativa assunta a base dell'ordinanza di rimessione appare non solo plausibile, ma anche - a ben guardare - come la più conforme al dato letterale della disposizione censurata»⁴⁵. Il provvedimento si risolve in un accoglimento pieno della questione sollevata e non invece con una interpretativa di rigetto, tipica tecnica decisoria utilizzata dalle Corti in presenza di una interpretazione costituzionalmente orientata emergente dal diritto vivente: la dottrina ha sempre sottolineato come in quei casi la Consulta si serva del rigetto quasi per stigmatizzare il contegno del giudice rimettente, che ha sollevato il sindacato senza tener conto dell'orientamento prevalente emergente dal lavoro dei suoi colleghi⁴⁶.

Venendo al discorso di questo scritto, però, va certo sottolineato come la Corte costituzionale abbia nella sentenza specificatamente indicato l'esistenza di un dato materiale consolidato: il regolamento DAP del 2017. Un elemento normativo di certo non vincolante, ma certo capace di orientare l'attività dell'amministrazione nelle sue linee generali e in maniera conforme per tutto il territorio nazionale. Ecco, lo stesso giudice redattore chiarisce nella sentenza come la scelta regolamentare dell'amministrazione penitenziaria fornisca una lettura della questione conforme a costituzione e quindi in qualche modo imponga a tutte le sue ramificazioni dei comportamenti tali da riempire - la parola interpretare non è forse la più adeguata⁴⁷ - in maniera legittima il vuoto del testo nella concretezza della vita carceraria. Eppure, non basta.

Il fatto che la giurisprudenza di legittimità dia seguito solo in via “implicita” a tale orientamento sembra un fattore preminente rispetto al dato materiale e ciò impedisce la formazione del diritto vivente. In qualche modo, in questa sentenza la Corte ci dice che il diritto si fa vivo sempre e solo nelle aule dei tribunali e nei provvedimenti dei giudici. Al contrario, il comportamento della pubblica autorità, anche quando non sembra essere sindacato dal giudice, non potrà assurgere di per sé solo alla dignità di dato consolidato dell'inveramento. Un atteggiamento che evidentemente tradisce la difesa del ruolo della Corte

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2022, punto 2.8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 2022, punto 2.9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Analizza diffusamente (in maniera critica) la scelta decisoria della Corte nel caso concreto M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *Diritto di difesa*, 4 marzo 2022. Si veda anche L. SOTTILE, *L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)*, in *Consulta online*, n. 3/2022.

⁴⁷ Anche se è nota la massima secondo cui «senza dubbio la concretizzazione del diritto da parte dell'applicazione presuppone la sua interpretazione» (così G. WINKLER in F. PEDRINI, *Colloquio su Scienza giuridica e Teoria della conoscenza. Intervista al prof. Günther Winkler*, in *Lo Stato*, 2017).

costituzionale, chiamata ad incidere sulla disposizione di legge anche quando essa vive in maniera costituzionalmente conforme nei comportamenti dell'amministrazione - discorso diverso per le decisioni della giurisprudenza. O almeno, si potrebbe dire, l'esistenza di un "diritto vivente amministrativo" - splendido ossimoro - non basta perché si sanziona con l'inammissibilità una questione di legittimità costituzionale ovvero non è sufficiente perché la si risolva con un rigetto confortato dall'interpretazione costituzionalmente orientata offerta dal giudice delle leggi. Con buona pace del dato materiale dell'inveramento.

3.1 (continua) la sentenza n. 105 del 2023

Lo schema rigido della sentenza n. 18 del 2022 sembra in verità trovare un preciso contraltare in un'altra decisione della Corte, pubblicata poco più di un anno dopo quella appena commentata. Si tratta della sentenza n. 105 del 2023 (Presidente Silvana Sciarra, Redattore Nicolò Zanon), anche questa, non a caso, sul regime del carcere duro.

Con due ordinanze in gran parte sovrapponibili, il Giudice di sorveglianza del Tribunale di Spoleto ha rimesso al sindacato della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis, comma 2 quater, lettera b, o.p. «nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici».

L'asserita incompatibilità costituzionale emergerebbe, a parere del rimettente, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 31 e 117, comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e all'art. 8 CEDU. Infatti, la detta disposizione, prescrivendo il divieto del passaggio di oggetti, non potrebbe essere altrimenti interpretata, secondo il giudice *a quo*, se non come prescrivente un obbligo di tenere i colloqui tra genitore detenuto a regime speciale e figli minori in locali dotati di vetro divisorio, unica struttura utile ad impedire in maniera assoluta lo scambio di oggetti vietato dal testo di legge indubbiato. La paventata incostituzionalità deriverebbe allora dal fatto di non escludere la possibilità di colloqui con la privazione per il detenuto di ogni contatto fisico con i figli o i nipoti e quindi impedendogli di conservare quei rapporti affettivi con il proprio nucleo familiare garantiti dai parametri costituzionali prima rammentati.

L'elemento interessante per il nostro discorso, però, emerge da una specifica argomentazione del giudice rimettente: egli, infatti, cita nella propria ordinanza la circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 che, in verità, sembra allontanarsi dall'interpretazione restrittiva da lui fornita della disposizione. Infatti, all'articolo 16 del detto provvedimento normativo, pur se vi si prescrive in via generale l'utilizzo del vetro a tutta altezza, altresì si consente al detenuto a regime speciale di chiedere che i colloqui con i figli o nipoti

in linea retta infradodicenni avvengano senza l'apparato divisorio per l'intera loro durata, proprio «in una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica»⁴⁸.

Tale statuizione, ritenuta “scelta organizzativa non irragionevole” dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹, contrasterebbe però, a detta del giudice *a quo*, con il testo legislativo indubbiato, in quanto non potrebbe riconoscersi all'amministrazione il potere di valutare discrezionalmente, caso per caso, quando applicare o meno, in ragione di specifiche esigenze di sicurezza, un divieto di natura legislativa, tanto più che il DAP sembra comunque intendere l'utilizzo del vetro divisorio come regola e non come eccezione.

In qualche modo il rimettente sembra seguire l'impostazione tradizionale che la Corte si è data nella sua giurisprudenza sul tema: se il campo funzionale dell'amministrazione è strettamente alternativo a quello legislativo, non si può pensare che l'amministrazione assuma il ruolo di interprete delle disposizioni legislative, addirittura ritagliandosi un potere discrezionale in concreto molto simile a quello del giudice. Questo, a pensarci bene, si riflette sulla rilevanza della questione e sul necessario intervento della Corte costituzionale, spettando a lei sola il compito di correggere il dato legale non conforme alla Costituzione. La Consulta prende in realtà una posizione nettamente diversa, rigettando la questione di legittimità costituzionale prospettata «nei sensi di cui in motivazione» (una tipica sentenza interpretativa di rigetto). Spiega la Corte che è certo vero, come sostiene il rimettente, che dal tenore testuale della disposizione indubbiata (“attrezzare” i locali destinati ai colloqui “in modo da impedire il passaggio di oggetti”) si possa dedurre l'obbligo per l'amministrazione di assicurare l'esistenza di apparati divisorii tali da compromettere, se non inevitabilmente impedire, ogni forma di contatto fisico tra detenuto e interlocutori esterni. È poi altrettanto vero, sostiene il giudice delle leggi, che il vetro divisorio a tutta altezza, nell'esperienza concreta, sia stato individuato come lo strumento più idoneo ad assicurare i colloqui nel rispetto dell'indicazione legislativa, pur impendendo questo in maniera assoluta il contatto diretto con i familiari in visita del detenuto sottoposto a regime speciale. Analizzando però il dato legale è necessario osservare che «il legislatore [nel codificare il principio di cui si discute] abbia semplicemente indicato il risultato vietato - il passaggio di oggetti durante i colloqui visivi - senza affatto specificare, in dettaglio, le pertinenti soluzioni tecniche (in particolare, l'impiego del vetro divisorio a tutta altezza), limitandosi a richiedere che i locali destinati ai colloqui siano “attrezzati” in modo da impedire tale passaggio»⁵⁰.

⁴⁸ Così il testo dell'art. 16 della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

⁴⁹ Così Corte di cassazione, sentenza n. 46719 del 2021.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*.

