

FASCICOLO 2020, 1-BIS

**DENTRO  
IL 41-BIS:**  
riflessioni costituzionalmente  
orientate sul regime differenziato



Iniziativa promossa dalla rivista giuridica Giurisprudenza Penale.

**Comitato scientifico:**

**Avv. Guido Stampanoni Bassi**

**Avv. Veronica Manca**

**Avv. Lucilla Amerio**

**Comitato di redazione:**

**Dott.ssa Valentina Chieco**

\*\*\*

Giurisprudenza Penale è una rivista giuridica registrata presso il Tribunale di Milano con autorizzazione n. 58 del 18 febbraio 2016 e con codice ISSN 2499-846X.

**SOMMARIO:**

<b>INTRODUZIONE</b>	<i>a cura di Maria Brucale e Michele Passione</i>	VIII
<b>SEZIONE I</b>	<b>INQUADRAMENTO COSTITUZIONALE E CONVENZIONALE DELLA DISCIPLINA DEL CARCERE DURO. PRINCIPI E <i>RATIO</i> DELLA NORMA</b> <i>a cura di Riccardo De Vito</i>	1
	<b>Il principio di proporzionalità "cartina tornasole" per il regime del 41-<i>bis</i> O.P.: soluzioni operative e suggestioni <i>de iure condendo</i></b> di Veronica Manca	8
	<b>Corte costituzionale, 41-<i>bis</i> O.P. e sindacato di ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018</b> di Gian Paolo Dolso	16
	<b>Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante</b> di Giuseppe Chiodo	22
	<b>A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41 <i>bis</i></b> di Marina Silvia Mori	50
<b>SEZIONE II</b>	<b>LE PRESCRIZIONI TRATTAMENTALI E LE FONTI NORMATIVE, DALLA LEGGE ALLA CIRCOLARE AMMINISTRATIVA 2 OTTOBRE 2017</b> <i>a cura di Massimo Ruaro</i>	63
	<b>Le prescrizioni trattamentali e le fonti normative, dalla legge alla circolare amministrativa 2 ottobre 2017</b> di Carlo Fiorio	69
	<b>Il 41 <i>bis</i> tra simbolo e realtà penitenziaria: La prospettiva del magistrato di sorveglianza e la tutela dei diritti</b> di Fabio Gianfilippi	95

<b>La salute nel (e nonostante il) 41 <i>bis</i>: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo</b> di Lucilla Amerio	104
<b>41-bis O.P.: possibile la detenzione domiciliare ‘umanitaria’ o ‘in deroga’ anche per i detenuti in regime differenziato portatori di grave malattia psichica.</b> Cassazione Penale, Sez. I, n. 29488 del 7.05.2019 di Antonella Calcaterra	128
<b>L’accesso ai colloqui con i garanti territoriali</b> di Federica Dallabona	136
<b>Esercizio del diritto di difesa e accesso al sistema dei reclami in regime 41 <i>bis</i>: diritto effettivo o utopia?</b> di Monica Moschioni	164
<b>La Cassazione in tema di trattenimento della corrispondenza proveniente dal difensore e diretta al detenuto sottoposto al 41 bis</b> di Lorenzo Cattelan	171
<b>Le limitazioni alla ricezione di libri, stampa e corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41-<i>bis</i></b> di Stefania Amato	181
<b>Segnali di apertura della Cassazione in materia di restrizione all’acquisto della stampa locale per i detenuti in regime speciale <i>ex art. 41-bis OP</i> in margine a Cass., Sez. I, 6 agosto 2019 (ud. 13 giugno 2019), n. 35766.</b> di Gabriele Terranova	201
<b>Aria nel reparto 41-<i>bis</i></b> di Luisa Diez	207
<b>41-<i>bis</i> e ore d’aria: la svolta garantista della Cassazione</b> di Valentina Chieco	226
<b>I divieti sulla spedizione e ricezione di denaro e valori con la corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41-<i>bis</i></b> di Simona Giannetti	234

<b>41-bis: il divieto di scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità: previsione irragionevole?</b> di Valentina Alberta	244
<b>Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività dei detenuti al 41 bis</b> di Marco Nestola	250
<b>41-bis: perquisizioni, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare</b> di Roberto Zunino	274
<b>Distopie nel 41bis: la "rieducazione videosorvegliata"</b> di Daniel Monni	291
<b>Viaggio nei luoghi del 41 bis: le 18 raccomandazioni del Garante dei detenuti</b> di Serena Casagrande	314

**FILE 2020, 1-BIS**  
**INTO**  
**41-BIS:**  
constitutional observations about  
"special detentive regime"



<b>SUMMARY:</b>	
<b>INTRODUCTION</b>	<p style="text-align: center;"><i>By Maria Brucale e Michele Passione</i></p> <p style="text-align: right;">VIII</p>
<b>SECTION I</b>	<p style="text-align: center;"><b>CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL FRAMEWORK OF "HARD PRISON'S" DISCIPLINE. PRINCIPLES AND <i>RATIO</i> OF THE RULE</b></p> <p style="text-align: center;"><i>By Riccardo De Vito</i></p> <p style="text-align: right;">1</p> <hr/> <p style="text-align: center;"><b>The principle of proportionality as "litmus test" for the 41-<i>bis</i> O.P. regime: operational solutions and suggestions <i>de iure condendo</i></b></p> <p style="text-align: center;">Veronica Manca</p> <p style="text-align: right;">8</p> <p style="text-align: center;"><b>Reasonableness syndacate and 41-<i>bis</i> O.P. Considerations about Constitutional Court's ruling n. 186 of 2018</b></p> <p style="text-align: center;">Gian Paolo Dolso</p> <p style="text-align: right;">16</p> <p style="text-align: center;"><b>The Italian special detention regime and the supranational sources: a continuous tension</b></p> <p style="text-align: center;">Giuseppe Chiodo</p> <p style="text-align: right;">22</p> <p style="text-align: center;"><b>In Strasbourg there is a Judge also for the Mafia Bosses: the prison regime provided for in section 41-<i>bis</i> of the Prison Administration Act doesn't capitulate with Provenzano, but it's giving in</b></p> <p style="text-align: center;">Marina Silvia Mori</p> <p style="text-align: right;">50</p> <hr/> <p style="text-align: left;"><b>SECTION II</b></p> <p style="text-align: center;"><b>TREATMENT REQUIREMENTS AND REGULATORY SOURCES, FROM THE PENITENTIARY LAW TO THE ADMINISTRATIVE CIRCULAR DATED 2<sup>ND</sup> OCTOBER 2017</b></p> <p style="text-align: center;"><i>By Massimo Ruaro</i></p> <p style="text-align: right;">63</p> <hr/> <p style="text-align: center;"><b>Treatment requirements and regulatory sources, from the penitentiary law to the administrative circular dated 2<sup>nd</sup> October 2017</b></p> <p style="text-align: center;">Carlo Fiorio</p> <p style="text-align: right;">69</p> <p style="text-align: center;"><b>41-<i>bis</i>: between symbol and penitentiary reality. Supervisory magistrate's perspective</b></p>



<b>and rights' protection</b> Fabio Gianfilippi	95
<b>Health in (and despite) 41-<i>bis</i>: when community's protection meets the primary right of the individual</b> Lucilla Amerio	104
<b>"Humanitarian" or "derogational" home detention is possibile even for 41-<i>bis</i> o.p. inmates affected by serious mental illness. Court of Cassation case-law n. 29488, dated 7<sup>th</sup> May 2019.</b> Antonella Calcaterra	128
<b>Access to interviews with territorial Guarantor of prisoners' rights</b> Federica Dallabona	136
<b>Exercise of the right of defense and access to the 41-<i>bis</i> system of complaints: effective right or utopia?</b> Monica Moschioni	164
<b>41-<i>bis</i> inmates' limits to receiving books, newspapers and correspondence</b> Stefania Amato	171
<b>The Supreme Court in the matter of detention of correspondence coming from the lawyer and directed to the detainee submitted to 41 -<i>bis</i></b> Lorenzo Cattelan	181
<b>Opening signs by the Court of Cassation regarding the restriction on the purchase of local press for 41-<i>bis</i> inmates. Considerations about judgment n. 36766, dated 6<sup>th</sup> August 2019.</b> Gabriele Terranova	201
<b>Outdoor time in 41-<i>bis</i> regime</b> Luisa Diez	207
<b>Article 41-<i>bis</i> and outdoor hours: the revirement in favour of strenghtened guarantees by the Court of Cassation</b> Valentina Chieco	226
<b>Sending and receiving money</b>	



<b>and valuables with correspondence: prohibitions for the 41-<i>bis</i> inmates</b> Simona Giannetti	234	
<b>41-<i>bis</i>: the prohibition of exchange of objects between prisoners of the same social group: reasonable provision?</b> Valentina Alberta	244	
<b>The right to communication and the right to affection in 41-<i>bis</i></b> Marco Nestola	250	
<b>41-<i>bis</i>: searches, disciplinary isolation and special surveillance regime</b> Roberto Zunino	274	
<b>Dystopias in 41-<i>bis</i>: "Re-Education under video surveillance"</b> Daniel Monni	291	
<b>Journey into the 41-<i>bis</i> places: 18 recommendations of the National Guarantor of inmates' rights</b> Serena Casagrande	314	
<hr/> <b>APPENDIX</b>	<hr/> <i>By Valentina Chieco</i>	<hr/> I

## Introduzione

di Maria Brucale e Michele Passione\*

### 1. Premessa

Lo scorso 4 dicembre la Corte Costituzionale ha depositato la sentenza n. 253 del 2019, decisa il 23 ottobre a seguito dell'udienza pubblica del giorno precedente<sup>1</sup>. In disparte le considerazioni sulla fondamentale importanza della decisione assunta, che qui non rilevano, la Corte ha evidenziato come (§ 8.1 Considerato in diritto) [...] "l'attuale formulazione dell'art.4-*bis*, comma 1 OP, anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale, opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-*ter* OP, che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto", affermando poi (§ 8.3 Considerato in diritto) che [...] "peraltro, per i casi di dimostrati persistenti legami del detenuto con il sodalizio criminale originario, l'ordinamento penitenziario appresta l'apposito regime di cui all'art.41-*bis*, che non è ovviamente qui in discussione e la cui applicazione ai singoli detenuti presuppone proprio l'attualità dei loro collegamenti con organizzazioni criminali (sentenze n.186 del 2018 e n.122 del 2017)".

Non vi è alcun dubbio che una delle finalità principali del regime differenziato disciplinato dall'art. 41-*bis*, commi 2 e ss., OP consista, in particolare per effetto delle disposizioni di cui al comma 2 *quater* (e delle varie circolari di volta in volta emanate dal Dipartimento, da ultimo riordinate con quella n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017), nell'induzione alla collaborazione, soprattutto per coloro i quali si trovino detenuti in custodia cautelare. Non solo la "necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza", ché del resto la norma citata, alla lett. a), chiarisce non essere unica esigenza per l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, ma anche, appunto, attraverso limitazioni totalmente inconferenti rispetto alla finalità istituzionale, una spinta alla collaborazione. Al dunque; se, com'è vero, la velenosa Grundnorm penitenziaria è certamente distinta da quella che regola il regime differenziato, occorrerà verificare le potenzialità espansive che la recente, storica, pronuncia del Giudice delle leggi potrà spiegare in relazione al diritto al silenzio, ed all'impossibilità che esso costituisca elemento valorizzabile per il rinnovo della sospensione delle regole trattamentali.

Ancora, occorrerà soffermarsi, sull'incidenza delle argomentazioni espresse dalla pronuncia in discorso sul valore da conferire al "*trascorrere del tempo*".

Se, infatti, il regime detentivo *ex art. 41-bis* OP è, in modo del tutto astratto, inalveato nell'ambito delle misure di prevenzione e, dunque, sempre idealmente, ancorato al concetto di pericolosità attuale del soggetto proposto, è, tuttavia, noto che la soggezione di un detenuto alla speciale carcerazione sia, di volta in volta, pedissequamente rinnovata sulla scorta di un dato generico e immanente: la perdurante sussistenza nei luoghi dei fatti di reato in esecuzione del fenomeno mafioso. Assai frequenti sono le proroghe del regime derogatorio del tutto esuli da valutazioni in concreto del soggetto, del suo vissuto, della sua effettiva permanenza in

---

\* Maria Brucale, Avvocato del Foro di Roma; Michele Passione, Avvocato del Foro di Firenze.

<sup>1</sup> Si rinvia a M. PASSIONE, [La danza immobile](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 12, 2019.

consessi sodali, dei suoi percorsi di rivisitazione critica, dei suoi mutamenti in carcere e dei mutamenti della realtà che gli appartiene fuori dal carcere.

La pronuncia della Corte Costituzionale riafferma con forza, nella fase di esecuzione della pena, il ruolo centrale – rispetto alla valutazione dell'individuo in termini di pericolosità soggettiva – del trascorrere del tempo: “che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere”.

D'altronde, già nella sentenza “Viola v. Italia” (§ 125), la Sezione Prima della Cedu ritiene che la personalità di un condannato non rimanga la stessa dal momento in cui il reato è stato commesso ma tenda ad evolversi durante la fase di esecuzione della pena grazie alla funzione della risocializzazione, che consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e ricostruire la sua personalità.

Vero che l'art. 41-*bis* OP specifica come il trascorrere del tempo non possa essere unico indice di distacco del ristretto dal consesso malavitoso; vero che la Consulta pone sul detenuto l'onere di dimostrare l'insussistenza di collegamenti con il sodalizio criminoso di originaria appartenenza; vero, tuttavia, altresì, che lo Stato è obbligato a fornire al recluso strumenti che lo aiutino a riabilitarsi in ossequio alla parte programmatica dell'art. 27 della Costituzione che vuole ogni pena finalizzata alla reintegrazione nel tessuto sociale e vero, ancora, che per il ristretto in regime derogatorio il processo di verifica del permanere della pericolosità soggettiva è tarlato da una ingiustizia manifesta perché al recluso è sottratta qualsivoglia possibilità di manifestare, attraverso il godimento dell'offerta rieducativa, il proprio ravvedimento, diverso dalla collaborazione con la giustizia.

## 2. Falsi allarmi

Eppure, prima, durante, e dopo l'udienza pubblica, e naturalmente in assenza di motivazione, alti strali si sono levati da tanti tribuni. Così, dopo la sentenza Viola c. Italia (che, com'è noto, non aveva affatto ad oggetto il regime differenziato), si è paventato il “rischio” per il 41-*bis* (Morra), rilevandosi come “l'isolamento dei mafiosi ha creato una slavina di pentimenti” (Caselli), e che “buttiamo 150 anni di antimafia. Così non parla nessuno” (Gratteri). Analogamente, ma qui non mette conto richiamarne gli autori, è accaduto (e accadrà) per quel che riguarda la sentenza della Corte Costituzionale, che qualcuno ha perfino pensato di poter porre nel nulla con interventi normativi *ad hoc*, con buona pace dell'art. 137 Cost.

## 3. Quel che si può fare

Ai tanti contributi degli Autori contenuti nel fascicolo, che partitamente analizzano singoli momenti dell'istituto, le criticità ad esso sottese, le prassi, i precorsi (e futuri) interventi del Giudice delle leggi, ci limitiamo in questa sede ad aggiungere alcune ipotesi di lavoro.

Breve.

Pensiamo meriti una riflessione la disposizione di cui all'art. 41-*bis*, comma 2 cpv., OP, laddove prevede che “in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis” (così come la possibilità che, espiata interamente la pena, si dia luogo alla misura di sicurezza della Casa di lavoro – essa stessa istituto che occorrerebbe rimuovere dall'ordinamento).

Ed infatti, se è vero che il controllo centralizzato (*ex* comma 2 *sexies* della disposizione citata) assegna al Tribunale di Sorveglianza di Roma la verifica della sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ciò non dovrebbe esimere il Collegio dal misurarsi con la

giurisprudenza consolidata secondo la quale, per la verifica dei presupposti per la collaborazione impossibile (anche con riguardo a condanne ad ergastolo "ostativo"), deve farsi applicazione del principio dello scorporo delle pene ostative alla concessione dei benefici, che caratterizza il procedimento di sorveglianza (cfr. Trib. Sorv. Roma, 15.7.2008; 25.9.2009; Trib. Sorv. Venezia, 17.8.2016; 21.11.2017; Trib. Sorv. L'Aquila, 21.11.2017), senza pertanto considerare il segmento (di pena e/o cautela) riferibile a delitti ostativi di prima fascia, quando sia interamente espiato/decorso.

Infine, com'è noto, la Corte di Cassazione, Sez. I, con sent. n. 51/2019, emessa il 9 gennaio 2019 (facendo seguito alla precedente n. 2944/2018, del 27 giugno 2018), è intervenuta in materia di colloqui tra detenuti sottoposti al regime differenziato ed i Garanti locali, materia disciplinata dagli artt.18, comma 2, OP (come modificato dal D.L. vo n.123 del 2018) e 41-*bis*, comma 2 *quater*, lett. b), OP. Con le sentenze citate, entrambe relative a ricorsi proposti avverso ordinanze emesse dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari (condivise da analoghe decisioni dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia), la Corte di Cassazione ha stabilito che i colloqui con i Garanti locali non possano incidere su quello (unico mensile) con i familiari e conviventi, ma siano comunque soggetti a provvedimento autorizzativo dell'Amministrazione, e non fruibili con modalità riservate.

Sul punto, se è vero che anche la Legge delega n. 103/2017 (art.1, comma 85) faceva salva la disciplina di cui all'art. 41-*bis* OP dalle proposte di riforma, non può non rilevarsi come il mancato computo del colloquio con i garanti rispetto a quello dei congiunti evidenzia come lo stesso Giudice di legittimità non abbia operato una lettura delle norme scrutinate per così dire "a rime obbligate" rispetto alla riserva contenuta nella Legge delega, tuttavia pervenendo ad una interpretazione manipolativa che desta non poche perplessità.

A seguito dell'annullamento con rinvio il Tribunale di Sassari ha finito con l'adeguarsi al delineato principio stabilito. Viceversa il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con ordinanza del 29 marzo 2019, nei limiti dello spazio concessogli in sede di rinvio ("... il Tribunale di Sorveglianza, tuttavia, potrà considerare l'incidenza sulle conclusioni sopra rappresentate dalle modifiche dell'art. 18 OP, intervenute dopo la presente decisione, proprio avuto riguardo ai colloqui con i garanti dei detenuti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11 d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123", ha affermato la Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza n. 3167/2018), ha ritenuto che la novella apportata alla disposizione citata permettesse di mantenere in capo al garante locale le prerogative equiparate al difensore, con ciò privilegiandosi una lettura non necessitante dell'incidente di costituzionalità, e dunque ha confermato la decisione precedentemente annullata.

A dire il vero, pur dovendosi salutare con favore la pronuncia, deve qui rilevarsi come già prima della riforma il riferimento al "garante dei diritti dei detenuti", originariamente contenuto nel comma 1 dell'articolo 18 OP, dovesse riguardare i garanti locali, essendo stata introdotta detta figura, variamente declinata a livello territoriale, ben prima (con L. n. 14/2009) di quella del Garante nazionale, la cui introduzione nel nostro ordinamento è avvenuta solo con il D.L. n. 147/2013 (art. 7), convertito con modificazioni dalla L. n. 10/2014.



*“La notte, udite, sta per finire,  
ma il giorno ancora non è arrivato,  
sembra che il tempo nel suo fluire resti  
inchiodato...”*

*Ma io veglio sempre,  
perciò insistete,  
voi lo potete,  
ridomandate,  
tornate ancora se lo volete,  
non vi stancate...”*

*(F. Guccini, “Shomér ma mi-llailah?”, 1983)*





## SEZIONE I

INQUADRAMENTO COSTITUZIONALE E  
CONVENZIONALE DELLA DISCIPLINA  
DEL "CARCERE DURO".  
PRINCIPI E *RATIO* DELLA NORMA

\*\*\*

## SECTION I

CONSTITUTIONAL AND  
CONVENTIONAL FRAMEWORK  
OF THE DISCIPLINE OF "HARD PRISON".  
PRINCIPLES AND *RATIO* OF THE RULE





## Dentro la prigione della prigione

### Un'introduzione

di Riccardo De Vito\*

#### 1. Una sottile linea di confine

Provare a guardare *dentro* il 41-*bis*, come invita a fare il titolo di questo volume collettivo, è un'impresa scientifica difficile e necessaria.

Perché difficile? Per spiegarlo si possono prendere in prestito le parole con le quali Maurizio Torchio descriveva l'isolamento: in fondo anche il 41-*bis* è «la prigione della prigione. Perché ogni posto deve avere una prigione. Se sei già all'ospedale e ti senti male, cosa fanno? Ti mettono in terapia intensiva, che è l'ospedale dell'ospedale. Se sei in prigione e vogliono punirti è uguale: deve esserci qualcosa. Dev'esserci sempre qualcosa da togliere, altrimenti tutto si ferma»<sup>2</sup>.

A livello dommatico sappiamo che il regime differenziato non serve a punire *di più*, ma a prevenire «contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad esse alleate».

Nella prassi, tuttavia, le cose sono più sfumate ed è indispensabile interrogarsi e cercare di capire fino a che punto norme, disposizioni amministrative e quotidianità detentiva rimangano all'interno del recinto costituzionale e convenzionale della prevenzione o, invece, straripino nel terreno di un rigorismo afflittivo dal sapore unicamente dimostrativo. È questa la sottile linea di confine lungo la quale si gioca il destino di un istituto cruciale nel contrasto della criminalità organizzata.

Per cimentarsi con tali domande è importante un approfondimento dottrinale, una ricognizione adeguata del diritto positivo e dei cardini costituzionali sui quali si impernia il c.d. «carcere duro»; quella *teoria*, dunque, intesa alla greca maniera come capacità di osservare dall'alto e dall'esterno, unico metodo per allineare principi e regole. Ma è anche indispensabile – necessario, appunto – vedere dentro alle cose, immergersi nella realtà, cercare di afferrare quale sia, oggi, la vita di un detenuto sottoposto a regime differenziato.

La sintesi delle due prospettive, questa doppia scala baconiana che dall'astratto scende al concreto e dall'esperienza empirica risale a un rinsaldato e propositivo ragionamento sulle norme e sulla giurisdizione, è proprio l'ambizioso obiettivo di questo lavoro.

Si tratta, oltre che di prospettive, di campi visivi che devono stare assieme, contaminarsi di continuo. Troppo alto è il rischio, a separarli e scinderli, che la legge si rispecchi soltanto nella legge, come ammoniva Leonardo Sciascia. Come giuristi e operatori del diritto corriamo sempre questo pericolo. Anche la giurisprudenza di legittimità, che pure in questi ultimi anni ha scrutinato in modo più rigoroso il regime differenziato, non risulta immune. Qualche esempio tratto dalle *storie minute* del regime differenziato può chiarire il senso di quello che si vuole qui intendere.

---

\* Magistrato di Sorveglianza di Sassari.

<sup>2</sup> M. TORCHIO, *Cattivi*, Einaudi, 2015, 11.

## 2. Bisogna aver visto, sempre

Per sancire l'erroneità della disapplicazione delle circolari ministeriali che prevedono l'allontanamento dei familiari per la durata dei colloqui fruiti senza vetro divisorio tra il detenuto 41-*bis* e il figlio o nipote minore di anni dodici, la Corte si è trovata a riaffermare il «doveroso e ineludibile bilanciamento tra il diritto del detenuto a fruire di colloqui visivi e l'esigenza di contenere la particolare pericolosità di cui è portatore. È proprio quest'ultima a giustificare la disciplina differenziata, rispondendo ad evidenti esigenze di ragionevolezza, in quanto correlata ad una valutazione già operata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 41-*bis* ord. pen.»<sup>3</sup>.

Ferma la indubbia necessità di quel bilanciamento, viene spontaneo chiedersi su quali parametri di esperienza reale del regime differenziato quel bilanciamento sia stato condotto, dal momento che – come notato da autorevole dottrina – in quella pronuncia non si pone alcuna attenzione alla dinamiche concrete del colloquio visivo: alla circostanza, ad esempio, che i familiari che dovrebbero essere allontanati dalla sala colloqui *già* sono divisi dal detenuto tramite un vetro a tutt'altezza; o, ancora, al fatto che tutti i colloqui visivi sono videoregistrati e, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, sottoposti a controllo auditivo e registrazione. Il giudizio, viceversa, è tutto risolto all'interno delle categorie astratte della legge.

Da una prospettiva più realistica ed empirica, viceversa, muove la Corte costituzionale che, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma che vietava ai detenuti in regime differenziato di cuocere i cibi, si confronta con le caratteristiche dei fornelli e degli utensili, con i beni acquistabili al sopravvitto, con l'entità del peculio e con i limiti di spesa, per arrivare ad affermare, sulla scia di tale concretezza, che «anche chi si ritrova detenuto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* OP deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale»<sup>4</sup>.

Non si intende qui contrapporre due giurisprudenze, quella di legittimità e quella costituzionale, ma semplicemente fornire la rappresentazione plastica della differenza tra due approcci e due metodiche, spesso compresenti in tutte le giurisdizioni.

Inutile sottolineare verso quale direzione dovrebbe orientarsi una scelta che muova dalla pretesa individualizzante dell'art. 27, comma 3, della Costituzione: per arrivare a quel «doveroso e ineludibile bilanciamento» tra diritti e pericolosità qualificata, ancora una volta, *bisogna aver visto*, come disse Calamandrei citando Turati<sup>5</sup>.

Attraverso una dettagliata panoramica su tutte le emergenze del regime differenziato, questo volume si propone anche di vedere e far vedere, proprio al fine di mettere a punto riflessioni costituzionalmente orientate.

## 3. Per una storia materiale del 41-*bis*

Gettare lo sguardo dentro le sezioni detentive riservate al 41-*bis* è complicato, se non impossibile. Le cautele, volte a contenere la pericolosità sociale proiettata all'esterno,

<sup>3</sup> Il brano è tratto da Cass. pen., Sez. I, 11 agosto 2004 (ud. 4 giugno 2014), n. 35488.

<sup>4</sup> Corte cost. 26 settembre 2018 (dep. 12 ottobre 2018), n. 186.

<sup>5</sup> Il riferimento, ovviamente, è a P. CALAMANDREI, in *Il Ponte*, 1994, il quale riferisce di un celebre discorso tenuto da Filippo Turati alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904, successivamente intitolato, in maniera significativa, "Il Cimitero dei vivi". Di recente anche in P. GONNELLA, D. IPPOLITO (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, 2019, 7.

funzionano naturalmente anche al contrario, tendendo a impedire quanto più possibile l'ingresso dell'occhio della società civile in quei reparti.

Una precisa indicazione normativa, alla quale si somma un fitto reticolato di disposizioni amministrative, consente di toccare con mano questa accentuata separazione: «i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'Istituto»<sup>6</sup>. Per dirla in termini sociologici, dunque, il normale tasso di invisibilità delle relazioni custodi/custoditi, consentaneo all'istituzione totale, nel regime differenziato si accresce a dismisura, fino a sfiorare l'opacità. Non è certo casuale, in quest'ottica, che con riferimento all'Italia i *leading cases* della Corte Edu in materia di divieto di trattamenti inumani o degradanti e di tortura abbiano a oggetto vicende accadute nei reparti 41-*bis*<sup>7</sup>.

Sfidare a livello epistemologico questa impenetrabilità è uno dei compiti che si propone quest'opera, offrendo, oltre che una ricostruzione in termini giuridici, una sorta di storia materiale della vita detentiva nel 41-*bis*. È da quella materialità – ventidue ore al giorno in camera detentiva singola, *visus* limitato a pochi metri – che sgorgano le questioni di diritto. Quella materialità, dunque, bisogna attrezzarsi a conoscere, se si vuole dare seguito alla celebre Campbell&Fell c. Regno Unito: *Justice cannot stop at the prison gate*.

Argomenti come le ore d'aria, la tutela della salute, i colloqui con i garanti territoriali, l'esercizio del diritto di difesa, la limitazione della ricezione dei libri e della corrispondenza, le restrizioni alla stampa, lo scambio di oggetti, diventano il banco di prova dell'inquadramento costituzionale dell'istituto e testimoniano la tensione costante tra esigenze di sicurezza e di prevenzione e diritti delle persone detenute.

Si avrà modo, così, di conoscere «alcune epifanie»<sup>8</sup> del regime «forse difficili da coniugare con i vari principi costituzionali», nonché di verificare quali sono le dinamiche della dialettica tra Amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza. Il regime speciale – strumento come detto strategico nel contrasto della criminalità organizzata e salvaguardato da diverse pronunce della Corte costituzionale e della Corte Edu –, infatti, nella prassi applicativa tende a volte ad assumere una curvatura che lascia seriamente perplessi sulla conformità alla fisionomia costituzionale della pena.

Se è vero che un certo tasso di arretramento rispetto al modello costituzionale si misura già nello iato tra la cornice costituzionale che presidia l'esecuzione delle pene e le disposizioni di legge che man mano hanno 'istituzionalizzato' il 41-*bis*, va osservato, di contro, che è la prassi applicativa a rivelare spesso casistiche *borderline*.

Non si può fare a meno di evidenziare, comunque, che anche tali casistiche costituiscono il portato di una scelta legislativa – si pensi a quella definitivamente attuata con la legge 94/2009 – che, nell'intenzione di stringere le maglie del regime, da un lato ha tipizzato una vasta congerie di limitazioni del trattamento ordinario (tutte contestualmente applicabili) e, dall'altro, ha lasciato all'Amministrazione la discrezionalità di adottare quelle «misure di

---

<sup>6</sup> Si tratta, come noto, dell'attuale formulazione dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a), l. 26 luglio 1975 n. 354.

<sup>7</sup> Si tratta, come noto, di Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/85 e di Corte Edu, 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. n. 31143/96.

<sup>8</sup> V., *amplius*, G. CHIODO, *Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2020.

elevata sicurezza interna ed esterna» di volta in volta necessarie a prevenire flussi comunicativi illeciti.

#### 4. Tassatività più discrezionalità

Questa strana somma di tassatività e discrezionalità ha determinato la costruzione di un modello differenziato che, alle pesanti sospensioni del trattamento ordinario disciplinate per legge, ha aggiunto le limitazioni concretamente plasmate dall'Amministrazione per andare a colmare quegli interstizi, spesso più congetturati che realmente esistenti, lasciati scoperti dalla norma.

Un esempio di questo *modello procedimentale* doppiamente afflittivo è offerto, ad esempio, dalla vicenda della permanenza all'aperto (ammesso che di *aperto* si possa parlare in relazione a cortili completamente interclusi tra fabbricati e in alcuni casi costruiti sotto il livello del suolo). Su questo punto, la previsione tassativa di legge – art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP – parla chiaro: la permanenza all'aperto non può avere una durata «superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo». Non può sfuggire la netta divaricazione rispetto al trattamento ordinario di cui all'art. 10 ord. pen., divaricazione accentuata dal recente intervento di riforma. Su questo restringimento normativo della permanenza all'aria aperta, tuttavia, si è inserita una disciplina amministrativa che, pur calandosi in contenitori diversi, ha sempre fatto coincidere la permanenza all'aperto *tout court* con la permanenza fuori dalla camera detentiva, ricomprendendo in quelle due ore anche la c.d. ora di socialità. In quest'ordine di ragionamenti, i decreti applicativi prevedevano soltanto un'ora di cortile passeggi e un'ora di sala socialità quale tempo massimo della quotidianità vissuta fuori dalla camera; disapplicati i decreti dalla giurisprudenza di merito, che iniziò a rilevare la necessità di due ore effettive di aria all'aperto, il principio di coincidenza tra ore di permanenza all'aperto e ore di permanenza fuori dalla cella – del tutto in contrasto con il chiaro disposto dell'art. 10 OP – si riaffacciò dapprima negli ordini di servizio e poi, in forma compiuta, nella circolare 3676/6126 del 2 ottobre 2017, pietra angolare dell'organizzazione del circuito detentivo speciale. Neppure gli interventi della Corte di Cassazione, confermativi degli orientamenti di merito, hanno posto davvero fine alla vicenda.

Questo potere ulteriormente derogatorio del trattamento ordinario concesso all'amministrazione, come detto, riverbera i suoi effetti sulla conformazione del regime differenziato e rende quest'ultimo, inoltre, il terreno di elezione della sperimentazione – non sempre efficace ed effettiva – del reclamo giurisdizionalizzato previsto dall'art. 35-*bis* OP per la tutela dei diritti del detenuto.

La costante tensione tra diritti della persona ed esigenze di sicurezza, infatti, deve essere risolta al banco del giudice. La tutela dei diritti, come è ovvio, procede in base a metodologie diverse, secondo che la lesione del diritto sia causata da una norma di legge in contrasto con i principi costituzionali e non suscettiva di interpretazione ortopedica, ovvero da una scelta amministrativa censurabile direttamente dal magistrato di sorveglianza. Quale che sia la strada, nel vasto campo della produzione giurisprudenziale relativa alla tutela dei diritti dei detenuti portatori di pericolosità qualificata – provvedimenti della magistratura di sorveglianza, pronunce della Corte di Cassazione, della Corte costituzionale e della Corte Edu – si possono trovare i punti cardinali di un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime 41-*bis*.

## 5. Cartografia costituzionale

La legittimità del regime differenziato è sempre stata riconosciuta dalle pronunce della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ciò nonostante, queste giurisdizioni hanno assicurato diversi puntelli volti a far in modo che il 41-*bis* non fuoriesca da un saldo impianto preventivo. Si tratta di orientamenti maturati in un proficuo dialogo multilivello tra giurisdizioni, che ha avuto il merito di confinare le deroghe del trattamento ordinario entro spazi circoscritti. Si può provare, pertanto, a delineare una mappa dei principi fondamentali sottesi a questi orientamenti.

L'attenzione deve essere convogliata, in primo luogo, sulla giurisprudenza domestica, di merito e di legittimità.

Come noto il regime differenziato scaturisce dalla mera sospensione del trattamento ordinario. Detto altrimenti, il regime agisce per sottrazione, eliminando contenuti e diritti al trattamento penitenziario. Non è una peculiarità propria solo del 41-*bis*: come ha acutamente osservato il Garante Nazionale, tutta la penality penitenziaria funziona per sottrazione; un po' come la tecnica scultorea di Michelangelo, realizzata "per forza di levare".

Questa caratteristica, in particolare, costituisce l'*in sé* delle procedure di costruzione del regime speciale. Incontra tuttavia un limite, ben testimoniato dalla giurisprudenza di legittimità più approfondita: «l'art. 41-*bis* ord. penit. attribuisce al Ministro della Giustizia il potere di sospendere – si badi 'in tutto o in parte' – l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti ed internati, in correlazione con una 'pericolosità qualificata degli stessi'» e, inoltre, «tale norma [...] non risulta affatto 'demandare in toto alla competenza ministeriale' i contenuti del trattamento applicabile ai detenuti portatori di 'pericolosità qualificata', né ha dettato una regolamentazione 'speciale' dell'istituto, che si sovrapponga totalmente a quella ordinaria»<sup>9</sup>.

Chiaro il messaggio: il decreto ministeriale applicativo può sospendere il trattamento ordinario, in tutto o in parte (si colga la portata limitante della sottolineatura della parzialità dell'intervento), soltanto in relazione a esigenze correlate con la particolare pericolosità qualificata dei detenuti, che è appunto una pericolosità proiettata all'esterno e caratterizzata dalla possibilità di continuare a comunicare con i vertici dei clan che si trovano in stato di libertà.

---

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 2013 (dep. 10. 12. 2013), n. 49725. Il principio è riemerso in Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2019 (dep. 24 aprile 2019), n. 17680. Si tratta, in quest'ultimo caso, proprio della sentenza della Suprema Corte che ha confermato l'orientamento della permanenza all'aperto quale permanenza all'aria aperta, affermando che «In tema di regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d'istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti a tale regime, limitano ad una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* citato, all'interno delle sale destinate alla socialità, sia perché la permanenza all'aperto e la socialità devono essere tenute distinte, in quanto preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati, sia perché la limitazione da due ad una delle ore di permanenza all'aperto, ai sensi del combinato disposto della menzionata lett. f) e dell'art. 10 della legge n. 354 del 1975, cui essa fa rinvio, non può essere stabilita, in difetto di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere di per se stessa considerata, da atti amministrativi a valenza generale, ma deve conseguire all'adozione di un provvedimento specifico ed individualizzato della direzione dell'istituto, chiamata a render conto dei "motivi eccezionali" che, ai sensi del citato art. 10, giustificano la limitazione stessa».

Laddove l'intervento non scaturisca dalla necessità di consolidare la finalità preventiva, le regole del trattamento ordinario, al quale il regime speciale non si "sovrappone totalmente", devono (meglio: dovrebbero) risandersi. Non accade sempre così; la lettura della parte del volume dedicata alla vita detentiva nei reparti speciali lo conferma. Questo ammonimento della Suprema Corte, tuttavia, dovrebbe diventare la prima coordinata geografica di quella mappa alla quale si accennava.

Un ulteriore contributo di precisione, nella stessa direzione, arriva dalla Corte costituzionale. Non è questa la sede per dare conto delle numerose sentenze interpretative di rigetto della Consulta, che sono discusse con scrupolo in molti contributi dell'opera.

Giova, invece, concentrarsi sulle sentenze di accoglimento e in particolare su quella relativa ai colloqui con i difensori. La pronuncia in questione indica, anche al magistrato di sorveglianza, una metodologia limpida per effettuare un serio controllo di congruità delle limitazioni correlate al regime: «nelle operazioni di bilanciamento non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»<sup>10</sup>, come ad esempio quello al mantenimento dell'efficacia preventiva del regime speciale. Lo strumento metodologico offerto dalla Corte in questa decisione diventa il principale arnese del *tool kit* del magistrato di sorveglianza che, ogni qual volta si appresta a decidere un reclamo del detenuto qualificato, deve rispondere a queste domande: quanto incide sull'incremento della sicurezza l'attenuazione del diritto soggettivo del detenuto? Quanto, al contrario, non cagiona un'ingiustificata disparità di trattamento con il detenuto comune o di alta sicurezza?

Si tratta, insomma, di una sorta di *test* al quale la stessa Corte si è sottoposta nel decidere per l'illegittimità della norma che vietava ai detenuti 41-*bis* la cottura dei cibi (Corte cost. 186/2018).

## 6. Esecutivo o giudiziario?

In questa piccola scala di principi, costruita a partire dalla giurisdizione di legittimità per arrivare a quella costituzionale, occorre ora salire il gradino della giurisdizione sovranazionale. Nel farlo, è inutile negare, si tocca anche il cuore del problema del regime differenziato.

Tra le tante sentenze della Corte Edu che hanno interessato il 41-*bis*, si vuole qui brevemente accennare a quella emessa nella vicenda Provenzano<sup>11</sup>, pure oggetto di un contributo monografico di questo volume.

Come noto la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del regime di cui all'art. 41-*bis* emesso nei confronti di Bernardo Provenzano pochi mesi prima della sua morte. A questo decreto, infatti, viene contestata la del tutto insufficiente valutazione individualizzante del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto al fine di addivenire alla prognosi sulla necessità della proroga del regime stesso.

---

<sup>10</sup> Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143. In argomento, proprio con riferimento al tema del bilanciamento, V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2013, e M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2013.

<sup>11</sup> Corte Edu, Sez. I, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.



Si tratta di una pronuncia che non mette in discussione la legittimità convenzionale del regime speciale, ma che pone interrogativi cruciali, appunto riferibili al cuore del problema. Si tratta di domande che pertengono all'attribuzione all'esecutivo del potere di applicazione del regime preventivo, all'efficacia (anche temporale) del controllo giurisdizionale successivo e, in fondo, alla natura stessa del regime. Anche in questo caso, come è stato pregevolmente osservato (fornendo una risposta sul punto chiaramente negativa), si tratta di verificare se la Costituzione «tollera che a disporre il trattamento differenziato sia il Ministro o il DAP invece del giudice»<sup>12</sup>.

Da qui dovrebbe partire, forse, un dibattito a tutto tondo sul futuro del regime speciale. Un dibattito del tutto laico, non caratterizzato da pregiudiziali ideologiche, ma animato dalla volontà di avvicinarsi sempre di più alla Costituzione.

Unico avviso ai naviganti: tenere a mente che, quando si parla di 41-*bis*, si parla anche di simboli. Occorre avere contezza di questa dimensione, se si vuole evitare di essere confinati, in maniera tanto ingannevole quanto banale, nella posizione di chi, in nome del garantismo, intende rinunciare ad 'armi' efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata. E occorre ricordare che democrazia e simboli spesso contrastano, poiché, come è stato pregevolmente scritto «l'area del simbolico pone al giurista – e soprattutto al costituzionalista – non poche preoccupazioni, in ragione dei suoi legami con l'emotivo e l'irrazionale»<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> D. GALLIANI, *Costituzione e "trattamenti" penitenziaria differenziati*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 novembre 2018. Lo stesso problema, più in generale, è stato affrontato da A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela di diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016.

<sup>13</sup> A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg, carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, 2013, 195.



## Il principio di proporzionalità “cartina tornasole” per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni *de iure condendo*

di *Veronica Manca\**

**ABSTRACT:** Con il contributo, l'autrice propone delle riflessioni di ampio respiro sulla disciplina del regime del 41-bis OP, analizzando la giurisprudenza delle Corti superiori, e fornendo alcuni spunti critici per una corretta interpretazione applicativa della disciplina esecutiva, secondo il canone del principio di proporzionalità. Tale principio infatti dovrebbe essere ritenuto una chiave di volta dei rapporti tra i poteri dello Stato, dal legislatore, all'azione amministrativa e al sindacato della magistratura di sorveglianza.

### The principle of proportionality as “litmus test” for the 41-bis O.P. regime: operational solutions and suggestions *de iure condendo*

**ABSTRACT:** *With this paper, the author proposes some wide-ranging reflections on the discipline of the regime of the 41-bis, analyzing case law of the Supreme Courts and offering some critical point of view for a correct interpretation of the penitentiary discipline, according to the canon of the principle of proportionality. In fact, this principle should be considered a keystone of the relations between the state power, from the legislator, to the administrative action and to the surveillance judiciary.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prevenzione vs. umanità della pena: le indicazioni delle Corti sovranazionali. – 2.1. (Segue) Il 41-bis nel *multilevel system of protection of human rights*. – 3. La “cartina tornasole” del principio di proporzionalità in esecuzione. — 3.1. La circolare n. 3676/616 alla prova dei principi. – 4. Sintesi. *Test* di proporzionalità come chiave di lettura per legislatore, amministrazione e magistratura anche in prospettiva di riforma.

#### 1. Premessa

Sulla base dei dati pubblicati da Antigone<sup>1</sup>, al 3 gennaio 2019, le sezioni 41-bis OP ospitavano 748 persone, di cui 5 a titolo di misura di sicurezza, reclusi nella struttura di Tolmezzo: tra gli internati, vi è anche chi sconta il regime del 41-bis OP da oltre 30 anni, ininterrottamente (una sorta di “ergastolo bianco” a vita, una pena perpetua *de facto*, pur non essendo il titolo esecutivo nemmeno quello dell’ergastolo)<sup>2</sup>.

La “perpetuità” del regime non deve comunque stupire chi legge, atteso che, per il 26% dei detenuti, il 41-bis può avere una durata tra i 10 e i 20 anni, se non oltre<sup>3</sup>: alla durata del regime

<sup>1\*</sup> Avvocato del Foro di Trento.

<sup>1</sup> V. Il carcere secondo Costituzione. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>

<sup>2</sup> V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 bis: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

<sup>3</sup> V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-bis, pubblicato in [www.archiviopenali.it](http://www.archiviopenali.it), il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, cfr. 51.

non corrisponde necessariamente anche lo *status* di condannato, dato che sul totale, solo il 45,6% è definitivo, mentre il 26% circa è rappresentato da soggetti ancora in attesa di giudizio, di primo o secondo grado o pendente in cassazione; lo 0,5% è invece la percentuale minima, ma comunque significativa e presente, di persone sottoposte al regime del 41-*bis* OP a titolo di misura di sicurezza<sup>4</sup>.

Ancora, se si guarda la composizione della popolazione ristretta al 41-*bis* OP, si evince che per il 70,8% i reclusi sono solo partecipanti all'associazione criminale (di cui all'art. 416, co. 2 c.p.), e non capi (i quali rappresentano il 21,3% sul totale)<sup>5</sup>.

Le problematiche principali, connesse al diritto alla salute, si ritrovano nelle strutture con più ristretti che richiedono l'accesso a cure mediche specifiche e/o per disabilità, con Parma, n. 9 soggetti ammessi all'assistenza sanitaria intensiva (e n. 9 su Milano Opera), e n. 3 disabili<sup>6</sup>. Interessante considerare anche la compagine criminale di appartenenza: il 21,7% di affiliati alla 'Ndrangheta; n. 26,6% a Cosa Nostra; n. 40,3% alla Camorra<sup>7</sup>. Si segnalano, infine, n. 10 donne, ristrette presso L'Aquila<sup>8</sup>.

Data la fotografia "umana", risulta quanto mai opportuno continuare a riflettere, non tanto sulla legittimità di tale regime, quanto sulle caratteristiche applicative dello stesso, anche in termini pratici di efficienza ed efficacia, nella misura in cui si pretende di attribuire al 41-*bis* OP, e, più in generale, al diritto penitenziario, quelle funzioni di prevenzione generale e difesa sociale, più tipiche, del processo nella fase inquisitoria, e, di prevenzione speciale, più caratteristiche della pena (e della misura di sicurezza).

Tenuto conto dei dati, quindi, non si può non notare come, di fatto, la "minaccia" della sottoposizione ad un regime così rigido, anche per un lungo periodo, non abbia inciso comunque, nel corso degli anni, sul tessuto sociale, il quale, ad oggi, risulta ancora fortemente minato dal fenomeno della criminalità organizzata, sulla base di nuove forme, dinamiche e soluzioni organizzative, molto sofisticate e radicalmente diverse da quelle per cui era stato pensato in origine il regime, nel lontano 1992.

La rescissione, infatti, di un solo ramo dall'albero ben radicato nel terreno, da decenni e irrorato da importanti risorse (vedi, il 21,3% dei reclusi a titolo di sola partecipazione) non impedisce alla natura di rifiorire e di rigenerarsi nel tempo, anche a prescindere dal singolo ramo mozzato.

Sicuramente l'eliminazione di quel ramo inquinato assicura un importante risultato per il benessere dell'ambiente e preclude la possibilità di ulteriori sviluppi nocivi in quella direzione; tuttavia, tale azione se isolata non può dirsi sufficiente ad impedire la proliferazione di altri rami, anche in diverse direzioni; né si può pretendere che dalla "vivisezione" di quel singolo ramo si possa conoscere la salute complessiva dell'intero ecosistema, passato, presente e futuro.

---

<sup>4</sup>V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, pubblicato in [www.archiviopenali.it](http://www.archiviopenali.it), il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, 52.

<sup>5</sup>V. Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, pubblicato in [www.archiviopenali.it](http://www.archiviopenali.it), il 7 aprile 2019: per la sezione di riferimento, 52.

<sup>6</sup> V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

<sup>7</sup> V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

<sup>8</sup> V. XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su Alta sicurezza e 41 *bis*: <http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/alta-sicurezza-e-41bis/>

Il livello di attenzione sul benessere dell'albero deve, quindi, essere sempre costante, a prescindere dal venir meno dei rami inquinati; così non si può pensare che eliminato un ramo, questo possa essere cestinato a data da definirsi, perché è inevitabile, che nelle more, senza un sostegno, quel ramo sarà destinato a perire. E, quindi, quel ramo mozzato, di per sé destinato a morire, potrebbe avere una sorte diversa, laddove venisse sì isolato dall'albero, ma in condizioni tali da poter ricrescere e rigenerare a sua volta in un ecosistema alternativo, virtuoso, indice di quei valori realmente deterrenti (socio-culturali e politici) per gli ambienti inquinati e inquinanti.

Tale "politica ambientale", oltre ad avere un'efficacia di recupero, assume un importante valore di prevenzione rispetto alle generazioni future che dovrebbero poter crescere in ecosistemi sin da subito non inquinati dalle radici.

## 2. Prevenzione vs. umanità della pena: le indicazioni delle Corti sovranazionali

La ricerca di un equilibrio tra la prevenzione/repressione del fenomeno della criminalità organizzata e la tutela dei diritti umani delle persone ristrette è un'attività in continua evoluzione, che ha visto negli ultimi decenni un assestamento a favore dei diritti individuali: non da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019<sup>9</sup>, ma ancor prima la sentenza n. 149 del 2018<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda il versante sovranazionale, la recentissima pronuncia *Viola c. Italia*<sup>11</sup>, preceduta dai *leading case Scoppola (n. 2) c. Italia*<sup>12</sup>, *Del Rio Prada c. Spagna*<sup>13</sup>, *M. c. Germania*<sup>14</sup>, ha tenuto alto il dibattito sullo statuto convenzionale dell'esecuzione della pena, ridisegnanandone, da un lato, il paradigma, orientato alla flessibilità del giudicato, all'individualizzazione della pena e risocializzazione del condannato, accentuando, al contempo, le dinamiche conflittuali tra la discrezionalità del legislatore, il potere autoritativo

<sup>9</sup> V. Corte cost., 22 ottobre 2019, n. 253, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); per un primo commento: M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>10</sup> V. Corte cost., 18 luglio 2018, n. 149; per un commento: E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, il 18 luglio 2018; nonché E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBURQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019. Ancor più recente, Corte cost., 5 giugno 2019, n. 188, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Di maggior rilievo, dato l'esito, Corte cost., 9 ottobre 2019, n. 229, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 4 OP, nella parte in cui trova applicazione per i condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all'art. 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato (nonché, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all'art. 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato).

<sup>11</sup> Per un primo commento, v. S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo" dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, il 1° luglio 2019; M. S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. pen. web*, 6, 2019; A. SCARCELLA, *La normativa italiana sul c.d. ergastolo ostativo è contraria alla Convenzione EDU*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it); V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2, 2019.

<sup>13</sup> Cfr. Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 10249103.

<sup>13</sup> Cfr. Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

<sup>14</sup> Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04.

dell'Amministrazione penitenziaria e il sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza, dall'altro.

In tale evoluzione, un ruolo cardine è stato assunto dal *principio di proporzionalità*<sup>15</sup>, inteso nel senso più ampio possibile (un canone interpretativo complesso, basato su plurimi *passaggi* sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà* e della *proporzionalità in senso stretto*)<sup>16</sup>.

Solo un'accezione più ampia del principio consente, infatti, di individuare un punto di equilibrio tra l'esercizio dei poteri autoritativi conferiti dalla legge all'Amministrazione penitenziaria, in vista del perseguimento di specifiche e legittime finalità pubbliche e l'esigenza di non determinare un'eccessiva compressione dei diritti della persona ristretta: tale bilanciamento diviene di cruciale importanza in materia di esecuzione del regime del 41-bis OP, tenuto conto dell'alto tasso di discrezionalità che il legislatore ha concesso all'Amministrazione penitenziaria (anche se nella forma più o meno vincolata)<sup>17</sup>.

### 3.1. (Segue) Il 41-bis nel *multilevel system of protection of human rights*

In tale direzione, si è mossa la Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2018, con cui ha sancito l'illegittimità della previsione *ex art. 41-bis, co. 1-quater, lett. f) OP* in relazione al divieto della cottura di cibi in cella.

Secondo la Corte costituzionale, tale divieto esula dalla finalità di prevenzione e difesa sociale, insita nel regime detentivo speciale: la considerazione per cui la previsione era stata concepita per impedire che tramite il cibo (come altri elementi di vita quotidiana, quei pochi che sono autorizzati a fare ingresso) il detenuto esercitasse il proprio "carisma criminale" sugli altri, non regge sul piano del bilanciamento dei principi, tra ragionevolezza (*rectius*: proporzionalità) e diritti soggettivi.

In tale pronuncia, la Consulta ha adottato un ragionamento marcatamente garantista e più di "posizione" rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente, che, in una visione di insieme, risulta notevolmente più prudente, tesa alla salvaguardia del regime, anche nelle sue previsioni più restrittive<sup>18</sup>.

Nonostante ciò, già con pronunce più datate, la Corte ha comunque stilato una serie di principi guida in materia di 41-bis OP, diretti a sostenere che la sospensione dei diritti soggettivi del

<sup>15</sup> Per un'ampia trattazione dell'argomento, si consenta il rinvio a V. MANCA, *Il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis ord. penit.*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di Dodaro, Mancuso, ed. Dip. Lab. Modena, 2019.

<sup>16</sup> Nonostante il testo legislativo riporti un'accezione più ristretta di proporzionalità, non può comunque escludersi che con ciò il legislatore, indicando espressamente una parte (il giudizio di necessità), abbia inteso richiamare il tutto (c.d. *sineddoche*), ovvero sia il principio di proporzionalità, inteso come giudizio complesso, così come è avvenuto, grazie all'interpretazione evolutiva della dottrina e dalla giurisprudenza tedesca per la nozione di proporzionalità in relazione al diritto pubblico. Sul punto, cfr., per tutti, S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, 1993, 65-68.

<sup>17</sup> Sul punto, G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012, 204 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015. Sia consentito il richiamo a V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in *Arch. pen. web*, 2, 2017.

<sup>18</sup> Sul punto, Cfr., sul punto, C. FIORIO, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2256; nello stesso senso, anche M. PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 265.

detenuto, in ragione di istanze securitarie, deve avvenire, in ogni caso, nel rispetto della dignità umana dello stesso e sulla base di uno scrupoloso e attento giudizio di «congruità» (*rectius*: proporzionalità)<sup>19</sup>. La garanzia di un nucleo fondamentale di diritti soggettivi deve essere alla base della prassi applicativa del regime e uniformare il sindacato giurisdizionale, atteso che, anche in costanza di 41-*bis* “non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale”<sup>20</sup>.

Ancora. Con la sentenza n. 143 del 2013, la Consulta ha precisato come “non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”, dato che “l’estensione e la portata dei diritti dei detenuti non può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, co. 3 Cost.”<sup>21</sup>.

Se sul versante interno, l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha portato, quindi, a riconsiderare con più attenzione la *ratio* di prevenzione sottesa al regime rispetto alla sua applicazione pratica, evidenziando le incongruità di determinate previsioni anche in relazione al decorso temporale, alla concezione di una pena immutabile, all’impermeabilità di istanze risocializzanti e rieducative, con la giurisprudenza convenzionale si è sviluppato un ulteriore passaggio, ponendo l’accento proprio sulla dignità umana della persona ristretta, come un *quid* minimo che deve essere garantito in ogni situazione (v., ad es., il *leading case Labita c. Italia*)<sup>22</sup>.

Di più. Di rilievo è il ragionamento della Corte circa il tipo di valutazione sulla compatibilità del regime di detenzione speciale, che deve, infatti, essere effettuata in relazione al singolo caso concreto, e sulla base delle caratteristiche anche psico-fisiche del detenuto, della tipologia e della durata delle restrizioni imposte, della loro funzionalità rispetto agli obiettivi di prevenzione e delle conseguenze che esso produce sulla persona che vi è sottoposta, ecc. (v., da ultimo, *Provenzano c. Italia*)<sup>23</sup>.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata inoltre anche rispetto agli automatismi e alle presunzioni assolute (v., da ultimo *Viola c. Italia*): il *leading case* in materia è dato dalla

<sup>19</sup> Tra cui sent. n. 349/1993, 410/1993, 351/1996 e 376/1997.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., 3 giugno 2013, n. 135, con nota di A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, il 13 giugno 2013.

<sup>21</sup> Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, con nota di A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 129 ss.

<sup>22</sup> V. Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02. Per un commento alla giurisprudenza convenzionale in materia, v. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.

<sup>23</sup> V. Corte EDU, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13. Per un primo commento, v. M. S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giur. pen. web*, 10, 2018.



recente sentenza pilota pronunciata nei confronti della Bulgaria (nel caso *Harakchiev e Tohumov c. Bulgaria*, dell'8 luglio 2014), con cui la Corte ha ordinato di rimuovere l'automatismo applicativo del regime di detenzione speciale per i condannati all'ergastolo, e di limitarne il ricorso ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata<sup>24</sup>.

Con riguardo poi alle singole prescrizioni, di notevole interesse – per un confronto con la disciplina normativa interna – sono tutte quelle pronunce dove la Corte ha dichiarato la non conformità di talune regole rispetto all'art. 3 CEDU, perché ritenute non proporzionate al fine perseguito: in applicazione del principio di proporzionalità, tali misure sono state ritenute «inutili» e «gratuite», nella misura in cui risultano, di fatto, puramente afflittive (v., ad es., le perquisizioni corporali mediante denudamento, o, il divieto di detenere fotografie, orologi o bustine di tè)<sup>25</sup>. Ancor più significative le decisioni in materia di diritto di difesa, con riguardo, ad es., alla pronuncia *Altay (n. 2) c. Turchia*, con cui la Corte ha sancito l'inviolabilità del rapporto avvocato-assistito, qualificandolo come diritto soggettivo "rafforzato"<sup>26</sup>.

### 3. La "cartina tornasole" del principio di proporzionalità in esecuzione

Alla luce della giurisprudenza "costituzionale" fin qui esaminata, risulta evidente come le Corti si stiano muovendo lungo binari a scorrimento, per così dire, "velocizzato" verso il raggiungimento di un obiettivo comune, dettato dal superamento di preclusioni assolute, presunzioni di pericolosità sociale perpetue e automatismi punitivi, svincolati da un accertamento delle condizioni del caso concreto e da qualsiasi elemento fondante la colpevolezza e la situazione soggettiva del condannato, in senso dinamico ed evolutivo (il percorso rieducativo). Tale ragionamento, fondato sulla valutazione concreta della persona, diventa di cruciale importanza per tutte quelle discipline applicative – come il regime del 41-bis OP – in cui, nonostante si sia di fronte alla massima compressione della libertà personale e dei diritti soggettivi, il legislatore ha scelto di conferire poteri autoritativi, anche di tipo discrezionali, all'Amministrazione penitenziaria: alla previsione normativa fa da *pendant*, infatti, una cospicua produzione di circolari ministeriali dirette alla definizione delle modalità esecutive del regime<sup>27</sup>. Formalmente solo circolari ministeriali volte alla corretta esegesi delle prescrizioni normative e dirette ad una più efficace riorganizzazione delle prassi applicative, ma, in sostanza, veri e propri strumenti pseudo-normativi che incidono sensibilmente sulla qualità della vita della persona ristretta<sup>28</sup>. Il sindacato di legittimità, quindi, deve essere ancora

---

<sup>24</sup> Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016, 320.

<sup>25</sup> Per un commento, cfr. F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, 74 ss.; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; A. MARCHESELLI, *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, 2008, in [www.europarights.eu](http://www.europarights.eu). Per un approfondimento sul punto, v. V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2018.

<sup>26</sup> V. Corte EDU, *Altay c. Turchia* (n. 2), 9 aprile 2019, ric. n. 11236/09; V. MANCA, *La corrispondenza avvocato-detenuto come diritto soggettivo 'privilegiato' secondo i parametri convenzionali*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), il 16 maggio 2019.

<sup>27</sup> Da ultima, circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017.

<sup>28</sup> A titolo esemplificativo, la recente circolare ministeriale dd. 2 ottobre 2017 prevede modalità di perquisizione personale sia mediante denudamento sia con l'uso di *metal detector* (art. 25.1, 35); si descrive la disciplina

più pregnante laddove la discrezionalità del legislatore aumenta; non solo, il livello di attenzione del sindacato c.d. "diffuso" di costituzionalità della magistratura di sorveglianza, che impone pur sempre un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, deve assumere la massima intensità, per evitare, anche se *ex post*, l'ingresso nell'ordinamento di prassi formalmente legali, ma sostanzialmente assimilabili a soprusi ed arbitri.

Risulta evidente, quindi, che la questione si gioca *ex ante*, in un'ottica preventiva e tutta allocata sul piano amministrativo, dell'applicazione e rinnovo del regime 41-bis OP: su questo piano, infatti, serve un ripensamento della disciplina, sia nella prospettiva di piena giurisdizionalizzazione dell'applicazione di una disciplina, che anche volendo collocarla all'interno delle misure di prevenzione "sui generis", di fatto, è una pena, e, una di quelle più afflittive, in assoluto sia nell'ottica di una totale rivisitazione delle dinamiche di potere tra autorità giudiziaria e amministrazione: è innegabile che in sede applicativa l'Amministrazione penitenziaria finisca per godere di una discrezionalità eccessiva, che è estranea dallo schema costituzionalmente fondato di ripartizione dei poteri dello Stato; un'eccessiva discrezionalità applicativa, peraltro, svincolata da accertamenti concreti di pericolosità sociale e dalla situazione soggettiva della persona condannata (e anche non) che si perpetua per 10, 20, o addirittura 30 anni, a titolo di misura di sicurezza. Il punto dolente, infatti, è a monte: fino a quando ci sarà una disciplina che consente ampi margini di soluzioni interpretative, anche *in peius*, all'Amministrazione penitenziaria, non si potrà avere un'applicazione della disciplina uniforme, né conforme ai principi costituzionali di tassatività e determinatezza, né tanto meno rispettosa del portato costituzionale della risocializzazione e della tensione rieducativa della pena.

### 3.1. La circolare n. 3676/616 alla prova dei principi

Un parziale mutamento di sensibilità da parte dell'Amministrazione penitenziaria si è avuta di recente con la circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, con cui si è dato atto della difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra l'uniformità di trattamento, da un lato, e l'umanità della pena, dall'altro<sup>29</sup>.

L'esigenza di ripristinare delle modalità esecutive uniformi e più umane (o, *rectius*: meno afflittive) viene annunciata come un obiettivo proprio dell'azione dell'Amministrazione penitenziaria: la Circolare DAP infatti deve trovare applicazione, "nell'assoluto rispetto della legge e sulla base delle potestà rimesse alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria"<sup>30</sup>. La sua attuazione concreta, quindi, deve essere orientata unicamente verso la finalità preventiva, idonea ad impedire "la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza"<sup>31</sup>. Di fondamentale valore, l'ulteriore passaggio, per cui le restrizioni inserite nella Circolare "non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata"<sup>32</sup>. Una presa di coscienza di non poco conto,

---

trattamentale da applicare in caso di isolamento disciplinare (con l'accesso quotidiano del solo medico per verificare le condizioni di salute dello stesso detenuto, all'art. 28, 36).

<sup>29</sup> Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017. Sia consentito il rinvio a V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, il 6 novembre 2017.

<sup>30</sup> V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.

<sup>31</sup> V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.

<sup>32</sup> V. Circolare DAP n. 3676/6126, 4.



risultato di un contesto politico-culturale di rinnovata speranza verso la riforma complessiva dell'ordinamento penitenziario (periodo inaugurato con gli Stati generali dell'esecuzione della pena, nel 2015, e, chiusosi definitivamente, con le Commissioni ministeriali coordinate dal Prof. Glauco Giostra, in supporto alla legge delega n. 103/2017), che oggi deve comunque servire da faro, nel buio dell'estrema drammaticità che accompagna da sempre tale disciplina esecutiva.

#### **4. Sintesi. Test di proporzionalità come chiave di lettura per legislatore, amministrazione e magistratura anche in prospettiva di riforma**

Già in altra sede<sup>33</sup>, non era mancato di evidenziare il ruolo del principio di proporzionalità in materia penitenziaria e della sua portata rispetto ai rapporti tra Amministrazione e Magistratura di sorveglianza: risulta, infatti, ancora valido un caso affrontato dalla Corte costituzionale federale tedesca, il 10 gennaio 2008, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale di una parte del regolamento carcerario che prevedeva la cessazione dell'erogazione dell'elettricità notturna, nonché il divieto assoluto di ascoltare musica, tramite apparecchi radio, da parte dei detenuti<sup>34</sup>.

Il fine primario tutelato con tale disposizione veniva individuato dall'Amministrazione penitenziaria in esigenze di ordine pubblico<sup>35</sup>: secondo la Corte, però, un regolamento di natura amministrativa non può disporre misure che incidono sulla libertà personale e sui diritti soggettivi e che le limitazioni, laddove presenti, devono essere sottoposte ad un rigoroso vaglio di proporzionalità. In conclusione, la Corte ha affermato il principio per cui *"tanto meno è emergente il pericolo per l'ordine pubblico tanto più acquista peso la libertà di azione dei detenuti e tanto più attento non può che essere il giudice alla limitazione dei diritti fondamentali"*<sup>36</sup>.

Un approccio argomentativo molto vicino al ragionamento della Corte costituzionale italiana, nella pronuncia n. 186 del 2018, indice di un tessuto valoriale comune che pone al centro il principio di proporzionalità. Si ritiene, quindi, che una corretta esegesi del principio di proporzionalità, unitamente a tutti gli altri canoni fondanti una pena costituzionale, potrebbe condurre ad una rimediazione del regime del 41-bis OP, su più livelli, da quello legislativo (basta pensare allo stesso momento genetico di applicazione del 41-bis OP per opera dell'autorità amministrativa e non da parte di un giudice; al meccanismo del rinnovo; alle impugnazioni, ecc.); a quello amministrativo e a quello giurisdizionale, proprio della Magistratura di sorveglianza, sia che agisca *ex art. 35-bis OP* sia *41-bis, co. 2-quinquies OP*. In particolare, come già anticipato, le principali criticità riguardano proprio l'azione dell'Amministrazione penitenziaria. In linea con un'interpretazione costituzionalmente orientata, a cui anche l'azione amministrativa deve essere diretta, nei casi in cui essa gode della più ampia discrezionalità, attribuita dal legislatore, non possono avallarsi prassi che – pur in nome dell'omogeneità di trattamento – diano origine a lesioni della dignità umana e dei diritti soggettivi, sussistendo un ampio margine legale per poter meglio bilanciare gli interessi coinvolti; al contrario, laddove l'azione amministrativa sia vincolata sia nell'*an* sia nel

<sup>33</sup> Sul punto, V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 35.

<sup>34</sup> V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

<sup>35</sup> V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

<sup>36</sup> V. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

*quomodo*, negli stretti margini applicativi, l'Amministrazione penitenziaria è comunque tenuta al rispetto delle garanzie dell'individuo, la cui preminenza dovrebbe imporre interpretazioni organizzative anche difformi rispetto alla soluzione generale, se la relativa applicazione può comportare una lesione di un diritto soggettivo (come quello, ad es., della salute).

In una prospettiva di sistema, poi, il principio di proporzionalità, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito di *idoneità*, *necessarietà* e di *principio di proporzionalità in senso stretto*) dovrebbe fungere da chiave di lettura per un ripensamento complessivo della disciplina esecutiva del 41-bis OP, se non ad opera di un legislatore lungimirante, per mano di una Corte costituzionale coraggiosa e consapevole del portato valoriale del finalismo rieducativo sulla pena detentiva, e, su tutte quelle misure, in sostanza, ad essa assimilabili (come è già avvenuto per il divieto di cottura dei cibi, con sent. n. 186 del 2018). A distanza di oltre 25 anni dalla sua prima applicazione, più che doverosa ed opportuna sarebbe un'operazione di rimodulazione dello schema astratto di divieti/preclusioni e di meccanismi automatici, che, pur nel rispetto della proporzionalità, dovrebbero anche essere già tassativamente enucleati per legge, riappropriandosi il legislatore di quella discrezionalità ad oggi attribuita, in sostanza, (anche in *peius*) all'Amministrazione penitenziaria e di difficile, se non impossibile contestazione (con buona pace, tra l'altro, dei diritti soggettivi di difesa)<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul punto, già in V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 37-38.

**Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di ragionevolezza.  
Note a margine della sentenza della Corte costituzionale  
n. 186 del 2018**

di Gian Paolo Dolso\*

**ABSTRACT:** Nel presente contributo l'Autore si sofferma sulla sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018. Si tratta della seconda dichiarazione di illegittimità dell'art. 41-*bis* da quando esso è entrato in vigore. La norma viene annullata in quanto prevede, per i detenuti soggetti a tale regime di carcere duro, il divieto di cuocere cibi. La Corte, sulla base di una accurata motivazione, accerta l'assenza di ogni possibile giustificazione della norma e quindi la dichiara parzialmente illegittima in quanto contraria agli articoli 3 e 27 della Costituzione.

**Constitutional Court, Article 41-*bis* of Law no. 354 of 1975 and judgment  
of reasonableness.  
Comments on the Constitutional Court Ruling 186/2018**

**ABSTRACT:** *In the present contribution the Author focuses on the Sentence of the Constitutional Court n. 186 of 2018. This is the second declaration of illegality of the art. 41-*bis* since it entered into force. The provision is cancelled because it provides for the prohibition of cooking food for prisoners subjected to this regime of hard prison. The Court, on the basis of an accurate motivation, ascertains the absence of any possible justification of the rule and therefore declares it partially illegitimate as it is contrary to articles 3 and 27 of the Constitution.*

Con la sentenza n. 186 del 2018 la Corte costituzionale torna ad occuparsi, come periodicamente accade da quando la norma è entrata in vigore, dell'art. 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, introdotta nel lontano 1992 e poi oggetto di modifiche nel corso del tempo. Non è certo possibile in questa sede una indagine su questa giurisprudenza, che affonda le proprie radici nella densa sentenza n. 349 del 1993, ove la Corte in sostanza avallò la scelta legislativa sulla base della quale la norma era stata introdotta, assicurando tuttavia una piena garanzia giurisdizionale al riguardo. Con ciò confermando un atteggiamento sostanzialmente deferente della Corte in una materia che involge certamente diversi principi costituzionali e che purtuttavia consegna al legislatore ampi margini di discrezionalità. Se l'istituto sottende inevitabilmente scelte politiche rilevanti, che sembrano portare ad una compressione massima alcuni principi in tema di detenzione, quali quelli scolpiti nell'art. 27, comma 3, Costituzione, è anche vero che tali scelte, sin dall'inizio, e forse in via incrementale, hanno conosciuto una acquiescenza, se non un avallo, sociale, ciò che le ha rese – con tutta probabilità – particolarmente resilienti rispetto ad interventi del Giudice delle leggi. Al di là di affermazioni di principio, invero assai gravide di significato, la Corte costituzionale ha

sopraspeduto sulle asperità di un regime che conosce epifanie forse difficili da coniugare con vari principi costituzionali.

In questo contesto si inserisce la pronuncia in esame che affronta una questione di certo molto circoscritta, relativa ad una disposizione introdotta da uno dei diversi decreti "sicurezza" che sono stati – e continuano ad essere- emanati periodicamente per far fronte a vere o presunte "emergenze", trascurando per vero l'insegnamento, recepito anche dalla Corte costituzionale, secondo cui la situazione di emergenza, *ut sic*, ha da essere temporanea al fine di giustificare deroghe ai principi, specie costituzionali<sup>1</sup>. In particolare l'art. 41-*bis* OP è stato fatto oggetto di modifica ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*). Ad onta dell'inasprimento delle condizioni di detenzione la novella ha superato il vaglio di costituzionalità, avendo la Corte ritenuto possibile una interpretazione adeguatrice di essa<sup>2</sup>. Della legge appena menzionata è, in particolare, censurato, l'art. 2, comma 25, lettera f) n. 3), nella parte in cui "impone che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi".

Come si vede, siamo nell'ambito di quella che era stata significativamente definita microconflittualità costituzionale<sup>3</sup>, in cui appunto la Corte viene chiamata ad occuparsi di questioni assai circoscritte e delimitate nella loro portata, proprio come si registra nel nostro caso. Ad onta della caratura della questione, la Corte dispiega un solido e consequenziale apparato argomentativo, che del resto si nutre dei significativi precedenti in materia, da cui la Corte ha buon gioco a trarre l'intelaiatura della motivazione. La pur ricca ordinanza di rimessione si muove unicamente nell'ambito dei parametri interni, in particolare gli articoli 3, 27 e 32 della Costituzione, non evocando invece parametri sovranazionali, tratti in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come ad esempio avviene nella recente, e discussa, sentenza n. 122 del 2017, che pure ruota attorno alla giustificazione di alcune specifiche limitazioni contemplate dalla disposizione in parola, anche in quel caso oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale<sup>4</sup>.

Siamo al cospetto di una pronuncia significativa anche alla luce del fatto che le decisioni di accoglimento in materia di 41-*bis* sono assai rare: se non andiamo errati, prima della pronuncia in commento, solo con la sent. n. 143 del 2013 la Corte era giunta ad una dichiarazione di incostituzionalità in relazione ad una questione relativa alla limitazione dei colloqui con i difensori dei detenuti soggetti al regime del "carcere duro". Si tratta di una pronuncia in cui sulla riduzione di tali colloqui la scure dell'incostituzionalità non era scesa tanto per il fatto che il diritto di difesa non potrebbe, in quanto "inviolabile", subire compressioni, ma in quanto il bilanciamento di cui la norma censurata era espressione non risultava ragionevole<sup>5</sup>.

---

\* Professore associato presso l'Università degli Studi di Trieste.

<sup>1</sup> In tal senso, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. n. 190 del 2010.

<sup>3</sup> A. CELOTTO, *Tecniche decisorie della Corte costituzionale per limitare la microconflittualità*, in *Giur. it.*, 1996, I, 201 ss.

<sup>4</sup> In merito alla pronuncia menzionata, cfr., tra gli altri, A. LONGO, «*Est modus in rebus*». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2017, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

<sup>5</sup> In dottrina: tra gli altri, F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41.bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180 ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2013.

Tornando alla sentenza in esame si può osservare che, pur trattandosi di una questione assai circoscritta, la motivazione muove da una ricostruzione delle ragioni ispiratrici e giustificatrici del regime di cui all'art. 41-*bis* OP, il tutto sulla base del richiamo a diversi precedenti "storici" (tra le altre, sentenze 376 del 1997 e 192 del 1998). In questa cornice di ricostruzione dell'istituto viene opportunamente ricordata non solo la giustificazione corrente di esso ma pure i limiti che lo circondano, limiti che servono da parametro per valutare le singole prescrizioni che il regime stesso vanno a comporre come altrettante tessere di un unico mosaico. In questa prospettiva si ricorda come deve sussistere un nesso di congruità tra i due profili, nella misura in cui le varie prescrizioni previste dalla legge hanno da essere rispondenti a quelle che sono le finalità dell'istituto: in difetto di ciò le misure disposte, rispondendo ad una logica meramente "afflittiva", finirebbero per entrare in collisione con i principi costituzionali e, in particolare, con la finalità rieducativa della pena e con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (Art. 27, comma 3 Cost.).

La Corte si occupa, in particolare, e sulla base dell'oggetto così come delimitato dall'ordinanza di remissione, del divieto oggetto di censura e ne ricostruisce la genesi, sulla base del sistema normativo, della giurisprudenza e della prassi amministrativa, che pure del profilo in parola si è occupata, soprattutto attraverso circolari dell'amministrazione penitenziaria. La Corte rimarca come la misura in parola, non contemplata nella formulazione originaria dell'istituto né nelle sue successive modifiche, abbia avuto all'inizio scaturigine da "provvedimenti applicativi" della disciplina del cosiddetto "carcere duro" per poi conoscere una forma di recepimento, pur a livello di normazione secondaria, in circolari dell'amministrazione penitenziaria emanate nel corso degli anni '90. Se neppure nel provvedimento del 2001 di modifica, tra l'altro, del 41-*bis* OP non vi è traccia della questione in esame, solo nel 2009 il divieto sino ad allora praticato sulla base di atti secondari fu consegnato in una fonte primaria nella cornice di un provvedimento volto proprio ad irrigidire il regime di detenzione in parola (il riferimento è alla legge n. 94 del 2009). Tale provvedimento fu poi "recepito" a sua volta da una circolare amministrativa che pure aggiunse ulteriori prescrizioni di contorno in qualche misura connesse al divieto.

Sulla scorta di quanto premesso, e nella prospettiva della ragione giustificativa che deve assistere le misure che compongono il regime di cui all'art. 41-*bis*, la Corte va alla ricerca della *ratio* della prescrizione in parola pur nel silenzio dei lavori preparatori relativi al provvedimento legislativo del 2009. Per lo più si ritiene, in questo senso per lo meno si muove il giudice rimettente, che la ragione di tale misura sia da ricercarsi nella intenzione di evitare «l'eventuale crescita di "potere" e prestigio criminale del detenuto all'interno del carcere, misurabile anche attraverso la disponibilità di generi alimentari "di lusso"». A questo riguardo la Corte, premessa la necessaria istanza di applicazione "rigorosa e imparziale" delle regole trattamentali, che non debbono mai condurre ad una "discriminazione negativa" dei detenuti in regime di detenzione speciale (sent. n. 351 del 1996), si interroga sulla congruità della disposizione censurata rispetto ai fini che il regime in parola persegue. E a questo riguardo l'argomentazione appare invero serrata, e sotto certi profili anche scontata, come la stessa Corte del resto riconosce.

Come si è visto, un primo elemento che in astratto potrebbe risultare ostativo rispetto alla possibilità di acquistare e cuocere cibi da parte dei detenuti soggetti a regime speciale è individuato nella crescita di "potere" e "prestigio" nel contesto carcerario. Sul punto la Corte, a parte l'ovvia considerazione secondo cui tale situazione potrebbe derivare anche dall'acquisto di cibi da consumare crudi, osserva che le regole ordinarie previste in materia

conspirano a rendere tale situazione "pressoché impossibile" alla luce del regolamento penitenziario e delle circolari in materia (di cui viene citata una tra le più recenti). Non solo. È lo stesso regime di cui all'art. 41-*bis* che esclude in radice che situazioni di quelle paventate abbiano a verificarsi sia in considerazione della limitatissima socialità che residua in capo ai destinatari del trattamento, sia alla luce delle ulteriori limitazioni riguardanti l'approvvigionamento di beni, somme od oggetti *ab externo*.

In secondo luogo la Corte esclude pure il fatto che la disciplina censurata possa essere strumentale a realizzare gli obiettivi sottesi all'istituto in esame con i corollari di tutela di ordine e sicurezza che esso porta con sé. La possibilità di cuocere cibi nel contesto carcerario non ha attitudine a inficiare "la necessità che il detenuto sottoposto al regime speciale non abbia contatti con le imprese esterne" dalle quali viene acquistato il cosiddetto sopravvitto né tale possibilità implica il possesso da parte dei detenuti di strumenti di particolare pericolosità quali il fornello personale. Sotto il primo aspetto la possibilità di acquistare il sopravvitto non dipende dal fatto che vengano acquistati certi beni e non altri: in ogni caso il detenuto, pur soggetto a regime speciale, ha la possibilità di acquistare in tale sede alcune tipologie di beni. Sotto il secondo aspetto la disponibilità del fornello personale è consentita per riscaldare liquidi o cibi precotti e quindi la potenziale pericolosità degli strumenti da cucina non è eliminata dalla prescrizione in esame.

Ecco allora svelarsi, al di là di ogni dubbio, la palese irragionevolezza del divieto, il quale si rivela, sulla scorta delle argomentazioni svolte, "incongruo e inutile, alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione": si tratta di una misura che configura una deroga ingiustificata rispetto all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza "meramente e ulteriormente afflittiva"<sup>6</sup>. Si tratta di una classica declinazione del principio di ragionevolezza, che appunto consiste nella situazione in cui una norma non risulta in alcun modo strumentale a raggiungere l'obiettivo ad essa sotteso<sup>7</sup>.

A corredo di ciò la Corte, muovendo da una suggestione contenuta nell'ordinanza di rimessione, allude anche ad una lesione, che la norma determinerebbe, della dignità dei detenuti a cui la norma impugnata si applica, traducendosi tale limitazione in una disposizione "contraria al senso di umanità". Se è ben vero, riconosce prudentemente la Corte, che non viene riconosciuto un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella" (interpretazione che ricorderebbe le fantasiose declinazioni che alcuni anni or sono il danno esistenziale aveva conosciuto da parte di certa giurisprudenza, per lo più di merito), è però vero che anche chi si trova soggetto al regime di cui all'art. 41-*bis*, come viene ribadito nella sentenza in commento, "deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale"<sup>8</sup>.

L'impressione, alla luce anche della pregressa giurisprudenza, è che l'argomento realmente dirimente è quello che fa leva sui tradizionali strumenti della ragionevolezza. In particolare viene impiegato quel tipo di sindacato, invero ricorrente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, relativo alla corrispondenza mezzi-fini. L'impressione è che nell'ambito delle questioni che attengono al discusso e delicato regime di cui all'art. 41-*bis* la Corte parta, più

---

<sup>6</sup> Corte Cost. Sent. n. 186 del 2018, 4.5 del Considerato in diritto.

<sup>7</sup> Sul punto, di recente, A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2/2016, 625 ss.

<sup>8</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 186 del 2018.



che in altri contesti, da una forte presunzione di legittimità delle misure che tale regime costellano. In questa prospettiva si spiega anche l'articolata motivazione della pronuncia che indugia su ogni e possibile *ratio* giustificativa della censurata disposizione: solo all'esito di una rigorosa ricognizione da cui emerge la radicale assenza di ragioni giustificative in capo alla norma, ne viene decretata l'illegittimità, a coronamento di un percorso che pare invero quasi sovradimensionato rispetto alla questione *sub iudice*. In questa prospettiva, e nella economia della motivazione, il riferimento alla lesione della dignità della persona e la considerazione della limitazione in parola come "contraria al senso di umanità" appaiono forse pleonastiche.

In altri termini si può ipotizzare che all'illegittimità si sarebbe pervenuti – questa almeno la sensazione- anche sulla base delle sole considerazioni relative alla congruità della misura, smentita su tutti i fronti, pur senza il riferimento alla dignità delle persone soggette a tale prescrizione. Non vale la reciproca: a fronte di singole prescrizioni che indubbiamente incidono sulla dignità della persona, che riducono ai minimi termini quel residuo di libertà individuale che deve permanere anche in capo al detenuto soggetto al regime speciale, prescrizioni che configurano trattamenti non in asse con il senso di umanità dall'art. 27 Cost., non è affatto scontata la dichiarazione di illegittimità ove si dimostri che di essa possa predicarsi una certa strumentalità rispetto alla realizzazione dei fini in vista dei quali l'istituto è stato conformato nel lontano 1992<sup>9</sup>.

È certo vero che un regime come quello in parola è fortemente condizionato da scelte intrise di politicITÀ, pregnanti e dense di significati, la cui sfera di discrezionalità va indubbiamente rispettata. Non è tuttavia azzardato ritenere che il livello dell'asticella che la Corte costituzionale ha sino ad ora avallato non costituisce forse il portato di scelte "costituzionalmente obbligate", nel senso che il rispetto del nucleo essenziale di alcuni diritti costituzionali potrebbe essere plausibilmente messo in discussione in relazione alle più aspre espressioni del regime del "carcere duro", delle quali andrebbe del resto sempre saggiata la funzionalità rispetto agli obiettivi che il regime in parola persegue.

Anche alla luce del recente arresto della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso "Provenzano", il livello dell'asticella forse dovrà essere oggetto di rimediazione non tanto con riguardo all'istituto in sé, che pure la Corte europea non contesta, quanto con riguardo proprio al profilo della compatibilità dei suoi vari corollari con il principio di dignità dell'uomo, non a caso nella pronuncia della Corte di Strasburgo evocato<sup>10</sup>. Si tratta in ogni caso di un approccio che dovrebbe essere ovviamente, e *in primis*, coltivato dal legislatore.

---

<sup>9</sup> È da segnalare che la Cassazione di recente ha rimesso alla Corte una questione in qualche misura analoga a quella oggetto della pronuncia in commento, in relazione alla norma di cui all'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lettera f), OP, relativo al divieto di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato appartenente al medesimo gruppo di socialità: in tal senso Cassazione, I, 23 ottobre 2019, nn. 43436/43437.

<sup>10</sup> Il riferimento è a Corte Edu, *Provenzano c. Italia*, 25 ottobre 2018.

## Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante

di Giuseppe Chiodo\*

**ABSTRACT:** Il regime del “carcere duro” previsto dall’art. 41-*bis* OP si avvia verso i trent’anni di vigenza, ed i venti dalla sua “stabilizzazione”; rappresenta ormai un elemento ampiamente “metabolizzato” dal diritto interno, ma continua a destare perplessità negli osservatori sovranazionali. Le numerose indicazioni provenienti dai vari “attori”, che qui abbiamo provato a ricomporre in un quadro unitario, dovrebbero quantomeno ridurre lo spazio della discrezionalità del legislatore nella tipizzazione delle restrizioni, e guidare gli organi competenti a decidere sull’applicazione o sulle vicende successive del regime. Per un verso, però, alcune fonti si pongono in radicale contrasto con quelle interne; per altro, la tutela apprestata da parte della giurisprudenza nazionale riesce a raggiungere, in certi casi, livelli di tutela maggiori di quelli richiesti. Al legislatore spetta il compito conclusivo di trovare un nuovo equilibrio, ma lo scenario attuale non ci sembra incline a questo esito.

### The Italian special detention regime and the supranational sources: a continuous tension

**ABSTRACT:** *The “strict detention” regime provided by the article 41-bis of the Italian penitentiary law is going to be about its thirties of force, and its twenties from its “stabilization”; it represents now an almost accepted element by the domestic law, but it keeps causing concern around the supranational observers. Several instructions coming from various authorities, that we have attempted here to rearrange into a common chart, should, at least, reduce the legislator’s discretion relating to the choice of the restrictions, and drive the proper bodies when they have to decide whether to apply, extend or revoke the regime. In a way, however, some domestic sources are in a radical contrast with the international ones; and further, the national courts are able to achieve, in some cases, higher defence levels than those required. The legislator has the duty to find a new balance, but the current scenario doesn’t seem inclined towards this outcome.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. I *reports* delle visite degli organismi internazionali di controllo: la richiesta unanime di maggiore attenzione – 2.1 Gli organismi afferenti al sistema delle Nazioni Unite – 2.2 Il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT) – 3. Un decalogo di buone intenzioni: gli strumenti di *soft law* – 3.1 Le Regole Penitenziarie Europee – 3.2 Le “Nelson Mandela *rules*” – 4. Le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: soluzioni difformi a casi simili? – 4.1 Premessa – 4.2 Le vertenze contro lo Stato italiano – 4.3 Il regime dei *dangerous detainees* polacchi: un utile termine di comparazione – 5. Gli scenari futuri

#### 1. Introduzione

È un consesso affollato quello delle fonti sovranazionali suscettibili di incidere, in misura variabile, sul regime differenziato *in peius* di cui ci occupiamo. Giova, dunque, prenderle in

esame, e tracciarne una divisione sulla base dei vincoli che ciascuna è in grado di produrre sull'ordinamento interno.

Prenderemo le mosse dalle osservazioni contenute nei rapporti dei principali organismi internazionali di controllo: ricostruiremo sommariamente l'articolato sistema che discende dal sistema delle Nazioni Unite, per poi accennare all'azione di monitoraggio svolta nei 47 Stati del Consiglio d'Europa dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti (d'ora in avanti: CPT). Ci confronteremo con le "tradizionali" fonti di *soft law*, come le regole penitenziarie europee, sino a concludere la nostra "ascesa" con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo, le quali, come è noto, impegnano gli Stati aderenti alla Convenzione a conformarsi all'esito delle vertenze di cui sono parte<sup>1</sup>. A tali ultime pronunce dedicheremo, pertanto, un più esteso approfondimento.

## **2. I reports delle visite degli organismi internazionali di controllo. La richiesta unanime di maggiore attenzione**

### **2.1 Gli organismi afferenti al sistema delle Nazioni Unite**

L'interprete che volesse confrontarsi con i risultati delle visite e delle raccomandazioni degli organismi ispettivi dipendenti dalle Nazioni Unite si troverebbe innanzi ad un quadro particolarmente complesso, finanche caotico; non tutti, infatti, sono preordinati alla verifica dell'osservanza di uno strumento convenzionale specifico, e le competenze sono sovente confinanti, quando non sovrapposte.

È possibile, tuttavia, tentare un'operazione di unificazione, individuando quale obiettivo comune degli attori che a breve indicheremo la tutela di qualsiasi soggetto da restrizioni immotivate della propria libertà personale, ovvero dall'esecuzione di pene detentive con modalità assimilabili alla tortura, o a trattamenti inumani e degradanti<sup>2</sup>.

Dal Comitato contro la Tortura, composto da dieci esperti indipendenti, incaricati di esaminare l'attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, giungono le osservazioni più recenti. Esse si rinvergono nel documento conclusivo, pubblicato il 18 dicembre 2017, che cumula due rapporti periodici sullo Stato italiano<sup>3</sup>.

Al momento della conclusione dell'attività istruttoria svolta dallo stesso Comitato il numero di detenuti sottoposti allo «*special regime*» era di 721, di cui 8 donne<sup>4</sup>. Si notava, pertanto, un

---

\* Dottorando di ricerca in diritto pubblico ed economia presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria e avvocato del foro di Reggio Calabria.

<sup>1</sup>A mente dell'art. 46, comma 1, della CEDU.

<sup>2</sup> Per la definizione del termine «tortura» si rinvia all'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1984, ed entrata in vigore il 26 giugno 1987. Venne ratificata in Italia con la l. n. 489 del 3 novembre 1988. Per un puntuale approfondimento sul Comitato, si legga C. CARLETTI, *Profili normativi ed operativi della tutela dei diritti umani delle persone private della libertà e della sicurezza personale nel sistema Nazioni Unite*, in *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale ordinamento interno e opinione pubblica*, a cura di R. CADIN e L. MANCA, Editoriale Scientifica, 2016, 22 e ss.

<sup>3</sup>[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/ITA/CO/5-6&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/ITA/CO/5-6&Lang=En).

<sup>4</sup> Tanto puntualizzava il vertice della Direzione generale dei detenuti e del trattamento del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, dinanzi al Comitato contro la Tortura, all'incontro del 15 novembre 2017 [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fSR.158](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fSR.158).

lievissimo calo quantitativo rispetto alle ultime rilevazioni di cui si disponeva al tempo, ossia quelle diffuse dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale il 21 marzo 2017, a mente delle quali il numero di reclusi così ristretti ammontava a 729 persone<sup>5</sup>. Tuttavia, il dato va oggi corretto alla luce dello specifico rapporto sul 41-bis reso noto dal Garante il 5 febbraio 2019<sup>6</sup>. Le persone così ristrette sono 748, di cui 10 donne<sup>7</sup>. Sono state numerose le richieste di chiarimenti alla delegazione italiana: ferma la ritenuta conformità del regime, astrattamente considerato, alla Convenzione, il relatore designato è apparso allarmato dalla diffusa sproporzione rispetto al tipo di reato commesso dal detenuto<sup>8</sup>. Altri tratti di inquietudine derivavano dalla troppo frequente sottoposizione alla sospensione delle regole del trattamento, apparsa aumentata nel periodo preso in esame, oltre che sistematicamente prorogata dopo la prima applicazione<sup>9</sup>. Quanto all'oggetto della sospensione, l'attenzione del relatore è stata attirata dalla scarsa possibilità di partecipare alle attività comuni<sup>10</sup>, oltre che dalle modalità del colloquio con i minori<sup>11</sup>, e da alcune apparentemente immotivate restrizioni degli oggetti "ammessi" nella

---

[5&Lang=en](#). Committee Against Torture, *Summary record of the 1585th meeting*, CAT/C/SR.1585, 2017, 4, par. 17.

<sup>5</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2017*, 2017, 248, grafico n. 9.

<sup>6</sup> Si tratta dell'ultima rilevazione in tal senso disponibile al "pubblico". Al momento della pubblicazione di questo contributo non esistono statistiche più aggiornate.

<sup>7</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'Ordinamento penitenziario (2016 – 2018)*, 2019, 1. Più analiticamente, dal documento si ricava che tra i 748 ristretti 5 sono gli internati in casa di lavoro; inoltre, «del totale delle persone detenute in regime speciale, soltanto 363 hanno una posizione giuridica definitiva (i rimanenti sono in posizione mista o in misura cautelare). Soltanto 4 donne sono in posizione definitiva» (Id.). Tra questi, 51 sono collocati nelle cosiddette "aree riservate": per un approfondimento su queste sottosezioni, si rinvia a C. FIORIO, *L'isola che non c'è: "area riservata" e art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. It.*, 2014, 2862; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016, 192.

<sup>8</sup> Committee Against Torture, *Summary record of the 1582nd meeting*, CAT/C/SR.1582, 2017, 4, par. 22. La preoccupazione è ampiamente condivisa in dottrina: per una panoramica sulle perplessità, cfr. L. CESARIS, sub art. 41-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, CEDAM, 2015, 451. Per una specifica analisi della detenzione per titolo di reato, sebbene ancorata ai dati del periodo 2009-2011, v. invece A. DELLA BELLA, *cit.*, 209.

<sup>9</sup> In A. DELLA BELLA, *cit.*, 198 si offre l'iconica immagine di un regime dal carattere «imbutiforme». Sono altresì numerosi i contributi nazionali critici sui presupposti della sua reiterazione. Di recente, cfr. S. GROSSO, *Novità in materia di proroga: ragionevole prolungamento o sospensione ad libitum?*, in *Cass. pen.*, 2012, 742; su quanto previsto anteriormente alla novella del 2009, vedi invece, *ex multis*, V. GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, 4590; L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2003, 24. Si legga, per un riepilogo, L. CESARIS, sub art. 41-bis, *cit.*, 470.

<sup>10</sup> Rilievo mosso, peraltro, anche dalla dottrina interna. V. in tal senso A. DELLA BELLA, *cit.*, 264.

<sup>11</sup> Committee Against Torture, *Summary record of the 1582nd meeting*, CAT/C/SR.1582, 2017, par. 22, 5. Sebbene l'espressione utilizzata dal relatore sia stata «children», che pare intesa nell'accezione di «figli», è noto che le restrizioni, pur di recente mitigate dall'interpretazione della magistratura di sorveglianza e poi recepite dalla Circolare DAP n. 3676/6126 del 2017, si applicano anche ai nipoti in linea retta. Al compimento del dodicesimo anno di età, entrambe le "categorie" vengono parificate agli adulti e sottoposte alle modalità di colloquio ordinariamente previste dal regime speciale. Per una condivisibile critica ed una motivata proposta di riforma, cfr. G. MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 248. *Contra*, F.

camera detentiva e dalle dimensioni ridotte di questa<sup>12</sup>. Non è sfuggito neppure l'elevato tasso di suicidi, rispetto alla media, dei reclusi in regime di 41-bis<sup>13</sup>. L'elemento di maggiore disaccordo è risultato, tuttavia, la videosorveglianza costante e generalizzata in alcuni istituti<sup>14</sup>. Le questioni di rito su cui è stato richiesto l'intervento della delegazione italiana hanno riguardato, invece, l'esito spesso "infausto" dei reclami proposti avverso l'applicazione o la proroga del regime, solo raramente considerati meritevoli di accoglimento<sup>15</sup>, e la diffusa inottemperanza ai provvedimenti della Magistratura di sorveglianza competente per territorio, pronunciati a seguito dei reclami *ex artt.* 35-bis e 69, co. 6, OP.

A conclusione dell'attività istruttoria, seppur col parziale chiarimento delle perplessità emerse<sup>16</sup>, il Comitato ha mantenuto un giudizio complessivamente critico sul regime detentivo speciale. Ha censurato, particolarmente, i perduranti limiti alla socializzazione con altri reclusi ed ai contatti con l'esterno, in specie con i familiari, e la videosorveglianza permanente<sup>17</sup>. L'Italia è stata all'esito invitata a rivedere il 41-bis, per riportarlo entro i confini degli standard internazionali sui diritti umani, come quelli a cui fanno riferimento le cosiddette "Mandela rules"<sup>18</sup>.

---

PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, 170.

<sup>12</sup> *Ibid.* Si fa riferimento, in particolare, al numero limitato di libri, oltre che di fotografie, soggette a limiti numerici e di dimensioni. Il "dialogo" tra dottrina e giurisprudenza è ben sintetizzato in L. CESARIS, sub *art. 41-bis*, cit., 463. Un commento critico alla recente sentenza della Corte Costituzionale *in subiecta materia*, n. 122 del 2017, si rinviene in S. AMATO, [Un messaggio nella bottiglia \(e un'occasione perduta\)](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8; un'opinione adesiva all'ordinanza di rimessione del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto si trova poi in R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro?*, in *Quest. Giust. online*, 2016.

<sup>13</sup> *Id.*, 7, par. 28. Si riporta, infatti, un numero 3,5 volte più elevato di atti suicidari tra i detenuti nello *special regime* rispetto ai reclusi "comuni".

<sup>14</sup> *Ibid.* Il rilievo è in linea con quello formulato non troppo tempo addietro, tra gli altri, dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, XVII legislatura, nel *Rapporto sul regime detentivo speciale – Indagine conoscitiva sul 41-bis*, 2016, 63.

<sup>15</sup> *Id.*, 4, par. 22. Si fa riferimento, com'è intuibile, al reclamo *ex art. 41-bis*, co. 2-*quinquies* OP, proposto al Tribunale di sorveglianza di Roma.

<sup>16</sup> Per tale intervento esplicativo si suggerisce ancora una volta la lettura dell'audizione del vertice della Direzione generale dei detenuti e del trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Committee Against Torture, *Summary record of the 1585th meeting*, CAT/C/SR.1585, 2017, 4, par. 17. Peraltro, il Comitato ha accolto con particolare favore la sentenza della Corte Costituzionale n. 143 del 2013, nella quale – si ricorderà – è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle restrizioni quantitative ai colloqui difensivi, introdotte con la novella apportata dalla legge n. 94 del 2009.

<sup>17</sup> Committee Against Torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports on Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 2017, 8, par. 34. Sul punto, per il vero, la dottrina interna sembra aver "anticipato" i timori del Comitato, con posizioni quantomeno dubitative sul punto, accolte tanto dalla giurisprudenza di merito, quanto da quella di legittimità. Si vedano, rispettivamente: B. BOCCHINI, *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in *Arch. pen. online*, 2011; A. DELLA BELLA, *cit.*, 349; Mag. di Sorv. Spoleto, ord. 24 febbraio 2015, in proc. n. SIUS 2014/4462, *inedita*; Cass. pen., Sez. I, 30 dicembre 2009 (ud. 24 novembre 2009), n. 49988, *inedita*; Cass. pen., Sez. V, 26 aprile 2011 (ud. 15 marzo 2011), n. 16402, in *Arch. pen. online*, 2011.

<sup>18</sup> *Id.*, par. 35, che si riporta integralmente: «*The State party should review the special detention regime and bring it into line with international human rights standards, such as the Nelson Mandela Rules. Video surveillance in custody facilities should not intrude on the privacy of detainees or violate their right to confidential communication with their lawyer or doctor. The State party should also strengthen and expedite the judicial review of orders imposing or extending that form of detention*».



A conclusioni del tutto sovrapponibili è giunto anche il Comitato per i Diritti Umani, posto a tutela dell'effettività di un altro trattato del medesimo "sistema": il Patto internazionale sui diritti civili e politici (noto con l'acronimo ICCPR, in sostituzione di «*International Covenant on Civil and Political Rights*»)<sup>19</sup>.

In sede di esposizione delle osservazioni conclusive sul sesto rapporto periodico sull'Italia è stato infatti sollecitato un generale "riallineamento" del regime detentivo speciale alle disposizioni del trattato<sup>20</sup>, con particolare attenzione alla proposta di un più efficace controllo giurisdizionale sui provvedimenti applicativi, di proroga e di (eventuale) revoca del regime, nonché di un generale miglioramento delle condizioni di detenzione<sup>21</sup>.

Appare invece più inclemente, sebbene basato sulle medesime premesse dei "predecessori" fin qui esaminati, il prodotto conclusivo dell'opera del Gruppo di Lavoro sulle detenzioni arbitrarie («*Working Group on Arbitrary Detention*»). L'organismo, "sganciato" dai trattati<sup>22</sup>, è preordinato all'indagine su restrizioni arbitrarie della libertà personale, o comunque non in linea con gli *standard* cristallizzati nei principali strumenti convenzionali sui diritti umani<sup>23</sup>. Nel rapporto sullo Stato italiano rinveniamo la condanna del clima politico emergenziale che ha condotto alla novella peggiorativa del regime detentivo speciale, contenuta nella legge n. 94 del 2009<sup>24</sup>.

Vi è traccia, in aggiunta, di una proposta innovativa, che si va ad unire a quelle già avanzate dagli organismi "omologhi": si fa riferimento, infatti, ad un più ravvicinato "riesame" periodico dei presupposti di applicazione del regime, per verificare la corrispondenza delle misure ai principi di necessità e proporzionalità<sup>25</sup>.

## 2.2 Il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT)

Il CPT si iscrive nell'ambito del Consiglio d'Europa, e nasce a seguito di un'apposita convenzione del 1987<sup>26</sup>.

Una recente "interpretazione autentica", che si rinviene in uno scritto ad opera del più noto presidente di questo strumento, ci consente di attribuirgli il ruolo di «organo di controllo di

<sup>19</sup> La fonte è entrata in vigore il 23 marzo 1976. L'Italia lo ha ratificato il 15 settembre 1978, posticipando la vigenza al secondo mese successivo. Per una esaustiva elencazione delle disposizioni del Patto poste a tutela della libertà e della sicurezza dell'individuo, cfr. C. CARLETTI, *cit.*, 14 e ss.

<sup>20</sup> Human Rights Committee, *Concluding observations on the sixth periodic report of Italy*, CCPR/C/ITA/CO/6, 2017, 6, par. 33.

<sup>21</sup> *Ibid.* In particolare, si è richiesta una maggiore facilità di comunicazione tra i reclusi.

<sup>22</sup> Viene infatti definito un vero e proprio «*unicum*» in C. CARLETTI, *cit.*, 44.

<sup>23</sup> *Ibid.* per l'esame delle competenze del "Gruppo".

<sup>24</sup> Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Follow-up mission to Italy*, A/HRC/30/36/Add.3, 2015, 7, par. 21. Sui "legami" tra il regime detentivo *in peius* ed il "clima politico", si leggano S. ARDITA – M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 249, e, più di recente, M. NESTOLA, [L'articolo 41-bis O.P.: fino a che punto il bisogno di sicurezza può legittimare il regime detentivo speciale?](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8, 15.

<sup>25</sup> *Id.*, 8, par. 27.

<sup>26</sup> L'Italia ha ratificato tale strumento con la legge n. 7 del 2 gennaio 1989. Ad essa sono seguiti due protocolli del 1993, ratificati e resi esecutivi dallo Stato italiano con legge n. 467 del 15 dicembre 1998. Cfr. L. MANCA, *La tutela dei diritti umani dei detenuti nella prassi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*, in *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale ordinamento interno e opinione pubblica*, a cura di R. CADIN e L. MANCA, Napoli, 2016, 65 e ss.



natura non giurisdizionale che, nel fare raccomandazioni agli Stati, stabilisce se una situazione riscontrata possa qualificarsi tortura o trattamento inumano o degradante»<sup>27</sup>.

Le attività ispettive del CPT non sono preordinate ad accertare e sanzionare condotte statali, quanto ad un'assistenza "preventiva" degli organismi interni, finalizzata ad evitare successive violazioni dei diritti umani ai danni di qualsiasi soggetto sottoposto a limitazione della libertà personale<sup>28</sup>.

A seguito di tali controlli, nel corso del tempo, il Comitato ha elaborato degli *standard* di trattamento dei detenuti, periodicamente rivisti<sup>29</sup>; inoltre, seppur in un rapporto di netta differenziazione tra le due istituzioni, i *reports* delle visite nazionali vengono sovente richiamati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed utilizzati quale strumento probatorio aggiuntivo nelle vertenze che hanno ad oggetto l'asserita violazione dell'articolo 3 della CEDU<sup>30</sup>.

In questo quadro, il sistema italiano impone costantemente al CPT un bilanciamento arduo: da un lato, l'opportunità di disporre di un regime detentivo in grado di interrompere le relazioni tra il soggetto detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza, mai messo in discussione dall'organismo<sup>31</sup>; dall'altro, la necessità di una puntuale valutazione delle singole misure adottate, della loro congruità rispetto al fine interruttivo e dei loro effetti<sup>32</sup>.

È intuitivo, perciò, che le raccomandazioni del CPT hanno assunto un ruolo tutt'altro che trascurabile nella materia che ci occupa, nel solco di un rapporto, non sempre "pacifico"<sup>33</sup>, con l'Italia, iniziato con la prima visita del 1992. Per il vero, va specificato che alcune meritevoli dichiarazioni d'intenti delle istituzioni interne sembrano direttamente conseguenti o collegate all'operato del Comitato: si ricorda, purtroppo tra le incompiute, il risalente

---

<sup>27</sup> M. PALMA, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato Europeo per la prevenzione della tortura)*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, Ediesse, 2013, 180. Per completezza, si ricordano qui le numerose cariche di Mauro Palma nel CPT: membro per l'Italia dal 2000 al 2011, rieleto per un secondo e terzo mandato, che ha svolto in funzione di presidente (dal 2007 al termine). La dottrina definisce, in aggiunta, il CPT come «lo strumento esecutivo della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti» (così L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, I-II, 309).

<sup>28</sup> Cfr. L. MANCA, *cit.*, 67. Al medesimo testo si può attingere per un'esaustiva esplicazione delle modalità di lavoro del CPT (73 e ss.). Una sintesi si rinviene anche in anche M. PALMA, *cit.*, 180. Peraltro, il riferimento "spaziale" va inteso in senso più ampio possibile, tale da ricomprendere ogni contesto in cui si realizzi una restrizione della libertà personale; così L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT*, *cit.*, 309.

<sup>29</sup> Si tratta delle «Norme del CPT», consultabili all'indirizzo [http://www.coe.int/en/web/cpt/standards\\_IT](http://www.coe.int/en/web/cpt/standards_IT). Cfr. L. MANCA, *cit.*, 67.

<sup>30</sup> *Id.*, 79. Cfr. anche M. PALMA, *cit.*, 180.

<sup>31</sup> Così M. PALMA, *cit.*, 180.

<sup>32</sup> *Id.*, 181.

<sup>33</sup> In L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT*, *cit.*, 309, si riportano alcuni spiacevoli episodi occorsi alla delegazione durante la visita del 2000, culminate con la minaccia di porre in stato di arresto uno dei membri del CPT. Di ciò si trova approfonditamente traccia nel *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13 au 25 février 2000*, CPT/Inf (2003) 16, 2003, 8, par. 7 e 8.

proposito governativo di un 41-bis "attenuato" per i detenuti di "lungo corso"<sup>34</sup>; tra gli atti effettivamente adottati, si può menzionare la circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017<sup>35</sup>. Neppure nell'ultima visita periodica del CPT è mancata l'ormai consueta sortita nelle sezioni di alcuni istituti detentivi dedicate alla custodia degli "speciali" reclusi<sup>36</sup>. Nell'ampia consapevolezza della seria frizione del regime *in peius* con l'art. 27, comma 3, della Costituzione italiana, se applicato per periodi prolungati<sup>37</sup>, e della necessità di sottoporlo ad una "rivisitazione"<sup>38</sup>, le raccomandazioni "particolari" sembrano consolidate<sup>39</sup>: si auspica un maggior numero di attività trattamentali, che occupino il detenuto per almeno quattro ore al giorno, da trascorrere all'esterno della cella; si suggerisce, inoltre, di ampliare il contatto con i familiari.

Proprio su tale ultimo punto si registra la novità più importante, rispetto ai precedenti rapporti del CPT: in aggiunta all'auspicio di un numero maggiore di colloqui<sup>40</sup>, si suggerisce di modificare la previsione legislativa, al fine di renderli "aperti". Restrizioni nella frequenza, nella durata e nelle modalità (con l'utilizzo, ad esempio, del vetro a tutt'altezza) dovrebbero essere applicate solo a seguito di valutazioni specifiche e individualizzate del rischio di frustrazione delle finalità espresse del regime<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Lo riportiamo integralmente, per come formulato all'esito della visita del CPT del 1995: «*Récemment, à la suite de la récente sentence de la Cour Constitutionnelle n. 352/1996, par obtempération à la suggestion de la Cour d'adopter des mesures ayant un contenu dispositif autonome déterminé selon les cas, il a été décidé d'alléger "ab initio" certaines restrictions, et de prévoir d'ultérieurs allègements pour les individus assujettis depuis longtemps au régime spécial et pour lesquels on peut raisonnablement prévoir que l'application prolongée du régime spécial a au moins réduit le pouvoir de l'individu de marquer sur les agissements de l'organisation*» (Rapport interimaire du gouvernement de l'Italie en réponse a la visite effectuée par le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Italie du 22 octobre au 6 novembre 1995, 1997, 7). Della proposta "dimenticata" ne fa memoria anche A. DELLA BELLA, cit., 360.

<sup>35</sup> Di essa il Governo faceva menzione nella risposta, datata 8 settembre 2017, alle osservazioni formulate dal CPT a seguito della penultima visita in Italia. La circolare sarebbe stata pubblicata appena un mese dopo. Esula, tuttavia, da quanto ci è richiesto in questa sede un esame puntuale del merito del provvedimento. Cfr. *Response of the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, CPT/Inf (2017) 24, 2017, 19, par. 53 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, CPT/Inf (2017) 23, 31, par. 46. Si tratta, invero, dell'ultima visita di cui è stato diffuso il report: infatti, ad essa ne è seguita una successiva, specificamente rivolta all'esame delle sezioni detentive speciali e di altre misure di isolamento. Tuttavia, sebbene la "sortita" del CPT risalga al marzo 2019, sino al momento della pubblicazione di questo nostro contributo non ne è stato ancora reso pubblico il documento conclusivo.

<sup>37</sup> *Id.*, 33, par. 52.

<sup>38</sup> *Id.*, 34, par. 53.

<sup>39</sup> *Id.*, 33, par. 52: nelle conclusioni, il CPT richiama i propri reports del 2004, 2008 e 2012. Nella stessa sede, sottolinea che molti dei rilievi precedenti sono stati di recente reiterati dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, XVII legislatura, nel *Rapporto sul regime detentivo speciale – Indagine conoscitiva sul 41-bis*, 2016.

<sup>40</sup> *Ibid.* Il CPT propone di garantire ai detenuti un colloquio a settimana, da "recuperare" se non utilizzato, in aggiunta ad una telefonata mensile, da non considerarsi alternativa al colloquio ora nominato.

<sup>41</sup> *Id.*, 34, par. 53. Solo nel rapporto sulle visite del 2008, in effetti, si trova traccia delle «open visits»: si trattava, però, di una sorta di *obiter dictum*, finalizzato meramente a porre l'attenzione sul rifiuto "sistematico", che allora avveniva, delle richieste di colloqui non protetti. Va ricordato che quel report era stato redatto precedentemente alla novella restrittiva avvenuta con la legge n. 94 del 2009, che ha reso predeterminate le cautele contenute nel

### 3. Un decalogo di buone intenzioni: gli strumenti di *soft law*

#### 3.1 Le Regole Penitenziarie Europee

Risalenti, in una prima stesura, al 1973<sup>42</sup>, con un aggiornamento "intermedio" nel 1987, le Regole Penitenziarie Europee nella loro più recente formulazione vengono licenziate nel 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sotto la spinta della necessità di uniformare il trattamento penitenziario, in un consesso nel frattempo passato da 23 a 47 Stati componenti. I due "pilastri" fondanti possono essere individuati nel principio di conservazione della titolarità dei diritti, anche in capo ai sottoposti a restrizioni della libertà personale<sup>43</sup>, in aggiunta alla necessità di avvicinare la vita carceraria, il più possibile, agli aspetti positivi dell'esistenza "libera"<sup>44</sup>.

La regola n. 53, rubricata «misure speciali di alta sicurezza o di protezione», è la prima tra quelle suscettibili di trovare applicazione anche al 41-*bis*. Nasce in risposta alla riscontrata capillare diffusione di regimi di alta sicurezza nei Paesi del Consiglio d'Europa<sup>45</sup>. Il ricorso a tali misure si immagina autorizzato soltanto in circostanze eccezionali, e sempre che l'Amministrazione penitenziaria non possa utilizzare i mezzi "ordinari" per raggiungere i medesimi fini<sup>46</sup>.

Tra i punti di frizione tra la disciplina interna e la fonte di *soft law* in esame vi è la predeterminazione *ex lege* dell'oggetto della sospensione contenuta nella prima. Si tratta di un elemento difficile da coniugare con la necessaria congruità e proporzionalità con la «reale minaccia» rappresentata dal singolo detenuto<sup>47</sup>.

Probabilmente memori delle pressanti indicazioni del CPT in tal senso, le Regole Penitenziarie Europee insistono particolarmente sulla durata della sottoposizione alle misure speciali di alta sicurezza, che deve avvenire per un periodo determinato<sup>48</sup>. Il commento alla regola lo restringe a quello «più breve possibile», in aderenza ad un ulteriore richiamo compiuto nella stessa sede

---

decreto ministeriale di sottoposizione al 41-*bis*: al tempo, infatti, la sospensione delle regole di trattamento avrebbe potuto prevedere anche limitazioni di tal fatta, lasciando però la scelta discrezionale in capo al Ministro della Giustizia.

<sup>42</sup> Le Regole penitenziarie europee erano ispirate, secondo taluni, alle prime Regole Minime per il Trattamento dei Detenuti adottate dal Consiglio Generale delle Nazioni Unite nel 1955. Così G. CAPOCCIA, in *Allegato alla raccomandazione r(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006*, 7.

<sup>43</sup> Cfr. Regole Penitenziarie Europee, regola n. 2.

<sup>44</sup> *Id.*, regola n. 5. Tanto si afferma in A. DELLA BELLA, *cit.*, 312.

<sup>45</sup> Cfr. Commento alla regola n. 53.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.* In tal senso, un modello più simile al regime individualizzato dell'art. 14-*bis* OP (così come definito in L. CESARIS, sub art. 14-*bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, CEDAM, 2015, 164, ove se ne precisa ulteriormente la natura nel senso di una «forma di trattamento individualizzato, ritagliato sulle carenze del soggetto e calibrato sulla sua pericolosità») ci sembra auspicabile. Rispetto ad esso, sebbene nella vigenza di una diversa formulazione dell'art. 41-*bis* OP, la giurisprudenza Costituzionale affermava la larga coincidenza e la «notevole identità di presupposti» nella sentenza del 23 novembre 1993 (ud. 5 novembre 1993), n. 410. Sul rapporto tra i due regimi, R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41 bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?* in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2012 (in particolare, par. 4.2).

<sup>48</sup> V. nota n. 38.

alla raccomandazione del Comitato dei Ministri (82)17 («*Custody and treatment of dangerous prisoners*»)<sup>49</sup>.

Infine, è riconosciuto ad ogni detenuto sottoposto a tali restrizioni il diritto di reclamo, da leggere in "combinato disposto" con il dovere dell'«autorità competente» di sottoporre ad un nuovo vaglio i presupposti della permanenza nel regime, in caso di proroga<sup>50</sup>. Per il vero, il sistema di gravame disegnato dal diritto interno pare più attento ai diritti, se accostato a quello a cui fanno riferimento le Regole Penitenziarie Europee: la regola n. 70, a cui quella in esame rinvia espressamente, si "accontenta", infatti, dell'«opportunità di presentare richieste o reclami al direttore dell'istituto o ad ogni altra autorità competente». I commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* OP tentano invece di "porre rimedio", con la "giurisdizionalizzazione" del reclamo, all'esclusiva competenza ministeriale nella fase di applicazione o proroga del regime.

Gli interrogativi maggiori riguardano il ruolo nell'ordinamento interno delle regole penitenziarie europee. Il richiamo nei rapporti degli organi di ispezione e tutela dei diritti dei detenuti è costante<sup>51</sup>.

Ad esso fa da contraltare una difformità di vedute tra la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità. Se, infatti, il giudice delle leggi faceva menzione proprio della fonte in parola per riaffermare ed espandere le garanzie difensive del detenuto<sup>52</sup>, di opposto avviso si è dimostrata, anche posteriormente alla presa di posizione della Corte Costituzionale, la Suprema Corte. L'orientamento di quest'ultima è stato, sinora, quello di considerare la produzione europea del settore del tutto priva di valore cogente, ed anzi, ben suscettibile di «sopportare eccezioni», anche a causa di mere «difficoltà strutturali od organizzative»<sup>53</sup>. Solo di recente si cominciano a scorgere pronunce di segno differente, tese, fermo rimanendo il loro

<sup>49</sup> In essa si auspica che la sottoposizione a regimi di tal fatta sia oggetto di regolare revisione, e l'obiettivo è cristallino: «*do not exceed what is required*» (Cfr. Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. (82)17, 2005, punto n. 8). Un ulteriore rinvio viene compiuto alla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. (2003)23, sulla gestione dei detenuti a pene detentive di lunga durata e all'ergastolo («*Management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners*»).

<sup>50</sup> Cfr. Regola n. 53, co. 4.

<sup>51</sup> Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Norme e normalità – Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti*, 2018. Il documento, che contiene anche le raccomandazioni formulate tra il 2016 – 2017 a seguito delle visite nelle sezioni detentive speciali, attinge frequentemente dalle Regole Penitenziarie Europee. In particolare, a 51 si richiama la regola n. 60, comma 1, in tema di stretta legalità delle sanzioni disciplinari, per invocare la chiusura definitiva delle cd. "aree riservate"; a 53 si fa cenno alla regola n. 18, comma 2, per sollecitare l'Amministrazione penitenziaria su una maggiore salubrità degli ambienti detentivi; a 55 si rinvia, in conclusione, alla regola n. 54, comma 4, nell'auspicio che le modalità di perquisizione dei reclusi non coincidano mai con trattamenti umilianti e privi di fondamento.

<sup>52</sup> Si legga Corte Cost., 20 giugno 2013 (ud. 17 giugno 2013), n. 143, in *Giur. Cost.*, 2013, 2164, con note di M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, e M. FIORENTIN, *Regime speciale del «41-bis» e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*. Ivi si ricordava che «il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R(2006)2 del Consiglio d'Europa sulle "Regole penitenziarie europee"». Seguiva la citazione delle regole n. 23 e 98.

<sup>53</sup> V., da ultimo, anche con riferimento alle Regole minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti, Cass. pen., sez. I, 4 maggio 2017 (ud. 21 ottobre 2016), n. 21309. La sentenza conferma quanto già precedentemente espresso in Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2011 (ud. 25 febbraio 2011), n. 20142, ed in Cass. pen., sez. I, 1° giugno 2011 (ud. 25 febbraio 2011), n. 22072.

valore non vincolante, ad includere le regole nei parametri di interpretazione sistematica<sup>54</sup>; si tratta, forse, di un'attesa "crepa" nella precedente unanimità.

### 3.2 Le "Nelson Mandela rules"

Di maggiore attualità, rispetto alle "gemelle" del Consiglio d'Europa, sono invece gli Standard minimi per il trattamento penitenziario dei detenuti («*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*»), approvate all'unanimità dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 17 dicembre 2015<sup>55</sup>. Dopo un'istruttoria durata quattro anni, il documento ha sostituito le ormai vetuste regole del 1955, nate all'indomani del secondo conflitto mondiale, in un clima di generale auspicio verso la più ampia tutela dei diritti umani<sup>56</sup>. Come le precedenti, le "Mandela rules" non descrivono nel dettaglio un modello di istituzione penitenziaria; raccolgono e sintetizzano, invece, buone prassi, su cui vi è un generale consenso<sup>57</sup>.

L'accoglienza riservata alle nuove regole è stata piuttosto critica, in prima battuta. Eppure, le «*words with no teeth*» hanno persino trovato spazio nella legislazione di alcuni Stati<sup>58</sup>, per poi imporsi, secondo taluni, all'attenzione degli interpreti europei, ponendosi ad un livello più avanzato di tutela nelle aree oggetto di innovazione<sup>59</sup>. In aggiunta, si è notata una maggiore propensione alla creazione e alla salvaguardia dei diritti nelle "Mandela rules", mentre le Regole penitenziarie europee costituiscono, in buona parte, un "vademecum" per la buona gestione amministrativa dell'istituto di detenzione<sup>60</sup>.

Già nelle disposizioni di applicazione generale, dirette a tutti i detenuti, si rinvengono dei principi suscettibili di trovare applicazione nei confronti dei reclusi al "carcere duro" italiano. Esse si aprono, infatti, con una duplice enunciazione: per un verso, il divieto di sottoporre qualsiasi detenuto a tortura; di contro, a vantaggio dei ristretti, il diritto di essere protetti da tortura e da qualsiasi altro trattamento o da sanzioni crudeli, inumani o degradanti<sup>61</sup>. Non sono ammesse eccezioni, neppure se indotte da circostanze straordinarie<sup>62</sup>. Inoltre, se le regole

<sup>54</sup> In tal senso, Cass. pen., sez. I, 24 marzo 2017 (ud. 30 gennaio 2017), n. 14670. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 16914, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 5, con nota di V. MANCA, [Diritto di difesa del detenuto e illegittimità della sanzione disciplinare irrogata](#). Nell'ultima decisione in parola viene ancora una volta in rilievo il diritto di difesa del detenuto, in riferimento alla regola n. 59; l'orientamento, che sembra stabile, viene ribadito finanche in Cass. pen., sez. I, 23 luglio 2019 (ud. 18 aprile 2019), n. 33147. Per una sorta di "ricognizione di sistema" delle fonti sovranazionali rilevanti per l'esecuzione penale, cfr. Cass. pen., sez. V, 10 luglio 2019 (ud. 4 marzo 2019), n. 30469 e Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2019 (ud. 9 gennaio 2019), n. 11597.

<sup>55</sup> Ne dava notizia, in "controtendenza" rispetto al timido interesse della dottrina interna, V. MANCA, [L'ONU adotta le Mandela Rules: standard minimi di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 19 luglio 2015.

<sup>56</sup> Ne ricostruisce l'iter di approvazione J. PEIRCE, *Making the Mandela Rules: Evidence, Expertise, and Politics in the Development of Soft Law International Prison Standards*, in *Queen's Law Journal*, 2018, 43, 2, 270.

<sup>57</sup> Cfr. Mandela rules, *Preliminary observation* 1.

<sup>58</sup> J. PEIRCE, *cit.*, 264. Lo stesso autore, nella pagina successiva, segnala che l'Argentina e la Thailandia, tra gli altri, hanno posto le regole a base di un concreto dibattito che ha condotto all'aggiornamento, conformemente ad esse, del proprio ordinamento penitenziario.

<sup>59</sup> Cfr. A. HUBER, *The relevance of the Mandela Rules in Europe*, in *Era forum*, 2016, 17, 3, 300.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Cfr. Mandela rules, *Preliminary observation* 3, comma 1. Una traccia di questa regola sembra evidente nell'art. 1, comma 3 OP, per come novellato dal d. lgs. n. 123 del 2018, che ribadisce il più ampio divieto di violenze fisiche e morali nei confronti di ogni persona privata della libertà personale.

<sup>62</sup> Mandela rules, regola n. 1.



europee si limitano ad invocare restrizioni conformi al principio del minor sacrificio necessario, e comunque proporzionali agli obiettivi legittimi che le impongono<sup>63</sup>, le "Mandela rules" sembrano più coraggiosamente ispirarsi ad un convincimento già espresso dalla Corte costituzionale italiana<sup>64</sup>: in esse si ricorda il carattere afflittivo, di per sé, della pena, che deriva dalla privazione della libertà personale e della capacità di autodeterminarsi. Per questa ragione, la detenzione non dovrebbe consistere in un trattamento che ne aumenti la sofferenza intrinseca, se non per motivi ragionevoli o per il mantenimento dell'ordine interno della struttura<sup>65</sup>.

È ancora una volta il *solitary confinement* a costituire uno dei punti di maggiore criticità del regime italiano, se confrontato con la fonte presa in esame. Le "Mandela rules" possono infatti essere identificate come la prima "guida" internazionale per la corretta gestione di tale prassi; a differenza delle Regole penitenziarie europee, inoltre, forniscono una definizione espressa dell'isolamento<sup>66</sup>: la "segregazione" per almeno 22 ore al giorno, in assenza di contatti umani significativi. Viene in rilievo anche l'isolamento cd. "prolungato", al quale si giunge se il "distacco" permane per più di 15 giorni consecutivi<sup>67</sup>. Diventa dirimente, pertanto, identificare la "soglia" oltre la quale un contatto umano diviene «significativo»: si è scritto, al riguardo, che gli effetti positivi sulla salute mentale si rinvengono solo con un contatto diretto, non "casuale" o incidentale, o limitato alla *routine* dell'istituto detentivo<sup>68</sup>.

Nelle *rules* è prevista la più stringente limitazione di tale trattamento di rigore: ad esso può farsi ricorso solo in casi eccezionali, come *extrema ratio*, e per il periodo meno esteso possibile, al termine del quale i presupposti della decisione vanno nuovamente verificati da un organismo indipendente<sup>69</sup>. Particolare attenzione si rivolge ai reclusi con disabilità fisiche o mentali, che vanno preservati da siffatte restrizioni, se suscettibili di aggravarne la condizione<sup>70</sup>. Ulteriore garanzia è il bando dell'isolamento prolungato, per com'è stato precedentemente definito, e ancor più dell'isolamento di durata indefinita<sup>71</sup>.

Non sfugge, pertanto, l'attrito tra i divieti così "suggeriti" dalle "Mandela rules" e la sospensione delle regole del trattamento imposta dai decreti ministeriali di applicazione o proroga del 41-bis, rispettivamente per 4 o (ulteriori) 2 anni; periodi, questi, già oltre il limite del «*prolonged solitary confinement*», con l'elevata possibilità di trasformare la detenzione,

---

<sup>63</sup> Cfr. Regole penitenziarie europee, regola n. 3. Ad essa fa riferimento il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nel proprio *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale*, cit., 15, nell'auspicio dell'adeguamento dei luoghi di vita dei reclusi a modalità dalle quali non derivi una ricaduta sulle loro capacità psico-fisiche, «giacché altrimenti la pena detentiva rischierebbe di assumere la connotazione di "pena corporale", ovviamente espunta dal nostro come da tutti gli ordinamenti democratici.»

<sup>64</sup> Tra tutte, possono citarsi, ad esempio, Corte cost., 11 febbraio 1999 (ud. 8 febbraio 1999), n. 26, in *Giur. Cost.*, 1999, 176, con nota di M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; Corte cost., 28 luglio 1993 (ud. 24 giugno 1993), n. 349, in *Cass. Pen.*, 1994, 2855, con nota di S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*.

<sup>65</sup> Mandela rules, regola n. 3.

<sup>66</sup> Così A. HUBER, *cit.*, 306.

<sup>67</sup> Mandela rules, regola n. 44.

<sup>68</sup> Si legga, in tal senso, A. HUBER, *cit.*, 307.

<sup>69</sup> Mandela rules, regola n. 45, comma 1.

<sup>70</sup> *Id.*, comma 2.

<sup>71</sup> *Id.*, regola n. 43, comma 1. Lo ricorda anche A. HUBER, *cit.*, 307.



quantomeno di fatto, in un «*indefinite solitary confinement*», per l'assenza di una "soglia temporale massima" di sottoposizione al regime detentivo *in peius*.

Alcuni casi recenti ci impongono, infine, un breve passaggio sulla tutela della salute del detenuto, delineata dalle "Mandela rules"<sup>72</sup>. A tacere di alcune "innovazioni" già raggiunte nell'ordinamento interno, e peraltro comuni alle regole europee, come l'integrazione della sanità penitenziaria nel sistema sanitario nazionale<sup>73</sup>, la fonte delle Nazioni Unite è invece espressa nel porre in capo allo Stato l'obbligo di provvedere alle esigenze sanitarie dei detenuti<sup>74</sup>. Viene fissato, in aggiunta, un vero e proprio principio di continuità di tale assistenza, che non deve essere difforme da quella assicurata nella vita "libera"<sup>75</sup>. La regola 34 completa il quadro, disponendo l'obbligo per il medico che riscontrasse segni di tortura o trattamenti inumani e degradanti su un recluso di darne immediata comunicazione alle autorità competenti<sup>76</sup>.

Residua, in conclusione, solo qualche dubbio sull'inquadramento delle "Mandela rules" nel sistema interno delle fonti, per il quale valgono le perplessità già espresse per le omologhe del Consiglio d'Europa<sup>77</sup>. Il decorso del tempo ci aiuterà, forse, a registrare l'orientamento degli organi amministrativi e giurisdizionali interni, riducendo le incertezze.

---

<sup>72</sup> L'intuitivo riferimento è a Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2017 (ud. 22 marzo 2017), n. 27766, in *ilpenalista.it*, 14 giugno 2017, con nota di L. FILIPPI, *Anche Totò Riina ha diritto ad una "morte dignitosa"*. Sulla sanità in carcere, per come delineata dalle *rules*, non ci si può soffermare, in questa sede, per un esame nel merito. Cfr., tuttavia, per un approfondimento maggiore, A. HUBER, *cit.*, 303.

<sup>73</sup> Sulla novella ultimata con i decreti legislativi nn. 121, 123 e 124 del 2018, F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 13 e ss. Lo scenario precedente è efficacemente immortalato in M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. RUOTOLO – S. TALINI, Editoriale Scientifica, 2017, 165 e ss.

<sup>74</sup> Mandela rules, regola n. 24, comma 1.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Come pur segnalato nella nota n. 61 in relazione ad altra disposizione, anche stavolta l'influenza delle Mandela rules sulla riforma all'OP apprestata dal d. lgs. n. 123 del 2018 è di immediata percezione: si consulti, in tal senso, l'art. 11, comma 7 OP, nella misura in cui impone al medico che compie la visita di primo ingresso in istituto di annotare immediatamente nella cartella clinica eventuali segni di violenze e di maltrattamenti. Fermo l'obbligo di referto, alla constatazione deve seguire anche la comunicazione al direttore della struttura detentiva e al magistrato di sorveglianza.

<sup>77</sup> Anche gli standard che hanno preceduto le "Mandela rules", di cui abbiamo fatto menzione in apertura del paragrafo, sono stati "parificati", quanto all'assente forza cogente, alle Regole penitenziarie europee. Si rinvia, pertanto, alla giurisprudenza della Suprema Corte indicata nelle note n. 53 e 54. Pure le regole delle Nazioni Unite sono state richiamate dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale nella raccolta delle proprie raccomandazioni, *Norme e normalità*, *cit.*; a pag. 52, infatti, a margine del rapporto relativo alle condizioni di detenzione in regime *ex art. 41-bis OP*, si rinvia alla regola n. 3, che qui riportiamo integralmente, poiché contiene principi già espressi dalla giurisprudenza costituzionale sin qui stratificatasi: «*Imprisonment and other measures that result in cutting off persons from the outside world are afflictive by the very fact of taking from these persons the right of self-determination by depriving them of their liberty. Therefore the prison system shall not, except as incidental to justifiable separation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in such a situation*».

## 4. Le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: soluzioni difformi a casi simili?

### 4.1 Premessa

È un'assenza ingombrante, nella CEDU, quella di disposizioni espressamente dedicate ai diritti dei sottoposti all'esecuzione di una pena detentiva<sup>78</sup>. Non è sufficiente, in tal senso, la garanzia del "diritto al riesame" a favore di chi subisce misure cautelari o precautelari, che si rinviene nell'art. 5; né basta, sebbene si tratti di un principio fondamentale, il divieto, enunciato nell'art. 3, di sottoporre taluno a «pene» o trattamenti inumani e degradanti.

L'ampliamento dei soggetti destinatari della tutela delineata dalla Convenzione è tuttavia avvenuto, nel tempo, per via "pretoria". Si è così passati dalle pronunce di inammissibilità dei ricorsi dei reclusi, "scartati" perché le intrusioni nei propri diritti venivano ritenute «*inherent features*» della detenzione<sup>79</sup>, al principio scolpito nella decisione *Campbell and Fell c. Regno Unito*: «*justice cannot stop at the prison gate*»<sup>80</sup>. Ne è seguita, successivamente, l'estensione del generale obbligo per gli Stati di svolgere la propria azione nel rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU anche alle materie da essa non espressamente tutelate<sup>81</sup>.

Quanto al piano strettamente procedurale, occorre tenere conto della sussidiarietà dell'intervento della Corte, rispetto a quello degli organi giudiziari interni. Ad essi è demandato, in prima battuta, il dovere di garantire il rispetto dei diritti (anche) convenzionali e di sanzionarne la violazione; sulle loro decisioni, "consumati" i ricorsi interni<sup>82</sup>, si appunta il controllo dei giudici di Strasburgo<sup>83</sup>.

### 4.2 Le vertenze contro lo Stato italiano

Oltre all'intuitivo parametro dell'art. 3 della Convenzione, le lesioni più spesso denunciate dai ricorrenti italiani nei propri ricorsi hanno riguardato i beni giuridici tutelati dagli artt. 8, 6 e 13 della CEDU<sup>84</sup>.

Nonostante l'ampio margine di "creatività" in capo ai giudici, che discende da disposizioni pattizie dotate di una certa genericità<sup>85</sup>, ed un giudizio che sconta i limiti di un modello di *case*

<sup>78</sup> Cfr., *ex multis*, E. NICOSIA, *CEDU e OP nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 749; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene, 2015, 162; A. DELLA BELLA, *cit.*, 314; A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rass. Penit. Crimin.*, 2012, 3, 153. Sul precipitato interno delle sentenze della Corte, quanto ai rimedi procedurali, si legga P. CORVI, *Detenzione e dignità della persona. Il punto di non ritorno: il dictum «Torreggiani»*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. GAITO e D. CHINNICI, CEDAM, 2016, 390.

<sup>79</sup> Cfr. A. MARTUFI, *cit.*, 163.

<sup>80</sup> Corte Edu, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ricc. 7819/77 e 7878/77, par. 69. Invero, sebbene utilizzando un'espressione più "iconica" la sentenza che qui si richiama rinvia ai principi espressi in Corte Edu, 21 giugno 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70.

<sup>81</sup> Cfr. A. MARTUFI, *cit.*, 155. Tanto si fa risalire alla sentenza Corte Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88.

<sup>82</sup> Per un breve spunto sul probabile avvenuto "superamento" della condizione del previo esaurimento dei rimedi interni, operato dalla sentenza Corte Edu, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, si legga GAITO, A. – CHINNICI, D., *Comandamenti europei e resistenze interne*, in *Regole europee e processo penale*, *cit.*, 6.

<sup>83</sup> Cfr. A. ESPOSITO, *cit.*, 154 e ss.; Id., *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 227 e ss.

<sup>84</sup> Rispettivamente, in tema di tutela della vita privata e familiare, diritto ad un processo equo e diritto ad un ricorso effettivo. Gli ultimi due vanno letti, spesso, congiuntamente.

<sup>85</sup> Cfr. A. MARTUFI, *cit.*, 152.

– *law*, sulla violazione sostanziale dell'art. 3 il consenso di Strasburgo è sempre apparso irremovibile, sin dal *leading case* *Natoli c. Italia*<sup>86</sup>. Al riscontro di alcune fallacie procedurali nelle indagini su alcuni asseriti casi di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri non è infatti seguita, in alcuna occasione, la condanna dello Stato per questioni sostanziali.

Di segno opposto, ma altrettanto ferma, è la reiterata dichiarazione di intangibilità del divieto di tortura, indipendentemente dal titolo di reato per il quale il ricorrente fosse sottoposto all'esecuzione penitenziaria. Esso, da inscrivere tra i «*most fundamental values of democratic societies*» non può essere sacrificato neppure nelle circostanze più drammatiche, come il contrasto alle associazioni criminali organizzate o al terrorismo<sup>87</sup>.

Con un giudizio meno penetrante delle numerose interpretative di rigetto del giudice delle leggi italiano, la Corte di Strasburgo ha enucleato i limiti entro i quali deve muoversi l'operato delle istituzioni carcerarie. Il lento lavoro di cesellatura ci consegna un orientamento giurisprudenziale poco meno che monolitico<sup>88</sup>.

A sostegno della violazione dell'art. 3, i ricorrenti hanno spesso portato all'attenzione della Corte alcune pratiche ritenute comuni nelle sezioni detentive speciali: le invasive perquisizioni corporali a seguito dei colloqui con il proprio legale e con i familiari, anche in assenza di qualsiasi contatto; l'indefinita permanenza nelle note "aree riservate"<sup>89</sup>; la lunghezza, anch'essa con termine potenzialmente ignoto, della sottoposizione al regime detentivo speciale.

Preliminarmente, i giudici di Strasburgo prendono sempre in esame la lesività in concreto delle condotte denunciate. Si è infatti ribadita, utilizzando un principio espresso nella pur risalente, ma "rivoluzionaria" sentenza *Irlanda c. Regno Unito*<sup>90</sup>, la "mobilità" della "soglia" di tortura. Ed infatti, i maltrattamenti devono raggiungere un determinato livello di gravità per ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 3; tale livello è, «*in the nature of things, relative*». Per stabilirlo è stato determinato un "decalogo" di indici imprescindibili: la durata del trattamento e le conseguenze fisiche o psicologiche sul detenuto. In alcuni casi, a questi si affianca un elenco di parametri che pare "aperto", e che comprende lo stato di salute, il sesso, l'età del ricorrente e quanto necessario per raggiungere il convincimento del consenso<sup>91</sup>.

In materia detentiva, la soglia è stata ulteriormente "innalzata": anche da ultimo, peraltro nel giudizio instaurato da un detenuto italiano in regime di *41-bis*, la Corte ha ribadito che una condotta viene attratta nell'alveo della violazione dell'art. 3 solo se supera «la sofferenza o l'umiliazione [...] che comporta inevitabilmente una certa forma di trattamento o di pena

<sup>86</sup> Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, 20 ottobre 1998, *Natoli c. Italia*, ric. n. 26161/95.

<sup>87</sup> Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95, par. 119.

<sup>88</sup> Alle "eccezioni" daremo spazio nel paragrafo conclusivo.

<sup>89</sup> Su tale regime, che certa stampa ha definito «super 41 bis», si rinvia, *ex multis*, a C. FIORIO, *L'isola che non c'è*, cit., 2862; A. DELLA BELLA, cit., 192.

<sup>90</sup> Corte Edu, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71.

<sup>91</sup> Dalla sentenza appena citata, infatti, al par. 162, che qui richiamiamo integralmente nella parte rilevante, si ricava la natura non esaustiva dei parametri dell'età, dello stato di salute e del sesso («*The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.*»).

legittimi»<sup>92</sup>, richiamandosi a numerose, “trasversali” decisioni precedenti<sup>93</sup>. A ciò si cumula un perdurante *self-restraint* dei giudici di Strasburgo, i quali, pur consci, in linea generale, che l’applicazione prolungata di alcune restrizioni è suscettibile di “sconfinare” in un trattamento inumano e degradante, ritengono di non poter «indicare una durata precisa a partire dalla quale questo livello minimo è raggiunto»<sup>94</sup>.

La dottrina ha individuato due argomenti sovente utilizzati dalla Corte per evitare censure sostanziali al regime speciale italiano: i giudici non valutano come totali le condizioni di isolamento sensoriale dei reclusi, ed inoltre pongono l’accento sulle istanze di difesa sociale che scaturiscono dai gravi fenomeni criminosi<sup>95</sup>, e legittimano l’applicazione di talune restrizioni<sup>96</sup>.

L’isolamento determinato dal 41-*bis* è stato utilizzato, sebbene in giudizi nei confronti di altri Stati, come esempio di particolare rigore<sup>97</sup>. Si tratterebbe, tuttavia, secondo Strasburgo, di un mero isolamento relativo<sup>98</sup>, reso tale dalla perdurante possibilità di intrattenere colloqui con i familiari – anche se radi, ed ulteriormente “dilazionati” per alcune circostanze di fatto<sup>99</sup> – e di svolgere attività comuni con i detenuti del proprio gruppo di socialità<sup>100</sup>.

Neppure la collocazione nelle cd. “aree riservate” ha destato l’interesse della Corte<sup>101</sup>. La scelta dell’amministrazione in tal senso si ritiene conforme alla Convenzione, purché essa «non comporti alcuna ulteriore restrizione rispetto al regime del 41-*bis*, fatta salva l’interdizione di entrare in contatto con i detenuti degli altri settori del carcere»<sup>102</sup>.

<sup>92</sup> Corte Edu, 24 settembre 2015, Paoletto c. Italia, ric. n. 37648/02, par. 25. Per una sintesi di tale giudizio, V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016.

<sup>93</sup> Corte Edu, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, ric. n. 54810/00; Corte Edu, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. n. 74912/01; Corte Edu, 17 aprile 2012, *Piechowicz c. Polonia*, ric. n. 20071/07; Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08.

<sup>94</sup> Cfr., da ultimo, Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paoletto c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 27.

<sup>95</sup> Sui destinatari del regime si rinvia a L. CESARIS, sub art. 41-*bis*, cit., 470.

<sup>96</sup> Cfr. G. LA GRECA, *Diritti dell’uomo e regime dell’art. 41 «bis» ord. penit.*, in *Foro It.*, 1998, 4, 321; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, 2002, 223; A. DELLA BELLA, cit., 327; A. MARTUFI, cit., 177.

<sup>97</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez c. Francia*, ric. n. 59450/00, par. 132.

<sup>98</sup> Corte Edu, 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia*, ric. n. 15625/04, par. 29. Altri casi sono citati in A. MARTUFI, cit., 175.

<sup>99</sup> Si fa riferimento, in particolare, al principio di territorialità della pena, che viene meno per tale categoria di detenuti, a mente del disposto dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater* OP, in materia di collocazione in aree insulari o sezioni speciali di alcuni istituti attrezzati ad “ospitarli”. Tale argomento è stato sostenuto da ultimo, infruttuosamente, dal ricorrente, in Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paoletto c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 37.

<sup>100</sup> A. DELLA BELLA, cit., 325.

<sup>101</sup> V. nota n. 7 per la definizione di tali sezioni.

<sup>102</sup> Cfr. Corte Edu, 15 gennaio 2008, *Bagarella c. Italia*, ric. n. 15625/04, par. 33; v. anche, *ex multis*, Corte Edu, 13 novembre 2007, *Attanasio c. Italia*, ric. n. 15619/04, par. 55. In entrambe tali decisioni, la Corte riteneva conforme la decisione dell’Amministrazione penitenziaria, che si appuntava sugli artt. 13 e 14 OP: i principi espressi in questi articoli, rubricati rispettivamente «Individualizzazione del trattamento» e «Assegnazione, raggruppamento e categorie dei detenuti e degli internati», vennero al tempo declinati, per il 41-*bis*, dalla circolare DAP n. 3470/5920 del 20 febbraio 1998. Nell’atto, per il vero, l’unico, scivoloso addentellato sul quale sembra poggiare la destinazione all’area riservata è l’indicazione sulla composizione dei gruppi per la permanenza all’aperto di cui all’art. 10 OP, da costituire, «in casi particolari, quanto meno da due persone, nei limiti della compatibilità fra soggetti» (corsivo nostro). La prassi ha ritenuto di poter far discendere l’allocazione in area riservata dall’art. 32, comma 1 del d.P.R. n. 230 del 2000, attraverso un’interpretazione eccessivamente estensiva della disposizione (che ha suscitato vibranti critiche dottrinali, per le quali si rinvia a C. FIORIO, *L’isola*

Anche in punto di onere probatorio, le violazioni dell'art. 3 della CEDU potenzialmente conseguenti dall'applicazione del regime speciale devono superare il vaglio di criteri peculiari. Le affermazioni di *ill – treatments* subiti da reclusi non godono infatti di *standard* decisori attenuati: anch'esse, infatti, devono essere supportate da elementi idonei a valicare la soglia del ragionevole dubbio. La prova può essere raggiunta tutt'al più «*from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact*»<sup>103</sup>. L'enunciazione di tali controversi principi è stata preceduta da un processo deliberativo "animato": ben otto dei diciassette giudici componenti il collegio hanno espresso, al tempo, con "gradazioni" diverse, la propria *dissenting opinion*<sup>104</sup>. La particolare condizione dei ricorrenti, cui abbiamo poc'anzi fatto cenno, che certo non rende ad essi più semplice "collezionare" gli elementi di prova da allegare, non ha reso più elastico, neppure nei casi più recenti, uno *standard* ormai consolidato<sup>105</sup>.

Le pronunce sinora segnalate sembrano essere contraddistinte da una motivazione stereotipata, se non apparente, della Corte, fondata su accertamenti in concreto poco rigorosi. La già segnalata impossibilità di delineare una "soglia temporale" di sottoposizione al regime, oltre la quale sussisterebbe la violazione dell'art. 3, conduce i giudici di Strasburgo, in un numero di casi vicino alla totalità, ad appiattirsi sulle valutazioni compiute dall'organo amministrativo italiano, poi vagliate dalla Magistratura di sorveglianza. Ci si trova dinanzi, così, ad uno sbrigativo rinvio *per relationem*, che svuota di significato il ricorso al sindacato della Corte. In alcuni recenti contributi, certa dottrina interna sembra aver colto "segnali" di un prossimo *overruling* del collegio di Strasburgo: taluni, per la dimostrata "intolleranza" ai regimi di rigore di altri Stati, che rende difficile proseguire nella "giustificazione" della compatibilità di quello italiano con l'art. 3 della Convenzione<sup>106</sup>; altri, per il crescente ruolo dei rapporti del CPT nel compendio probatorio della Corte, sempre critici nei confronti dell'Italia<sup>107</sup>, e per l'estensione dei periodi di prima applicazione e proroga del regime operati dalla legge n. 94

---

*che non c'è, cit.*, 2862). Di recente, si segnala la risposta del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria al rapporto sul regime detentivo speciale pubblicato nel febbraio 2019 dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale: in quella sede, al par. A.2, tale scelta di collocazione viene ancorata direttamente al disposto dell'art. 41-bis, co. 2-*quater*, OP, nella misura in cui prevede l'allocazione delle persone così ristrette in «sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto», nonché l'adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità». L'approdo ci sembra ancor meno condivisibile di quelli precedenti, e tuttavia l'economia del contributo non ci consente approfondimenti in questa sede.

<sup>103</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95, par. 121.

<sup>104</sup> Riportiamo integralmente un estratto di quella più "robusta": «*While we agree with the majority that the material produced by the applicant constitutes only prima facie evidence, we are nonetheless mindful of the difficulties which a prisoner who has suffered ill-treatment on the part of those responsible for guarding him may experience, and the risks he may run, if he denounces such treatment. [...] We are accordingly of the view that the standard used for assessing the evidence in this case is inadequate, possibly illogical and even unworkable since, in the absence of an effective investigation, the applicant was prevented from obtaining evidence and the authorities even failed to identify the warders allegedly responsible for the ill-treatment complained of*» (Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95, Joint partly dissenting opinion of judges Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall and Zupančič, par. 1).

<sup>105</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*, ric. n. 8316/02, par. 27; Corte Edu, 1° settembre 2009, *Dell'Anna c. Italia*, ric. n. 16702/04, par. 1, lett. b).

<sup>106</sup> A. DELLA BELLA, *cit.*, 338 e ss.

<sup>107</sup> A. MARTUFI, *cit.*, 175.



del 2009<sup>108</sup>. La compattezza dell'orientamento giurisprudenziale sin qui seguito, che solo in un singolo, recentissimo arresto ha mostrato segni di sfaldamento (peraltro per motivi assai differenti da quelli appena richiamati)<sup>109</sup>, ci posiziona distanti da questo pur cauto ottimismo<sup>110</sup>.

Come si anticipava, pure l'art. 8 è stato spesso invocato a presidio dei diritti degli speciali reclusi italiani. In tal senso è necessaria una precisazione preliminare: se neppure lo stato di guerra o altri eccezionali pericoli, in grado di minacciare «la vita di una nazione» consentono deroghe all'art. 3<sup>111</sup>, esistono invece ingerenze che un'autorità pubblica può legittimamente compiere nella vita privata e familiare di un soggetto. Esse sono consentite nei casi previsti dal comma 2 dell'art. 8: le loro modalità devono essere, in primo luogo, previste e regolamentate dalla legge; è richiesta, inoltre, la loro necessità, in una società democratica, per la salvaguardia di beni giuridici ritenuti prevalenti nel giudizio di bilanciamento<sup>112</sup>. Quanto a quest'ultimo criterio, la Corte lo ha meglio specificato, «scindendolo» nel binomio della corrispondenza ad un «*pressing social need*», e della proporzionalità con la legittima finalità perseguita<sup>113</sup>.

Sebbene in altri ordinamenti, di cui a breve si dirà più compiutamente, le medesime modalità di colloquio siano state valutate in contrasto con l'art. 8 della Convenzione<sup>114</sup>, altrettanto non è avvenuto nei riguardi delle restrizioni italiane. Anche in risposta a questa doglianza, la Corte ha sovente adottato una motivazione apodittica, ritenendo le particolari cautele conformi alla legge nazionale e giustificate dalla gravità dei reati commessi dai ricorrenti, che imponevano una «risposta» statale in grado di salvaguardare la pubblica sicurezza<sup>115</sup>. Si è fatto altresì ricorso a massime di esperienza, per ancorare la legittimità delle prescrizioni a precedenti casi di avvenute comunicazioni tra soggetti detenuti e l'esterno, attraverso i familiari<sup>116</sup>. Il vaglio

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> L'ovvio cenno è a Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13. Per un primo commento sulla decisione, si legga M. S. MORI, [A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10.

<sup>110</sup> Come peraltro ci sembra di cogliere nella stessa opera di A. DELLA BELLA, *cit.*, 340.

<sup>111</sup> Così dispone l'art. 15, comma 2, CEDU.

<sup>112</sup> La fonte in parola menziona la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, nonché la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Per un approfondito esame, si rinvia a Z. ZENCOVICH, sub *art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI, CEDAM, 2012, 297 e ss.; vedi altresì A. GALLUCCIO, sub *artt. 8 – 11 (profili generali)*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS – F. VIGANÒ, Giappichelli, 2016, 255 e ss. I più recenti arresti in materia si rinvengono infine in F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, 1, 5.

<sup>113</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 37, par. 123; Corte Edu, 17 aprile 2012, *Piechowicz c. Polonia*, ric. n. 20071/07, 56, par. 212.

<sup>114</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, par. 31 e ss., e 125 e ss. In quel caso, al ricorrente era concesso, come nel regime «nostrano», un colloquio di un'ora al mese con i familiari, con eguali modalità di separazione. Tuttavia, egli aveva goduto anche di un rilevante numero di visite con una separazione decisamente meno rigida.

<sup>115</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia (n. 2)*, ric. n. 25498/94, 14, par. 73 e 74. Assunti analoghi si trovano in tutte le sentenze sin qui pronunciate, di cui si citano, a titolo puramente esemplificativo: 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia*, ric. n. 24950/06, par. 32 e ss.; 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*, ric. n. 43575/09, par. 37 e 38; 13 novembre 2007, *Attanasio c. Italia*, ric. n. 15619/04, par. 59 – 65.

<sup>116</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 13 novembre 2007, *Attanasio c. Italia*, ric. n. 15619/04, par. 62; Corte Edu, 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*, ric. n. 43575/09, par. 37.



della proporzionalità, requisito di cui abbiamo scritto poc'anzi, non ci risulta compiuto, neanche negli arresti più recenti<sup>117</sup>. Ricorsi di tal fatta non hanno mai trovato accoglimento. Con medesime valutazioni di opportunità della previsione, la Corte EDU non ha ritenuto di dover censurare le intrusioni nella vita privata del detenuto provocate dalla frequente installazione nelle camere detentive di sistemi di videosorveglianza<sup>118</sup>. Tali dispositivi, il cui uso appare ormai di quasi generale applicazione, rientrano tra le restrizioni "atipiche" di cui alla lett. a) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*<sup>119</sup>. Anche in tali casi, con un apparato motivazionale spesso sbrigativo<sup>120</sup>, la Corte ha rigettato i ricorsi, ritenendo tale modalità di controllo «una misura precauzionale volta a mantenere l'ordine e utile per intervenire nel caso un pericolo minacci il detenuto», e dunque legittima rispetto allo scopo «al quale era proporzionata, che non aggrava in misura significativa le limitazioni della libertà individuale e del rispetto della vita privata che sono necessariamente insite nello stato di detenzione»<sup>121</sup>. Ancora, la violazione dell'art. 8 è stata invocata anche a seguito del controllo sistematico e della censura della corrispondenza dei reclusi<sup>122</sup>. In tale ambito l'influsso della giurisprudenza di Strasburgo ha trovato accoglimento nell'ordinamento interno. Prima dell'intervento "ortopedico" del legislatore, con la l. n. 95 del 2004, che ha introdotto nella legge sull'OP il nuovo art. 18-*ter*<sup>123</sup>, le condanne all'indirizzo dell'Italia sono state seriali<sup>124</sup>. In vigenza della disciplina oggi modificata<sup>125</sup>, infatti, si riteneva troppo ampia la discrezionalità della Magistratura di sorveglianza, la quale, nel disporre il controllo della corrispondenza (anche) dei detenuti "speciali", non incontrava vincoli temporali, né sui casi e sui modi<sup>126</sup>. Ad oggi, la menzione dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. e) OP alla sottoposizione a visto di censura della

<sup>117</sup> Cfr. Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02. Nella sentenza, i giudici di Strasburgo, per descrivere lo "stato dell'arte" in materia, rinviavano alla propria sentenza del 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01, par. 125 – 131.

<sup>118</sup> Talora, la videosorveglianza è stata "inquadrate" dal ricorrente nell'ambito delle violazioni dell'art. 3 della Convenzione, e così trattata dalla Corte. Da ultimo, Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 35.

<sup>119</sup> Su cui v. L. CESARIS, sub art. 41-*bis*, cit., 457, nel quale si definiscono «norme in bianco».

<sup>120</sup> Cfr. Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 35. In altri casi, la Corte ha rinviato la propria valutazione, poiché non in grado di decidere allo stato degli atti: cfr. Corte Edu, 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*, ric. n. 43575/09, par. 35.

<sup>121</sup> Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 35. Nella vertenza di specie, peraltro, i giudici avevano concluso non ritenendo la videoregistrazione perpetua lesiva dell'art. 3 *in re ipsa*: si richiedeva al ricorrente l'allegazione di elementi che permettessero di valutare in che misura egli fosse stato attinto, per via del controllo, da un trattamento inumano e degradante. In A. DELLA BELLA, *cit.*, 349 si evidenzia come la giurisprudenza interna, in specie quella della Suprema Corte, valuti con più severità l'uso di un mezzo così invasivo; in senso conforme, v. B. BOCCHINI, *cit.*

<sup>122</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *cit.*, 346.

<sup>123</sup> Su cui, *funditus*, C. SANTINELLI, sub art. 18-*ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 242, anche per una critica al sistema di controlli oggi novellato.

<sup>124</sup> Se ne trova una precisa elencazione in L. CESARIS, sub art. 41-*bis*, cit., 464.

<sup>125</sup> Da individuarsi nel combinato disposto tra l'art. 18, comma 7 e l'art. 41-*bis* OP, entrambi poi riformati. A mente del primo, «La corrispondenza dei singoli condannati o internati può essere sottoposta, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto di controllo del direttore o di un appartenente all'Amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore».

<sup>126</sup> Così concludeva la Corte Edu nell'arresto del 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/95, par. 176. Il Governo italiano, in quella sede, riconosceva la violazione.

corrispondenza, con alcune limitazioni<sup>127</sup>, rimane controversa: sebbene desti robuste perplessità nella dottrina interna, risolte solo in via interpretativa<sup>128</sup>, sembra essere stata favorevolmente accolta dalla Corte di Strasburgo<sup>129</sup>. Non si registrano, infatti, censure in tal senso, dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 18-ter OP, se non in casi in cui le comunicazioni epistolari del detenuto siano state trattenute e controllate in violazione della disposizione di legge<sup>130</sup>.

Infine, per concludere la breve panoramica sui parametri invocati dai ricorrenti, possono essere citati gli articoli 6 e 13, di cui suggerivamo, in precedenza, una lettura combinata. Ebbene, anche qui si è registrato un rilevante effetto "espansivo" delle pronunce di Strasburgo nell'ordinamento interno. L'art. 41-bis OP è stato sovente censurato, nella formulazione poi novellata dalla l. n. 279 del 2002<sup>131</sup>: la durata ridotta della sottoposizione alla sospensione delle regole del trattamento<sup>132</sup>, e il termine, ordinatorio, di dieci giorni, assegnato al Tribunale di sorveglianza per decidere sul reclamo avverso il decreto, si risolvevano spesso, di fatto, in un ostacolo ai diritti sanciti dal primo comma dell'art. 6. In particolare, il carico di lavoro dell'organo giurisdizionale di prima istanza conduceva, nella quasi totalità dei casi, ad un esame del reclamo – e poi del ricorso per cassazione – successivo alla "scadenza" naturale del decreto; l'atto di gravame veniva così sistematicamente dichiarato inammissibile, per carenza di interesse<sup>133</sup>. Il legislatore del 2002 ha rimediato alla patologia in modo "creativo": in un primo momento, è stato portato ad un anno il termine di efficacia del provvedimento

---

<sup>127</sup> Sono fatti salvi gli scambi con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

<sup>128</sup> L. CESARIS, sub art. 41-bis, cit., 465. Ci si riferisce, come si comprenderà, alla compatibilità con l'art. 15 della Costituzione della previsione che demanda ad un organo non giurisdizionale, il Ministro della Giustizia, un provvedimento che incide sulla libertà e sulla segretezza della corrispondenza. In tale sede, richiamando l'opinione prevalente della dottrina, l'autrice ritiene che l'unica lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41-bis sia quella che lega la prescrizione in parola all'autorizzazione del visto di controllo da parte dell'autorità giudiziaria competente. Tale prassi pare peraltro quella recepita nei decreti ministeriali di prima applicazione e proroga del regime, come chiarisce la recente circolare DAP 3676/6126 del 2 ottobre 2017, art. 18.1.

<sup>129</sup> Già in Corte Edu, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. n. 74912/01, par. 147, i giudici prendevano favorevolmente atto della novella.

<sup>130</sup> Corte Edu, 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia*, ric. n. 24950/06; Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*, ric. n. 24424/03.

<sup>131</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*, ric. 41576/98; Corte Edu, 12 gennaio 2010, *Molé c. Italia*, ric. 24421/03; Corte Edu, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01. Per ulteriori casi, cfr. L. CESARIS, sub art. 41-bis, cit., 469.

<sup>132</sup> Nella formulazione precedente alla novella che abbiamo menzionato, infatti, il decreto ministeriale di sospensione delle regole del trattamento veniva emesso per un periodo stabilito di volta in volta dall'organo amministrativo, in base alle esigenze concrete del caso di specie.

<sup>133</sup> Un primo "correttivo" era stato approntato, per il vero, per via "pretoria": la Suprema Corte, con un apprezzabile *revirement*, aveva iniziato a considerare la persistenza dell'interesse ad impugnare il provvedimento ormai "decaduto", tanto da parte del detenuto, quanto del p.m. (sebbene per ragioni diverse). Cfr. Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2004 (ud. 26 gennaio 2004), n. 4599, in *Cass. pen.*, 2004, 2294, con nota di S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento di reiterazione del regime detentivo speciale*.

sospensivo<sup>134</sup>, così “assorbendo”, con un sacrificio della proporzionalità delle misure, le lungaggini sino a quel momento registrate<sup>135</sup>.

La violazione dell’art. 13 della Convenzione, nella vigenza del testo dell’art. 41-*bis* antecedente all’interpolazione operata con l’art. 2, comma 1, della l. n. 279 del 2002, è stata ripetutamente dichiarata dai giudici di Strasburgo<sup>136</sup>. Con l’intervento così “indotto”, infatti, il legislatore ha assegnato forza vincolante, per il Ministero della Giustizia, alle decisioni rese dalla Magistratura di sorveglianza in fase di reclamo avverso il decreto di prima applicazione o proroga del regime. Fino ad allora, tali arresti venivano sovente superati con l’emissione di un nuovo provvedimento amministrativo, in sostituzione di quello “intaccato”, eppure contenente le medesime prescrizioni di quello annullato o decaduto. Il nuovo comma 2-*sexies* dell’art. 41-*bis* OP, nonostante i rilevanti interventi correttivi di cui abbiamo sinora dato conto, mantiene a tutt’oggi il contenuto di massima della novella appena menzionata.

Infine, le “conseguenze” del noto *affaire* Torreggiani si sono riverberate anche sul regime detentivo speciale, sebbene di riflesso<sup>137</sup>. A conclusione di quella controversia, infatti, la Corte esortava vigorosamente lo Stato italiano ad adottare rimedi interni di carattere compensativo e preventivo, che, coesistendo, consentissero ai ricorrenti di tutelare il proprio diritto di godere di condizioni detentive adeguate<sup>138</sup>. Il legislatore recepiva il *dictum* con il d.l. n. 146 del 2013, che introduceva l’art. 35-*bis* OP<sup>139</sup>. Con tale novella, finalmente, allo scarsamente incisivo reclamo “generico” è stato sostituito un rimedio in grado di offrire effettiva tutela (anche) ai soggetti al “carcere duro”: impregiudicata la competenza del Tribunale di sorveglianza di Roma avverso i decreti di prima applicazione o di proroga del 41-*bis*<sup>140</sup>, è oggi attribuito alla Magistratura di sorveglianza territorialmente competente il sindacato sulle singole prescrizioni adottate e sulla loro corrispondenza alle finalità del regime. Tale intervento, che non può discendere da iniziative d’ufficio del giudice né dall’impulso del p.m., può essere “indotto” solo dal reclamo presentato dal detenuto<sup>141</sup>: lo strumento, previsto proprio dal nuovo art. 35-

<sup>134</sup> Com’è noto, successivamente la durata della sospensione è stata ulteriormente ritoccata dalla legge n. 94 del 2009, che l’ha aumentata, in misura fissa, a quattro anni per la prima applicazione, e a due anni per le proroghe.