Se ne ricava, dunque, che «l'impiego del vetro divisorio, pur potendo costituire un mezzo altamente idoneo allo scopo, in considerazione della sua innegabile efficacia ostativa al passaggio di oggetti, non è tuttavia imposto dal testo della disposizione primaria, che non ne fa alcuna menzione. Ed anzi, al cospetto di altri interessi di rango costituzionale assai rilevanti, quali sono quelli coinvolti dalla disciplina dei colloqui del detenuto con minori d'età, un simile dispositivo può apparire sproporzionato»⁵¹. È lo stesso giudice che non brevemente si sofferma ad indicare le possibili soluzioni tecniche alternative, comunque idonee a raggiungere lo scopo legalmente stabilito: «l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera»⁵².

In buona sostanza, la Corte costituzionale individua una interpretazione alternativa del testo legislativo rispetto a quella prospettata dal rimettente, avendo il legislatore codificato solamente uno specifico obiettivo da raggiungere, impedire il passaggio di oggetti, e lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione di natura tecnico-organizzativa che porti ad individuare nel caso concreto le modalità più adatte per condurre i colloqui e quali apparati siano più idonei ad assicurare l'esigenza di sicurezza codificata.

Tanto più che, trovandosi a dare attuazione al dato normativo, sia l'amministrazione con la sua circolare del 2017, sia il giudice di legittimità con la pronuncia del 2021, hanno dato seguito a questa seconda interpretazione, inverandola nel diritto vivente: «l'interpretazione qui privilegiata - secondo cui la disposizione censurata non impone affatto in ogni circostanza l'impiego del vetro divisorio - è compatibile con il dato testuale, e ne consente una lettura adeguata ai parametri costituzionali evocati. Contestualmente, permette di valorizzare la ratio della disposizione stessa, considerandola quale parte del complessivo regime detentivo differenziato, alla luce sia delle finalità, sia dei limiti cui l'applicazione di tale regime è soggetta [...]. A differenza di quanto sostenuto dal giudice a quo, e conformemente alle statuizioni rese, sul punto, dalla giurisprudenza di legittimità ricordata, non possono perciò considerarsi *contra legem* le circolari adottate dall'amministrazione penitenziaria per consentire colloqui senza vetro divisorio con minori in tenera età (da ultimo, nella circolare DAP del 2 ottobre 2017). Come ribadito di recente da questa Corte, infatti, quando ciò sia consentito dalla *littera legis*, l'interpretazione delle disposizioni restrittive tipiche del regime detentivo speciale “deve essere orientata verso soluzioni che ne garantiscano la miglior compatibilità con i precetti costituzionali di riferimento nella materia in esame” (sentenza n. 197 del 2021)»⁵³.

Ma la Corte fa un passo ulteriore, andando ad approfondire questo elemento discrezionale che l'interpretazione della norma sembra lasciare aperto in favore dell'amministrazione. Per rispondere

⁵¹ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*.

all'obiezione del giudice *a quo* in merito alla tutela dell'interesse del figlio minore anche non infradodicenne, che non troverebbe un diretto riscontro nemmeno nelle circolari amministrative di cui si è trattato, la Consulta arriva a valorizzare in maniera ampia il ruolo di invero normativo dell'amministrazione proprio nell'ambito della discrezionalità suddetta.

Scrivono i giudici costituzionali che «in presenza di una disposizione di legge che indica con chiarezza l'obiettivo - impedire il passaggio di oggetti - le soluzioni per raggiungerlo vanno necessariamente adeguate alla situazione concreta che l'amministrazione si trovi ad affrontare. [...] Sarà quindi ben possibile all'amministrazione penitenziaria - o alla magistratura di sorveglianza in sede di reclamo - disporre un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore a dodici anni, quando sussistano ragioni tali da giustificare una simile scelta [...]. In direzione opposta, la singola amministrazione potrà rifiutare - con provvedimento comunque soggetto al vaglio giurisdizionale - una richiesta di colloquio non schermato anche con un minore infradodicenne, nei casi in cui, nel bilanciamento tra il suo interesse, i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza, risultino elementi specifici, tali da rendere oggettivamente prevalente l'esigenza di contenimento del rischio di contatti con l'ambiente esterno»⁵⁴.

La chiosa della parte motiva della sentenza è davvero significativa: «anche in assenza di intervento legislativo, tuttavia, alla luce della interpretazione qui prescelta, risulta immune da vizi lo schema normativo più sopra descritto: la forza dei parametri costituzionali interni e sovranazionali evocati dallo stesso rimettente, il tenore letterale della disposizione di legge censurata, l'efficacia orientativa, per ciò solo derogabile, della soluzione contenuta nella circolare più volte richiamata, comportano infatti la non fondatezza, nei sensi precisati, di tutte le questioni sollevate»⁵⁵.

La Corte costituzionale, per far emergere il dato interpretativo di diritto vivente a cui chiama il giudice rimettente a conformarsi, si serve di tre elementi: il dato legale, il dato amministrativo e il dato giudiziale. Prima di tutto guarda al testo di legge, nel quale rinviene uno specifico spazio di manovra di tipo organizzativo lasciato all'amministrazione. Tale spazio, però, essendo qui in un ambito altamente sensibile perché incidente sui diritti, implica che l'istituzione esecutiva proceda non alla semplice individuazione di una soluzione tecnicamente idonea allo scopo imposto per legge, ma ad un vero e proprio bilanciamento tra soluzione tecnica e tutela dei diritti costituzionali. Un bilanciamento di cui il legislatore si spoglia, pur non definitivamente potendo sempre recuperare tale ruolo⁵⁶, e che l'amministrazione è chiamata ad

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 12 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Scrive, infatti, la Corte che «nulla impedisce ovviamente al legislatore di disciplinare in fonte primaria le modalità dei colloqui con i familiari, in particolare con i minori, evitando peraltro scelte rigide che potrebbero risultare non adeguate, per eccesso o per difetto, al cospetto delle specifiche esigenze evidenziate dal caso singolo» (Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2023, punto 11 del *Considerato in diritto*).

esercitare secondo modalità che ricordano molto da vicino quelle proprie del giudice. Innanzitutto, perché il giusto temperamento tra il dato materiale e i diritti del singolo viene fatto con riguardo alla situazione concreta; poi perché il dato materiale viene adattato alle istanze costituzionali del singolo attraverso un'attività che è ad ogni effetto di natura ermeneutica (nella sentenza in commento la Corte parla addirittura della necessità motivazionale della decisione del DAP).

Ecco allora che, in questa prospettiva, il dato giudiziale acquista un valore ancillare rispetto a quello amministrativo: è solo finalizzato al controllo, alla verifica *ex post*, al vaglio delle decisioni dell'amministrazione, su impulso del singolo da quelle stesse decisioni interessato, con riguardo alla conformità di queste al dato legale e alla Costituzione. Tanto è vero che la questione posta al vaglio della Corte nella sentenza n. 105 del 2023 riguardava proprio una divergenza valutativa del giudice dei diritti sulle prassi inverte della amministrazione: il giudice *a quo*, nel caso di specie, sostiene in fondo che l'interpretazione favorevole data dalla Cassazione sul contenuto della circolare del DAP sia fuori fuoco, perché non abbastanza attenta ad un dato normativo palesemente incostituzionale. Sulla scorta di questo, chiede alla Corte costituzionale di ristabilire il primato del dato giudiziale su quello amministrativo, proprio in ragione della tutela dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e non ammettendo dunque per l'amministrazione il ruolo di soggetto attivo nell'inveramento della Carta.

La Corte costituzionale, proprio nella chiosa su riprodotta, afferma il contrario. Riconosce una dignità autonoma all'amministrazione in questa specifica funzione, responsabilizzandola certo e solo nel forzato dialogo con il giudice di sorveglianza adito dal singolo. Ma proprio su questo presupposto preferisce “punire” il giudice *a quo*, come qualcuno in dottrina ha sostenuto⁵⁷, con una sentenza interpretativa di rigetto, piuttosto che confermare e perpetuare lo schema da questo proposto attraverso un accoglimento interpretativo.