<sup>135</sup> In senso critico verso questa soluzione, letta come un ulteriore inasprimento delle condizioni detentive dei sottoposti al regime, cfr. L. CESARIS, sub art. 41-*bis*, cit., 470; CORVI, P., *La Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1193.

<sup>136</sup> *Ex multis* Corte Edu, 28 giugno 2005, *Gallico c. Italia*, ric. n. 53723/00; Corte Edu, 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*, ric. n. 8316/02; Corte Edu, 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, ric. n. 56317/00.

<sup>137</sup> Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09. Per un recente *follow – up* dell’impatto interno di tale sentenza, cfr. P. CORVI, *Detenzione e dignità della persona*, cit., 379; R. CADIN, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul sovraffollamento delle carceri italiane e un primo bilancio sulle misure introdotte nel post Torreggiani: una rieducazione “pilota”?*, in *I diritti umani dei detenuti*, cit., 105 e ss.

<sup>138</sup> *Id.*, par. 96 e 97. Invero, già in Corte Edu, 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, ric. n. 15943/90, par. 40 e ss., che nasceva dal reclamo di un detenuto “speciale”, i giudici di Strasburgo accertavano l’assenza di rimedi interni specifici per indurre l’Amministrazione penitenziaria all’ottemperanza alle decisioni della magistratura di sorveglianza. Si determinava, così, una vera e propria ineffettività dei rimedi interni.

<sup>139</sup> Su cui v. M. BORTOLATO, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 394. Tale rimedio, di carattere preventivo, veniva affiancato da quello compensativo di cui all’art. 35-*ter* OP, che trovava ingresso nell’ordinamento con il medesimo decreto legge.

<sup>140</sup> A mente dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quinquies* e 2-*sexies* OP.

<sup>141</sup> Per una critica a tale assetto restrittivo dei poteri di iniziativa, cfr. M. BORTOLATO, *cit.*, 400.

*bis* OP, è stato pensato per individuare e sanzionare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 69, co. 6, lett. b) OP<sup>142</sup>.

#### 4.3 Il regime dei *dangerous detainees* polacchi: un utile termine di comparazione

Nel labirinto dei disorientamenti causati dal metodo *case – law* della Corte, che spesso si trova dinanzi ad una difficile opera di riconduzione ad unità di casi e sistemi molto diversi, è il regime che la Polonia riserva alle proprie “N-units” a suscitare l’attenzione dell’operatore italiano del diritto<sup>143</sup>. Si tratta infatti di un trattamento penitenziario, derogatorio *in peius*, che rasenta quello delineato dall’art. 41-*bis* OP; ci appare di immediata utilità, dunque, distillare i principi utilizzati dalla Corte nelle proprie decisioni, per tentare di coglierne differenze ed eventuali incongruenze rispetto alle controversie italiane.

Preliminarmente, si rende necessario tratteggiare il regime, quantomeno nei suoi connotati essenziali. La sua particolare durezza è stata al centro delle critiche del CPT, sin dalle sue prime visite nel Paese; già nel 2002, evidenziava «*serious misgivings about the regime being applied to “dangerous” prisoners, which was characterised by a total absence of organised activities and a paucity of human contact*»<sup>144</sup>.

I destinatari sono ristretti individuati dal codice vigente per la figura di reato contestata o accertata, specie se aggravata<sup>145</sup>, ovvero a seguito di manifestazioni di particolare pericolosità emerse durante la detenzione<sup>146</sup>, sempre che si ponga un rischio per la sicurezza dell’istituto penitenziario o per la pubblica incolumità. A questi si aggiunge, come requisito “autosufficiente”, la partecipazione ad associazioni criminali, specie se in posizione apicale<sup>147</sup>. Una siffatta compressione dei diritti fondamentali non è accompagnata da robuste garanzie giurisdizionali: salvo che il giudice della cognizione assegni al reo l’espressa qualificazione di pericolosità, a definirla e a disporre l’applicazione del regime è infatti la *komisja*

---

<sup>142</sup> La dottrina interna ha accolto la novella con poco entusiasmo. Per una sintesi, v. F. DELLA CASA, sub art. 69, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 821.

<sup>143</sup> La lettera «n» è utilizzata in sostituzione del termine polacco «*niebezpieczny*», «pericoloso». L’espressione si rinviene nei rapporti del CPT.

<sup>144</sup> Così si legge in *Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 19 May 2000*, 2002, 29, par. 71.

<sup>145</sup> Cfr. art. 88a, co. 1, del *Kodeks karny wykonawczy*, la fonte che disciplina la fase dell’esecuzione penale in Polonia (da qui in avanti: *KKW*). Si tratta di reati contro l’integrità dello Stato o l’incolumità delle sue maggiori cariche; reati connotati da crudeltà; azioni criminose in cui si è verificato il trattenimento di ostaggi, ovvero è stata sequestrata una nave o un aeromobile; infine, condotte in cui sono state utilizzate armi da fuoco, esplosivi o materie infiammabili.

<sup>146</sup> Gli indici assunti in tal senso sono la partecipazione a sommosse interne; l’aggressione del personale penitenziario; la commissione di violenze sessuali contro detenuti; i tentativi di evasione.

<sup>147</sup> Per un caso di questa categoria, Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08; Corte Edu, 17 aprile 2012, *Piechowicz c. Polonia*, ric. n. 20071/07. I principi enunciati in queste sentenze “gemelle” sono stati spesso utilizzati successivamente dal collegio, con forza di precedente.

*penitencjarna*<sup>148</sup>, una sorta di corrispondente del nostro consiglio di disciplina *ex art. 40, co. 2, OP*<sup>149</sup> Il “magistrato di sorveglianza” viene solo informato del provvedimento<sup>150</sup>.

Sono ancora i *reports* del CPT a renderci edotti, in forma più comprensibile ed immediata, delle restrizioni alle quali i detenuti risultano sottoposti. Tra queste figurano la riduzione del tempo trascorso all’aperto ad un’ora al giorno, in solitudine o con i soggetti con i quali si condivide la camera detentiva. Le rimanenti 23 ore vengono trascorse «*confined to their cells*», con l’unico “svago” rappresentato dall’uso del televisore o dalla lettura di testi. La condizione di isolamento non è alleviata dai contatti con il personale penitenziario, che i regolamenti interni riducono al minimo; sono previste, tuttavia, visite periodiche degli educatori, e, su richiesta, dello psicologo. Quanto alle visite dei familiari, non ci sono restrizioni numeriche rispetto a quelle concesse ai detenuti “comuni”<sup>151</sup>; è tuttavia negata ogni forma di contatto fisico, attraverso l’uso di vetri a tutt’altezza<sup>152</sup>.

In una recente decisione<sup>153</sup>, la Corte di Strasburgo ha compiuto una ricognizione ancora più dettagliata sulle condizioni delle *closed – type prisons*, edifici di massima sicurezza ai quali vengono assegnati i detenuti in regime detentivo speciale<sup>154</sup>. Il controllo è stringente in ogni aspetto della vita detentiva: i reclusi possono muoversi fuori dalle proprie camere solo se accompagnati dagli agenti penitenziari<sup>155</sup>; la corrispondenza è sempre sottoposta al visto di censura, salvo quella indirizzata ad alcuni organismi internazionali di tutela dei diritti umani<sup>156</sup>; le telefonate subiscono il controllo auditivo della “polizia penitenziaria”. La supervisione dell’istituzione carceraria può svolgersi anche con le modalità della videosorveglianza degli ambienti detentivi, ove il detenuto sia ritenuto di seria pericolosità sociale o nocivo per l’ordine interno della struttura<sup>157</sup>; per simili ragioni possono essere svolte

<sup>148</sup> Cfr. Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Klibisz c. Polonia*, ric. n. 2235/02, 40, par. 273. Il giudice della cognizione, in prima battuta, ha dunque la facoltà di assegnare il soggetto condannato al circuito penitenziario che ritiene più adeguato.

<sup>149</sup> Se ne trova traccia negli artt. 88a e 212a, co. 1, *KKW*. La sua composizione è descritta con sufficiente dettaglio in Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Klibisz c. Polonia*, ric. n. 2235/02, 40, par. 272: da essa emerge il ruolo preminente del direttore della struttura, il quale decide tanto la composizione dell’organo, quanto del singolo “collegio” che avrà il compito di decidere sulle questioni riguardanti i singoli detenuti.

<sup>150</sup> Così dispone l’art. 88a, co. 4, della fonte appena menzionata. Quello che sembra emergere dal sistema polacco è un sistema di competenze “mobili”, spesso sovrapponibili: per un verso, il “magistrato di sorveglianza” interviene sulle modifiche al titolo esecutivo, in ciò evocando l’opera del giudice dell’esecuzione italiano; per altro, la commissione penitenziaria si sostituisce al giudice, nella determinazione delle concrete modalità della detenzione, a seguito di manifestazioni di pericolosità, più o meno concrete, da parte del recluso. Ad esse segue, dunque, la “penalità” della perdita delle garanzie della giurisdizione. Cfr. artt. 74 – 76 *KKW*.

<sup>151</sup> La concessione rimane sottoposta, tuttavia, alla discrezionalità del direttore dell’istituto detentivo.

<sup>152</sup> V. *Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 19 May 2000*, 2002, 29, par. 71. Per una sintesi decisamente più stringata, v. P. KLADOCZNY, M. WOLNY, *Prison conditions in Poland*, Antigone Edizioni, 2013, 35.

<sup>153</sup> Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Klibisz c. Polonia*, ric. n. 2235/02, 37, par. 262 e ss.

<sup>154</sup> Nel *KKW*, la regolamentazione di tali edifici detentivi si rinviene all’art. 90.

<sup>155</sup> È previsto anche l’uso di forme di contenzione durante i trasferimenti, in caso di (ulteriore) pericolosità dei detenuti, denotata da precedenti episodi di opposizione violenta all’istituzione carceraria.

<sup>156</sup> Tuttavia, essa viene comunque sottoposta a monitoraggio, a mente dell’art. 103 *KKW*. All’art. 242 del medesimo codice si definisce attività come la materiale apertura della busta di invio per il controllo dei suoi contenuti.

<sup>157</sup> Cfr. Corte Edu, 4 ottobre 2016, *Klibisz c. Polonia*, ric. n. 2235/02, 42, par. 278. È espressamente previsto che il monitoraggio avvenga anche nelle *toilettes*, con modalità idonee a preservare la *privacy* del detenuto.



perquisizioni corporali e della camera detentiva<sup>158</sup>. Infine, sebbene anche nel *KKW* sia definito con particolare favore il mantenimento dei rapporti con i familiari, le modalità ordinarie di colloquio<sup>159</sup>, già più restrittive per i detenuti delle *closed prisons*<sup>160</sup>, possono essere derogate: con provvedimento del direttore dell'istituto detentivo può essere disposta la separazione fisica tra il recluso ed il familiare<sup>161</sup>.

Va specificato che le prescrizioni sin qui enunciate non sono applicate necessariamente in forma cumulativa: pare vigente un principio di adeguatezza, che impone la valutazione di quelle adatte al singolo detenuto, secondo criteri simili a quelli indicati all'art. 133 c.p.<sup>162</sup> Inoltre, con una cadenza non inferiore a tre mesi, il ristretto può sollecitare una nuova valutazione delle condizioni di pericolosità che giustifichino la proroga del regime ora descritto<sup>163</sup>.

Così sommariamente tracciate le condizioni di detenzione, l'esito dei giudizi dinanzi alla Corte è del tutto prevedibile: nella gran parte dei casi, il suo scrutinio si è concluso con la violazione dell'art. 3. In essa, sovente, sono state ritenute assorbite anche le censure talora formulate rispetto ai parametri degli artt. 6, 8 e 13.

Quanto al divieto di sottoposizione a tortura ed a trattamenti inumani e degradanti, il collegio ha valutato con particolare sfavore l'utilizzo del sistema di videosorveglianza degli ambienti di svolgimento della vita detentiva, associato alle frequenti perquisizioni personali. Nessuna delle due pratiche è stata censurata *tout court*<sup>164</sup>: è stato invece sottolineato, per un verso, che entrambi vanno utilizzati solo se giustificati da reali esigenze di sicurezza, o per la salvaguardia dell'integrità fisica del recluso; inoltre, ne è stato censurato l'uso cumulativo, poiché, di frequente, una sola delle due misure si dimostra sufficiente al conseguimento dei fini legittimi del regime<sup>165</sup>. Le medesime critiche, quanto ai presupposti e alla necessità, sono state avanzate nei confronti dell'utilizzo di forme di contenzione durante i trasferimenti fuori dalla cella, anche negli spazi interni al carcere<sup>166</sup>.

Interessanti spunti giungono dalla tutela dei rapporti familiari, potenzialmente lesi dalle alienanti modalità dei colloqui. Essi non sono stati ritenuti sufficienti a temperare l'isolamento quasi assoluto al quale sono destinati i *dangerous detainees*<sup>167</sup>; in ogni caso, a questi vanno proposte attività in grado di costituire uno stimolo mentale o fisico adeguato (necessarie, ma comunque non sufficienti al "controbilanciamento")<sup>168</sup>. In aggiunta, i colloqui "chiusi", ben

<sup>158</sup> Per le "N-units" è previsto, in ogni caso, il controllo al rientro in cella.

<sup>159</sup> Definite in due incontri di 60 minuti al mese, espressamente svolti con modalità che consentano il contatto tra le persone, seppur con il controllo visivo del personale di sicurezza.

<sup>160</sup> Rispetto a quelle appena enunciate, viene definito un protocollo ritenuto in grado di garantire una maggiore sicurezza, in particolare il controllo auditivo dei colloqui e la videoregistrazione.

<sup>161</sup> Come si scriveva pocanzi, ciò avviene, materialmente, mediante l'uso di vetri a tutt'altezza e comunicazioni con l'uso del citofono.

<sup>162</sup> Art. 88b, co. 2, e art. 88a co. 2 *KKW*.

<sup>163</sup> Art. 88b, co. 3, *KKW*.

<sup>164</sup> Sulle perquisizioni, cfr., da ultimo, Corte Edu, 21 marzo 2017, *Michał Korgul c. Polonia*, ric. n. 36140/11, 8, par. 42. Ne è stata infatti riconosciuta la necessità in alcuni casi in cui dall'occultamento di oggetti pericolosi possa derivare pericolo per la sicurezza o la prevenzione di disordini o reati nell'istituto penitenziario. In materia di videosorveglianza, abbiamo già citato un recente ricorso di un detenuto italiano, a cui si rimanda: cfr. Corte Edu, 24 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02, par. 36.

<sup>165</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 16 febbraio 2016, *Paluch c. Polonia*, ric. n. 57292/12, par. 45.

<sup>166</sup> Da ultimo, Corte Edu, 12 gennaio 2016, *Romaniuk c. Polonia*, ric. n. 59285/12, par. 42.

<sup>167</sup> Corte Edu, 21 marzo 2017, *Michał Korgul c. Polonia*, ric. n. 36140/11, 8, par. 39.

<sup>168</sup> *Id.*, 8, par. 40.



noti all'operatore del diritto italiano, dovrebbero rappresentare l'*extrema ratio*: pur riconoscendone la necessità in alcuni casi particolari<sup>169</sup>, a parere della Corte andrebbero disposti solo in presenza di indici tangibili del rischio di trasmissione di comunicazioni all'esterno (o della prova dell'avvenuta condotta)<sup>170</sup>, e sempre che le fonti interne non prevedano modalità egualmente in grado di perseguire lo scopo legittimo, ma meno frustranti per la dignità dei conversanti<sup>171</sup>. Requisiti stringenti vengono richiesti alle autorità interne anche per giustificare l'eventuale lunga durata di modalità siffatte, che devono riposare su un pericolo reale e persistente che il detenuto possa ristabilire i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza<sup>172</sup>. In aggiunta, nei confronti dello Stato viene posto un vero e proprio obbligo positivo: quello di consentire ai minori un contatto che sia preordinato a mantenere il rapporto familiare con il genitore recluso, preservandoli dallo stress dell'ambiente detentivo<sup>173</sup>.

Infine, le censure "procedurali" sono state rivolte, primariamente, all'utilizzo cumulativo di tutte le restrizioni consentite dalla legge polacca. Nelle sentenze l'applicazione «continua, routinaria ed indiscriminata» è stata spesso ritenuta inaccettabile<sup>174</sup>: ne traiamo, anche qui, il "suggerimento" a personalizzare il "trattamento" del recluso, secondo il già nominato principio di adeguatezza. Con la medesima severità la Corte ha valutato la proroga sistematica del regime, basata su un sindacato superficiale e sganciato da elementi nuovi, sufficienti e rilevanti rispetto a quelli che ne avevano consentito la prima applicazione<sup>175</sup>; anche questi ultimi, per il vero, spesso difficilmente afferrabili<sup>176</sup>.

## 5. Gli scenari futuri

Quanto emerge dalla ricognizione sin qui svolta è uno scollamento tra la preoccupazione degli organi internazionali e le fonti di *soft law*, ed un *self-restraint* della Corte EDU forse in via di "attenuazione".

Si nota, da un lato, il corale auspicio di un regime detentivo speciale conforme alle fonti che tutelano in senso più ampio i diritti umani, con robuste garanzie giurisdizionali, e che riduca al minimo necessario l'isolamento, pur mantenendo lo scopo ultimo dell'interruzione dei contatti con le organizzazioni criminali esterne al carcere; dall'altro, a tale vigore d'intenti non corrisponde una forza vincolante in grado di incidere nell'ordinamento interno, come in una sorta di proporzionalità inversa.

Il processo di *hardening* del *soft law* in materia penitenziaria sembrava aver trovato un riconoscimento in alcune sentenze della Corte<sup>177</sup>. In esse era stato dato rilievo alle regole

---

<sup>169</sup> È il caso, in linea di principio, delle associazioni criminali, e specificamente mafiose, per le quali la Corte ha spesso rappresentato il rischio "insito" nel nucleo familiare in tal senso. Cfr. Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 39, par. 129, nella quale si rinvia ai principi espressi nella propria sentenza del 28 settembre 2000, *Messina c. Italia (n. 2)*, ric. n. 25498/94.

<sup>170</sup> Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 39, par. 130.

<sup>171</sup> Corte Edu, 17 aprile 2012, *Piechowicz c. Polonia*, ric. n. 20071/07, 58, par. 220.

<sup>172</sup> Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 39, par. 130.

<sup>173</sup> *Id.*, 40, par. 131.

<sup>174</sup> Di recente, Corte Edu, 12 gennaio 2016, *Romaniuk c. Polonia*, ric. n. 59285/12, par. 39.

<sup>175</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 12 gennaio 2016, *Prus c. Polonia*, ric. n. 5136/11, 7, par. 37.

<sup>176</sup> Corte Edu, 12 gennaio 2016, *Romaniuk c. Polonia*, ric. n. 59285/12, par. 45.

<sup>177</sup> Con tale espressione si intende tanto l'incremento meramente quantitativo delle fonti di *soft law* (si pensi, ad esempio, alle regole penitenziarie europee e agli *standard* onusiani), quanto lo spostamento "qualitativo" in termini di vincolatività: è stato osservato che sempre di più le fonti siffatte si avvicinano a quelle di *hard law*,

penitenziarie europee, da leggere, ad esempio, come criteri di valutazione ancillari, rispetto al sovraffollamento carcerario, nella valutazione della sussistenza di un trattamento inumano e degradante<sup>178</sup>. Un ruolo più significativo era stato assegnato alla stessa fonte nel sindacato sulla proroga dell'isolamento del detenuto: in tal caso le regole erano state utilizzate, in via generale, per ribadire che la "segregazione" del recluso andava limitata ad ipotesi di eccezionalità<sup>179</sup>; per ciò che più strettamente rileva ai nostri fini, inoltre, erano state poste alla base di un vero e proprio onere motivazionale dello Stato, che doveva essere più rigoroso man mano che detta pratica veniva prorogata rispetto alla sua prima applicazione<sup>180</sup>.

Tuttavia, recentemente, la stessa Corte ha mostrato segni di mutamento della propria opinione. Strasburgo ha considerevolmente "alleggerito", ad esempio, il peso degli *standard* elaborati dal CPT e da «altri organismi internazionali» analoghi, rifiutandosi di ritenerli decisivi ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU<sup>181</sup>. La decisione muove dalla genericità di tali parametri, che si contrappone all'accertamento "personalizzato", rispetto al singolo caso di specie, compiuto dal collegio<sup>182</sup>. Inoltre, è stata ulteriormente demarcata la differenza "ontologica" tra le due istituzioni, dal momento che il CPT fornisce un'istantanea "di sistema", non dichiarativa dell'illegittimità di una pena rispetto all'art. 3 della Convenzione<sup>183</sup>.

Dalla visione comparatistica che abbiamo cercato di offrire, che rende espliciti i molteplici punti di contatto tra il regime speciale polacco e quello italiano, emergono principi facilmente suscettibili di essere traslati al 41-*bis*, e su cui probabilmente può farsi leva per stimolare un più attento sindacato del collegio di Strasburgo. Si pensi, ad esempio, all'avvenuta censura dell'applicazione cumulativa di misure restrittive degli elementi del trattamento, che invece nell'OP è disposta *ex lege*, ed "aggravata" dalle norme in bianco presenti alle lettere a) ed f) dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*<sup>184</sup>. Analogo rilievo critico può essere avanzato per la proroga

---

poiché «il loro linguaggio è indubbiamente prescrittivo («standard», «regole») e tecnicamente rigoroso. Il loro contenuto eccelle in precisione. Normalmente, relazioni o commenti esplicativi arricchiscono il contenuto normativo delle regole enunciate nel testo»; in breve, esse «non sono standard virtuali, *de lege ferenda* o *in fieri*, ma veri strumenti normativi che «fanno da guida agli approcci da seguire nell'interpretare» la Convenzione». Di ciò narra il giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella sua ordinariamente articolata *dissenting opinion*, a margine della sentenza della Corte Edu, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, 92, par. 34.

<sup>178</sup> Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*, ricc. 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 17, par. 67; più di recente, Corte Edu, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, par. 167.

<sup>179</sup> I principi sono stati espressi, emblematicamente, in casi che riguardano proprio il regime detentivo speciale polacco. *Ex multis*, Corte Edu, 30 ottobre 2012, *Głowacki c. Polonia*, ric. n. 1608/08, 14, par. 84; Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 26, par. 92.

<sup>180</sup> Corte Edu, 17 aprile 2012, *Horych c. Polonia*, ric. n. 13621/08, 26, par. 92.

<sup>181</sup> Corte Edu, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, 48, par. 111.

<sup>182</sup> *Id.*, par. 112.

<sup>183</sup> *Id.*, par. 113. Tale "svilimento" del ruolo del CPT, per il vero, ha provocato una rilevante frattura nel consesso decidente, espressa dalle opinioni divergenti di 7 dei 17 giudici componenti. In particolare, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque, nel criticare aspramente l'arretramento in tal senso della Corte, sino a quel momento fedele all'importanza considerevole dei pur non vincolanti *standard* del CPT, lo definiva senza mezzi termini «un passo indietro deplorabile nella protezione dei detenuti e delle altre persone detenute in Europa» (94, par. 36 della sentenza ora citata).

<sup>184</sup> L'intuitivo rinvio è, rispettivamente, alle «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» ed a «tutte le necessarie misure di sicurezza», queste ultime tese ad evitare la comunicazione tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e lo scambio di oggetti. Si ricorderà che l'ulteriore prescrizione del divieto di cottura dei cibi è stata appena colpita da declaratoria di incostituzionalità a seguito della sentenza della Corte cost., 12 ottobre 2018 (ud. 26 settembre 2018), n. 186; per un commento alla sentenza, si legga L. PARLATO, *Privo di ragionevole*

sistematica del regime *in peius*, già oggetto di costante censura da parte di molti organismi sovranazionali: il ricorrente potrebbe segnalare profili di irragionevolezza o illogicità nelle valutazioni degli organi giurisdizionali interni, o quantomeno indurre la Corte ad un esame più scrupoloso delle motivazioni. Un effetto "espansivo" di tali principi è auspicabile anche in materia di colloqui visivi con i familiari, sia per la necessità di attenuare lo stress a carico dei minori<sup>185</sup>, sia per spostare il *focus* sull'omessa valutazione di restrizioni altrettanto efficaci, ma meno lesive della dignità personale dei conversanti.

Almeno uno di questi argomenti, l'irragionevolezza della proroga del regime, nelle more della stesura di questo nostro contributo ha suscitato il biasimo dei giudici del collegio sovranazionale, conducendo alla prima formale condanna dello Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione in materia di "carcere duro"<sup>186</sup>. Dobbiamo, in questa sede, limitarci a tracciarne i contorni. Pur non ritenendo di discostarsi dal giudizio di conformità convenzionale già espresso in numerosi arresti precedenti, la Corte ha finalmente abbandonato la mera adesione alle valutazioni poste alla base delle decisioni giurisdizionali interne<sup>187</sup>.

In esito, sono stati posti, per il futuro, precisi argini sostanziali alla reiterazione del regime da parte dell'autorità amministrativa. Il limite è costituito, in via di principio, dal decadimento cognitivo, specie se con prognosi negativa; restano escluse cause di natura fisica<sup>188</sup>. In tali ipotesi l'organo ministeriale sarà obbligato a tenere in debito conto la patologia mentale, superando la "presunzione" di inapplicabilità del regime con una motivazione dettagliata e convincente sulla sua persistente giustificazione<sup>189</sup>. Questa dovrà riposare su una immutata pericolosità sociale del "proposto": più precisamente, nella sua attitudine a mantenere contatti significativi ed efficaci con l'organizzazione criminale di appartenenza<sup>190</sup>. Va censurata, quindi, la frequente prassi del mero richiamo *per relationem* alle informazioni contenute nei rapporti investigativi, da obliterare in favore di un espresso ed autonomo esame dello stato cognitivo del (prevedibilmente, futuro) ricorrente<sup>191</sup>. La soglia di tutela resta, comunque, più arretrata rispetto a quella già apprestata dalla giurisprudenza di legittimità: anche da ultimo, in sede di ricorso *ex art. 41-bis*, co. 2-*quinquies* OP, si è affermato, al contrario, che non vi è alcuna ragione che imponga al giudice di restringere ai profili psichici la propria indagine sulle cause suscettibili di incidere sulla proroga del regime<sup>192</sup>.

---

*giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del "carcere duro", in Proc. pen. giust., 2018, 375.*

<sup>185</sup> Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Norme e normalità*, cit., 57: ivi si raccomandava all'Amministrazione penitenziaria di attrezzare adeguatamente le sale destinate ai colloqui, per consentire al minore di 12 anni autorizzato al contatto senza il vetro divisorio «un passaggio dignitoso e non attraverso lo scavalco di una finestra, modalità poco rispettosa della dignità delle persone coinvolte (il minore, gli operatori penitenziari, i parenti presenti al colloquio, il detenuto)». In generale, il carattere angusto delle stanze destinate a questo scopo emergeva già in Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, XVII legislatura, nel *Rapporto sul regime detentivo speciale*, op. cit., 56.

<sup>186</sup> Cfr. Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.

<sup>187</sup> *Id.*, par. 151.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Id.*, par. 156.

<sup>190</sup> *Id.*, par. 151.

<sup>191</sup> *Id.*, par. 156.

<sup>192</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 5 luglio 2017 (ud. 23 febbraio 2017), n. 32405; Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2016 (ud. 27 gennaio 2016), n. 16019.

Nel medesimo arresto, un *obiter dictum* contiene anche un rimprovero di carattere procedurale<sup>193</sup>. Si è messa in dubbio, infatti, l'effettività del rimedio interno del ricorso di cui si è appena fatto cenno: come si ricorderà, infatti, l'istante può dolersi solo della violazione di legge<sup>194</sup>. Un vizio, questo, a parere della Corte di Strasburgo, che, se già non consente disquisizioni in punto di fatto, costituisce un ulteriore "sottoinsieme" delle censure di diritto<sup>195</sup>. In aggiunta, la giurisprudenza della Cassazione avrebbe enucleato dalla disposizione un criterio interpretativo in grado di restringere ulteriormente le maglie del preliminare vaglio di ammissibilità<sup>196</sup>.

Quanto alle ricadute sull'ordinamento interno della congerie di fonti che abbiamo qui tentato di ricondurre ad unità, gli spunti sovranazionali sembrano ancora incontrare alcune resistenze. Nei documenti prodotti dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, l'invocazione di queste garanzie è costante<sup>197</sup>.

Tuttavia, abbiamo già riferito dell'orientamento più che restrittivo della Suprema Corte in merito alla collocazione sistematica delle regole penitenziarie europee e delle "Mandela rules"<sup>198</sup>. Quanto al precipitato dei "principi di diritto" provenienti (di riflesso) da Strasburgo, come abbiamo appena fatto notare, l'esame dei presupposti della proroga sta avvenendo con maggiore attenzione rispetto al rischio che il regime sconfini nel trattamento inumano e degradante. Ciò, probabilmente, è indotto da ragioni "di fatto", come l'età sempre più avanzata dei ricorrenti<sup>199</sup>. Il sindacato sulla congruità dell'applicazione cumulativa delle prescrizioni è invece precluso dalla *littera legis*.

Da ultimo, nemmeno il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha inteso riconoscere la posizione delle *rules* nel sistema internazionale delle fonti. Nella circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, recante indicazioni in tema di «organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41 bis O.P.»<sup>200</sup>, che pure recepisce alcune "buone prassi"

<sup>193</sup> Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, par. 110.

<sup>194</sup> La sentenza interna che sintetizza tale orientamento, e che viene citata anche dalla stessa Corte Edu nel paragrafo alla nota precedente, si identifica in Cass. pen., sez. I, 18 marzo 2016 (ud. 19 febbraio 2016), n. 11620. È utile richiamarne qui l'estratto maggiormente significativo: «La violazione di legge concernente la motivazione trova il suo fondamento nella disciplina costituzionale di cui all'art. 111, commi 6 e 7 e consiste nell'omissione totale della motivazione stessa ovvero allorché ricorrano le ipotesi di motivazione fittizia o contraddittoria, che si configurano, la prima, allorché il giudicante utilizza espressioni di stile e stereotipate, e la seconda quando si riscontri un argomentare fondato sulla contrapposizione di argomentazioni decisive di segno opposto. Rimangono escluse dalla nozione di violazione di legge connessa al difetto di motivazione tutte le rimanenti ipotesi nelle quali la motivazione stessa si dipani in modo insufficiente e non del tutto puntuale rispetto alle prospettazioni censorie». Da ultimo, cfr. anche Cass. pen., sez. V, 22 novembre 2017 (ud. 28 giugno 2017), n. 53193.

<sup>195</sup> Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, par. 110.

<sup>196</sup> *Ibid.*; *id.*, par. 88 e 89.

<sup>197</sup> Da ultimo, v. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, 2018, 191, di cui avevamo già scritto sopra. Ancor più di recente, le stesse garanzie sono state ripetutamente utilizzate quale parametro di inadeguatezza della prassi nel *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'Ordinamento penitenziario (2016 – 2018)*, 2019: si legga, ad esempio, il rilievo sulle condizioni materiali delle camere di pernottamento, 16.

<sup>198</sup> V. *supra*, in conclusione del par. 3.1. Si segnalano, invece, in sede di reclamo ex art. 35-bis OP, alcune pronunce della magistratura di sorveglianza competente per territorio. Per una *summa*, si legga A. DELLA BELLA *cit.*, 302 e ss.

<sup>199</sup> In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. I, 5 luglio 2017 (ud. 23 febbraio 2017), n. 32405, *Rv.* 270585.

<sup>200</sup> Su cui, per un breve commento, V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017; *Id.*,

già codificate dalla giurisprudenza di merito<sup>201</sup>, non vi è alcun richiamo alle fonti che abbiamo qui nominato<sup>202</sup>; inoltre, pur senza poterci qui soffermare compiutamente, alcune disposizioni appaiono in contrasto con esse. L'estremo dettaglio di questo strumento applicativo, peraltro, in nome dell'uniformità del regime non consente spazi di individualizzazione del trattamento<sup>203</sup>, ponendosi ben lontano da ciò su cui ha molto insistito la Corte EDU nelle pronunce sui casi polacchi<sup>204</sup>.

In conclusione, il giurista italiano resta confinato nella dimensione dell'attesa: per un verso, quella di una maggiore apertura della giurisprudenza di legittimità verso gli stimoli sovranazionali; per altro, quella di un sindacato definitivamente non più apparente della Corte di Strasburgo sul regime detentivo speciale, che con tutta probabilità verrà indotto dalle condizioni soggettive dei prossimi ricorrenti (molti dei quali sottoposti alla sospensione delle regole del trattamento sin dalla sua istituzione). Nel frattempo, è auspicabile che l'uso pervasivo delle circolari lasci spazio ad un necessario intervento del legislatore<sup>205</sup>; i tempi, però, non ci sembrano maturi.

---

*La nuova circolare DAP sul 41-bis: cosa cambia*, in *Il quot. giur.*, 13 ottobre 2017. Per una disamina più approfondita, cfr. C. FIORIO, «Fermo restando»: l'art. 41-bis ord. penit. tra il gerundio della legislazione e l'imperativo dell'amministrazione, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 388.

<sup>201</sup> Ad esempio, in tema di colloqui visivi con figli e nipoti in linea retta minori di 12 anni. Cfr. art. 16 della circolare.

<sup>202</sup> Tuttavia, la "spada di Damocle" di pronunce "negative" di Strasburgo è stata citata come "stimolo" alla compilazione dell'atto dal capo del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del tempo: «È evidente – noi l'abbiamo notato – che c'è molta attenzione a questa nuova circolare, frutto di un'esigenza che è stata diffusamente avvertita. Noi abbiamo avuto delle osservazioni anche in relazione alla tutela di diritti e di garanzie. Per evitare censure o richiami anche a livello europeo, garantendo sicurezza e ordine nelle nostre strutture e cercando di garantire, con le difficoltà che vi sono note, anche la non comunicabilità all'esterno, abbiamo cercato di conciliare queste esigenze, le nostre di ordine e sicurezza, con le richieste che ci venivano fatte» (cfr. Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle Mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Resoconto stenografico della seduta di giovedì 26 ottobre 2017*, 4).

<sup>203</sup> Alla «regolamentazione omogenea dello svolgimento delle attività nelle sezioni detentive» si richiama infatti l'organo emittente nella premessa della circolare (4).

<sup>204</sup> In senso adesivo, cfr. V. MANCA, *La nuova circolare DAP sul 41-bis*, cit.

<sup>205</sup> Così si esprime M. RUOTOLO, *Luci e ombre della sentenza Muršić – Relazione al 1° Seminario di studio e approfondimento organizzato dal Garante Nazionale dei diritti dei detenuti o delle persone private della libertà personale*, in <https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/studi-e-ricerche/commenti-e-interventi/249-luci-e-ombre-della-sentenza-mursic>.



## **A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis**

di Marina Silvia Mori\*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, PRIMA SEZIONE, *PROVENZANO C. ITALIA*, RIC. N. 55080/13, 25 OTTOBRE 2018

**ABSTRACT:** A seguito della sentenza *Provenzano c. Italia*, l'Autore esamina le doglianze presentate alla Corte europea e le problematiche specifiche evidenziate dalla pronuncia di Strasburgo, in particolare in materia di tutela giurisdizionale dei decreti applicativi del regime penitenziario differenziato

### **In Strasbourg there is a Judge also for the Mafia Bosses: the prison regime provided for in section 41-bis of the Prison Administration Act doesn't capitulate with Provenzano, but it's giving in**

**ABSTRACT:** *Following the Court's Judgment "Provenzano vs. Italia", the Author reviews the Alleged Violations of the Convention submitted to the European Court of Human Rights, as well as specific Issues shown from Strasbourg's Ruling, especially with regard to Judicial Protection of Minister of Justice decrees about the prison regime provided for in section 41-bis of the Prison Administration Act.*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda all'esame della Corte – 2. Le eccezioni preliminari del Governo sul mancato esaurimento dei rimedi interni. – 3. L'incompatibilità del regime restrittivo con le condizioni di salute del ricorrente. – 4. La ripetuta applicazione dei decreti di rinnovo del regime differenziato. – 5. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-bis OP. – 6. Gli elementi di novità della sentenza Provenzano: la motivazione dei decreti di rinnovo e la loro impugnazione.

#### **1. La vicenda all'esame della Corte**

Con il prevedibile sdegno di parte dell'opinione pubblica, la Corte europea pronunciava il 25 ottobre 2018 la sentenza che chiudeva una vicenda molto nota, riguardante uno dei più conosciuti capi della criminalità organizzata in Italia, deceduto nel 2016.

Il ricorso era stato presentato dai familiari di Bernardo Provenzano (del quale il figlio, già tutore del Provenzano a seguito delle condanne irrogate, era stato successivamente nominato anche amministratore di sostegno) nel 2013, lamentando la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia sotto il profilo delle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia quanto al continuo rinnovo del regime differenziato *ex art. 41 bis OP*, nonostante il precario e inaggravante stato di salute

---

\* Avvocato, componente dell'Osservatorio Europa dell'Unione delle Camere Penali.



dell'interessato. Al decesso del Provenzano, il figlio dichiarava la volontà che la trattazione del ricorso proseguisse<sup>1</sup>.

Questa, in sintesi, la vicenda.

Provenzano era arrestato l'11 aprile 2006, dopo una latitanza quarantennale, per scontare numerose condanne già definitive per reati di criminalità organizzata. Il successivo 13 aprile il Ministero emetteva il decreto applicativo del regime differenziato ai sensi dell'art. 41 bis OP. La detenzione veniva scontata nelle strutture di Novara, Parma e Milano – Opera, con successivo ricovero definitivo presso un nosocomio milanese, fino al momento del decesso. Al momento della presentazione del ricorso alla Corte europea, erano pendenti ulteriori procedimenti penali a carico del Provenzano. Già nel 2012 il GUP di Palermo aveva disposto una perizia per la valutazione della capacità di stare in giudizio dell'imputato, la cui conclusione aveva portato alla sospensione del processo a suo carico nel marzo 2013<sup>2</sup>.

La sentenza ripercorre con certissima attenzione la vicenda clinica del detenuto, affetto da encefalopatia vascolare, epatite C, morbo di Parkinson e ipertensione arteriosa, descrivendone il progressivo decadimento delle funzioni cognitive e l'intervento sempre più massiccio di interventi a supporto delle sue primarie funzioni vitali (cateterizzazione, nutrizione e idratazione artificiale eccetera). Vengono riportate anche le ripetute cadute nella cella, i ricoveri d'urgenza per crisi ipertensiva, per la rimozione di un ematoma subdurale, per infezioni batteriche. Se già nel 2012 il detenuto appariva disorientato, nel 2013 l'Ospedale di Parma ne certificava il serio decadimento cognitivo, con eloquio limitato a poche incomprensibili sillabe.

La Corte dà conto dell'assistenza medica e infermieristica fornita continuativamente al detenuto nel corso degli anni, nonché degli interventi interni alla struttura penitenziaria di Parma per consentirvi la permanenza del Provenzano dopo la dimissione ospedaliera. Si riportano però anche due denunce presentate dai familiari del Provenzano: nella prima si lamentava la carenza di assistenza in occasione di una caduta avvenuta nel 2012, e nella seconda si censuravano le condizioni igieniche scadenti in cui il detenuto, non più autonomo,

---

<sup>1</sup> È significativa la notevole opposizione formulata nelle difese del Governo italiano alla prosecuzione della trattazione del ricorso dopo il decesso del Provenzano. In particolare, il Governo sosteneva che il figlio del ricorrente non potesse rivestire la qualifica di vittima indiretta, in quanto la violazione dell'art. 3 della Convenzione non lo avrebbe direttamente riguardato e si verterebbe in una ipotesi di diritto intrasferibile, e che - inoltre - la volontà di proseguire nella trattazione non sarebbe stata adeguatamente motivata da parte del Signor Angelo Provenzano (sentenza, par. 94). La Corte in primo luogo rimarcava la differenza tra i casi in cui il ricorso sia introdotto dopo il decesso da parte degli eredi e quando, invece, la morte sia intervenuta dopo la presentazione del ricorso (*Ergezen c. Turchia*, 8.4.2014, ric. n. 73359/10, par. 28; *Fairfield c. Regno Unito* (dec.) 8.3.2005, ric. n. 24790/04; *Biç e altri c. Turchia*, 2.2.2006, ric. n. 55955/00, par. 20). La sentenza segnalava inoltre come, per giurisprudenza consolidata della Corte, la valutazione della qualifica di "vittima indiretta" riguardi solo i casi in cui il ricorso venga introdotto dopo il decesso del soggetto che abbia patito direttamente la violazione (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania* [GC], 17.7.2014, ric. n. 47848/08, parr. 97-100). Infine, nel rigettare l'eccezione del Governo, evidenziando come il ricorso fosse stato presentato nell'interesse di Bernardo Provenzano quando il figlio Angelo già ne era tutore, la Corte ricordava il principio per cui per la dimensione "morale" dei diritti dell'uomo le persone prossime ad un ricorrente deceduto possano avere un interesse a che venga dichiarata la sussistenza della violazione, anche a prescindere da qualunque interesse materiale: "*The Court reiterates that it is not only material interests which the successor of a deceased applicant may pursue by his or her wish to maintain the application. Human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, and persons near to an applicant may thus have a legitimate interest in ensuring that justice is done, even after the applicant's death*" (par. 96).

<sup>2</sup> Il provvedimento di sospensione riguardava il notissimo processo "*Trattativa*".

era costretto a vivere: condizioni desumibili dagli indumenti del medesimo consegnati dalla struttura penitenziaria ai familiari. Non sono noti gli esiti delle predette denunce.

Nel corso della detenzione del Provenzano a Parma e a Milano, i difensori attivavano varie procedure per chiedere il differimento dell'esecuzione della pena per ragioni sanitarie, ai sensi degli articoli 146 e 147 c.p., delle cui decisioni si dà rapidamente conto:

- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 3 maggio 2013: rigetto perché le condizioni del detenuto non erano deteriorate al punto da non rispondere ai trattamenti; sotto il profilo dell'art. 147 c.p. il Tribunale segnalava la possibilità di accedere a ricoveri anche per periodi considerevoli in strutture esterne al carcere, ricordando la seria pericolosità del detenuto e il rischio di commissione di nuovi reati;
- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 27 agosto 2013: decisione sovrapponibile a quella precedente. Il Tribunale precisava che, nonostante il deficit cognitivo comprovato, non fosse da escludere la possibilità del detenuto di comunicare con l'esterno, con il rischio di reiterazione di reati. Il provvedimento veniva impugnato in Cassazione e la Suprema Corte rigettava il ricorso il 4 aprile 2014;
- Tribunale di Sorveglianza di Milano, 3 ottobre 2014: decisione assunta dopo lo svolgimento di perizia. Secondo il Tribunale, il ricovero presso una struttura sanitaria altamente specializzata consentiva di trattare al meglio il Provenzano, ancor di più in quanto collocato nell'apposita sezione riservata ai detenuti di massima sicurezza. La Cassazione rigettava il ricorso dei difensori il 9 giugno 2015;
- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 11 novembre 2014, sovrapponibile al provvedimento milanese;
- Magistrato di Sorveglianza di Milano, 11 luglio 2016, rigetto della misura provvisoria di differimento della esecuzione.

Nel marzo 2013 i difensori sollecitavano ai Tribunali di Sorveglianza di Bologna e Roma e al Ministero della giustizia la revoca del regime differenziato, in considerazione dell'intervenuto decadimento cognitivo del detenuto. La Direzione Distrettuale Antimafia di Caltanissetta esprimeva parere favorevole alla revoca, anche considerata la sospensione del processo nei confronti del Provenzano disposta dal GUP di Palermo. Il 27 agosto 2013 il Tribunale di Sorveglianza di Roma dichiarava inammissibile l'istanza, ritenendo riservata al Ministero qualunque eventuale decisione sulla revoca del regime penitenziario. La nuova istanza al Ministero del novembre 2013 veniva nuovamente rigettata.

Il provvedimento di rinnovo del regime differenziato del 26 marzo 2014, come di consueto nei decreti applicativi del 41 bis, affermava la capacità del detenuto di mantenere contatti con la criminalità organizzata, ne considerava la caratura all'interno dell'organizzazione mafiosa, riportava nel dettaglio le condanne già comminate al Provenzano, indicava la perdurante latitanza di altri appartenenti all'organizzazione criminale come un indice di vitalità della cosca, precisava che il regime differenziato costituirebbe una misura di prevenzione e non un aggravamento della pena, che non spetterebbe al Ministero comminare<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> La frase normalmente contenuta nei decreti è la seguente: "*Tale regime differenziato costituisce una misura di prevenzione atta ad impedire i suddetti pregiudizi e non va intesa, né confusa, con le funzioni di aggravamento della pena o di esatta commisurazione o configurazione della stessa, che esulano dalle attribuzioni conferite dalla Costituzione al Potere Esecutivo e, più in particolare, al Ministro della Giustizia*". Senza alcuna pretesa di completezza in questa sede, alcune considerazioni devono essere svolte in ordine a questa auto-qualificazione del regime differenziato fornita dal Ministero, a modo di *excusatio non petita*. La Corte europea dei diritti dell'uomo (che pure, come si preciserà *infra*, ha sempre ritenuto il regime differenziato compatibile con la

Le Direzioni Distrettuali Antimafia di Caltanissetta, Firenze e Palermo avevano espresso parere contrario al rinnovo del regime, in considerazione dello stato di salute del Provenzano, sebbene la DDA di Palermo ne segnalasse comunque la persistente pericolosità. La DNA, invece, sosteneva che si vertesse solo in un caso di deterioramento non quantificabile delle capacità cognitive e non di un totale annichilimento delle medesime, tanto che il detenuto avrebbe potuto comunicare ordini all'esterno, in caso di revoca del regime differenziato. Il Tribunale di Sorveglianza di Roma rigettava il reclamo dei difensori, pur dando atto del serio declino cognitivo, evidenziando come, sulla base della documentazione clinica disponibile, non ci fosse la certezza assoluta che il detenuto non potesse comunicare con l'esterno, veicolando messaggi alla organizzazione criminosa di appartenenza attraverso i familiari. Seguivano le consuete considerazioni sulla latitanza perdurante di altri appartenenti all'associazione mafiosa, sulla rete di contatti che avevano consentito al Provenzano di protrarre la latitanza per decenni, consentendogli di proseguire la gestione della associazione stessa.

Il 23 marzo 2016 veniva notificato l'ulteriore rinnovo del regime differenziato per altri due anni. Il testo del provvedimento ricalcava quello del biennio precedente, salvo alcuni elementi: mentre le DDA di Caltanissetta e Firenze confermavano il proprio parere negativo alla sospensione delle ordinarie regole di trattamento (Caltanissetta per il deterioramento cognitivo del ricorrente, Firenze perché non risultavano indagini in corso che riguardassero il Provenzano), la Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo questa volta (in contrasto con il parere di due anni prima) riteneva assolutamente necessario prevenire ed interrompere le perduranti e pericolose relazioni del ricorrente con il mondo esterno e con altri detenuti, che gli avrebbero consentito di proseguire la gestione delle attività illecite che aveva diretto per anni. Per il resto la DDA di Palermo si rifaceva al provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Roma di rigetto del reclamo relativo al rinnovo del 2014, specificando che il regime differenziato non interferiva sul trattamento delle varie patologie del ricorrente. La difesa del ricorrente impugnava il decreto di rinnovo, ma il Provenzano decedeva prima della fissazione dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza di Roma.

---

Convenzione, sebbene ne abbia per alcuni aspetti censurato alcune previsioni) ha fortemente stigmatizzato il caso in cui la pena prevedibilmente applicabile al momento della commissione del fatto-reato venga successivamente modificata in modo significativo, ritenendo che non si versi più nella categoria delle "modalità di esecuzione della pena", riservate alla competenza statale, ma in una effettiva rideterminazione della pena, in relazione alla quale sarebbe invocabile la violazione dell'art. 7 della Convenzione (*Del Río Prada c. Spagna*, [GC], 21.10.2013, ric. n. 42750/09, par. 109), argomentazione che è stata recentemente ripresa anche a seguito dell'inserimento nell'art. 4 bis c. 1 OP dei reati contro la Pubblica Amministrazione: si veda V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.* 2/2019, 114-115. Pare ben difficile ascrivere alle sole modalità di esecuzione i divieti rigorosissimi imposti dal regime differenziato, per cui un primo problema di possibile violazione della norma convenzionale si potrebbe porre in relazione a chi stia scontando pene detentive in detto regime per reati commessi prima dell'introduzione dell'art. 41 bis OP. Sotto un ulteriore profilo, si consideri che la Corte di Cassazione ha ripetutamente rimarcato che lo Stato italiano non ha rispettato il principio di buona fede internazionale quando, nel corso di una procedura estradizionale, le Autorità interne non avevano segnalato allo Stato richiesto che l'estradando avrebbe potuto essere sottoposto al regime differenziato, così di fatto confermando l'impossibilità di inserire detto regime tra le mere modalità di esecuzione della pena di rigorosa competenza interna (Cass. pen. Sez. I, 18.4.2018 (ud. 27.2.2018), n. 17460 e Cass. Pen. Sez. V, 4.7.2019 (ud. 5.2.2019, n. 29386).

## 2. Le eccezioni preliminari del Governo sul mancato esaurimento dei rimedi interni

Nella ricostruzione del diritto interno rilevante, la sentenza della Corte europea, con merito, non si limita alla citazione della normativa vigente, ma evidenzia i limiti del ricorso in Cassazione in materia di reclami sul regime differenziato, riportando i principi espressi nelle sentenze della Suprema Corte<sup>4</sup>. Inoltre, viene citato il “*Rapporto sul Regime Detentivo Speciale – Indagine conoscitiva sul 41 bis*” pubblicato nell’aprile 2016 dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, nel quale si raccomandava espressamente una istruttoria più approfondita da parte degli uffici preposti al rinnovo dei decreti di regime differenziato, in particolare al fine di evitarne l’applicazione a detenuti incapaci di intendere e volere.

Superata la questione preliminare relativa alla persistenza di interesse e di titolarità del figlio del ricorrente dopo il decesso del Provenzano, della quale si è dato conto<sup>5</sup>, il Governo eccepiva il mancato esaurimento dei ricorsi interni da parte del ricorrente sotto due diversi profili.

In primo luogo la difesa governativa sosteneva, in relazione al decreto emesso nel 2014, che il Provenzano non avesse utilizzato tutti gli strumenti dell’ordinamento interno per porre rimedio alla violazione, in particolare *a)* non avendo sempre impugnato in Cassazione i provvedimenti di rigetto dei differimenti ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. e *b)* non avendo esperito il rimedio di cui al D.L. 146/2013 interessando il Magistrato di Sorveglianza. La Corte rigettava l’eccezione ribadendo la propria giurisprudenza consolidata<sup>6</sup>, secondo la quale, in presenza di più rimedi interni idonei alla riparazione di una violazione, non è onere del ricorrente percorrerli necessariamente tutti, e ritenendo conseguentemente integrati i requisiti di cui all’art. 35 par. 1 della Convenzione.

In secondo luogo, il Governo eccepiva la mancanza del ricorso in Cassazione avverso l’ordinanza del Tribunale di Roma del 5 dicembre 2014. Il provvedimento della Corte, su questa specifica questione, è di notevole interesse. Argomentando sulla distribuzione dell’onere della prova tra le parti, e rammentando che il rimedio non esperito deve essere caratterizzato da accessibilità ed adeguatezza, per comportare un onere di esperimento per il ricorrente<sup>7</sup>, la Corte riteneva che il Governo avesse omesso di specificare perché il ricorso per Cassazione potesse essere un rimedio adeguato alle doglianze del Provenzano. Questo, in particolare, considerati i rigorosissimi limiti imposti dalla Cassazione al concetto di “violazione di legge”, unico parametro funzionale al ricorso avverso il rigetto del reclamo, limiti identificabili nella carenza assoluta di motivazione o in vizi tali da rendere il provvedimento incomprensibile.

## 3. L’incompatibilità del regime restrittivo con le condizioni di salute del ricorrente

Quanto alla prima delle due doglianze per violazione dell’art. 3 della Convenzione, la Corte conclude all’unanimità per la non violazione. Sull’adeguatezza delle cure mediche, la sentenza

<sup>4</sup> In particolare, Cass. pen. Sez. I 22.1.2014 n. 2984, *Trombetta*, e la nota Cass. pen. Sez. I 18.3.2016 (ud.19.2.2016), n. 11620, *Oppedisano*.

<sup>5</sup> Si veda *supra*, nota 1.

<sup>6</sup> *Micallef c. Malta*, [GC], 15.10.2009, ric. n. 17056/06, par. 58; *Nada c. Svizzera*, [GC], 12.9.2012, ric. n. 10593/08, par. 142; *Göthlin c. Svezia*, 16.10.2014, ric. n. 8307/11, par. 45; *O’Keefe c. Irlanda*, [GC], 28.1.2014, ric. n. 35810/09, parr. 109-111.

<sup>7</sup> Giurisprudenza ampiamente consolidata: *Sejdovic c. Italia*, [GC], 1.3.2006, ric. n. 56581/00, par. 46; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, [GC], 17.9.2009, ric. n. 10249/03, par. 71, oltre alle ulteriori sentenze citate al par. 109 della sentenza.

ricorda che la valutazione deve essere svolta caso per caso (una visita medica con prescrizione di terapia potrebbe non essere sufficiente), con piena flessibilità<sup>8</sup>, e ribadisce che in relazione ai possibili maltrattamenti deve essere fornita la prova oltre ogni ragionevole dubbio, anche se possono essere sufficienti indizi gravi, precisi e concordanti e la sussistenza di fatti specifici incontestati per integrare la violazione<sup>9</sup>. La Corte ritiene, in sintesi, che il ricorrente risultasse monitorato costantemente e di non avere sufficiente prova del fatto che il personale medico o infermieristico fosse stato negligente. La sentenza esprime però preoccupazione per il fatto che il letto del detenuto non fosse stato dotato di sbarre per evitare cadute immediatamente dopo l'episodio del 2012, e nonostante il medico ne avesse verbalizzato la necessità nel dicembre dello stesso anno, sebbene l'episodio non raggiunga, a giudizio della Corte, la gravità che consente di ritenere integrata la violazione dell'art. 3. La conclusione è che la Corte non ritiene che le modalità di detenzione fossero di per sé incompatibili con le gravi condizioni di salute e l'età avanzata del Provenzano, o che la salute del ricorrente non fosse stata adeguatamente tutelata.

#### **4. La ripetuta applicazione dei decreti di rinnovo del regime differenziato**

Quanto al rinnovo del regime differenziato del marzo 2014, la Corte esclude la sussistenza della violazione convenzionale, sulla base dei seguenti motivi. Esclusa l'incompatibilità convenzionale del regime di 41 bis, anche se protratto per lunghi periodi, la Corte dubita che nel caso concreto le ragioni poste alla base del decreto fossero effettivamente sufficienti a giustificare il rinnovo della misura, considerato il rilevante decadimento cognitivo del ricorrente. In questo senso la Corte differenzia il caso concreto da quello di un detenuto che patisca di problemi fisici anche gravi, che però non interferiscono con la sfera cognitiva del medesimo: al contrario, la documentazione clinica di Provenzano suggeriva seri dubbi sulla capacità di quest'ultimo di mantenere contatti significativi e costruttivi con l'organizzazione criminale. Nella sentenza si esprime preoccupazione per il fatto che il decreto di rinnovo del 2014 non contenesse particolari considerazioni sul decadimento cognitivo del ricorrente, e la Corte rammenta che l'imposizione di restrizioni aggiuntive al normale regime penitenziario da parte di autorità non giurisdizionali a propria discrezione, senza una effettiva valutazione individualizzata, lede la dignità del detenuto e costituisce una violazione dell'art. 3. La violazione in relazione al rinnovo del 2014, però, viene esclusa perché la Corte ritiene che il Tribunale di Sorveglianza di Roma, esaminando compiutamente la documentazione clinica e disponendo una propria perizia, avesse svolto un accertamento autonomo, tale da portare alla conclusione che non potesse essere esclusa con certezza la capacità del detenuto di far pervenire comunicazioni all'esterno penalmente rilevanti.

Ben diversa è la valutazione della Corte sul decreto di rinnovo del 2016.

La situazione del detenuto era ulteriormente peggiorata, come desumibile dalla documentazione clinica. La Corte ritiene, quindi, che vista la gravità della situazione, non solo la motivazione del rinnovo dovesse essere particolarmente dettagliata e approfondita, ma anche che le condizioni del Provenzano dovessero essere debitamente tenute in

---

<sup>8</sup> *Hummatov c. Azerbaigian*, 29.11.2001, ric. n. 9852/03, par. 116; *Khudobin c. Russia*, 26.10.2006, ric. n. 59696/00, par. 83; *Blokhin c. Russia* [GC], 23.3.2016, ric. n. 47152/06, par. 37; *Aleksanyan c. Russia*, 22.12.2008, ric. n. 46468/06, par. 140.

<sup>9</sup> *Enea c. Italia*, [GC] 17.9.2009, ric. n. 74912/01, par. 55: si veda *infra* per ulteriori riferimenti alla medesima pronuncia.



considerazione. Invece, nel decreto di rinnovo il Ministro non svolgeva alcuna valutazione esplicita ed autonoma dello stato cognitivo del detenuto, tanto da rendere impossibile per la Corte apprezzare in che modo fosse stata tenuta in considerazione la situazione clinica del Provenzano.

### 5. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-bis OP

Al di là degli strepiti di certa stampa e delle dichiarazioni ben poco corrispondenti al contenuto della sentenza rese da esponenti pubblici, la pronuncia Provenzano non scalfisce né in generale il regime differenziato né la legalità convenzionale del medesimo su specifici aspetti trattamentali, legalità ad oggi confermata con il riferimento alla giurisprudenza sul punto, ampiamente citata anche dal Governo nelle proprie difese. A conferma, se ce ne fosse bisogno, che la peculiarità della criminalità organizzata italiana è ben nota alla Corte europea.

Prima di esaminare gli aspetti di significativa originalità della sentenza Provenzano, ci si permette un breve *excursus* sullo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di 41 bis OP.

A parte pronunce che hanno riguardato specifici episodi, in particolare i drammatici eventi del carcere di Pianosa<sup>10</sup>, le sentenze della Corte hanno nel tempo contribuito a limare alcune delle maggiori asperità del regime differenziato.

Come è noto, fin dalle sentenze *Calogero Diana*<sup>11</sup> e *Domenichini*<sup>12</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva rilevato le significative criticità in materia di art. 8, quanto al controllo della corrispondenza dei ricorrenti sottoposti a regime differenziato, per la mancanza di base legale per consentire l'interferenza (possibile durata del provvedimento di controllo e motivazioni sottese alla emissione del medesimo) e l'assenza di un rimedio giurisdizionale accessibile: del resto, la Corte di Cassazione all'epoca affermava che "*le contrôle de la correspondance d'un détenu constitue un acte de nature administrative; elle a aussi affirmé que le droit italien ne prévoit pas de voies de recours à cet égard, le visa de censure ne pouvant notamment pas faire l'objet d'un pourvoi en cassation, car il ne concerne pas la liberté personnelle du détenu*"<sup>13</sup>. Le ulteriori condanne per violazione dell'art. 8<sup>14</sup> (e in molti casi anche dell'art. 13)

<sup>10</sup> Ci si riferisce alle sentenze *Labita c. Italia*, 6.4.2000, ric. n. 26772/85, e *Indelicato c. Italia*, 18.10.2001, ric. n. 31143/96. In entrambi i casi la Corte riconobbe solo la violazione procedurale dell'art. 3, ma merita un cenno il Rapporto di Amnesty International del 1992, riportato in entrambe le sentenze, secondo il quale circa cinquanta detenuti del carcere di Pianosa avevano lamentato di avere subito gravi maltrattamenti precisando nel dettaglio le pratiche deteriori alle quali erano stati sottoposti, sebbene solo i due ricorrenti avessero voluto rivelare il proprio nome: sentenza *Indelicato, cit.*, par. 19. Anche il Magistrato di Sorveglianza di Livorno stilò un rigoroso rapporto sulle violazioni patite dai detenuti (*Indelicato, cit.*, par. 20; *Labita, cit.*, par. 43).

<sup>11</sup> *Calogero Diana c. Italia*, 21.10.1996, ric. n. 15211/89.

<sup>12</sup> *Domenichini c. Italia*, 15.11.1996, ric. n. 15943/90.

<sup>13</sup> *Calogero Diana, cit.*, par. 21. Il riferimento nella pronuncia della Corte EDU è alle sentenze di Cassazione penale n. 3141 del 14.2.1990 e n. 4687 del 4.2.1992

<sup>14</sup> *Messina (n. 2) c. Italia*, 28.9.2000, ric. n. 25498/94; *Rinzivillo c. Italia*, 21.12.2000, ric. n. 31543/96; *Di Giovine c. Italia*, 26.7.2001, ric. n. 39920/98; *Messina (n. 3) c. Italia*, 24.10.2002, ric. n. 33993/96; *Madonia c. Italia*, 6.7.2004, ric. n. 55927/00; *Ospina Vargas c. Italia*, 14.10.2004, ric. n. 40750/98; *Musumeci c. Italia*, 6.6.2005, ric. n. 33695/96; *Leo Zappia c. Italia*, 29.9.2005, ric. n. 77744/01; *Argenti c. Italia*, 10.11.2005, ric. n. 56317/00; *Manuele Salvatore c. Italia*, 6.12.2005, ric. n. 42286/98; *Viola c. Italia*, 29.6.2006, ric. n. 8316/02; *Campisi c. Italia*, 11.7.2006, ric. n. 24358/02; *Bastone c. Italia*, 11.7.2006, ric. n. 59638/00; *Asciutto c. Italia*, 27.11.2007, ric. n. 35795/02; *Papalia c. Italia*, 4.12.2007, ric. n. 60395/00; *Bagarella c. Italia*, 15.1.2008, ric. n. 15625/04; *Di Giacomo c. Italia*, 24.1.2008, ric. n. 25522/03; *Cavallo c. Italia*, 4.3.2008, ric. n. 9786/03; *Guidi c. Italia*, 27.3.2008, ric. n. 28320/02; *De Pace c. Italia*, 17.7.2008, ric. n. 22728/03; *Zara c. Italia*, 20.1.2009,



evidenziavano un problema strutturale di tutela, al quale finalmente il legislatore poneva rimedio con la modifica delle norme dell'Ordinamento Penitenziario contenuta nella legge n. 95 dell'8.4.2004.

Un secondo aspetto oggetto di molteplici pronunce, anch'esso sintomatico di una problematica per lungo tempo generalizzata, riguarda la violazione dell'art. 6 CEDU inteso come diritto di accesso a un tribunale.

Dalla sentenza *Ganci*<sup>15</sup> si cominciava ad evidenziare la criticità dei tempi di trattazione dei reclami avverso i decreti applicativi del regime differenziato da parte dei Tribunali di Sorveglianza e della Corte di Cassazione. Nel caso del ricorrente, che aveva impugnato otto dei nove decreti ministeriali, si giungeva in quattro casi a pronunce nelle quali veniva dichiarata la carenza di interesse del reclamante, poiché nel frattempo era intervenuto un nuovo decreto di rinnovo. La Corte, che riteneva la doglianza qualificabile sotto il profilo civile dell'art. 6 della Convenzione<sup>16</sup>, precisava: "*Par ailleurs, si la loi applicable prévoit un délai de décision de dix jours seulement, c'est, de l'avis de la Cour, en raison, d'une part, de la gravité de l'impact du régime spécial sur les droits du détenu et, d'autre part, de la validité limitée dans le temps de la décision attaquée*"<sup>17</sup>. Proprio a seguito della pronuncia *Ganci*, e della riforma introdotta con legge 279/2002, che stabilizzava il regime differenziato nell'Ordinamento Penitenziario, la Cassazione interveniva modificando la propria giurisprudenza precedente e ritenendo che un detenuto abbia comunque interesse ad ottenere una decisione, anche se il periodo di validità del decreto impugnato sia scaduto, in considerazione degli effetti diretti della decisione sui decreti successivi al decreto impugnato<sup>18</sup>.

A parte i due aspetti evidenziati, la Corte europea non ha mai individuato violazioni convenzionali nell'esistenza *in se* del regime differenziato e, anche quando interpellata per specifiche situazioni dei ricorrenti, che lamentavano l'applicazione di un trattamento inumano e degradante nei propri confronti per ragioni connesse al proprio stato di salute (su tutti, il

---

ric. n. 24424/03; *Annunziata c. Italia*, 7.7.2009, ric. n. 24423/03; *Salvatore Piacenti c. Italia*, 7.7.2009, ric. n. 24425/03; *Stolder c. Italia*, 1.12.2009, ric. n. 24418/03.

<sup>15</sup> *Ganci c. Italia*, 30.10.2003, ric. n. 41576/98.

<sup>16</sup> "*La Cour partage l'opinion du Gouvernement selon laquelle le volet pénal de l'article 6 ne saurait s'appliquer en l'espèce : en effet, les procédures litigieuses ne concernaient pas le bien-fondé d'une accusation pénale portée contre le requérant. En revanche, la Cour se doit de contrôler si le volet civil de l'article 6 s'applique en l'espèce, car il était question d'une contestation sur [des] droits et obligations de caractère civil* ». (...) *Or la Cour constate que, lors de l'examen des réclamations introduites contre les arrêtés n°s 2 et 8 (...), les juridictions saisies firent en partie droit aux demandes du requérant. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n°26 de 1999 (...), s'est prononcée sur la nécessité d'assurer une protection judiciaire contre les restrictions subies par les détenus. (...) la Cour note que certaines au moins des limitations sérieuses établies par les arrêtés du ministre de la Justice au regard du requérant – comme celles visant ses contacts avec sa famille et celles ayant une retombée patrimoniale – relèvent assurément des droits de la personne et, partant, revêtent un caractère civil. 26. Par conséquent, la Cour constate que l'article 6 est applicable au cas d'espèce.*", *Ganci, cit.*, par. 22-26.

<sup>17</sup> *Ganci, cit.*, par. 31. Il principio era ripreso in altre sentenze di condanna, tra le quali *Bifulco c. Italia*, 8.2.2005, ric. n. 60915/00. La frase contenuta nella sentenza *Ganci* e il richiamo alla necessità di una verifica giurisdizionale in tempi rapidi in considerazione della significatività dell'impatto del regime differenziato dovrebbero essere un monito importante per il Tribunale di Sorveglianza di Roma, pur dopo l'ulteriore prolungamento dell'efficacia dei decreti, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 94/2009 (si veda *infra*, par. 6).

<sup>18</sup> Cass. Pen. Sez. I, 5.2.2004 (ud. 26.1.2004), n. 4599, *Zara*.

*leading case Enea c. Italia*<sup>19)</sup> o la prosecuzione del regime differenziato per una durata talmente protratta da configurare, nell'ipotesi del ricorrente, una violazione dell'art. 3<sup>20)</sup>, ha sempre respinto le doglianze, ritenendo non superata quella soglia di gravità richiesta per la violazione sostanziale del predetto articolo. Anche le ulteriori doglianze, specificamente relative ai contatti con i familiari, alle perquisizioni o alla trattazione dei processi in videoconferenza sono sempre state respinte, in quanto misure ritenute dalla Corte proporzionate alla finalità di sicurezza perseguita con il regime differenziato. Quando le modalità di applicazione del regime detentivo sono apparse, dalla ricostruzione del fatto offerto dal ricorrente, particolarmente vessatorie, le procedure davanti alla Corte europea si sono però scontrate con problematiche connesse al mancato esaurimento dei ricorsi interni, che ne hanno impedito la trattazione<sup>21)</sup>.

## **6. Gli elementi di novità della sentenza Provenzano: la motivazione dei decreti di rinnovo e la loro impugnazione**

La sentenza Provenzano, sebbene non affronti la questione della legalità convenzionale del regime differenziato, che viene data per scontata, offre per la prima volta argomenti di riflessione sotto due profili.

Il primo riguarda l'adeguatezza del ricorso in Cassazione avverso il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Roma. La Corte europea evidenzia come i parametri interpretativi della Cassazione abbiano di fatto privato il rimedio di qualunque efficacia, salvo si versi in ipotesi deteriori (e ovviamente residuali) di assenza totale di motivazione o di motivazione pressoché incomprensibile. Tra le poche eccezioni alle valutazioni della Corte, a giudizio di chi scrive, vi era la sentenza *Farinella*<sup>22)</sup>, nella quale la Suprema Corte, annullando l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma, aveva evidenziato la necessità di valorizzare l'individualizzazione della risposta giurisdizionale in rapporto a mutazioni della personalità o a situazione soggettive particolari.

La Corte europea è giudice del caso concreto, e non si spinge a dichiarare *in generale* inadeguato il rimedio, ma evidenzia una mancanza di argomentazione da parte del Governo sulla efficacia del rimedio non esperito (e l'onere della prova, come noto, è a carico dello Stato, vertendosi in tema di esaurimento dei ricorsi interni). E ci si chiede, del resto, come avrebbe potuto argomentare il Governo, considerato che, sulla base dei parametri interpretativi consolidati almeno all'epoca, il ricorso non avrebbe avuto alcuna possibilità di essere accolto. Dalle affermazioni della Corte, però, poteva essere ricavato un principio secondo il quale, quando un ricorrente non lamenti *genericamente* la sottoposizione al regime differenziato come violazione dell'art. 3 (violazione che la Corte non ritiene sussistente quanto all'applicazione delle norme restrittive, come si è detto), ma abbia argomenti *specifici riferibili al proprio caso concreto*, quali, appunto, problematiche di salute di carattere psichico, possa ricorrere alla Corte europea senza prima adire la Cassazione. Considerato anche che i tempi di fissazione delle udienze del Tribunale di Sorveglianza di Roma stanno raggiungendo nuovamente la soglia di allarme, già in passato superata (salvo si voglia, come già avvenuto,

<sup>19)</sup> *Enea c. Italia*, cit.

<sup>20)</sup> *Gallico c. Italia*, 28.6.2005, ric. n. 53723/00.

<sup>21)</sup> Cfr. *Riina c. Italia*, 19.3.2013, ric. n. 43575/09: con una prima decisione, la Corte aveva aggiornato la trattazione della sola doglianza relativa alla videosorveglianza continua della cella del ricorrente, che con successiva pronuncia dell'11.3.2014 veniva dichiarata irricevibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni.

<sup>22)</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 19.4.2016 (ud. 27.1.2016), n. 16019.

dilatare ulteriormente i tempi di efficacia dei decreti di rinnovo, rimedio casereccio per impedire nuove condanne dello Stato italiano) e, pur con la drammatica gestione delle tempistiche di trattazione dei ricorsi da parte della Corte europea, si poteva ipotizzare una "scorciatoia" da tenere in considerazione<sup>23</sup>.

Altre considerazioni, sebbene molto in salita, avrebbero potuto essere svolte sulla mancanza di un effettivo rimedio avverso la pronuncia interna, con ulteriori valutazioni quanto alla tenuta convenzionale del sistema<sup>24</sup>.

Successivamente alla sentenza Provenzano, però, si è formata una giurisprudenza conseguente alla pronuncia 99/2019 della Corte Costituzionale che, sebbene non relativa alla verifica giurisdizionale dei decreti di regime differenziato, potrebbe consentire, per specifiche ipotesi, di ritenere sussistenti le caratteristiche di adeguatezza richieste dalla Corte europea affinché il rimedio interno debba essere obbligatoriamente esperito. La Corte di Cassazione, infatti, in materia di istanze di differimento pena o di detenzione domiciliare, ha precisato che la sottoposizione al regime differenziato non costituisce impedimento alla applicabilità della detenzione domiciliare "in deroga": ci si riferisce, in particolare, alla sentenza *Fabi*<sup>25</sup> e alla

<sup>23</sup> Si consideri, in relazione alla possibilità di presentare contemporaneamente ricorso in Cassazione e alla Corte europea che, anche recentemente, sulla scorta di vari precedenti, la Corte EDU ha escluso che la presentazione del ricorso a Strasburgo prima della decisione della Corte di Cassazione (che comunque deve intervenire prima della dichiarazione di ricevibilità da parte della Corte EDU) comporti violazione del principio di esaurimento dei ricorsi interni: *Knox c. Italia*, 24.1.2019, par. 110-111, "La Cour rappelle que l'épuisement des voies de recours internes s'apprécie, sauf exceptions, à la date d'introduction de la requête devant la Cour (...) Toutefois, elle rappelle aussi qu'elle tolère que le dernier échelon des recours internes soit atteint peu après le dépôt de la requête, mais avant qu'elle ne soit appelée à se prononcer sur la recevabilité de celle-ci".

<sup>24</sup> Nella giurisprudenza della Corte la garanzia del doppio grado di giurisdizione riguarda unicamente la materia penale ed è riservata a chi sia riconosciuto colpevole in un giudizio di merito, motivo per cui, allo stato, l'argomento non sarebbe spendibile in tema di ricorsi sul regime differenziato, salvo, con estremo azzardo, portare alle estreme conseguenze l'interpretazione desumibile da *Del Río Prada*, cit. supra, nota 3. Del resto, come detto, proprio le ripetutamente citate sentenze *Enea* e *Ganci*, in tema di ricevibilità, inquadrano le possibili violazioni sotto il *volet civil* dell'art. 6 della Convenzione, "in quanto il contenzioso penitenziario non riguarda in linea di principio la fondatezza di una 'accusa in materia penale'" (*Enea*, cit., par. 97, e si veda supra, la nota 16 per la sentenza *Ganci*).

<sup>25</sup> Cass. Pen. Sez. I, 5.7.2019 (ud. 7.5.2019), n. 29488, di cui si riporta uno stralcio di particolare interesse: "...il necessario bilanciamento dei valori coinvolti, in assenza di un complessivo intervento del legislatore, deve attuarsi - sempre secondo i contenuti della decisione del giudice delle leggi - mediante il ricorso allo strumento della detenzione domiciliare di cui all'art. 47ter co.1 ter (cd. detenzione domiciliare umanitaria o in deroga), e tale disposizione va ritenuta applicabile - in tal modo ampliandosi il ventaglio delle alternative decisorie possibili - anche alle ipotesi di infermità psichica di gravità e consistenza tale da determinare, in caso di protrazione della detenzione inframuraria, quel 'supplemento di pena' contrario al senso di umanità testè evocato. In tale quadro, peraltro, si evidenzia che la misura in questione può essere 'modellata' dal giudice sì da salvaguardare tanto il fondamentale diritto alla salute della persona sottoposta ad esecuzione penale che le esigenze di difesa della collettività, così come la allocazione del portatore della patologia psichica non è da individuarsi necessariamente con il «domicilio» ma con il luogo 'più adeguato' a contemperare le diverse esigenze coinvolte (ad es. un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza), con valutazione caso per caso ed apprezzamento concreto, tanto della gravità della patologia che del livello di pericolosità sociale della persona di cui si discute. 4. Tornando al caso oggetto di scrutinio, va pertanto rilevato che la condizione patologica, per come riportata nella stessa decisione impugnata, sofferta dal *Fabi* appare certamente di tipo psichico e di obiettiva consistenza e gravità. Gli orizzonti decisionali del giudice di merito, pertanto, vanno indubbiamente arricchiti dalla nuova opzione sin qui illustrata, la cui eventuale applicazione - per come sinora detto - passa attraverso la verifica in concreto della gravità della patologia e della idoneità dell'eventuale allocazione esterna, aspetti da apprezzarsi in sede di merito. Va in ogni caso precisato che alla valutazione di applicabilità della detenzione domiciliare 'in deroga' non può ritenersi di ostacolo né l'entità del residuo pena, né il titolo del reato in esecuzione (...) né la

sentenza *Pennestri*<sup>26</sup>. Già in precedenza la Cassazione aveva mostrato particolare attenzione alla carenza motivazionale sul punto (sentenza *Coniglio*<sup>27</sup> e sentenza *Latella*<sup>28</sup>). La questione non è esattamente sovrapponibile, come precisato, alla impugnazione del decreto applicativo del regime differenziato, che come noto consente solo il ricorso per violazione di legge, ma certamente le recenti pronunce offrirebbero al Governo un importante appiglio difensivo per eccepire il mancato esaurimento dei ricorsi interni, ove l'interessato presentasse ricorso direttamente a Strasburgo avverso l'ordinanza di rigetto del Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Il secondo aspetto, più rilevante a giudizio di chi scrive, e vero punto di frizione tra il regime differenziato e i diritti fondamentali, riguarda la natura e gli effetti dei decreti di rinnovo. Che la fonte di limitazioni così rilevanti e afflittive sia ministeriale e non giurisdizionale è argomento di enorme portata, non adatto alla trattazione in un breve articolo, ma se ne tenta comunque un cenno. La verifica giurisdizionale, solo in caso di reclamo, interviene ormai oltre un anno dopo la comunicazione del decreto di rinnovo, per la cronica carenza strutturale che affligge il Tribunale di Sorveglianza di Roma: la conseguenza è che per tutto il periodo che precede la pronuncia del Tribunale le importanti sospensioni alle ordinarie regole di trattamento, disposte in via amministrativa, restano prive di verifica da parte di un giudice. Ancora più grave se si ritiene che la carenza motivazionale del decreto trovi poi una sua "integrazione" solo nella pronuncia successiva del Tribunale, affermazione che deve portare alla conclusione che, allora, il decreto da solo non sia strumento idoneo alla decurtazione di diritti fondamentali.

La condanna comminata dalla Corte riguarda, infatti, la carenza motivazionale del decreto di rinnovo, che comunque ha esplicitato i propri effetti dal momento dell'emissione fino al decesso del ricorrente, avvenuto – come detto – prima della celebrazione dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza<sup>29</sup>. Questa "zona grigia" pre-giurisdizionale risulta totalmente priva di tutela e, per le lungaggini nella fissazione delle udienze, destinata a protrarsi ulteriormente, senza che siano ipotizzabili accelerazioni della verifica giurisdizionale o autonomi rimedi avverso decreti di contenuto stereotipato, che spesso si limitano all'elenco delle condanne (spesso molto risalenti) riportate dall'interessato, al riferimento a procedimenti in corso nei confronti di terzi, ad inferire la vitalità dell'organizzazione criminosa di appartenenza da episodi

---

*attuale sottoposizione del ricorrente al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen. Circa tale ultimo aspetto, va ricordato che la stessa Corte Costituzionale nella decisione num. 390 del 10 luglio 2002 ha affermato che l'esistenza del decreto ministeriale di sottoposizione al regime differenziato non può - in alcun modo - inibire l'adozione dei provvedimenti ritenuti necessari per la tutela del diritto alla salute da parte della competente autorità giurisdizionale, il che riporta al momento giurisdizionale la valutazione della concedibilità o meno del provvedimento di detenzione domiciliare 'in deroga, esclusivamente in rapporto alle condizioni di fatto ed alla necessità di salvaguardare, nelle forme ritenute più adeguate / il diritto alla salute del soggetto sottoposto ad esecuzione."*

<sup>26</sup> Cass. Pen. Sez. I, 12.7.2019 (ud. 28.5.2019) n. 30720.

<sup>27</sup> Cass. Pen. Sez. I, 19.12.2018 (ud. 16.11.2018) n. 57543.

<sup>28</sup> Cass. Pen. Sez. I, 31.5.2018 (ud. 1.2.2018) n. 24709.

<sup>29</sup> Vale la pena di riportare integralmente il paragrafo della sentenza sul punto: "The Court reiterates that the very essence of the Convention is respect for human dignity, and that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...). In this connection, the Court considers that subjecting an individual to a set of additional restrictions (...), which are imposed by the prison authorities at their discretion, without providing sufficient and relevant reasons based on an individualised assessment of necessity, would undermine his human dignity and entail an infringement of the right set out in Article 3."

avvenuti anche a notevole distanza dalla zona di provenienza dell'interessato. Il ragionamento della Corte nelle sentenze che avevano riconosciuto la violazione dell'art. 6 CEDU, del resto, è perfettamente sovrapponibile alla situazione attuale: *"il semplice superamento di un termine legale non costituisce una violazione del diritto garantito. Tuttavia, il tempo necessario per l'esame di un ricorso può minarne l'efficacia"*<sup>30</sup>.

La conseguenza è che potrebbe essere utilmente coltivata una questione riguardante la mancanza di effettività del rimedio giurisdizionale interno, che interviene solo dopo un lasso di tempo inadeguato, considerati gli effetti che il decreto applicativo ha sull'interessato e la cui qualifica di "vittima" non potrebbe essere messa in discussione, e la questione potrebbe essere fondata sulla stessa giurisprudenza che in passato ha sanzionato l'Italia per la tardività delle decisioni, alla quale si è fatto cenno *supra*.

Uno spunto ulteriore, che allo stato non trova appiglio nella giurisprudenza della Corte, ma che potrebbe, in futuro, trovare spazio, riguarda la possibilità di inquadrare il regime differenziato non più tra le modalità di esecuzione della pena, ma come la comminazione di una vera pena di specie diversa rispetto a quella prevista dal codice penale, se la stessa Corte europea in passato ha fatto riferimento a *"la gravité de l'impact du régime spécial sur les droits du détenu"*<sup>31</sup>.

Per concludere, non c'è, quindi, nella sentenza Provenzano una presa di posizione della Corte europea sul regime differenziato *in sé*, quanto piuttosto una evidenziazione di punti critici che riguardano le modalità di applicazione del regime stesso dal momento della sua inflizione ministeriale (fino all'eventuale valutazione giurisdizionale) e la effettività di una impugnazione di legittimità sempre più dubbia, salvo una evoluzione recente che dovrà essere attentamente monitorata. Punti critici che offrono notevoli spunti difensivi e che non devono essere sottovalutati.

---

<sup>30</sup> Enea, *cit.*, par. 82.

<sup>31</sup> Enea, *cit.*, par. 83.



**SEZIONE II**  
**LE PRESCRIZIONI TRATTAMENTALI E LE**  
**FONTI NORMATIVE, DALLA LEGGE**  
**ALLA CIRCOLARE AMMINISTRATIVA 2 OTTOBRE 2017**

\*\*\*

**SECTION II**  
**TREATMENT REQUIREMENTS**  
**AND REGULATORY SOURCES, FROM THE PENITENTIARY LAW**  
**TO THE ADMINISTRATIVE CIRCULAR DATED 2<sup>ND</sup> OCTOBER 2017**





## Introduzione

di Massimo Ruaro\*

La presente sezione si articola in tredici contributi, aventi per oggetto le singole restrizioni che connotano il regime *ex art. 41-bis*. Essi, nel fornire una panoramica aggiornata del grado di “durezza” di tale regime, in fin dei conti setacciano i fondali della disciplina e della prassi penitenziaria alla ricerca di quel “residuo prezioso” di libertà personale nel quale può riespandersi la personalità individuale del detenuto, come ha insegnato la Corte costituzionale in una delle prime pronunce (sent. 349 del 1993) attinenti all’istituto di cui si sta trattando, e come più di recente ha ribadito (sent. n. 186 del 2018).

In particolare, oggetto di analisi è la ben nota circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, intitolata «*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41 bis O.P.*», con cui l’amministrazione penitenziaria centrale ha inteso fornire alle direzioni degli istituti interessati una sorta di “testo unico” delle prassi da impiegare nelle sezioni detentive in cui si esegue il regime differenziato.

Volendo fornire una sintetica guida alla lettura dei contributi della presente sezione, è opportuno riservare qualche spunto di riflessione di carattere generale circa l’attuale regolamentazione del regime speciale. Vanno, in particolar modo, messe in luce alcune questioni di fondo inerenti alla citata circolare, che riguardano la sua posizione nel sistema delle fonti e la sua complessiva ispirazione.

1. Si può incominciare a mettere in evidenza che, a quasi trent’anni dalla sua introduzione, e a poco più di dieci dalla sua ultima sostanziale ristrutturazione, la parte dell’art. 41 *bis* OP dedicata al “carcere duro” (commi 2 - 2 *septies*) inizia oggettivamente a mostrare i segni del tempo. Sul piano definitorio, ad esempio, la sospensione «in tutto o in parte» dell’applicazione delle ordinarie regole di trattamento, originariamente giustificata dall’intenzione di creare un parallelismo con le situazioni di emergenza previste dal comma 1, non risulta più allineata né con l’attuale configurazione, ormai standardizzata, delle restrizioni, né con la progressiva trasformazione dell’istituto da strumento *emergenziale* - che ben poteva giustificare una «sospensione» del trattamento penitenziario ordinario - a strumento (soltanto) *speciale*. Da questo punto di vista, non è casuale che la circolare del 2017, per esigenze di omogeneizzazione, inquadri gli istituti in cui viene applicato il regime all’interno di un «*circuito detentivo*», che, nella scala crescente di sicurezza (custodia attenuata – media sicurezza – A.S.) va ovviamente a collocarsi su un gradino ancora più elevato. Attualmente, quindi, il 41-*bis* è propriamente un «regime speciale di detenzione» (comma 2-*quater*) organizzato come circuito penitenziario. Lo si può anche definire, in modo atecnico (v. *infra*, le considerazioni critiche di CARLO FIORIO e la dottrina richiamata dall’Autore), una «misura di prevenzione», come si legge nella *Premessa* della circolare e nei decreti ministeriali applicativi, ma soltanto a patto che non si azzardino paragoni con le altre misure di prevenzione personali “non giurisdizionali” (artt. 2 e 3 cod. antimafia), rispetto alle quali il 41-*bis* è incommensurabilmente più afflittivo, né con le misure di prevenzione patrimoniali (art. 16 ss. cod. antimafia), che pur comprimendo un bene costituzionalmente meno “prezioso” rispetto a quelli, a vario titolo, intaccati dalla sottoposizione al regime (diritto alla salute, diritto all’affettività, diritto di difesa: v. *infra*, i contributi di LUCILLA AMERIO, MARCO NESTOLA e MONICA MOSCHIONI), sono affidate, già in prima battuta, alla competenza di un organo giurisdizionale.

Anche la lettura del catalogo di restrizioni contenute nel comma 2-*quater* non restituisce un quadro aggiornato e coerente della disciplina: non solo perché l’elenco ha “perso per strada”, per mano della Corte costituzionale, le limitazioni ai colloqui difensivi (sent. 143 del 2013) e il divieto di cuocere cibi (sent. 186 del 2018, sulla quale v. *supra* il contributo di GIAN PAOLO DOLSO), ma anche per via delle incongruenze che si sono venute a creare a seguito della riforma “Bonafede” del 2018.

Pur non potendo, come noto, intaccare la disposizione in esame (v. l’*incipit* dell’art. 1 comma 85 legge 23 giugno 2017 n. 103), il decreto legislativo n. 123 del 2018 ha modificato gli artt. 10 e 11 ord. penit., richiamati, rispettivamente, dai commi 2-*quater* lett. *f*) e lett. *b*) dell’art. 41-*bis*. In entrambi i casi si può cogliere un difetto di coordinamento: la disciplina delle autorizzazioni in tema di ricovero esterno e di colloqui è oggi contenuta nel comma 4, e non più nel comma 2 dell’art. 11, e, con riferimento alla permanenza all’aria aperta (su cui vedi *infra* i contributi di LUISA DIEZ e VALENTINA CHIECO), il rinvio al limite di fruizione contenuto nel primo comma dell’art. 10, se letto senza considerare la successione nel tempo delle norme *ad quem*, potrebbe portare a considerare non temeraria la richiesta di fruizione di *quattro ore* di aria al giorno.

Ovviamente, è facile obiettare che una simile lettura è ostacolata dalla menzionata “clausola di sbarramento”: anche se non è certamente questa la sede per approfondire la questione, andrebbe attentamente valutato l’impatto sul regime speciale delle disposizioni della “riforma Bonafede”, che, pur non toccando espressamente l’art. 41-*bis* ord. penit., hanno introdotto regole di carattere generale, che possono interessare *anche* i detenuti cui è applicato il regime differenziato. A nessuno verrebbe mai in mente di sostenere, ad esempio, che il provvedimento che pone un soggetto indagato 41-*bis* in isolamento giudiziario non debba indicare «la durata e le ragioni», come prevede il novellato art. 33 ord. penit.; ma non si vede per quale motivo analoga conclusione non debba valere, ad esempio, in tema di diritto al colloquio con «*i garanti dei diritti dei detenuti*» (v. *infra* in contributo di FEDERICA DALLABONA), o, sempre per restare sulle modifiche all’art. 18 ord. penit., in relazione alla soglia di età dei minori per i quali bisogna prestare «particolare cura» nella regolamentazione dei colloqui: essa risulta oggi essere più alta (*quattordici anni*) rispetto a quella (dodici anni) che, in base alla circolare del 2017 (art. 16.1 comma 6), consente la fruizione del colloquio senza vetro divisorio.

2. Se si mette a confronto la normativa penitenziaria comune con quella dedicata al regime differenziato, si percepisce chiaramente una diversa distribuzione della disciplina all’interno della c.d. “piramide delle fonti”. Per essere più chiari, nonostante l’art. 41-*bis* OP si caratterizzi per la presenza di “norme in bianco” (comma 2-*quater* lett. *a* e *f*), che ben si presterebbero ad una specificazione ad opera di una fonte infralegislativa di carattere generale e astratto, il regolamento di esecuzione contiene *una sola* norma che ha attinenza diretta con il regime speciale (art. 14 co. 2° d.p.r. 230/2000, in tema di limitazione alla ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari).

La definizione delle modalità esecutive è quindi lasciata in misura minore al decreto ministeriale applicativo del regime, e, per tutti gli aspetti di dettaglio, alla menzionata circolare; la quale – è appena il caso di ribadirlo – dal punto di vista teorico è sovraordinata soltanto rispetto al regolamento interno dell’istituto (art. 16 comma 1 OP e art. 36 co. 1° e 4° reg. esec.). Probabilmente, alla base del disinteresse del regolamento di esecuzione nei confronti del regime speciale si pongono ragioni storiche contingenti: il nuovo regolamento è stato infatti approvato in un periodo nel quale la disciplina del 41 *bis* era ancora provvisoria e i contenuti del regime non ancora definiti *ex lege* (la stabilizzazione del regime e l’elencazione

delle restrizioni sono, come noto, riconducibili alla legge n. 279/2002), il che rendeva molto complicato qualsiasi tipo di “intermediazione” ad opera della fonte regolamentare.

Sta di fatto, però, che attualmente, a poco più di due anni dalla sua emanazione, la circolare dipartimentale è ormai percepita dagli operatori, dalla comunità scientifica (e dagli stessi detenuti nei confronti dei quali viene applicata) come la fonte *principale* della disciplina del regime differenziato, quasi come una sorta di ideale prolungamento della disposizione di rango legislativo. Ciò non deve affatto stupire: accanto a previsioni eccessivamente dettagliate, come quelle sul numero di pennelli e cartoncini che il detenuto può tenere in sala pittura (art. 11.5: v. *amplius* il contributo di SERENA CASAGRANDE), rispetto alle quali appare particolarmente calzante la definizione coniata dalla dottrina anglosassone di *chickenshit rules*<sup>1</sup>, nella circolare trovano spazio disposizioni che non sfigurerebbero per nulla all’interno del regolamento di esecuzione (se non addirittura nel corpo dell’art. 41-*bis* ord. penit.), come il già menzionato art. 16.1 comma 6, che estende all’intera durata del colloquio la possibilità di un contatto diretto del detenuto con figli e nipoti in linea retta minori di anni dodici (v. *amplius* il contributo di MARCO NESTOLA).

Del resto, non si può mettere in dubbio che l’importanza della circolare prescinda dalla sua collocazione sul piano della gerarchia delle fonti. Anzitutto, non va sottovalutato il fatto che il suo ambito applicativo si estenda a tutti gli aspetti della detenzione ricollegabili alla sottoposizione al regime speciale, anche se, com’è naturale, nel provvedimento l’attenzione è integralmente rivolta ai profili attinenti alla sicurezza e alla disciplina. Emblematicamente, l’*unica* disposizione dedicata al trattamento – l’art. 35 – contiene un errore, poiché vengono richiamati gli artt. 27 ss. dell’ordinamento penitenziario, anziché gli omologhi del regolamento di esecuzione; si prevede, inoltre, che il colloquio con gli operatori trattamentali possa avvenire *su richiesta* del detenuto, mentre la regola vuole che gli educatori debbano, per così dire, “d’ufficio”, ascoltare periodicamente i detenuti sottoposti ad osservazione della personalità. Sarà forse una sottigliezza, ma va ricordato che, a seguito della recente pronuncia n. 253 della Corte costituzionale, persino l’istanza di permesso premio avanzata da un detenuto sottoposto al regime speciale, se presentata nei termini di legge, non potrà più essere dichiarata *inammissibile* dal magistrato di sorveglianza per assenza del requisito della collaborazione, come avveniva fino ad oggi, per cui, pur apparendo (quasi) scontato il rigetto, sarà comunque necessario che l’autorità giudiziaria abbia a disposizione i risultati dell’osservazione personologica.

La natura omnicomprensiva della circolare si desume anche dal fatto che essa prevede l’abrogazione espressa delle precedenti direttive non espressamente richiamate (art. 37), riguardanti specifici profili del regime: documenti di cui gli studiosi del diritto penitenziario, fino ad oggi, spesso venivano a conoscenza soltanto attraverso la lettura dei provvedimenti giudiziari aventi ad oggetto la loro eventuale disapplicazione, e di cui potevano venire materialmente in possesso soltanto tramite canali non ufficiali. Potrà sembrare anche una considerazione banale, ma poter disporre *on line* di una circolare che consenta di avere “sott’occhio” l’intera prassi applicativa del regime speciale sarebbe stato impensabile anche solo dieci anni fa.

<sup>1\*</sup> Professore a contratto dell’Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> Cfr. gli autori citati da F. DELLA CASA, *Una foto “oversize” nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 273, nota 1.

3. Restano, naturalmente, talune sfumature negative che può cogliere soltanto l’osservatore più attento. Senza voler anticipare le conclusioni critiche cui pervengono i contributi di questa sezione (a cominciare dalla puntuale ricostruzione di CARLO FIORIO), si può iniziare con il segnalare qualche inattesa caduta di stile. In particolare, la circolare rispolvera per l’occasione quella stessa anacronistica terminologia carceraria che soltanto sei mesi prima (circ. DAP 31 marzo 2017, n. 012426)<sup>2</sup> l’amministrazione penitenziaria aveva opportunamente deciso di mettere in soffitta. Fanno nuovamente ingresso in scena i «lavoranti» (v. artt. 6 comma 2, 9 comma 1 e 11 comma 4) e, nonostante tutti gli sforzi di rinnovazione culturale, la «stanza» o «camera» del detenuto (v. ad esempio, artt. 3, 6 comma 1) torna ben presto ad essere una «cella» (v. la rubrica dell’art. 5 e gli artt. 6 comma 3, 9 comma 5 e 25.2 comma 2); ferma restando la fondata obiezione secondo cui, in fin dei conti, nessuno avrebbe il coraggio di definire «camera di pernottamento» un locale in cui si è costretti a restare per almeno ventuno ore al giorno.

Sempre procedendo ad una panoramica di carattere generale, si può osservare che, nel tracciare il perimetro applicativo della circolare, l’amministrazione ha peccato sia per difetto che per eccesso: per un verso, cioè, essa *non tratta* di argomenti per i quali sarebbe auspicabile una maggiore trasparenza dell’operato dell’amministrazione, e, per l’altro, si interessa di materie esorbitanti dal raggio di competenza del potere esecutivo, rispetto alle quali, peraltro, la Costituzione esige una disciplina di rango primario.

Su primo versante, ad esempio, non ci si poteva ragionevolmente aspettare che la circolare disciplinasse presupposti e conseguenze della collocazione del detenuto 41 *bis* nella c.d. *area riservata* (v. *amplius* il contributo di SERENA CASAGRANDE), ma è indubitabile che, glissando completamente sull’argomento, vengano almeno parzialmente sconfessati quegli gli intenti di razionalizzazione ed omogeneizzazione del trattamento così apertamente sbandierati nella sua *Premessa*. Sempre a proposito delle esigenze di regolamentazione omogenea del regime a prescindere dall’ubicazione geografica del detenuto, “a pensar male” si potrebbe ipotizzare che l’emanazione della circolare rappresenti il primo tassello di un disegno finalizzato all’omogeneizzazione anche *giurisdizionale* del regime, attraverso l’accentramento della competenza in tema di reclami *ex art 35-bis* presso l’Ufficio di Sorveglianza di Roma, come già accade dal 2009 per i reclami avverso il provvedimento applicativo. D’altronde, a testimonianza del fatto che “spesso ci si indovina”, una simile proposta è stata di recente avanzata in relazione alle istanze di permesso premio avanzate da condannati per un delitto *ex art. 4-bis* comma 1 OP a seguito della sentenza costituzionale n. 253 del 2019<sup>3</sup>.

Sul secondo versante, per fare un esempio di indebita intrusione della circolare in una materia coperta da riserva di legge, si possono richiamare le disposizioni che consentono il trattenimento amministrativo in via d’urgenza della stampa (art. 7.2 comma 3) e della corrispondenza (art. 18.1) ricevute dal detenuto: nell’art. 18-*ter* OP – peraltro, recentemente riformato proprio in relazione alla ripartizione delle competenze dell’autorità giudiziaria per il “visto di censura” – non vi è alcuna traccia dell’attribuzione di un potere cautelare alla direzione, per cui si deve concludere che la circolare scavalca, in un sol colpo, la riserva di legge e quella di giurisdizione previste dall’art. 15 Cost.

<sup>2</sup> La si può leggere in questa *Rivista*, ed. 3 maggio 2017.

<sup>3</sup> Cfr. D. ALIPRANDI, 4 bis, *audizione in Antimafia dopo la sentenza della Consulta*, in *Il dubbio*, 13 dicembre 2019.

4. Per completare il discorso, può essere utile trarre un primo e generalissimo bilancio sui primi due anni di applicazione della circolare. Come ovvio, su di essa si sono concentrati e si concentreranno i reclami giurisdizionali dei detenuti (v. *infra*, in contributo di MONICA MOSCHIONI): sia quelli – statisticamente minori – in cui si lamenta un pregiudizio grave e attuale causato dalla *non applicazione* della circolare da parte delle direzioni, sia, per converso, quelli in cui ci si duole della *corretta applicazione* della circolare, là dove essa comprime senza giustificati motivi i diritti riconosciuti dalla legge penitenziaria e dal rispettivo regolamento, e si chiede quindi la sua disapplicazione *in parte qua*. Per avere un quadro completo degli strumenti di tutela giurisdizionale, non bisogna però dimenticare il reclamo in materia disciplinare: infatti l’amministrazione centrale, per così dire, invita caldamente (v. artt. 4 comma 2, 11.6 comma 4, 13 comma 4) le direzioni a fare uso del potere disciplinare per sanzionare le condotte dei detenuti che ostacolano le finalità del regime (v. *infra*, in contributo di ROBERTO ZUNINO). Ovviamente, la condizione del detenuto 41-*bis* è tale per cui l’unica sanzione ritenuta realmente afflittiva è l’esclusione dalle attività in comune, specie quando sia – indebitamente - accompagnata dalla privazione delle trasmissioni televisive. Da questo punto di vista, la possibilità che il sindacato del magistrato di sorveglianza investito del reclamo avverso la sanzione si estenda anche al merito del provvedimento (art. 69 comma 6 lett. a OP) costituisce un ulteriore fattore di rafforzamento delle garanzie, come già riconosciuto in diverse occasioni anche dalla Suprema Corte<sup>4</sup>.

I contributi che seguono danno conto dei numerosi provvedimenti con cui la magistratura di sorveglianza, adita *ex art. 35-bis*, ha ritenuto di dover disapplicare la circolare. In un caso – quello relativo al divieto di cucinare, caduto con la sentenza costituzionale n. 186 del 2018, è stata la stessa amministrazione penitenziaria ad intervenire (circolare 18 ottobre 2018, n. 0327043U), al fine di «revisionare o integrare le disposizioni impartite con la circ. min. 3676/6126», individuando due fasce orarie destinate alla preparazione del vitto, ed integrando il “modello 72” con un elenco aggiuntivo di generi alimentari e di utensili per cucinare.

In un altro caso – quello dello spegnimento della tv nelle ore notturne – si è assistito ad un singolare caso di *revirement* ad opera della stessa amministrazione. Ripercorrendo brevemente le tappe della vicenda, dopo che alcune ordinanze<sup>5</sup> avevano ritenuto incongrua e ingiustificata la disposizione prevista dall’art. 14 comma 2 della circolare, l’amministrazione penitenziaria è corsa ai ripari (circolare 2 maggio 2019, n. 0137971, che ha peraltro abrogato l’articolo da ultimo menzionato), generalizzando ed estendendo a *tutta* la popolazione detenuta la “fascia di riposo notturno” di sette ore, allo scattare della quale la tv deve essere spenta *ex auctoritate* dalla polizia penitenziaria. Con il malcelato scopo di rendere giustificabile la restrizione anche nei confronti dei detenuti 41-*bis*, che sono collocati in cella singola, si è indicata come *ratio* non più la necessità di non disturbare il riposo altrui, ma quella di tutelare il benessere psicofisico del detenuto. L’inevitabile moto di protesta (non solo dei detenuti, ma anche di taluni direttori) nei confronti dell’amministrazione centrale ha portato infine ad un significativo ammorbidimento delle restrizioni alla fruizione della tv nelle ore notturne (circ.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 12 luglio 2018, n. 42625, in CED Cass., n. 274053; v. anche Cass., Sez. I, 23 maggio 2018, n. 43241, in CED Cass., n. 274334, in cui si afferma che «il richiamo alla “certezza legale privilegiata” del verbale dei rapporti disciplinari redatto dagli agenti di Polizia Penitenziaria è argomento *tranchant* dal quale, in sostanza, deriverebbe l’inutilità dell’intero procedimento disciplinare e anche del controllo – che in questo caso doveva essere anche di merito – del Magistrato di Sorveglianza prima, del Tribunale di Sorveglianza poi e, infine di questa Corte di Cassazione».

<sup>5</sup> Cfr. Trib. sorv. Roma 27 settembre 2018, in *questa Rivista*, 2018, f. 12, con osservazioni di LUCILLA AMERIO; Mag. sorv. Novara, ord. 1° giugno 2018, in *Cassazione Penale* 2018, 4344 con nota di F. PICOZZI.

DAP 22 luglio 2019, n. 0229342.U, che ha demandato la regolamentazione degli orari di spegnimento alle singole direzioni, con una certa flessibilità).

La vicenda in esame dimostra ancora una volta che tra i detenuti in regime differenziato e l'amministrazione penitenziaria si gioca un'ideale partita a scacchi, in cui ad ogni mossa, sul piano della tutela giurisdizionale, da parte dei primi (con situazioni di vero e proprio “scacco matto” riconducibili alle due declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*), corrisponde una contromossa – effettuata, spesso, su un diverso lato della scacchiera - da parte della seconda, tesa a riaffermare le finalità del regime.



## **Le prescrizioni trattamentali e le fonti normative, dalla legge alla circolare amministrativa 2 ottobre 2017**

di *Carlo Fiorio*\*

**ABSTRACT:** Escluso dal perimetro del recente intervento di riforma dell'ordinamento penitenziario, il 41-*bis* resta sottoposto alla costante regolamentazione da parte del potere esecutivo e costituisce un pericoloso crocevia tra amministrazione e giurisdizione. Muovendo da questa prospettiva, l'Autore ragiona intorno alle direttrici lungo le quali si muove l'istituto. In particolare, esamina i presupposti applicativi del regime; si sofferma sulle singole prescrizioni trattamentali, con specifico riguardo alle disposizioni dettate dalla circolare ministeriale del 2 ottobre 2017, sottolineando i "danni collaterali" provocati dalla delegificazione; analizza le regole che governano il procedimento di applicazione e proroga del regime e il sistema dei controlli, evidenziandone le criticità.

### **Treatment requirements and regulatory sources, from the penitentiary law to the administrative circular dated 2<sup>nd</sup> October 2017**

**ABSTRACT:** *Excluded from the scope of the recent reform concerning the prison law, 41-bis remains subject to constant regulation by the executive power, and represents a dangerous crossroads between administration and jurisdiction. Starting from this perspective, the Author talks about the guidelines along which the institute moves. In particular, he examines the application requirements of the regime; focuses on the several treatment prescriptions, with specific regard to the provisions of the ministerial circular dated 2<sup>nd</sup> October 2017, pointing out the "collateral damages" caused by this type of acts; analyzes the rules governing the procedure for applying and extending the regime and the controls system, highlighting the critical points.*

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive. – 2. *Liaisons dangereuses*. – 3. Contenuti e durata del regime carcerario differenziato. – 4. I "danni collaterali" da delegificazione. – 4.1. Ammissione in istituto, assegnazione e locali di detenzione. – 4.2. Tempo. – 4.3. Trattamento. – 4.4. Peculio e pacchi. – 4.5. Igiene personale, alimentazione e abbigliamento. – 4.6. Libera manifestazione del pensiero. – 4.7. Colloqui e corrispondenza. – 4.8. Diritto alla salute. – 4.9. Ordine e sicurezza. – 5. Il procedimento applicativo ed il regime delle proroghe. – 6. Il sistema dei controlli.

### 1. Considerazioni introduttive

Le più recenti decisioni della Corte europea dei Diritti dell’Uomo<sup>1</sup> e della Corte costituzionale<sup>2</sup>, impongono la riapertura di un dibattito colpevolmente trascurato sia in ambito politico-legislativo, sia nelle sedi accademiche.

Nonostante, infatti, le manifeste criticità che l’art. 41-*bis* OP continua ad evidenziare sul piano convenzionale (artt. 3, 6 § 1, 8 e 13 Cedu) e su quello costituzionale (artt. 3, 13 commi 2 e 4, 27 commi 2 e 3, 32), il tema del regime carcerario differenziato continua a rimanere in ombra, volutamente ignorato dalle – più o meno recenti – agende parlamentari ed escluso dal dibattito scientifico avente per oggetto la natura e la fenomenologia della sanzione penale.

Inoltre, benché la norma penitenziaria sia una “vecchia conoscenza” del Comitato europeo per

---

<sup>1\*</sup> Professore ordinario di Diritto processuale penale nell’Università degli Studi di Perugia.

<sup>1</sup> V. Corte Edu, Sez. I, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13, a margine della quale cfr. G. ALBERTI, *Caso Provenzano: La Corte Edu riconosce una violazione dell’art. 3 Cedu con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018; M. CHIAVARIO, *Sul boss Provenzano giusta severità sì ma disumanità mai*, in *Avvenire*, 26 ottobre 2018; M.S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10; nonché, volendo, C. FIORIO, “41-bis”, *diritto alla salute e dignità umana: la Corte europea dei Diritti dell’Uomo condanna l’Italia per le regie delle proroghe automatiche*, in *la rivista il Mulino*, 19 novembre 2018.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 186 del 2018, in relazione alla quale v. G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2018.

la prevenzione della tortura (C.P.T.)<sup>3</sup>, della Corte Edu<sup>4</sup> e del Comitato O.N.U. contro la tortura<sup>5</sup>, essa è stata sistematicamente “graziata” dai giudici interni anche sulla base di

<sup>3</sup> Nel Rapporto pubblicato il 4 dicembre 1997, relativo alla visita effettuata dal 22 ottobre al 6 novembre 1995, il C.P.T. evidenziava (§ 82) la carenza di un contraddittorio preventivo sull’applicazione e la proroga del regime speciale, raccomandando altresì alle autorità italiane (§§ 89-91) *de prendre des mesures d’urgence en vue de mettre à la disposition des détenus soumis au régime de l’article 41 bis des activités motivantes et de leur assurer un contact humain approprié*. Nel Rapporto pubblicato il 29 gennaio 2003, relativo alla visita effettuata dal 13 al 25 febbraio 2000, il C.P.T. stigmatizzava la “militarizzazione” delle sezioni speciali realizzata attraverso la costituzione di un Gruppo Operativo Mobile (GOM) della polizia penitenziaria, responsabile della sicurezza del circuito differenziato. A tal proposito (§ 76) il C.P.T. raccomandava alle Autorità italiane *de prendre d’urgence des mesures afin de restaurer un niveau de contact humain approprié entre le personnel pénitentiaire et les détenus soumis au régime “41-bis”*. Nel rapporto pubblicato il 27 aprile 2006, relativo alla visita effettuata dal 21 novembre al 3 dicembre 2004, il C.P.T., preso atto della “stabilizzazione” del regime speciale, operata con la l. n. 279 del 2002, rilevava (§ 88) come la disposizione penitenziaria *entraîne de graves atteintes aux droits des détenus e ne devrait s’appliquer que de manière exceptionnelle et pour une durée limitée*, evidenziando come la generalizzata reiterazione di detto regime, invalsa nella prassi ministeriale, avesse favorito *une situation qui peut être assimilée à la négation même du concept de traitement pénitentiaire*. Il C.P.T. non mancava poi di sottolineare che l’uso della disposizione *comme un moyen d’exercer une pression psychologique afin de contraindre les détenus à coopérer avec le système judiciaire serait une pratique fort douteuse. Un tel usage pourrait soulever des questions au regard de l’article 27 de la Constitution italienne et d’instruments internationaux en matière de droits de l’homme auxquels l’Italie est Partie*. Nel Rapporto pubblicato il 20 aprile 2010, relativo alla visita effettuata dal 14 al 26 settembre 2008, il C.P.T. rammentava di aver già affermato che l’attuale regime del 41-bis è, di per sé, fortemente dannoso per i diritti fondamentali delle persone che a esso sono sottoposte e non è privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni detenuti affermando che, in una sezione visitata, quindici detenuti sui venti complessivamente sottoposti a tale regime erano sotto cure psichiatriche. E aggiungeva che il Comitato non mette in dubbio la legittimità e la necessità della lotta che le autorità italiane hanno intrapreso contro tutte le forme di criminalità organizzata; al contrario, condivide tale necessità. Tuttavia, l’adozione dei nuovi emendamenti alla legge inevitabilmente porteranno danni irreparabili al fragile bilanciamento che deve essere mantenuto tra gli interessi della società e il rispetto dei diritti fondamentali. L’inversione dell’onere della prova, la possibilità di dislocare in appositi istituti o nelle isole i detenuti sottoposti al regime del 41-bis, che di fatto corrisponde al loro bando dalla società civile, la drastica riduzione del tempo da spendere fuori della cella, delle visite e delle telefonate, e le restrizioni da imporre ai contatti con gli avvocati, sono tutte misure che, prese insieme, contengono il germe di ciò che può costituire un trattamento inumano e degradante. Il C.P.T. raccomanda fortemente alle autorità italiane di riconsiderare tali emendamenti legislativi (§ 84). Infine, nel Rapporto pubblicato il 19 novembre 2013, relativo alla visita effettuata dal 13 al 25 maggio 2012, il C.P.T. (§ 55) prendeva atto dell’inottemperanza dello Stato italiano alle prescrizioni rivoltegli e segnalava la necessità di modificare radicalmente il regime detentivo speciale (§ 59). Di recente, tali segnalazioni sono state – purtroppo inutilmente - ribadite nel Rapporto pubblicato l’8 settembre 2017, relativo alla visita periodica, effettuata dall’8 al 21 aprile 2016.

<sup>4</sup> Cfr., oltre alla sentenza citata alla nota 1, in relazione all’art. 3 CEDU, con riferimento alla mancata adozione di misure adeguate nello svolgimento delle indagini volte all’individuazione dei soggetti effettivamente responsabili delle violenze oggetto di doglianza relativamente ai maltrattamenti subiti dal ricorrente e delle cure mediche che sarebbe stato opportuno prestargli, Corte Edu, Grande Camera, 18 ottobre 2001, Indelicato c. Italia, ric. 31143/96; Corte Edu, Grande Camera, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, ric. 26772/95. V., in relazione all’art. 6 § 1 CEDU, per tardiva o mancata decisione sui ricorsi, Corte Edu, Sez. II, 16 febbraio 2010, Barbaro c. Italia, ric. 16436/02; Corte Edu, Sez. II, 4 dicembre 2007, Papalia c. Italia, ric. 60395/00; Corte Edu, Sez. I, 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, ric. 41576/98; Corte Edu, Sez. II, 28 settembre 2000, Messina c. Italia (n.2), ric. 25498/94. Cfr., in relazione all’art. 8 CEDU, con riferimento al controllo sulla corrispondenza dei detenuti inviata al proprio difensore e/o agli organi internazionali competenti in materia di diritti umani, Corte Edu, Sez. II, ric. 28169/06, 15 febbraio 2011, Di Cecco c. Italia; Corte Edu, Sez. II, 19 gennaio 2010, Montani c. Italia, ric. 24950/06; Corte Edu, Sez. II, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, ric. 24424/03.

<sup>5</sup> Il Comitato ONU contro la Tortura ha pubblicato il 18 dicembre 2017 le sue *Osservazioni conclusive* dopo avere valutato il quinto ed il sesto Rapporto periodico dell’Italia (CAT/C/ITA/5-6) nell’ambito dei *meeting* tenutisi il 14 e 15 novembre 2017 a Ginevra (CAT/C/SR.1582 e 1585). Con particolare riferimento al regime detentivo speciale, il Comitato ha espressamente chiesto all’Italia (§§ 34-35) di rivedere il regime speciale di cui all’art.

argomentazioni difficilmente condivisibili<sup>6</sup>.

Ed anche le spinte riformatrici, ispirate dal *Rapporto sul regime detentivo speciale*, presentato nella passata Legislatura dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani e sottese ai Lavori del Tavolo 2 degli Stati generali sull’esecuzione penale<sup>7</sup>, si sono arenate sul veto del legislatore delegante il quale, nel corso della *navette* parlamentare affrontata dalla legge n. 103 del 2017, ha espressamente<sup>8</sup> abdicato a qualsivoglia prospettiva riformatrice nei confronti del regime carcerario differenziato e, più in generale – art. 85, comma 1, lett. *b* ed *e*) – per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale.

Rimane il potere esecutivo, che – come meglio si vedrà – decide le sorti delle persone sottoposte al regime carcerario differenziato attraverso regolamentazioni di infimo livello nella gerarchia delle fonti, quali, appunto, le circolari del DAP.

## 2. *Liaisons dangereuses*

La norma penitenziaria evidenzia un pericoloso crocevia tra potere esecutivo e potere giurisdizionale.

La sua “storia” costituzionale rappresenta, infatti, una singolare prospettiva per analizzare i complessi rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza. Su tale terreno, invero, l’attività interpretativa della Corte costituzionale ha assunto connotazione e rilievo del tutto peculiari, concretizzandosi progressivamente dapprima attraverso il riconoscimento della giurisdizione ordinaria quale esclusivo momento di controllo avverso provvedimenti direttamente incidenti sui diritti soggettivi del condannato<sup>9</sup>, poi, attraverso l’equiparazione di detto controllo, quanto al “tipo” procedimentale, con il sindacato esercitabile sui provvedimenti che dispongono ovvero prorogano la sorveglianza particolare *ex art. 14-ter* OP<sup>10</sup> e, successivamente, attraverso rilevanti precisazioni<sup>11</sup> circa l’ambito della *iurisdictio*, non limitata alla mera verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l’adozione del provvedimento, ma estesa al sindacato delle prescrizioni

---

41-bis OP per allinearlo agli standard internazionali di protezione dei diritti umani e, segnatamente, alle *Nelson Mandela Rules*.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 19 aprile 2016, n. 44149, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41-bis OP, in relazione agli artt. 117 Cost. e 3 Cedu, non sussistendo, anche secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, alcuna incompatibilità strutturale tra l’adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l’allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l’esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l’esistenza per il detenuto di spazi minimi e incompressibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte.

<sup>7</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla prospettata necessità: a) di rimeditare l’eccessiva lunghezza dei segmenti temporali (iniziale e delle eventuali proroghe) del regime differenziato; b) di aumentare la durata sia del colloquio visivo sia di quello telefonico, nonché della parentesi oraria di permanenza all’esterno della camera; c) di eliminare l’ultimo periodo dell’art. 41-bis comma 2 OP, concernente il divieto di scioglimento del cumulo; d) di rimuovere l’anomalia processuale rappresentata dalla competenza funzionale del Tribunale di sorveglianza di Roma, contrastante con il principio di naturalità e precostituzione del giudice (art. 25 comma 1 Cost.).

<sup>8</sup> L’*incipit* del comma 85 così esordisce: «Fermo restando quanto previsto dall’articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni».

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 349 del 1993.

<sup>10</sup> V. Corte cost., sent. n. 410 del 1993.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996; Id., sent. n. 376 del 1997.

singolarmente considerate, la cui potenzialità lesiva dei diritti della persona detenuta va misurata con riferimento ai contenuti di cui l’art. 14-*quater* OP è portatore.

Più di recente<sup>12</sup>, il Giudice delle leggi – nonostante un tentativo di “impermeabilizzazione” del carcere duro da parte della legge n. 94 del 2009 – ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale del vigente art. 41-*bis* comma 2-*quater*, lett. *f*), 2-*quinquies* e 2-*sexies* OP, nella parte in cui non consentirebbe la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del comma 2 della stessa norma. La Consulta ha precisato, al contrario, come la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nell’individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l’introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, abbia determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell’atto, in ordine all’eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

E sempre nel senso di stabilire il regolamento di confini tra amministrazione e giurisdizione, un’altra fondamentale decisione costituzionale<sup>13</sup>, nel decidere un conflitto di attribuzioni tra il DAP ed il tribunale di sorveglianza capitolino, ha statuito che le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all’art. 14-*ter* OP, devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria o di altre autorità. Nel precisare che non spettava al Ministro della Giustizia disporre che non fosse data esecuzione all’ordinanza del magistrato di sorveglianza che aveva ordinato all’amministrazione penitenziaria il ripristino della possibilità per un detenuto – sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP – di assistere a determinati programmi televisivi, la Consulta ha spianato la strada all’introduzione del reclamo giurisdizionale di cui all’art. 35-*bis* OP.

Ma le pronunce maggiormente significative, quanto meno sotto il profilo della “forza” del dispositivo, sono sicuramente due: la meno recente sentenza n. 143 del 2013, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo, per contrasto con l’art. 24 Cost.<sup>14</sup>, l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), ultimo periodo, OP, limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»<sup>15</sup>, e la recentissima sentenza n. 186 del 2018, attraverso la quale la Consulta ha dichiarato l’illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.<sup>16</sup>, dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), OP, nella parte in cui prevede il divieto per i detenuti di cuocere cibi.

### 3. Contenuti e durata del regime carcerario differenziato

Con riferimento al vigente assetto normativo, le direttrici lungo le quali si è mossa l’ultima riforma, operata dalla legge n. 94 del 2009, hanno lambito: a) l’ampliamento del novero dei destinatari; b) l’inasprimento del regime carcerario; c) la neutralizzazione della discrezionalità giurisdizionale.

<sup>12</sup> V. Corte cost., sent. n. 190 del 2010.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2013.

<sup>14</sup> Il giudice *a quo* prospettava altresì la lesione degli artt. 3 e 111 comma 3 Cost.

<sup>15</sup> Nell’espungere una grave limitazione al diritto di difesa, il giudice delle leggi ha precisato che il rigido contingentamento dei colloqui difensivi non può trovare giustificazione nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale, quali la protezione dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

<sup>16</sup> Il giudice *a quo* prospettava altresì la violazione dell’art. 32 Cost., ritenuta assorbita dalla Corte costituzionale.



Con il manifesto intento di «ripristina[re] l’originario rigore del regime di detenzione», la vocazione dichiarata della più recente legge è stata quella di «rendere ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza»<sup>17</sup>. Tuttavia, lungi dal soddisfare il minimo etico della tassatività, imprescindibile in materia di libertà personale, l’art. 41-*bis*, comma 2, OP, nonostante le modificazioni apportate, continua ad individuare un meccanismo particolarmente indeterminato nei presupposti.

È, infatti, riconosciuta al Ministro della Giustizia, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica ed anche a richiesta del Ministro dell’Interno, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti contemplati dall’ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La dottrina evidenzia trattarsi di «presupposti di labile consistenza», «addirittura estesi, con il riferimento alla sicurezza “pubblica”, a fenomeni extrapenitenziari la cui riconduzione all’ambito endocarcerario risulta problematica e comunque indefinita». Si rimarca, inoltre, come la latitudine del riferimento normativo «mira poi a dilatare, in termini vaghi e tendenzialmente onnicomprensivi, il contenuto del provvedimento sospensivo, eludendo i riferimenti limitativi dell’art. 14-*quater*, OP»<sup>18</sup>. A circoscriverne la portata non può certo servire il richiamo al «concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza» che tali regole o tali istituti dovrebbero presentare, dal momento che la clausola limitativa appare non solo di per sé vaga e fumosa, ma del tutto scollegata rispetto ai presupposti del provvedimento, e quindi inadatta a fungere da criterio direttivo per la definizione del suo contenuto. Se a legittimarne l’adozione possono intervenire anche ragioni extrapenitenziarie (la sicurezza «pubblica»), le esigenze “di ordine e di sicurezza” sulle quali il provvedimento dovrebbe essere calibrato non possono che risultare indefinite e potenzialmente, infinite»<sup>19</sup>.

In un’ottica di “contenimento” della discrezionalità giurisdizionale, a suo tempo autorevolmente esaltata<sup>20</sup>, l’*incipit* dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, OP aspira, inoltre, a “blindare” il contenuto afflittivo del regime differenziato, attraverso l’inserimento dell’indicativo presente («prevede») in luogo del maggiormente duttile uso della forma servile («può comportare»), ed inserendo ulteriori limitazioni rispetto a quelle contemplate dal testo normativo previgente. Resta, peraltro, «più apparente che reale» la tipizzazione delle previsioni, dal momento che la lett. *a*) del comma 2-*quater* legittima tuttora «l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti» con l’esterno<sup>21</sup>.

Particolarmente incisive sono state le novità introdotte dalla legge n. 94 del 2009 in ordine al novero dei destinatari del regime differenziato. Benché, infatti, sia rimasto immutato il riferimento ai soggetti «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell’art. 4-*bis* OP», si impongono alcuni rilievi intimamente legati all’incalzare dello *ius superveniens*: da un lato, il continuo incremento delle ipotesi contemplate dall’art. 4-*bis* OP comporta delle rilevanti ricadute in ordine all’assoggettabilità al provvedimento

<sup>17</sup> Testualmente, Senato della Repubblica, n. 733-A, Relazione delle Commissioni permanenti 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Riunite, 7.

<sup>18</sup> Così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova 1994, 185 ss.

<sup>19</sup> Ancora T. PADOVANI, *loc. ult. cit.*

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996.

<sup>21</sup> Ad esempio, la videosorveglianza all’interno della camera di pernottamento, che Cass., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 44972, in *Dir. & giust.*, 9 ottobre 2018, ha ritenuto non configuri trattamento inumano o degradante.

ministeriale. Dall’altro lato, il tradizionale parallelismo tra gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* OP è stato drasticamente intaccato dalla legge del 2009.

Ci si riferisce, in modo particolare, alla decisa dilatazione dei destinatari del regime differenziato operata attraverso il riferimento alle persone, detenute ovvero internate «per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso». Tale espressione – peraltro pedissequamente ripetitiva di quanto già contenuto nell’art. 4-*bis*, comma 1, OP – suscita qualche perplessità. Lungi, infatti, dall’ipotizzare un *lapsus calami*, pare potersi ritenere che il legislatore abbia inteso svincolare le prerogative del potere amministrativo dalle garanzie offerte dalla giurisdizione. Detto altrimenti, quand’anche le limitazioni derivanti dall’art. 4-*bis* OP dovessero venir meno, o per avvenuta espiazione del c.d. delitto ostativo, o per effetto di attività collaborative, il potere ablativo dell’amministrazione rimarrebbe intatto, assolutamente autonomo dalle vicende concernenti l’accesso ai benefici, configurandosi a guisa di regime penitenziario “speciale”. Certo è che si è persa un’importante occasione per fare chiarezza in ordine ad una complessa *querelle* interpretativa. Benché le due disposizioni penitenziarie ripropongano testualmente il contenuto descrittivo della c.d. aggravante del metodo e della finalità mafiosi (art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203), esse prescindono da ogni richiamo esplicito, propendendo per una indicazione eccessivamente “aperta”, foriera di inevitabili disparità trattamentali<sup>22</sup>.

In prospettiva diversificata, lo iato tra amministrazione e giurisdizione è altresì evidenziato dal novellato comma 2 dell’art. 41-*bis* OP, laddove si stabilisce che, «[i]n caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, il regime carcerario speciale può essere disposto anche quando sia stata espia la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nel suddetto art. 4-*bis*». La precisazione normativa pone fine ad un contrasto interpretativo che vedeva la giurisprudenza schierata su fronti contrapposti. Da un lato, sulla scorta di autorevoli insegnamenti giurisprudenziali<sup>23</sup>, i tribunali di sorveglianza ritenevano che il regime carcerario differenziato potesse «permanere fintanto che il detenuto non [avesse] scontato quella porzione di pena relativa alla condanna per uno dei reati per i quali è previsto l’art. 41 *bis* OP».

In prospettiva diametralmente opposta, un orientamento della giurisprudenza di legittimità, considerava «irrelevante la circostanza che il condannato, detenuto in virtù di un cumulo comprensivo di pene per reati legittimanti l’applicazione del predetto regime e per altri reati, abbia già espia la parte di pena relativa ai primi reati, tenuto conto non solo del principio di unicità della pena di cui all’art. 76, comma 1, c.p., ma anche delle specifiche finalità di ordine e sicurezza del regime differenziato»<sup>24</sup>.

Piuttosto, l’esplicito riferimento alla «misura cautelare», dissimulato sino al 2009 attraverso un riferimento indeterminato alla “detenzione”, suscita allarmanti interrogativi. Avallato dalla

<sup>22</sup> Ci si riferisce a quei poteri “creativi” della magistratura di sorveglianza, avallati dalla S.C. allorquando afferma (Cass., Sez. I, 27 novembre 2013, n. 50922, *CED*, 258755) che il catalogo dei reati, in relazione alla condanna per i quali è applicabile il regime di detenzione differenziato di cui all’art. 41-*bis* OP non va individuato in maniera formale e non postula, pertanto, l’avvenuta contestazione della circostanza aggravante prevista dall’art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla L. 12 luglio 1991 n. 203 (aver commesso il fatto avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 41-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo), ma deve essere identificato in modo sostanziale, con riferimento alla natura e alle finalità dell’illecito, nonché al contesto in cui lo stesso fu commesso. Nello stesso senso v. già Id., Sez. I., 23 novembre 2004, n. 374, *ibidem*, 230539.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un. 30 giugno 1999, Ronga, in *Cass. pen.*, 2000, 570.

<sup>24</sup> Così Cass., Sez. I, 11 luglio 2008, p.m. in c. Della Ventura, *CED*, 240938.

giurisprudenza, anche costituzionale, sulla base di argomentazioni non particolarmente risolutive, volte ad individuare anche negli imputati dei soggetti sottoposti ad una forma di “trattamento”<sup>25</sup>, l’assoggettamento al regime carcerario differenziato di soggetti non condannati con pronuncia irrevocabile si risolve in una palese violazione della presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento, evidenziando un sottosistema di misure cautelari atipiche, in aperto contrasto con i principi di tassatività (art. 272 c.p.p.) e di giurisdizionalità cautelari (art. 279 c.p.p.).

Con riferimento al *locus detentionis*, la vigente formulazione normativa prevede che i detenuti sottoposti al regime carcerario speciale siano ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. Al di là del *remake* delle c.d. carceri-fortezza, peraltro difficilmente riproponibile, quanto meno a breve termine, considerato il fallimento del c.d. piano carceri, la disposizione fotografa l’esistente, cioè a dire le sezioni appositamente costituite presso alcuni istituti penitenziari, nonché la gestione dei detenuti ivi ristretti da parte del Gruppo Operativo Mobile della Polizia penitenziaria.

Quanto alle singole misure, va registrato il drastico contingentamento dei colloqui, ridotti dai due potenziali ad uno, il quale dovrà sempre essere sottoposto a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione. Sempre in un’ottica preventiva, il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato esclusivamente nei confronti di coloro che non abbiano effettuato colloqui *de visu*.

#### 4. I “danni collaterali” da delegificazione

Dopo oltre un ventennio di provvedimenti amministrativi aventi per oggetto i più svariati profili del quotidiano “41”, il DAP ha recentemente (2 ottobre 2017) emanato la circolare n. 3676/6126, la quale, nel dichiarato intento di uniformare<sup>26</sup> l’applicazione del regime carcerario speciale all’interno dei vari istituti, ha abrogato (art. 37) «ogni vigente circolare non espressamente richiamata» nella “novella”.

Il provvedimento esordisce in maniera alquanto ambigua, qualificando (pag. 4) «misura di prevenzione» il regime detentivo speciale di cui all’art. 41-*bis* OP. Al di là della marchiana erroneità dommatica<sup>27</sup>, appare grottesco il tentativo di restituire plausibilità costituzionale ad una norma nata male. I profili di criticità costituzionale sono, invero, lampanti evidenti, sol se si consideri che in un ambito riservato alla giurisdizione (art. 13 Cost.) – e a maggior ragione ove si verta in tema di carcerazione preventiva – la disposizione penitenziaria delega al potere esecutivo l’an, il *quando* e il *quomodo* del *surplus* sanzionatorio.

Tant’è.

L’ambizione del provvedimento ministeriale resta comunque quella di regolamentare «le modalità di contatto dei detenuti e degli internati sottoposti al regime tra loro e con la comunità

<sup>25</sup> V., per tutte, Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, Virga, *CED*, 230807. Tale orientamento ha ricevuto conferma anche da parte di Corte cost., sent. n. 376 del 1997, ove si è precisato che «non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l’applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l’ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata».

<sup>26</sup> Si esprime criticamente, in termini di «utopia unificante», il GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario (2016 – 2018)*, 10.

<sup>27</sup> V., per tutti, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 377 ss. e spec. 382-383.

esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori; al dovere in capo al Direttore dell’istituto di rispondere entro termini ragionevoli alle istanze dei detenuti; la limitazione delle forme invasive di controllo dei detenuti ai soli casi in cui ciò sia necessario ai fini della sicurezza; la possibilità di tenere all’interno della camera detentiva libri ed altri oggetti utili all’attività di studio e formazione; la possibilità di custodire effetti personali di vario genere, anche allo scopo di favorire l’affettività dei detenuti ed il loro contatto con i familiari».

#### **4.1. Ammissione in istituto, assegnazione e locali di detenzione**

Nel dichiarato timore «di evitare eventuali impugnazioni dovute a vizi procedurali», l’art. 1 demanda ai Direttori degli istituti il controllo sulla regolarità delle operazioni di notifica al detenuto dei decreti ministeriali applicativi (o di proroga) del regime carcerario speciale. Si insiste, più specificamente, sull’esigenza che il provvedimento sia conforme all’originale, leggibile, completo e consequenziale nelle pagine che lo compongono. Al fine di soddisfare il diritto di difesa della persona *in vinculis*, la norma prevede, inoltre, che nel verbale di notifica sia dia atto dell’eventuale nomina difensiva per l’esercizio del potere di reclamo e che il decreto ministeriale venga comunicato, a cura dell’ufficio matricola, a detto difensore.

L’art. 2, sostanzialmente ripetitivo del comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis* OP, nella parte in cui ribadisce i *loci custodiae* e la tipologia dei *custodes*, evidenzia la sua disarmante inutilità nella parte in cui precisa la – ovvia – separazione tra detenuti e internati (d’ora in poi anche: “ristretti”) sottoposti a regime speciale “41-*bis*”.

L’art. 3, dedicato all’inserimento della persona ristretta nelle sezioni dedicate, declina le attività dell’amministrazione nel seguente ordine: perquisizione personale, visita medica generale e colloquio di primo ingresso (art. 23 comma 3 d.P.R. n. 230/2000), al termine delle quali il detenuto/internato «viene assegnato ad una sezione, allocato in stanza singola ed inserito in adeguato gruppo di socialità, nel numero massimo di quattro persone». Dopo aver precisato che al ristretto è consentito tenere con sé soltanto gli oggetti tassativamente consentiti dalla circolare<sup>28</sup>, la norma impone altresì di assicurare «l’impossibilità di comunicare e di scambiare oggetti<sup>29</sup> tra tutti i detenuti/internati anche appartenenti allo stesso gruppo di socialità»<sup>30</sup>.

Nella formazione dei gruppi il direttore dell’istituto è vincolato al rispetto di rigidissime prescrizioni (art. 3.1), le quali, movendo da una completa conoscenza della storia criminale del ristretto e dalle verifiche sulla sua corrispondenza epistolare, postulano la necessità di evitare incontri tra soggetti appartenenti a medesime “famiglie” ovvero a clan contrapposti. Del pari, al direttore è demandata particolare cura nel verificare se il ristretto abbia avuto – in altri istituti - problemi di incolumità con altri detenuti o internati. La norma impone, in particolare: a) di evitare l’ “aria” o la socialità in comune di ristretti che abbiano già avuto periodi di permanenza in comune; b) di evitare contatti tra “nuovi 41” e “41 anziani”; c) di evitare contatti tra vertici apicali, preferendosi che i gruppi siano formati da un personaggio di spessore ed altri di minor calibro; d) di evitare, infine, che facciano parte dello stesso gruppo

<sup>28</sup> Gli oggetti non consentiti sono custoditi presso il magazzino della sezione, gli oggetti di valore vengono depositati in ragioneria ed il peculio posseduto all’atto dell’ingresso è accreditato sul conto corrente interno intestato al detenuto/internato. Alla persona in vinculis, inoltre, dovrà essere spiegato quali siano i generi che può tenere in stanza e quali quelli il cui possesso sia consentito solo in alcune fasce orarie della giornata con consegna e successivo ritiro da parte del personale di sezione (per una puntuale elencazione, cfr. l’art. 6).

<sup>29</sup> V., altresì, Cass., Sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977, in *Dir. & Giust.*, 9 febbraio 2017.

<sup>30</sup> Divieto ribadito dall’art. 4 comma 1 della circolare. Ogni forma di dialogo e comunicazione tra ristretti appartenenti a gruppi di socialità diversi integra violazione valutabile in sede disciplinare (art. 4 comma 2).

soggetti della medesima organizzazione ovvero componenti di rilievo di organizzazioni operanti in alleanza o in contrapposizione fra loro o su territori confinanti.

Con riferimento specifico ai locali di detenzione, l’art. 3 prevede che la camera «sia dotata degli arredi essenziali: letto, tavolo, armadio, sedia o sgabello<sup>31</sup>, specchio in plexiglass e televisione agganciata a muro all’interno di apposita intelaiatura fissata con vetro infrangibile». Quanto all’igiene, la norma prevede che al ristretto siano periodicamente forniti gli effetti lettereci e i generi per l’igiene. Con maggior specificazione, l’art. 5 garantisce il cambio settimanale di lenzuola e federa (fornite dall’amministrazione penitenziaria)<sup>32</sup>, nonché «la fornitura dei generi per la pulizia della stanza una volta al mese nel limite della disponibilità». Saranno consentiti presidi diversi da quelli forniti dall’amministrazione solo previa certificazione del medico della ASL (art. 5.1).

Una considerevole limitazione alla gestione del – già miserrimo – spazio vitale è rappresentata dall’art. 4, commi 3 e 4, ove si vieta ai ristretti – e la violazione costituisce illecito disciplinare – di «lasciare libere da qualsiasi oggetto le finestre, le sbarre, i cancelli e le pareti», al fine di consentire in modo agevole l’accertamento numerico e l’operazione di battitura, nonché di «affiggere alle pareti, foto, poster e quant’altro la cui rimozione può arrecare danno alla struttura e/o rendere poco agibili i controlli di sicurezza delle inferriate», eccezion fatta (art. 13 comma 3) per «una singola immagine o fotografia di un familiare»<sup>33</sup>.

Al ristretto è consentito fumare all’interno della propria camera in prossimità della finestra, assicurando la necessaria areazione (art. 15), mentre è vietato nelle sale di socialità, nelle sale *hobby* ed in tutti i locali chiusi e negli spazi comuni (corridoi, sale colloqui, etc.).

#### 4.2. Tempo

La scansione delle attività quotidiane è la seguente: eccezion fatta per i condannati anche all’isolamento diurno, per i quali la porta blindata deve restare costantemente chiusa (art. 27)<sup>34</sup>, per i ristretti al 41-*bis* i cancelli delle camere di detenzione sono sempre chiusi, mentre i blindati vengono di regola<sup>35</sup> aperti dalle 07.00 alle 22.00 in primavera-estate e fino alle 20.00 in autunno-inverno.

I tre pasti sono erogati alle 07.00, alle 11.00 e alle 17.30.

<sup>31</sup> Talora fissati al suolo e quindi non suscettibili di spostamento all’interno della camera di detenzione.

<sup>32</sup> Al fine di soddisfare «esigenze di parità di trattamento finalizzate ad evitare situazioni di potere e prevaricazione».

<sup>33</sup> L’assurdità e la bassezza di una simile previsione afflittiva parlano da sé. L’unica deroga all’iconoclastia ministeriale è rappresentata dall’art. 13, che consente di tenere nella propria camera immagini e simboli delle proprie confessioni religiose, nonché fotografie in numero non superiore a 30 e di dimensione non superiore a 20x30 (in precedenza 10x15: v. circolare DAP n. 001094 del 13 gennaio 2016). Sottolinea condivisibilmente il GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario (2016 – 2018)*, cit., 11, come «la definizione eccessivamente dettagliata di norme regolatrici della vita quotidiana, come il diametro massimo di pentole e pentolini (rispettivamente 25 e 22 cm), il numero di matite o colori ad acquarello detenibili nella sala pittura (non oltre 12), il numero di libri che si possono tenere nella camera (4), le misure delle fotografie (di dimensione non superiore a 20x30 cm e in numero non superiore a 30)» suscita più d’una perplessità, in quanto «sfugge il senso rispetto alla finalità del regime stesso. In che modo, per esempio, detenere nella sala pittura 15 matite anziché 12 può rappresentare un rischio rispetto all’interruzione di collegamenti e comunicazioni interni ed esterni con le organizzazioni criminali?».

<sup>34</sup> Lo stesso è a dirsi per il caso di isolamento disciplinare (art. 28).

<sup>35</sup> La direzione può variare l’orario di chiusura in relazione alle condizioni climatiche locali ovvero in considerazione di particolari condizioni sanitarie.



L'art. 11 descrive le modalità di fruizione del tempo che i ristretti possono vivere fuori dalla cella: ci si riferisce, ovviamente, alle due ore massime (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f* OP), nelle quali i “41” possono stare all'aria aperta (art. 11.2) ovvero svolgere attività ricreativo-sportive in biblioteca, palestra (artt. 11.3 e 11.4) o sala pittura (art. 11.5). Stante il richiamo operato dalla disposizione citata all'art. 10, comma 1, OP, che viene espressamente posto quale «limite minimo» è da ritenere che per effetto della modificazione recentemente apportata dall'art. 11, comma 1, lett. *c*), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, le ore d'aria non potranno essere meno di quattro<sup>36</sup>.

Un rilevante problema interpretativo, recentemente risolto dalla S.C., concerne il “monte” orario (sinora rappresentato dalle due ore). La giurisprudenza più recente, confutando l'assunto dell'amministrazione penitenziaria (e disapplicando in *parte qua* i decreti ministeriali applicativi del regime differenziato), ritiene che la permanenza all'aria aperta non possa essere sacrificata dalla “socialità” e conclude che il tempo per le attività in comune deve essere consentito “in aggiunta” e non “in alternativa” alle attività comuni<sup>37</sup>.

### 4.3. Trattamento

Benché l'art. 35 prescriva che gli «operatori procedono all'esecuzione delle attività di osservazione e trattamento secondo quanto previsto dagli artt. 27 e segg. O.P.» risulta utopico (se non, addirittura, immaginario) che un sistema che si fonda sulla totale segregazione possa armonizzarsi con un concetto di pena finalizzata al reinserimento sociale.

Il ristretto può comunque svolgere attività lavorativa nell'ambito della sezione di allocazione e nel rispetto del divieto di comunicazione tra diversi gruppi di socialità (art. 33). Può, inoltre iscriversi a corsi scolastici e universitari e sostenere i relativi esami. Gli esami effettuati con ingresso in istituto della commissione, dovranno essere svolti in locali muniti di vetro divisorio; negli altri casi, attraverso sistemi di collegamento a distanza (art. 34).

Per quanto, infine, riguarda la religione, la circolare (art. 36) ripropone i contenuti dell'art. 26 OP, assicurando la celebrazione dei riti del culto cattolico e consentendo ai ristretti la partecipazione alla celebrazione della messa nell'ambito della sezione detentiva e per ogni gruppo di socialità, ovvero garantendo, previa richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto accreditati presso gli organi competenti.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 28 febbraio 2019, n. 17580, *CED*, 275333, ha dichiarato «illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d'istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti a tale regime, limitano ad una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. *f*) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* citato, all'interno delle sale destinate alla socialità, sia perché la permanenza all'aperto e la socialità devono essere tenute distinte, in quanto preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati, sia perché la limitazione da due ad una delle ore di permanenza all'aperto, ai sensi del combinato disposto della menzionata lett. *f*) e dell'art. 10 OP, cui essa fa rinvio, non può essere stabilita, in difetto di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere di per se stessa considerata, da atti amministrativi a valenza generale, ma deve conseguire all'adozione di un provvedimento specifico ed individualizzato della direzione dell'istituto, chiamata a render conto dei “motivi eccezionali” che, ai sensi del citato art. 10, giustificano la limitazione stessa».

<sup>37</sup> In questo senso Cass., Sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15572; nonché già Id., Sez. I, 8 giugno 2018, n. 40761. In argomento v. L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *Detenuto in regime di 41-bis e diniego della richiesta di partecipare alle attività ricreative*, in *Ilpenalista.it*, 20 giugno 2018; nonché il GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Rapporto tematico*, cit., 12.



#### 4.4. Peculio e pacchi

Ogni ristretto può spendere – e ricevere – mensilmente, in occasione dei colloqui visivi ovvero a mezzo vaglia postale<sup>38</sup>, € 500,00 mensili ed € 150,00 settimanali. Il limite non contempla la corrispondenza – per le cui spese è elevato ad € 600,00 mensili – e le spese per gli acquisti di farmaci. Quanto al denaro in uscita, l’art. 7.1 consente di inviare ai propri familiari somme mensili in misura non superiore a € 350,00. In caso di eccedenza, il sistema informatico centralizzato procederà in automatico al taglio delle spese eccedenti il limite riconosciuto. Nel caso in cui somme di denaro siano ricevute o inviate a terze persone (art. 37 reg. es.: «diverse dai congiunti e dai conviventi») dovrà essere data comunicazione alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento<sup>39</sup>.

Il ristretto può, inoltre, ricevere due pacchi al mese, del peso complessivo non superiore a dieci chilogrammi, a mezzo posta, tramite corriere ovvero in occasione del colloquio visivo. È altresì consentita la ricezione di due pacchi annuali straordinari contenenti esclusivamente abiti, biancheria, indumenti intimi, calzature *et similia* in occasione del cambio stagionale. I pacchi ordinari mensili, dunque con esclusione di quelli stagionali, possono contenere «generi ed oggetti» e quindi anche generi alimentari ma solo se non deperibili, appositamente confezionati in modo che sia comunque possibile un agevole controllo all’interno e che non richiedano cottura. È fatto assoluto divieto, invece, ricevere generi alimentari all’interno dei pacchi stagionali. È assolutamente vietata l’introduzione di scatolame, di contenitori in vetro, farmaci, parafarmaci e prodotti di erboristeria. È altresì vietato l’ingresso di tutti quei prodotti che per le modalità di confezionamento o per la loro particolare natura, risultano difficilmente controllabili o comunque necessitano di manomissioni o che risultano pregiudizievoli per l’ordine e la sicurezza o nocivi.

#### 4.5. Igiene personale, alimentazione e abbigliamento

Oltre ad un servizio di barberia gratuito, garantito da «un detenuto opportunamente individuato» (ed accuratamente perquisito sia in entrata che in uscita dalla sezione) (art. 10.1), l’art. 10 autorizza (dall’apertura alla chiusura della porta blindata della camera) l’uso di rasoi elettrici e taglia barba autoalimentati con batterie intercambiabili, tramite acquisto consentito esclusivamente attraverso il servizio sopravvitto dell’istituto.

Quanto al vitto, oltre a quello fornito dall’amministrazione (art. 9), si prevede (art. 5 ultimo comma) che il detenuto/internato può tenere in camera i generi alimentari acquistabili al sopravvitto<sup>40</sup>, purché non eccedenti il fabbisogno settimanale.

L’art. 8 ribadisce il divieto di ricevere dall’esterno generi alimentari che richiedano cottura: l’uso di fornellini personali a gas (dall’apertura alla chiusura della porta blindata della camera) è pertanto consentito solo per riscaldare cibi già cotti (anche surgelati) ovvero per preparare bevande calde<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> L’art. 7.1 vieta la spedizione e ricezione di denaro e valori all’interno della corrispondenza ordinaria.

<sup>39</sup> Rimane il timore di una discrezionalità amministrativa eccessivamente vasta. V., a tal proposito, la circolare DAP 0066902-2014 – oggi abrogata dall’art. 37 della circolare – con cui si invitavano le direzioni degli istituti a respingere le domande di invio di somme di denaro all’Associazione fiorentina “Liberarsi”.

<sup>40</sup> V. l’art. 7, nonché, analiticamente, il Mod. 72 allegato alla circolare.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 186 del 2018, cit., ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f) OP, laddove prevede il divieto per i condannati al carcere duro di cuocere cibi. Tale previsione è contraria al senso di umanità della pena e non trova giustificazione neppure in esigenze di sicurezza né tantomeno nel rischio di accrescere il prestigio dei criminali in regime differenziato. La Corte costituzionale fa cadere così tale divieto sottolineando come non si tratti di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l’esistenza di un «diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella», ma piuttosto di

Le due ore di vita all'esterno della cella impongono un abbigliamento «consono», ma non «lussuoso» (art. 12), per evitare manifestazioni di superiorità o incentivare scambi illegali<sup>42</sup>. Inoltre: pantaloncini corti solo per la palestra o passeggio e ciabatte solo per recarsi in doccia<sup>43</sup>.

#### 4.6. Libera manifestazione del pensiero

L'art. 7.2 vieta ai ristretti di ricevere giornali e riviste dall'esterno, tanto dai familiari al momento dei colloqui visivi quanto tramite pacco postale. La ricezione è ammessa esclusivamente tramite abbonamento sottoscritto per il tramite della Direzione o dell'impresa di mantenimento.

Con specifico riferimento ai fatti di cronaca locale, la norma facoltizza le direzioni a segnalare all'A.G. competente eventuali «situazioni di pericolo» e a chiedere la limitazione all'acquisto/ricezione alla sola stampa di tiratura nazionale<sup>44</sup>. Qualora la competente A.G. decida di autorizzare l'acquisto senza limitazione, l'Ufficio Censura, prima di consegnare la stampa al ristretto, procederà al relativo visto di controllo, trattenendo le pagine sospette ed inoltrandole volta per volta all'A.G. per le determinazioni di competenza.

Con particolare riguardo al possesso di libri, continua ad imperare negli ambienti DAP una morbosa tendenza alla biblioclastia: l'art. 11.6 vieta di ricevere libri e riviste dall'esterno, dai familiari o da altri soggetti tramite colloqui o pacco postale, sia di inviarne all'esterno e prevede che il ristretto possa usufruire dell'apposita biblioteca (ma nulla si dice circa la sussistenza e la consistenza di essa), accedere al prestito dei testi ivi custoditi e detenere all'interno della camera un numero massimo di quattro volumi per volta, per un periodo non superiore a 40 giorni per ciascun testo. Tale limite è derogabile per i detenuti studenti. In ogni caso è fatto divieto di sottolineare e/o fare annotazioni o segni di qualsiasi natura nei libri della biblioteca. Eventuali violazioni saranno valutate disciplinarmente e comunicate tempestivamente alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento.

In passato, la circ. n. 434055/2011, imponeva: *a)* l'eliminazione dalle biblioteche degli istituti penitenziari dei libri contenenti tecniche di comunicazione criptata<sup>45</sup>; *b)* il divieto di acquisto di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri), al di fuori dell'istituto penitenziario; *c)* il divieto di ricezione di libri e riviste da parte dei familiari, anche tramite pacco consegnato al colloquio o spedito per posta, così come l'invio del predetto materiale ai familiari da parte del

---

riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art 41-bis OP «deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

<sup>42</sup> V. già la circolare DAP n. 202222 del 20 maggio 2011.

<sup>43</sup> Non, però, le ciabatte del tipo "cros", il cui spessore della suola si presta a manomissione ed occultamento di vario genere.

<sup>44</sup> In passato il DAP aveva vietato l'ingresso in carcere e la contestuale eliminazione dal Mod. 72 de *Il Garantista* e del fumetto *Lady Mafia*. Oggi, l'art. 19 della circolare torna sull'argomento con toni maggiormente allarmati, rimarcando che, «[p]er quanto riguarda i quotidiani locali dell'area geografica di appartenenza, è emerso che i detenuti/internati manifestano interesse per tali testate giornalistiche allo scopo di tenersi informati sulle vicende connesse al clan criminale ovvero per verificare l'avvenuta esecuzione dei propri ordini veicolati all'esterno. Infatti, tali quotidiani spesso offrono una dettagliata descrizione degli episodi di cronaca. È avvenuto, inoltre, che alcuni detenuti/internati cui è stata inibita la lettura dei quotidiani contenente cronaca locale, abbiano cercato di aggirare le restrizioni imposte, servendosi di altri soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità per i quali non vi era analogo divieto da parte della competente Autorità giudiziaria. Pertanto, dovrà essere interessata la competente Autorità giudiziaria affinché sia vietato l'acquisto dei quotidiani locali, indipendentemente dalla provenienza geografica dei detenuti/internati».

<sup>45</sup> Nella stessa logica si collocavano le circolari che inibivano l'accesso a riviste contenenti pubblicazioni di missive sospette, quali *Cronaca vera*, *Lettere di coppia*, *Lettere confidenziali* e *Lettere intime*.

detenuto; *d*) il divieto di accumulo di un numero eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di perquisizione ordinaria; *e*) il divieto di scambio di libri e riviste tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. La S.C. ha avallato la stretta amministrativa, affermando trattarsi di forme particolari di comunicazione che non rientrano nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza ai sensi dell’art. 18-*ter* OP, né rinvenendosi, nelle disposizioni della normativa secondaria in questione, un’eccessiva ed ingiustificata limitazione del diritto di informazione e di studio<sup>46</sup>. Di recente, anche la Corte Costituzionale<sup>47</sup> ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, OP, laddove consente all’amministrazione penitenziaria di vietare la ricezione e l’invio di libri e riviste tra i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale e l’esterno.

All’interno delle camere di detenzione è consentita la fruizione (dalle 07.00 alle 24.00)<sup>48</sup> di apparecchi TV forniti dall’amministrazione penitenziaria, privi di televideo o muniti di sistemi che ne inibiscono la funzionalità. Gli unici programmi fruibili da parte dei ristretti sono i principali canali del c.d. pacchetto RAI (1-2-3-4-5, News, Movie, Scuola, Storia, Sport 1 e 2, Premium, Yoyo, Gulp), nonché Canale 5, Rete 4, Italia Uno, La Sette, Cielo, Iris e TV 2000<sup>49</sup>, preventivamente sintonizzati ed abilitati da tecnico di fiducia della Direzione. Il telecomando della TV dovrà essere sigillato e piombato, al fine di evitarne la manomissione e frequentemente controllato dal personale di polizia penitenziaria.

Viene confermata (art. 14) la possibilità di acquistare – impresa di mantenimento – apparecchi radio, a sola frequenza media (AM), «di formato ridotto, con caratteristiche idonee ad escluderne la manomissione e comunque tali da non rendere possibile l’occultamento interno di oggetti vietati o pericolosi». Non viene riproposta la prescrizione contenuta in una precedente circolare<sup>50</sup>, secondo la quale si sarebbero potute sigillare e punzonare anche radio in FM, da settare sui soli canali RAI.

In un contesto, quello carcerario, non particolarmente sensibile verso le nuove tecnologie<sup>51</sup>, le scelte operate nei confronti dei “41” sono radicali: non è consentito, invero, al ristretto possedere personal computer portatili (art. 14.1). Nondimeno, nel caso di studenti, l’amministrazione potrà mettere a disposizione computer fissi, in apposite sale separate, per la necessaria consultazione. Parimenti, nel caso in cui il detenuto debba consultare materiale giudiziario eccessivamente voluminoso, potrà essere autorizzato dalla competente A.G. ad operare su supporto informatico, anche all’interno della camera detentiva attraverso un apparecchio di modico valore (e-reader, lettore dvd/dvx portatile, ecc.) privo di connessioni esterne (wi-fi, bluetooth, connessione dati).

<sup>46</sup> In questo senso, Cass., Sez. I, Sez. I, 16 ottobre 2014, n. 50156, in *Dir. & Giust.*, 2 dicembre 2014; Id., Sez. I, 29 settembre 2014, p.m. in c. Tarallo, *CED* 261858; Id., Sez. I, 23 settembre 2013, p.m. in c. Gullotti, *CED* 257473.

<sup>47</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 122 del 2017.

<sup>48</sup> Con riferimento alla rigida regolamentazione degli orari di fruizione della TV, v. le perplessità avanzate dal GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Rapporto tematico*, cit., 12. Con riferimento ai primi (dis)orientamenti giurisprudenziali cfr. G. ALBERTI, *Detenuti al 41-bis e restrizioni orarie nella fruizione della TV*, in *Dir. pen. cont. online*, 15 marzo 2019.

<sup>49</sup> In ordine alle vicende prodromiche al conflitto di attribuzione tra DAP e Magistratura di sorveglianza poi deciso da Corte cost., sent. n. 135 del 2013, sia consentito il rinvio a C. FIORIO, *Poteri dell’amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, 2092.

<sup>50</sup> V. la circolare DAP n. 80698 dell’8 marzo 2006.

<sup>51</sup> Confinato nel regolamento di esecuzione, l’art. 40 comma 1 d.P.R. 230 del 2000 facoltizza il direttore dell’istituto ad «autorizzare l’uso, anche nella camera di pernottamento, di personal computer».

#### 4.7. Colloqui e corrispondenza

Gli artt. 16 ss. della circolare declinano i limiti posti dall’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), OP. Segnatamente, il colloquio visivo mensile<sup>52</sup> con i familiari (parenti o affini entro il terzo grado: art. 16)<sup>53</sup>, della durata massima di un’ora, potrà essere fruito – previa richiesta del ristretto – esclusivamente se a distanza di 30 giorni dal precedente.

Il mese, insomma, non viene elaborato secondo calendario, impedendo così che i familiari del detenuto possano fruire di due colloqui con un solo viaggio. Così disponendo, la circolare ha imposto la soluzione maggiormente onerosa dal punto di vista economico, escludendo che i familiari potessero fruire di “ben” due ore di colloquio “a cavallo” tra mesi diversi. Nel confermare precedenti circolari<sup>54</sup>, la disposizione si pone, inoltre, in singolare controtendenza con la più recente giurisprudenza della S.C. la quale ammette, al contrario, «l’accorpamento degli stessi in modo da consentirne lo svolgimento in giorni ravvicinati – l’uno alla fine del mese, l’altro all’inizio del successivo – funzionale a contenere i tempi e i costi delle trasferte dei familiari per raggiungere il luogo di detenzione del loro congiunto<sup>55</sup>.

È quindi da ritenere che la circolare verrà – auspicabilmente – disapplicata *in parte qua*.

Nel caso in cui, invece, nel mese precedente il ristretto non abbia effettuato colloquio visivo, potrà beneficiare di due ore in quello successivo.

La tradizionale modalità, costituita dal vetro divisorio a tutta altezza, viene derogata solamente in caso di colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta<sup>56</sup> minori di anni 12: in tal caso – ribaltando i precedenti orientamenti che imponevano l’allontanamento degli altri familiari<sup>57</sup> – l’incontro è “libero” per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall’altra parte del vetro. Il posizionamento del minore e la successiva riconsegna ai familiari dovranno avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza. Se il colloquio si

<sup>52</sup> Ovvero in videoconferenza nel caso in cui anche il familiare sia detenuto in regime speciale: Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 7654. Di recente, Cass., Sez. I, 22 marzo 2019, n. 16557, CED, 275669, ha dichiarato «illegittimo il provvedimento di autorizzazione del detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* OP, ad avere colloqui audiovisivi con un altro detenuto (nella specie, il fratello) mediante il sistema della videoconferenza e l’impiego di tecniche comunicative di uso comune, difettando un’espressa disciplina normativa che, in relazione sia ai detenuti in regime ordinario che a quelli in regime differenziato, individui i presupposti di una siffatta forma di comunicazione a distanza e ne detti una specifica regolamentazione quanto agli strumenti da adottare in condizioni di sicurezza, ai poteri di controllo delle Autorità penitenziarie ed alle necessarie coperture di spesa».

<sup>53</sup> Al colloquio, sono ammesse massimo tre persone. Detto limite può essere derogato esclusivamente in favore di minori e/o di familiari o conviventi. La Direzione può valutare, sulla base di circostanze eccezionali, la concessione straordinaria di colloqui con terze persone, per i quali appare sempre opportuno chiedere un parere preventivo alla competente D.D.A. I colloqui con terze persone, di regola vietati, possono essere eccezionalmente autorizzati dalla competente A.G., previa acquisizione del parere della D.D.A. competente. Dell’*iter* procedurale dovrà, infine, essere informata la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento. Disciplina a parte è quella relativa all’ingresso di terzi per il compimento di atti giuridici (art. 21): in tale ipotesi, l’incontro non rientra nel “monte colloqui” e può essere autorizzato, per il tempo strettamente necessario al compimento dell’attività richiesta ed alla presenza del personale addetto alla vigilanza. Si applicano le disposizioni in materia di controllo e perquisizione previste per i colloqui con difensori.

<sup>54</sup> V. già la circolare DAP n. 173222 del 5 maggio 2013.

<sup>55</sup> Così Cass., Sez. I, 25 novembre 2016, n. 10462, che, in applicazione del principio, aveva ritenuto fondate le censure del ricorrente avverso la circolare ministeriale che aveva prescritto un intervallo di tempo obbligatorio di trenta giorni tra un colloquio e l’altro.

<sup>56</sup> V. già la circolare DAP n. 101491 del 12 marzo 2012.

<sup>57</sup> Cfr. la circolare DAP n. 183805 del 23 maggio 2013; nonché Cass., Sez. I, 21 aprile 2017, n. 22923, in *Dir. & Giust.*, 11 maggio 2017.

svolge in ospedali o altri luoghi esterni di cura (art. 11 OP) il suo sviluppo dovrà essere gestito con peculiare cura e ponendo in essere ogni cautela del caso, al fine di scongiurare contatti o passaggi di oggetti.

In ogni caso, al colloquio il ristretto può portare con sé solo un pacchetto di fazzolettini di carta sigillati ed una bottiglia di acqua sigillata priva di etichetta e sarà perquisito con l’ausilio di *metal-detector*<sup>58</sup> prima e dopo la fruizione del colloquio stesso.

L’art. 17 consente ad ogni ristretto, previo il nulla osta della competente A.G., la possibilità di effettuare una fotografia nel corso dell’anno da solo o con i figli o nipoti<sup>59</sup> minori di anni 12<sup>60</sup> durante la fruizione della porzione del colloquio visivo senza il vetro divisorio. Le foto dovranno essere effettuate dal fotografo di fiducia dell’istituto, al quale sarà inibita qualsiasi comunicazione con i detenuti/internati.

Eventuali richieste di colloquio prolungato per motivi eccezionali (mancata fruizione del colloquio nel mese precedente e familiari residenti in un comune diverso da quello di detenzione)<sup>61</sup> ovvero di deroghe al regime speciale (colloqui straordinari, colloqui senza vetro, etc.), saranno inoltrate, corredate da tutta la necessaria documentazione, alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento per la valutazione da parte del Ministro della Giustizia.

I colloqui telefonici, alternativi al colloquio visivo, possono essere autorizzati solamente dopo i primi sei mesi di applicazione del regime speciale e ripetono le medesime cadenze trigesimali dei colloqui visivi.