⁵⁷ Nota A. GIUBILEI, «da tempo parte della dottrina ha evidenziato come tutte le sentenze interpretative della Corte costituzionale possano incidere positivamente sul rapporto collaborativo [con i giudici]. E ciò può accadere proprio grazie alla dovuta considerazione del “diritto vivente” e della sua compatibilità con la Costituzione. Da quest'angolo prospettico, l'interpretativa di rigetto assume un “carattere antagonista solo nei riguardi del giudice a quo, allo scopo di allinearlo all'orientamento prevalente costituzionalmente conforme oppure, se un tale orientamento manca, al fine di contribuire attivamente alla sua formazione”; mentre l'interpretativa di accoglimento interviene “in prima battuta sulla norma “vivente” che il giudice comune non ha ritenuto, per i noti vincoli della nomofilachia, di poter superare mediante un'interpretazione adeguatrice”. Nel caso della sentenza n. 105 del 2023 sembrerebbe che vi fossero le condizioni per prediligere questa seconda soluzione. È vero, come sottolinea la Corte, che l'impiego del vetro divisorio non risulta imposto dal testo della disposizione primaria; ma è vero anche - come emerge dai riferimenti nelle ordinanze di rimessione e dalla “prassi” dell'amministrazione penitenziaria - che detta misura organizzativa era stabilmente adoperata per i colloqui con figli e nipoti maggiori di dodici anni d'età. Pertanto, se effettivamente questa rigida demarcazione può rendere il vetro divisorio un dispositivo “sproporzionato” quando si è “al cospetto di altri interessi di rango costituzionale assai rilevanti”, la Corte costituzionale avrebbe potuto anche sanzionare l'interpretazione “vivente” e propendere per l'accoglimento interpretativo della questione, fondando il proprio intervento sui medesimi elementi della decisione adottata, valorizzando, però, argomentazioni di segno opposto» (così A. GIUBILEI, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in osservatorioaic.it, n. 1/2024). Si veda, anche, su questo D. CODUTI, *I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., sent. n. 105 del 2023*, in dirittifondamentali.it, n. 2/2023.

Lo schema logico qui da ultimo descritto per la sentenza n. 105 del 2023 non è diverso da quello del precedente del 2022. Anche lì al dato legale dubbio si affiancava un preciso dato normativo e dei dati giudiziari - in verità più rarefatti -, concordanti su una lettura in fondo conforme al dettato costituzionale. Eppure, le risposte date dalla Consulta nei due casi appaiono davvero antitetiche.

Si potrebbe dire, in verità, che nel caso del 2022 la copertura giurisprudenziale del dato materiale non era così certa: non vi erano state pronunce della Corte di Cassazione che avessero confermato, se non in via indiretta, la ragionevolezza del bilanciamento effettuato dall'amministrazione nel regolamento del 2017 per la specifica questione del visto di censura sulla corrispondenza del detenuto; al contrario dello specifico orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di vetro divisorio nei colloqui con i familiari del recluso al regime speciale di cui dà atto il giudice redattore nella sentenza del 2023. In qualche modo, si potrebbe sostenere che, nel primo caso, il dato materiale, privato della copertura giudiziale, non poteva dirsi pienamente inverato.

Eppure, emergono delle linee di tendenza precise dalla sentenza Zanon, che con difficoltà si potrebbero normalizzare⁵⁸. Da una parte, un atteggiamento di continenza rispetto a una visione cooperativa dell'inveramento, che ammette un piano diverso rispetto a quello propriamente legislativo, in cui la Corte solo opera. Dall'inveramento comportamentale la Consulta non solo può trarre elementi di contesto utili alle sue decisioni, ma ancor più può determinare il grado di effettiva occorrenza del suo intervento.

L'inveramento, appunto, non ha quale unico strumento la legge, ma si realizza anche su un piano diverso, di tipo amministrativo, che spesso può agire a rettifica di un testo normativo lacunoso ovvero passibile di una lettura incostituzionale. Ove la correzione costituzionalmente conforme sia avvenuta nella seconda fase di inveramento e non nella prima, la Consulta non deve per forza intervenire. E qui la seconda tendenza. L'amministrazione e più in generale le istituzioni sono agenti della costituzionalizzazione della società nazionale e, dunque, a tale compito vanno responsabilizzate. Non solo quindi continenza da parte della Corte, ma anche un'inedita deferenza nei confronti del dato materiale dell'inveramento.

3.2 (continua) la sentenza n. 10 del 2024

Einmal ist keinmal, si potrebbe dire. Ma, in realtà, la Corte sembra aver confermato questo atteggiamento, inaugurato dalla sentenza n. 105 del 2023, in una successiva importante pronuncia: la sentenza n. 10 del

⁵⁸ *Contra* D. PIERANTONI, che, commentando la medesima decisione della Corte, così argomenta: «[in riferimento ad un riscontrato orientamento interpretativo, amministrativo e giurisprudenziale, conforme a costituzione] in verità, l'atteggiamento della Corte non è molto chiaro. Nei confronti della prassi e/o delle circolari amministrative non esistono quelle affermazioni di principio esplicite circa il loro particolare valore più o meno condizionante le scelte interpretative della Corte, più volte pronunziate, invece, a proposito dell'interpretazione giudiziaria. Inoltre, nella pratica l'influenza esplicita dalle concrete applicazioni della legge da parte della p.a. è stata molto mutevole e comunque di rado realmente determinante ai fini della scelta della norma oggetto della decisione» (così D. PIERANTONI, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a costituzione e tecniche decisorie del giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in *Nomos*, n. 2/2023).

2024 (Presidente Augusto Antonio Barbera, Redattore Stefano Petitti), con riguardo alla tutela del diritto all'affettività delle persone detenute. In questo caso, la norma indubbiata dal giudice rimettente è l'art. 18 o.p., «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia».

Il divieto dei colloqui intimi tra detenuto e il partner violerebbe il diritto alla libera espressione della propria affettività, riconosciuta e garantita dall'art. 2 Cost.; ancora, risulterebbe violato anche l'art. 13 Cost., sia in quanto il divieto in parola integrerebbe una compressione aggiuntiva e ingiustificata della libertà personale, sia perché impedire ad una persona di assecondare la sua sessualità si risolve in una vera e propria violenza di natura fisica e morale; inoltre, dal divieto deriverebbe un danno per la piena tutela dell'istituto familiare del detenuto, tutelato dagli articoli 29, 30 e 31 Cost., nonché alla salute psicofisica di quest'ultimo, che trova protezione nell'art. 32 Cost.; la menomazione della libera disponibilità del proprio corpo per il detenuto non potrebbe che caratterizzare in senso inumano e degradante la pena, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.; il giudice rimettente rileva poi anche motivi di incompatibilità del testo indubbiato con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. ad interessarci, sia perché il divieto assoluto e indiscriminato di cui all'art. 18 o.p. non lascia spazi di adattamento al caso concreto e quindi alla valutazione di specifiche ragioni di sicurezza in riferimento al singolo detenuto; tanto più che il trattamento dei detenuti adulti da questo punto di vista è totalmente opposto rispetto a quanto accade per i reclusi negli istituti minorili, in cui i colloqui avvengono in spazi che riproducono ambienti domestici, così permettendo visite prolungate a tutela dell'affettività. Ultimo profilo di incompatibilità della norma riguarda l'art. 117 Cost., con riferimento agli articoli 3 e 8 CEDU, che vietano agli Stati di sottoporre i detenuti a trattamenti inumani e degradanti.

Superata l'eccezione della difesa erariale che chiedeva alla Corte di non discostarsi dalle ragioni che avevano portato, con la sentenza n. 301 del 2012, a dichiarare l'inammissibilità di una questione ampiamente sovrapponibile a quella attuale⁵⁹, la Consulta conferma in pieno l'impostazione ermeneutica

⁵⁹ La sentenza n. 301 del 2012 aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per l'art. 18 o.p., proprio perché, prescrivendo il controllo a vista sui colloqui dei detenuti, limitava inevitabilmente l'esercizio dell'affettività di questi., appunto diritto costituzionalmente garantito. La Consulta, pur riconoscendo l'inadeguatezza del quadro normativo ad assicurare il pieno soddisfacimento dell'esigenza affettiva dei detenuti, riteneva di non poter procedere alla dichiarazione di illegittimità, in quanto «l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute» (così Corte costituzionale, sentenza n. 301 del 2012, punto 3 del *Considerato in diritto*). La decisione assunse tuttavia un'importante valenza monitoria ed ebbe il non piccolo merito di recuperare la discussione sulla questione dell'affettività in carcere ad una dimensione propriamente giuridica e costituzionale: «ragionare intorno alla ratio della negazione del diritto non significa valutare la previsione della sessualità intramuraria in termini etici o morali, quanto piuttosto interrogarsi sul bilanciamento tra valori costituzionali. Qui il nucleo della *questio*: occorre stabilire quando la preminenza delle esigenze di sicurezza debba ritenersi giustificata, se non si vuole rischiare di relegare le ipotesi di riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti al rango di mera eccezione» (così S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2015). Tornando però al caso della sentenza n. 20 del 2024, l'Avvocatura dello Stato aveva sollevato un'eccezione di

data dal giudice rimettente all'art. 18 o.p. e sottolinea come «l'ordinamento giuridico tutela le relazioni affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza. Lo stato di detenzione può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società. La questione dell'affettività intramuraria concerne dunque l'individuazione del limite concreto entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare una compressione della libertà di esprimere affetto, anche nella dimensione intima; limite oltre il quale il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, risolvendosi in una lesione della dignità della persona»⁶⁰.

Tale limite, a dire della Corte, non è certo stato rispettato dalla disposizione indubbiata, visto il suo carattere "assoluto e indiscriminato". Ma qui arriva il passaggio più delicato. Dopo, infatti, aver passato in rassegna tutte le incompatibilità costituzionali della disposizione evidenziate dal giudice rimettente (condividendone l'impianto), la Consulta si interroga sulle possibili conseguenze di una sua decisione ablativa (ovvero additiva), visto l'impatto che essa produrrebbe «sulla gestione degli istituti penitenziari, come anche dello sforzo organizzativo che sarà necessario per adeguare ad una nuova esigenza relazionale strutture già gravate da persistenti problemi di sovraffollamento»⁶¹.

Nonostante ciò, la Corte costituzionale non ritiene di doversi sottrarre ad una decisione incisiva, come in qualche modo essa aveva già fatto con il precedente del 2012. Anzi, è proprio in ragione di quel precedente, in cui era presente un forte monito al legislatore sulla medesima questione, che il giudice delle leggi si ritiene oggi "giustificato" ad un intervento non interlocutorio. Scrivono i giudici, «il lungo tempo trascorso dalla sentenza n. 301 del 2012, e dalla segnalazione che essa rivolgeva all'attenzione del legislatore, impone tuttavia di ricondurre a legittimità costituzionale una norma irragionevole nella sua assolutezza e lesiva della dignità delle persone»⁶².

È un po' l'emersione di quell'esigenza, portata alla luce da importante dottrina⁶³, di coprire le azioni più penetranti della Corte da un precedente cooperativo che risulti inascoltato. Ogni volta che la Consulta

ammissibilità proprio affermando che le questioni che avevano portato la Corte alla decisione del 2012 non potevano dirsi superate. Essendo però mutato il più generale quadro normativo in tema di trattamento penitenziario, avendo esso registrato significative modificazioni nel corso di ben dodici anni, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover disattendere l'eccezione erariale, procedendo comunque ad analizzare la questione nel merito (si veda il punto 2.5 del *Considerato in diritto*).

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶² Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶³ Il riferimento è agli scritti di M. RUOTOLO: in particolare, da ultimo, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *Diritto e Società*, n. 1/2023. Si veda anche i più risalenti M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, n. 1/2020 e M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino 2021.

non trova nel legislatore un valido interlocutore nell'inveramento della Costituzione, agisce “in solitudine”, anche quando questo le impone un ruolo di supplenza, anzi di più, giustificando la supplenza in ragione di quella mancata interlocuzione. Una conversione attiva dell'ordinamento, compiuta da un organo che ha perso ormai ogni carattere dell'archetipo keynesiano, ma che, proprio in quanto “controllore cooperativo”, riempie il vuoto della sua ablazione disegnando i confini costituzionali di quel che il legislatore dovrà fare.

I punti 6, 7 e 8 del considerato in diritto della sentenza in commento rispondono a questa esigenza e precisano «alcuni profili conseguenti alla pronuncia»⁶⁴: (1) la durata dei colloqui, tale da permettere la piena espressione dell'affettività; (2) la non sporadicità degli incontri, tale da poter preservare la stabilità della relazione affettiva; (3) la predisposizione di luoghi appropriati, quali vere e proprie unità abitative, comunque riservati e sottratti all'osservazione interna del personale di custodia e degli altri detenuti; (4) da evitare la compresenza di più persone nel colloquio; (5) la necessità di verificare l'esistenza effettiva dello stabile legame affettivo; (6) la preferenza, in caso di scarsità dei predetti locali, per i detenuti che non possono accedere ai permessi premio; (7) la possibilità di vietare tale forma di colloquio per “ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, ovvero anche, riguardo all'imputato, motivi di carattere giudiziario”; (8) il limite di applicazione dei contenuti della sentenza per i detenuti sottoposti a regimi detentivi speciali, sorveglianza particolare ovvero condannati per reati ostativi.

Ma è il punto 9 quello più significativo per il discorso che stiamo facendo. La Consulta, innanzitutto, riconosce i limiti del proprio agire, scegliendo (non potrebbe fare altro) il legislatore quale suo primo interlocutore e chiaramente richiamandolo al suo dovere di più adeguato interprete del bilanciamento tra valori: «resta ovviamente salva la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia»⁶⁵.

Ma poi, seduta al margine del suo *limes*, la Corte costituzionale prova a gettare uno sguardo al di là, alla costruzione cioè di quel dato materiale dell'inveramento che in determinati ambiti è oggi divenuto essenziale. Scrive la Consulta, «è altresì opportuno valorizzare qui il contributo che a un'ordinata attuazione dell'odierna decisione può dare - almeno nelle more dell'intervento del legislatore - l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti. Venendo meno con questa decisione l'inderogabilità del controllo visivo sugli incontri, può ipotizzarsi la creazione all'interno degli istituti penitenziari - laddove le condizioni materiali della

⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 9 del *Considerato in diritto*.

singola struttura lo consentano, e con la gradualità eventualmente necessaria - di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata»⁶⁶.

L'amministrazione è chiamata alla sua responsabilità, addirittura anch'essa quale supplente di un legislatore inerme. La conversione del dato legale alla Costituzione in alcuni ambiti non è sufficiente e la Corte avverte questa urgenza ulteriore, pur sapendo che ciò è al di fuori della propria cognizione, della propria giurisdizione. È un richiamo di responsabilità allora, di cui spesso la stessa amministrazione non è pienamente consapevole. E le aperture che abbiamo in precedenza registrato sul "diritto vivente amministrativo", come anche questo invito esplicito a dare pienezza di significato ai principi della Costituzione, segnano un passo nuovo per il nostro modello costituzionale, dato forse dalla comprensione di un'evoluzione di fondo: quello che abbiamo chiamato "perfetto invero", cioè il contenimento, ormai sempre più pervasivo, del rischio che si formino spazi di aperta incostituzionalità nel nostro ordinamento legislativo, tanto più per colpa di un'inerzia delle istituzioni politiche. Ecco, arrivati a questo punto, la cooperazione va necessariamente allargata. E mai la Corte lo ha detto con tanta chiarezza: «l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena»⁶⁷. Verrebbe da aggiungere, non solo per quel che riguarda la pena.

4. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria nell'invero della Costituzione

Come può rispondere l'amministrazione a questo nuovo (ma, in realtà, originario) compito a cui la Corte costituzionale l'ha (ri)chiamata? L'elemento di novità che abbiamo dedotto dalla recente giurisprudenza del giudice delle leggi non è certo di poco momento. In realtà, la dottrina non ha mancato di far emergere una certa storica "estraneità" della funzione amministrativa rispetto alla Costituzione⁶⁸. Le ragioni sono molteplici e si radicano essenzialmente sullo scarso spazio dedicato esplicitamente nel testo della Carta al fenomeno amministrativo (i soli articoli 97 e 98), con la necessità, dunque, di un importante sforzo interpretativo per recuperarne il ruolo nel più ampio sistema. Ciò ha evidentemente giustificato la continuità nei metodi e nell'organizzazione che l'amministrazione è sembrata generalmente mantenere rispetto all'ordinamento prerепubblicano. In buona sostanza, «l'amministrazione in quanto tale ha considerato sé stessa come corpo funzionante a servizio dello Stato più che della società, secondo una

⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁶⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 10 del 2024, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Ne scrive U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *cosittuzionalismo.it*, n. 2/2018.

concezione ispirata a un'organizzazione e ad azioni poste in naturale continuità coi modi con cui erano state concepite nello Stato liberale e, in gran parte, anche nello Stato fascista⁶⁹.