Imprescindibile corollario dell’art. 24, comma 2, Cost., il colloquio con il difensore, abbattuta l’infame barriera rappresentata dal vincolo numerico<sup>62</sup>, viene effettuato senza vetro divisorio e non risente di limiti di durata e di frequenza (art. 16.3). Nel caso in cui il difensore ed il ristretto vogliano scambiarsi carteggi, atti e documenti giudiziari e/o processuali, dovranno altresì rendere apposita dichiarazione che si tratta di corrispondenza per ragioni di giustizia ex art. 103 c.p.p. e 35 att. c.p.p., indicando il numero del procedimento penale a cui si riferisce il carteggio e la conferma del Direttore dell’istituto che il difensore è regolarmente nominato nel relativo procedimento. In tali ipotesi dovrà essere garantita l’assenza di lettura degli atti (art. 16.4).

Benché la rubrica dell’art. 16.6 operi un riferimento atecnico (e parziale) alle «visite» quando, invece, gli artt. 18 e 67 OP si esprimono espressamente in termini di «colloquio» dei garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, è da apprezzare il definitivo *revirement* del ministero rispetto alle precedenti circolari *contra legem*<sup>63</sup>, talora disapplicate in sede giurisdizionale<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> La perquisizione manuale è consentita soltanto quando sussistano comprovate ragioni di sicurezza sulla sussistenza delle quali – contestualmente alla effettuazione della perquisizione – dovrà essere redatta apposita relazione di servizio attestante le motivazioni dell’attività compiuta.

<sup>59</sup> V. già la circolare DAP n. 345320-2013 del 10 ottobre 2013.

<sup>60</sup> In precedenza, la materia era regolata dalle circolari DAP n. 140006 del 18 aprile 2013; n. 151557 del 28 aprile 2013 e n. 183805 del 23 maggio 2013.

<sup>61</sup> Cfr. la circolare DAP n. 383142 del 10 novembre 2014. Nel senso dell’applicabilità dell’art. 37 comma 10 reg. es. (d.P.R. n. 230 del 2000) ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-bis OP, v. Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, in *Dir. & Giust.*, 19 maggio 2015.

<sup>62</sup> V. Corte cost., sent. n. 143 del 2013, a margine del quale cfr., volendo, C. FIORIO, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, n. 1, 6 ss.

<sup>63</sup> Cfr. circolare DAP n. 3651/6101 del 7 novembre 2013.

<sup>64</sup> V., con riferimento alle modalità di contatto con il Garante territoriale, Trib. Sorv. Perugia 27 ottobre 2015, n. 1419, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 12, con note adesive di C. SCACCIANOCE, *Diritto al colloquio tra Garante e*



Con riferimento ai colloqui con le autorità indipendenti (comunque denominate), la recente riforma dell'ordinamento penitenziario (d.lgs. n. 123 del 2018) ha eliminato dal comma 1 dell'art. 18, OP, il riferimento al garante dei diritti dei detenuti dal novero dei soggetti ammessi ad avere colloqui con i detenuti, che, tuttavia, è recuperato nel nuovo comma 2, che disciplina congiuntamente difensori e garanti dei diritti dei detenuti. Il necessario contatto tra i Garanti e le persone *in vinculis* discende dagli artt. 19 e 20 del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (OPCAT), il cui contenuto, oltre che nella disposizione in commento, è stato ripreso nell'art. 3 del codice di autoregolamentazione del Garante nazionale<sup>65</sup>. Il nuovo art. 18 comma 2 OP afferma inequivocabilmente che i detenuti e gli internati «hanno diritto [...] di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti», nei limiti di cui all'art. 104 c.p.p.

Sul piano lessicale, la nuova formulazione ha soppresso il riferimento al garante dei diritti dei detenuti, sostituendolo, più correttamente, con tutti «i garanti dei diritti dei detenuti», fugando i dubbi che si erano registrati nel passato in ordine alla possibilità di estendere la disciplina dei colloqui all'intera categoria<sup>66</sup>. In secondo luogo, la nuova formulazione non prevede più la possibilità di finalizzare l'interlocuzione con i Garanti all'eventuale compimento di «atti giuridici», estendendo, di conseguenza, il raggio di operatività del colloquio stesso. Infine, la modifica ha conservato la possibilità che le persone *in vinculis* possano intrattenere rapporti epistolari con i Garanti, integrando tale disposizione con il diritto già assicurato ai soggetti ristretti di rivolgersi agli organi di garanzia a mente dell'art. 35 OP, ove si precisa che i reclusi «[...] possono indirizzare istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti»<sup>67</sup>. La rinnovata collocazione sistematica del precetto pare suggerire che i colloqui con i Garanti – al pari di quelli con il difensore – non siano da computare nel numero complessivo di quelli previsti<sup>68</sup> e siano effettuati con le medesime modalità (cioè a dire senza controllo visivo e auditivo da parte del personale di polizia penitenziaria).

Anche la circ. DAP 8 novembre 2013, n. 3651/6101, precisava che le «interlocuzioni non sostanziano colloqui in senso tecnico» ex art. 18 OP, così che sono soggette alle regole indicate nella stessa circolare al § 6 e non devono essere computate ai fini del raggiungimento dei limiti numerici previsti, per i colloqui, dall'art. 37 comma 8 reg. es. In questa prospettiva sembra, pertanto, corretto non assimilare i colloqui tra detenuti e garanti a quelli tra detenuti e le c.d. terze persone, anche alla luce delle differenti le finalità che si vogliono perseguire: i colloqui con i familiari sono, infatti, funzionali (art. 28 OP), a «mantenere migliorare o ristabilire le relazioni con le famiglie», laddove i colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi (c.d. terze persone), benché consentiti «quando ricorrono ragionevoli motivi», si possono associare a questa finalità ove, ad esempio, si tratti di detenuti privi di riferimenti

---

*detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante; e di L. CESARIS, Quali garanzie per il garante dei detenuti?; nonché Mag. Sorv. Spoleto, 27 giugno 2017, n. 1030, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2/2018, 205, con nota adesiva di L. CESARIS, Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale.*

<sup>65</sup> In questo senso, L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2018, 207.

<sup>66</sup> A. CIAVOLA, *Art. 18 ord. penit.*, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale*, Milano, 2019, 241; M. DE MASELLIS, *Il diritto di colloquio dei detenuti con i garanti*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 29 dicembre 2018.

<sup>67</sup> Così F. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, MILANO, 2018, 80-81.

<sup>68</sup> Diversamente opinando – sottolinea CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 210 – sarebbero violati gli artt. 29, 30 e 31 Cost.

familiari o con familiari residenti all'estero. I colloqui con il garante sono, invece, assimilabili a quelli svolti con il magistrato di sorveglianza, con il difensore o con gli ispettori del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), poiché mirano a scopi di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, a ricevere doglianze orali o scritte, a raccogliere specifiche istanze da un soggetto privato della libertà personale<sup>69</sup>.

La stessa S.C., del resto<sup>70</sup>, ha ritenuto irragionevole porre il detenuto o l'internato di fronte all'alternativa tra l'esercizio di due diritti (mantenimento delle relazioni familiari, da un lato, e diritto ad una tutela extragiudiziaria di particolare rilevanza<sup>71</sup>).

Proprio con riferimento alla materia dei colloqui, si registra una radicale posizione di chiusura da parte dell'amministrazione penitenziaria<sup>72</sup>. A seguito dell'inserimento dei garanti nell'art. 18 OP (l. 30 dicembre 2008 n. 207, conv. dalla l. 27 febbraio 2009 n. 14), la disposizione penitenziaria era stata interpretata nel senso che l'ingresso dei garanti locali fosse consentito solamente a quelli istituiti da organi pubblici con atti normativi e solo presso gli istituti ricadenti nell'ambito territoriale di cui è espressione l'ente che lo ha costituito. Inoltre, i colloqui con i garanti si sarebbero dovuti effettuare negli appositi locali e con le limitazioni di durata, numero massimo e, addirittura, di opportunità stabiliti, per le cc.dd. terze persone dal reg. es. (arg. ex 39 reg. es.) (circ. DAP 2-4-09, n. 3618-6008). Nonostante i provvedimenti successivi (circ. DAP 21-7-09, n. 3622-6072; circ. DAP 8-11-13, n. 3651-6101, cit.) abbiano escluso che le prerogative dei garanti possano limitare, nel *quantum*, il diritto del detenuto ai colloqui, essi continuano a denotare un ingiustificato timore dell'amministrazione, cui si tenta di porre rimedio con scelte giuridicamente discutibili. Il riferimento corre, in particolare, alla già menzionata impossibilità di delegare i collaboratori del garante per l'effettuazione dei colloqui, nonché alle modalità di svolgimento del colloquio stesso. Prendendo le mosse dal confutabile assunto secondo il quale le «interlocuzioni» dei garanti con i detenuti «non sostanziano i colloqui in senso tecnico previsti dall'art. 18 O.P.»<sup>73</sup>, la circ. DAP 8-11-13, n. 3651-6101, cit., vorrebbe sottoporre a limitazioni contenutistiche e a controllo uditivo il colloquio del garante con il detenuto. Sulla scorta di un'interpretazione lata dell'art. 117 reg. es. (inequivocabilmente riferito agli imputati), la circolare tende a circoscrivere l'ambito del colloquio alle sole condizioni di vita del detenuto, alla conformità del trattamento ad umanità, al rispetto della dignità della persona «senza alcun riferimento al processo o ai processi in corso», vanificando completamente la necessaria riservatezza nel contatto tra detenuto e garante, il quale potrebbe addirittura essere allontanato sia quando l'interlocuzione si riferisca o si estenda ad argomenti diversi da quelli consentiti, sia quando il garante comunichi con il detenuto in una lingua straniera. Relativamente a tali ipotesi, la circolare impone il ricorso ad un interprete iscritto ad un albo professionale, senza oneri per l'amministrazione penitenziaria<sup>74</sup>. Appare evidente come la circolare, derogando *in peius* all'art. 18 OP sia

<sup>69</sup> Ancora L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 209.

<sup>70</sup> V. Cass., Sez. I, 27 giugno 18, Min. giust. in proc. Attanasio, n. 46169; Id., Sez. I, 11 luglio 18, p.g. in proc. Onida, n. 53006.

<sup>71</sup> In questo senso, M. DE MASELLIS, *loc. ult. cit.*

<sup>72</sup> In generale, L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 205; nonché, già, F. DELLA CASA, *Il Difensore civico delle persone private della libertà personale*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).

<sup>73</sup> V. le incisive considerazioni di ordine semantico proposte da L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 208-209.

<sup>74</sup> Sottolinea condivisibilmente L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 207, come siano ridotte «sensibilmente le opportunità di contatti con il garante proprio per quei soggetti che ne avrebbero forse maggiore necessità».

illegittima.

Con riferimento specifico ai detenuti in regime carcerario differenziato, benché l’art. 16.6. della circ. DAP 3676/6126 del 2 ottobre 2017, operi un riferimento atecnico alle «visite» quando, invece, gli artt. 18 e 67 OP si esprimano espressamente in termini di «colloquio» dei garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, è da apprezzare il definitivo superamento (inaugurato dalla circ. DAP n. 3671/6121 del 18-5-2016) delle precedenti circolari *contra legem* (cfr. circ. DAP. n. 3651/6101 cit.), talora disapplicate in sede giurisdizionale<sup>75</sup>. La disposizione, invero, prevede che «[i]l Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, in quanto “Organismo di monitoraggio indipendente” (NPM) secondo la convenzione di New York del 18.12.2002, accede senza limitazione alcuna all’interno delle sezioni 41 *bis* incontrando detenuti ed internati e potendo svolgere con essi incontri riservati senza limiti di tempo. Sul punto si rimanda al contenuto della circolare GDAP n. 3671/6121 del 18.5.2016 [in quanto, ovviamente, compatibile con la necessaria riservatezza dell’incontro!]. I garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, possono accedere in istituto per effettuare le visite *ex art 67 O.P.*, con possibilità di incontrare detenuti/internati 41 *bis*. Tali incontri non incidono sulla determinazione del numero dei colloqui cui il detenuto/internato ha diritto *ex art. 41 bis*, comma 2 *quater*, lett. b)».

Risolto positivamente (il dilemma del “monte colloqui” (quelli con il Garante si aggiungono a quelli con i familiari), rimane aperto un fronte di particolare rilievo: quello dell’asserita differenza tra garante nazionale e garanti territoriali con riferimento ai colloqui con i detenuti in regime carcerario differenziato. Secondo la giurisprudenza più recente, il colloquio “riservato” costituirebbe prerogativa esclusiva del Garante nazionale, nella sua qualità di Meccanismo nazionale per la prevenzione ai sensi del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti. Al contrario, «i garanti locali, comunque denominati, non avrebbero questa possibilità, che è agli stessi espressamente riconosciuta unicamente in relazione alla corrispondenza epistolare»<sup>76</sup>.

Inoltre, a differenza di quanto previsto per il Garante Nazionale, i colloqui del detenuto in regime differenziato con il garante locale «sono soggetti ad autorizzazione che può essere negata solo in presenza di specifiche e comprovate ragioni da riportare nel provvedimento di eventuale rigetto della richiesta e sono sottoposti, secondo quanto prescritto dal comma 2-*quater*, lett. b), del predetto articolo, al controllo uditivo ed all’impiego del vetro divisorio»<sup>77</sup>. A prescindere dalla circostanza che i citati arresti erano intervenuti anteriormente alla modifica dell’art. 18 OP, i menzionati orientamenti giurisprudenziali non sono condivisibili per l’estrema debolezza delle argomentazioni. Le disposizioni contenute nella legge penitenziaria (artt. 18, 35 e 67 OP) non consentono, invero, differenziazioni artificiose, non distinguendo tra *garanti*, né tra *istituti* o *sezioni*<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> V., per tutte, Trib. Sorv. Perugia 27 ottobre 2015, n. 1419, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, 1 con nota adesiva di L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?* e di C. SCACCIANOCE, *Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante*, *ivi*, n. 1, 1.

<sup>76</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 7 dicembre 2018, n. 11585; Id., 27 giugno 2018, Min. giust. in proc. Attanasio, n. 46169, cit. Si spinge addirittura oltre Id., Sez. I, 11 luglio 2018, p.g. in proc. Onida, n. 53006, cit., secondo cui i detenuti sottoposti a regime carcerario differenziato potrebbero «strumentalizzare questo genere di opportunità di diretta interlocuzione anche per esercitare forme di coercizione volte ad attuare all’esterno finalità illecite».

<sup>77</sup> Così, testualmente, Cass., Sez. I, 12 dicembre 2018, n. 12493, CED, 276306.

<sup>78</sup> Desta quindi più di una perplessità l’affermazione della S.C. secondo la quale «il colloquio del detenuto con il Garante, sia nazionale che locale, può essere negato dall’Amministrazione penitenziaria in presenza di specifiche

Per quanto concerne, infine, la corrispondenza, l'art. 18 si limita a glossare le previsioni dell'art. 18-*ter* OP, senza apportare alcuna innovazione di rilievo. A fronte della generale previsione abrogativa contenuta nell'art. 37, è da ritenere che sia caduto il generalizzato divieto di corrispondenza tra detenuti "41-*bis*" ristretti in istituti diversi<sup>79</sup>.

#### 4.8. Diritto alla salute

L'art. 23, sulla falsariga dell'art. 11 OP afferma il diritto del ristretto ad ottenere copia – integrale o parziale – della cartella clinica o di singole documentazioni agli atti, previa istanza motivata indirizzata all'A.S.L. attraverso la Direzione dell'istituto che comunicherà la richiesta all'A.G. competente allorché si tratti di imputati in attesa di primo giudizio.

In ogni caso, su richiesta del ristretto, sarà sempre garantita la visita medica giornaliera a cura del sanitario di sezione. Le visite con i medici della A.S.L. avverranno presso l'ambulatorio della sezione o nell'infermeria centrale: la vigilanza dovrà essere attuata dal personale di polizia penitenziaria, garantendo assoluta discrezione e riservatezza.

Sempre ricalcato sull'art. 11 OP, è riconosciuto al ristretto un diritto ad essere visitato da un medico di fiducia a proprie spese, purché quest'ultimo non abbia a proprio carico significativi precedenti o segnalazioni di polizia (art. 23.1). Nell'eventualità in cui il professionista provenga dalle zone del ristretto, il controllo visivo dovrà essere assicurato in modo costante e rigoroso garantendo la riservatezza e la presenza del sanitario di sezione, qualora disponibile.

#### 4.9. Ordine e sicurezza

Oltre agli accertamenti numerici (art. 25) ed al controllo e battitura di inferriate e pareti (art. 25.2), viene previsto, nel rispetto delle linee-guida tracciate da Corte cost., sent. n. 526 del 2000<sup>80</sup>, generalizzato potere di perquisizione, mediante *metal-detector*, in occasione delle consentite movimentazioni all'interno dell'istituto penitenziario, con particolare attenzione ai casi in cui il ristretto abbia la possibilità di contatti fisici con i familiari o con terze persone, al fine di evitare la veicolazione di messaggi o lo scambio di oggetti.

La perquisizione manuale successiva al denudamento è, invece, effettuata ogni qualvolta il ristretto rientri ovvero esca dall'istituto, nonché in caso di fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti, pericolosi per l'ordine e la sicurezza dell'istituto e non rilevabili tramite sistema tecnico di controllo.

---

e comprovate ragioni di cui dovrà essere dato compiutamente conto nel provvedimento di eventuale rigetto della richiesta, atteso che la nuova disciplina dettata dall'art. 18, comma 2, ord. pen., inserita dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, - che riconosce al detenuto il diritto a tale colloquio, precludendo all'Amministrazione penitenziaria di valutarne le ragioni di merito - non si applica a tale categoria di detenuti» (Cass., Sez. I, 9 gennaio 2019, n. 11597, CED, 275055).

<sup>79</sup> Cfr. Circolare DAP n. 147611 del 27 aprile 2015. Nel senso, infatti, che non sussista un divieto generale ed assoluto per il detenuto, ristretto nel regime speciale di cui all'art. 41-*bis* l. 26 luglio 1975 n. 354, di intrattenere corrispondenza con altri soggetti detenuti sottoposti al medesimo trattamento differenziato, ospitati in istituti penitenziari diversi, v. Mag. Sorv. Udine, 11 dicembre 2015, in *Il penalista*, 29 aprile 2016, ove si sottolinea come «[I]imitazioni al diritto alla corrispondenza possono essere stabilite – ai sensi dell'art. 18-*ter*, della medesima legge – in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria».

<sup>80</sup> Ci si riferisce alla necessità di documentare l'avvenuta perquisizione, in modo da poter conoscere l'identità di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto e assistito, le circostanze di luogo e di tempo, il fondamento giustificativo della stessa, dato dal ricorrere dei casi ordinari o dall'esistenza dell'ordine del Direttore o dalle ragioni di particolare urgenza, specificate nell'informazione immediata data al Direttore, nonché le modalità con le quali la perquisizione è avvenuta, in particolare nel caso in cui si ritenga di dover ricorrere a modalità diverse da quelle ordinarie o che comportino una ispezione corporale.

## 5. Il procedimento applicativo ed il regime delle proroghe

Nel ribadire la competenza del Ministro della giustizia, «anche a richiesta del Ministro dell'interno», la formulazione del vigente art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, OP conferma il definitivo tramonto degli aneliti alla giurisdizionalizzazione auspicati in dottrina<sup>81</sup>, a vantaggio di una più marcata connotazione amministrativa del procedimento.

Quanto all'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento, è stata confermata l'obbligatorietà del parere del p.m. «che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice precedente», nonché l'acquisizione di «ogni altra necessaria informazione» presso la DNA e gli organi di polizia specializzati nell'attività di contrasto al crimine organizzato. Continua, per converso, a rimanere estranea al procedimento applicativo ogni forma – anche embrionale – di contraddittorio preventivo, di tal che rimangono attuali le censure di dubbia costituzionalità del regime differenziato per violazione dell'art. 111 Cost.

Il provvedimento applicativo, assunto nella veste del decreto motivato, ha visto nella nuova legge macroscopicamente dilatata la sua vigenza. Rispetto alla previgente formulazione normativa, che ne contemplava la durata in misura «non inferiore ad un anno e non superiore a due», la novella ha inibito ogni discrezionalità ministeriale in ordine al *quantum*, prevedendo che il decreto si applichi, in prima battuta per la durata di quattro anni. Una tale previsione non può che suscitare allarmanti interrogativi sia in ragione dell'inevitabile afflittività del regime, sia in ordine alle recondite ragioni giustificatrici di siffatto innalzamento. Già nel 2002, infatti, la previsione legislativa di un termine doppio rispetto a quello individuato nella prassi ministeriale<sup>82</sup> veniva giustificato sulla scorta della irragionevole durata del procedimento per reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza, stigmatizzata, oltre che dalla dottrina<sup>83</sup>, anche dai massimi consessi europei. Il legislatore del 2009, invece di approntare un sistema rispettoso delle garanzie, ha prolungato in maniera smisurata lo *spatium temporis* di efficacia del provvedimento, incidendo altresì sulla durata delle proroghe, che possono essere disposte, volta per volta, per periodi di due anni.

Oltre alla dilatazione temporale dell'efficacia delle singole proroghe, la novella ha inciso in maniera rilevante sui presupposti legittimanti la reiterazione della misura. Innovando rispetto alla formulazione del 2002, che legittimava la proroga del regime carcerario differenziato «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno», il testo vigente dell'art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, OP, nella formulazione introdotta nel 2009, stabilisce che «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno».

<sup>81</sup> Cfr. L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una “controriforma” che urta con la costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, 30; Nel senso che «[l]’obiettivo di “giurisdizionalizzare” la fase applicativa dell’art. 41-*bis* Ord. penit. [...] costituisc[a] l’erroneo epilogo di una iniziativa suggerita da nobili intenti», v., peraltro, A. BERNASCONI, *op. cit.*, 293, nota 16.

<sup>82</sup> La durata di sei mesi di vigenza del provvedimento era stata ricavata da un *obiter dictum* di Corte cost., sent. n. 410 del 1993, la quale, nel riconoscere al Tribunale di sorveglianza la giurisdizione sui decreti ministeriali, rilevava come «nell’ambito dell’ordinamento penitenziario [fosse] già espressamente previsto un tipo di regime detentivo – il regime di sorveglianza particolare – disciplinato dagli artt. 14-*bis* e seguenti, che nella sua concreta applicazione viene ad assumere un contenuto largamente coincidente con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41-*bis* comma 2, di sospensione del trattamento penitenziario».

<sup>83</sup> Cfr. A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis c. 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. DI CHIARA, Torino 2003, 298.



Come si ricorderà, la previgente formulazione, declinata attraverso il riferimento ad una condizione negativa («purché non [...]sia venuta meno»), aveva dato luogo a più di un problema interpretativo, non essendo pacifico, in giurisprudenza, se la proroga potesse disporsi ogni qualvolta non fossero emersi elementi nuovi tali da incidere sulla capacità “comunicativa” del detenuto<sup>84</sup>, ovvero se, al contrario, fossero necessarie ulteriori prove attestanti la perdurante attualità dei collegamenti del detenuto interessato con l’organizzazione criminale di appartenenza<sup>85</sup>. In coerente sviluppo di tale, ultimo orientamento, la riforma ha cristallizzato la “negativa” della formulazione precedente: in particolare, la locuzione «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l’associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno» parrebbe scongiurare i dubbi di *probatio diabolica*, talora adombrati in letteratura, a vantaggio di un assetto che postula un inequivocabile onere motivazionale in capo al Ministro della Giustizia<sup>86</sup>.

La più recente formulazione, in altri termini, fugando i dubbi interpretativi sorti nella vigenza della vecchia norma, chiarisce senza ambiguità che non si può prefigurare né tollerare alcuna inversione dell’onere della prova, ma che spetta all’amministrazione penitenziaria accertare la persistente capacità del detenuto di mantenere i collegamenti con la sua associazione. Del resto, anche la Corte costituzionale, nell’ordinanza n. 417 del 2004, recependo il “diritto vivente” metabolizzato nella giurisprudenza di legittimità, aveva escluso che l’art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, OP comportasse «una inversione dell’onere della prova, in quanto rimane intatto l’obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui “risulti” che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno».

Nella medesima prospettiva, la giurisprudenza successiva alla riforma del 2009, insiste nello statuire che per i provvedimenti in materia di art. 41-*bis* OP (applicativi o di proroga: è lo stesso), «sussista a carico dell’Amministrazione l’onere di indicare i positivi elementi che fondano il pericolo di collegamenti con l’associazione mafiosa di provenienza e il dovere, per il tribunale di sorveglianza, di valutare, in sede di reclamo, gli indici di pericolosità qualificata prospettati e di motivare sulla sussistenza ed effettiva permanenza delle ragioni che legittimano la sospensione del trattamento»<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> V. Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, in *Cass. pen.*, 2008, 4587; nonché, in precedenza, Id., Sez. I, 14 novembre 2003, Mazzitelli, *CED* 226471.

<sup>85</sup> Questo, invero, era l’orientamento maggioritario dei tribunali di sorveglianza: cfr., *ex plurimis*, Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007, Madonia, in *Foro it.*, 2007, 245; Trib. Sorv. Perugia, 12 ottobre 2006, Tinnirello, *ibidem*, 246; ma altresì della giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, Orefice, in *Cass. pen.*, 2008, 4600; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, in *Giust. pen.*, 2004, II, c. 299; Id., Sez. I, 5 febbraio 2004, Zara, in *Cass. pen.*, 2004, 2294.

<sup>86</sup> Onere ribadito a più riprese: cfr. Corte cost., sent. n. 417 del 2004; Id., sent. n. 376 del 1997; Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4589; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, cit.

<sup>87</sup> Così Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, Zagaria, *CED*, 245048. Nel senso che il decreto ministeriale debba recare «congrua ed autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi dai quali desumere la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e di sicurezza, correlate ai pericoli connessi alla persistente capacità del condannato di tenere contatti con la criminalità organizzata», v. Id., Sez. I, 6 ottobre 2011, Lucchese, *ibidem*, 251583. Successivamente, Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, Di Grazia, *ibidem*, 256495, ha specificato che anche a seguito della novella del 2009, «il controllo di legalità del Tribunale di sorveglianza in ordine ai decreti di proroga del regime di detenzione differenziato deve consistere nel verificare se sussiste l’effettivo pericolo di permanenza di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata». Una posizione meno garantista pare, al contrario, quella di Cass., Sez. I, 10 maggio 2019, Belforte, *CED*, 276483, laddove si afferma che ai fini della proroga «non è necessario l’accertamento della permanenza dell’attività della cosca di appartenenza e la mancanza di sintomi rilevanti, effettivi e concreti, di una dissociazione del condannato dalla stessa, essendo sufficiente la potenzialità, attuale e concreta, di collegamenti con l’ambiente malavitoso che non potrebbe essere adeguatamente fronteggiata con il regime carcerario ordinario».

Diversificati i parametri da tenere in considerazione nell’assolvimento dell’onere motivazionale sia nel momento dispositivo che in quelli successivi di controllo: la capacità di mantenere collegamenti (non più contatti) con l’associazione criminale, terroristica o eversiva deve essere desunta sulla base di criteri già evidenziati nel corso dell’elaborazione giurisprudenziale<sup>88</sup> e oggi normativizzati. Più specificamente, la motivazione del decreto di proroga dovrà riguardare il profilo criminale e la posizione rivestita dal soggetto in seno all’associazione<sup>89</sup>; la perdurante operatività del sodalizio criminale<sup>90</sup>; la sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate; gli esiti del trattamento penitenziario ed il tenore di vita dei familiari del sottoposto<sup>91</sup>. La norma, infine, specifica che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l’associazione o dimostrare il venir meno dell’operatività della stessa<sup>92</sup>.

Un profilo particolarmente rilevante, evidenziato sia dalla giurisprudenza interna, sia da quella sovranazionale, concerne la necessità di operare un bilanciamento tra le gravi condizioni di salute del ristretto e l’opportunità di disporre o mantenere il regime carcerario differenziato, dal momento che il complessivo giudizio sulle condizioni di salute incide sul livello di pericolosità da cui deriva la legittimità delle restrizioni.

Il rischio di imporre un trattamento inumano o degradante, in violazione dell’art. 3 CEDU è, infatti, di tutta evidenza, laddove le limitazioni caratterizzanti il carcere “duro” vengano riferite a persone che, per età e/o per patologie fisiche o psichiche, difficilmente possano sopportarle.

<sup>88</sup> V., specialmente, Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4588-4589; nonché Id., Sez. I, 3 marzo 2006, P.M. in c. Di Giacomo, *CED*, 233944; Id., Sez. I, 15 novembre 2005, Graviano, *ibidem*, 233194; Id., Sez. I, 28 settembre 2005, Emmanuello, *ivi*, n. 232684.

<sup>89</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 22 gennaio, 2008, Lioce, *CED*, 242784, secondo cui il provvedimento di proroga «deve contenere una adeguata valutazione sulla permanenza dei dati indicativi del collegamento del detenuto con la criminalità organizzata ed eversiva» (nel caso di specie la suprema Corte ha ritenuto adeguatamente motivato il decreto di proroga con il richiamo al ruolo di vertice ricoperto dalla persona detenuta nell’organizzazione eversiva B.R.-P.C.C., alla possibilità di una ripresa della lotta armata ad opera di tale sodalizio, ai dati di recente acquisizione indicativi del mantenimento di siffatto ruolo e dell’esistenza di contatti tra militanti dell’organizzazione eversiva detenuti e militanti in libertà; nonché, già, Id., Sez. I, 15 novembre 2005, Graviano, *CED*, 233194, secondo cui, «una volta verificata con sentenza passata in giudicato l’affiliazione di un detenuto a “Cosa Nostra” e la sua posizione apicale, la permanenza del vincolo associativo può ritenersi connaturata all’ontologia di tale associazione, in quanto è legittimo dedurre – purché sia data rigorosa motivazione circa la mancanza di elementi atti a dimostrare il venire meno della capacità di collegamento con l’organizzazione criminale – che l’ordinario regime detentivo risulti inidoneo ad interrompere tale capacità di collegamento».

<sup>90</sup> Nel senso che ai fini della proroga del regime di detenzione differenziata non sia «necessario l’accertamento della permanenza dell’attività della cosca di appartenenza e la mancanza di sintomi rilevanti, effettivi e concreti, di una dissociazione del condannato dalla stessa, essendo sufficiente la potenzialità, attuale e concreta, di collegamenti con l’ambiente malavitoso che non potrebbe essere adeguatamente fronteggiata con il regime carcerario ordinario», v. Cass., Sez. I, 2 dicembre 2008, Rogoli, *ibidem*, 242071. V., tuttavia, Id., Sez. I, 14 gennaio 2009, Riedo, *ibidem*, 242797, secondo cui il provvedimento di proroga «non può trovare giustificazione soltanto nella permanenza in vita dell’associazione mafiosa e nell’assenza di atteggiamento collaborativo da parte del detenuto che con detta associazione abbia tenuto contatti».

<sup>91</sup> V. Cass., 3 marzo 2006, p.m. in c. Di Giacomo, cit.

<sup>92</sup> In senso conforme, da ultimo, Cass., Sez. I, 3 luglio 2019, Graviano, *CED*, 276720; nonché, già, Id., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, cit. *Contra*, Trib. sorv. Torino, 8 febbraio 2006, *inedita*, secondo cui il provvedimento di proroga «deve essere annullato quando la lunga permanenza in regime differenziato ha contribuito ad una cessazione dei collegamenti con l’associazione di appartenenza e pertanto rispetto al provvedimento di prima applicazione della misura, sono venuti meno i presupposti per l’applicazione di tale regime».

Da tempo<sup>93</sup>, la S.C. ha affermato che costituisce violazione di legge – nei procedimenti tesi alla verifica delle condizioni di validità dell’applicazione o proroga del regime differenziato – l’omessa considerazione da parte del giudice dell’incidenza dello stato patologico, eventualmente insorto a carico del detenuto, sulla particolare valutazione di pericolosità richiesta dalla norma, precisando che non possa dirsi ininfluyente la sopravvenuta condizione fisica del soggetto – ove siano emerse patologie di particolare rilievo – in rapporto alla pregressa attitudine antisociale<sup>94</sup>.

Ed ancora più di recente, nell’ambito di due vicende particolarmente rilevanti dal punto di vista della risonanza mediatica, la Corte di cassazione, da un lato, ha affermato «l’esistenza di un diritto di morire dignitosamente che [...] deve essere assicurato al detenuto»; dall’altro lato, la Corte Edu<sup>95</sup> ha individuato la violazione dell’art. 3 CEDU, nella mancanza di un’autonoma valutazione, da parte del ministro della giustizia, della situazione sanitaria (nella specie: stato vegetativo) del ricorrente in rapporto alla valutazione di persistente pericolosità operata dal medesimo organo.

## 6. Il sistema dei controlli

Espressamente abrogato, il comma 2-ter dell’art. 41-bis OP contemplava un potere di revoca ministeriale del provvedimento se, anche prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni che ne avevano legittimato l’adozione o la proroga<sup>96</sup>. L’unica forma di controllo, allo stato, resta quella giurisdizionale, affidata al tribunale di sorveglianza, che decide all’esito del procedimento per reclamo disciplinato dai comma 2-quinquies e 2-sexies dell’art. 41-bis OP. La Suprema Corte<sup>97</sup> ha precisato che l’istanza di revoca, pur ritualmente presentata, non può più essere presa in considerazione, in virtù del principio *tempus regit actum*, dopo l’entrata in vigore dell’art. 2 l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha soppresso l’istituto, ma può essere valutata, ricorrendone le condizioni, come reclamo contro il d.m. di sottoposizione al regime di detenzione speciale. Più di recente, tuttavia, la medesima Corte<sup>98</sup> ha affermato che è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti, benché con la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento, e ciò in ragione del carattere di rimedio generale dell’istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di

<sup>93</sup> Cass., Sez. I, 27 gennaio 2016, n. 16019, CED, 266620.

<sup>94</sup> Così, di recente, Cass., Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 32405, CED, 270585.

<sup>95</sup> Corte Edu, Sez. I, 25 settembre 2018, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13, cit. In ordine al rapporto tra regimi differenziati e condizioni di salute v. anche Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, ove, pur non ravvisando la violazione dell’art. 3 CEDU, si sottolineava come «le condizioni di detenzione di una persona malata devono garantire la tutela della sua salute, tenuto conto delle ordinarie e ragionevoli contingenze della carcerazione».

<sup>96</sup> Cfr. A. BERNASCONI, *L’emergenza diviene norma*, cit., 300; nonché B. BOCCHINI, *Revoca anticipata del regime differenziato: “la logica dello strumento” tra involuzioni normative e giurisprudenza adeguatrice*, in *Giur. it.*, 2013, 8.

<sup>97</sup> V. Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, Gionta, CED, 245046.

<sup>98</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 20 settembre 2016, CED, 47568, secondo cui «[i]n tema di regime detentivo differenziato, è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza – stante il suo carattere di rimedio generale a garanzia dei detenuti – il rigetto, perfezionatosi a seguito di silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sottoposizione al regime di sorveglianza particolare, previsto dall’art. 41-bis ord. pen.».

cui all'art. 14-ter OP, precisando che<sup>99</sup>, a seguito della legge n. 84 del 2009, la competenza a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale di rigetto, per silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del decreto impositivo del regime detentivo previsto ha affermato che, a dall'art. 41-bis OP spetta al tribunale di sorveglianza di Roma.

Particolarmente rilevanti le novità apportate dalla riforma del 2009: innanzitutto, la competenza a decidere i reclami avverso il provvedimento è stata concentrata nel tribunale di sorveglianza capitolino. L'opzione per una competenza funzionale inderogabile, ricalcata sul foro speciale previsto per le persone sottoposte a speciali misure di protezione (artt. 16-*nonies* comma 8, 12 comma, 3-*bis* e 10 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8), merita qualche riflessione: se la *ratio* alla base della disciplina in tema di collaboratori risponde all'esigenza di garantire la segretezza del loro domicilio, attraverso un'elezione obbligatoria del medesimo, nel caso del reclamo avverso il provvedimento che applica o proroga il regime di cui all'art. 41-bis OP l'interpolazione viene espressamente giustificata con l'esigenza di «evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali»<sup>100</sup>, quasi a riproporre un tribunale “speciale” di cui, francamente, non si avvertiva il bisogno.

Va sottolineato che, rispetto agli ordinari criteri attributivi della competenza dei tribunali di sorveglianza, articolati secondo la regola del *locus custodiae* (art. 677, comma 1, c.p.p.), il testo previgente del comma 2-*quinquies* garantiva una soddisfacente stabilità, specificando che tale competenza rimanesse immune dagli eventuali, successivi trasferimenti del detenuto o dell'internato, disposti ai sensi dell'art. 42 OP. La concentrazione delle regiudicande presso il tribunale capitolino, pertanto, si giustifica esclusivamente in ragione della necessità politica di evitare, per quanto possibile, disorientamenti giurisprudenziali suscettibili di vanificare il regime differenziato. Nondimeno, in mancanza di una norma transitoria, la modificazione della competenza giurisdizionale resterà inevitabilmente segnata dall'operatività del canone *tempus regit actum*.

Quanto alle dinamiche procedimentali, al di là di un intervento sul termine di proposizione del reclamo, che viene elevato a venti giorni, le novità riguardano principalmente le limitazioni dei poteri del giudice. Il testo risultante dalla riforma del 2002, nel metabolizzare gli insegnamenti della Corte costituzionale, prevedeva espressamente che il tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo, decidesse «sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Nel nuovo testo cade ogni riferimento alla «congruità», quasi che il contenuto predeterminato per legge sia sufficiente ad impedire ogni controllo giurisdizionale sull'operato dell'amministrazione, con particolare riferimento ai limiti cui esso è condizionato. A tal proposito, peraltro, va ribadito che la lett. a) del comma 1-*quater* continua a configurarsi quale “norma in bianco”, idonea ad essere estesa sino a comprendere misure diverse da quelle che la l. n. 94 del 2009 vorrebbe declinare in maniera tassativa.

Come già evidenziato, la Corte costituzionale (sent. n. 351 del 1996) aveva ribadito con forza l'imprescindibilità di un controllo sui «limiti esterni» e su quelli «interni» posti all'esercizio del potere ministeriale. Detto altrimenti, al giudice ordinario è sempre demandata una valutazione circa il rispetto della libertà personale e della – pur compressa – finalità rieducativa della pena, nonché circa la “congruità” delle singole restrizioni rispetto alla tutela dell’“ordine” e della “sicurezza pubblica”. Il principio, comunque, è stato ribadito più di

<sup>99</sup> V. Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, confl. comp. in c. Iacolare, CED, 253288.

<sup>100</sup> Così SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Disegno di legge A.S. n. 733-B. “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, maggio 2009, n. 127, 205.

recente con la sentenza costituzionale n. 190 del 2010, quando la Consulta ha precisato che la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha sì determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

Nondimeno, quale garanzia giurisdizionale a fronte di eventuali accanimenti amministrativi, l'ultimo periodo del comma 2-*sexies* prevede che, in caso di accoglimento del reclamo, il Ministro della Giustizia, «ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo»<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Quali, ad esempio, la sentenza di condanna, ancorché non definitiva, relativa a reati associativi già presi in considerazione in sede di revoca del precedente regime differenziato, determinato dall'annullamento, da parte del tribunale della libertà, per mancanza dei gravi indizi di colpevolezza (Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, n. 38643, *CED*, 273859).



## Il 41-*bis* tra simbolo e realtà penitenziaria: la prospettiva del magistrato di sorveglianza e la tutela dei diritti<sup>1</sup>

di *Fabio Gianfilippi\**

**ABSTRACT:** L'intervento si propone di indagare il ruolo attribuito al magistrato di sorveglianza nella tutela dei diritti dei detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* OP, attraverso una analisi dell'istituto, e degli strumenti offertigli dall'ordinamento penitenziario, che si sforza di guardare oltre il valore simbolico della norma, per salvaguardarne invece il suo fondamentale obiettivo di contrasto alla criminalità organizzata mediante la separazione dei detenuti più pericolosi dai loro gruppi criminali ancora operanti nei territori.

### **41-*bis* between symbol and penitentiary reality. Supervisory magistrate's perspective and rights' protection**

**ABSTRACT:** *This paper aims to investigate the supervisory magistrate's role in rights' protection of prisoners subjected to art. 41-*bis* regime, through an analysis of the norm and of the tools offered by the penitentiary system, which tries to look beyond the symbolic value of the disposition to safeguard instead its fundamental goal of fighting organized crime separating the most dangerous prisoners from their criminal groups which still operate outside.*

**SOMMARIO:** 1. La percezione del 41-*bis* e le sue conseguenze. 2. La finalità del 41-*bis* e la tutela dei diritti rimessa al magistrato di sorveglianza: uno sguardo. 3. La circolare ministeriale del 2 ottobre 2017. 4. L'impegno del magistrato di sorveglianza.

---

\* Magistrato di sorveglianza di Spoleto, già componente degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 “Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza”, già componente della Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso presieduta dal Prof. Glauco Giostra.

<sup>1</sup> Il contributo costituisce il testo, con un apparato minimo di note, dell'intervento tenuto al convegno “*Art. 41-*bis* ordinamento penitenziario, insicurezza sociale e immanente stato di emergenza*” organizzato dalla Commissione Carcere della Camera Penale di Roma il 10 maggio 2018. Non può dunque tener conto degli esiti dell'*iter* normativo intrapreso con la delega penitenziaria, cui si accenna nel testo e che, in seguito, ha condotto ai d.lgs., di solo parziale attuazione, del 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124, di riforma dell'ordinamento penitenziario. Successiva è pure la sentenza Corte Cost. 26 settembre 2018 (dep. 12 ottobre 2018) n. 186, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP, limitatamente alle parole <<e cuocere cibi>>, di cui si parla in altre parti del fascicolo e che torna ad affermare significativamente che “anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* ordin. Penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale”. Da ultimo, poi, risultano sollevate, ancora una volta nell'ambito di procedimenti *ex* art. 35-*bis* e 69 co. 6 lett. b) OP, due questioni di legittimità costituzionale identiche in relazione all'art. 41-*bis* co. 2-*quater*, lett. f) OP, nella parte in cui prevede che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato appartenenti al medesimo gruppo di socialità (ord. Cass. 29 maggio 2019 n. 43436 e 43437).

## 1. La percezione del 41-bis e le sue conseguenze

*“Si è consapevoli che l’art. 41-bis nell’immaginario collettivo è diventato quasi un ‘simbolo’ ed ogni discussione ragionata intorno a questo tema deve fare i conti con questa percezione che già di per sé costituisce un problema”<sup>2</sup>.*

Con queste parole, nella relazione illustrativa del Tavolo 2 degli Stati Generali dell’esecuzione penale, in apertura del capitolo dedicato al regime differenziato, i componenti individuano la sussistenza di un problema di percezione del 41-bis, che sembra di ostacolo a ogni valutazione nel merito delle problematiche applicative che vi ruotano intorno.

L’importanza strategica che ha svolto il regime differenziato *in peius* di cui all’art. 41-bis, nella lotta alla criminalità organizzata, è stato anche in quella sede lungamente indagato e ribadito. Non vi è dubbio che l’obiettivo perseguito dal legislatore con le limitazioni che gli sono proprie, volte ad impedire che il detenuto continui a mantenere collegamenti, e possa dunque impartire ordini e direttive, pur dal carcere, con le associazioni criminali di riferimento, è ancora di particolare significato nel contrasto a fenomeni che affliggono oggi come ieri il territorio nazionale.

Il problema di percezione di cui si parlava, tuttavia, ha di fatto impedito in questi anni ogni discussione su eventuali correttivi, anche quando finalizzati soltanto ad una mera messa a punto costituzionale e convenzionale. Di tale atteggiamento si trova una traccia anche nella più recente stagione normativa. Si può in tal senso guardare alla legge n. 103/2017, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario», che ha delegato il Governo, all’art. 1, comma 85, a emanare entro un anno uno o più decreti, tra gli altri nel settore dell’ordinamento penitenziario, con l’espressa premessa che le modifiche, da realizzarsi seguendo una ampia ed articolata serie di principi e criteri direttivi, non riguardino quanto previsto dall’articolo 41-bis OP<sup>3</sup>, sul quale evidentemente si teme che ogni ritocco possa essere letto come un arretramento nel contrasto alle mafie.

Nessuna eco hanno perciò avuto le indicazioni di modifica normativa, soprattutto volte ad una maggiore aderenza del complesso delle limitazioni imposte agli obiettivi perseguiti dal regime, pervenute dai lavori del già citato Tavolo 2 degli Stati Generali, né quelle contenute nel Rapporto della Commissione per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato<sup>4</sup>. Nonostante l’esplicita clausola di esclusione sopra richiamata, lo schema di decreto legislativo di esercizio della delega in materia di riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso, varato dal Governo in una prima versione in data 22 dicembre 2017, è risultato poi modificato in data 16 marzo 2018<sup>5</sup>, alla luce soprattutto delle osservazioni della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, anche nel senso di inserire ulteriori puntuali precisazioni volte a ribadire che alcuni interventi correttivi non avrebbero in nessun caso riguardato la

<sup>2</sup> Cfr. Relazione Tavolo 2 Stati Generali Esecuzione penale, Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_1\\_2.page?previousPage=mg\\_2\\_19](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_2.page?previousPage=mg_2_19)

<sup>3</sup> Cfr. legge 23 giugno 2017, n. 103, art. 1 comma 85: “Fermo restando quanto previsto dall’articolo 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nell’esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario, per i profili di seguito elencati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (...)”.

<sup>4</sup> Vd. nota 1 per i lavori degli Stati Generali.

Cfr. *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41 – bis*. Aprile 2016 in [http://senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00970037&part=doc\\_dc&part=si](http://senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00970037&part=doc_dc&part=si).

<sup>5</sup> Il testo dello schema di decreto, ancora in attesa del definitivo parere delle Commissioni competenti delle Camere: <http://www.camera.it/leg18/682?atto=017&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=2#inizio>.

disciplina dell’art. 41-*bis* OP. Il principio giurisprudenziale dello scioglimento del cumulo, ad esempio, viene trasposto in un ipotizzato art. 4-*ter* OP con l’esplicita finalità di ridurre i dubbi sulla sua applicabilità a singoli istituti, in passato più volte verificatisi nel silenzio della legge<sup>6</sup>. Tale nuova disposizione si presenta dunque con le caratteristiche di norma generale, perciò assolutamente inidonea ad incidere sul disposto dell’art. 41-*bis*, norma speciale, che esclude espressamente lo scioglimento del cumulo, quando afferma che, in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione delle regole di trattamento può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell’articolo 4-*bis*. Eppure si è ritenuto indispensabile inserire ancora una volta una espressa esclusione: “Fermo quanto previsto dall’articolo 41-*bis*”.

In un certo senso, dunque, il potere simbolico del 41-*bis* si riflette sul sistema penitenziario anche oltre la effettiva sfera applicativa dell’istituto.

## **2. La finalità del 41-*bis* e la tutela dei diritti rimessa al magistrato di sorveglianza: uno sguardo**

Il regime di cui all’art. 41-*bis* OP<sup>7</sup> nasce, come noto, di fronte all’emergenza<sup>8</sup> delle stragi di mafia e, con un percorso realizzato attraverso una sequenza di importanti pronunce della Corte Costituzionale<sup>9</sup>, e di dovuti conseguenti aggiustamenti normativi, perde progressivamente i profili di indeterminatezza e di provvisorietà emergenziale che lo contraddistinguevano, per acquistare stabilità e limiti applicativi ben definiti, nonché uno specifico controllo di legittimità sui presupposti e, in una prima fase, sui contenuti, affidato all’autorità giudiziaria (il Tribunale di sorveglianza).

La legge 15 luglio 2009 n. 94 operò poi, un’ultima (in ordine di tempo) importante rideterminazione della disciplina del regime differenziato, tale da incidere su molteplici profili relativi ai presupposti applicativi del 41-*bis*, anche in proroga, e al procedimento di reclamo sulla legittimità del decreto ministeriale che lo impone, sottratto alla competenza dei Tribunali di sorveglianza competenti per territorio secondo le ordinarie regole previste dall’art. 677 comma 1 cod. proc. pen. e assegnato al Tribunale di sorveglianza di Roma, per dichiarati fini di omogeneità nelle decisioni.

Ancora, la legge del 2009 eliminava un sindacato sui contenuti del regime differenziato, a fronte dell’inserimento nel testo normativo di una elencazione molto dettagliata delle limitazioni che dovevano sostanziare il regime. Di qui origina il 41-*bis*, come lo conosciamo oggi, caratterizzato da compressioni molto pervasive delle ordinarie regole di trattamento, e in particolare dei momenti di contatto del detenuto con l’esterno. È consentito un solo colloquio mensile di un’ora con i propri familiari, o in sostituzione una sola telefonata mensile

<sup>6</sup> Cfr., tra le altre, sentenza Cass., 26 gennaio 2016, n. 18172, Rv. 267246, in materia di scorporo del cumulo e liberazione anticipata “speciale”, in cui si ribadisce come in materia di 41 *bis* operi l’opposto principio di unicità dell’esecuzione della pena per come espressamente disposto dal comma 2 ultimo periodo di tale norma speciale.

<sup>7</sup> Cfr., per una trattazione approfondita, L. CESARIS, *Art. 41 bis Situazioni di emergenza*, in D. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, 2015, 442 – 482 e A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016.

<sup>8</sup> Sono ancora gli Stati Generali, nella relazione del Tavolo 2 (cfr. nota 1), a sottolineare come l’istituto si sia comunque sempre sottratto, nonostante questo richiamo all’emergenza costituita dal gravissimo fenomeno mafioso, alla procedura europea di cui all’art. 15 CEDU, necessaria ad attuare sospensioni di diritti e garanzie del processo giusto.

<sup>9</sup> Si segnalano soprattutto le quattro sentenze interpretative di rigetto Corte cost. 24 giugno 1993, n. 349, 5 novembre 1993, n. 410, 14 ottobre 1996, n. 351, e 1° ottobre 1997, n. 376.

di dieci minuti, entrambi registrati e ascoltati, è consentita la permanenza all’aperto per due sole ore al giorno, in compagnia di un numero massimo di altri tre detenuti, scelti dall’amministrazione tra quelli provenienti da contesti territoriali ed associativi diversi, la corrispondenza è sottoposta a visto di controllo, libri e riviste possono essere acquistate, ma solo tramite l’istituto penitenziario, vi è divieto di cucinare cibi e di avere qualsiasi contatto con detenuti di altri gruppi di socialità. Le sezioni che ospitano i detenuti sottoposti al regime devono essere logisticamente separate dal resto dell’istituto, comunque scelto preferibilmente tra quelli posti in aree insulari, e un reparto specializzato della polizia penitenziaria è preposto alla custodia<sup>10</sup>.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 190 del 28 maggio 2010, fu subito chiamata a decidere in ordine a tale nuovo assetto normativo che, secondo il Tribunale di sorveglianza di Roma, rimettente, avrebbe ridotto il perimetro di tutela giurisdizionale offerto al detenuto in ordine alla congruità dei contenuti del decreto ministeriale. Nel pronunciarsi per l’inammissibilità della questione, la Consulta ebbe modo di precisare come “la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nell’individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l’introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge” giustificasse la scomparsa di un riferimento testuale al controllo sulla congruità delle limitazioni agli scopi perseguiti dal regime differenziato in rapporto alle eventuali lesioni di diritti soggettivi del detenuto. Ciò tuttavia determinava, pena un inammissibile vuoto di tutela, la riespansione dell’operatività nella materia del rimedio generale previsto dall’art. 14-ter OP “per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti”, già considerato applicabile anche al 41-bis prima che un reclamo fosse specificamente previsto nella norma. La Corte costituzionale aveva infatti affermato, con la sentenza 351 del 1996 che, con riferimento alla sottoposizione al regime differenziato *in peius*, “eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno essere perciò a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell’amministrazione solo in quanto legittimi”.

In quella sede la Consulta indica dunque ancora il Tribunale di sorveglianza come autorità giudiziaria competente all’accertamento dell’eventuale lesione di un diritto fondamentale a fronte di una limitazione imposta con il decreto ministeriale che dispone il regime differenziato.

L’introduzione, con il d.l. 146/2013 poi convertito in L. n. 10/2014, a seguito della condanna dell’Italia da parte della CEDU con la nota sentenza Torreggiani, del rimedio giurisdizionale di cui agli art. 35-bis e 69 comma 6 lett. b) OP, che consente al detenuto di proporre reclamo, con procedimento a contraddittorio pieno, perché il magistrato di sorveglianza, competente in relazione al luogo di esecuzione della pena, verifichi l’eventuale sussistenza di illegittimi comportamenti dell’amministrazione, che determinino per il detenuto un attuale e grave pregiudizio all’esercizio di un diritto, ha avuto l’effetto di stabilizzare, dopo un’attesa iniziata con la sentenza Corte Cost. 26/1999, uno strumento giurisdizionale generale di garanzia dei diritti dei detenuti.

Il sistema ricostruito dalla Consulta, per come sopra succinto, oggi non può che prevedere dunque una competenza, in materia di congruità dei contenuti del decreto ministeriale in rapporto ai fini perseguiti dal regime e alla eventuale violazione di diritti soggettivi del

<sup>10</sup> Cfr., per un’analisi critica dettagliata delle singole limitazioni, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 195 – 308.

detenuto, che è rimessa al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione. Naturalmente la dettagliata elencazione delle limitazioni al trattamento, contenuta nell'art. 41 *bis* comma 2-*quater*, e la forte riduzione di discrezionalità rispetto ai previgenti testi normativi, che prevedevano forchette applicative entro le quali l'amministrazione era chiamata a valutazioni sindacabili dall'autorità giudiziaria, rende il controllo rimesso al magistrato di sorveglianza sulle disposizioni amministrative, quando siano meramente replicative delle indicazioni di legge, centrato soprattutto sui concreti profili applicativi delle limitazioni in relazione al singolo detenuto interessato e sulla sussistenza di specifiche situazioni che finiscano per integrare un grave pregiudizio all'esercizio di un diritto<sup>11</sup> (molto delicato è, ad esempio, il tema della tutela del diritto alla salute fisica e psichica).

Invece, la sussistenza di una clausola generale, contenuta nel comma 2-*quater* lett. a) dell'art. 41-*bis*, che consente all'amministrazione di "adottare le misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione, ovvero ad altre ad essa alleate", mantenendo una discrezionalità, seppur ben agganciata agli scopi specificamente perseguiti dal regime, rende necessario un vaglio approfondito da parte dell'autorità giudiziaria circa la sussistenza delle effettive ragioni giustificative dell'ulteriore limitazione eventualmente imposta.

Soccorrono in questo campo i numerosi interventi della Consulta, resi nella fase in cui il sindacato giurisdizionale rimesso al Tribunale di sorveglianza non era ancora limitato ai soli presupposti dell'imposizione del regime, ma si estendeva alla valutazione in concreto del contenuto delle singole limitazioni alle regole di trattamento e della loro congruità alle finalità perseguite dal regime differenziato. Con la sentenza 351/1996 si affermava, ad esempio, che con il regime differenziato *ex art. 41-bis OP* "non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale. Né tale funzione potrebbe essere alterata o forzata attribuendo alle misure disposte uno scopo "dimostrativo", volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di "potere reale" e occasioni per aggregare intorno ad essi "consenso" traducibile in termini di potenzialità offensive criminali. Se è vero infatti che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all'interno del carcere di forme di "potere" dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento penitenziario (...) Non potrebbe, per converso, considerarsi legittimo, a questo scopo, l'impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti".

---

<sup>11</sup> Cfr. da ultimo sentenza Cass., 10 settembre 2015, n. 37835, Rv. 264622 in relazione ad un conflitto negativo di competenza sollevato dal Tribunale di sorveglianza di Roma nei confronti del Magistrato di sorveglianza di L'Aquila in una fattispecie in cui veniva in rilievo il tema della fruibilità di prolungamento della durata del colloquio visivo mensile con i familiari.



Anche dopo la novella del 2009, che ha introdotto la già evocata elencazione compiuta delle limitazioni alle regole di trattamento, la Corte Costituzionale ha ribadito come le compressioni nell’esercizio di diritti, che derivano dalla sospensione delle regole di trattamento imposte con il regime differenziato, siano costituzionalmente legittime soltanto ove dalle stesse derivi un beneficio significativo alla tutela di un interesse contrapposto avente pari rango: nel caso dei detenuti in 41 bis escludere contatti degli stessi con i gruppi criminali di riferimento e dunque il contrasto alla criminalità organizzata.

La Corte Costituzionale ha aggiunto poi come ciò debba avvenire avendo sempre presente l’assoluta necessità che la compressione che si determina all’esercizio di un diritto sia congrua e proporzionata al fine perseguito.

Con la sentenza n. 143 del 17 giugno 2013, il Giudice delle Leggi ha accolto una questione di legittimità costituzionale concernente l’art. 41-*bis* OP nella parte in cui limitava l’esercizio pieno del diritto di difesa, circoscrivendo nel numero e nella durata i colloqui visivi e le telefonate con i difensori. La Consulta ha espressamente affermato in quel contesto che “non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”.

D’altra parte occorre ribadire che l’art. 41-*bis* OP è norma con la quale si limitano le ordinarie regole di trattamento soltanto in relazione alle già più volte richiamate esigenze di sicurezza.

La presenza di un elenco esaustivo di regole di trattamento comprese o sospese ha dunque anche la conseguenza, per usare le parole della corte di cassazione, chiamata ad occuparsi delle disposizioni applicabili con riferimento all’unico colloquio mensile consentito con i familiari al detenuto in regime differenziato, che “ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non sono possibili, salvo che derivino da una assoluta incompatibilità della norma ordinamentale di volta in volta considerata con i contenuti normativi tipici del regime differenziato”, tanto che in materia di colloqui la cassazione ne derivava la conseguenza che “in assenza di specifiche previsioni contenute nel decreto ministeriale (...) anche per il detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP, possono trovare applicazione le norme dell’ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione.”<sup>12</sup>.

Da tale complesso di insegnamenti, si evince come la sospensione di talune regole di trattamento legittimata per gravissime esigenze di sicurezza dall’art. 41-*bis* OP, debba essere vagliata con peculiare acribia dal magistrato di sorveglianza adito ai sensi dell’art. 35-*bis* ordinamento penitenziario, verificando che, nelle materie espressamente disciplinate nel testo normativo, la loro applicazione concreta non espanda i già gravosi limiti previsti, dovendosi applicare sempre le ordinarie regole di trattamento, dove il 41-*bis* non ne imponga una deroga, e analizzando criticamente l’esercizio della discrezionalità residua dell’amministrazione, quando abbia operato ai sensi dell’art. 41-*bis* comma 2 *quater* lett. a), tanto in relazione agli scopi perseguiti quanto alla proporzionalità degli strumenti adoperati, in un’ottica di difficile ma necessario bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e perseguimento di obiettivi di sicurezza.

In tutti i casi resta, infine, ferma la ovvia necessità di adire il Giudice delle Leggi laddove il magistrato di sorveglianza ravvisi incidentalmente un conflitto, non risolvibile in via interpretativa, tra le disposizioni contenute nella legge e uno o più parametri costituzionali (come ad esempio avvenuto nel già citato caso della compressione del numero e del tempo dei colloqui visivi o telefonici con i difensori, poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 143 del 23 giugno 2013).

<sup>12</sup> Cfr. sentenza Cass., 24 giugno 2013, n. 39537, *inedita*, e sentenza 26 novembre 2013, n. 49725, Rv. 258764.

### La circolare ministeriale del 2 ottobre 2017<sup>13</sup>

La circolare n. 309740 del 2 ottobre 2017 del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria porta ad oggetto: organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’articolo 41-*bis* OP Lungamente attesa con l’obiettivo di garantire l’applicazione uniforme del regime nelle diverse strutture penitenziarie, prevede una dettagliatissima sequenza di indicazioni sulla organizzazione della vita detentiva dei ristretti in regime differenziato *in peius*, preceduta da importanti premesse. Vi si ribadisce come l’art. 41-*bis* abbia la funzione di impedire la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza, obiettivo perseguito “attraverso le prescrizioni contenute nella norma, rese operative in concreto con il provvedimento ministeriale, cui la corretta attuazione non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono legate. Le prescrizioni imposte col decreto del Ministro non sono volte a punire e non devono determinare un’ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame”.

Naturalmente la funzione della circolare è di orientare l’agire dell’amministrazione chiarendo il significato delle disposizioni normative, ma non di derogare alla legge e, anche nel caso del regime differenziato, non possono dunque derivarne né attenuazioni delle limitazioni testualmente contenute nel 41-*bis*, e neppure restrizioni ulteriori, se non nei limiti sopra indicati. Di recente la dottrina e la giurisprudenza sono tornate a chiarire questo profilo proprio nella materia che ci occupa<sup>14</sup>.

La circolare appare quindi, pur letta nella collocazione adeguata rispetto al catalogo delle fonti, uno strumento ulteriore che oggi consente di orientare correttamente l’amministrazione nel difficile compito di declinare la quotidianità penitenziaria del ristretto in regime differenziato, evitando limitazioni non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità di contenimento della sua speciale pericolosità sociale, ed evitando perciò ogni altra limitazione che, per sproporzione ai fini perseguiti, o ancor peggio per mancanza di congruità agli stessi, si appalesi per ciò solo vessatoria.

Sempre salva resta tuttavia la necessità per il magistrato di sorveglianza adito in sede di reclamo *ex art. 35-bis* OP di verificare che anche tale testo non possa, in un qualsiasi passaggio, travalicare i limiti del legittimo agire dell’amministrazione, alla luce dei principi sopra più volte citati<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Il testo della circolare è consultabile in: <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/10/04/la-circolare-sullorganizzazione-del-circuito-detentivo-speciale-previsto-dallart-41-bis-o-p/>.

<sup>14</sup> Cfr. L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei Garantiti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. Pen. Cont.* 9 febbraio 2018, che cita da ultimo a sentenza Cass. 15 aprile 2015, B.S., *inedita*. Da ultimo la cassazione ha ribadito che “nell’ipotesi in cui il limite all’esercizio pieno del diritto derivi da comportamento di mero fatto o da comportamento adottato non in riferimento a fonte primaria ma a fonte gerarchicamente subordinata alla legge e alla Costituzione (regolamento esecutivo, circolare, regolamento interno, decreto ministeriale) l’esercizio della giurisdizione non incontra limite alcuno e può comportare – ove necessario – la disapplicazione dell’atto presupposto.” Cfr. sentenza della Cassazione del 14 giugno 2017, n. 54117, Rv. 271905. Sulla circolare ministeriale dell’ottobre 2017 vd. anche un primo commento in V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 novembre 2017.

<sup>15</sup> Cfr., per alcuni rilievi problematici su singole disposizioni della circolare: Trib. di sorv. Perugia ord. 21 febbraio 2018, *inedita*, in materia di colloqui con il Garante regionale dei diritti dei detenuti; Mag. di sorv. Spoleto ord. 13 febbraio 2018, *inedita*, in materia di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità; Mag. di sorv. Sassari ord. 6 marzo 2018, *inedita* e Mag. di sorv. Spoleto ord. 27 marzo 2018, *inedita*, entrambe sul numero di ore da trascorrersi all’aperto ed accesso alle sale socialità.

#### 4. L'impegno del magistrato di sorveglianza

La mia esperienza in materia di regime differenziato *in peius* nasce nel 2006, quando ho preso le funzioni quale magistrato di sorveglianza di Spoleto, iniziando ad occuparmi di un istituto penitenziario nel quale è presente una sezione di 41-*bis*. All'epoca, prima della novella del 2009, che ha così sensibilmente mutato il quadro complessivo dell'istituto, il Tribunale di sorveglianza di cui ero, e sono, componente, si occupava anche dei reclami provenienti dai detenuti ristretti in 41-*bis* nelle carceri umbre sulla legittimità del decreto ministeriale impositivo del regime e delle sue proroghe, competenza che, come già ricordato, è stata poi devoluta interamente al Tribunale di sorveglianza di Roma. In seguito, perduta questa fetta molto significativa di intervento, non è però venuto meno il lavoro legato alla tutela dei diritti delle persone reclusi in regime differenziato che, anzi, ha trovato un nuovo importante strumento nel reclamo giurisdizionale dell'art. 35-*bis* OP introdotto nel 2013. Ferma, inoltre, è rimasta la competenza diffusa sul territorio per tutti i procedimenti legati alla persona detenuta, diversi dal reclamo sulla legittimità dei presupposti del decreto ministeriale impositivo del regime. In particolare, i permessi per gravi motivi e le misure legate alla salvaguardia della salute, astrattamente concedibili anche in presenza di una elevata pericolosità sociale: il differimento della pena e la detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art. 47-ter* comma 1 *ter* OP Vi è inoltre il tema dei controlli sulla corrispondenza e la stampa *ex art. 18-ter* OP e l'autorizzazione a disporre l'ascolto e la registrazione dei colloqui *ex art. 41-bis* comma 2 *quater* lett. b).

Ne deriva un compendio importante di dati di conoscenza circa la persona detenuta, cui deve aggiungersi necessariamente il colloquio diretto e la visita dei luoghi in cui si svolge la sua giornata da recluso (in 41-*bis* per ventuno ore la sua sola camera detentiva), entrambi momenti imprescindibili per il magistrato di sorveglianza, ai sensi degli artt. 35 OP e 5 e 75 regolamento di esecuzione.

Questi dati arricchivano, prima della novella del 2009, anche la valutazione sulla legittimità del decreto ministeriale, fornendo chiavi utili, in positivo e in negativo, per una definizione individualizzata e attualizzata della personalità del detenuto sottoposto al regime differenziato e della eventuale sussistenza di suoi tentativi di mettersi in contatto con i sodali rimasti liberi sul territorio.

Si tratta di elementi che, ancora oggi, ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis*, possono incidere significativamente sulla proroga del regime, e dunque sul vaglio affidato all'autorità giudiziaria circa la sua legittimità, ma occorre un'istruttoria adeguata e la conoscenza resta mediata dal mezzo cartolare che è ormai inevitabile adoperare, adesso che la competenza è stata spostata a Roma, lontano dai territori.

In questo senso, un dato particolarmente importante è costituito dagli esiti del trattamento penitenziario che, certamente, potrebbero rappresentare il più efficace strumento di verifica dell'allontanamento del sottoposto al regime dal pregresso stile di vita. L'osservazione della personalità dovrebbe essere oggetto, a differenza di quel che purtroppo l'esperienza quotidiana sembra mostrare, di una particolare cura negli istituti penitenziari, mediante un adeguato rapporto dei detenuti ristretti in regime differenziato con gli operatori giuridico – pedagogici e con gli esperti *ex art. 80*, al fine di favorire una presa di coscienza che, davvero, potrebbe, ove verificata, dare al mero decorso del tempo in carcere, di per sé neutro, normativamente, rispetto alla valutazione circa la capacità di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata all'esterno, un significato di allontanamento e di cesura dal gravissimo pregresso criminoso.

Una maggior frequenza di rapporti con le aree educative, così come un adeguato supporto ai percorsi scolastici e la presenza di psicologi, e psichiatri ove necessario, consentirebbe inoltre di compensare il quadro di importante separatezza dalla società e dalla socialità, che il regime legittimamente, rispetto agli obiettivi perseguiti, comporta spesso per un lungo novero di anni. Anche in questi campi l’impegno del magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull’istituto di pena ove insista una sezione di 41-*bis* si fa decisivo, quale propulsore della funzione rieducativa della pena oltre che della sua conformità al senso di umanità.

Rispetto alla strada, molto affollata di viandanti, che si affrettano ad alzare scudi a difesa del “simbolo” 41-*bis*, correndo a tratti persino il rischio di smarrirne l’importante significato originario, e di travolgere così anche l’obiettivo fondamentale del più efficace contrasto alla criminalità organizzata, sembra più proficuo seguire una strada meno battuta, irta di non poche difficoltà tecniche, in ombra, rimessa alla magistratura di sorveglianza preposta naturalmente alla tutela giurisdizionale dei diritti delle persone detenute, alla luce degli insegnamenti costituzionali e convenzionali. Non può infatti dimenticarsi che il regime differenziato in sé sino ad ora ha più volte superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell’uomo<sup>16</sup>, ma ciò anche grazie ad una efficace e costante verifica circa il rispetto in concreto dei diritti fondamentali di chi è sottoposto al regime, affidato alla magistratura di sorveglianza diffusa sul territorio, e quindi prossima alle persone detenute e con una conoscenza diretta della realtà degli istituti penitenziari interessati, chiamata a intervenire anche qui, dove il crinale tra massime esigenze di sicurezza e più drammatiche compressioni dei diritti individuali è particolarmente impervio e la necessità del suo controllo si fa più acuta.

---

<sup>16</sup> Occorre comunque ricordare che con la sentenza 143/2013, più volte citata, la Consulta ha però dichiarato l’illegittimità della limitazione concernente numero e durata dei colloqui e delle telefonate del detenuto con il proprio difensore. Da ultimo, invece, con la sentenza Cass. 19 aprile 2016 n. 44149, Rv. 268294, la cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del 41-*bis* in relazione agli art. 117 Cost. e 3 CEDU, non sussistendo, ad avviso della Suprema Corte, secondo la consolidata giurisprudenza EDU, alcuna incompatibilità strutturale tra l’adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l’allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l’esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l’esistenza per il detenuto di spazi minimi e incompressibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte, che “rassicura circa la permanenza di un margine di flessibilità del trattamento derivante dalla verifica giurisdizionale del rapporto tra contenuto della prescrizione ed esigenze di tutela dei diritti del soggetto recluso”. Nelle motivazioni si legge come la previsione di un sindacato giurisdizionale per l’eventuale lesione di diritti soggettivi derivante dalle singole disposizioni rende infatti l’istituto conforme ai principi costituzionali. Si aggiunge che non può attribuirsi un rilievo particolare alle raccomandazioni del CPT all’esito delle visite in Italia perché, anche se i sopralluoghi sono indicati dalla Convenzione del 1987 sulla prevenzione della tortura come strumento di rafforzamento della protezione delle persone private della libertà dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti, i loro esiti individuano “una esigenza di rafforzamento dei diritti dei detenuti in regime differenziato in rapporto al rischio di eccedenza del mezzo (le deroghe al regime ordinario) rispetto al fine (la prevenzione da gravi forme di criminalità organizzata) cui è preordinato l’apparato normativo”. Non si tratta però di una decisione parificabile a quelle della CEDU, e manca un dubbio strutturale sulla conformità ai contenuti dell’art. 3 CEDU. Si cita da ultimo la sentenza Riina c. Italia 19 marzo 2013 e si sottolinea come, a fronte di un regime comunque temporaneo, diventa importante verificare la giustificazione ragionevole del provvedimento in rapporto alla concreta condizione del soggetto recluso (Cfr. anche sentenza 23 febbraio 2017, n. 32405, Rv. 270585 sulla necessità che il Tribunale di sorveglianza consideri l’incidenza delle condizioni patologiche sopravvenute, unitamente all’età molto avanzata del ricorrente, nel valutare la legittimità della proroga, al di là della mera ricognizione di una patologia psichica, ma operando una prognosi circa l’incidenza dello stato patologico eventualmente insorto; nel provvedimento si parla anche dell’incidenza del regime differenziato sull’aggravamento della complessiva condizione di vita del soggetto) e alla tipologia di limitazioni imposte in rapporto al margine di tutela insopprimibile dei diritti individuali.

## La salute nel (e nonostante il) 41-bis: quando la tutela della collettività incontra il primario diritto del singolo

di *Lucilla Amerio\**

*La salute non è tutto,  
ma senza salute tutto è niente.*  
[A. Schopenhauer]

**ABSTRACT:** La realtà carceraria incide, inevitabilmente, sulle garanzie predisposte a tutela del diritto alla salute. Come spesso accade, la soluzione corre sul filo del bilanciamento tra gli interessi in gioco: la salute del detenuto, da un lato, e l’esigenza di garantire la sicurezza penitenziaria e collettiva, dall’altro lato. Il presente contributo si propone di analizzare il rapporto (o il contrasto?) tra il diritto di salute ed il carcere; problematica ancora più complessa se calata nella realtà del c.d. “carcere duro”. In tal senso, ci si concentrerà sulle criticità e sulle eventuali incompatibilità (anche a livello costituzionale) di tale regime, sull’attuale “stato dell’arte” e sui relativi risvolti applicativi (nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale), soffermandosi, da ultimo, sui più recenti interventi normativi e sulle possibili prospettive di riforma.

### Health in (and despite) 41-bis: when the protection of the community meets the primary right of the individual

**ABSTRACT:** *Prison reality inevitably impacts on guarantees provided for the protection of the right to health. As often happens, the solution runs on a balance between the interests at stake: the health of the prisoner, on the one hand, and the need to guarantee penitentiary and collective security, on the other hand. This paper aims to analyze the relationship (or contrast?) between the right to health and the prison; issue even more complex if immersed in reality of “hard prison”. In this regard, this paper will focus on critical issues and incompatibilities (also at constitutional level) of the scheme, on its applications (in national and supranational jurisprudence), finally focusing on the latest regulatory actions and on the possible prospects for reform.*

**SOMMARIO:** 1. Salute e carcere: possibile trovare un punto di equilibrio? Premesse e (primi) interrogativi. – 2. L’insostenibile leggerezza del diritto alla salute: tra “dover essere normativo” ed “essere applicativo”. – 2.1. La salute nel diritto nazionale. – 2.2. La salute nel panorama sovranazionale. In particolare: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. – 3. La salute nel carcere duro. – 3.1. 41 bis OP: l’evoluzione della differenziazione trattamentale (cenni). – 3.2. Carcere duro e salute: violazioni “ammissibili” o compressioni inconciliabili? La ricerca del (labile) confine tra compatibilità ed illegittimità. – 3.3. I risvolti applicativi nella giurisprudenza italiana. – 3.4. Segue: la giurisprudenza della Corte Edu. – 4. Il rapporto



tematico sul regime detentivo speciale *ex art. 41 bis* OP del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. – 5. Uno sguardo d’insieme: le prospettive possibili. – 6. Sintesi di conclusione.

## 1. Salute e carcere: possibile trovare un punto di equilibrio?

### Premesse e (primi) interrogativi

Rimasta, per lungo tempo, a margine del dibattito scientifico avente ad oggetto la realtà carceraria<sup>1</sup>, la tutela della salute del detenuto (ancor più se in regime di “carcere duro”) costituisce, oggi, una tematica fortemente discussa, connotata da un intenso rilievo mediatico ed istituzionale, e non di rado contaminata dai più vari interessi politici<sup>2</sup>.

---

\* Avvocato del Foro di Torino; Responsabile della sezione Diritto Penitenziario della rivista Giurisprudenza Penale; Componente della Commissione Legittimità Costituzionale della Camera Penale Vittorio Chiusano del Piemonte Occidentale e della Valle d’Aosta.

<sup>1</sup> Tale dibattito si collocava, originariamente, nel settore della medicina legale ed interessava solo incidentalmente la tematica della salute in carcere. Sul punto, ad esempio, v. F. CERAUDO, *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Edizioni Archimedia, 1988.

<sup>2</sup> Si pensi alla “fibrillazione” dottrinale, giurisprudenziale ed istituzionale degli ultimi tre anni.

In questo senso, a titolo meramente esemplificativo: F. CAPPELLETTI, *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario (ri)visti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 4 (consultabile al seguente link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/04/13/penelope-disfa-la-tela-ma-e-davvero-il-caso-di-farne-una-tragedia/>); M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015, 2; F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017; A. DELLA BELLA, *Il “Carcere Duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Giuffrè, 2016; F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell’art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 2015, 3; G. GIOSTRA, *Si schiude un nuovo orizzonte per l’esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine*, in *Quest. Giust.*, 2015; A. GORI, *Trattamenti inumani e degradanti, la giurisprudenza della Corte e il suo impatto sul diritto dei detenuti*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it), 2015; L. LUPARIA, *Diritto europeo e sistema penitenziario*, in (a cura di) P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, 2015; A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, in (a cura di) A. MASSARO, Ed. Roma TrE, 2017; Id., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un’indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Ed. Roma TrE, 2017; V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017; A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Jovene Editore, 2015; A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1; R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l’effettività delle riforme*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3 febbraio 2016; M.S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 10 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/10/28/strasburgo-ce-un-giudice-anche-capimafia-provenzano-non-cade-scricchiola-41-bis/>); A. TIBULLO, *Salute e carcere*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

Si pensi, ancora, al documento finale 18.4.2016 degli Stati Generali sull’Esecuzione Penale (consultabile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)); ovvero alla Relazione finale del Tavolo 10 (Salute e disagio psichico) degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale (anch’esso consultabile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)); ovvero ancora al CPT/Inf (2017) 23, pubblicato in data 8 settembre 2017; o, da ultimo alla L. 23 giugno 2017, n. 103 (meglio nota come Riforma Orlando), che ha inglobato l’allora d.d.l. C. 2798, contenente una delega in materia di riforma dell’ordinamento penitenziario; oltre ai recenti Decreti Legislativi, pubblicati in Gazzetta Ufficiale, in riforma di alcuni aspetti del diritto penitenziario.

Questa crescente "fibrillazione giuridica" va ricondotta al parimenti crescente interesse oggi rivolto ai principi generali del nostro ordinamento, penale e penitenziario, incentrati sul finalismo rieducativo della pena<sup>3</sup> (soprattutto nella fase esecutiva della stessa) e sul divieto di "trattamenti contrari al senso di umanità", come costituzionalmente sancito dal co. III dell'art. 27 Cost.<sup>4</sup>

In tale contesto, caratterizzato da una forte sensibilità rispetto alle esigenze (rieducative, ma anche, più in generale, di vita) del detenuto, la tutela della salute in carcere pare destinata a rivestire un ruolo essenziale; e ciò, non solo in considerazione del valore primario di tale principio generale<sup>5</sup>, ma anche in ragione della sua rilevanza quale condizione imprescindibile per il sano reinserimento del detenuto nella società, dopo l'esecuzione della pena.

È evidente che, da un punto di vista meramente astratto, potrebbe sembrare sufficiente assicurare eguale tutela (senza distinzioni di sorta) tanto ai soggetti liberi, quanto ai reclusi (da intendersi, peraltro, in senso ampio, quale categoria di soggetti sottoposti, per un periodo più o meno lungo, a limitazioni coattive della libertà personale, pur se diversamente qualificate). Sennonché, un simile approccio si rivelerebbe del tutto acritico e financo utopistico, sol considerando che il semplice accostamento concettuale tra "salute" e "detenzione" è foriero di ambiguità e criticità, che traggono la propria origine dal complesso (e risalente) binomio i cui estremi sono rappresentati dalla tutela individuale (della salute in carcere), da un lato, e dall'esigenza di garantire la sicurezza penitenziaria e collettiva<sup>6</sup>, dall'altro lato.

Come ogni volta che ci si trova a discutere di interessi garantiti in contrasto tra loro, la soluzione corre sul filo del (possibile?) bilanciamento tra condizioni ugualmente degne di protezione, con il rischio (quanto mai concreto, nella materia che ci occupa) di compromettere la tutela dell'un diritto per salvaguardare le garanzie dell'altro.

Nella specie, il risultato di questo "scontro tra titani" sarebbe vieppiù incerto, in ragione dell'indeterminatezza (contenutistica e definitoria) dei principi in contrasto; e ciò, *a fortiori*, allorché si consideri che il diritto alla salute, pur se imprescindibile e di natura incontestabilmente unitaria, presenta volti differenti col mutare delle esigenze sanitarie di volta in volta prese in esame e, dunque, anche col mutare della categoria di soggetti (liberi o detenuti) cui si rivolge<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Fondamentali parametri costituzionali sono, nella specie, gli artt. 2, 3, 13, 27 e 32 Cost.

<sup>4</sup> Sul punto, occorre ricordare, tra tutte, Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349, in *Giur. cost.*, 1993, 2740 e ss. Nella Sentenza citata si legge: "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".

<sup>5</sup> Come si avrà modo di precisare, il diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost., e direttamente riconducibile alla dignità umana, presenta una natura complessa e polimorfa, essendo caratterizzato da una consistenza individuale e, contestualmente, da una natura "sociale" e collettiva. Sul punto, v. § 2.

<sup>6</sup> Il concetto di "sicurezza" è duplice. Vi è una sicurezza "interna", che si riferisce alla necessità di garantire il rispetto delle norme di comportamento nei rapporti tra operatori e detenuti, nonché tra singoli detenuti; ed una sicurezza "esterna", che funge da "filtro" rispetto a ciò che rimane fuori dall'istituto penitenziario, assicurando così l'effettiva esecuzione della pena ed evitando che il detenuto possa mantenere contatti con l'eventuale compagine criminale di provenienza. Per approfondimenti, v. A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 82 ss.