Questa osservazione, che potrebbe all'apparenza sottolineare un dato di natura eminentemente sociologica, ha una diretta conseguenza giuridica: la trasformazione del principio di legalità stabilito al primo comma dell'art. 97 Cost. da una garanzia in un feticcio. La bontà dell'idea secondo cui debba essere la legge a stabilire le formule amministrative (di gerarchia e di processo) più efficienti per realizzare i fini pubblici in modo effettivo e imparziale ha, in verità, permesso, secondo alcuni osservatori⁷⁰, che l'aderenza formale al dato normativo divenisse una gabbia per i pubblici uffici, tanto stretta da impedire ogni elemento dialogico con i fruitori finali, i cittadini e le loro autonomie collettive.

Pensare l'azione amministrativa come mero esercizio di applicazione della legge, cioè come lo sforzo di inquadrare ogni atto dell'amministrazione pubblica in comportamenti che siano legalmente conformi, diviene limitante se nega il ruolo attivo di essa nell'inveramento costituzionale; se esclude, in sostanza, il suo possibile ruolo di interprete della Costituzione, che ancor più le sarebbe tagliato quando, in prima linea, si trova a trattare la delicata materia dei diritti dei cittadini. Scrive Allegretti, «di fronte a disposizioni, seppur di legge, che non paiono quadrare con norme costituzionali, l'impiego dei normali mezzi interpretativi, anche di tipo evolutivo, di cui possono godere tutti i soggetti dell'ordinamento senza bisogno dell'autorevole affermazione di un giudice, apparirebbe non già solo possibile ma dovuta da parte dell'amministrazione, sia per evitare di incorrere in contrasti con la Costituzione che per adeguarsi in maggior misura al tenore di questa. Non pare invece che questo sia stato lo spirito delle varie amministrazioni, almeno nei casi più frequenti»⁷¹.

Però, perché questo sia immaginabile, è necessario un ulteriore (e logicamente anteriore) passaggio argomentativo, la piena consapevolezza del quale è forse arrivata tardi nella dottrina costituzionalistica (non in quella amministrativa). Il fatto che debba esistere una fondamentale distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, tale da implicare una piena autonomia decisionale della dirigenza dei pubblici uffici nei confronti dell'autorità politica. Non si vede, altrimenti, come potrebbe

⁶⁹ Ancora U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, già citato.

⁷⁰ Sul tema, oltre al citato ALLEGRETTI, si veda L. BOBBIO - G. POMATTO - S. RAVAZZI, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*, Firenze 2017.

⁷¹ Così U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, già citato. Lo stesso autore, nel medesimo scritto, così manifesta il suo "pessimismo" sulla questione: «nessuna esaltazione, nessuna storia francamente elogiativa è dunque possibile circa l'uso della Costituzione da parte della amministrazione. L'amministrazione in generale è stata sempre ed è ancora complessivamente tuttora - seppure con attenuazioni - scarsamente sensibile all'efficacia diretta della Costituzione sul suo operare. Il principio di legalità - del resto non sempre scrupolosamente osservato - da presidio garantistico, come è stato immaginato a partire dallo Stato liberale e come dovrebbe funzionare, si è tramutato troppo spesso in un comodo schermo che si interpone tra la suprema delle leggi, la Costituzione, e la sua pratica a tutela dei cittadini e del bene pubblico. Viene da dubitare, e di fatto sembra dubitarne l'Amministrazione con i suoi comportamenti, che la Costituzione sia norma superiore, autonoma e autosufficiente, che quindi stia al di sopra della legge e del principio di legalità e induca a conformarne il contenuto e a imporsi alla amministrazione. Sembra piuttosto che essa venga considerata come un complesso di principi, idonei a esprimersi come norma conformante solo in quanto tradotta in leggi specifiche e puntuali».

L'amministrazione caricarsi di una capacità ermeneutica che possa ritenere prevalente l'indirizzo costituzionale rispetto a quello espresso dal legislatore e dall'esecutivo: è quella che certa dottrina ha definito come la "posizione costituzionale dell'amministrazione", a fronte delle altre funzioni di governo⁷².

In verità, di questo principio non si trova direttamente traccia nel testo della Carta, che anzi, ad una lettura organica, sembra suggerire che, almeno da un punto di vista gerarchico e organizzativo, debba esistere un *continuum* tra Governo e amministrazione (sia l'art. 95 che l'art. 97 sono ricompresi nel Titolo II della Costituzione, rubricato "Il Governo"). A ben vedere, è questo in realtà un dato fisiologico del sistema, che non esclude affatto il principio di autonomia di cui parlavamo: «[sul problema del rapporto tra politica ed amministrazione], il nostro sistema positivo si differenzia notevolmente da quello degli altri Paesi dell'area, e segnatamente dall'ordinamento francese. Sia per effetto della più incisiva norma di cui all'art. 97, comma 3 (norma che non si rinviene nelle altre Costituzioni) che prescrive siano determinate, negli ordinamenti degli uffici le sfere di competenza e le responsabilità proprie dei «funzionari», sia per il netto orientamento della nostra legislazione (in dichiarata attuazione di detta norma costituzionale), a partire dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, nel senso di una distinzione o separazione tra le funzioni di amministrazione a carattere provvedimentale, e quelle a carattere generale, e programmatico, con diversa imputazione di competenza (tra uffici amministrativi, i «funzionari» di cui all'art. 97, e organi politici o di governo). Questa impostazione del nostro diritto positivo evidenzia una posizione costituzionale dell'amministrazione distinta dalle altre funzioni rapportabili all'Esecutivo, e dei relativi apparati organizzativi (tra uffici professionali da una parte, ed organi politici o di governo dall'altra)»⁷³.

La Corte costituzionale stessa, sulla scorta della dottrina, non ha poi esitato a rinvenire nell'art. 97 e in particolare nel principio di imparzialità la base di tale modello di distinzione delle funzioni, che appare «non solo costituzionalmente compatibile, ma costituzionalmente necessario»⁷⁴. Scrive la Consulta, «con riferimento alla dirigenza amministrativa, la giurisprudenza costituzionale ha affermato più volte che una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie costituisce una condizione necessaria per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa. Al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. si accompagna, come naturale corollario, la separazione tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" - che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'"amministrazione" - che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della

⁷² Si veda sul punto V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione e il potere politico (principi e problemi)*, in V. CERULLI IRELLI - D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Torino 2018, 6 ss.

⁷³ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione e il potere politico (principi e problemi)*, già citato, 7.

⁷⁴ Così F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna 2006, 208.

maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento. La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa, quindi, costituisce un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost.»⁷⁵.

Quel che sembra emergere a leggere la giurisprudenza della Corte è il fatto che i giudici costituzionali restino legati all'approccio più risalente della dottrina costituzionalistica con riguardo all'art. 97: la lettura del principio di imparzialità in una prospettiva discendente, cioè come garanzia per il cittadino della equidistanza dei pubblici funzionari rispetto alle varie appartenenze politiche, quasi la si voglia assimilare alla terzietà propria della funzione giurisdizionale⁷⁶. Quella che qui si propone però è una lettura ulteriore, che non certo si pone in contraddizione con questa, ma che ne esalta la prospettiva ascendente: il principio di distinzione deve dedursi anche in funzione del ruolo di interprete costituzionale che l'amministrazione (o almeno alcune amministrazioni) può ricoprire, soprattutto quando si trova ad esercitare una funzione di bilanciamento tra esigenze materiali e diritti, ancor più se in surroga ai compiti propri del legislatore.

Per riassumere, perché possa esercitare con piena consapevolezza e responsabilità il compito di invero della Costituzione, deve riconoscersi all'amministrazione uno statuto di piena autonomia rispetto al potere politico, soprattutto a quello che si esplica attraverso l'autorità di governo. Ciò significa limitare l'azione del decisore politico alla definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, come anche alla verifica della conformità dei risultati alle indicazioni impartite, lasciando nel resto ai pubblici uffici il compito di invero tale impianto non solo nelle forme e nei modi stabiliti dalla legge, ma, ugualmente e soprattutto, secondo le stringenti coordinate del testo costituzionale, anche quando questo implichi di esercitare una forma di ermeneutica adeguatrice sui testi di legge ovvero un adattamento dei comportamenti legalmente imposti al dato materiale emergente. Non sono due forme diverse di invero, ma due modalità differenti di intenderlo: si può adattare il testo di legge in funzione generale, magari con una circolare o un regolamento amministrativo che ne chiarisca degli aspetti, come anche si può adattarlo in funzione della singola situazione materiale ovvero della singola soggettività.

⁷⁵ Così Corte costituzionale, n. 81 del 2013, punto 3.1 del Considerato in diritto. Di poco precedente è la pronuncia n. 304 del 2010, nella quale, conformemente alla decisione appena citata, si afferma: «la giurisprudenza costituzionale è ormai costante nel ritenere che debba essere assicurata una chiara distinzione tra funzioni politiche e funzioni amministrative di tipo dirigenziale, al fine di assicurare, in particolare, la piena attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione. [Tale principio di separazione va in particolare assicurato] tra l'attività svolta dai Ministri, con il supporto degli uffici di diretta collaborazione, e quella esercitata dagli organi burocratici, cui spetta la funzione di amministrazione attiva». Secondo la Corte è l'imparzialità dell'azione amministrativa il precetto «che è alla base della stessa distinzione funzionale dei compiti tra organi politici e burocratici e cioè tra l'azione di governo - che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza - e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al "servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 Cost.), al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento» (così Corte costituzionale, sentenze n. 104 e n. 103 del 2007).

⁷⁶ Ne è prova, ad esempio, la trattazione che fa BARILE del principio di imparzialità nel proprio manuale del 1987 (P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Padova 1987, 208 ss.).



Questo potere interpretativo dell'amministrazione, coperto a monte dall'imparzialità e dal principio di distinzione, trova a valle il presidio del sindacato giurisdizionale. Come è ben emerso dalle sentenze della Consulta che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente, i giudici costituzionali ammettono l'esistenza di un "diritto vivente amministrativo" solo quando i comportamenti dell'amministrazione sono stati "convalidati" da un giudice, nel caso di specie dal supremo giudice dei diritti. Il differente dispositivo tra la sentenza n. 18 del 2022 e la n. 105 del 2023 sta proprio nel differente riscontro che la giurisprudenza di legittimità ha dato alla "interpretazione amministrativa", sfumata in un caso, chiara e inequivocabile nell'altro, tanto da inibire l'intervento *erga omnes* della Consulta.

Resta chiaramente la funzione giurisdizionale, civile o amministrativa che sia, quella deputata primariamente a render effettivi i principi costituzionali, come anche resta essa il principale rimedio contro l'attività antiggiuridica della pubblica amministrazione. Nella prospettiva che abbiamo disegnato, essa sembra però acquisire un ruolo ancillare e appunto di valutazione e copertura, esterna e successiva, di quanto l'amministrazione pone in essere per adeguare i suoi comportamenti alla Costituzione, nonostante la legge. In qualche modo, andrebbe allora rettificato l'ordine seguito nella significativa chiosa della sentenza n. 10 del 2024: non legge, giurisprudenza e amministrazione, ma legge, amministrazione e infine, a chiusura dello schema, la giurisprudenza.

Ora, rimane da comprendere come questa traccia sia applicabile al carcere. In base alla legge⁷⁷, è il Ministero della Giustizia ad esercitare, oltre ai compiti ad esso affidati dalla Costituzione, i servizi dell'amministrazione penitenziaria, in particolare la gestione amministrativa del personale e dei beni dell'amministrazione, l'esecuzione delle misure cautelari, delle pene e delle misure di sicurezza detentive, come anche il trattamento dei detenuti e degli internati. In particolare, è il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP) a dar vita all'azione di invero legale e costituzionale: ciò si realizza, in forma generale, attraverso l'emanazione di decreti e circolari, direttive, provvedimenti e note, utili a uniformare secondo principi e pratiche specifiche l'azione dei differenti istituti, che in verità mantengono anche una certa quota di autonomia interna, che spetta al vertice periferico, cioè al singolo direttore, sviluppare soprattutto con riguardo alle regole di disciplina e condotta.

La prima questione che qui si pone riguarda l'effettiva applicazione del principio di distinzione tra funzione politica e funzione amministrativa, stante il totale inquadramento della gerarchia amministrativa del DAP nell'organigramma ministeriale; quindi, anche la nomina di natura politica del vertice. Abbiamo visto, in realtà, che questo, secondo la giurisprudenza costituzionale, non inficia in nessun modo l'imparzialità dell'ufficio, il quale, infatti, svolge essenzialmente i compiti che la legge gli affida. Nel caso di specie, già la sentenza n. 349 del 1993, individuava la competenza funzionale dell'amministrazione

⁷⁷ Il riferimento è all'art. 16, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 300 del 1999.

penitenziaria nella determinazione delle modalità di esecuzione della pena (la detenzione), mai eccedenti le garanzie poste a presidio della libertà personale, e non la natura sostanziale della stessa, che spetta al contrario al giudice.

Ora, le modalità di esecuzione vanno tarate sul singolo, sulle condizioni materiali dell'istituto, sulle ragioni di sicurezza, ma ciò impone un bilanciamento dei diritti, mai una loro totale e irreversibile negazione, né il loro condizionamento. Il bilanciamento affidato all'amministrazione è dunque sempre in funzione dei diritti e mai contro di essi; nella prospettiva dell'inveramento, per come *bic et nunc* può essere meglio realizzato. Ciò innanzitutto esclude che siano le strutture del DAP a poter perseguire, anche indirettamente, azioni di politica criminale, come in parte si è tentato di fare con i programmi di investigazione antiterrorismo negli istituti di pena⁷⁸.

Molto discusso è anche il fatto che sia il Ministro della Giustizia a disporre l'applicazione dei regimi speciali ai sensi dell'art. 41 bis della legge n. 354 del 1975 e non invece direttamente l'autorità giudiziaria. A prescindere dalle ragioni storiche di tale scelta, il trattamento differenziato previsto dalla citata disposizione, per quanto consista in un aggravio davvero incisivo dello stato del trattamento, non attinge alla condizione sostanziale del detenuto, ma alla necessità di evitare che continui a delinquere dal carcere⁷⁹. Perché la decisione non sfoci in logiche proprie di politica criminale, che sarebbero di certo inadatte se chiamate a giustificare tale provvedimento, è necessario che la decisione del Ministro sia accompagnata da un ampio complesso motivazionale, acquisito consultando, in via istruttoria, l'ufficio amministrativo competente, il pubblico ministero e l'autorità di pubblica sicurezza: va in sostanza assottigliata la discrezionalità politica del provvedimento. Almeno in questa prospettiva, a parere di chi scrive, il fatto che sia il vertice amministrativo e non l'autorità giudiziaria a promuovere la decisione non mostra profili di contraddittorietà, tanto più che la disposizione di legge prevede la reclamabilità dell'atto che disponga il regime speciale innanzi al tribunale di sorveglianza e l'eventuale successiva impugnazione in Cassazione⁸⁰.

⁷⁸ Si pensi alle modalità di applicazione in concreto di alcune misure introdotte con il d.l. n. 7 del 2015, poi convertito, con modifiche, dalla legge n. 43 del 2015.

⁷⁹ Da ultimo, sembra confermare questa lettura Corte di cassazione, sentenza n. 5363 del 2023.