<sup>7</sup> A. MASSARO, "Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso", cit., 28: come rileva l'Autore, una versione basilare del principio personalista impone di considerare la salute, almeno nella sua dimensione individuale e dunque di aspettativa di non lesione, come parte integrante del nucleo intangibile della persona umana, anche se "detenuta". Il rischio, tuttavia, è che le esigenze di sicurezza, anche a causa di una "fuga dalla legalità" che lascia ampi spazi alla discrezionalità amministrativa, riescano a veicolare surrettiziamente una

Si rende, allora, indispensabile verificare se e come il diritto alla salute subisca variazioni (più o meno “naturali”) determinate dallo stato di detenzione e dalle connesse esigenze di sicurezza e, conseguentemente, se tali variazioni possano ritenersi legittime e tali da garantire, comunque, un livello opportuno di tutela del singolo.

Con il che, il problema dell’effettiva adeguatezza e fattibilità del giudizio di bilanciamento, quale strumento per risolvere il contrasto tra salute e sicurezza, lascia ancora spazio a dubbi e riserve. Né, in questo senso, l’accertamento, da parte dei Giudici di Strasburgo, delle condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari nazionali e, più recentemente, delle criticità inerenti le modalità di applicazione del regime differenziato del 41 *bis*, pare aver condotto a significative inversioni di rotta.

Tale il contesto, non ci si può tuttavia esimere dall’evidenziare come il sistema stia, gradualmente, mostrando alcuni, timidi, cedimenti.

All’indomani della Sentenza Provenzano<sup>8</sup> ed all’esito delle recenti (e significative) aperture della giurisprudenza italiana in ordine alla più generale tutela della sfera individuale del detenuto, si respira un clima di crescente consapevolezza circa la necessità di garantirne i diritti fondamentali.

Qualcosa, *eppure*, si muove.

## 2. L’insostenibile leggerezza del diritto alla salute: tra “dover essere normativo” ed “essere applicativo”<sup>9</sup>

### 2.1. La salute nel diritto nazionale

Originariamente improntata ad una dimensione collettiva<sup>10</sup>, la tutela della salute in Italia è divenuta, solo col tempo, una delle principali garanzie di stampo individuale, mantenendo comunque intatti gli aspetti “sociali” che l’hanno sempre contraddistinta e che tuttora ne costituiscono una caratteristica essenziale<sup>11</sup>.

La doppia anima di questo primario ed assoluto diritto<sup>12</sup> è contenuta nell’art. 32 Cost., in forza del quale: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse*

---

modulazione di tutela della salute per soggetti particolarmente pericolosi, a partire da quelli inseriti in circuiti differenziati.

<sup>8</sup> Corte Edu, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.

<sup>9</sup> Come si avrà modo di notare, la tutela della salute nel diritto nazionale ed internazionale è caratterizzata dalla contrapposizione tra “dover essere normativo”, tipico dell’ordinamento italiano, ed “essere applicativo”, tipico, per contro, della giurisprudenza di Strasburgo. Invero, in ambito convenzionale - cfr. § 2.2. - non è rinvenibile alcun “dover essere normativo” positivamente definito, cui raffrontare un “essere applicativo” onde verificare la compatibilità tra le due prospettive. In senso diametralmente opposto rispetto a quanto accade nell’ordinamento italiano, per i Giudici di Strasburgo il “dover essere normativo” va ricostruito muovendo dall’analisi dell’essere applicativo e, dunque, della compatibilità del medesimo con la Convenzione.

<sup>10</sup> In tal senso, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, 579. In effetti, prima della relativa costituzionalizzazione, il diritto alla salute apparteneva ad una dimensione di ordine pubblico e rispondeva all’esigenza di tutelare la collettività dalla diffusione di malattie e di epidemie.

<sup>11</sup> Come rileva A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., 23 e ss., non è un caso che persino una norma cardine come quella contenuta nell’art. 32 Cost., abbia faticato a liberarsi dall’etichetta di disposizione meramente programmatica (anche per la convinzione che la sua attuazione avrebbe comportato un’incidenza economica eccessiva sulle strutture pubbliche e nei rapporti tra privati).

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., 12 luglio 1979 (dep. 26 luglio 1979) n. 88, ove si legge che l’art. 32 Cost. tutela la salute “*non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell’individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso*

*della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*".

A seguito della relativa cristallizzazione, quale principio generale, nella nostra Carta Costituzionale, la salute è, oggi, uno dei beni primari dell'uomo, nonché la condizione indispensabile perché ciascun individuo possa sentirsi libero di esprimere la propria individualità<sup>13</sup>.

Senonché, definire in modo univoco e condiviso il concetto di "salute" appare, tuttora, decisamente arduo; e ciò, proprio in considerazione della natura astratta e proteiforme di tale canone, "nocciolo duro" dei diritti inviolabili, ma anche principio dalla dimensione individuale difficilmente definibile o determinabile, ed al contempo facilmente influenzabile dal contesto storico e politico di riferimento.

Così, talvolta, onde evidenziarne la natura polimorfa, si ricorda che la salute *"si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce"*<sup>14</sup>.

Talaltra, nel tentare un approccio unitario, si tende a far riferimento all'interpretazione fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.), per cui *"la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate"*.

A ben vedere, entrambe le definizioni celano, (specie) se considerate separatamente, le rispettive criticità.

Nell'un caso, il rischio è quello che si crei una tutela differenziata (quanto a modalità e ad efficacia) a seconda dei soggetti destinatari della stessa; e ciò si verificherebbe, con maggior evidenza (e con le disparità più eclatanti) nel raffronto tra soggetti liberi e detenuti<sup>15</sup>.

È evidente che una simile distinzione sarebbe del tutto inaccettabile: non solo perché in contrasto con la *ratio* e la stessa natura dell'art. 32 Cost., ma anche (se non soprattutto) in quanto lesiva del canone di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della stessa Carta Costituzionale.

Per contro, la "salute" così come definita dall'O.M.S., rischia di rivelarsi un concetto fine a se stesso, di fatto inapplicabile e, comunque, inconciliabile con le concrete esigenze delle realtà sociali e politiche di riferimento.

Una simile definizione, invero, appare, *ex se*, (eccessivamente) ampia e decontestualizzata e, laddove utilizzata nel suo senso letterale, condurrebbe al paradossale esito per cui,

---

*certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso*".

<sup>13</sup> A. TIBULLO, *cit.*, 1 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., 26 settembre 1990 (dep. 12 ottobre 1990), n. 445. In tal senso, si v. anche quanto evidenziato in premessa.

<sup>15</sup> Facendo proprie le parole di A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, *cit.*, 25, il rischio è che la nozione di salute e la tutela apprestata al corrispondente diritto continuino a viaggiare su un doppio binario, a seconda che si riferiscano a soggetti liberi o a soggetti sottoposti a limitazioni della libertà personale.

intendendosi la salute quale uno stato di “*completo benessere psicofisico*”, nessuno potrebbe dirsi davvero sano.

Non solo.

Applicando tale nozione alla realtà carceraria, non rimarrebbe altra via se non quella di denunciare l’assoluta incompatibilità della detenzione (quale stato che incide sulla libertà personale e, inevitabilmente, anche sulla salute individuale) con il benessere complessivo del singolo; e ciò, a totale discapito della difesa sociale; una strada, parimenti, impraticabile, perché irragionevole non solo nelle premesse, ma anche (e soprattutto) nei relativi esiti.

## 2.2. La salute nel panorama sovranazionale

### In particolare: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo

Spostando l’angolo visuale oltre i confini nazionali, è doveroso evidenziare che, a partire dagli anni ‘50, anche l’ordinamento internazionale ha mostrato di prestare una particolare attenzione per la materia che ci occupa, concentrando i propri sforzi sia sull’esigenza di addivenire ad una più concreta umanizzazione della pena, sia sull’elaborazione di “*standards*” minimi di tutela da garantire ai soggetti destinatari delle limitazioni della libertà personale<sup>16</sup>.

In tale contesto, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, firmata a Parigi nel 1948, ha avuto un ruolo propulsivo, ponendo al centro delle esigenze di tutela la salute intesa non solo in senso lato, quale diritto individuale, ma, altresì, nei suoi aspetti più peculiari (ed al contempo, maggiormente problematici), di garanzia spettante anche (e soprattutto) ai detenuti<sup>17</sup>.

Così, sulla scorta delle disposizioni in essa contenute (e, segnatamente, dell’art. 5<sup>18</sup>), sono stati emanati l’art. 10 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966<sup>19</sup>, nonché la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata ufficialmente in vigore nel 1987<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai lavori della Commissione Internazionale Penale e Penitenziaria, che, tra il 1929 ed il 1933 aveva sostenuto, all’interno delle Nazioni Unite, l’adozione di un *corpus* di norme disciplinanti gli *standards* minimi di tutela per i soggetti detenuti.

<sup>17</sup> È d’obbligo il richiamo all’art. 25, co. I, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, in forza del quale “*Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari [...]*”.

<sup>18</sup> Il menzionato art. 5 recita: “*Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti*”.

<sup>19</sup> Ai sensi di tale disposizione, “*Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana*”.

<sup>20</sup> Cfr. art. 10: “*Ogni Stato Parte provvede affinché l’insegnamento e l’informazione sul divieto della tortura siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato dell’applicazione delle leggi, del personale medico, dei funzionari pubblici e delle altre persone che possono intervenire nella custodia, nell’interrogatorio o nel trattamento di qualsiasi persona arrestata, detenuta o imprigionata in qualunque maniera [...]*”; art. 11: “*Ogni Stato Parte esercita una sorveglianza sistematica sulle norme, direttive, metodi e pratiche di interrogatorio e sulle disposizioni concernenti la custodia e il trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualunque maniera in qualsiasi territorio sotto la sua giurisdizione, al fine di evitare qualsiasi caso di tortura*”; art. 16: “*Ogni Stato Parte si impegna a proibire in ogni territorio sotto la sua giurisdizione altri atti costitutivi di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura quale definita all’articolo 1, qualora siano compiuti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisce a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Gli obblighi enunciati agli articoli 10, 11, 12 e 13, in particolare, sono applicabili sostituendo la menzione di tortura con quella di altre forme di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*”.



A tale evoluzione normativa, di spiccata sensibilità garantistica, si è contrapposta la diversa prospettiva di tutela offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, che, per contro, non contiene alcuna disposizione espressamente posta a garanzia della salute, quale diritto autonomo e degno di specifica protezione<sup>21</sup>.

Ciò nonostante, nell’ordinamento convenzionale, tale diritto è ampiamente riconosciuto (con particolare attenzione ai soggetti detenuti), in quanto (giurisprudenzialmente) ricondotto nell’alveo di altri diritti garantiti dalla CEDU e, segnatamente, quale corollario del diritto alla vita (art. 2), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8)<sup>22</sup>.

Nell’ambito della Convenzione EDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque, la salute è destinataria di una tutela di fatto indiretta, c.d. “di riflesso”, che si concretizza solo allorché la lesione della stessa si rifletta nel pregiudizio o nella messa in pericolo di altri diritti espressamente garantiti<sup>23</sup>.

La via (di rilievo essenziale anche per gli effetti che ne conseguono nel nostro ordinamento) è, dunque, quella della “evoluzione giurisprudenziale”.

Senonché, anche una simile tecnica di tutela presenta le sue criticità.

Invero, se da un lato, essa ha il pregio di consentire ai Giudici di Strasburgo di estendere il proprio sindacato anche oltre i confini espressamente tracciati dalla Convenzione, dall’altro, tale “estensione” rischia di rendere più evidente la presenza di una lacuna “originaria”.

Con il che, la tutela della salute *par ricochet*, accentuando l’assenza di una protezione reale e, come tale, specifica e speciale del principio in parola, rischia non solo di sminuirne la portata ma, anche, di subordinarne la garanzia ai (pur sempre possibili) mutamenti dei tempi, delle esigenze e dei costumi e, in ogni caso, di condizionarla al rispetto delle soglie di gravità e degli oneri probatori previsti per i diritti espressamente garantiti.

---

<sup>21</sup> Come evidenziato da F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., l’assenza, nella CEDU, di una disposizione assimilabile al nostro art. 32 Cost. si spiega con l’estraneità, nel sistema convenzionale – e, in generale, internazionale – della categoria dei diritti sociali. Per un approfondimento sul tema, anche: G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, in (a cura di) A. DI BLASE, *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Ed. Roma TrE, 2014; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. intern.*, 2014; e A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013.

<sup>22</sup> F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., 6 ss. L’Autore si sofferma sulla protezione *par ricochet* della salute, analizzando la formulazione e l’interpretazione delle disposizioni cui essa è riconducibile. Così, dall’art. 2 CEDU deriva un duplice obbligo: negativo, quale divieto di causare la morte dei singoli, e positivo, quale obbligo per gli Stati di assumere misure adeguate ad assicurare la protezione della vita. In altre occasioni, invece, la Corte ha ricondotto situazioni di lesioni (anche gravi) alla salute non all’art. 2 CEDU, bensì all’art. 8 CEDU: si è così affermato che “*un grave inquinamento ambientale può incidere sul benessere degli individui e privarli del godimento del loro domicilio, in modo da danneggiare la loro vita privata e familiare*” (Corte Edu, Grande Camera, 19 febbraio 1998, *Guerra and Others c. Italy*, ric. n. 14967/89). Quanto poi all’art. 3 CEDU, la lettera della disposizione, e l’«ampia latitudine» delle nozioni in essa ricorrenti, ne hanno reso possibile, da parte dei Giudici di Strasburgo, un’interpretazione evolutiva, tramite la quale, come si avrà modo di notare nel prosieguo, si sono potute individuare molteplici *species* di violazioni del divieto di tortura e trattamenti o pene inumani o degradanti.

<sup>23</sup> È la c.d. protezione *par ricochet*.

### 3. La salute nel carcere duro

#### 3.1. 41-bis OP: l'evoluzione della differenziazione trattamentale (cenni)

Com'è noto, l'avvento della Costituzione e dei canoni in essa contenuti, ha imposto nel diritto penitenziario (e nell'ordinamento in generale) una vera e propria opera di ripensamento e di “ristrutturazione” normativa, tesa al rispetto dei principi di rieducazione e di risocializzazione del detenuto<sup>24</sup>.

Tale opera di rivisitazione si è, per vero, protratta per lungo tempo: è stato necessario attendere sino al 1975 (con la L. 354, di riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>25</sup>), per poter finalmente apprezzare una disciplina improntata all'umanizzazione della pena ed al recupero “sociale” del condannato.

In tale contesto, il carcere si è trasformato da “*luogo di isolamento del soggetto dal mondo esterno, in una struttura attraverso la quale il detenuto possa realizzare un proprio, individuale, processo rieducativo*”<sup>26</sup>. Con il che, nel binomio avente, quali estremi, la tutela del detenuto e le esigenze di sicurezza, la prima appariva (quantomeno in prima battuta) privilegiata rispetto alla seconda.

Una simile logica penitenziaria ha, tuttavia, mostrato presto le proprie debolezze, specie con riguardo al trattamento di quei detenuti con spiccata capacità di delinquere, che avevano rifiutato i programmi di reinserimento sociale e, che, anzi, si erano organizzati in vere e proprie “cellule”, strutturate e gerarchiche, non solo fuori dal carcere, ma anche all'interno di esso<sup>27</sup>. Per far fronte a tale (sino ad allora inaspettata) criticità, dunque, le finalità di umanizzazione ed individualizzazione della pena hanno mutato repentinamente il proprio indirizzo, tendendo verso una vera e propria differenziazione nel trattamento penitenziario.

In tal senso, per rimediare ai vuoti di tutela (di sicurezza penitenziaria) fu introdotto l'art. 90 OP, in forza del quale, nell'ipotesi di “*gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza*”, il Ministro per la Grazia e per la Giustizia avrebbe avuto la facoltà di “*sospendere in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge*”, che potessero “*porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza*”<sup>28</sup>.

Nato come primo esempio di differenziazione trattamentale e destinato, in origine, a fronteggiare esigenze del tutto “*gravi ed eccezionali*”, l'art. 90 OP presto uscì dalla propria sfera di applicazione, per diventare il “normale” strumento cui ricorrere nelle ipotesi (pur non gravi né eccezionali) di contrasto delle esigenze di ordine e di sicurezza.

<sup>24</sup> In tal senso si imponeva una rivisitazione del Codice Rocco, la cui logica marcatamente totalitaria mal si conciliava, ormai, con l'esigenza di porre, al centro del diritto penitenziario, il detenuto-persona, l'umanizzazione della pena ed il trattamento penale individualizzato.

<sup>25</sup> Di stampo certamente costituzionale, ma altresì influenzata dalle “spinte” provenienti dal diritto sovranazionale.

<sup>26</sup> D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore, tra esigenze di sicurezza e tutela della salute*, 152, in (a cura di) A. MASSARO, *Salute e Sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit.

Come evidenzia l'Autore, si passa da un modello di detenzione “statico” ad uno “dinamico”, con al centro il detenuto. V, sul punto, anche A. TIBULLO, *op. cit.*

<sup>27</sup> Utilizzando le parole di T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in (a cura di) V. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, Cedam, 1994: “*L'ottimismo delle prospettive, tutte rivolte alla prevenzione sociale, in termini di recupero e reinserimento sociale, avevano portato il legislatore a ignorare il problema della gestione dei detenuti pericolosi*”.

<sup>28</sup> Per un approfondimento sul punto, v. M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Edizioni Martina, 2004.

Senonché, tale regime poneva regole specifiche e decisamente restrittive quali, ad esempio: il divieto di organizzare attività culturali, ricreative e sportive; il limite di un’ora nei colloqui; l’impossibilità di conversare con i familiari in visita, se non attraverso una lastra di vetro; il divieto di fare telefonate; il divieto di corrispondenza interna al carcere (con gli altri detenuti) e la limitazione del diritto di corrispondenza, in entrata ed in uscita; una sola ora d’aria.

È chiaro che normalizzare un simile regime “speciale” quale strumento a tutela delle ordinarie esigenze di sicurezza, non solo avrebbe posto nel nulla quanto sino ad allora realizzato (in termini di riforma penitenziaria improntata alla tutela del detenuto-persona e dell’umanizzazione della pena) ma avrebbe altresì comportato un’evidente violazione dei principali canoni costituzionali; primo fra tutti l’art. 27 Cost<sup>29</sup>.

La situazione sin qui descritta si è mantenuta inalterata sino all’entrata in vigore della L. 663 del 1986, meglio nota come Legge Gozzini, ed all’introduzione, mediante la stessa, dell’art. 41 *bis*, o meglio, della sua formulazione “originaria<sup>30</sup>”, finalizzata ad “arginare” situazioni di eccezionale rivolta o di emergenza all’interno delle carceri.

Tacciato di eccessivo permissivismo rispetto alla concreta esigenza di fronteggiare la criminalità organizzata, l’art. 41 *bis* ha subito, nel tempo, ulteriori modifiche.

Così:

- A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992 e, segnatamente, con D.L. 306/1992 (convertito nella L. 356/1992), è stato introdotto un secondo comma, con cui si consentiva al Ministro della Giustizia di sospendere per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica le regole di trattamento e gli istituti dell’ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti facenti parte delle organizzazioni criminali mafiose<sup>31</sup>.
- Con la L. 279/2002, anche al fine di recepire le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale in ordine all’indeterminatezza dell’allora vigente formulazione del 41 *bis*<sup>32</sup>, sono state specificate le relative limitazioni: la riduzione dei colloqui con i familiari (colloqui che erano sempre videoregistrati ed avvenivano attraverso un vetro blindato) ed il divieto di colloqui con estranei; non più di tre colloqui a settimana con i propri difensori; massimo due ore d’aria al giorno e con non più di quattro persone.

<sup>29</sup> Sotto altro aspetto, se ne contestava la (in)compatibilità con gli artt. 13 e 25 Cost. Per un approfondimento, v. M. GOZZINI, *L’ordinamento penitenziario dopo la legge 663/1986. Problemi ancora aperti*, in A. LOVATI, *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un’analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale*, Ed. Franco Angeli, 1988.

<sup>30</sup> In forza della quale “*in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell’istituto interessato o in parte di esso l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l’ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto*”.

<sup>31</sup> È quella che viene definita la “controriforma carceraria”, che determina il definitivo superamento del principio di parità dei detenuti, inaugurato con la L. 354/1975, ed instaura il c.d. “doppio binario trattamentale”. Tale “nuova” formulazione presentava un carattere del tutto indeterminato, giacché non conteneva alcuna disposizione né in ordine alla durata della sospensione delle regole di trattamento, né in ordine ad eventuali proroghe, né all’attività istruttoria e neppure disciplinava il procedimento del reclamo.

Da qui, il pericoloso rischio di distorsioni applicative: tant’è vero che, in questo periodo, i penitenziari scelti per l’esecuzione di tale regime, furono teatro di trattamenti inumani e soprusi. Sul punto, v. D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, 158. In tal senso v. anche A. TIBULLO, *op. cit.*: l’Autore, in particolare, evidenzia come nel 1995, il Comitato Europeo per la prevenzione dei trattamenti inumani o degradanti delegava dei rappresentanti per verificare le condizioni di detenzione dei soggetti sottoposti al suddetto regime nelle carceri italiane. La visita della delegazione evidenziava nelle restrizioni gli estremi per definire i trattamenti come inumani e degradanti.

<sup>32</sup> Sul punto, v. l’analisi condotta da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 115 ss.

- Da ultimo, con L. 94/2009, perseguendo un intento precipuamente custodialistico, l'art. 41 bis è stato riformulato nella versione che oggi tutti conosciamo<sup>33</sup>.

### 3.2. Carcere duro e salute: violazioni "ammissibili" o limitazioni inconciliabili? La ricerca del (labile) confine tra compatibilità ed illegittimità

Come anticipato nelle premesse, il diritto alla salute, ferma restando la sua natura unitaria, presenta inevitabilmente volti differenti col mutare della categoria di soggetti (liberi o detenuti) cui si rivolge.

La tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'individuo, dunque, opera anche nei confronti dei ristretti, pur con le limitazioni che "com'è ovvio, lo stato di detenzione comporta"<sup>34</sup>.

Senonché, siffatta conclusione non può (e non deve) concretizzarsi nella limitazione estrema delle prerogative fondamentali del singolo; *a contrario*, la tutela della salute deve rimanere un'esigenza primaria, pur se adeguata alle peculiari condizioni detentive del suo destinatario. Né, per altro verso e in parallelo, tali considerazioni potrebbero lasciare spazio ad una illimitata compressione del generale principio in parola; neppure nell'ipotesi in cui la stessa traesse la propria ragion d'essere nelle esigenze legate alla sicurezza penitenziaria.

Tale il contesto, diventa, dunque, fondamentale il ruolo degli operatori del diritto che, per quanto in questa sede interessa, sono chiamati ad individuare la soglia oltre la quale ogni ulteriore limitazione del diritto alla salute debba essere ritenuta illegittima; ovvero, sotto diverso ed opposto angolo visuale, il confine entro cui le variazioni di tutela determinate dallo stato di detenzione possano ritenersi "normali" e "adeguate"<sup>35</sup>.

Sullo sfondo, e quale base di partenza, le disposizioni in materia di salute contenute nella L. 354/1975<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Oltre al resto: i detenuti in tale regime devono essere ristretti in istituti a loro dedicati, e comunque in sezioni logisticamente isolate rispetto alle altre facenti parte del medesimo istituto e affidate a reparti speciali della polizia penitenziaria. I colloqui possono essere uno al mese e devono sempre essere videoregistrati. È possibile adottare tutte le necessarie misure di sicurezza per impedire ai detenuti in tale regime di comunicare con gli altri o scambiare oggetti; tra tali misure rientra la videosorveglianza continua nella camera di pernottamento, inclusa la stanza da bagno, ovvero ancora, il divieto di acquisto di determinati prodotti decisi di volta in volta dall'amministrazione penitenziaria. Sul punto, v. S. ARDITA, *La riforma del 41-bis ord. penit. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004; Id., *Il nuovo regime del 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, *Cass. pen.*, 2003.

<sup>34</sup> Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349, in *Giur. cost.*, 1993, 2740 e ss.

<sup>35</sup> "E' principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca" [Corte cost., 25 luglio 1979 (dep. 6 agosto 1979), n. 114; in tal senso anche Corte cost., 8 febbraio 1999 (dep. 11 febbraio 1999), n. 26]. Il bilanciamento tra le opposte esigenze (tutela della sicurezza e tutela individuale è reso, nel concreto, ancor più arduo nell'ipotesi in cui il detenuto simuli di versare in condizioni psico-fisiche critica, al solo fine di accedere con l'inganno a regimi di detenzione più favorevole. Sul punto v. N. ANSELMINI, V. SAVOJA, *La simulazione della malattia mentale in ambito penitenziario*, in *Riv. psych.*, 2004, 3.; A.M.A. NIVOLI (e altri), *La simulazione della malattia mentale nelle istituzioni penitenziarie*, in *Giorn. it. psicopat.*, 2011.

<sup>36</sup> Senza pretesa di esaustività, ci si limita a ricordare gli artt. 3, 4 OP, nonché il Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230). In tale contesto, è possibile distinguere tra norme a tutela preventiva della salute e norme in materia di assistenza sanitaria. Le prime hanno il fine di garantire che, negli istituti penitenziari, le condizioni ambientali ed igieniche siano compatibili con il mantenimento dell'integrità fisica e ne assicurino un'adeguata tutela (artt. 5-10 e ultimi due commi dell'art. 11 OP). Le seconde, invece, riguardano gli interventi terapeutici necessari a seconda delle condizioni detentive (art. 11 e artt. 17-20 OP). Per un approfondimento in ordine a tali aspetti: A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002; F. DE FERRARI, C. A. ROMANO, *Sistema penale e tutela della salute*, Giuffrè, 2003; A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti*

Volendo tentare un approccio il più possibile pragmatico, al fine di fornire una chiave di lettura generale che consenta quantomeno di evidenziare gli aspetti più complessi e delicati della tematica, pare ragionevole affermare che, nella fase esecutiva della pena detentiva, la limitazione del diritto alla salute è legittima e ragionevole (*ex art. 3 Cost.*) ogniqualvolta sia proporzionata rispetto alle finalità (dichiarate o implicite, ma pur sempre riconoscibili ed individuabili) del determinato regime di detenzione di volta in volta preso in esame.

È chiaro che, maggiore sarà il grado di afflittività detentiva, più arduo sarà l'accertamento circa la legittimità o l'illegittimità dell'intervenuta compressione dei diritti del singolo.

La correttezza di questa conclusione emerge con vigore nel momento in cui il “sistema trattamentale di riferimento” sia quello del carcere duro; contesto, quest'ultimo, entro cui lo stesso parametro della proporzionalità fatica a produrre i suoi effetti<sup>37</sup>.

Da un punto di vista meramente teorico, individuata la finalità del 41-*bis* nell'esigenza di evitare legami tra il detenuto e la compagine criminale di provenienza o appartenenza, e, dunque, di impedire al primo di gestire attività delittuose dall'interno del carcere, ogni limitazione esorbitante rispetto al predetto scopo dovrebbe ritenersi illegittima.

Con il che, non potrebbero essere ammesse compressioni sproporzionate ed ingiustificate dei diritti individuali facenti capo al detenuto, *ivi* compreso il diritto alla salute.

Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo.

Anzitutto, nonostante il “carcere duro” occupi, attualmente, un ruolo di estremo rilievo nell'ambito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si registra (soprattutto in giurisprudenza) una sorta di “timore reverenziale” quanto alla valutazione della sua (eventuale) legittimità, (anche solo parziale)<sup>38</sup>.

A complicare ulteriormente il quadro d'analisi, v'è, inoltre, la già rilevata difficoltà di determinare, in maniera univoca e condivisibile, in ambito nazionale e sovranazionale, il contenuto del diritto alla salute.

La problematica è quanto mai cogente: attualmente si trovano in regime di 41-*bis* diverse centinaia di detenuti (alcuni di essi ancora in attesa di sentenza definitiva<sup>39</sup>), sulla salute dei quali la sostanziale privazione dei contatti interpersonali e l'estrema limitazione delle informazioni e del contatto con l'esterno sono inevitabilmente destinate a spiegare importanti e gravi ripercussioni<sup>40</sup>.

---

*costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 3; G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in (a cura di) P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, 2015.

<sup>37</sup> In tal senso anche D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, 162.

<sup>38</sup> Come condivisibilmente evidenziato da D. DE GIOIELLIS, *op. cit.*, “L'impressione che si avverte, specie scorrendo la giurisprudenza della Corte Edu, è quella di una cautela motivata anche da una sorta di intangibilità di quella “Ragion di Stato” che fa da sfondo al carcere duro. Non appena invece la misura in questione si trovi “decontestualizzata”, ovvero esaminata senza il peso del contesto storico-politico che ne ha determinato l'introduzione, le conclusioni si rivelano più nette”.

<sup>39</sup> Cfr., sul punto, il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis dell'Ordinamento penitenziario (2016-2018)*, del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. Al 3 gennaio 2019 il Garante ha riscontrato la presenza di 748 persone (di cui 10 donne) detenute in regime di 41 *bis* OP. Di questi, solo 363 – e delle 10 donne, solo 4 – avevano una posizione giuridica definitiva, versando i rimanenti in posizione mista o in misura cautelare.

<sup>40</sup> A. TIBULLO, *op. cit.* L'autore evidenzia, inoltre, che il regime di proroga che viene spesso applicato a lungo termine a criminali di elevata pericolosità sociale determina di fatto un innalzamento dell'età della popolazione carceraria e di conseguenza una più elevata probabilità di sviluppo di malattie croniche dell'età involutiva. Sul punto, è d'uopo rilevare altresì che il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT), dopo aver svolto alcune visite nelle carceri italiane fra il 2003 ed il 2013, ha evidenziato come il 41 bis fosse “fortemente dannoso per i diritti fondamentali dei detenuti” e “non privo di effetti sullo stato delle condizioni



A ciò aggiungasi che, allo stato, manca, nel nostro ordinamento, una disciplina organica e determinata che regolamenti la malattia mentale in carcere ed i relativi effetti (il riferimento alla complessa e discussa tematica del differimento della pena per infermità psichica è quantomeno d’obbligo)<sup>41</sup>.

Secondo uno studio dell’Osservatorio Permanente sulle morti in carcere, il suicidio fra i detenuti al 41-*bis* è di 3,5 volte superiore rispetto alla popolazione carceraria “normale”.

Da ultimo, pare doveroso evidenziare che il numero di suicidi registrati in carcere nel 2018 è stato superiore rispetto ai dati pervenuti con riguardo al 2017; e che, in questi primi mesi del 2019, vi sono già stati 10 casi di suicidio<sup>42</sup>.

### 3.3. I risvolti applicativi nella giurisprudenza italiana

Fermo restando quanto precede, occorre a questo punto verificare come la giurisprudenza italiana, da un lato, e quella di Strasburgo, dall’altro, si siano (e si stiano tuttora) rapportando con il binomio “salute - 41-*bis*”.

In effetti, date le criticità connaturate alla prima e considerate, altresì, le rigide limitazioni imposte dal secondo, l’unico strumento che consenta di valutare lo “stato dell’arte” è rappresentato dall’analisi dei relativi risvolti applicativi.

Anzitutto, è bene premettere che, quanto alla legittimità, in sé e per sé considerata, del carcere duro, la Corte Costituzionale ha sempre negato l’esistenza di un effettivo contrasto tra tale regime differenziato ed i canoni fondamentali del nostro ordinamento<sup>43</sup> e, soprattutto, per quanto in questa sede interessa, con il diritto alla salute (peraltro solo di rado collocato tra i parametri in forza dei quali valutare la costituzionalità dell’art. 41-*bis* OP)

In tal senso ed in linea generale:

---

somatiche e mentali di alcuni prigionieri”. Per un approfondimento si invita alla lettura del fascicolo “*Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*”, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 2 *bis*, consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/rivista/fascicolo-2-bis-2019-affettivita-carcere-un-binomio-impossibile/>.

<sup>41</sup> Per un approfondimento si rinvia, *ex multis*, a G.L. GATTA, *Esecuzione della pena e infermità psichica sopravvenuta: il Tribunale di Sorveglianza di Messina imbecca la via dell’interpretazione conforme a Costituzione e applica la detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2018; A. MARTUFI, *Il differimento facoltativo della pena per grave infermità fisica: tra “orizzonte di scopo” della pena carceraria e dignità del detenuto*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 7-8 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/07/05/il-differimento-facoltativo-della-pena-per-grave-infermita-fisica-tra-orizzonte-di-scopo-della-pena-carceraria-e-dignita-del-detenuto/>); G. VIGNERA, *Differimento dell’esecuzione della pena relativo a collaboratori di giustizia: brevi note in tema di competenza territoriale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 7-8 (consultabile al link <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/07/26/differimento-dellesecuzione-della-pena-relativo-collaboratori-giustizia-brevi-note-tema-competenza-territoriale/>); cfr., anche Cass. pen., Sez. I, ord. 23 novembre 2017 (dep. 22 marzo 2018), n. 13382, Pres. Bonito, Est. Magi, ric. Montenero.

<sup>42</sup> Si invita, al riguardo, a consultare la tabella pubblicata al seguente link: <http://www.ristretti.it/areestudio/disagio/ricerca/index.htm>.

<sup>43</sup> Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2016, n. 44149: investita, nel 2015, dal Tribunale di Sorveglianza di Roma, della questione di illegittimità costituzionale del regime in parola, la Suprema Corte ha così rilevato: “è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 *bis* OP., in relazione agli artt. 117 Cost. e 3 CEDU, non sussistendo, anche secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, alcuna incompatibilità strutturale tra l’adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l’allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l’esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l’esistenza per il detenuto di spazi minimi e incompressibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte (v. Corte cost. n. 190 del 2010)”.

- è stata ritenuta infondata qualsivoglia censura relativa alla violazione dell’art. 3 Cost., giacché il regime differenziato *“non si applica a categorie astrattamente determinate ma a singoli soggetti da individuarsi tra i detenuti condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata che siano ritenuti [...] in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività”*;
- né può essere ravvisabile alcuna violazione dell’art. 13 Cost., dal momento che il potere, attribuito al Ministro della Giustizia, di adottare il provvedimento di proroga del regime differenziato è limitato alla sola sospensione delle regole e degli istituti che si riferiscono al regime penitenziario in senso stretto, e non può, dunque incidere sulla pena e quindi sul grado residuale di libertà del detenuto; in ogni caso, tale potere è suscettibile di sindacato da parte del tribunale di sorveglianza attraverso il reclamo del detenuto;
- per le medesime ragioni non può ritenersi violato neppure l’art. 27, terzo comma, Cost., in quanto *“le misure disposte non possono porsi in contrasto con il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e con la finalità rieducativa della pena”*;
- priva di fondamento è anche la censura riferita all’art. 24 Cost., perché l’art. 41bis, nell’escludere la proroga del regime differenziato nel caso in cui venga meno la capacità dell’interessato di mantenere contatti con le organizzazioni criminali, *“è coerente con la particolare natura delle ipotesi considerate, che presuppongono l’esistenza di stabili vincoli associativi, e non sembra pregiudicare le potenzialità difensive del destinatario, cui non è rimesso alcun onere di prova negativa”*;
- da ultimo, infondate sono anche le censure riferite alla violazione degli artt. 97 e 113 Cost., posto che l’obbligo di motivazione sussiste anche in relazione ai provvedimenti di proroga del regime differenziato<sup>44</sup>.

A fronte di tale quadro d’insieme (che, sotto lo specifico profilo della tutela della salute, si è mantenuto inalterato), va tuttavia dato atto di alcune pallide (ma rilevanti) aperture della Consulta, recentemente pronunciatasi in ordine all’illegittimità di alcune specifiche limitazioni tipiche del regime di detenzione speciale; limitazioni che, pur non inerendo direttamente la tutela della salute strettamente intesa, paiono, tuttavia, idonee ad esercitare un’influenza importante sul *“complessivo benessere psicofisico”* del detenuto.

In tale senso:

- con Sent. n. 143 del 2013, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 41-bis, co. 2-quater, lettera b), ultimo periodo, OP, limitatamente alle parole *«con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»*. La norma censurata limitava per numero e per durata i colloqui tra i detenuti sottoposti a sospensione delle regole trattamentali ed i loro difensori<sup>45</sup>.
- più di recente, con Sent. 186 del 2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato *“illegittimo l’articolo 41-bis, comma 2quater, lettera f), dell’Ordinamento penitenziario (legge 354/1975), come modificato dalla legge 94/2009, laddove prevede il divieto per i condannati al carcere duro di cuocere cibi. Tale previsione è contraria al senso di umanità della pena e non trova giustificazione neppure in esigenze di sicurezza né tantomeno nel*

<sup>44</sup> V. in tal senso, Corte cost., 13 dicembre 2004 (dep. 23 dicembre 2004), n. 417. Sul punto anche Corte cost., 6 ottobre 1993 (dep. 14 ottobre 1993), n. 376 e Corte cost., 24 giugno 1993 (dep. 28 luglio 1993) n. 349.

<sup>45</sup> Per un approfondimento su tale decisione (che ha preso in esame il profilo della violazione dell’art. 24 Cost.), V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013.

*rischio di accrescere il prestigio dei criminali in regime differenziato*". Come evidenziato dalla Corte, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "*diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella*", ma piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'articolo 41bis dell'ordinamento penitenziario "*deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale*"<sup>46</sup>.

Trattasi, a parere di chi scrive, di una pronuncia di rilievo fondamentale, non solo (e non tanto) per l'esito cui perviene, quanto per i principi generali cui si riferisce e di cui si fa portatrice.

Invero, pur senza fare espresso riferimento all'art. 32 Cost., la Corte Costituzionale, posta (ancora una volta) dinanzi al binomio "umanità della pena" (che, di fatto, costituisce uno degli aspetti che connotano ed inevitabilmente influenzano la salute del detenuto) ed "esigenze di sicurezza", ha evidenziato l'importanza che il soggetto in regime di carcere duro possa (*rectius*: debba) conservare "*gli ultimi residui della sua libertà individuale*".

Da ultimo, la Sentenza n. 99 emessa dalla Corte Costituzionale il 20 febbraio 2019 (dep. del 19 aprile 2019), con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, OP nella parte in cui non prevede che - nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta - il Tribunale di Sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare, anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter<sup>47</sup>. Si aggiunge un altro, fondamentale, tassello nella ricerca di quel "giusto equilibrio" tra esigenze della collettività e diritti individuali: se, infatti, la tutela costituzionale dei diritti fondamentali del singolo opera nei confronti dei ristretti con le limitazioni che, inevitabilmente, lo stato di detenzione comporta, le prerogative fondamentali del detenuto-persona debbono, tuttavia, rimanere intangibili.

Quanto alla giurisprudenza, di merito e di legittimità, non si riscontra omogeneità nelle decisioni, le quali, in ogni caso, coinvolgono, per lo più, aspetti settoriali del carcere duro<sup>48</sup>.

In tali ipotesi, peraltro, la tendenza della Suprema Corte è quella di addurre, quali giustificazioni della (ritenuta) prevalenza delle restrizioni tipiche del carcere duro sui diritti del singolo, (non meglio determinate o definite) "*ragioni di sicurezza e di tutela dell'ordine pubblico*"<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Per un approfondimento, v. G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2018.

<sup>47</sup> Secondo la Corte costituzionale, la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per chi, durante la detenzione, è colpito da una grave malattia mentale, anziché fisica, crea anzitutto un vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute e si sostanzia in un trattamento inumano e degradante quando provoca una sofferenza così grave che, cumulata con l'ordinaria afflittività della privazione della libertà, determina un sovrappiù di pena contrario al senso di umanità e tale da pregiudicare ulteriormente la salute del detenuto. Per un approfondimento, v. A. CALCATERRA, *Salute mentale e carcere: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2019. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29488.

<sup>48</sup> *Ex multis*, di recente (ed a titolo meramente esemplificativo): Cass. pen. sez. I, 6 marzo 2018, n. 22292 in ordine alla possibilità, per il detenuto sottoposto al regime del 41 bis, di sostenere i colloqui con i figli minori infradodicesenni senza vetro divisorio (dichiara inammissibile Trib. sorv. Sassari, 22 giugno 2017); Trib. sorv. Viterbo, 23 marzo 2018, in ordine alla legittimità del diniego della richiesta, da parte del detenuto in regime di carcere duro, di partecipare alle attività ricreative; Cass. pen., sez. I, 12 settembre 2017, n. 5324, in ordine alle limitazioni relative alla corrispondenza; Cass. pen., sez. I, 23 maggio 2017, n. 28269, in ordine alle limitazioni relative ai colloqui; Trib. Sorv. Roma, sent. 2 ottobre 2018, n. 4164, in ordine alle limitazioni imposte con riguardo agli orari di accensione della televisione in cella; ancora, la recente Cass. pen., sez. I, 7 maggio 2019, n. 29488, in ordine alla rilevanza della grave infermità psichica nella realtà carceraria.

<sup>49</sup> In tal senso, si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. I, 22 febbraio 2017, n. 8766.

Eclatante era stato, nel settembre 2015, il Caso Provenzano (poi deceduto nel carcere di Milano il 13 luglio 2016). All'epoca dei fatti, Bernardo Provenzano si trovava ristretto, ex art. 41-bis OP, in regime di ricovero esterno, presso l'Ospedale San Paolo di Milano.

In ragione dell'oggettivo peggioramento delle condizioni di salute del medesimo, i difensori avanzavano istanza di detenzione domiciliare presso la medesima struttura, innanzi al Tribunale di sorveglianza di Milano. A seguito del rigetto della predetta richiesta, la Corte di Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi in ordine all'incompatibilità dell'allora regime detentivo rispetto alle condizioni di salute del detenuto.

Orbene, la Corte di legittimità ha ritenuto corretta la conclusione cui era pervenuto il giudice *a quo*, il cui iter logico poggiava, da un lato *"sulla sperimentata efficacia delle cure sino ad allora somministrate al ricorrente nel regime detentivo particolare atteggiato secondo le modalità di cui all'art. 11 citato e, quindi, sulla compatibilità di "quel" peculiare regime con le pur gravi condizioni di salute accertate; dall'altro, sul rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto che avrebbe provocato la prosecuzione della sua degenza nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare, in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli sarebbe stata assicurata con altrettanta efficacia<sup>50</sup>"*; conclusione che, pur dichiarando la necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto, lasciava trapelare la ferma (e, quantomeno sino ad allora, persistente) intenzione di porre, al centro della tutela, la sicurezza e l'ordine (o l'opinione?) pubblici, nonostante tutto.

*A contrario*, di recente, (complici, probabilmente, anche le condanne ricevute in tal senso dalla Corte Edu, sotto il peculiare profilo del divieto di trattamenti inumani e degradanti) la Suprema Corte ha manifestato (e sta tuttora manifestando) un'accentuata sensibilità rispetto alla tematica della salute nel carcere.

In tale contesto, la Corte di Cassazione, ha avuto modo di osservare che la natura trattamentale ed essenzialmente amministrativa della misura prevista dall'art. 41-bis OP possiede finalità preventive, tese principalmente alla inibizione di contatti con il contesto criminale di provenienza. Sicché, ai fini della proroga di tale regime, è necessario accertare che la capacità del condannato di tenere contatti con l'associazione criminale non sia venuta meno, *"accertamento che deve essere condotto anche alla stregua di una serie predeterminata di parametri quali il profilo criminale, la posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, la perdurante operatività del sodalizio e la sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, elementi tutti che devono essere considerati mediante l'indicazione di indici fattuali sintomatici di attualità del pericolo di collegamenti con l'esterno, non neutralizzata dalla presenza di indici dimostrativi di un sopravvenuto venir meno di tale pericolo"*.

Il decorso del tempo, anche consistente, non può, pertanto, ritenersi un elemento risolutivo circa l'attenuazione di detto pericolo; ciò nonostante, la valutazione in parola deve avere ad oggetto anche l'eventuale stato patologico del detenuto, la cui omessa considerazione da parte del giudice costituisce violazione di legge<sup>51</sup>.

Invero, l'autorità giurisdizionale concorre all'attuazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona garantiti dalla Carta Costituzionale e dai Trattati sovranazionali in ogni occasione di intervento che involga tali principi o tali diritti, ed a tale attuazione consegue

<sup>50</sup> Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2015, n. 38813.

<sup>51</sup> Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 2016, n. 16019 (annulla con rinvio Trib. sorv. Roma del 7 novembre 2014). V. anche Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2014, n. 52054, in ordine alla finalità preventiva dell'art. 41 bis OP. Più di recente e nello stesso senso, Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 2017, n. 25472.

l’ onere di rimozione del regime differenziato, laddove il medesimo possa appunto configurare, anche solo in termini di concausa, un trattamento inumano o degradante<sup>52</sup>.

Da ultimo, occorre soffermarsi sulla nota Sentenza<sup>53</sup> resa sul Caso Riina, con cui la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione<sup>54</sup>, l’ordinanza con cui il Tribunale di Sorveglianza di Bologna aveva rigettato l’istanza di differimento della pena, ex art. 147 n. 3 c.p., nonché di detenzione domiciliare, ex art. 47-ter, co.1-ter, OP, presentate dai difensori del detenuto, in regime di carcere duro a Parma. A prescindere dall’interesse mediatico suscitato da tale pronuncia, la stessa appare rilevante, da un punto di vista squisitamente giuridico, in ragione della tematica che ne ha costituito l’oggetto (e che si è inserita nella “scia” delle decisioni precedenti): il diritto di morire dignitosamente che, nel rispetto della Carta Costituzionale e dei Trattati internazionale, dev’essere garantito a chiunque, indipendentemente dai crimini di cui si è macchiato.

Così, ad avviso dei giudici di legittimità, il Tribunale di Sorveglianza di Bologna “*ha omissis di considerare il complessivo stato morboso del detenuto e le sue condizioni generali di scadimento fisico*”, nonostante fosse compito del giudice di merito verificare “*se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un’afflizione di tale intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione della pena*”. Solo a fronte di un simile accertamento, è possibile pervenire ad un giudizio circa la compatibilità del regime carcerario rispetto al senso di umanità della pena.

A seguito di tale annullamento con rinvio, il Tribunale di sorveglianza di Bologna, re-investito della questione, ha emesso nuovo rigetto nei confronti delle istanze formulate; e ciò, in ragione della (ritenuta) lucidità e dell’assenza di qualsivoglia resipiscenza nel comportamento di Riina; ragione per cui, ad avviso dei Giudici, permaneva il pericolo che il *boss* potesse commettere ulteriori gravi delitti.

Totò Riina è deceduto, il 17 novembre 2017, nel carcere di Parma.

### 3.4. Segue: la giurisprudenza della Corte Edu

Anche la Corte di Strasburgo si è, per vero, mostrata cauta nel valutare la compatibilità del regime differenziato con la tutela della salute (così come individuata, lo si ricorda, *par ricochet*). Come già evidenziato, infatti, si è registrato, anche fuori dall’Italia, una sorta di “timore reverenziale” nei confronti di un istituto comunque rappresentativo della Ragion di Stato e necessario per la difesa dell’ordine pubblico e per la prevenzione di gravi reati<sup>55</sup>.

Così:

- nel Caso *Enea vs Italia*<sup>56</sup>, il ricorrente contestava, quale violazione dell’art. 3 CEDU, la sua collocazione in una sezione di elevato indice di vigilanza, malgrado l’età avanzata e le precarie condizioni di salute; lamentava inoltre la violazione dell’art. 8 CEDU in ragione del costante controllo della sua corrispondenza. In tale ipotesi, La Corte di Strasburgo non ha ritenuto sussistere alcuna violazione dell’art. 3, in considerazione del fatto che le autorità nazionali avevano assicurato al detenuto le cure necessarie, sicché non era ravvisabile alcun

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 2017, n. 32405.

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2017, n. 27766.

<sup>54</sup> Ad avviso della Corte di Cassazione, infatti, il Tribunale di Sorveglianza non aveva chiarito come la (pur indubbia) altissima pericolosità del detenuto ed il suo indiscusso spessore criminale potessero e dovessero considerarsi attuali a fronte della sopravvenuta precarietà delle condizioni di salute e del più generale stato di decadimento fisico.

<sup>55</sup> Corte Edu, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/98.

<sup>56</sup> Corte Edu, 17 settembre 2001, ric. n. 74912/01.



pregiudizio per la sua salute<sup>57</sup>; per contro, riteneva violato l’art. 8, data l’eccessiva ampiezza del controllo, da parte dell’amministrazione penitenziaria, sul diritto di corrispondenza altrui<sup>58</sup>.

- nel Caso *Alfano vs. Italia*<sup>59</sup>, il ricorrente, detenuto in regime di 41 bis dal 1999 (sino al 2007) ed affetto da una sindrome depressiva, cirrosi epatica e deficit motorio, adiva i Giudici di Strasburgo lamentando l’intervenuta violazione dell’art. 3 CEDU; tuttavia, la Corte ha ritenuto il ricorso irricevibile, evidenziando come l’Italia avesse sempre agito nell’interesse del diritto alla cura spettante al detenuto, garantendogli in tal senso un’assistenza costante<sup>60</sup>.
- anche nel caso *Riina vs. Italia*<sup>61</sup>, relativo alla costante illuminazione notturna della cella del detenuto, la Corte Edu non ha ritenuto integrata la soglia di gravità necessaria per integrare una violazione dell’art. 3 CEDU.

Come nella giurisprudenza italiana, però, anche in quella sovranazionale vi sono state, di recente, alcune “aperture” degne di nota; ciò si è verificato, in particolare, allorché, utilizzando, quale parametro di giudizio, quello della necessaria “proporzionalità” tra le limitazioni imposte dall’art. 41-bis OP e le esigenze di tutela individuale, la Corte Edu è addivenuta a Sentenze di condanna nei confronti del nostro Paese.

Così, sotto un profilo più strettamente “processuale”, nel caso *Labita vs. Italia*<sup>62</sup>, quest’ultima è stata condannata per non aver svolto indagini ufficiali efficaci sulle denunce effettuate dal ricorrente in riferimento ai pretesi maltrattamenti nel carcere di Pianosa. Tale decisione, oltre ad essere d’interesse per l’esito cui è pervenuta, è stata la prima in cui la Corte Edu abbia riconosciuto in linea astratta la possibilità che il trattamento penitenziario potesse porsi in contrasto con la Convenzione, sotto il profilo dell’art. 3 della stessa.

A tal proposito, ha ricordato la Corte di Strasburgo, è necessario che il trattamento denunciato raggiunga una soglia minima di gravità (si direbbe: tale da integrare una sproporzione rispetto al diritto individuale garantito), la quale dev’essere valutata alla stregua dei seguenti elementi: le ricadute sull’integrità fisica e psichica del detenuto; le sue caratteristiche personali, nonché la durata del trattamento. L’onere di allegare e dimostrare la lamentata violazione spetta al detenuto; diversamente il ricorso è irricevibile<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Nel 2008, il Tribunale di Sorveglianza di Napoli ha disposto la sospensione dell’esecuzione della pena, ritenendo che lo stato di salute del detenuto fosse diventato incompatibile con la detenzione carceraria.

<sup>58</sup> Nel 2009 è stato introdotto, in ordine al controllo sulla corrispondenza, l’art. 18ter OP.

<sup>59</sup> Corte Edu, 24 settembre 2015, ric. n. 24426/03.

<sup>60</sup> In tal senso anche *Stolder c. Italia*, 1° dicembre 2009, ric. n. 24418/03; e *Campisi c. Italia*, 12 febbraio 2013, ric. n. 10948/05.

<sup>61</sup> Corte Edu, 19 marzo 2013, ric. n. 43575/09. Chiamati a pronunciarsi in ordine alla legittimità dell’illuminazione notturna della cella, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le ripercussioni sul sonno del ricorrente dovute a tale costante illuminazione, non fossero tali da integrare l’invocata violazione sotto il profilo dell’art. 3.

<sup>62</sup> Corte Edu, Grande Camera, 1° marzo 2000, ric. n. 26772/95, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, 189 ss., con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell’uomo*.

<sup>63</sup> In tal senso D. DE GIOIELLIS, op. cit., 170.

Trattasi di un insegnamento risalente agli anni ’70 e, precisamente al caso *Ireland c. The United Kingdom* – Corte Edu, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71. Come evidenziato da F. CECCHINI, op. cit., 14, non ogni condotta lesiva dell’integrità psico-fisica ricade sotto il divieto di cui all’art. 3 CEDU; a tal fine, è necessario che sia raggiunta “una soglia minima di gravità, la cui determinazione è, per natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, le sue conseguenze fisiche o mentali e, in certi casi, il sesso, l’età e lo stato di salute della vittima, ecc.”.

Il predetto criterio della “soglia minima di gravità”, peraltro, ha consentito di distinguere tra tortura, trattamento inumano e trattamento degradante; concetti, questi, in continua evoluzione, che esprimono le diverse intensità della lesione del diritto garantito<sup>64</sup> e che sono stati ampiamente utilizzati dalla Corte Edu con riferimento alla valutazione delle condizioni di detenzione.

In particolare, in tale peculiare ambito d’indagine, si è registrata la tendenza, da parte della giurisprudenza di Strasburgo, ad abbassare la soglia minima di gravità necessaria ad integrare la violazione dell’art. 3 CEDU, estendendone, conseguentemente, l’applicabilità.

La prima, fondamentale, svolta nella tutela dei diritti dei detenuti è rappresentata dalla Sentenza emessa nel caso *Sulejmanovic vs. Italia*<sup>65</sup>, mediante la quale la Corte ha condannato l’Italia per violazione del già citato art. 3, in considerazione del mancato rispetto dello spazio detentivo minimo. In particolare, per la prima volta i Giudici di Strasburgo hanno dichiarato che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq costituisce, di per sé, trattamento disumano e degradante (cd. *strong presumption*<sup>66</sup>).

Di rilievo ancora maggiore, la notissima Sentenza *Torreggiani vs. Italia*<sup>67</sup> (definita “arresto pilota” dagli stessi Giudici di Strasburgo), con cui l’Italia è stata condannata all’unanimità per violazione dell’art. 3 CEDU.

Il caso riguardava trattamenti inumani e degradanti subiti dai ricorrenti, sette detenuti nelle carceri di Busto Arsizio e di Piacenza, in celle triple e con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione. La Corte, riprendendo i principi (e la *strong presumption*) espressi nel caso *Sulejmanovic*, ha rilevato che “*la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l’articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell’assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l’interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d’intensità che ecceda l’inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che,*

<sup>64</sup> Cfr. Corte Edu, 18 dicembre 1996, *Aksoy c. Turkey*, ric. n. 21987/93; Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh vs. Germany*, ric. n. 54810/00. È inumano il trattamento premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale; è invece degradante il trattamento che ingenera nella vittima un senso di paura e angoscia tale da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza. La tortura, invece, è una forma aggravata di trattamento inumano o degradante che, inoltre, richiede l’accertamento dell’intenzione di torturare e la verifica dello scopo perseguito attraverso la tortura stessa.

<sup>65</sup> Corte Edu, Sentenza del 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03.

<sup>66</sup> Recentemente, la stessa Corte Edu ha ulteriormente chiarito i limiti operativi della *strong presumption*, precisando che, nell’accertamento della violazione dell’art. 3, occorre verificare: a) la presenza di un letto individuale; b) la possibilità, per il detenuto, di avere a disposizione almeno 3mq100; c) la possibilità, per il detenuto, di muoversi liberamente nella cella. L’insussistenza, nel caso concreto, di uno solo di tali elementi, integra la violazione in parola. Cfr. Corte Edu, 10 Gennaio 2012, *Ananyev and Others vs. Russia*, ric. n. 42525/07 e n. 60800/08.

Da ultimo e più di recente, Corte Edu, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croatia*, ric. n. 7334/13: come evidenziato dalla Corte, la *strong presumption* è confutabile allorché lo stato dimostri l’esistenza di altri elementi tali da compensare l’esiguità dello spazio vitale (ad es.: l’occasionalità della limitazione dello spazio; la sufficiente libertà di movimento; la possibilità di muoversi fuori dalla cella).

<sup>67</sup> Corte Edu, 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

*tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente*<sup>68</sup>.

Non solo: in tale notissimo arresto, i Giudici di Strasburgo hanno, altresì, giudicato insufficiente la tutela predisposta dall’ordinamento italiano per l’ipotesi di violazioni dell’art. 3 CEDU; e ciò, non solo con riferimento ai rimedi preventivi (volti ad impedire la violazione in atto), ma anche in relazione ai rimedi c.d. compensativi, volti a riparare al pregiudizio subito a causa della (ormai consumata) violazione.

Solo allora, posto dinanzi alla “*messa in mora*” di Strasburgo, il legislatore italiano è intervenuto sul sistema penitenziario, introducendovi gli artt. 35-*bis* (il c.d. reclamo giurisdizionale) e 35-*ter* (il rimedio risarcitorio in caso di violazioni dell’art. 3 CEDU) ord. pen<sup>69</sup>.

Da ultimo, non ci si può senz’altro esimere dal segnalare la recentissima Sentenza con cui la Corte di Strasburgo ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 3 CEDU, con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-*bis* emesso nei confronti di Bernardo Provenzano il 23 marzo 2016 (a meno di quattro mesi dal suo decesso)<sup>70</sup>.

Mediante tale pronuncia, certamente destinata ad avere ampio rilievo (mediatico, ma anche applicativo), i Giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell’art. 3 della Convenzione stante l’insufficiente valutazione, nel provvedimento di proroga, del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto (alcuna violazione è stata ravvisata con riferimento alle condizioni di salute di Provenzano cui, secondo la Corte, sono sempre state assicurate cure adeguate).

In particolare, ricorrendo ad un ragionamento che si pone in linea con quello svolto dalla Corte di Cassazione nel 2017, con riferimento al caso Riina, la Corte Edu ha ritenuto che il Tribunale di Sorveglianza investito del reclamo non abbia adempiuto a quel (necessario) scrutinio avente ad oggetto la sussistenza delle ragioni fondanti la proroga del regime differenziato: invero, “*sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, imposte discrezionalmente, senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni basate su una valutazione individualizzata di necessità, minerebbe la sua dignità umana e integrerebbe una violazione del diritto sancito dall’articolo 3 CEDU*”.

---

<sup>68</sup> La Corte ha proseguito: “*La grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi – costitutiva di per sé di un trattamento contrario alla Convenzione – sembra essere stata ulteriormente aggravata da altri trattamenti denunciati dagli interessati. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi, ammessa dal Governo, nonché l’illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere di Piacenza, sulle quali il Governo non si è espresso, non hanno mancato di causare nei ricorrenti un’ulteriore sofferenza, benché non costituiscano di per sé un trattamento inumano e degradante*”.

<sup>69</sup> Quanto ai profili di criticità delle predette disposizioni v. F. FIORENTIN, *Il reclamo giurisdizionale per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2013, fasc. 3; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.* 13 ottobre 2014.

<sup>70</sup> Corte Edu, 25 settembre 2018, *Provenzano vs. Italia*, ric. 55080/13.

Il ricorso era stato presentato dai familiari di Bernardo Provenzano nel 2013, lamentando la violazione dell’art. 3 della Convenzione, sia sotto il profilo delle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia quanto al continuo rinnovo del regime differenziato ex art. 41 *bis* OP, nonostante il precario e inaggravante stato di salute dell’interessato. Al decesso del Provenzano, il figlio dichiarava la volontà che la trattazione del ricorso proseguisse.

Per un approfondimento sul tema, v. G. ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell’art. 3 Cedu con riferimento all’ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018; v. anche M. S. MORI, *op cit.*

A fronte di ciò, la Corte ha rilevato come il decreto ministeriale di rinnovo non abbia preso in adeguata considerazione l'ulteriore peggioramento delle condizioni cognitive del ricorrente: *“la gravità della situazione avrebbe richiesto non solo una più dettagliata e attenta motivazione delle ragioni in favore della proroga, ma anche la necessaria valorizzazione del progressivo deterioramento delle funzioni cognitive del ricorrente”*.

A contrario, invece, il provvedimento ministeriale non ha dimostrato *“che il ricorrente, nonostante lo stato di deterioramento psichico, sarebbe stato in grado di comunicare con l'associazione, qualora fosse stato collocato in regime ordinario”*; donde la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

#### **4. Il rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis OP del Garante nazionale dei diritti dei detenuti**

Il 5 febbraio 2019 il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale ha reso pubblico il rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis OP, risultato delle visite effettuate, tra 2016 e 2018, presso le 12 Sezioni a regime detentivo speciale presenti in Italia.

A fronte dei dati raccolti<sup>71</sup>, il Garante ha formulato diciotto raccomandazioni finalizzate al miglioramento del sistema trattamentale in parola, e, nella sostanza, al perseguimento di un (effettivo) benessere psico-fisico dei detenuti nonostante la realtà carceraria; evidenziando l'esigenza di valutare come l'applicazione del 41 bis *“rispetti i parametri di legittimità indicati dalla Corte costituzionale e altresì di come la sua reiterazione, spesso per un numero cospicuo di anni, a carico della singola persona, possa esporsi al rischio di incidere sull'inderogabile principio di tutela dei diritti umani di ogni persona, indipendentemente dal suo status di libertà o detenzione, nonché dei diritti fondamentali che, pur nei limiti oggettivi posti dalla situazione privativa della libertà e in regime particolare, non cessano di essere tutelati dalla nostra Carta costituzionale”*.

Con un'osservazione di rilievo (non solo linguistico, ma anche umano): *“il Garante nazionale raccomanda di non definire mai tale regime quale «carcere duro» perché questo concetto implica in sé la possibilità che alla privazione della libertà –che è di per sé il contenuto della pena detentiva –possa essere aggiunto qualcos'altro a fini maggiormente punitivo di deterrenza o di implicito incoraggiamento alla collaborazione. Fini che porrebbero l'istituto certamente al di fuori del perimetro costituzionale”*.

Quanto, poi, alla necessità di garantire una reale tutela del diritto alla salute, il Garante osserva che *“la qualità primaria della tutela della salute è tale da non ammettere deroghe di nessun genere, anche ricordando che la Costituzione, nel suo chiaro e stringato lessico utilizza l'aggettivo «fondamentale» solo per connotare tale diritto al suo articolo 32. La questione, peraltro, investe non soltanto la garanzia di una adeguata assistenza sanitaria ma anche la realizzazione di condizioni generali di salubrità della vita detentiva”*; evidenziando, per vero, un quadro quantomeno preoccupante, rappresentato dalla prassi di taluni Istituti, di non dare luogo alla traduzione del detenuto presso luoghi di cura esterni, o di ritardarlo, per indisponibilità di personale da applicare al servizio di vigilanza.

Donde la necessità di attivare, ove manchino, i Servizi di assistenza intensiva (Sai) destinati a rispondere alle esigenze di tutela dei detenuti al 41 bis; donde la necessità di tradurre i detenuti

<sup>71</sup> Per il cui approfondimento si rinvia al contenuto del Rapporto, consultabile al seguente [link http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/rapporti.page](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/rapporti.page).

fuori dalle mura del carcere, nel caso in cui i reclusi abbisognino di accertamenti o cure che non possono essere rese dai Servizi interni.

A fronte di tale corposo rapporto, diffuso alle Amministrazioni competenti già nel mese di gennaio 2019, le repliche sono state (quantomeno in prima battuta) nel senso di un automatico bilanciamento di esigenze, ove la tutela individuale è chiamata a cedere dinanzi alla sicurezza collettiva.

Così, per un verso, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) ha evidenziato che *“tutte le misure adottate nei confronti dei sottoposti a regime differenziato sono in rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale e aderenti alla ratio preventiva di recisione delle comunicazioni tra le organizzazioni criminali e il soggetto recluso e fra sodali reclusi, oltre che ad evitare affiliazioni o la nascita di nuove alleanze in carcere”*; con il che, salvo interventi sul punto da parte del legislatore, le limitazioni e restrizioni tipiche del regime trattamentale speciale rispondono tutte alla funzione preventiva che contraddistingue il 41-bis.

Per altro verso, il Gabinetto del Ministro della Giustizia, ha rinviato alle osservazioni contenute nella nota del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, evidenziando, però, che il Rapporto del Garante *“è stato inviato al Direttore del Gruppo Operativo Mobile al fine di stimolare opportune riflessioni sulle modalità operative di lavoro del personale di Polizia penitenziaria preposto alla custodia dei detenuti in regime di 41-bis, a testimonianza dell'elevato livello di attenzione che questo Dicastero, per il tramite del competente Dipartimento, riserva al tema”*.

## **5. Uno sguardo d'insieme: le prospettive possibili**

L'analisi dei profili applicativi del regime di detenzione speciale e delle relative ripercussioni sulla (possibilità di) tutela della salute dei detenuti presta, certamente, il fianco ad alcune considerazioni *de jure condendo*.

A tal fine, occorre anzitutto rilevare che, pur costituendo una chiara forma di compressione di alcuni dei diritti fondamentali facenti capo al singolo, l'istituto in parola non è (quantomeno ad oggi) suscettibile di eccezioni di illegittimità assoluta o di totale incompatibilità con la nostra Carta costituzionale e con i Trattati internazionali. Né del resto, si ritiene che potrebbe esservi spazio per un simile scenario, data la natura degli interessi coinvolti (e, segnatamente, delle esigenze della collettività, di cui il carcere duro è posto a presidio).

E tuttavia, le inevitabili ricadute applicative sull'integrità, fisica e psichica, dei ristretti, impongono un'attenta valutazione circa le modalità e le limitazioni che connotano il “carcere duro”; valutazione che, come si è visto, ha natura sostanzialmente casistica e sconta la genericità e l'indeterminatezza della stessa tutela riservata al bene “salute”.

In effetti, per un verso, nell'ordinamento italiano, l'impossibilità di definire, in modo certo (o anche solo condiviso) il concetto di “salute”, lo rende, per ciò solo, principio meno “effettivo” e, comunque, più difficilmente giustiziabile.

È chiaro che, in un contesto quale quello che ci occupa, la nozione più ampia di “salute”, sebbene indeterminata, dev'essere, a prescindere, preferita rispetto al suo “estremo” (= assenza di malattie). Ciò nonostante, in qualunque Stato che si dichiari “di diritto” (e finalizzato alla tutela dei diritti), un interesse è tanto più tutelabile quanto più la sua definizione sia “determinata”.



Così, v'è chi ha proposto una soluzione “mediana”, in forza della quale la salute potrebbe essere intesa quale “condizione di chi non necessita di cure mediche<sup>72</sup>”. Tale proposta, in effetti, potrebbe avere il pregio di ridurre il ricorso ad adattamenti “strutturali” (principalmente relativi agli aspetti legati alla malattia mentale in carcere, sulla quale si è già detto), e consentirebbe, altresì, di rafforzare, “di riflesso”, la tutela degli altri diritti fondamentali, comunque ricollegabili al benessere individuale (e viceversa).

Sotto altro angolo visuale, neppure la giurisprudenza di Strasburgo, nella sua inversione tra “dover essere normativo” ed “essere applicativo”, si è rivelata pienamente idonea a fornire adeguata tutela alla salute del detenuto; e ciò per due sostanziali ordini di ragioni.

In primo luogo, “*ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo [...] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata*<sup>73</sup>”; con il che, solo in rari casi è davvero possibile cogliere con evidenza il principio di diritto su cui la Sentenza si fonda.

In secondo luogo, lo si è già evidenziato, i principi “generali” affermati nelle decisioni della Corte Edu, celano, loro malgrado, una lacuna originaria, costituita dalla mancanza di un'effettiva ed originaria tutela convenzionale del diritto alla salute.

In tale contesto, infatti, la tutela indiretta fornita alla salute rischia, di fatto, di relativizzarla, piegandola ad oneri probatori e presupposti che non le competono né la riguardano.

Due le possibili soluzioni: ambire alla certezza giuridica nelle pronunce giurisprudenziali; oppure (ipotesi che parrebbe maggiormente perseguibile, oltretutto opportuna, per i suoi risvolti in termini di coerenza e chiarezza applicativa) riconoscere (finalmente) espressamente anche la tutela della salute, quale diritto convenzionalmente garantito.

Ad oggi, in ogni caso, le soluzioni concretamente adottate, pur se finalizzate ad una tutela più effettiva, non paiono ancora all'altezza delle aspettative.

La ricerca di un equilibrio tra difesa sociale ed umanizzazione della pena è stata recentemente tentata con la Circolare DAP, n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, intervenuta a disciplinare l'organizzazione del regime di detenzione speciale, mediante 37 prescrizioni, riguardanti anche il tema dell'assistenza sanitaria<sup>74</sup>.

Tali prescrizioni, si legge, “non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata”; la loro attuazione deve rimanere legata al fine preventivo. Ad una lettura complessiva, pare apprezzabile il tentativo (riuscito) di uniformare il trattamento penitenziario mediante un unico documento applicativo. Quanto, però, al profilo della umanizzazione della pena, la Circolare DAP lascia ancora molto a desiderare<sup>75</sup>; così come, per vero, suscita numerose riserve la replica che il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha formulato nei confronti del corposo e ricco Rapporto del Garante nazionale dei detenuti.

Nel contesto sin qui descritto ed in attesa di un intervento legislativo avente specificamente ad oggetto il regime trattamentale speciale, meritano menzione anche i Decreti Legislativi nn.

<sup>72</sup> A. MASSARO, *op. cit.*, 97.

<sup>73</sup> Corte cost., 19 luglio 2011 (dep. 22 luglio 2011), n. 236.

<sup>74</sup> V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena. Brevi note a margine della circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017.

<sup>75</sup> A mero titolo esemplificativo si pensi alle restrizioni sull'abbigliamento (art. 12); ovvero a quelle in tema di fotografie ed immagini (art. 13); per un approfondimento su tali aspetti critici, v. V. MANCA, *cit.*

121/2018<sup>76</sup>, 123/2018<sup>77</sup> e 124/2018<sup>78</sup>, recentemente pubblicati in Gazzetta Ufficiale, in riforma di alcuni specifici aspetti dell’ordinamento penitenziario.

Certamente degne di nota, nel D.lgs. 123/2018, le disposizioni inerenti il trattamento penitenziario (oltre al resto: la previsione che il trattamento sia conforme al principio di umanità e nel rispetto della dignità individuale; la previsione che il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale); e tuttavia, non v’è alcun riferimento al 41**bis**.

Per vero, l’analisi del Disegno di legge presentato dal Ministro Orlando (approvato in un testo unificato dal Senato il 15 Marzo 2017), non lascia immaginare un miglioramento di tale disciplina. Invero, nell’ambito della predetta riforma, si legge *“Fermo restando quanto previsto dall’articolo 41-bis della legge 26 Luglio 1975 n. 354, e successive modificazioni, nell’esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario per i profili di seguito indicati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi”*; la cui lettera E dispone: *“eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”*.

È evidente che una simile disposizione, oltre a non poter essere accettata sul piano del buon senso, si pone in aperto contrasto non solo con l’art. 27, co. III, Cost., ma anche con gli artt. 3 e 8 CEDU, oltreché con l’intero (lungo e complesso) percorso che, con difficoltà, sta conducendo verso un ampliamento della tutela dei diritti garantiti.

Una logica del *“cambiare tutto perché non cambi nulla”* (anzi, peggiori) che non può essere ulteriormente tollerata.

## 6. Sintesi di conclusione.

È ora possibile (tentare di) trarre alcune argomentazioni conclusive, seppur inevitabilmente incerte e sommarie, in considerazione della vastità e, al tempo stesso, della complessità dei temi trattati.

A fronte delle criticità dell’attuale sistema penitenziario, ancor più in relazione al regime di trattamento speciale disciplinato dall’art. 41**bis**, e dei relativi profili attuativi, si è registrata, negli ultimi anni, un’intensa attività giurisprudenziale (nazionale e convenzionale) tesa a colmare i vuoti di tutela mediante il riconoscimento, diretto o “di riflesso”, del diritto alla salute anche nei confronti di coloro che stanno subendo la forma più invasiva di restrizione della libertà personale.

<sup>76</sup> Recante il titolo: Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>77</sup> Dal titolo: Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>78</sup> Intitolata: Riforma dell’ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

In effetti, dinanzi ad un legislatore (se non inerte, quanto meno) poco coraggioso, ed a fronte di una tutela convenzionale ancora “claudicante” in tema di “salute nella detenzione”, gli operatori del diritto stanno, per contro, manifestando un grande interesse ed una profonda sensibilità rispetto all’esigenza di garantire al condannato una fattiva “umanizzazione” della propria condizione di recluso; umanizzazione che, per essere tale, deve necessariamente passare attraverso la tutela dei diritti garantiti.

Tale il contesto, è divenuta (ed è tuttora) cogente la necessità di intensificare i meccanismi di protezione, al fine di colmare, una volta per tutte, gli ormai noti vuoti di tutela convenzionali, oltretutto i vizi di genericità ed indeterminazione che non possono (più) permeare un diritto inviolabile quale quello alla tutela della propria salute.

L’ulteriore scopo cui tendere, inoltre, dev’essere rappresentato non solo dalla (piena ed effettiva) tutela, non solo *ex post* (a lesione ormai intervenuta), ma anche alla riforma di tutte quelle limitazioni che, dato anche il particolare contesto storico-politico in cui trovano attuazione, appaiono ormai fuori luogo, se non anche illegittime.

In tal senso, in un clima di fibrillazione generale, degni di nota sono stati gli interventi del DAP, con la Circolare n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, nonché i Decreti Legislativi recentemente pubblicati, in riforma di alcuni aspetti del sistema penitenziario.

Ciò nonostante, ancora non basta.

Nato come istituto “di emergenza”, destinato a vita breve, il regime del 41-*bis* ha rappresentato (e rappresenta tuttora) una realtà eccessivamente stabile per non diventare, a sua volta, oggetto di riforma.

La direzione (legislativa e giurisprudenziale) intrapresa è certamente rilevante; tuttavia occorre uno sforzo ulteriore, per giungere ad un (si ritiene, necessario) ripensamento delle regole penitenziarie che connotano il regime speciale ed addivenire, finalmente, ad un vero bilanciamento di diritti.

Dato il rilievo intangibile e primario della salute, la ridefinizione del regime speciale di detenzione deve passare attraverso la tutela della stessa; e ciò, non solo al fine di garantire una disciplina conforme e coerente alla Costituzione ed alla giurisprudenza convenzionale, ma anche (e soprattutto) per assicurare a ciascun detenuto l’inflessibile tutela (preventiva e successiva) di cui necessita.

**41-bis OP:  
possibile la detenzione domiciliare ‘umanitaria’ o ‘in deroga’ anche per i  
detenuti in regime differenziato portatori di grave malattia psichica.  
Cassazione Penale, Sez. I, n. 29488 del 7.05.2019**

*di Antonella Calcaterra\**

**ABSTRACT:** Con la sentenza n. 99 del 2019 la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter co.1-ter OP “*nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter*”, così colmando quel vuoto normativo che si era venuto a creare nell’ordinamento giuridico con riferimento alla posizione delle persone detenute affette da grave patologia psichiatrica a seguito della definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Prima dell’intervento della Corte, per tali persone, quando la pena da scontare era superiore al limite di 4 anni, era preclusa ogni possibilità di espiare la pena al di fuori del carcere, in un luogo che fosse idoneo alla cura e gestione della malattia.

Ma cosa accade per le persone detenute in regime differenziato *ex art. 41-bis OP*?

A chiarirlo è la suprema Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 29488 del 7.05.2019, preso atto dei principi sanciti con la citata pronuncia n. 99/2019 del giudice delle leggi, ha ammesso la possibilità, anche per i detenuti in regime di cui all’art. 41-bis OP, di accedere, sussistendone i requisiti, alla detenzione domiciliare c.d. ‘umanitaria’ o ‘in deroga’ *ex art. 47-ter co. 1 ter OP*.

**“Humanitarian” and “derogational” home detention is possible even for  
41-bis inmates affected by serious mental illness.  
Court of Cassation case-law n. 29488, dated 7<sup>th</sup> May 2019**

**ABSTRACT:** *With sentence n. 99/2019 the Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of the section 47-ter, paragraph 1-ter, OP, “in the part in which it doesn’t provide that, in case of serious mental illness, the supervisory court may order the application of home detention to the inmate, even derogating the limits referred to the 1<sup>st</sup> paragraph of the same section 47-ter”, thus filling the regulatory gap that had arisen in the system with reference to the position of prisoners affected by serious psychiatric disease, following the definitive closure of the “judicial psychiatric hospitals”. Before this sentence, when the sentence to be served was greater than the 4 years limit, the possibility of expiating the sentence outside the prison was precluded. What happens to inmates under 41-bis OP’s regime is clarified by the Court of Cassation in its sentence n. 29488 dated 7<sup>th</sup> May 2019.*

SOMMARIO: 1. La vicenda – 2. La sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale – 3. La detenzione domiciliare ‘in deroga’ o ‘umanitaria’ *ex art. 47-ter co.1-ter OP*. – 4. Il regime differenziato *ex art. 41-bis OP* e la tutela del diritto alla salute – 5. La sentenza n. 29488 del 7.05.2019 della Sezione prima della Corte di Cassazione e l’applicabilità della detenzione domiciliare anche ai detenuti 41-bis – 6. Prospettive future.

## 1. La vicenda

Con la sentenza n. 29488 del 7.05.2019 la Sezione prima della Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da persona detenuta dal 2008 in regime *ex art. 41-bis* OP con fine pena al 4.02.2033 annullando l’ordinanza emessa il 22 settembre 2017 dal Tribunale di Sorveglianza di Roma e disponendo il rinvio al medesimo Tribunale per un nuovo esame.

Il ricorrente aveva avanzato al Tribunale di Sorveglianza istanza diretta ad ottenere il differimento dell’esecuzione della pena ovvero la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* co. 1-*ter* OP, a fronte di patologia psichiatrica aggravatasi nel corso della detenzione intramuraria al punto da essere ritenuta dai medici del carcere (che frattanto avevano segnalato l’alto rischio suicidario) incompatibile con il regime detentivo.

Il Tribunale di Sorveglianza, pur dando atto della sussistenza e della obiettiva gravità della patologia e delle segnalazioni del servizio sanitario di alto rischio autolesionistico, rigettava le istanze, rilevando che gli istituti del differimento della pena *ex art. 147* c.p. e della detenzione domiciliare ‘in deroga’ *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* OP fossero limitati ai casi di gravi patologie di tipo fisico.

La decisione era assunta in epoca antecedente rispetto alla pronuncia n. 99/2019 della Corte Costituzionale.

L’ordinanza di rigetto veniva impugnata dal difensore con ricorso per cassazione articolato in tre motivi. In particolare con il terzo e ultimo motivo era dedotta la violazione degli artt. 3 CEDU e 27 Costituzione e rilevato come la detenzione del ricorrente, attese le gravi condizioni psichiche del medesimo, si traducesse in una carcerazione contraria al senso di umanità e, dunque, contrastante con la finalità rieducativa della pena costituzionalmente sancita.

La Corte di Cassazione in presenza di ricorso ammissibile ed a fronte della presenza di un motivo riferito al tema del contrasto con i principi costituzionali e convenzionali ha applicato il “*novum apportato dalla decisione n. 99 emessa dalla Corte Costituzionale in data 20 febbraio 2019 (deposito del 19 aprile)*”.

## 2. La sentenza n. 99/2019 della Corte Costituzionale

Con la sentenza n. 99 del 2019<sup>1</sup> la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-*ter* co.1-*ter* OP “*nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter*”.

L’intervento della Corte Costituzionale ha colmato un vuoto di tutela giuridica che si era creato a seguito della riforma introdotta con la legge 81/2014. Un intervento, quest’ultimo, importantissimo per la portata innovativa e per i principi che ora presiedono al “sistema misure di sicurezza”<sup>2</sup>. Le misure di cura oggetto di misura di sicurezza sono oggi ispirate ai principi

---

\* Avvocato del Foro di Milano.

<sup>1</sup> Cfr., sentenza Corte Costituzionale n. 99 del 2019 consultabile al seguente *link*: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=99>.