⁸⁰ Ampia dottrina ha, in verità, rilevato come l'attribuzione all'autorità di governo del potere di disporre il regime differenziato mostri ulteriori e chiari profili di incostituzionalità. Da ultimo, si veda A. DELLA BELLA, *Carcere e 41 bis: tra poteri del Ministro della Giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della Cassazione*, in *Sistema penale*, n. 3/2023. L'Autrice, criticando l'impianto della sentenza della Corte costituzionale n. 349 del 1993 (già citata in questo contributo), ritiene necessario che la decisione sull'applicazione del carcere duro sia *ab origine* affidata ad un giudice: «[...] a differenza di quanto osservava la Corte costituzionale nel 1993, il regime detentivo speciale non può essere considerato come una mera modalità esecutiva della pena detentiva, ma deve piuttosto essere concepito come una misura sanzionatoria autonoma, caratterizzata da un carico afflittivo ulteriore rispetto alla detenzione ordinaria e tale da generare una compressione dello spazio di libertà 'residuo' proprio del detenuto. [...] L'attribuzione del potere di emettere, prorogare e revocare i provvedimenti relativi al 41 bis ad un giudice è imposta, in prima battuta, dall'art. 13 Cost. che stabilisce la riserva di giurisdizione a tutela della libertà personale, in quanto valore supremo ed idealmente inviolabile: il delicato compito di bilanciare, nel caso concreto, le esigenze di difesa sociale con le istanze di tutela della libertà personale non può che essere riservato ad un giudice che, per la sua distanza da interessi politici e per il fatto di essere soggetto soltanto alla legge, è colui

Sotto questo medesimo profilo, andrebbe vieppiù rimarcata, all'interno della gerarchia dell'amministrazione penitenziaria, una incisiva separazione (se non proprio una subordinazione) tra operatori della dignità e operatori della sicurezza. Al contrario, «l'amministrazione penitenziaria sta vivendo un periodo travagliato che vede modifiche importanti di tipo organizzativo con l'inserimento della dirigenza della Polizia penitenziaria, a scapito della dirigenza penitenziaria, in gangli vitali del Dipartimento e dei Provveditorati regionali, ovvero nei nodi ove si “pensa”, si costruiscono programmi, emanano direttive, controllano le azioni»⁸¹. Con il rischio che ciò si traduca nell'accentuazione del carattere securitario e repressivo dell'azione amministrativa, anche quando, vista l'aliquota sempre maggiore nella popolazione carceraria di individui portatori di patologie e disturbi psichici o provenienti da marginalità sociali, «la questione non è contrapporre, per l'ennesima volta il trattamento alla sicurezza, bensì convergere sul concetto di dignità e nella quotidiana ricerca della sua effettività nella consapevolezza che opporre la forza alla disperazione non può che ledere la dignità di entrambe le parti con costi umani e sociali incalcolabili»⁸². La sicurezza (e dunque la repressione, quale attività funzionale - ove necessario - ad assicurarla) è elemento ancillare e servente rispetto al trattamento (e allo statuto costituzionale di questo): ciò, logicamente, impone che tale gerarchia si riproponga anche nell'organizzazione amministrativa.

L'imparzialità dell'amministrazione penitenziaria non si manifesta però soltanto nel rispetto dei propri limiti funzionali, cioè precisamente i modi dell'esecuzione, ma anche in una precisa interpretazione del proprio spazio di autonomia. Il bilanciamento tra assetti materiali o esigenze di sicurezza e diritti non può mai fondarsi su rapporti di condizionamento: il godimento delle “libertà residue” del detenuto deve essere sempre pieno ed effettivo, nel giusto bilanciamento con il dato materiale, e non può essere subordinato al rispetto di regole di disciplina, come pure accade in determinati istituti, soprattutto minorili⁸³. L'idea che le articolazioni dell'istituto siano differenziate per livelli di “libertà”, con la strutturazione di un meccanismo di progressione collegato al positivo espletamento dei programmi educativi rischia di creare

che, meglio di chiunque altro, può svolgere questa missione». Con riguardo poi allo specifico tema della verifica giurisdizionale sulla decisione ministeriale, si è osservato come l'intervento *ex post* del giudice, solo in sede di reclamo e non a convalida del provvedimento limitativo, rischi di essere tardivo, cioè di intervenire in un momento successivo e lontano dall'effettivo inizio del regime differenziato; ancora, alcuni in dottrina hanno rilevato come la previsione per tali reclami di una competenza generalizzata e comune per tutto il territorio nazionale del Tribunale di sorveglianza di Roma rappresenti una oggettiva lesione del principio del giudice naturale. Per la trattazione sistematica del tema si veda anche A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, già citato. Si segnala anche il fascicolo n. 1 bis/2020 della rivista *Giurisprudenza penale* dal titolo *Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime differenziato*, dedicato interamente alla questione.

⁸¹ Così P. BUFFA, “*In quel campo ci sono le rose*”: ovvero dei limiti all'evoluzione penitenziaria, tra scelte politiche e posture individuali, in M. RUOTOLO e altri (A cura di), *L'esecuzione penale. Linee evolutive nella dimensione costituzionale*, Napoli 2024, 317.

⁸² Ancora P. BUFFA, “*In quel campo ci sono le rose*”: ovvero dei limiti all'evoluzione penitenziaria, tra scelte politiche e posture individuali, già citato, 323.

⁸³ Scrive, ad esempio, l'associazione Antigone con riferimento al IPM di Nisida (Na), che «l'istituto si articola in 4 sezioni. Le prime 3 funzionano con meccanismo di progressione se i programmi educativi vengono espletati in modo ottimale, garantendo un avanzamento solo in caso di buon esito e completo rispetto delle prescrizioni del programma» (così dal sito ragazzidentro.it).

una formula premiale basata sul godimento dei diritti che non può trovare riscontri nell'ordinamento costituzionale.

Diverso il discorso ove si parli di una differenziazione degli istituti in ragione delle plurali forme di esecuzione previste. La legge n. 354 del 1975 prevede, agli articoli 59 e seguenti, un'articolata distinzione tra tipologie di istituti, sviluppata secondo la destinazione alla mera custodia cautelare, all'esecuzione della pena o delle misure di sicurezza. È chiaro che, ove la differenziazione funzionasse, si avrebbero differenti esigenze di gestione, con una modulazione dei servizi offerti e delle necessità di sicurezza, proprio venendo incontro alla personalizzazione del trattamento. Sviluppare in concreto queste disposizioni di legge, proprio con la dovuta attenzione alle possibilità logistiche e alle esigenze di sicurezza tarate sulle disponibilità immobiliari, potrebbe essere un obiettivo assolutamente conforme al ruolo costituzionale dell'amministrazione penitenziaria.

Ma l'aspetto ulteriore da dover trattare è il già nominato ruolo di verifica e convalida dell'azione amministrativa di invero da parte della giurisdizione. Solo con il contributo di questa la partecipazione del dato materiale all'inveramento diviene tale da imporre alla Corte costituzionale di fermarsi, richiamando il giudice rimettente al rispetto del "diritto vivente amministrativo". Tanto più che è stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere l'illegittimità costituzionale di quelle previsioni dell'ordinamento penitenziario che non prevedano una tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi che siano lesivi dei diritti delle persone detenute⁸⁴.

Le modalità con cui la magistratura (e in particolare la magistratura di sorveglianza) può intervenire nella valutazione dell'operato dell'amministrazione penitenziaria sono molteplici. Oltre ai reclami specificatamente previsti per alcuni istituti del trattamento penitenziario, come per la sorveglianza particolare (art. 14 bis o.p.) o i citati controlli sulla corrispondenza (art. 18 ter o.p.) o ancora per permessi e permessi premio (art. 30 bis e 30 ter o.p.), è stato introdotto, all'art. 35 bis o.p., un modello residuale e generale di reclamo giurisdizionale, operante ogni qualvolta che il mancato rispetto da parte dell'amministrazione di una disposizione di legge importi la lesione di un diritto, con pregiudizio grave e attuale (così il combinato disposto con l'art. 69, comma sei, let. B), o.p.). Tale tipologia di rimedio, a natura preventiva, non può incidere però su violazioni che, accadute nel passato, siano superate al momento della decisione. Per questo, anche in ottemperanza alla sentenza Torreggiani del 2013, è stato introdotto il rimedio risarcitorio di cui all'art. 35 ter o.p., attivati quando l'inosservanza da parte dell'amministrazione di una delle disposizioni della legge n. 354 del 1975 sia derivata una violazione dei diritti del detenuto tale da configurare torture o pene inumane e degradanti (art. 3 CEDU). A questi si aggiunge, come noto, il cosiddetto reclamo generico (art. 35 o.p.), che si realizza in una istanza o in un

⁸⁴ *Ex plurimis*, si veda Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 1999.

vero e proprio reclamo, orali o scritti, non per forza indirizzati all'autorità giudiziaria, ma anche ai riferimenti istituzionali dell'amministrazione, alle autorità giudiziarie o sanitarie, ai garanti, al Presidente della Giunta regionale, al magistrato di sorveglianza o al Presidente della Repubblica: una modalità diretta di esercizio dei diritti, che però non impone inevitabilmente l'intervento della magistratura.