<sup>2</sup> Con la legge n. 81/2014 è stato portato a compimento, quantomeno dal punto di vista strettamente legislativo, il processo di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari. Sul punto, si erano infatti succeduti diversi provvedimenti legislativi: legge 17 febbraio 2012, n. 9, legge 23 maggio 2013, n. 57, legge 30 maggio 2014, n. 81. Provvedimenti che, oltre a sancire il termine di chiusura degli OPG, hanno via via regolamentato la disciplina delle misure di sicurezza e introdotto disposizioni volte a regolamentare e disciplinare gli obblighi delle Regioni ed una corretta attività che fosse funzionale ad una buona applicazione della riforma.



di deistituzionalizzazione, di inclusione sociale e territoriale con il massimo coinvolgimento dei servizi di cura di riferimento<sup>3</sup>. La riforma ha individuato i nuovi luoghi di cura nelle REMS, ossia le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, a completa gestione sanitaria, disponendo definitivamente la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Era quindi venuto a mancare il luogo ove, in forza dell'art. 148 c.p., erano trasferiti i condannati colpiti da una patologia psichiatrica sopravvenuta o non intercettata in fase processuale. Ed era mancante una previsione normativa che consentisse di prendersi cura di queste persone. Di fatto l'art. 148 c.p.<sup>4</sup> era rimasta una norma inapplicabile poiché non esisteva il luogo di cura di riferimento.

In caso di «grave infermità fisica» opera infatti il meccanismo basato sull'art. 147 c.p.<sup>5</sup>, che consente il rinvio ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena ovvero, per effetto del richiamo operato dall'art. 47-ter, comma 1-ter, OP<sup>6</sup>, della detenzione domiciliare; nell'ipotesi invece di «infermità psichica sopravvenuta» l'art. 148 c.p., dopo la chiusura degli OPG, altro non consentiva se non la permanenza dei detenuti in regime detentivo (in apposite sezioni per infermi psichici laddove esistenti).

Risposta che oltre a presentare un'evidente e ingiustificata disparità tra portatori di problemi fisici e portatori di problemi psichiatrici, si scontrava con i principi che ispirano la nuova disciplina delle misure di sicurezza introdotta con la legge n. 81/2014, che favorisce, in ragione

<sup>3</sup> Con tale riforma «si passa da un modello di cura istituzionalizzante dentro un sistema di misure di sicurezza per lo più detentive ad un modello di trattamento personalizzati ispirato a paradigmi riabilitativi ed inclusivi all'interno di un sistema di misure di sicurezza non detentive, salvo che in ipotesi caratterizzate da eccezionale gravità». Così A. CALCATERRA, *La riforma delle misure di sicurezza e il necessario ripensamento del percorso di cura*, in *Questione Giustizia*, 2, 2015, 79.

<sup>4</sup> L'art. 148 c.p. prevede quanto segue: «se, prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un manicomio giudiziario, sia ricoverato in un manicomio comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto, e non si tratti di delinquente o contravventore abituale, o professionale, o di delinquente per tendenza.

*La disposizione precedente si applica anche nel caso in cui, per infermità psichica sopravvenuta, il condannato alla pena dell'ergastolo deve essere ricoverato in un manicomio giudiziario.*

*Il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto all'esecuzione della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento».*

<sup>5</sup> Si rammenta che l'art. 147 c.p. prevede che: «l'esecuzione di una pena può essere differita:

1) se è presentata domanda di grazia, e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'articolo precedente;

2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica;

3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

*Nel caso indicato nel numero 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata. Nel caso indicato nel numero 3) del primo comma il provvedimento è revocato, qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio ai sensi dell'articolo 330 del codice civile, il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri che alla madre».*

<sup>6</sup> L'art. 47-ter co. 1-ter OP stabilisce che: “Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare”.

della loro maggiore efficacia in termini di cura rispetto a quelle detentive, il ricorso alle misure non detentive nei confronti delle persone affette da problematiche psichiatriche.

La sentenza della Corte Costituzionale segna un passaggio importantissimo in tema della tutela della salute delle persone condannate con problematiche di carattere psichiatrico. Non solo perché delinea uno strumento giuridico, ma anche per i passaggi argomentativi apprezzabilissimi che da un lato mettono a fuoco l'ingiustizia della disparità di trattamento che si era creata e, dall'altro, la criticità della cura inframuraria della malattia mentale.

*«La malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute ex art. 32 Cost.<sup>7</sup>, di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela»,* scrivono i giudici, anche sottolineando che *«soprattutto le patologie psichiche possono aggravarsi e acutizzarsi proprio per la reclusione: la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale».*

È scritto con estrema chiarezza quanto l'afflittività del carcere possa determinare, e di fatto determini, un incremento di sofferenza che va ad aggiungersi a quella portata dalla malattia mentale.

È superato definitivamente il 148 c.p., norma basata sull'internamento ed ora del tutto incompatibile con il complesso quadro che si è venuto a creare nel sistema di cura delle persone con problematiche di carattere psichiatrico; un sistema che ha abbandonato l'approccio custodialistico e di internamento ritenendolo non funzionale alla cura.

### **3. La detenzione domiciliare 'in deroga' o 'umanitaria' ex art. 47-ter co.1-ter OP**

La Corte Costituzionale ha individuato nella detenzione domiciliare ed art. 47-ter comma 1-ter la misura utilizzabile per le persone affette da grave infermità psichica sopravvenuta.

Con la precisa indicazione che non si tratta di una «misura alternativa alla pena», ma una pena «alternativa alla detenzione» o, se si vuole, una «modalità di esecuzione della pena», sottolineando come essa debba essere sempre accompagnata da «prescrizioni limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale». Il richiamo all'art. 47-ter, comma 4 OP<sup>8</sup> riporta al contenuto di una misura che dovrà essere articolato a seconda delle esigenze di cura e di tutela delle persone sulla base di una attenta valutazione della situazione rimessa al Magistrato di Sorveglianza.

Un intervento volto ad offrire al magistrato uno strumento flessibile e declinabile con modalità che dovranno essere concordate anche con i servizi di cura e che consenta di non trascurare gli ulteriori e non meno importanti aspetti concernenti la pericolosità del soggetto e la tutela della collettività.

---

<sup>7</sup> L'art. 32 Cost. afferma che «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

<sup>8</sup> L'art. 47-ter co. 4 OP stabilisce che «Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del codice di procedura penale. Determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare».

È da evidenziare il mancato intervento di censura di costituzionalità degli artt. 146, comma 1 n. 3 e 147, comma 2 n. 2 c.p.; una scelta forse volta proprio ad impedire la fuoriuscita “secca” delle persone dal circuito carcerario ed a prediligere la presenza di un percorso di cura sul quale il magistrato con prescrizioni accurate debba prestare la massima attenzione. Scrive infatti la Corte Costituzionale che *“la detenzione domiciliare non significa riduttivamente un ritorno a casa o tantomeno un ritorno alla libertà; certamente essa comporta l’uscita dal carcere, ma è pur sempre accompagnata da severe limitazioni della libertà personale, dato che il giudice nel disporla stabilisce condizioni e le modalità di svolgimento e individua il luogo di detenzione che può essere diverso dalla propria abitazione, se più adeguato a contemperare le esigenze di tutela della salute del malato, quella di sicurezza e quelle della persona offesa”*.

#### **4. Il regime differenziato ex art. 41-bis OP e la tutela del diritto alla salute**

Il comma 2 dell’art. 41-bis O.P definisce la possibilità da parte del Ministero di Giustizia di sospendere in particolari condizioni gran parte dei diritti riservati agli altri detenuti: *“Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell’interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell’articolo 4-bis, o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva, l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l’associazione di cui al periodo precedente. In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell’articolo 4 bis”*.

Il comma 2-*quater* descrive le modalità con cui viene eseguito il 41-bis: *“I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: a) l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate; b) la determinazione dei colloqui in numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell’art. 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell’art.11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia*

*della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'art. 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori, con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia; f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi”.*

La privazione a lungo termine dei contatti interpersonali e la grave limitazione delle informazioni e del contatto con l'esterno sono ovviamente importanti fattori che favoriscono l'insorgenza di psicopatologie<sup>9</sup>. Inoltre la gestione delle patologie insorte spesso è complicata dal particolare regime e dalle gravissime restrizioni imposte.

Numerosi sono stati i casi di detenuti in regime di 41 bis trattati dalla Corte dei Diritti dell'uomo per problemi di salute e dalla lettura delle numerose sentenze rese dalla medesima Corte emerge una certa inadeguatezza nella tutela dei detenuti in regime di carcere duro<sup>10</sup>.

L'importanza del diritto alla salute dei detenuti in regime speciale è stata evidenziata dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nell'ultimo rapporto ove si è soffermato sulla necessità di realizzazione di condizioni generali di salubrità della vita detentiva e sulla indispensabile dotazione delle sezioni speciali – ove sprovviste – di adeguati servizi di assistenza intensiva (Sai) destinati a rispondere alle esigenze di tutela della salute delle persone detenute in regime *ex* articolo 41-bis OP raccomandando ove tali servizi non dovessero bastare per garantire la salute del detenuto, che deve essere rigorosamente rispettata l'attuazione di traduzioni in luoghi esterni di cura<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cfr., A. TIBULLO, “Salute e carcere”, in *Archivio Penale*, fasc. n. 2/2017, 7.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 8-9. Si vedano, a titolo esemplificativo, i casi: Enea v. Italia, Alfano v. Italia, Stolder c. Italia Campisi v. Italia 149. In tutti questi casi, la Corte “*pur accertando l'inadeguatezza delle cure, non ha ritenuto raggiunta la soglia di gravità del trattamento tale da potersi integrare la violazione dell'art.3”*.

<sup>11</sup> Cfr. il parere del garante nazionale sul decreto legislativo recante «*riforma dell'ordinamento penitenziario*» (legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'articolo 19 lettera c del protocollo: «*resta del tutto aperta la questione dell'assenza di un qualsiasi intervento per ridefinire la tutela del disagio e dell'infermità mentale di persone ristrette in carcere in quanto detenute e non internate (per le quali si dovrebbe provvedere con le REMS). Tali situazioni, nella loro varietà, vanno dal periodo di accertamento alla necessità di un trattamento terapeutico fino all'eventualità del rinvio facoltativo dell'esecuzione penale. Riguardo a quest'ultimo punto, l'inconsistenza logica dell'attuale situazione che di fattosi è determinata dà esiti e sviluppi decisionali differenti per le infermità fisiche e per quelle psichiche (artt. 147 e 148 c.p.). Una situazione che faceva ritenere inderogabile l'inserimento di una norma specifica nel testo di questo decreto*» (pagina 4). Il Garante nazionale invita, quindi, a riflettere sulla necessità di introdurre una norma in tale direzione.

«*Il punto 1 della legge di delega indica inoltre di tenere conto, nel quadro della ridefinizione delle disposizioni relative alla tutela della salute in carcere, della “necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena”. Il testo proposto non affrontando tale aspetto, lascia una drammatica situazione invariata, attualmente*

Tuttavia va rammentato con chiarezza che il diritto alla salute come garantito dall’art. 32 della Costituzione non possa e non debba essere ritenuto comprimibile. Sul tema si è espressa l’ordinanza 309 del 2002 della Corte Costituzionale<sup>12</sup> che a chiare lettere scrive che al giudice che procede è riconosciuto, al fine di dare piena attuazione al diritto alla salute, il potere di intervenire anche nei confronti del detenuto sottoposto al regime di 41 bis comma 2 OP valutandone gli effetti sulle condizioni di salute dell’imputato ai fini del giudizio di compatibilità con lo stato di detenzione e che la sua competenza in punto di tutela della salute opera su un piano diverso e non confliggente con quella assegnata al Tribunale di sorveglianza a garanzia dei diritti del detenuto.

### **5. La sentenza n. 29488 del 7.05.2019 della Sezione prima della Corte di Cassazione e l’applicabilità della detenzione domiciliare anche ai detenuti 41-bis**

La Cassazione richiama la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha stabilito la possibilità di curarsi al di fuori del carcere per i detenuti con grave infermità psichica sopravvenuta, anche se la pena supera i 4 anni, ed annulla con rinvio la decisione del Tribunale di Sorveglianza.

Pur non avendo il ricorrente fatto espresso riferimento alla pendenza dell’incidente di costituzionalità (tuttavia introducendo il tema del contrasto con i principi convenzionali e costituzionali), l’art. 609 co. 2 c.p.p. consente alla Corte di decidere “*altresì le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello*”.

Effettuata questa premessa, la Corte si è soffermata sui punti salienti della decisione della Consulta, richiamando i principi e le ragioni che hanno indotto il giudice delle leggi a ritenere “*in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 27 e 117 co.1 Cost. l’assenza di ogni alternativa al carcere, che impedisce al giudice di disporre che la pena sia eseguita fuori dagli istituti di detenzione, anche qualora, a seguito di tutti i necessari accertamenti medici, sia stata riscontrata una malattia mentale che provochi una sofferenza talmente grave che, cumulata con l’ordinaria afflittività del carcere, dia luogo a un supplemento di pena contrario al senso di umanità*” (Cfr. Corte Cost., sentenza n. 99/2019).

Mancanza di alternativa palese alla luce della tacita abrogazione dell’art. 148 c.p. che si occupava proprio di disciplinare i casi di infermità psichica sopravvenuta nel corso della detenzione.

In assenza di un intervento del legislatore sul punto, la misura della detenzione domiciliare ‘in deroga’ o ‘umanitaria’ rappresenta lo strumento prescelto dalla Corte Costituzionale per far fronte alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al diritto alla salute sancito dall’art. 32 Costituzione.

Rileva correttamente la Corte di Cassazione che tale misura “*può essere modellata dal giudice sì da salvaguardare tanto il fondamentale diritto alla salute della persona sottoposta ad esecuzione penale che le esigenze di difesa della collettività*” e che anche la scelta del luogo ‘più adeguato’ avrebbe potuto ben tenere conto delle circostanze e necessità del caso concreto, rimettendo al giudice la possibilità di una “*valutazione caso per caso ed apprezzamento concreto, tanto della gravità della patologia che del livello di pericolosità sociale della persona di cui si discute*” (Corte Cass., Sez. I, sentenza n. 29488 del 7.05.2019).

---

anche evidenziata dall’alto numero di autolesionismo e tentati suicidi, portati all’esito finale a ritmo più che settimanale, e, sul piano formale, determina una carenza di esercizio di delega» (ibidem).

<sup>12</sup> La pronuncia è consultabile al seguente link: <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0309s-03.html>.



Si tratta di una misura introdotta al fine di offrire una alternativa al differimento dell’esecuzione della pena, una via di mezzo tra la ‘libertà senza vincoli’ e la carcerazione, pur allo specifico fine di dare sollievo ai malati più gravi, per i quali la permanenza in carcere rappresenta una palese violazione del senso di umanità, senza tuttavia netto sacrificio e soccombenza di istanze di sicurezza e difesa sociale che possono eventualmente residuare, in particolare in soggetti di notevole caratura criminale.

Soggetti che, anche quando ristretti in regime differenziato *ex art. 41-bis* OP, hanno diritto a espiare la pena in condizioni rispettose dei principi convenzionali e costituzionali.

In quest’ottica, la Corte di Cassazione ha richiamato la decisione della Consulta n. 390 del 10 luglio 2002 nella quale espressamente si affermava il principio secondo cui “*l’esistenza del decreto ministeriale di sottoposizione al regime differenziato non può – in alcun modo – inibire l’adozione di provvedimenti ritenuti necessari per la tutela del diritto alla salute da parte della competente autorità giurisdizionale*”.

Tale principio comporta, nel caso di specie, la necessità che sia proprio l’autorità giurisdizionale a dover valutare la “*concedibilità o meno del provvedimento di detenzione domiciliare ‘in deroga’, esclusivamente in rapporto alle condizioni di fatto ed alla necessità di salvaguardare, nelle forme più adeguate, il diritto alla salute del soggetto sottoposto ad esecuzione*”. Diritto alla salute che, secondo tale impostazione, non può essere ritenuto *tout court* soccombente in ragione del titolo di reato o del particolare regime penitenziario applicato, necessitando invece di valutazione e bilanciamento da effettuarsi in concreto e caso per caso.

## 6. Prospettive future

Nell’ambito della tutela della salute mentale oggi abbiamo strumenti giuridici che permettono di fornire una soluzione di cura a tutte le persone detenute o sottoposte a misure di sicurezza in linea con le indicazioni del parere del Comitato nazionale per la bioetica e con i principi della psichiatria attuale. La Corte Costituzionale ha provveduto laddove l’auspicato intervento legislativo tardava ad arrivare ed ha dato indicazioni precise sulla soluzione da adottare. La Corte di Cassazione con altrettante apprezzabili pronunce ha sollecitato il suddetto intervento e posto principi fermi.

Il diritto alla salute non è comprimibile e la cura necessita di soluzioni sempre, anche nel caso di persone sottoposte al regime del *41-bis*.

Nella pratica poi il sistema giudiziario necessita del supporto e della collaborazione dei Dipartimenti di salute mentale e, questi ultimi, necessariamente di ulteriori e maggiori risorse. Occorre che il sistema sanitario metta a disposizione persone (psichiatri, educatori e assistenti sociali) e luoghi di accesso a cure efficaci e sufficienti in relazione al numero ed alle esigenze di cura dei pazienti.

Senza che ciò avvenga qualsiasi riforma, per quanto nobile ed apprezzabile, faticherà a decollare.

## L'accesso ai colloqui con i garanti territoriali

di Federica Dallabona\*

**ABSTRACT:** Nel presente capitolo sarà analizzato il controverso tema riguardante l'accesso ai colloqui con i garanti territoriali da parte dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis OP.

In particolare, saranno esposti i due orientamenti giurisprudenziali in materia. Proprio a tal proposito, infatti, verrà in primo luogo messo in evidenza un orientamento più restrittivo, il quale, facendo leva sulla specialità della disciplina relativa al c.d. carcere duro, sul dato letterale dell'art. 41-bis OP e sul pericolo di infiltrazioni mafiose che potrebbe comportare l'estendere la possibilità di incontrare soggetti esterni al carcere per i detenuti in regime restrittivo, sostiene che anche i colloqui con i garanti territoriali dovrebbero sottostare alla particolare disciplina ex art. 41-bis co. 2 *quater* OP, sicché a tali detenuti è chiesto di scegliere se spendere l'unico colloquio mensile con i familiari, o, in alternativa, con il garante.

In secondo luogo, invece, verrà valutata la tesi opposta, più estensiva, secondo la quale tali colloqui esulerebbero dalle limitazioni previste dall'art. 41-bis co. 2 *quater* OP in virtù di una lettura della disposizione che sia costituzionalmente orientata e più aderente al sistema. Da ciò ne deriverebbe che i detenuti ristretti al regime di cui all'art. 41-bis OP avrebbero il diritto di usufruire del colloquio mensile con i familiari senza che questo possa pregiudicare la possibilità per quegli stessi detenuti di poter avere un colloquio anche con il garante territoriale nello stesso mese.

Infine, di entrambe le posizioni saranno valutati i punti di forza e le criticità, per poi provare a ragionare su una possibile prospettiva legislativa *de iure condendo*, financo arrivare ad auspicare un intervento del legislatore che abbia lo scòpo di colmare e chiarire la disciplina in materia.

### Access to interviews with territorial Guarantor of prisoners' rights

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the limitations applied to prisoner under 41-bis regime to the right of visitation with territorial Guarantor of prisoners' rights. As well known, there are different and more severe restrictions for prisoners convicted for some specific crimes (for example, crimes related to Mafia), especially in order to the right of visitations. Indeed, this kind of prisoners are allowed to have only one visit per month and only with next kin. Usually, other visitors are not allowed without penitentiary administration's authorization. But, in this case, the inmate under 41-bis regime must give up the only monthly visit with families. On the other side, regulation regarding territorial Guarantor allows them to visit the prisoners, generally without limitations. Is it possible that an inmate under 41-bis regime to be visited by the next kin and by the territorial Guarantor in the same month? For some Courts, those inmates can have only a monthly visit, and, the same prisoners have to choose wheter to see the family or the Guarantor. Particularly, it happens because the law does not expressly include Guarantor as an exemption from limitation applied to inmates under 41-bis. At the very same time, however, other judges believe that the territorial Guarantor can visit those prisoners without 41-bis regime's limits, especially because the opposite approach is unconstitutional for various reasons. The Author will display those two theses and will provide a deep analysis of the pros and cons of both.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La tesi “restrittiva”. – 2.1. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Viterbo. – 2.2. La posizione del Tribunale di Sorveglianza di Roma. – 3. La tesi “estensiva”. – 3.1. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Sassari. – 3.2. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto. – 3.3. La posizione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia. – 4. I capisaldi della tesi “restrittiva”. – 4.1. La specialità della disciplina del regime *ex art. 41-bis* OP. – 4.1.1. Critiche. – 4.2. Il dato letterale: art. 41-*bis* co. 2-*quater* OP. – 4.2.1. Critiche. – 4.3. Le altre opzioni disponibili *ex artt.* 17, 35, 67 e 78 OP. – 4.3.1. Critiche. – 4.4. Il pericolo di infiltrazioni mafiose. – 4.4.1. Critiche. – 5. I capisaldi della tesi “estensiva”. – 5.1. La lettura costituzionalmente orientata. – 5.2. Il dato letterale, sistematico e teleologico: art. 18 OP e art. 37 reg. es. OP. – 5.3. La *ratio* delle limitazioni previste per il regime *ex art. 41-bis* co. 4-*quater* OP. – 5.4. La riforma del 2009. – 5.5. Le circolari ministeriali, in particolare la circolare DAP n. 3676/6126. – 6. Conclusioni. – 6.1. Pronunce, interventi legislativi e dibattiti più recenti: cenni.

## 1. Premessa

In questo capitolo sarà affrontato il controverso tema dell’accesso ai colloqui con i garanti territoriali per i detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* OP.

In particolare, saranno analizzate due correnti giurisprudenziali: la prima, più restrittiva, cavalcata dalla magistratura di sorveglianza di Viterbo<sup>1</sup> e di Roma<sup>2</sup>, secondo la quale la circostanza per cui non vi è dato normativo alcuno che menzioni la possibilità che i detenuti al regime di cui all’art. 41-*bis* OP possano accedere a colloqui con i Garanti territoriali starebbe a significare che gli stessi possono fare un solo colloquio al mese, sia esso con i familiari o con terze persone (tra le quali si deve annoverare il Garante territoriale), con le modalità e i limiti prescritti al co. 2-*quater* lett. b)<sup>3</sup>; e la seconda, più estensiva, propugnata invece dalla magistratura di sorveglianza di Sassari<sup>4</sup>, Spoleto<sup>5</sup> e Perugia<sup>6</sup> secondo la quale l’accesso ai colloqui con i Garanti territoriali sarebbe sottratto ai limiti numerici e qualitativi di cui all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, stante il fatto che l’incontro con i familiari e quello con il Garante territoriale muovono da logiche differenti e non equiparabili tra loro, elemento che porterebbe a pensare la possibilità di cumulo dei due istituti<sup>7</sup>.

Ciò anticipato, in questo lavoro si proporrà innanzitutto un’analisi delle varie ordinanze con le quali sono stati respinti o accolti i reclami proposti da alcuni detenuti al regime restrittivo di cui all’art. 41-*bis* OP ai quali era stato negato l’accesso al colloquio con il Garante territoriale che gli stessi avevano richiesto, imponendo così di fatto loro di scegliere se

---

\* Laureata con il massimo dei voti presso l’Università degli Studi di Trento, ha poi conseguito il diploma di specializzazione presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali di Trento e Verona. È iscritta nel registro dei praticanti avvocati abilitati alla sostituzione d’udienza del Foro di Trento.

<sup>1</sup> Magistrato di Sorveglianza di Viterbo, Ordinanza, 15 giugno 2017.

<sup>2</sup> Tribunale di Sorveglianza di Roma, Ordinanza, 20 aprile 2018.

<sup>3</sup> V. MANCA, *41-bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra familiari e terzi*, in *Giur. pen. web*, 2018, 5.

<sup>4</sup> Magistrato di Sorveglianza di Sassari, Ordinanza, 27 giugno 2017.

<sup>5</sup> Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, Ordinanza, 27 giugno 2017.

<sup>6</sup> Tribunale di Sorveglianza di Perugia, Ordinanza, 26 febbraio 2018.

<sup>7</sup> V. MANCA, *41-bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra familiari e terzi*, cit.

intrattenere l’unico colloquio mensile a disposizione con i familiari oppure con il predetto Garante.

Nell’analizzare le quattro ordinanze cardine in materia, dunque, si cercherà di ripercorrere il ragionamento che i magistrati hanno seguito nell’interpretare la normativa vigente, per poi porlo a base delle varie decisioni, di rigetto o di accoglimento.

Successivamente, si cercherà dapprima di analizzare i punti di forza della tesi qui denominata “restrittiva”, per poi proseguire mettendo in evidenza i punti di forza della contrapposta tesi “estensiva”.

Infine, si cercherà di concludere facendo il punto sulla situazione legislativa attuale e provando a fornire una prospettiva *de iure condendo*.

In ogni caso, prima di cominciare con la disamina delle ordinanze in questione, è bene individuare alcuni punti comuni delle fattispecie sottese alle medesime, dalle quali sono scaturite le analizzande decisioni.

In primo luogo, è importante evidenziare come in tutti e quattro i casi in questione il reclamo sia stato proposto da un detenuto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP. Ciò naturalmente implica il confronto con una disciplina particolare, relativa appunto al c.d. carcere duro.

In secondo luogo, occorre osservare come tutti i suddetti soggetti avessero dapprima avanzato una richiesta all’Amministrazione penitenziaria affinché gli fosse consentita la possibilità di effettuare un colloquio con il Garante territoriale, la quale, però, era stata rigettata. Tale incontro era stato negato poiché l’Amministrazione era adusa a conteggiare il colloquio con il Garante territoriale come unico possibile per quella tipologia di detenuti, in alternativa al colloquio con i familiari di cui all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, del quale, però, nel caso concreto, il soggetto aveva già usufruito.

A fronte di tale diniego, dunque, i detenuti hanno presentato reclamo ai sensi dell’art. 35 *bis* OP e, sempre ai sensi del medesimo articolo, sono stati decisi.

Questa circostanza non è di poco conto. Ciò, infatti, significa che le decisioni dell’Amministrazione penitenziaria in esame erano atte a incidere su “*situazioni giuridiche soggettive, su beni essenziali della persona, che rappresentano la proiezione di diritti*”

*fondamentali dell’individuo riconosciuti nella Costituzione (oltre che in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato*<sup>8)</sup>”, per cui il tema merita particolare attenzione.

Ciò detto, dunque, prima di passare alla trattazione vera e propria, è utile fornire una breve rassegna della normazione analizzata nelle ordinanze in esame.

In primo luogo, occorre aver ben presente l’art. 41-*bis* OP, in particolare per quanto riguarda i limiti ai colloqui imposti al co. 2-*quater* lett. b)<sup>10</sup>. Infatti, tale disposizione – per quel che importa ai fini della presente trattazione – prevede che il detenuto in regime di carcere duro non possa svolgere più di un colloquio al mese con i familiari e i conviventi, essendo invece vietati, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto penitenziario o dall’Autorità Giudiziaria procedente nel caso di imputati, quelli con persone diverse. La medesima disposizione stabilisce inoltre che tali colloqui sono sottoposti a videoregistrazione, cui si aggiunge la registrazione dell’audio, previa autorizzazione da parte dell’Autorità Giudiziaria.

Dunque, la legge sull’ordinamento penitenziario prevede tre tipi di limitazioni ai colloqui per i detenuti in regime di cui all’art. 41-*bis* OP: una limitazione “quantitativa”, fissando a uno il

---

<sup>8</sup> Il riferimento va soprattutto alla Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU), parametro interposto (subcostituzionale), in riferimento alla quale la Corte costituzionale (C. Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007), basando il suo ragionamento sul riformato art. 117 co. 1 Cost., secondo la lettera del quale “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato [...] nel rispetto dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali” (tra i quali indubbiamente va annoverata la CEDU), ha asserito che “le norme CEDU hanno comunque una “forza di resistenza superiore a quella della legge ordinaria (di ratifica, n.d.r.), non potendo essere abrogate o modificate da una legge successiva”, e, per altro verso, ha ritenuto che esse – “nell’interpretazione datane dalla Corte europea” – si collochino a un livello intermedio tra la legge ordinaria e la Costituzione, nel senso di riconoscere loro il valore di norme interposte nel giudizio di costituzionalità della legge ordinaria, purché non risultino in contrasto esse stesse rispetto alla nostra Carta fondamentale: donde la loro collocazione comunque subcostituzionale” (v. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, 54-55). Dunque, il sistema che ne deriva è il seguente. Fermo restando il divieto di disapplicazione della norma interna difforme alla Convenzione, il giudice ordinario, trovandosi di fronte alla necessità di dover applicare una norma interna che sia in contrasto con i dettami della CEDU dovrà, come prima cosa, “sperimentare la possibilità di un’interpretazione conforme della norma difforme alla pertinente norma internazionale, ‘sì da eliminare in via ermeneutica tale contrasto” (v. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ - O. MAZZA, *Europa e giustizia penale, Gli Speciali di Dir. pen. e proc.*, 2011, 17). Se tale operazione non dovesse però rivelarsi possibile, lo stesso giudice dovrà rimettere la questione nelle mani della Corte costituzionale, sollevando un incidente di illegittimità della norma interna per contrasto con l’art. 117 co. 1 Cost. in riferimento alla norma convenzionale individuata nel caso concreto, la quale assurgerà a parametro interposto (v. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 17).

<sup>9</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garantiti con le persone private della libertà personale*, in *Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2018, 205.

<sup>10</sup> Art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP “*la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell’articolo 11. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo secondo comma dell’articolo 11; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell’articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque videoregistrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*”.



numero di colloqui massimi mensili possibili; una limitazione “autorizzativa”, prevedendo la necessaria autorizzazione per i colloqui con terze persone; e una limitazione “qualitativa”, stabilendo sia un controllo auditivo sia la registrazione di tali colloqui.

In secondo luogo, occorre tener presente la norma contenuta all’art. 67 lett. 1-*bis*) OP, il quale prevede che gli istituti penitenziari possano essere visitati senza autorizzazione dai Garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati. In particolare, questa disposizione conferisce al Garante territoriale il potere di visita, senza autorizzazione, agli istituti penitenziari compresi nel suo territorio di riferimento, sottraendo così all’Amministrazione penitenziaria il potere di incidere sugli ingressi dei Garanti stessi.

In terzo luogo, attenzione va data anche all’art. 18 OP, il quale regola i colloqui, la corrispondenza e l’informazione di tutti i detenuti indistintamente. Si tratta infatti di una norma generale, derogabile soltanto da disposizioni speciali e unicamente per quanto queste di diverso prevedono. Per ciò che interessa a questa trattazione, si abbia riguardo a quanto stabilito ai co. 1 e 2 dell’articolo summenzionato, ossia che i colloqui (in generale, non solo con i familiari) si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia e che particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari.

Con riguardo a questa disposizione va inoltre citato l’art. 37 co. 8 reg. es. OP, il quale fissa a sei il numero dei colloqui mensili per i detenuti “ordinari”.

Ancora, per quanto riguarda i rapporti tra i Garanti e i detenuti, importante è anche quanto disposto dall’art. 35 OP, il quale prevede la possibilità per i detenuti di inviare al Garante reclami in forma scritta o orale, anche in busta chiusa, e ciò per garantire la riservatezza delle comunicazioni<sup>11</sup>.

Infine, è bene far presente che la disciplina in tema di colloqui con i Garanti si completa, in particolare, con l’ausilio di quanto contenuto nelle circolari ministeriali DAP n. 3651/6101<sup>12</sup> (parr. 3 e 6), n. 3671/6121<sup>13</sup> e n. 3676/6126 (art. 16.6)<sup>14</sup>.

Ciò detto, predisposti gli strumenti di lavoro, ci si avvia ora alla disamina delle due posizioni occupate dalla giurisprudenza sul tema di accesso ai colloqui con i Garanti territoriali con riferimento ai detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* OP.

## 2. La tesi “restrittiva”

Come anticipato pocanzi, vi è una parte della giurisprudenza che ritiene corretto – in costanza di detenuto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP – conteggiare, nel numero dei colloqui mensili consentiti (uno, *ex* art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP), i colloqui effettuati con i Garanti territoriali, e di effettuarli mediante vetro divisorio, o comunque con le speciali modalità con le quali vengono effettuati i colloqui con questo tipo di detenuti.

Questa giurisprudenza perviene a tale conclusione sulla scorta del ragionamento per cui la disciplina *ex* art. 41-*bis* OP è speciale, e quindi capace di derogare ogni altra norma più generale che regola il medesimo istituto (dei colloqui) previsto per i detenuti “comuni”. Perciò, anche i colloqui con i Garanti territoriali rientrerebbero nella disposizione di cui alla lett. b)

<sup>11</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. pen. cont.*, cit., 207.

<sup>12</sup> Circolare DAP n. 3651/6101 del 7 novembre 2013, Nuovo testo unico delle disposizioni dipartimentali in materia di visite agli istituti penitenziari *ex* art. 67 OP.

<sup>13</sup> Circolare DAP n. 3671/6121 del 18 maggio 2016, Istituzione del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale: compiti e poteri.

<sup>14</sup> Circolare DAP n. 3676/6126 del 1° ottobre 2017, Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41-*bis* OP.

del co. 2 *quater* dell’art. 41-*bis* OP, in quanto classificabili come “*persone diverse dai familiari e conviventi*” che possono eccezionalmente, previa autorizzazione dell’Amministrazione, avere un colloquio con questo particolare tipo di detenuti; e ciò con l’ovvia conseguenza che tali detenuti possono fare un solo colloquio mensile, alternativamente con i familiari o con terze persone, tra le quali deve essere annoverato anche il Garante territoriale, seguendo le modalità e i limiti prescritti.

In più, sempre la stessa giurisprudenza, rafforza le proprie conclusioni argomentando in base alla *ratio* delle limitazioni previste alla possibilità di avere colloqui per i detenuti sottoposti al regime del c.d. carcere duro. In particolare, è stato sostenuto che consentire a tali soggetti di avere dei colloqui – anche se con i Garanti territoriali – in numero superiore a quello fissato dalla disciplina speciale a questi detenuti dedicata, bypasserebbe lo scopo di tali contenimenti, ossia quello di consentire all’Amministrazione e, in generale, allo Stato, di poter esercitare un controllo capillare e rigoroso sui contatti intrattenuti da questi soggetti pericolosi e pervasivi. Perciò, questa giurisprudenza arriva ad affermare l’impossibilità di applicare ai colloqui con i Garanti territoriali una disciplina diversa e meno restrittiva rispetto a quella prevista all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP

Così, i detenuti in tale regime differenziato devono scegliere se effettuare l’unico colloquio mensile nella loro disponibilità con i familiari o con il Garante territoriale (previa autorizzazione), e comunque secondo le modalità previste dalla speciale disciplina (vetro divisorio, registrazione, ecc.).

Ciò premesso, si andrà ora ad analizzare più nel dettaglio il ragionamento sotteso a due pronunce con le quali la magistratura di sorveglianza ha deciso di aderire a tale corrente restrittiva.

### **2.1. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Viterbo**

Con ordinanza del 15 giugno 2017, il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo ha respinto il reclamo proposto da un detenuto avverso la previsione di conteggiare nel numero dei colloqui mensili (uno) i colloqui effettuati con i Garanti degli Enti locali (Garanti territoriali).

In particolare, il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo ha stabilito che “*alla luce della normativa di rango primario attualmente vigente, in assenza di disposizioni normative espresse che sottraggano i colloqui svolti con i Garanti dal numero di colloqui visivi mensili complessivamente a disposizione dei detenuti, non si ravvisa da parte della Direzione della C. C. di Viterbo alcuna inosservanza di disposizioni della legge penitenziaria, né del relativo regolamento, che abbia comportato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti del detenuto in quanto [...] essa ha operato in conformità della nota [...], emanata in osservanza dei principi statuiti dal dettato normativo vigente (ordinamento penitenziario e relativo regolamento di esecuzione) in materia dei diritti dei detenuti tutelati dall’ordinamento*”.

Per arrivare a tale conclusione, però, lo stesso Magistrato ha compiuto una analisi sistematica e teleologica delle disposizioni penitenziarie in materia, anche se prima di addentrarsi nel cuore della questione ha proposto un breve preambolo sulle fonti normative in generale<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Infatti, egli ha ricordato che la materia penitenziaria è rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, rientrando pacificamente nella lettera l) dell’art. 117 co. 2 Cost. Da ciò – continua – deriverebbe che soltanto la legislazione statale potrebbe istituire organi dotati di compiti di controllo sui diritti delle persone detenute (come i Garanti), con esclusione di ogni competenza in tal senso delle fonti normative di Regioni, Province e Comuni. Lo stesso giudicante riconosce comunque la possibilità per tali Enti territoriali di istituire (ma non con fonte normativa) simili organi di controllo ex art. 11 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il quale prevede la possibilità di istituire un Difensore Civico (Garante territoriale) con compiti di “garanzia dell’imparzialità e del buon

La motivazione prosegue con l’analisi delle disposizioni di cui agli artt. 18 co. 1 e 67 co. 1 lett. *l-bis*) OP, per ricordare che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con il Garante dei diritti dei detenuti e che quest’ultimo può visitare gli istituti penitenziari senza autorizzazione alcuna.

Il Magistrato di Sorveglianza puntualizza poi che la figura del Garante richiamata dalle disposizioni succitate debba essere interpretata come riferibile solo a organi di Enti pubblici territoriali istituiti con atti normativi, con l’esclusione dunque di quelle figure, pure denominate Garanti, esponenziali di mere associazioni private.

Inoltre, sempre ai medesimi Garanti istituiti con fonti normative sarebbero da estendersi anche le previsioni riguardanti le modalità di svolgimento dei comuni colloqui con i detenuti di cui all’art. 18 co. 2 OP e all’art. 37 reg. es. OP<sup>16</sup>.

Il Magistrato di Sorveglianza in questione prosegue poi prendendo in considerazione la particolarità del caso concreto e analizza la (im)possibilità di estendervi l’applicazione delle norme appena richiamate.

In particolare, il giudicante, prende in considerazione l’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP per darne la propria interpretazione in tema di colloqui.

Dunque, secondo tale lettura, le uniche persone ammesse ai colloqui sarebbero i familiari e i conviventi, mentre solo in casi eccezionali determinati volta per volta dal Direttore dell’istituto possono fruire di colloqui con questi particolari detenuti anche terze persone. Sarebbero quindi vietati in via generale colloqui con persone non rientranti tra i familiari e i conviventi.

Tuttavia – afferma poi lo stesso Giudice – in considerazione del particolare favore accordato alle funzioni e alle attività svolte dai Garanti territoriali, in linea di principio, l’autorizzazione al colloquio viene sempre rilasciata al detenuto che ne abbia fatta specifica richiesta; però, data la specialità della disciplina di cui all’art. 41-*bis* OP, il colloquio con il Garante territoriale fruito al di fuori della visita in istituto in senso stretto *ex art. 67* OP dovrà “ovviamente” essere assoggettato alle regole dettate dalla normativa primaria e secondaria vigente in materia di carcere duro. Conseguentemente – secondo la analizzanda impostazione giurisprudenziale – il detenuto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP dovrà scegliere se utilizzare il suo unico colloquio mensile a disposizione con un familiare o con il Garante territoriale.

In ogni caso, per stemperare gli effetti restrittivi di questa soluzione, il Magistrato di Sorveglianza ricorda che le limitazioni di cui sopra non inficiano comunque le altre possibilità di incontro che già possono essere accordate ai Garanti ai sensi degli artt. 17, 67 e 78 OP, poiché non sono in grado di incidere negativamente sulla opportunità di svolgere colloqui visivi con i familiari, essendone diverso il contesto.

Pertanto – conclude il ragionamento il Giudice – *“qualora il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale opti volontariamente per effettuare un colloquio visivo con il Garante, nonostante abbia comunque la facoltà di rivolgergli istanze o reclami, orali o scritti, anche*

---

andamento della pubblica amministrazione comunale o provinciale, segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze ed i ritardi dell’amministrazione nei confronti dei cittadini”. Ciò detto, il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo ha concluso tale premessa sulle fonti normative riguardanti le varie figure del Garante rilevando come l’azione dei Garanti territoriali non possa che esplicarsi unicamente con riferimento alla lesione di diritti di detenuti che questi possono vantare verso gli Enti locali di cui fa parte il Garante in questione.

<sup>16</sup> I colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di polizia penitenziaria, per un numero mensile e una durata massimi stabiliti normativamente (*ex art. 37* co. 8 e 10 reg. es. OP).

*in busta chiusa, ai sensi del novellato art. 35 OP, vige la disciplina speciale che ne determina la durata e le modalità di cui all’art. 41-bis comma 2 quater, lettera b) OP*<sup>17</sup>.

## **2.2. La posizione del Tribunale di Sorveglianza di Roma**

L’ordinanza appena esaminata è stata anch’essa reclamata dal detenuto, chiedendo che il Tribunale di Sorveglianza di Roma, valutata la evidente differenza di disciplina e di finalità dei colloqui con i familiari o terzi e dei colloqui previsto con il Garante, escluda questi ultimi dal computo numerico dei colloqui previsti con i familiari ed anche dalla sottoposizione alle medesime modalità di svolgimento.

Il Tribunale, dopo aver ripercorso la premessa e l’analisi sulle fonti normative già proposta dal Magistrato di Sorveglianza di Viterbo, e dopo aver preso atto della non linearità della disciplina in materia di Garanti per la presenza dell’accavallamento di fonti normative sia statali che non, espone le due tesi giurisprudenziali presenti sul punto, preferendo però infine la tesi più restrittiva, giustificando tale propensione adducendo a motivazioni forse più politiche che giuridiche.

In particolare, il Tribunale afferma che *“da un lato vi è la tesi secondo cui quello disegnato dal 41 bis è – appunto - un regime speciale, differenziato da quello degli altri detenuti, che regola questi aspetti della vita dei detenuti sottoposti al «carcere duro» con una disciplina speciale compiuta e che li sottrae alle regole dei detenuti comuni e che specificamente disciplina in particolare i loro colloqui alla lett. b) del comma 2 quater stabilendo «la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto [...] I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo e a registrazioni [...]».* Senza menzionare minimamente la sussistenza e le modalità di eventuali colloqui coi Garanti territoriali. Conseguentemente, secondo questa impostazione, i detenuti sottoposti a questo regime possono fare un solo colloquio al mese, con i familiari o con le terze persone, con le modalità e limiti prescritti. In questa prospettiva lo spazio per i colloqui con i Garanti territoriali - ove da intendersi ipotizzabile - è da enucleare in tale ambito e - considerato l’unico colloquio mensile previsto - è inevitabilmente alternativo a quello coi familiari o terze persone ed è disciplinato da quelle modalità. Il punto di forza di questa tesi è il dato testuale della norma e la specialità della normativa inerente questa tipologia di detenuti, nonché la sua ratio fondante, finalizzata ad una limitazione ed un controllo capillare ed estremamente rigoroso dei contatti intrattenuti da questi soggetti eccezionalmente pericolosi e pervasivi. Il limite di questa tesi è costituito dalla conseguente sostanziale equiparazione dei rapporti e colloqui coi Garanti territoriali a quelli coi familiari e terzi, equiparazione conseguente alla assenza di una disciplina specifica per i Garanti territoriali nell’ambito dell’art. 41 bis, ma del tutto inappropriata, atteso che le finalità delle due tipologie di colloqui e delle figure che li caratterizzano è completamente differente: un

---

<sup>17</sup> Dunque, secondo il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo, essendoci la disciplina speciale di cui all’art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP – la quale è normativa di rango primario capace di derogare alle disposizioni generali riguardanti i colloqui di cui all’art. 18 OP e all’art. 37 reg. es. ord. pen. – ed essendo assenti disposizioni normative espresse che sottraggano i colloqui svolti con i Garanti territoriali dal numero di colloqui visivi mensili complessivamente a disposizione dei detenuti in regime di carcere duro, l’unica conseguenza che se ne può trarre è quella per cui tali soggetti debbano scegliere se usufruire del colloquio mensile con i familiari oppure con il Garante, essendo infatti legittimo imputare anche i colloqui con quest’ultimo nel numero massimo previsto anche per i familiari ex art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP.

*interesse di carattere affettivo e comunque «privato» da una parte (familiari e terze persone), un interesse di tutela dei diritti dei detenuti e dunque «pubblico» dall'altra; un soggetto privato e contiguo al detenuto da un lato e un soggetto «istituzionale» e terzo dall'altro”.*

Poi, lo stesso Giudice passa ad analizzare anche la posizione contraria, più estensiva, affermando che “*sul versante opposto vi è la tesi che muovendo, appunto, dalla radicale differenza e non equiparabilità - logica e normativa - delle esigenze che sottendono i colloqui coi familiari e terzi e quelle che sottendono i colloqui coi Garanti, valorizzando la natura istituzionale e «paragiurisdizionale» dei Garanti territoriali e la circostanza che nell'art. 18 OP tali colloqui vengono disciplinati autonomamente da quelli previsti per i familiari e ritenendo che gli artt. 18 e 67 OP si riferiscano a qualunque detenuto (compresi quelli in regime differenziato), conclude che i colloqui con i Garanti territoriali dei detenuti in regime differenziato di cui all'art. 41 bis non vanno computati in quelli - e dunque non sono alternativi a quelli - svolti coi familiari ed i terzi e non sono soggetti a quelle regole e modalità di svolgimento. Il punto di forza di questa ricostruzione è quello di sanare l'evidente differenza di finalità e di natura che sottende i colloqui coi familiari (o terze persone) e quelli con i Garanti territoriali e che distingue profondamente tali soggetti; nonché quella di ampliare la sfera dei diritti dei detenuti, favorendo un ulteriore e più affinato controllo sul rispetto dei medesimi. Il punto di debolezza, sul piano ermeneutico, è costituito da una certa distanza dal dato letterale e da una scarsa considerazione del principio di specialità. Ma a giudizio di questo Collegio il maggiore punto di debolezza di questa ricostruzione emerge sotto il profilo della tenuta della normativa rispetto alle finalità ed alla ratio del regime differenziato”.*

Dunque, com'è evidente, il Tribunale di Sorveglianza di Roma ha preso una ferma posizione rispetto all'interpretazione della normativa circa l'accesso dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis OP ai colloqui con i Garanti territoriali, propendendo inequivocabilmente per l'orientamento più restrittivo, basando tale scelta ermeneutica – in primo luogo – sulla specialità dell'istituto del c.d. carcere duro, nonché sulle differenti finalità e *rationes* del regime differenziato<sup>18</sup>.

Ma il ragionamento del Tribunale non si è fermato qui.

Esso, infatti, prosegue portando un argomento nuovo a sostegno della tesi propugnata, soffermandosi a lungo sul ruolo e sulle funzioni della figura del Garante territoriale ed esprimendo una profonda sfiducia in tale istituto, allontanandosi però così dalle considerazioni giuridiche per spostare l'attenzione – del tutto immotivatamente – sul piano politico<sup>19</sup>.

In sintesi, il Tribunale, sulla scorta di preoccupazioni legate alla mancanza di uniformità di nomina, gestione e rinnovo degli incarichi dei Garanti territoriali<sup>20</sup>, afferma la necessità di limitare gli incontri con questi ultimi – stabilendone l'alternatività e non la cumulabilità rispetto ai colloqui con i familiari di cui all'art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP – per ridurre il rischio di “*contatti non sufficientemente affidabili e verificati*”, ossia il rischio di infiltrazioni mafiose in ambito carcerario per mezzo dei Garanti.

Per ora basti tenere presente l'esistenza di questa peculiare argomentazione, della quale bontà e conformità all'ordinamento giuridico si avrà modo di dire più avanti<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> V. MANCA, *41-bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra familiari e terzi*, cit.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Si vedano i §§ 4.4. e 4.4.1.



In ogni caso, ciò detto, il Tribunale ha infine rigettato il reclamo proposto, confermando così di fatto le conclusioni restrittive del Magistrato di Sorveglianza di Viterbo<sup>22</sup>.

### 3. La tesi “estensiva”

Diversamente da quanto fin qui osservato, in giurisprudenza è stata avanzata anche una tesi differente, “estensiva”.

Questa tesi poggia la sua ragion d’essere principalmente sulla valorizzazione del ruolo istituzionale dei Garanti (anche territoriali), sulla differente finalità e natura dei colloqui svolti con i familiari rispetto a quelli svolti con i Garanti, nonché sulla *ratio* delle restrizioni previste dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP

Da ciò ne è fatta derivare l’applicabilità delle norme di cui agli artt. 18 e 67 OP a qualunque detenuto, sia questo detenuto al regime differenziato o meno, con la conseguenza di non ricomprendere nell’unico colloquio mensile consentito ai detenuti sottoposti al regime di carcere duro pure i colloqui visivi con il Garante territoriale.

Più nello specifico, questa tesi valorizza lo scòpo perseguito dal legislatore nella previsione delle peculiari limitazioni alle ordinarie regole di trattamento di cui all’art. 41-*bis* OP, ossia quello di impedire collegamenti tra i detenuti che sono sottoposti a tale regime restrittivo e i gruppi di criminalità organizzata ancora presenti all’esterno dell’istituto penitenziario.

Se questa dunque è la finalità delle limitazioni quantitative e qualitative relative ai colloqui secondo il regime di cui all’art. 41-*bis* OP – proseguono nel ragionamento i sostenitori di questa posizione – il ricomprendere i colloqui con i Garanti all’interno di quelli consentiti *ex art.* 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, rendendoli alternativi rispetto al colloquio con i familiari o conviventi, determinerebbe un grave pregiudizio all’esercizio del diritto del detenuto al colloquio con il Garante non conferente alle finalità del regime differenziato, e dunque ingiustificato, operato mediante una interpretazione della normativa non necessitata, ed anzi contrastante con la lettura delle disposizioni di cui all’art. 18 OP e all’art. 37 reg. es. OP come norme ordinarie applicabili a ogni tipologia di detenuto, per quanto non espressamente derogato dalle disposizioni speciali.

Così, visto che dall’art. 41-*bis* OP sembra doversi dedurre che lo stesso non si occupa affatto dei colloqui con i Garanti territoriali, per questi ultimi dovrà farsi applicazione delle regole ordinarie previste in materia dall’ordinamento penitenziario, le quali comunque non si appalesano affatto incompatibili con i contenuti normativi tipici del regime differenziato.

Inoltre, i sostenitori della tesi “estensiva” affermano che le restrizioni previste per i colloqui dall’art. 41-*bis* OP non possono essere interpretate come riferibili al Garante, salvo volerne offrire un’interpretazione incostituzionale quantomeno *ex art.* 3 Cost., poiché concretizzerebbe una disparità di trattamento nel diritto di accedere al colloquio visivo e riservato con il Garante e nel numero di accessi consentiti, fra detenuti comuni e ristretti in regime differenziato, irragionevole rispetto alle finalità perseguite da detto regime.

Da ultimo, l’imposizione di limiti quantitativi, ma soprattutto autorizzativi, ai colloqui svolti con i Garanti territoriali, andrebbe anche a contrastare con la tutela di diritti costituzionalmente garantiti come l’umanità dei trattamenti penitenziari e la rieducazione del *reo*, in quanto la subordinazione della possibilità per un detenuto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP di avere un

<sup>22</sup> Il quale – si ricordi – aveva constatato la correttezza del comportamento dell’Amministrazione penitenziaria che aveva collocato i colloqui con il Garante territoriale nell’ambito del complessivo limite numerico mensile previsto dall’art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. b) OP, facendoli soggiacere pure alla disciplina ivi contenuta circa le modalità di svolgimento dei medesimi incontri.

colloquio con il Garante all'autorizzazione rilasciata dall'Amministrazione penitenziaria qualora sussistano "*casi eccezionali*".

Dunque, per sommi capi, questa è l'idea che sorregge la tesi "estensiva" rispetto all'accesso ai colloqui con i garanti con riferimento ai detenuti in regime di carcere duro.

Ciò detto, si andranno ora ad analizzare tre pronunce giurisprudenziali che hanno dato applicazione a questa teoria, vedendo più nel dettaglio le varie argomentazioni propugnate.

### **3.1. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Sassari**

Anche in questo caso, la pronuncia in questione, prende le mosse da un reclamo, proposto ex art. 35 *bis* OP, al Magistrato di Sorveglianza, da un detenuto in regime di carcere duro, avverso il rifiuto della Direzione del carcere di fargli avere un colloquio con il Garante dei diritti dei detenuti. L'Amministrazione penitenziaria, infatti, aveva disatteso la richiesta del detenuto assumendo che egli avrebbe potuto ottenere un colloquio con il Garante solo a seguito di espressa rinuncia all'unico colloquio mensile permesso con i familiari. Il detenuto, invece, dal canto suo, ha sempre insistito affinché i colloqui con il Garante potessero avvenire senza rinuncia a quello con i familiari: da qui la decisione dello stesso di proporre reclamo avverso il rifiuto dell'Amministrazione penitenziaria.

Letti gli atti, il decidente ha deciso di accogliere il reclamo, motivando come segue.

In primo luogo, ha analizzato la *ratio* della norma contenuta nell'art. 18 co. 1 OP, considerandolo in combinato disposto con il successivo art. 28 OP. In particolare, il Magistrato nota che "*l'art. 18, comma 1, stabilisce che i detenuti «sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, nonché con il garante dei diritti dei detenuti, anche al fine di compiere atti giuridici»*" e che "*lo stesso articolo dispone, al comma 3, che «particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari», disposizione che unita al successivo art. 28 OP in base al quale «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie», rende manifesto l'intendimento del legislatore di evitare che lo stato di detenzione determini una situazione di isolamento del ristretto dal contesto familiare, nella ragionevole considerazione che il percorso di rieducazione risulta tanto più agevolato quanto maggiore è il supporto familiare di cui può beneficiare il detenuto*".

Dunque, il primo punto nodale del ragionamento sta nell'individuazione di un *favor* generale del legislatore per il mantenimento dei rapporti familiari anche durante il periodo detentivo, senza distinzioni di sorta.

In secondo luogo, il Giudice pone l'attenzione sulla *ratio* delle restrizioni in materia di colloqui stabilite dall'art. 41-*bis* OP. A tal proposito fa presente come la previsione di un solo colloquio mensile abbia la finalità di evitare che i detenuti sottoposti al carcere duro possano mantenere i contatti, anche tramite i familiari, con le organizzazioni di appartenenza, e come il limite autorizzativo posto per i colloqui con terze persone assolva anch'esso al medesimo scopo.

In più, lo stesso Magistrato osserva che la mancanza di una disciplina legislativa dettagliata riguardante i colloqui tra i Garanti e i detenuti al regime ex art. 41-*bis* OP non può assolutamente portare alla conclusione per cui tali colloqui non siano possibili; ed infatti le prerogative del Garante, nel silenzio della legge speciale, devono ritenersi essere, anche per i detenuti in regime di carcere duro, quelle dettate per la generalità della popolazione carceraria, ossia quelle che risultano dagli artt. 18, 35 e 67 OP.

Infine, nella parte motivazionale dell'ordinanza si può leggere che non pare nemmeno corretto né far rientrare i Garanti nel novero delle terze persone citate dall'art. 41-*bis* co. 2 *quater* lett.

b) OP, né comprendere i colloqui con i Garanti nel numero massimo previsto dall’art. 37 reg. es. OP.

Infatti, per quanto riguarda l’impossibilità di assimilare i colloqui tra detenuti e Garanti a quelli tra detenuti e terze persone occorre osservare come l’art. 18 OP individui tre categorie distinte di persone ammesse ai colloqui: congiunti, persone terze, “nonché” i Garanti. Da ciò ne deriverebbe inestensibilità ad una delle indicate categorie (Garanti) di disposizioni previste per una sola di esse (terzi).

Invece, la non condivisione circa l’inclusione dei colloqui con i Garanti nel numero massimo previsto dall’art. 37 reg. es. OP deriva proprio dalla diversa natura e finalità dei colloqui. Invero, lo scòpo dei colloqui con i Garanti, ossia la tutela dei diritti del detenuto, non può essere assimilato allo scòpo dei colloqui con i congiunti, che è il semplice mantenimento dell’unità familiare.

Dunque, ciò sostenuto, il Magistrato ha accolto il reclamo, escludendo l’alternatività dei colloqui con il Garante territoriale rispetto all’unico colloquio previsto dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, affermando in sintesi che tale alternativa non è né nella lettera né nella finalità della legge e che difficilmente una simile soluzione, laddove avesse basi normative, supererebbe il vaglio di costituzionalità con riferimento ai parametri degli artt. 3 e 27 della Carta.

### **3.2. La posizione del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto**

La medesima tesi è stata sostenuta anche dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto in un’ordinanza di accoglimento di un reclamo che ha sullo sfondo un caso analogo.

Anche in questo caso, infatti, il detenuto reclamante lamenta che presso la Casa Circondariale in cui è ristretto in regime di carcere duro gli è stato imposto di avere contatti con il Garante territoriale sottoposti a controllo visivo e auditivo di personale di polizia penitenziaria nel corso delle visite dell’Autorità predetta (*ex art. 67 OP*) alla sua sezione di detenzione, prospettandogli solo l’alternativa del colloquio individuale, che però verrebbe computato come l’unico mensile cui avrebbe diritto, dovendo perciò rinunciare in quel mese ad ogni contatto con i propri familiari, subendo anche l’audioregistrazione e la videoregistrazione del colloquio, *ex art. 41-bis* co. 2-*quater* lett. b) OP.

In primo luogo, il Giudice ha individuato quella che è la disciplina applicabile ai colloqui con i Garanti territoriali. A tal proposito, infatti, ha precisato che i detenuti possono avere incontri con i Garanti territoriali ai sensi dell’art. 67 OP, ossia nel corso delle visite che tali Autorità fanno agli istituti penitenziari della loro circoscrizione, e che è da ritenere applicabile anche l’art. 18 OP, per espressa previsione legislativa.

In merito, però, lo stesso Magistrato specifica come non sia possibile invece applicare ai colloqui con i Garanti l’intera disciplina di cui all’art. 37 reg. es. OP, il quale prevede che le persone diverse dai congiunti e dai conviventi che vogliono avere un colloquio con un detenuto debbano all’uopo essere autorizzate dall’Amministrazione penitenziaria quando vi ricorrano ragionevoli motivi.

In particolare, nella motivazione dell’analizzata ordinanza, viene sottolineato sia come l’applicazione dell’intera disciplina prevista nel succitato articolo “*non sarebbe conferente con le finalità di tutela dei diritti delle persone private della libertà personale*”, sia che “*tale opzione interpretativa, priva di vincoli [...] è l’unica conferente con le finalità dell’incontro tra il detenuto e il garante, che può essere interpellato perché verifichi le condizioni detentive dell’interessato, [...] e qualunque eventuale possibile abuso, dovendo quindi ritenersi indispensabile la piena libertà di espressione per il detenuto*”.

Il Magistrato di Sorveglianza prosegue poi affermando come tali considerazioni debbano valere anche quando il detenuto che richiede di avere un colloquio con il Garante sia ristretto in regime di cui all’art. 41-*bis* OP, in quanto la *ratio* che sorregge le limitazioni ivi previste – ossia l’impedire i collegamenti tra il detenuto e la malavita, che potrebbero persistere anche dentro le mura carcerarie se non fossero selezionate le persone che possono avere contatti con tali particolari detenuti – non è così forte da poter giustificare – oltretutto nel silenzio della normativa speciale sullo specifico punto – l’estensione di suddetta disciplina restrittiva anche ai colloqui con i Garanti.

Perciò, conclude il Giudice, appare più aderente al sistema la soluzione interpretativa prospettata dalla giurisprudenza che sostiene la tesi “estensiva”, alla quale lo stesso ha così aderito, accogliendo il reclamo in questione e disponendo che sia consentito al detenuto in regime differenziato *ex art. 41-bis* OP di svolgere, ove ne abbia interesse, colloqui individuali con il Garante territoriale, in stanze senza vetro divisorio e senza controllo auditivo e senza che i detti colloqui siano computati nel numero massimo consentitogli con i familiari e terze persone dagli artt. 37 reg. es. OP e 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP.

### 3.3. La posizione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia

L’ordinanza appena analizzata è stata reclamata a sua volta – dal P.M. – innanzi al Tribunale di Sorveglianza di Perugia.

Nello specifico, il P.M. ha sostenuto che l’unica disciplina dei colloqui per i detenuti in regime differenziato è quella che si ritrova all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP – per ogni tipo di colloquio, con qualunque soggetto, dunque anche con il Garante territoriale – stante la sua specialità rispetto all’art. 18 OP. Inoltre, riprende l’argomentazione prospettata anche dal Tribunale di Sorveglianza di Roma, affermando che “*il diritto al colloquio col garante del detenuto è diritto suscettibile di sua strumentalizzazione da parte del detenuto e per i suoi sodali in libertà nel senso che sussiste un potenziale rischio di esercizio di illecite pressioni sul contatto perché si faccia latore di messaggi con finalità altrettanto illecite*”.

Il Tribunale, però, ha preferito aderire alla tesi “estensiva”, considerando il risultato raggiungibile con essa quello che meglio si adatta con gli scòpi della normativa, nonché con la natura e funzione del Garante.

In particolare, il Tribunale ha ricordato che l’art. 18 OP menziona tre categorie di soggetti: i familiari, i terzi e il Garante.

Da ciò, dunque, non può che ricavarsi la conseguenza che le norme dettate per una di queste categorie non può estendersi anche all’altra.

Così, quanto previsto dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP per i terzi non può valere anche per il Garante territoriale.

A quest’ultimo, infatti, nel silenzio della legge speciale, dovrà farsi applicazione delle disposizioni dettate per la generalità dei detenuti.

Inoltre, l’applicazione delle limitazioni poste dall’art. 41-*bis* OP anche ai colloqui con i Garanti, cozzerebbe con le finalità per le quali è stata istituita tale figura. Infatti, se occorresse un’autorizzazione della Direzione, oltretutto subordinata alla verifica dell’esistenza di casi eccezionali, affinché il detenuto in regime di carcere duro potesse colloquiare con il Garante, sarebbe irragionevole. Invero, se ciò fosse permesso, significherebbe che la stessa Amministrazione penitenziaria dovrebbe stabilire la meritevolezza o meno dell’accesso in carcere del Garante, il quale è finalizzato proprio alla verifica dei poteri esercitati dalla medesima.

Secondo il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, inoltre, l’estensione delle limitazioni di cui al regime differenziato anche ai colloqui con i Garanti, si scontrerebbe anche con la *ratio* e il *favor* che sorreggono la possibilità di avere colloqui con i familiari.

Infatti, la soluzione proposta dai sostenitori della tesi “restrittiva” presenterebbe delle contraddizioni sistematiche.

Invero, a parere del giudicante, appare “*contraddittorio sostenere che, se da un lato è introdotta una figura che attribuisce maggiori spazi di tutela al detenuto, contemporaneamente possa derivare al detenuto stesso una diminuzione della possibilità di incontro dello stesso con i propri familiari, i benefici infatti se concessi si aggiungono l’uno all’altro e non possono certo sostituirsi gli uni agli altri soprattutto in campi così diversi tra loro*”<sup>23</sup>.

Da ultimo, nella complessa e completa motivazione che viene proposta nell’analizzanda ordinanza, viene respinta l’obiezione di matrice securitaria avanzata in coda dal P.M., sostenendo – tra le classiche argomentazioni proposte – anche che l’interpretazione restrittiva dei limiti ai colloqui *ex art. 41-bis* OP, fondata sul gravissimo sospetto che il Garante territoriale possa prestarsi a fungere da intermediario tra il detenuto e la malavita, contrasta pure con l’attuale interpretazione della normativa fornita dalla Corte Costituzionale<sup>24</sup> per i colloqui dei detenuti con i propri difensori.

Ciò detto, anche il Tribunale di Sorveglianza di Perugia – rigettando il reclamo proposto dal P.M. – ha aderito alla impostazione “estensiva” in tema di accesso ai colloqui con i Garanti territoriali, prevedendo che questi possano avvenire senza le limitazioni di cui all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP.

#### **4. I capisaldi della tesi “restrittiva”**

Come si è già avuto modo di anticipare, i fautori della tesi restrittiva – seppur con qualche diversa e fisiologica sfumatura di ragionamento ravvisabile nelle diverse pronunce analizzate – basano il loro pensiero su quattro capisaldi.

È bene premettere, però, che quanto verrà in seguito detto, riguarda unicamente la figura dei Garanti territoriali, ai quali, secondo i sostenitori della tesi “restrittiva”, viene destinata una disciplina diversa rispetto a quella riservata esplicitamente al Garante nazionale. In particolare, a tal proposito, è stato affermato che il colloquio con il Garante nazionale è assoggettato alla disciplina prevista dalla normativa speciale (D.M. 11 marzo 2015, n. 36), la quale stabilisce chiaramente che tale colloquio può svolgersi in maniera riservata, proprio in considerazione del ruolo del Garante nazionale. Perciò, nulla essendo detto in merito con riferimento ai Garanti territoriali, a questi andrà applicata la normativa in tema di accesso ai colloqui con i detenuti prevista per i comuni soggetti terzi.

Ciò premesso, dunque, si può passare ora all’elencazione dei quattro capisaldi sui quali si basa la tesi definita “restrittiva”.

In primo luogo, i sostenitori di tale tesi affermano che l’estensione delle limitazioni concernenti i colloqui di cui all’art. 41-*bis* OP anche ai colloqui con i Garanti sia dovuta alla specialità della menzionata disciplina.

In secondo luogo, gli stessi ritengono che la norma, disponendo letteralmente che ai detenuti in regime differenziato “*sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto*” e che tali detenuti

<sup>23</sup> Da una parte, la tutela della famiglia; dall’altra, la tutela dei diritti del detenuto *tout court*.

<sup>24</sup> Corte Cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143.



hanno a disposizione “*un solo colloquio al mese*”, fornisce all’interprete una sola prospettiva: l’unico colloquio mensile previsto in questi casi è inevitabilmente alternativo, a scelta tra quello coi familiari o con terze persone, fra le quali è fatto rientrare anche il Garante territoriale, ed è disciplinato dalle modalità di cui all’art. 41-*bis* OP.

In terzo luogo, i fautori della tesi “restrittiva” sostengono che la soluzione dell’alternatività del colloquio *ex art. 41-bis co. 2-quater* lett. b) OP non lede nessun diritto dei detenuti a interloquire con i Garanti. Infatti, i detenuti in regime differenziato, al pari dei detenuti “comuni”, possono sempre beneficiare delle possibilità offerte dagli artt. 17, 35, 67 e 78 OP per poter contattare i Garanti.

Da ultimo, chi sostiene questa posizione, paventa anche il pericolo di infiltrazioni mafiose. In particolare, si ha il timore che troppa apertura ai colloqui con i Garanti per quanto concerne i detenuti al regime *ex art. 41-bis* OP possa vanificare la *ratio* sottesa all’isolamento di tali soggetti.

Questi, dunque, per sommi capi, i denominatori comuni della tesi “restrittiva”.

Fatta quindi una panoramica generale, ci si accingerà ora ad esaminare ogni singola argomentazione più nel dettaglio.

#### **4.1. La specialità della disciplina del regime *ex art. 41-bis* OP**

Come anticipato, la tesi per cui i detenuti in regime c.d. di carcere duro non possono accedere ai colloqui con i Garanti territoriali se non nelle modalità previste dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, è basata innanzitutto sulla forza del principio di specialità.

Secondo tale opinione, infatti, quello disegnato dall’art. 41-*bis* OP è un regime speciale, differenziato da quello degli altri detenuti. Così, tale regime, regola degli aspetti della vita dei detenuti sottoposti al c.d. carcere duro – tra cui anche le modalità di accesso ai colloqui – con una disciplina speciale compiuta, che li sottrae – appunto in virtù del brocardo per cui *lex specialis derogat legi generali* – alle regole poste dall’ordinamento penitenziario per i detenuti “comuni”.

Dunque, in tema di colloqui, per i detenuti in regime differenziato, sarebbe applicabile unicamente quanto stabilito dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, ossia la possibilità di avere dei colloqui “*nel numero di uno al mese, da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto [...] I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo e registrazione [...]*”, precludendo qualsiasi tipo di applicazione della normativa generale.

In modo particolare, pur non essendoci menzione alcuna nella disciplina speciale della modalità di svolgimento dei colloqui tra i Garanti territoriali e questi detenuti, i sostenitori della tesi in esame sono convinti che tale silenzio normativo può – al più – significare che i Garanti siano da considerare nel novero dei terzi ammessi ai colloqui.

La conseguenza è quindi quella di porre anche ai colloqui con i Garanti territoriali le stesse limitazioni previste per i terzi dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP.

Dunque, non essendoci lacune nella normazione speciale – secondo i fautori della tesi “restrittiva” – questa deve trovare applicazione per qualunque soggetto, perciò anche se si tratta del Garante, dovendo così il detenuto in regime differenziato scegliere se svolgere l’unico colloquio mensile consentitogli, con i familiari o con il Garante, in una stanza con il vetro divisorio, nonché subendo il controllo auditivo e la registrazione della conversazione.

#### 4.1.1. Critiche

Questa argomentazione, seppur astrattamente condivisibile, pecca forse nel punto in cui, nel silenzio della norma, ritiene che la disciplina speciale copra anche i colloqui con i Garanti.

Infatti, non viene tenuto conto che la disciplina generale contenuta nell’art. 18 co. 1 OP individua tre tipologie di soggetti rilevanti ai fini dell’istituto dell’accesso al colloquio; esse sono: i familiari o conviventi, i terzi e il Garante.

Dunque, la legge speciale, per essere applicabile indistintamente a tutti i soggetti summenzionati, avrebbe dovuto disporre chiaramente per ogni categoria. Invece, l’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP si occupa chiaramente solo dei colloqui con i familiari e con i terzi, tra i quali, allora, non può essere fatto rientrare anche il Garante, costituendo esso un’autonoma categoria soggettiva.

Secondo il principio di specialità, invero, la disposizione speciale va applicata soltanto per quanto essa stessa stabilisce, lasciando le eventuali lacune regolate dalla normazione generale. In questo caso, dunque, non essendo i colloqui con i Garanti specificamente regolati dall’art. 41-*bis* OP, devono ritenersi assoggettati alle regole generali.

Di più. Non solo la disciplina di tali colloqui non può essere considerata quella prevista per il regime differenziato, ma neppure può essere ricondotta alle previsioni di cui all’art. 37 reg. es. OP, in quanto la norma regola le modalità e il numero dei colloqui possibili per i detenuti “comuni”, con riferimento agli incontri con i familiari e le persone diverse da questi ultimi, per tali dovendosi considerare la categoria dei “terzi”, ossia coloro che hanno con il detenuto un vincolo amicale o professionale, dalla quale categoria, *ex art.* 18 OP, esulano i Garanti.

Ciò detto, si ritiene che i sostenitori della tesi “restrittiva” abbiano fatto un uso non proprio corretto del principio di specialità, ed è esattamente questa la critica – condivisibile in un’ottica di lettura costituzionalmente orientata della disciplina – mossa dai fautori della tesi “estensiva” sul punto.

#### 4.2. Il dato letterale: art. 41-*bis* co. 2-*quater* OP

Il secondo pilastro argomentativo su cui si fonda la tesi in esame ha matrici letterali. In particolare, in merito, è stato osservato come la disciplina contenuta nell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP presenti un dato letterale chiaro e impassibile di diverse interpretazioni.

Nello specifico, secondo questo filone argomentativo, laddove la disposizione in questione stabilisce che “*sono vietati i colloqui con persone diverse da familiari e conviventi, salvo casi eccezionali [...]*”, va letta semplicemente come è scritta, ossia, da una parte, vi sono i colloqui con i familiari, e, dall’altra, i colloqui con le “*persone diverse da familiari*”, da intendersi – appunto – come tutti gli altri soggetti che non siano parte del nucleo familiare, senza distinzione alcuna tra il novero di questi terzi, tra i quali, allora, rientra anche la figura del Garante territoriale.

Inoltre, per i fautori di questa impostazione, alla circostanza per cui il legislatore non abbia minimamente fatto menzione, nell’art. 41-*bis* OP, della sussistenza e delle modalità di svolgimento di eventuali colloqui con i Garanti territoriali, mentre li ha esplicitamente considerati nella disposizione di cui all’art. 18 co. 1 OP, va dato un significato per cui, se *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, la divisione tra i familiari e i non familiari deve essere letta come una presa di posizione per cui non si è voluto creare una disciplina *ad hoc* per i Garanti, i quali rientrano allora pacificamente nel novero delle “persone diverse dai familiari”, e i loro colloqui soggiacciono alle medesime regole per questi previste.

#### 4.2.1. Critiche

Anche questa argomentazione ha subito forti critiche da parte dei sostenitori della tesi opposta<sup>25</sup>. In breve, essi sono fermamente convinti che tale disposizione, affinché ne possa essere compresa la lettera, debba essere accompagnata da una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, per mezzo della quale l'interprete non può che arrivare alla soluzione per cui i colloqui con i Garanti territoriali non possono essere assoggettati alla disciplina prevista dagli artt. 41-*bis* OP e 37 reg. es. OP, come meglio si vedrà più avanti<sup>26</sup>.

#### 4.3. Le altre opzioni disponibili ex artt. 17, 35, 67 e 78 OP

La soluzione a cui arriva la tesi “restrittiva”, a parere di chi la sostiene<sup>27</sup>, non lede minimamente il diritto dei detenuti al regime differenziato ad avere un colloquio con i Garanti. Infatti, per chi aderisce alla tesi esaminanda, il fatto che i colloqui visivi con i Garanti territoriali siano sottoposti alla disciplina speciale che ne determina la durata e le modalità, nonché l'alternatività rispetto ai colloqui con i familiari di quei detenuti, non incide negativamente sul diritto di questi ultimi di avere un incontro o un confronto con il Garante stesso.

Invero, qualora il detenuto in regime di cui all'art. 41-*bis* OP non intenda rinunciare al colloquio mensile con i familiari, può sempre interagire con il Garante tramite le possibilità offerte dagli artt. 17, 35, 67 e 78 OP.

In particolare, lo stesso detenuto può sempre avere dei contatti con il Garante territoriale nell'ambito delle iniziative promosse ex art. 17 OP, qualora il Garante si faccia promotore di iniziative rivolte a incentivare la partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa; nell'ambito di operatività dell'art. 78 OP, ove i Garanti partecipino ad attività di volontariato intramurarie; durante le visite agli istituti penitenziari ex art. 67 OP; nonché mediante l'invio al Garante medesimo di istanze o reclami, orali o scritti, anche in busta chiusa<sup>28</sup>, ai sensi del novellato art. 35 OP.

Dunque, se un detenuto non vuole rinunciare al colloquio con il familiare per avere un colloquio visivo con il Garante territoriale ex art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, può sempre far “sentire la sua voce”, per far valere i suoi diritti, attraverso le possibilità offerte dall'ordinamento penitenziario di cui si è appena detto, le quali, qualora usufruite, non sono appunto in grado di incidere negativamente sulla opportunità di svolgere colloqui visivi con i familiari.

Pertanto – prosegue l'argomentazione – ove il detenuto in regime differenziato voglia accedere a un colloquio visivo con il Garante territoriale, non optando per le altre facoltà fornitegli dall'ordinamento penitenziario, dovrà necessariamente rinunciare al colloquio mensile con i familiari, senza che ciò si traduca in una lesione di un qualche suo diritto, essendo la sua una scelta libera.

<sup>25</sup> Tali critiche rappresentano in realtà due punti di forza del ragionamento presentato sull'argomento dai sostenitori della tesi “estensiva”, che verranno compiutamente analizzati nel § 5 del presente capitolo, al quale si rimanda.

<sup>26</sup> Cfr. § 5.

<sup>27</sup> Contrariamente da quanto invece è ritenuto dalla fazione opposta.

<sup>28</sup> Mediante la quale verrebbe altresì garantita la segretezza della comunicazione, diversamente da quanto potrebbe accadere durante il colloquio con il Garante che – secondo i fautori della tesi “restrittiva” – dovrebbe svolgersi secondo le particolari modalità di cui all'art. 41 *bis* OP, ossia tramite registrazione delle conversazioni.

### 4.3.1. Critiche

Pure a questa argomentazione sono state mosse alcune critiche. In particolare, è stata sostenuta l'impossibilità di assimilazione delle varie opportunità concesse ai detenuti agli artt. 17, 35, 67, 78 OP ai colloqui visivi.

Infatti, la modalità e gli scòpi degli incontri di cui agli artt. 17, 35, 67 e 78 OP non possono essere paragonati ai colloqui visivi, i quali, essendo improntati su oralità e immediatezza, possono rivelarsi più efficaci nella tutela dei diritti dei detenuti al regime differenziato, proprio perché le suddette caratteristiche dell'incontro possono meglio veicolare le problematiche che il detenuto ha riscontrato e che vorrebbe portare all'attenzione del Garante.

### 4.4. Il pericolo di infiltrazioni mafiose

In premessa del presente paragrafo si è già accennato alla preferenza accordata dal legislatore nel riservare una disciplina speciale per il Garante nazionale, anche in tema di colloqui con i detenuti, e della ritenuta – secondo la tesi in esame – impossibilità di equiparare tale figura a quella dei Garanti territoriali, appunto per l'assenza di una normazione statale e primaria che individui le minime caratteristiche, guarentigie e principi fondamentali in ordine alla nomina dei Garanti territoriali e che ne designi, sia pure in termini essenziali, lo *status*.

Ciò, e in particolare quest'ultima circostanza, ha intimorito i sostenitori della tesi “restrittiva”, i quali hanno sviluppato un peculiare ragionamento sopra la stessa, ricavando così un'ulteriore motivazione a sostegno della soluzione dagli stessi proposta<sup>29</sup>.

In merito, è stato infatti affermato come la natura della funzione di protezione dei diritti dei detenuti svolta dal Garante territoriale non dica nulla del suo spessore e del suo grado di effettiva indipendenza ed affidabilità, dato che non vi sono indicazioni legislative riguardo alla modalità di nomina e alle competenze di tali soggetti.

Da ciò ne viene ricavata la paura che suddette figure dall'ambigua affidabilità possano di fatto tramutarsi in collegamenti tra il detenuto in regime differenziato e la malavita esterna al carcere<sup>30</sup>; e per questo è bene ridurre al minimo o comunque limitare le possibilità di incontro tra questa particolare tipologia di detenuti e i Garanti territoriali.

<sup>29</sup> La quale prevede – lo si ricordi – che i detenuti in regime di c.d. carcere duro possano fare un solo colloquio al mese, a scelta tra i familiari e terze persone, tra le quali vi sono i Garanti territoriali, con le limitate modalità di cui all'art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. b) OP

<sup>30</sup> Tale preoccupazione è stata compiutamente affrontata dal giudice nella parte motivazionale dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma sopra analizzata, del quale è utile riportare le lapidarie e testuali parole: “[...] per essere più chiari, la prospettazione che giustamente ricorda che queste figure [i garanti territoriali, n.d.r.] svolgono un munus dotato di alcune analogie con quello paragiurisdizionale, per certi versi assimilabile a quello dell'Autorità Giudiziaria, finisce col trascurare che ciò che assicura a quest'ultima l'indipendenza e l'autonomia non è tanto il -pur altissimo- ruolo svolto, quanto la specifica e raffinata normativa -peraltro in larga parte costituzionale- che ne disegna le guarentigie. Senza arrivare ad ipotizzare l'istituzione di un Garante di un qualsiasi problematico Municipio (si potrebbero immaginare diversi esempi nell'ambito di Metropoli caratterizzate da infiltrazioni mafiose con strutture carcerarie dotate di sezioni per detenuti al 41bis), l'esperienza concreta e giudiziaria ci ha insegnato che la geografia delle infiltrazioni di mafia, camorra e 'ndrangheta nel territorio nazionale e nelle amministrazioni locali è oramai del tutto cambiata e soprattutto in continua evoluzione, così che la concreta distribuzione sul territorio nazionale della popolazione detenuta al regime del c.d. “carcere duro” non può essere l'architrave della tenuta del ragionamento che ridimensiona i rischi di contatti non sufficientemente affidabili e verificati. Del resto non sono neppure individuate da fonte normativa statale le specifiche competenze di queste figure. Ad esempio: si tratta di Garanti rispetto al carcere o rispetto ai detenuti? Possono legittimamente aspirare a verificare le condizioni di detenzione di cittadini nati o con residenza anagrafica nell'ambito del territorio comunale, ancorché detenuti altrove? Non risulta che la legislazione statale abbia risposte appaganti a queste domande, che non sembrano affatto secondarie rispetto alla possibilità di aprire indiscriminate possibilità di colloquio riservato, diretto e senza limite cronologico e

#### 4.4.1. Critiche

Con riferimento a questa argomentazione, va osservato come – anche fosse astrattamente condivisibile – essa si sostanzia in un discorso politico, la quale idea sottostante non può essere utilizzata dalla Magistratura come base per una decisione, dovendo questa fare applicazione unicamente della legge, e non aderire esplicitamente a orientamenti politici.