Di questo complesso di rimedi, però, si può dire che siano tutti agganciati al dato normativo e all'eventuale violazione di esso da parte dell'amministrazione. Ancora, essendo tutti uno strumento nelle mani del soggetto che ritiene violato il suo diritto, non possono che risolversi in soluzioni particolari e non organiche⁸⁵. Forse, allora, un accesso stretto se visto dal punto di vista della necessità di verifica e validazione del processo amministrativo di invero.

Un fattore di chiaro controllo sistematico è di certo la figura del Garante nazionale (e dei vari garanti regionali), che svolge un ruolo essenziale di stimolo dell'amministrazione per correggere determinati comportamenti e prassi, spesso nati in virtù di esigenze materiali e mai poi superati, in grave violazione dei diritti dei reclusi. Ben potrebbero essere i garanti a surrogare nel potere di reclamo i detenuti che non esercitano tale diritto, ovvero ad esercitarlo in via generale per i comportamenti amministrativi che giudichino antigiuridici. Ciò evidentemente implicherebbe una ridefinizione della natura dell'organo, la cui nomina oggi è essenzialmente fiduciaria e politica.

Si potrebbe pensare, meglio, di stabilire un vero e proprio comitato di controllo in corrispondenza di ogni istituto, formato da una pluralità di soggetti in rappresentanza degli operatori coinvolti nel trattamento, come agenti, educatori, medici, avvocati, magistrati, terzo settore, chiamati a verificare l'azione amministrativa e nel caso a contestarla innanzi al giudice.

Ancora, immaginare la figura di un magistrato di sorveglianza di struttura, chiamato a omologare le azioni amministrative del dirigente, con possibile impugnazione dell'amministrazione nel caso tale omologazione sia negata.

Il rischio vero, in realtà, è quello di passare da un modello di responsabilizzazione dell'amministrazione ad uno di commissariamento giurisdizionale. Il meccanismo di invero implica un'autonomia di fondo dei pubblici uffici, parametrata sui diritti e sul principio del minor sacrificio di questi innanzi al dato materiale di organizzazione. Non è necessario che la verifica giurisdizionale sia organica e pervasiva, quanto piuttosto che essa sia sempre possibile in concreto, a tutela del singolo e nel rispetto di un generale principio di personalizzazione del trattamento. Tale potenziale verifica, unita alla chiara emersione dei

⁸⁵ Con riguardo alle problematiche all'effettività della tutela dei diritti delle persone reclusi si veda G. FIORELLI - A. MARATEA - P. GONNELLA - S. PIERGIOVANNI, *The effectiveness of judicial protection of prisoners' rights*, Roma Tre Law Review, n. 1/2023 e S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 aprile 2016.

limiti della competenza funzionale dell'amministrazione *de qua*, è l'irrinunciabile struttura logico-argomentativa che permette l'inveramento materiale della Costituzione.

5. Conclusioni

Per tirare le fila del discorso, l'inveramento comportamentale rappresenta un elemento essenziale del più ampio piano di conversione costituzionale dell'ordinamento. Il dato legislativo, ricostruito in adesione ai parametri costituzionali attraverso il modello cooperativo che sempre più coinvolge il *continuum* tra legislatore e Corte costituzionale, trova delle resistenze fisiologiche nel dato materiale, che vanno riorganizzate e orientate. Questo avviene soprattutto in quei settori in cui l'amministrazione pubblica si trova a trattare direttamente ambiti costituzionalmente sensibili, perché interconnessi al godimento per i cittadini dei diritti fondamentali; tra tutti, la scuola, la sanità e il carcere, con tutte le possibili interconnessioni tra essi.

Ciò fa dei pubblici uffici degli attori della Costituzione, con la responsabilità e il dovere di inverare nelle loro prassi e nei loro comportamenti il dettato della Carta: adattare alle emergenze materiali la fibra intellettuale della Costituzione, lì dove il dato legale non può o non deve arrivare. Il dato materiale, come anche il dato temporale (ma su un piano diverso, come abbiamo visto), influisce sul bilanciamento tra esigenze contrapposte e nel caso specifico del trattamento penitenziario tra le due opposte esigenze di esecuzione della pena e tutela delle libertà del recluso.

La Corte costituzionale ha costruito un meccanismo di riconoscimento del diritto vivente amministrativo: lo svolgimento ermeneutico del dato legale attraverso provvedimenti e atti dell'amministrazione che ne inverino il contenuto in senso conforme a Costituzione, anche oltre il testo, ove riceva la validazione degli organi giurisdizionali, risparmia alla Consulta un intervento ablativo o correttivo, imponendo al giudice rimettente di attenersi alla lettura positiva della prassi comunque convalidata dal pacifico orientamento della restante giurisprudenza. Una responsabilità nuova per l'amministrazione, che può ben superare una certa lettura rigida del principio di legalità che dovrebbe ispirare la sua azione. Oltre la "gabbia" della legge, ad essa il compito di farsi diretta interprete della Carta, nei limiti della propria competenza funzionale, in concreto e tarando il proprio agire sui bisogni del singolo.

Ciò implica logicamente la distinzione tra indirizzo politico e potere di gestione, che per l'amministrazione penitenziaria si esplica come assoluto rifiuto nella propria azione di finalità di politica criminale, specificamente demandate ad altre istituzioni, e nell'idea che il trattamento sia costruito in funzione dei diritti e non come condizione del godimento degli stessi. Il tutto sono uno stretto controllo del giudice dei diritti, per il quale si possono studiare forme ulteriori e più pervasive di controllo sulle prassi di inveramento.

Sta di fatto che, in questo modello, ad emergere è soprattutto l'importanza della discrezionalità amministrativa, da non intendersi come spazio oscuro e incontrollabile, un buco nero in cui i diritti sembrano brillare meno, ma quale elemento essenziale della dinamica di invero della Costituzione. Discrezionalità dell'amministrazione e massimizzazione dei diritti possono procedere insieme. E questo forse lo si è dimostrato con la pandemia.

Nella fascinosa cronistoria di Petro Buffa, intitolata “*Carcere e Covid 19*”, l'autore sembra sottolineare con forza come l'emersione dei dati fattuali nella gestione del trattamento e dunque nella tutela dei diritti già compressi del detenuto, alcuni ordinari certo, ma a maggior ragione se straordinari come lo è stata la pandemia, impongono una lettura degli scenari penitenziari che non può più avere «un taglio normativo-meccanicistico finalizzato alla ricerca dell'errore senza particolare interesse ai processi storici, organizzativi, umani e culturali che li hanno, se non determinati, sicuramente facilitati»⁸⁶.

La mera comparazione tra modello legale della detenzione ed effettività rileva una distanza fisiologica, che però può essere colmata se esiste uno spazio valutativo autonomo e sottratto alla rigidità normativa. Non più norme particolari, ma più norme di principio, inverate nel dato materiale dall'amministrazione con comportamenti costituzionalmente sostenibili e costituzionalmente adeguati. La fiducia in questo processo non va concessa su carta bianca, ma sotto la severa verifica giurisdizionale. Per riempire questo spazio di autonomia serve il contributo, ideale e storico, degli operatori esterni, del terzo settore, delle autorità indipendenti di controllo.

La Costituzione segna la geografia fondamentale di questa attività e pesa sull'operatore amministrativo, nei limiti della sua competenza funzionale. Un giogo dolce, che si espande ben oltre il dato legale, in un gioco cooperativo che è influenzato dal tempo e dalle emergenze materiali, animato da una pluralità di competenze, incarnato nell'esperienza del singolo detenuto, chiamato a sperimentare il volto costituzionale della pena. Orientare l'effettività perché non sia più rinnegante: la Corte costituzionale ha aperto una strada, nei tempi del perfetto invero.

⁸⁶ Così P. BUFFA, *Carcere e Covid-19. Diario di una pandemia*, Napoli 2022, 301. Il testo analizza le modalità con cui il sistema carcerario ha affrontato l'emergenza pandemica, sommando alla condizione di reclusione forme di privazione della libertà ancor più pervasive. Si veda dello stesso autore lo scritto di natura medico-sociologica P. BUFFA, *Prigioni. Amministrare la sofferenza*, Torino 2013. Su come il sistema carcerario italiano abbia reagito all'emergenza pandemica si veda anche M. RUOTOLO - S. TALINI, *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, Napoli 2020 e G. VASINO, *Covid-19 e istituti penitenziari italiani: una riflessione relativa alle misure adottate e al loro impatto sui diritti dei detenuti*, in *federalismi.it*, n. 3/2022.