Infatti, a tal proposito, è stato osservato che suddetta argomentazione, oltre a non sembrare fondata su dati oggettivi e concreti, se non da un’eccessiva generalizzazione del tutto immotivata, risulta solo essere un’affermazione intrisa di convinzioni soggettive, politiche e personali, non fondate sul diritto<sup>31</sup>, quindi del tutto estranee a un ragionamento giuridico, e di esclusiva competenza del legislatore.

Inoltre, *“si ritiene che un’eccessiva generalizzazione – pur sollevando quesiti e preoccupazioni fondati in ordine alla mancanza di uniformità di nomina, gestione e rinnovo degli incarichi (aspetti che, in ogni caso, riguardano plurimi istituti pubblici in merito alla pubblicità, trasparenza e correttezza della pubblica amministrazione, ma che non possono ricadere comunque sulla compressione dei diritti soggettivi dei cittadini, siano essi anche detenuti) – non possa giustificare una delegittimazione della funzione del Garante territoriale tout court”*<sup>32</sup>.

Perciò, a parere di tale filone critico, quella appena analizzata non può essere una motivazione sufficientemente valida da poter giustificare le limitazioni proposte all’accesso ai colloqui con i Garanti territoriali, con riferimento ai detenuti *ex art. 41-bis OP*, dai sostenitori della tesi “restrittiva”.

#### 5. I capisaldi della tesi “estensiva”

Terminata la disamina della tesi che impone di conteggiare il colloquio con il Garante territoriale nel numero dell’unico colloquio mensile permesso ai detenuti in regime di c.d. carcere duro, rendendolo così di fatto alternativo al colloquio con i familiari, si passa ora all’analisi della contrapposta tesi denominata “estensiva”.

Ciò che valorizza quest’ultima sono essenzialmente cinque ordini di argomentazioni, le quali hanno come denominatore comune l’idea per cui la disciplina da riservare al Garante territoriale non deve essere diversa – o comunque più restrittiva – di quella posta per il Garante nazionale.

---

*numerico con i detenuti sottoposti al regime speciale. [...] E se è facile presumere che in concreto tutti i Garanti, anche locali, siano personalmente all’altezza del ruolo delicato assegnatogli, deve prendersi atto che la disciplina in esame vigente non distingue né disegna la tipologia dei Garanti territoriali, facendo di tutta l’erba un fascio, proprio perché il Legislatore non ha avuto una visione d’insieme e non ha effettuato queste scelte in modo complessivamente consapevole. Né si può dire che la preoccupazione di contatti non sufficientemente “presidiati” sia fuor di luogo o estranea agli interrogativi propri di un ordinamento costituzionalmente orientato. Non si tratta di cedere a irrazionali preoccupazioni “securitarie”, ma di confrontarsi con l’impianto di una disciplina peculiare. È lo stesso fondamento della creazione di un regime speciale così rigoroso ed eccezionale come quello vigente nell’ordinamento italiano che ci impone l’interrogativo: in tanto questo regime è ammissibile in quanto esso è riconducibile ad una situazione di eccezionale pervasività mafiosa nel nostro Paese (nel quale, fra l’altro, è ricorrente lo scioglimento di Comuni infiltrati dalla mafia). Questo regime in tanto si giustifica in quanto (e fin quando) la capacità di penetrazione ed intimidazione della criminalità mafiosa è tale da non essere assoggettabile a controlli ed a regole ordinarie. Ad avviso di questo Collegio non può quindi risultare convincente, in presenza di una specifica normativa inerente i colloqui di questa tipologia di detenuti, ritenere che ad essi sia applicabile la normativa prevista -al più- per i colloqui dei detenuti ordinari”.*

<sup>31</sup> V. MANCA, *41-bis e accesso ai colloqui con i Garanti territoriali: si impone il limite massimo di un incontro al mese, alternativo tra familiari e terzi*, cit.

<sup>32</sup> *Ibidem*.



A tal proposito è stato invero correttamente osservato come non sia possibile fondare sulle fonti normative in materia una distinzione di tal fatta.

Quel che si osserva è in particolare come la circolare ministeriale DAP n. 3651/6101 precisi che “*per garante si intende un organo pubblico istituito con atto normativo*” emanato “*dallo Stato o da Enti pubblici territoriali*”, circostanza bastevole ai fini dell’equiparazione tra il Garante nazionale e i Garanti locali<sup>33</sup>.

Inoltre, entrambe le figure sono preposte istituzionalmente alla vigilanza sulle condizioni detentive delle persone private della libertà personale; dunque non si comprende il motivo di volerle differenziare nella disciplina a loro applicabile per quanto riguarda i colloqui con i detenuti.

Ciò premesso, quel che più contraddistingue la tesi che ci si accinge ad esaminare, sono quei cinque pilastri che la sorreggono, di cui si è accennato.

Il primo di questi propone una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP. In particolare, viene ritenuto che la conclusione proposta dai fautori della tesi “restrittiva” cozzava con le disposizioni costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 27 co. 3, 29 co. 1, 30 e 31 Cost.

Il secondo caposaldo si basa invece su una lettura sistematico-letterale degli artt. 18 e 41-*bis* OP, nonché dell’art. 37 reg. es. OP, in particolare per quanto riguarda l’impossibilità sia di ricomprendere i Garanti nei soggetti terzi destinatari delle limitazioni di cui alla disciplina speciale prevista dal regime differenziato, sia di sottoporli ai vincoli più blandi stabiliti per i colloqui tenuti dai detenuti “comuni”.

Il terzo argomento portato a sostegno di tale tesi ha natura teleologica, e guarda alla *ratio* delle limitazioni previste dall’art. 41-*bis* OP, le quali sono poste per impedire i collegamenti tra i detenuti e i gruppi di criminalità organizzata viventi fuori dal carcere.

La quarta asserzione giustificatrice concerne invece la riforma che nel 2009 ha interessato in particolare l’art. 67 OP, con la quale è stato tolto il limite autorizzativo per le visite effettuate dal Garante all’istituto penitenziario. A tal proposito i sostenitori della teoria “estensiva” hanno ritenuto di poter affermare che se si volesse credere corretta la soluzione propugnata dalla tesi opposta, si vanificherebbe tale intervento legislativo, volto a sottrarre l’ingresso in istituto dei Garanti alla discrezionalità della direzione penitenziaria<sup>34</sup>.

Da ultimo, chi sostiene la tesi in esame afferma anche che quanto stabilito nelle varie circolari ministeriali, soprattutto all’art. 16.6 della recente circolare DAP n. 3676/6126, in tema di visite del Garante e colloqui con lo stesso, non fa pervenire a una conclusione diversa da quella prospettata dai fautori della tesi “estensiva”, in quanto sanciscono e si basano sul medesimo principio di *favor* per la “liberalizzazione” dell’accesso ai colloqui con la figura del Garante per qualunque tipologia di detenuto.

Ciò detto, ci si avvia ora a disaminare più compiutamente i singoli capisaldi che sorreggono la tesi in questione.

### 5.1. La lettura costituzionalmente orientata

Ragionando a contrario, è stato evidenziato che, se si volesse ammettere la conclusione a cui si perviene aderendo all’opposta tesi, si avrebbe una violazione di molteplici principi costituzionali. In particolare, si otterrebbe una disciplina: non in linea con il principio di eguaglianza, in quanto si creerebbero disparità di trattamento ingiustificate tra i detenuti

<sup>33</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 205 ss.

<sup>34</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 210.

“comuni” e quelli sottoposti al regime differenziato nell’accesso ai colloqui con i Garanti (art. 3 Cost.); non conforme ad umanità dei trattamenti in corso, né tantomeno capace di tendere alla rieducazione del *reo* (art. 27 co. 3 Cost.); che non tiene conto del *favor* che la Costituzione accorda al mantenimento delle formazioni sociali e soprattutto dei legami familiari (artt. 2, 29 co. 1, 30 e 31 Cost.).

Infatti, con particolare riferimento al principio di eguaglianza, si è osservato come la sottoposizione dei colloqui con i Garanti territoriali alle limitazioni previste dalla disposizione di cui all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP, nonché alle restrizioni quantitative stabilite dall’art. 37 reg. es. OP, consegnerebbe all’ordinamento una disciplina incostituzionale con riferimento proprio all’art. 3 Cost., poiché concretizzerebbe una disparità di trattamento nel diritto di accedere al colloquio riservato con il Garante, e nel numero di accessi consentiti, fra detenuti “comuni” e ristretti in regime differenziato, irragionevole rispetto alle finalità perseguite dalla disciplina *ex art. 41-bis* OP, la quale – si ricordi – è posta con l’obiettivo di impedire che rimangano ancora in vita collegamenti tra il detenuto in regime di carcere duro e l’ambiente malavitoso.

Invero, se la *ratio* delle limitazioni ai colloqui di cui all’art. 41-*bis* OP è quella di troncare i rapporti tra il detenuto in regime differenziato e i sodali rimasti in libertà, non si comprende come sia possibile estendere acriticamente la stessa disciplina anche ai colloqui con il Garante territoriale, atteso che questi svolge un ruolo istituzionale di garanzia del rispetto dei diritti delle persone private della libertà personale, che nulla ha a che fare con il mantenimento delle relazioni tra detenuti e terzi malavitosi.

Inoltre, la conclusione della tesi “restrittiva” si scontrerebbe anche con la lettura dell’art. 41-*bis* OP proposta dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 20 giugno 2013, n. 143. Tale pronuncia, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’allora vigente art. 41-*bis* co. 2-*quater*, lett. b) ultimo periodo OP nella parte in cui limitava i colloqui con il difensore, rendendoli ora illimitati, aveva implicitamente accolto la doglianza del giudice remittente (poiché ritenuta assorbita), il quale, a proposito dei vincoli posti, aveva sostenuto che *“la norma censurata violerebbe l’art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento deteriore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, non giustificabile né con la loro maggiore pericolosità, la quale non potrebbe incidere in senso limitativo sull’esercizio del diritto di difesa; né con un minore livello delle esigenze difensive, avendo, al contrario, i detenuti in regime speciale esigenze difensive solitamente maggiori rispetto ai detenuti «comuni», in correlazione al più elevato numero e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico”*.

Tali affermazioni – a ben vedere, con i dovuti adattamenti in relazione alla funzione del Garante – possono valere anche per la questione che si sta affrontando.

Infatti, pare vero anche con riferimento ai colloqui con i Garanti che la sottoposizione di essi ai vincoli quantitativi, autorizzativi e qualitativi previsti dalla disciplina speciale riserverebbe ai detenuti in regime differenziato un trattamento deteriore irragionevole rispetto ai detenuti “ordinari”. Invero, la ritenuta maggiore pericolosità dei detenuti *ex art. 41-bis* OP non può essere una circostanza idonea a giustificare limiti che possano concretizzare una lesione del diritto, che ogni detenuto ha, di portare all’attenzione del Garante una supposta lesione di un ulteriore diritto, del quale dovrebbe poter godere, derivante da un comportamento dell’Amministrazione penitenziaria. In più, il diritto di veder tutelati i loro diritti, garantito dalla figura del Garante e dai colloqui con esso, dovrebbe trovare maggior espressione proprio quando si tratta di detenuti in regime differenziato, vista la generale complessità e delicatezza della loro situazione carceraria.

Dunque, la compressione della possibilità di poter accedere al colloquio visivo con il Garante territoriale, alla luce di quanto esposto, non pare in linea con il dettato costituzionale *ex art. 3 Cost.*, cosicché l’unica alternativa per portare la disciplina nell’alveo della conformità a Costituzione è quella di ritenere non applicabili l’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP e l’art. 37 reg. es. OP con riferimento ai colloqui con i Garanti territoriali.

La soluzione “restrittiva” – a parere dei sostenitori dell’opposta tesi “estensiva” – contrasterebbe pure con quanto disposto dall’art. 27 co. 3 Cost.

Infatti, secondo l’esaminanda impostazione, l’applicazione dei severi limiti di cui all’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) OP e della disciplina di cui all’art. 37 reg. es. OP ai colloqui con i Garanti, cozzerebbe pure con la finalità di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti come quelli della conformità ad umanità dei trattamenti in corso di pena e con la corrispondenza degli stessi alla funzione di rieducazione del *reo*.

Ciò detto, l’imposizione di limiti numerici, qualitativi e autorizzativi ai colloqui visivi con il Garante appare *ictu oculi* incostituzionale. Non può invero dirsi umano o rieducativo quel comportamento di compressione della tutela dei diritti dei detenuti, ottenuto impedendo l’accesso ai colloqui con i Garanti, avallato dai fautori della tesi “restrittiva”.

Infatti, per dirlo con le parole usate dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, “*tale opzione interpretativa (restrittiva, ndr) contrasterebbe pure con l’art. 27 Cost. finendo per incidere sulla stessa umanità del trattamento imposto al ristretto, ove lo si pone di fronte alla scelta di rinunciare all’unico colloquio con i familiari per esercitare il proprio diritto al colloquio con l’autorità garante*”.

La tesi “restrittiva” non sarebbe neppure allineata ai dettami costituzionali concernenti la tutela della famiglia, *ex artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.*

Invero, occorre tener presente come il nostro ordinamento sia pervaso da norme che riflettono un chiaro *favor* per la tutela della compagine familiare.

Oltre alle disposizioni costituzionali appena citate, infatti, tracce di suddetta preferenza possono essere rinvenute nella stessa legge penitenziaria, laddove all’art. 28 OP viene stabilito in via generale che “*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire la relazione dei detenuti e degli internati con le famiglie*”, nella ragionevole considerazione che il percorso di rieducazione risulta tanto più agevolato quanto maggiore è il supporto familiare di cui può beneficiare il detenuto. E tale principio non è venuto meno neanche per quanto riguarda le concessioni fatte ai detenuti in regime differenziato, per i quali è stata comunque prevista la possibilità di mantenere saldi i rapporti familiari, seppur in una maniera diversa (con la previsione di qualche vincolo) rispetto ai detenuti “comuni”.

L’importanza di mantenere i contatti con la famiglia è inoltre rimarcata nella circolare DAP n. 3651/6101, nella quale è stabilito che i colloqui con i Garanti non devono essere computati “*ai fini del raggiungimento dei limiti numerici previsti dall’art. 37 co. 8 reg. es. OP*”<sup>35</sup>. Infatti, se suddetti colloqui venissero conteggiati tra quelli permessi con i familiari, significherebbe vanificare il *favor* che il legislatore ha accordato al mantenimento dei rapporti familiari e che ha più volte voluto esprimere, e, di conseguenza, verrebbero pure violati gli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.<sup>36</sup>.

Invero, a tal proposito è stato affermato che “*la Costituzione impone un’ampia tutela delle formazioni sociali, come si deduce dall’art. 2, secondo cui la Repubblica garantisce i diritti dell’uomo sia come singolo «sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»*».

<sup>35</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 210.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

*L’art. 29 tutela una delle formazioni sociali cui l’art. 2 si riferisce, insieme ad altre tutelate espressamente dalla Costituzione. Verrebbe violato anche l’art. 30, in cui si afferma il diritto e il dovere dei genitori di educare ed istruire i figli, anche se nati fuori dal matrimonio e si occupa dunque della relazione tra genitore e figlio [...]; ed altresì l’art. 31, che riconosce valore sociale alla maternità, la cui protezione è assicurata dal momento del concepimento fino alla nascita e tutela l’infanzia secondo quegli stessi principi accolti anche nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, sintetizzati nell’art. 24, dedicato ai «Diritti del bambino»»<sup>37</sup>.*

È infatti vero che se i colloqui con i Garanti fossero compresi nel numero di colloqui mensili permessi ai detenuti con i familiari, significherebbe comprimere il diritto di quegli stessi detenuti di vedere i propri cari, incontri – questi – peraltro fortemente caldeggiati – come si è visto – sia dalla Costituzione, sia dal legislatore che ha pensato il sistema penitenziario vigente. E invero – per riprendere le parole del Magistrato di Sorveglianza di Sassari – “*se il garante, come è certo, è stato istituito per attribuire maggiori spazi di tutela al detenuto, diventa contraddittorio sostenere che, contemporaneamente, ne sia derivata una diminuzione delle possibilità di incontro dei detenuti con i familiari. In realtà i benefici che possono scaturire dai colloqui con il garante, vanno ad aggiungersi e non a sostituirsi ai benefici che derivano al detenuto dal mantenimento dei rapporti con i familiari [...]. Stesse considerazioni valgono anche per i detenuti in regime di articolo 41-bis OP*”. Anche perché, se appunto si accedesse all’interpretazione fornita dai fautori della tesi “restrittiva”, si determinerebbe un *vulnus* sul piano degli affetti e un altro *vulnus* riguardante la possibilità di controllo operata dal Garante<sup>38</sup>, con la paradossale conseguenza che l’intervento del Garante, astrattamente funzionale alla tutela dei diritti dei detenuti, finirebbe per causare un pregiudizio proprio ad uno di quei diritti, nell’accezione del diritto al mantenimento dei rapporti con la famiglia<sup>39</sup>.

Queste, dunque, sono le argomentazioni a matrice costituzionale poste dai sostenitori della tesi “estensiva” alla base del loro ragionamento.

## **5.2. Il dato letterale, sistematico e teleologico: art. 18 OP e art. 37 reg. es. OP**

Il secondo pilastro sul quale poggia la tesi “estensiva” prende le mosse dalla lettera dell’art. 18 OP

Come già ricordato, il citato articolo individua tre distinte categorie soggettive ammesse ad avere colloqui con i detenuti. Esse sono – si ricorderà – i familiari, le altre persone, “*nonché*” il Garante dei detenuti.

Infatti, si è sostenuto a tal proposito, come “*l’uso della preposizione «nonché» nell’art. 18 cit. evidenzia che i garanti si aggiungono ai congiunti e alle terze persone nell’elenco predetto. Tre le categorie prese in considerazione: quella dei congiunti e dei famigliari, quella ampia e eterogenea delle «altre persone» e infine quella dei garanti. Non pare dunque che possano esservi dubbi al riguardo [...]*”<sup>40</sup>.

La conseguenza pratica e giuridica di questa asserzione è quella per cui, allora, ad una categoria non può essere estesa l’applicazione delle disposizioni previste per le altre. E questo risulta dal dato letterale e sistematico della normativa in questione.

Più nello specifico, ciò significa che i limiti posti ai colloqui dall’art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. b) OP e dall’art. 37 reg. es. OP non sarebbero applicabili alla – o alle – categorie soggettive

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 211.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

non esplicitamente richiamate dalla disposizione; e, disponendo tali norme per i soli familiari e terzi, non risulterebbero riferibili anche ai Garanti territoriali.

In merito, è stato quindi affermato che *“in particolare deve escludersi che possa essere estesa ai colloqui con il garante il disposto della seconda parte del comma 1 dell’art. 37 del Reg. in base al quale «I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi».* Appare evidente che l’autorizzazione del Direttore trova giustificazione con il fatto che non può consentirsi l’accesso in carcere a persone che con il detenuto non abbiano un rapporto «qualificato», per cui, correttamente, viene previsto che vi sia un filtro di «ragionevolezza» da parte del Direttore. Ma ciò non è previsto né per i colloqui con congiunti, i cui contatti con il detenuto devono semmai essere favoriti, come osservato innanzi, né per i colloqui con il garante dovendosi in proposito osservare che l’esercizio delle sue prerogative di legge non possono essere condizionate di volta in volta da una valutazione di «meritevolezza» della Direzione, pena lo svilimento delle sue funzioni di garanzia. Ed invero, alla luce delle finalità attribuite al garante dalla legge è fin troppo evidente che non di rado lo stesso, su indicazione dei detenuti o per iniziativa autonoma, avrà come naturale interlocutore e controparte proprio la Direzione dell’Istituto, per cui risulta irragionevole sostenere che sia proprio la Direzione a valutare la «meritevolezza» del colloquio dell’organo di garanzia con il detenuto”<sup>41</sup>.

E ancora, basando il ragionamento su una visione teleologica che tiene conto della *ratio* delle norme e della loro razionalità nel sistema di riferimento, i fautori della tesi “estensiva” hanno affermato che la conclusione a cui perviene l’opposta fazione di includere i colloqui tra detenuti e garanti nel numero massimo previsto dall’art. 37 reg. es. OP, non può essere avallata anche per ulteriori ragioni. Infatti, *“come innanzi osservato la finalità dei colloqui è quella di consentire al detenuto di mantenere i rapporti con i familiari in modo tale che al momento della scarcerazione lo stesso possa contare su di un sostegno che ne agevoli il suo reinserimento nella società; la citata disposizione regolamentare ha stabilito un determinato numero massimo di colloqui, fissato in misura massima di sei per la generalità dei ristretti ed in quattro al mese per i condannati per i reati più gravi. Ciò che tuttavia preme osservare è il fatto che il previsto numero massimo dei colloqui è da considerare comunque ragionevole in relazione alla finalità sopra richiamata”*<sup>42</sup>. Pertanto, includere i colloqui con i garanti nel numero dei colloqui massimi previsti dalle citate norme sembra essere la soluzione che più si distanzia dalla stessa *ratio legis*.

*Mutatis mutandis*, il medesimo ragionamento è valevole anche per i detenuti in regime differenziato, per i quali l’art. 41-*bis* OP, per ragioni di sicurezza, prevede la possibilità di avere un solo colloquio mensile.

A tal proposito è stato infatti affermato che laddove si dovesse assimilare il colloquio con il Garante a quello con terze persone, rendendolo quindi alternativo rispetto all’unico colloquio mensile previsto con i familiari, non si andrebbe soltanto contro il dato letterale e sistematico, ma anche contro la *ratio* della norma stessa.

Invero, se fosse accettata la tesi “restrittiva”, si dovrebbe addivenire alle seguenti conclusioni: la prima, per cui il colloquio con il Garante risulterebbe assoggettato ad un limite autorizzativo rappresentato dal consenso dell’Amministrazione penitenziaria, che potrebbe consentire tale incontro peraltro solo in via eccezionale; la seconda, per la quale il detenuto non potrebbe

<sup>41</sup> Magistrato di Sorveglianza di Sassari, Ordinanza, 27 giugno 2017.

<sup>42</sup> *Ibidem*.



intrattenere alcun colloquio con i familiari nel mese in cui ha usufruito della possibilità di parlare con il Garante<sup>43</sup>.

Tali conclusioni, però, non appaiono conformi alla legge: “*non la prima atteso che, come sopra esposto, il detenuto ha un vero e proprio diritto soggettivo ex art. 18 OP ad effettuare colloqui con il garante senza che vi possa essere su tale aspetto un potere discrezionale della Direzione del carcere; non la seconda in quanto, come più volte richiamato, l’intervento del garante ha la funzione di incrementare l’ambito di tutela del detenuto, senza che possa determinarsi in contemporanea un pregiudizio al mantenimento dei rapporti familiari: l’alternativa tra colloqui con il garante o con i familiari non è nella lettera né nella finalità della legge*”<sup>44</sup>.

Dunque, secondo i sostenitori della tesi “estensiva”, la lettura sistematica e teleologica delle disposizioni menzionate imporrebbe all’interprete un unico risultato, ossia quello di non comprendere i colloqui con i Garanti territoriali nel numero massimo previsto dalla legge per i vari tipi di detenuti, e di non sottoporli nemmeno ai limiti qualitativi del controllo visivo o della videoregistrazione.

### 5.3. La *ratio* delle limitazioni previste per il regime ex art. 41-bis co. 4-quater OP

L’argomentazione che ci si accinge ad affrontare riprende grossomodo quanto è appena stato detto.

Infatti, si tratta solo di vedere un po’ più nello specifico la *ratio* sottesa alla norma di cui all’art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP e comprendere come mai si possa giungere alla conclusione che contraddistingue la tesi “estensiva”.

A tal proposito, occorre prima di tutto ricordare come questa speciale disciplina sia stata pensata per impedire i collegamenti dei detenuti sottoposti al regime di carcere duro con i gruppi di criminalità organizzata presenti all’esterno.

Secondariamente, invece, va ribadito come, anche per i soggetti detenuti in regime differenziato, sia stata pensata una disciplina che gli permetta di continuare a coltivare i rapporti con i membri della famiglia d’origine, seppur in misura limitata, in accordo con il generale *favor* per il mantenimento di tali relazioni che impregna l’intero ordinamento.

Ciò detto, dunque, appare evidente l’incompatibilità della figura del Garante dei diritti dei detenuti con le limitazioni previste dalla disciplina in esame con riferimento ai colloqui.

Infatti, il limitare la possibilità di accesso ai colloqui con i Garanti non sembra essere un obiettivo perseguito dall’art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP.

Di più. I limiti che si vorrebbero porre ai colloqui con i Garanti sembrerebbero contrari anche alla generale regola della proporzionalità, in virtù della quale sono ammesse solo restrizioni al regime ordinario che siano necessarie agli scopi di prevenzione cui la misura è finalizzata, ossia ad evitare il persistere di collegamenti tra il detenuto e la criminalità organizzata<sup>45</sup>.

Pertanto, essendo il Garante un soggetto totalmente estraneo all’ambiente mafioso, non si comprende la ragione per cui dovrebbe essere anch’esso sottoposto agli stringenti limiti imposti ai colloqui con terzi dall’art. 41-bis co. 2-quater lett. b) OP.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. pen., 26 novembre 2013, n. 49726.

#### 5.4. La riforma del 2009

Quanto fin qui affermato può trovare un’ulteriore conferma dall’analisi della riforma del sistema penitenziario avvenuta per mezzo del d.l. 207/08, convertito nella l.14/09, la quale ha soppresso il limite autorizzativo al quale sottostava il Garante per poter accedere all’istituto penitenziario, rendendo di fatto ora libero tale accesso (v. art. 67 OP in vigore).

Dunque, prendendo questo dato come punto di partenza, si potrebbe sostenere di poterne dedurre una generale volontà legislativa di “liberalizzare” gli incontri tra i detenuti e i Garanti, volendo abbandonare qualunque tipo di discrezionalità della direzione dell’istituto sulla meritevolezza di tali colloqui<sup>46</sup>.

Introdurre una limitazione in proposito, per via interpretativa, sarebbe quindi come andare contro le tendenze del Legislatore.

#### 5.5. Le circolari ministeriali, in particolare la circolare DAP n. 3676/6126

La disciplina contenuta nella legge sull’ordinamento penitenziario va letta congiuntamente alle circolari ministeriali emanate nella medesima materia. Per quel che concerne il tema dei colloqui con i Garanti, una posizione di particolare importanza è occupata dalla circolare DAP n. 3676/6126, la quale, all’art. 16.6, stabilisce che il Garante nazionale accede senza limitazione alcuna all’interno delle sezioni 41-*bis*, incontrando i detenuti e potendo svolgere con essi incontri riservati senza limiti di tempo.

È proprio da tale disposizione che si dovrebbe ricavare un’ulteriore prova del fatto che i colloqui con i Garanti territoriali non dovrebbero essere computati nel numero massimo di colloqui consentiti mensilmente dalla legge.

È vero che la circolare menziona la figura del Garante nazionale. In ogni caso, visto che comunque anche i Garanti locali svolgono la medesima funzione di tutela dei diritti dei detenuti che svolge il Garante nazionale, non si comprende il perché dovrebbero sottostare a discipline diverse: l’una, priva di limiti, per il Garante nazionale, e l’altra, fortemente limitante, per i Garanti territoriali.

Per di più, questa conclusione, proprio per questo motivo, sembra cozzare con il principio costituzionale di eguaglianza. Infatti, sembra irragionevole sostenere che i Garanti, nazionale e locali, i quali hanno la medesima funzione tutelare, debbano essere regolati da discipline così diverse.

Perciò, l’unica interpretazione possibile parrebbe proprio quella fornita dai sostenitori della tesi “estensiva”, i quali sono d’accordo nel riferire la previsione dell’art. 16.6 della citata circolare anche ai Garanti territoriali, rendendo i colloqui con gli stessi privi di vincoli quantitativi, qualitativi e autorizzativi.

Questa, infatti, parrebbe essere l’unica soluzione incapace di cozzare con l’intero sistema.

#### 6. Conclusioni

Seppur entrambe le tesi abbiano portato alla luce serie e valide argomentazioni, sembra di poter accordare una certa predilezione alla tesi “estensiva”.

Infatti, tale conclusione sembra più aderente ai principi che fondano l’intero ordinamento.

In particolare, essa si mostra certamente più in linea con i dettami costituzionali, con la funzione di salvaguardia dei diritti dei detenuti (di tutti i detenuti!) svolta dai Garanti – siano questi territoriali o nazionale – nonché con la *ratio* della legge penitenziaria che pone alcuni vincoli ai colloqui.

<sup>46</sup> L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale*, cit., 210.

Come è stato già ampiamente detto, infatti, la lettura del sistema proposta dai fautori della tesi “estensiva” permette di avere una disciplina in tema di diritto di accesso ai colloqui con i Garanti locali che tiene conto, innanzitutto, del *favor* che il legislatore su più piani accorda al mantenimento dei rapporti familiari, per la tutela del quale ha disegnato un’ apposita disciplina che, seppur non priva di limitazioni, appare idonea al raggiungimento di quel preciso scòpo. Tale impostazione riesce inoltre a consegnare ai detenuti un diritto reale di veder tutelati i propri diritti per mezzo di incontri con i Garanti che siano liberi da vincoli.

La tesi “restrittiva”, invece, seppur per certi versi più aderente al dato letterale e forse anche più ossequiosa del principio di specialità (anche se con i dovuti accorgimenti di cui si è detto), non sembra così condivisibile come invece appare esserlo l’ impostazione opposta.

In ogni caso, entrambe le tesi hanno trovato spazio nel nostro sistema giudiziario, e ancora sul punto non si è riusciti a ottenere unanimità di vedute.

Del mantenimento di questa oscillante situazione sicuramente il Legislatore è da ritenersi complice. Infatti, l’ assenza di una legislazione completa e coerente in tema di accesso ai colloqui con i Garanti territoriali ha certamente contribuito alla creazione di questo clima di incertezza interpretativa.

Invero, come si ha avuto modo di vedere, molte e grosse sono le lacune, che all’ interprete tocca di colmare, una volta messo di fronte a un caso concreto da decidere.

Vista l’ importanza della materia, però, non si può che auspicare che il Legislatore intervenga presto facendo chiarezza, liberando la Magistratura dall’ onere di dover ad esso sostituirsi.

Inoltre, si spera che lo stesso legiferi nel senso proposto dai sostenitori della tesi “estensiva”, “liberalizzando” i colloqui con i Garanti territoriali, dando così finalmente un senso al loro ruolo, e un segno tangibile di aver finalmente dato un’ impronta di costituzionalità al sistema penitenziario almeno in tema di accesso ai colloqui con i Garanti.

### **6.1. Pronunce, interventi legislativi e dibattiti più recenti: cenni**

Le pronunce giurisprudenziali fin qui trattate sono state le prime di una serie che poi si è susseguita. Per completezza, quindi, si segnalano di seguito le decisioni, gli interventi legislativi e i dibattiti più recenti, tratteggiandone una breve rassegna.

Per quanto riguarda il filone giurisprudenziale, è d’ uopo indicare in questo paragrafo conclusivo l’ ordinanza 29 marzo 20109 (ud. 27 febbraio 2019) del Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con la quale è stata ribadita l’ adesione del suddetto giudice alla c.d. tesi estensiva. Infatti, in tale pronuncia, è stato confermato che “*i detenuti sottoposti al regime speciale del 41 bis OP possono accedere ai colloqui con i garanti territoriali a condizione che non sia diversamente previsto dal decreto applicativo, previa autorizzazione della Amministrazione penitenziaria che potrà negarla solo in presenza di specifiche e comprovate ragioni, di cui dovrà dare compiutamente prova nell’ eventuale provvedimento di rigetto, posto che tali figure rientrano nella categoria delle persone diverse da congiunti o conviventi*”<sup>47</sup>.

Diversamente, nel medesimo dibattito, si è inserita la voce del direttore generale della Direzione generale del trattamento dei detenuti del Dipartimento dell’ Amministrazione penitenziaria, Calogero Roberto Piscitello, il quale, in un suo discorso pronunciato dinnanzi alla Commissione Antimafia, ha portato il suo sostegno alla c.d. tesi restrittiva sopra esaminata. In particolare, egli ha affermato che “*si pone il tema di cosa possa fare il Garante regionale e comunale: alcune recentissime sentenze hanno concesso ai Garanti la facoltà di accedere nelle sezioni e chiedere dei colloqui riservati con detenuti al 41 bis: a mio vedere è*

<sup>47</sup> Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ord. 29 marzo 20109 (ud. 27 febbraio 2019).

*un vulnus pericolosissimo perché mina ogni controllo. [...] Il colloquio del detenuto in 41 bis con la famiglia avviene attraverso un vetro e viene registrato, nulla può sfuggire, mentre un Garante che ha facoltà di un colloquio riservato può conferire liberamente, al di là di ogni forma di controllo. [...]”<sup>48</sup>. Dunque, per il direttore, la “liberalizzazione” dei colloqui tra i garanti territoriali e i detenuti in regime di carcere duro, sarebbe da scongiurare, per perseguire invece una via securitaria.*

Infine, va segnalata la modifica all’art. 18 OP avvenuta per opera del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123<sup>49</sup>. In particolare, con tale decreto, sono state soppresse le parole “*nonchè con il garante dei diritti dei detenuti*”, che si trovavano al primo comma dell’art. 18 OP, per inserire invece subito dopo un nuovo comma, il quale recita così: “*i detenuti e gli internati hanno diritto di conferire con il difensore, fermo quanto previsto dall’articolo 104 del codice di procedura penale, sin dall’inizio dell’esecuzione della misura o della pena. Hanno altresì diritto di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti*”. Nonostante questa modifica legislativa, comunque, il problema interpretativo è rimasto. Infatti, nessuna specificazione è stata inserita nel *corpus* normativo con riguardo alla riferibilità di tali colloqui a tutta la popolazione detenuta o solamente ai detenuti “ordinari” né con riferimento alla modalità di svolgimento e al numero degli stessi. Dunque, neanche alla luce di quest’ultimo provvedimento legislativo, non sembra ancora possibile trovare la “chiave di volta” per risolvere definitivamente il contrasto interpretativo di cui si è trattato nel presente contributo.

---

<sup>48</sup> Audizione del direttore generale della Direzione generale dei detenuti e del trattamento del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, dottor Calogero Roberto Piscitello, 29 maggio 2019, consultabile: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/347464.pdf>.

<sup>49</sup> Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

## **Esercizio del diritto di difesa e accesso al sistema dei reclami in regime 41-bis: diritto effettivo o utopia?**

di *Monica Moschioni*<sup>1</sup>

**Abstract:** La finalità del presente contributo è quella di ripercorrere brevemente la disciplina attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo con particolare riferimento al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis OP, frutto di una laboriosa stratificazione normativa ed interpretazione giurisprudenziale.

## **Exercise of the right of defense and access to the 41-bis system of complaints: effective right or utopia?**

**Abstract:** *This paper briefly reviews the current regulations governing the exercise of the right to lodge complaints and is particularly focused on the differentiated regime established by art. 41-bis, which represents the result of intense regulatory stratification and of interpretation provided by the case-law.*

Sommario: 1) Introduzione; 2) Il regime detentivo speciale: applicazione, proroga e impugnazione dei decreti ministeriale; 3) Esercizio del diritto di reclamo ai sensi degli artt. 35-bis e 35-ter OP; 4) Considerazioni conclusive.

### **1. Introduzione**

La finalità del presente contributo è quella di ripercorrere brevemente la disciplina attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo con particolare riferimento al regime differenziato previsto dall'art. 41-bis OP, frutto di una laboriosa stratificazione normativa ed interpretazione giurisprudenziale.

Senza dubbio la disciplina del regime differenziato 41-bis OP rappresenta un esempio di evoluzione normativa e giurisprudenziale dettata sempre più dall'esigenza di rassicurazione della collettività in ordine a paventati o reali pericoli conseguenti alla rimessione in libertà di soggetti giudicati o presunti affiliati alla criminalità organizzata o alla loro ammissione a regimi detentivi meno afflittivi, che non dalla necessità di rispettare regole di giudizio conformi al dettato Costituzionale ed alla normativa sovranazionale vigente.

In tal senso non fa eccezione anche la disciplina in materia di esercizio del diritto di reclamo, diritto che viene formalmente riconosciuto dall'ordinamento penitenziario tanto ai detenuti sottoposti al regime ordinario quanto a coloro che, in esecuzione di decreto ministeriale applicativo ovvero di un decreto di proroga, vengano inseriti nel circuito speciale e, conseguentemente, subiscano la sospensione della applicazione delle ordinarie regole di trattamento dei detenuti.

Il più rilevante ed incisivo strumento di impugnazione garantito a questi ultimi, infatti, sarebbe costituito proprio dal reclamo avverso il decreto ministeriale applicativo o di proroga del

---

<sup>1</sup> Avvocato del Foro di Parma.



regime differenziato, al fine di ottenere il ripristino delle regole ordinarie di trattamento e, in conformità all'evoluzione del percorso rieducativo, l'accesso progressivo ai cosiddetti "benefici".

Il condizionale diventa, però, obbligatorio ove si consideri l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, manifestazione della percezione dell'esistenza di situazioni di emergenza che giustificerebbero le numerose limitazioni poste all'esercizio del fondamentale diritto di difesa, come di seguito si avrà modo di chiarire.

Prima di passare all'esame della normativa attualmente vigente in materia di esercizio del diritto di reclamo, pare pertanto opportuno ripercorrere brevemente l'evoluzione legislativa dal momento dell'istituzione del regime detentivo speciale ad oggi, per finire con un breve *excursus* in materia di reclami giurisdizionali a tutela delle violazioni o compressioni di diritti soggettivi tutelabili anche in ambito penitenziario.

## **2. Il regime detentivo speciale: applicazione, proroga e impugnazione dei decreti ministeriali**

Il regime detentivo speciale o differenziato previsto dall'art. 41-*bis* OP è stato istituito nell'anno 1992, come strumento di contrasto alla criminalità organizzata che in quell'anno aveva manifestato particolare forza e pericolosità attraverso le ben note stragi di mafia.

L'originario testo del comma secondo dell'articolo 41-*bis* veniva introdotto nell'ordinamento penitenziario con l'art. 19 del d.l. 8 giugno 1992 n. 306 convertito in legge 7 agosto 1992 n. 356, che aveva disciplinato un regime detentivo caratterizzato dalla temporaneità ed eccezionalità, non prevedendone di conseguenza né la durata né l'ipotesi di eventuali proroghe né ancora la possibilità di esercizio del diritto di reclamo avverso il provvedimento applicativo.

Tale regime aveva creato da subito dubbi in ordine alla sua legittimità costituzionale sia per la formulazione eccessivamente generica dei suoi presupposti che per la mancata disciplina della revisione dello stesso attraverso un meccanismo di controllo giurisdizionale, al punto da imporre una serie di interventi della Corte Costituzionale con gli arresti del 28 luglio 1993 n. 349, del 19 luglio 1994 n. 357 e del 18 ottobre 1996 n. 351.

In particolare la sentenza n. 349/1993, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 bis OP, chiariva che dovesse ritenersi implicito che i provvedimenti ministeriali dovessero recare tutti una puntuale motivazione e fossero sottoponibili al vaglio del Giudice ordinario.

Con la successiva pronuncia n. 351/1996, infine, la Corte chiariva altresì che il sindacato del Giudice non fosse limitato alla sussistenza dei presupposti per l'applicabilità del regime differenziato, ma potesse/dovesse estendersi anche al contenuto delle singole restrizioni imposte al detenuto, onde verificarne da un lato la necessità e rispondenza ad esigenze di pubblico interesse e, dall'altro, l'assenza di lesioni a diritti costituzionalmente garantiti o di trattamenti contrari al senso di umanità.

La legge 7 gennaio 1998 n. 11, introducendo il comma 2 bis all'art. 41-*bis* OP, stabiliva la competenza giurisdizionale in ordine alla valutazione dei reclami avverso i decreti ministeriali applicativi del regime differenziato, individuandola nel Tribunale di Sorveglianza territorialmente competente, in quanto avente giurisdizione sull'istituto di pena nel quale il detenuto era ristretto.

Così delineata la procedura eccezionale e d'urgenza, si assisteva inesorabilmente alla proroga dei decreti applicativi del regime differenziato anno per anno, sulla base di motivate circostanze di emergenza, senza che venisse in alcun modo mutata la dichiarata natura

temporanea dell’istituto, che sarebbe dovuto permanere fino alla cessazione delle predette situazioni di particolare gravità.

Si doveva attendere l’anno 2002, con l’entrata in vigore della legge n. 279, per esplicitare l’effettiva volontà del Parlamento di rendere definitivo il regime differenziato, disegnandone, però, i limiti di durata:

Veniva così riscritto l’art. 41-*bis* comma 2-2-*bis* OP stabilendo che il decreto applicativo del regime differenziato dovesse avere durata non inferiore ad un anno e non superiore a due, che fosse impugnabile avanti al Tribunale di Sorveglianza competente territorialmente in ragione del luogo in cui si trovava ristretto il detenuto con reclamo da presentare entro dieci giorni dalla notifica del decreto stesso e veniva infine disciplinata la procedura di discussione e decisione avanti alla predetta Autorità Giudiziaria nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p..

Dal 2002 fino al 2009 permaneva, pertanto, il regime di impugnazione sopra descritto, che consentiva al Tribunale di Sorveglianza distrettuale un controllo capillare in merito all’applicazione dei decreti ministeriali ed alla congruità delle restrizioni in esse contenute, garantendo una valutazione caso per caso alla luce delle condizioni soggettive di ogni singolo detenuto reclamante e consentendo di tenere conto di circostanze quali, ad esempio, particolari condizioni di salute, che determinassero il venire meno delle specifiche capacità dell’affiliato di mantenere contatti con il gruppo di appartenenza.

Si crearono in quegli anni sicuramente indirizzi giurisprudenziali differenti in ciascun ambito territoriale, che determinarono anche pronunce di accoglimento dei reclami avverso i decreti applicativi o di proroga emessi in assenza di effettivi ed attuali elementi da cui desumere la concreta potenzialità del detenuto di porsi in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, mantenendo collegamenti con il clan di appartenenza, al fine di continuare a veicolare ordini all’esterno.

Appare evidente, quindi, che proprio le differenti pronunce emesse dai Tribunali di Sorveglianza territoriali abbiano determinato il legislatore ad inasprire ulteriormente la disciplina in materia, che, con la legge n. 94/2009, subiva un’ulteriore modifica e conseguente riformulazione dell’art. 41-*bis* OP, portando il termine di durata dei decreti applicativi del regime differenziato ad anni quattro e quelli di proroga ad anni due ed accentrando la competenza a decidere in ordine ai reclami proposti dagli interessati nell’unico Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Dal punto di vista dei termini per la presentazione del reclamo veniva, però, ampliato il precedente termine di dieci giorni dalla data della notifica del decreto con quello attualmente vigente di venti giorni, al fine di rendere maggiormente effettivo l’esercizio del diritto di difesa attraverso la predisposizione di un reclamo motivato anche alla luce della consultazione delle note informative di DDA, DNA ed organi locali di Polizia e non solo sulla base della loro sintesi contenuta nel decreto ministeriale, consegnato in notifica all’interessato o al suo difensore che ne facesse richiesta.

Il predetto testo normativo inaspriva, inoltre, anche il contenuto delle restrizioni al trattamento penitenziario, limitando ulteriormente alcuni diritti fondamentali del detenuto, ovvero la durata e frequenza dei colloqui con familiari e difensori (norma questa sottoposta ad aspre critiche e per tale motivo oggetto di riformulazione, con eliminazione del limite di n. 3 colloqui settimanali della durata massima di un’ora ciascuno, al fine di consentire l’esercizio effettivo del diritto di difesa), la ricezione di cibo per il tramite del pacco mensile, la possibilità di cottura dei cibi e l’accesso alla socialità interna e stabilendo che la “gestione” del detenuto in

ambito carcerario spettasse al Gruppo Operativo Mobile (GOM), con ciò consacrando la definitiva differenziazione dei detenuti “marchiati” dalla qualifica di associati mafiosi.

Il regime così delineato è quello in attuale esecuzione, anche sotto il profilo che qui interessa della disciplina delle impugnazioni dei decreti applicativi e di proroga.

Le prime importanti critiche opposte a tale disciplina riguardano l’accentramento della competenza a decidere sui reclami al Tribunale di Sorveglianza di Roma, che avrebbe determinato da un punto di vista formale la violazione del principio di diritto costituzionalmente garantito dall’art. 25 al Giudice naturale in assenza di una logica giustificazione e di reali esigenze di sicurezza ed ordine pubblico.

Dal punto di vista, non meno rilevante, pratico, tale accentramento ha, invece, amplificato da un lato la difficoltà di acquisizione di informazioni dettagliate individualizzanti, acquisibili al contrario dal Magistrato di Sorveglianza avente giurisdizione sull’istituto di pena nel quale il reclamante si trova ristretto, al fine di valutare l’effettiva congruità e necessità delle singole restrizioni e l’eventuale eccessiva compressione di diritti fondamentali della persona e, dall’altro, ha reso ancora più difficoltoso ed oneroso il compito del difensore di accesso alle informative a corredo del decreto ministeriale al fine di motivare adeguatamente il reclamo.

Senza dubbio si può affermare, inoltre, che la durata stabilita per legge nella misura minima di anni quattro/due dei decreti applicativi/di proroga del regime differenziato unitamente alla dilatazione dei tempi di trattazione delle procedure di reclamo, connessi al carico di lavoro centralizzato in un unico Tribunale abbiano determinato una minore effettività del diritto di impugnazione formalmente previsto dalla legge, in considerazione del fatto che, ovviamente, il reclamo non è sospensivo dell’applicazione del regime speciale e non è infrequente che i tempi di decisione del reclamo proposto siano tali da coincidere, talvolta, con la durata stessa del decreto ministeriale.

La giurisprudenza di legittimità, però, ha chiarito che sia altresì possibile per l’interessato chiedere al Ministro di Giustizia la revoca anticipata dell’applicazione del regime differenziato ove ne siano venuti meno i presupposti (onerando, però, il richiedente della prova della cessazione dei presupposti per l’applicazione) e, in caso di omessa risposta, il cd “silenzio rifiuto” possa essere altresì oggetto di reclamo avanti al Tribunale di Sorveglianza di Roma, in ragione della competenza centralizzata ora stabilita. Si legga in tal senso la pronuncia della Cassazione penale, sez. I, 18/09/2012, n. 39863-CED Cassazione penale 2012, rv 253288, che, in decisione sul conflitto negativo di competenza ha così stabilito: *“A seguito della legge n. 84 del 2009, la competenza a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale di rigetto, per silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del decreto impositivo del regime detentivo previsto dall’art. 41-bis dell’Ordinamento penitenziario spetta al tribunale di sorveglianza di Roma”*.

Così ancora, sempre al fine di garantire l’effettività dell’esercizio del diritto di difesa per il tramite della procedura di reclamo, la Suprema Corte ha chiarito altresì che il termine di venti giorni per l’impugnazione decorra, in caso di notifica anche al difensore, dall’ultima delle notifiche avvenuta, chiarimento quanto mai opportuno, in considerazione del rilevante contenuto tecnico dell’impugnazione, e che lo stesso sia termine soggetto alla sospensione feriale.

Leggasi in tal senso Cassazione penale, sez. I, 19/12/2011, n. 3634-Cass. pen. 12, 12, 4249 CED Cassazione penale 2011, rv 251851 *“Qualora il decreto di applicazione o di proroga del regime di cui all’art. 41 bis ord. penit. sia stato notificato anche al difensore, in ossequio all’art. 2 della Circolare del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria n. 100844 del 9 ottobre 2003, il termine per il difensore per proporre reclamo decorre dal momento della*

*notifica a lui effettuata. (Nella specie, la Corte ha cassato la decisione del tribunale di sorveglianza che aveva considerato tardivo il reclamo del difensore proposto oltre il termine di 20 giorni dalla notifica del decreto di proroga al detenuto, ma entro i termini decorrenti dalla notifica a lui effettuata)" e Cassazione penale, sez. I, 15/06/2010, n. 24830 G. CED Cassazione penale 2010, rv 248045 Annulla con rinvio Trib. Sorv. Roma, 15/12/2009 "Il termine per la proposizione del reclamo avverso il d.m. di sospensione delle regole ordinarie di trattamento, adottato a norma dell'art. 41 bis, comma 2, l.e 26 luglio 1975 n. 354, è soggetto alla sospensione nel periodo feriale".*

Infine, anche a seguito delle novelle legislative, appare comunque conservato il potere/dovere del Tribunale di Sorveglianza di Roma, quale giudice unico per le decisioni dei reclami avverso l'applicazione e la proroga dei decreti ministeriali, di decidere non solo in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi del regime differenziato, ma altresì in ordine alla congruità del contenuto dello stesso, operando quella valutazione specifica delle limitazioni imposte avendo a riguardo alle condizioni soggettive del detenuto reclamante, che potrebbero determinare, per esempio in ipotesi di malattia o età particolarmente avanzata, un giudizio di non congruità e la necessità di una conseguente disapplicazione.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale, che, con la pronuncia n. 190 del 28/05/2010, Cass. pen. 2009, 10, 3444, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale posta con riferimento all'art. 41-bis commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, ne ha chiarito il contenuto implicito ed esplicito ed ha confermato che il compito del Giudice non possa limitarsi ad un mero controllo notarile, ma debba essere esplicito in modo pieno, verificando altresì se il contenuto del decreto si ponga in violazione con i diritti costituzionalmente garantiti ad ogni singolo detenuto in condizioni di restrizione della libertà personale.

Ancora un intervento della Corte Costituzionale è stato fondamentale per la comprensione del contenuto necessario dei decreti ministeriali di proroga del regime differenziato e del compito del Tribunale di Sorveglianza di vigilare in ordine alla loro effettiva motivazione, ritenendo l'art. 41 bis ancora una volta conforme al dettato costituzionale ove ne sia data una lettura ed interpretazione corretta.

Con ordinanza n. 417 del 23/12/2004, - Giur. cost. 2004, 6, è stato infatti precisato che *"È manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 13 commi 1 e 2, 24 comma 2, 27 comma 3, 97 comma 1 e 113 commi 1 e 2 cost., la q.l.c. dell'art. 41 bis comma 2 bis l. 26 luglio 1975 n. 354, come modificato dall'art. 2 l. 23 dicembre 2002 n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento sono prorogabili "purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno". La disposizione censurata deve infatti essere interpretata, alla luce delle pronunce della Corte costituzionale e del giudice di legittimità, conformemente a Costituzione, nel senso cioè che il provvedimento di proroga deve contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali e che, in sede di controllo giurisdizionale, spetterà al giudice verificare in concreto - anche alla luce delle circostanze eventualmente allegiate dal detenuto - se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale".*

L'attuale quadro normativo, riletto alla luce delle pronunce interpretative sopra indicate, consente, pertanto, al reclamante ed al suo difensore una difesa effettiva nella misura in cui è stato chiarito che ogni provvedimento di proroga deve contenere una autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire e non possono ammettersi motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte, principi che sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis*, la quale ha ribadito che ai fini della proroga è necessaria un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa.

### **3. Esercizio del diritto di reclamo ai sensi degli artt. 35-*bis* e 35-*ter* OP**

Stabiliti i principi cardine in materia di esercizio del diritto di reclamo avverso i provvedimenti applicativi e di proroga del regime differenziato, l'esperienza "sul campo" della scrivente impone di ricordare che i singoli aspetti della vita quotidiana dei detenuti sottoposti al regime speciale o al cosiddetto "carcere duro" possano e debbano essere oggetto di valutazione da parte della Magistratura di Sorveglianza territorialmente competente, ovvero del Magistrato di Sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di pena in cui il detenuto è ristretto e del Tribunale di Sorveglianza distrettuale in secondo grado, ove si verificano violazioni di diritti costituzionalmente garantiti e tutelati anche dall'ordinamento penitenziario.

In termini pratici la proposizione di reclami giurisdizionali disciplinati dall'art. 35-*bis* dell'ordinamento penitenziario consente, quantomeno in linea teorica, il ripristino di quella vigilanza più attenta da parte del Giudice territorialmente più vicino, che avrebbe, pertanto, la concreta possibilità non solo di acquisire informazioni da parte degli organi penitenziari, ma altresì di accedere presso l'Istituto per la verifica personale in ordine alla lamentata violazione ovvero di recepire la segnalazione di siffatte violazioni ad opera del Garante dei detenuti.

Di fatto violazioni quali la limitazione eccessiva del numero dei partecipanti al gruppo di socialità o la sottoposizione a metodologie di perquisizione personale o sorveglianza visiva tramite telecamere eccedenti le esigenze di sicurezza e compiute in violazione delle norme procedurali in materia, o ancora, l'eccessiva compressione del diritto alla corrispondenza o alla fruizione di colloqui visivi con i famigliari o le limitazioni nella ricezione del cibo per il tramite del pacco mensile, la compressione del diritto allo studio e la violazione del diritto alla salute per il tramite di prescrizioni introdotte con il regime differenziato, che non tengano conto delle particolari condizioni di ogni singolo detenuto, possono essere fatte oggetto di valutazione da parte del Magistrato di Sorveglianza per il tramite di reclamo giurisdizionale, che verrà discusso in udienza camerale partecipata nelle forme del videocollegamento.

Di fatto spesso proprio gli esiti dei procedimenti definiti a seguito dei ricorsi giurisdizionali proposti a norma dell'art. 35 bis OP hanno determinato l'emanazione di circolari ministeriali che hanno adeguato il contenuto di alcuni aspetti regolamentari della vita detentiva nel regime differenziato.

Ed ancora, proprio il diritto alla salute, ove possa essere gravemente compromesso in ragione delle particolari imposizioni dettate con il regime differenziato, può trovare sicuramente tutela anche per il tramite e nelle forme del reclamo giurisdizionale, che consente, peraltro, una possibile doppia valutazione nel merito, in primo grado da parte del Magistrato di Sorveglianza e, in caso di eventuale impugnazione, da parte del Tribunale di Sorveglianza distrettuale.



Da ultimo, non pare possa negarsi neppure ai detenuti sottoposti al regime differenziato la possibilità di accedere al rimedio risarcitorio ex art. 35-ter OP introdotto con l. 117/2014 in presenza di violazioni dell'articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati, ove le condizioni di detenzione risultino tali da comportare un trattamento inumano e degradante.

#### **4. Considerazioni conclusive**

Alla luce della disciplina normativa delineatasi attraverso stratificazioni di leggi sempre più restrittive della libertà personale di soggetti qualificati come mafiosi e non più ancorate a situazioni di emergenza ed eccezionalità, pare che l'unico strumento per evitare reiterazioni per decenni di un regime particolarmente gravoso sia effettivamente il ricorso alla procedura di reclamo, che richiede, però, il coraggio e la completa autonomia da parte dell'Autorità Giudiziaria nella valutazione delle singole doglianze e nella verifica tanto dei presupposti quanto della congruità di ogni limitazione imposta rispetto alle asserite ragioni di sicurezza.

Il compito assegnato al Tribunale di Sorveglianza di Roma, in primo luogo, ed alla Magistratura di Sorveglianza territoriale pare essere particolarmente arduo, ove si consideri la durata media di applicazione del regime differenziato, che supera spesso e volentieri il decennio, ma l'altrettanto arduo compito del difensore deve essere quello di richiamare ed invocare sempre la giurisprudenza di legittimità e costituzionale, che hanno tracciato l'unico perimetro di legalità del regime 41 OP.

In assenza di un controllo giurisdizionale effettivo, rigido ed attento, che non si appiattisca ad una mera verifica formale dei presupposti applicativi e del titolo detentivo, il regime differenziato non potrà che divenire una forma di tortura inconcepibile ed inaccettabile per il nostro ordinamento.

## La Cassazione in tema di trattenimento della corrispondenza proveniente dal difensore e diretta al detenuto sottoposto al 41-bis

*di Lorenzo Cattelan\**

**ABSTRACT:** La Suprema Corte ha dichiarato manifestamente infondato il ricorso di un detenuto sottoposto al regime differenziato avverso la decisione della Magistratura di Sorveglianza che ha disposto il trattenimento della corrispondenza (in entrata) con il proprio difensore, contenente una serie di copie di provvedimenti giurisdizionali utili a predisporre un’adeguata strategia difensiva.

Dopo aver indagato la normativa italiana in materia di corrispondenza detenuto-difensore, il presente contributo si propone di analizzare la specifica disciplina che interessa coloro che sono ristretti al regime di cui all’art. 41-bis OP.

La conclusione è affidata all’analisi e al commento della pronuncia giurisdizionale richiamata, alla luce del bilanciamento fra rilevanti esigenze preventive e tutela della corrispondenza (art. 15 Cost.) e del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

## The Supreme Court in the matter of detention of correspondence coming from the lawyer and directed to the detainee submitted to 41-bis

**ABSTRACT:** *The Supreme Court has declared manifestly unfounded the resource of a detainee subject to the differentiated regime against the decision of the Magistrature of Surveillance which ordered the detention of correspondence (incoming) with his lawyer, even if it contains copies of judicial measures which are useful for the preparation of an appropriate defensive strategy.*

*After having investigated the Italian legislation in the matter correspondence between prisoners and their lawyers, the present contribution aims to analyse the specific discipline that affects those who are restricted to the regime referred to art. 41-bis OP.*

*The conclusion is entrusted to the analysis and commentary of the jurisdictional decision referred to, in the light of the balance between important preventive needs and protection of correspondence (art. 15 Cost.) and the right of defence (art. 24 Cost.).*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Cenni in tema di corrispondenza tra detenuto e difensore alla luce della normativa italiana. – 3. *Un focus* sulla corrispondente disciplina per i detenuti al regime di 41 -bis. – 4. La sentenza 14 giugno 2019, n. 36041, della Suprema Corte di Cassazione.

### 1. Premessa

Nel solco di una oramai vasta giurisprudenza interna ed internazionale, la Suprema Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi del tema della corrispondenza in entrata fra soggetto detenuto sottoposto al regime di cui al 41 -bis legge 26 luglio 1975, n. 354, (d’ora in poi “OP”) e il suo avvocato.

Nel dettaglio, la richiamata pronuncia della Prima Sezione Penale, emessa in data 14 giugno 2019, si inserisce nel dibattito maturato a seguito del noto caso *Altay c. Turchia* (N. 2)<sup>1</sup>, con cui la Corte Edu ha condannato il Paese osmanico per aver violato gli artt. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) e 6, §1 (*Diritto ad un equo processo*) della CEDU<sup>2</sup>. Per quanto di nostro interesse, il caso posto all’attenzione dei giudici di Strasburgo, originava dal sequestro di un plico (spedito dall’avvocato all’assistito detenuto), contenente copie di un libro e di un settimanale, ritenuto, dalle competenti Autorità statali, non conforme alle esigenze di sicurezza. Ebbene, rimarcando la centralità del ruolo dell’avvocato rispetto all’esercizio dei diritti difensivi per le persone sottoposte a restrizione della libertà personale, la seconda sezione della Corte Edu ha affermato che le restrizioni all’esercizio del diritto di difesa sono legittime solo laddove previste dalla legge e solo nella misura in cui si rivelino strettamente necessarie al raggiungimento dello scopo.

La limitazione del diritto soggettivo “rafforzato” alla difesa, in sostanza, può essere legittimata solo nel caso in cui corrisponda ad una previsione normativa tassativa, chiara ed accessibile – tanto nel momento precettivo quanto in relazione agli effetti conseguenti alla sua violazione – nonché rispondente ad un effettivo “bisogno sociale” (identificabile sia in un interesse dello Stato sia della collettività sia, ancora, di un altro soggetto privato).

Ciò premesso, il presente contributo si propone di offrire una breve panoramica della normativa italiana in tema di limiti e controlli alla corrispondenza – definibile, alla stregua dell’art. 616, comma 4, c.p.p., come ogni forma di comunicazione di idee, sentimenti, propositi o notizie tra due o più persone determinate, in modo diverso dalla conversazione in presenza, e che presenti i caratteri della personalità (nel senso della determinabilità del destinatario) e dell’attualità – tra difensore e assistito sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP, ai fini di un’analisi consapevole della recentissima sentenza della Cassazione sul punto.

In questo senso, le battute iniziali riferite al panorama internazionale impongono all’interprete un approccio equilibrato, sensibile alle dinamiche sociali e, al contempo, garante del divieto di ingerenza delle Autorità nei riguardi della corrispondenza scambiata tra il difensore ed il proprio assistito.

Utilizzando le parole della Corte Edu, infatti, “[...] *the margin of appreciation of the respondent State in assessment of the permissible limits of interference with the privacy of consultation and communication with a lawyer is narrow in that only exceptional circumstances, such as to prevent the commission of serious crime or major breaches of prison safety and security, might justify the necessity of limitation of these rights*”.

## **2. Cenni in tema di corrispondenza tra detenuto e difensore alla luce della normativa italiana**

Modificando radicalmente la disciplina propria del regolamento carcerario del 1931, la legge penitenziaria del 1975 aveva inizialmente previsto che i controlli sulla corrispondenza di detenuti ed internati dovessero avvenire sulla base di un provvedimento motivato dell’Autorità

---

\* Tirocinante presso il Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

<sup>1</sup> Corte Edu, 9 aprile 2019, *Altay c. Turchia* (n. 2), ric. n. 11236/09, in *Osservatorio Europa*, 16 maggio 2019, con nota di V. MANCA, *La corrispondenza avvocato-detenuto come diritto soggettivo 'privilegiato' secondo i parametri convenzionali*.

<sup>2</sup> Pare opportuno sottolineare che la tutela apprestata dalla Corte Edu alla corrispondenza difensore-detenuto risale al noto leading case *Campbell c. Regno Unito*, 25 marzo 1992, ric. n. 13590/13, in cui venne sostenuta la natura “privilegiata” della relazione tra avvocato ed assistito: “[...] *the lawyer-client relationship is, in principle, privileged*”.

giudiziaria<sup>3</sup>. In questo senso, dottrina e giurisprudenza, nonostante la connotazione soggettiva degli organi deputati a disporre la sottoposizione a controllo, si dimostrarono unanimi nell’attribuire al relativo provvedimento carattere amministrativo, escludendo così la praticabilità di specifici mezzi di gravame nonché l’ammissibilità del ricorso in Cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost.<sup>4</sup>. Conseguenza di tale impostazione era il riconoscimento, in capo al detenuto, di un mero interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo.

La dubbia compatibilità di siffatto orientamento con il sistema delineato dalla CEDU venne sottolineata proprio dai giudici di Strasburgo, i quali furono chiamati a decidere su alcuni ricorsi presentati contro l’Italia da detenuti ai quali era stata censurata proprio la corrispondenza con i rispettivi difensori (casi *Calogero Diana c. Italia* e *Domenichini c. Italia* del 1996, *Messina c. Italia* e *Rinzivillo c. Italia* del 2000, *Natoli c. Italia* e *Di Giovine c. Italia* del 2001)<sup>5</sup>. L’accertato contrasto della specifica disciplina domestica con gli artt. 8 e 13 CEDU comportò, quindi, per mezzo della legge 8 aprile 2004, n. 95, l’introduzione dell’art. 18-ter OP<sup>6</sup>.

Le modifiche da ultimo richiamate, onde scongiurare il rischio di una pronuncia di illegittimità costituzionale, hanno profondamente rafforzato la posizione soggettiva del detenuto in materia di corrispondenza, tanto da poter oggi disquisire di vero e proprio diritto soggettivo, valorizzando così il disposto dell’art. 15 Cost. Nel dettaglio, il primo comma dell’art. 18-ter OP esemplifica tre diverse tipologie di controlli sulla corrispondenza: le limitazioni alla corrispondenza epistolare o telegrafica ed alla ricezione della stampa, la sottoposizione a visto di controllo ed il controllo sul contenuto delle buste (senza lettura della corrispondenza medesima). Si tratta di attività di controllo molto diverse tra loro: mentre le ultime due

<sup>3</sup> Per una ricostruzione più approfondita si veda: G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editoriale, 2019, 147. A tal proposito, si rammenta che, abolendo la c.d. “censura preventiva generalizzata del regolamento del ’31, l’allora art. 18 ord. penit, al comma 7, stabiliva il visto di controllo sulla corrispondenza attribuendone la competenza all’Autorità giudiziaria precedente per gli imputati in attesa della sentenza di primo grado, e al Magistrato di Sorveglianza per tutti gli altri soggetti in vinculis – senza, peraltro, stabilire *ex ante* le situazioni idonee a giustificare l’adozione della misura.

<sup>4</sup> M. RUARO, C. SANTINELLI, *sub art. 18-ter*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2019, 284.

<sup>5</sup> Si segnalano, più diffusamente: Corte Edu, 26 febbraio 1993, *Messina c. Italia*, ric. n. 13803/88; Corte Edu, 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, ric. n. 15943/90; Corte Edu, 15 novembre 1996, *Calogero Diana c. Italia*, ric. n. 15211/89; Corte Edu, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95; Corte Edu, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; Corte Edu, 21 dicembre 2000, *Rinzivillo c. Italia*, ric. n. 31543/96; Corte Edu, 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, ric. n. 26161/95; Corte Edu, 26 ottobre 2001, *Di Giovine c. Italia*, ric. n. 39920/98; Corte Edu, 24 ottobre 2002, *Messina c. Italia*, ric. n. 33993/96; Corte Edu, 7 luglio 2009, *Piacenti c. Italia*, ric. n. 24425/03; Corte Edu, 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas c. Italia*, ric. n. 40750/98; Corte Edu, 11 gennaio 2005, *Musumeci c. Italia*, ric. n. 33695/96; Corte Edu, 29 settembre 2005, *Zappia c. Italia*, ric. n. 77744/01; Corte Edu, 10 novembre 2005, *Argenti c. Italia*, ric. n. 56317/00; Corte Edu, 29 giugno 2006, *Viola c. Italia*, ric. n. 8316/02; Corte Edu, 11 luglio 2006, *Campisi c. Italia*, ric. n. 24358/02; Corte Edu, 11 luglio 2006, *Bastone c. Italia*, ric. n. 59638/00; Corte Edu, 4 dicembre 2007, *Papalia c. Italia*, ric. n. 60395/00; Corte Edu, 24 gennaio 2008, *Di Giacomo c. Italia*, ric. n. 25522/03; Corte Edu, 19 gennaio 2009, *Enea c. Italia*, ric. n. 74912/01.

<sup>6</sup> A ben vedere, come sottolineato da F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 2013, 306, l’*iter* che ha portato all’introduzione dell’art. 18-ter è stato ben più complesso di quanto rappresentato. Basti pensare, tra le altre cose, che il Tribunale di Sorveglianza di Napoli nel 2004 aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale dell’art. 18, co. 7, OP essenzialmente sulla base di due argomentazioni: *in primis*, la norma riservava un’eccessiva discrezionalità alle Autorità preposte e, in secondo luogo, non era assicurata la possibilità di un ricorso effettivo innanzi ad un diverso ed imparziale organo giudicante. Cfr. Tribunale Sorveglianza di Napoli, ord. 11 dicembre 2003, in *Gazz. uff.* 14-6-04, 1° serie sp., n. 15, 57.

realizzano un *vulnus* sulla riservatezza della corrispondenza, senza tuttavia limitarne l'esercizio, la prima pregiudica la possibilità stessa di esercitare pienamente il diritto inciso. Nella previsione in esame, tuttavia, non rientrano le limitazioni relative alle modalità di invio e ricezione di libri e riviste adottate nei confronti del soggetto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* OP (su cui *infra*).

È da sottolineare, inoltre, che il secondo comma dell'art. 18-*ter*, innovando ancora una volta rispetto alla previgente disciplina, ha previsto alcune categorie di c.d. *corrispondenza protetta*<sup>7</sup>, in relazione alla quale non è applicabile il regime dei controlli. Si tratta, in sostanza, della corrispondenza indirizzata (o proveniente) da: difensori, investigatori privati autorizzati incaricati nel procedimento penale nonché da consulenti tecnici e loro ausiliari. Com'è stato autorevolmente notato, perno della disposizione è il ruolo dell'attività difensiva<sup>8</sup>; nondimeno, la *ratio* è individuabile nella volontà di consentire ai detenuti di interloquire, tramite istanze libere da eventuali condizionamenti, con soggetti che, a vario titolo, sono o possono essere investite del controllo sulle condizioni del trattamento penitenziario<sup>9</sup>.

Abbozzata la sinopia del contesto di riferimento, di seguito si affrescheranno maggiori spunti di riflessione con riguardo alla specifica disciplina predisposta per i soggetti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* OP.

### 3. *Un focus sulla corrispondente disciplina per i detenuti al regime di 41-bis*

La volontà del legislatore di inasprire il regime differenziato *in peius* si evince anche approfondendo l'aspetto dei rapporti con i difensori. Nel dettaglio, la corrispondenza epistolare o telegrafica, quale evidente forma di contatto con l'esterno, risulta essere sottoposta a particolari restrizioni dall'art. 41-*bis*, co. 2 -*quater*, lett. e), OP il quale ne prevede la sottoposizione al visto di censura (salvo per i rapporti con i membri del Parlamento, Autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia)<sup>10</sup>. Tale disposizione, peraltro, nulla stabilisce in relazione alla disciplina del trattenimento, ossia dell'operazione successiva all'esercizio del controllo sui contenuti della corrispondenza, consistente nel mancato inoltramento della stessa al destinatario; trattenimento al quale, conseguentemente, si applica la disciplina generale dettata dagli artt. 18-*ter* OP e 38 reg. esec. OP<sup>11</sup>.

Più approfonditamente, l'art. 18-*ter*, stabilisce, al comma quinto, che il Magistrato di Sorveglianza, qualora ritenga che la corrispondenza o la stampa non debba essere consegnata

<sup>7</sup> Cfr. A. PULVIRENTI, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. 6, Utet, 252.

<sup>8</sup> Sul punto, infatti, è stato notato che ciò che rileva è che "la corrispondenza avvenga in ragione di un rapporto professionale tra i due soggetti, il cui oggetto può inerire sia ad un procedimento giurisdizionale (penale o non) già instaurato (o in fase di esecuzione), sia ad attività consultive in vista di un procedimento giurisdizionale" (A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 319).

<sup>9</sup> Cfr. M. RUARO, C. SANTINELLI, *cit.*, 291.

<sup>10</sup> A ben vedere, la salvaguardia di questa forma di comunicazione era già stata accolta nell'art. 38, co. 10, reg. esec. ed è stata poi sancita nel già esaminato art. 18 -*ter*, co. 2, OP, in ottemperanza ai *dicta* della Corte Edu che aveva censurato la violazione dell'art. 25 CEDU a seguito di censura operata sulla corrispondenza di detenuti "indirizzata al Segretario generale, alla Commissione e alla Corte europea dei diritti umani" (Corte Edu, 15 novembre 1996, *Calogero Diana c. Italia*, ric. n. 15211/89).

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 2012, n. 48365, secondo cui la libertà di corrispondenza dei detenuti in regime speciale può essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 della Costituzione, 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 l. n. 354 del 1975, come modificato dalla legge n. 95 del 2004.



o inoltrata al destinatario, dispone che la stessa sia trattenuta; e che, in tale evenienza, il detenuto e l'internato debbano essere immediatamente informati.

Apparentemente la norma non individua espressamente i casi in cui può essere disposto il trattenimento, ma, stante il suo stretto collegamento funzionale con il visto di censura, sembra evidente che detto trattenimento possa essere disposto qualora, dall'esame dei contenuti della corrispondenza, l'Autorità Giudiziaria ritenga che sussista una situazione di pericolo concreto per quelle esigenze di ordine e di sicurezza pubblica che costituiscono i presupposti per l'adozione del visto di censura.

Tale verifica, demandata in sede di necessario controllo giurisdizionale non può prescindere da un obbligo motivazionale, sia pur sintetico e calibrato sulle eventuali esigenze investigative e di segretezza per possibili indagini ulteriori in corso sui contenuti della corrispondenza<sup>12</sup>.

Da sottolineare, in aggiunta, la solida prassi penitenziaria che riserva il trattamento serbato con riguardo alla corrispondenza anche agli appunti, e più in generale agli scritti, redatti dal detenuto in vista del colloquio col difensore, e dunque finalizzati alla preparazione di un'adeguata strategia difensiva durante il colloquio stesso.

A tal riguardo, nel 2013 la Corte Costituzionale – riferendosi, invero, all'aspetto delle ridotte occasioni di colloquio – ha sottolineato che, nei confronti dei detenuti sottoposti al regime in esame, sono stati introdotti dei “limiti legislativi di tipo quantitativo al diritto a conferire con i propri difensori: limiti che appaiono ispirati al sospetto che questi ultimi possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni tra i detenuti stessi e gli altri membri dell'organizzazione criminale di appartenenza”<sup>13</sup>. La Consulta ha in questo modo ribadito che si tratta di restrizioni di lunga durata, applicate in modo automatico ed indefettibile, che “operano invariabilmente, a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il detenuto è (o potrebbe essere) coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche da loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare”.

È importante, ai nostri fini, sottolineare che la Corte ha affermato che un eventuale bilanciamento fra gli interessi contrapposti – diritto di difesa da una parte ed esigenza di sicurezza dall'altra – non può, in ogni caso, comportare un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non sia associato un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Tale ricostruzione procedurale è esemplificata da Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 2019 (dep. 19 luglio), n. 32452. Ivi si ritiene di condividere l'orientamento per cui l'obbligo motivazionale può essere soddisfatto anche garantendo la doverosa esigenza di riservatezza (spesso legata ad indagini in corso), attraverso un'indicazione sintetica delle allegazioni difensive e delle relative verifiche compiute dalla magistratura di sorveglianza. In particolare, il Supremo Consesso richiama, fra le altre, la citata sentenza n. 48365 del 21 novembre 2012, la quale “ribadisce la necessità di una motivazione “reale” e riferita al caso concreto (pur se sintetica, cfr. Sez. 1, n. 3713 del 4 dicembre 2008, dep. 2009, Lioce, Rv. 242525), poiché la libertà di corrispondenza dei detenuti in regime speciale può essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 della Costituzione, 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 l. n. 354 del 1975, come modificato dalla l. n. 95 del 2004. Nella specie, la Corte ha ritenuto meramente apparente la motivazione dell'ordinanza del tribunale di Sorveglianza che, senza far riferimento ad esigenze di indagine o a pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblici, aveva disposto il trattenimento di una corrispondenza sul presupposto della cripticità del linguaggio utilizzato e della presenza in essa di disegni dal significato indecifrabile (vedi anche Sez. 1, n. 43522 del 20 giugno 2014, Gionta, Rv. 260692)”.

<sup>13</sup> Corte Cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno), n. 143, in *Giurisprudenza penale web*, 25 giugno 2013, con nota redazionale, [Illegittimo il 41-bis nella parte in cui limita i colloqui dei detenuti con il proprio difensore](#).

<sup>14</sup> L. CESARIS, *sub art. 41-bis*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *cit.*, 554.

In questo contesto, pare opportuno rammentare anche il passaggio argomentativo di un’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Udine (10 dicembre 2015) che, in tema di corrispondenza fra detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* OP, ha chiarito che la disciplina del c.d. *carcere duro*, pur essendo caratterizzata da significative limitazioni di alcuni diritti in ragione di rilevanti esigenze preventive, non può comportare la configurazione di un assetto sottratto ai principi costituzionali e convenzionali (art. 8 CEDU)<sup>15</sup>.

Prima di passare all’esame della sentenza delle Sezioni Unite che ha dato stimolo al presente contributo, pare opportuno indugiare su di un’ulteriore questione. Con circolare del 2 ottobre 2017, n. 3676/616 il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (in seguito “DAP”), infatti, è intervenuto a regolamentare sistematicamente l’organizzazione del regime detentivo speciale di cui all’art. 41-*bis* OP. Per quanto riguarda i rapporti visivi con i difensori si è stabilito che essi debbano essere effettuati senza vetro divisorio, senza limiti di frequenza e di durata<sup>16</sup>. La consegna di atti e documenti giudiziari da parte del difensore in occasione dei colloqui visivi, invece, può avvenire solo se accompagnata da opportuna dichiarazione attestante la natura di corrispondenza per ragioni giuridiche *ex artt.* 103, co. 5, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p.

In aggiunta, estremamente rilevante in materia di corrispondenza è la previsione che mantiene e valorizza il visto di censura di cui al comma 2-*quater*, lett. e) dell’art. 41-*bis* OP. In nessun caso, comunque, risultano consentite limitazioni e controlli alla corrispondenza “per giustizia”, ossia indirizzata (o proveniente da) agli investigatori privati autorizzati, consulenti tecnici *ex art.* 103, co. 5 c.p.p., all’Autorità giudiziaria, alle Autorità indicate nell’art. 35 OP, ai membri del Parlamento, alle rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di appartenenza e agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell’uomo (artt. 18, 18.1, pp. 27-29 della citata circolare del DAP).

L’ipotesi di controllo sulle buste riproduce la disciplina dell’ispezione, prevista dall’art. 38, comma 5, d.P.R. 30 giugno 2006, n. 230. A riguardo, è opportuno che, prima di consegnare la corrispondenza al detenuto, la posta sia:

---

<sup>15</sup> Cfr. Magistrato di Sorveglianza di Udine, ord. 10 dicembre 2015, est. F. FIORENTIN, con nota di G. ALBERTI, *In tema di limitazioni del diritto alla corrispondenza per i detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41 -bis o.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo Web*, 21 marzo 2016. Il caso di specie prendeva le mosse da un reclamo *ex art.* 35 -bis OP presentato da un detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41 -bis OP, avente ad oggetto la possibilità di intrattenere corrispondenza con un altro detenuto, anch’egli sottoposto al medesimo regime presso un altro istituto di pena. In particolare, veniva lamentata una lesione ai principi costituzionali a seguito di un provvedimento della Casa Circondariale di Tolmezzo che negava tale richiesta sulla base di una circolare del DAP, 27 aprile 2015, n. 0147611 che vieta, in via generale, la possibilità di siffatta corrispondenza, tranne che si tratti di familiari. Orbene, il Magistrato in parola ha ritenuto di accogliere il reclamo, non riconoscendo alla fonte amministrativa (la circolare del DAP) il potere di limitare in via generale la corrispondenza dei detenuti al regime differenziato e valorizzando, in questo modo, il dettato dell’art. 15 Cost. Ivi, infatti, si ricava il principio per cui le limitazioni alla corrispondenza, oltre che essere previste dalla legge, devono necessariamente autorizzate da un atto motivato dell’autorità giudiziaria. Sostenere il contrario, conclude l’ordinanza, significherebbe fornire un’interpretazione abrogatrice dell’art. 41 -bis, co. 2, lett. e) OP, che prevede la possibilità di sottoporre al visto di controllo la corrispondenza, ma non di vietarla in modo assoluto.

<sup>16</sup> Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, circolare 2 ottobre 2017, n. 3676/616, con nota di V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41 -bis: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo Web*, 6 novembre 2017. In particolare, la prescrizione riportata è affermata dall’art. 16.3, 25. Così anche con riferimento ai colloqui del detenuto a cui sia stata comminata la pena accessoria dell’interdizione legale con il proprio tutore, art. 16.5, 25-26; in termini analoghi anche per il detenuto non legalmente interdetto in presenza di un notaio o pubblico ufficiale, art. 21, 30.

- a) esaminata esternamente anche mediante l’ausilio di idonei strumenti meccanici e/o con l’ausilio di unità cinofile;
- b) in caso di sospetto per l’ordine e la sicurezza, trattenuta nell’attesa della prescritta autorizzazione da parte dell’Autorità competente;
- c) in quest’ultimo caso, consegnata al destinatario soltanto previa liberatoria alla ispezione, rilasciata da parte dello stesso. L’apertura della busta dovrà avvenire, in ogni caso, nel rispetto delle modalità previste dal citato art. 38, comma 5, in presenza del detenuto.

La finalità dell’ispezione, come intuibile, è quella di verificare che la corrispondenza in busta chiusa non contenga valori od oggetti non consentiti. Va, al proposito, distinta l’ipotesi in cui l’ispezione sia condotta senza l’apertura di plichi (ispezione esterna) ovvero che questa si spinga all’esame dell’interno delle buste (ispezione interna). La Direzione dell’Istituto, qualora abbia fondato sospetto della presenza, all’interno della corrispondenza epistolare, di elementi che costituiscono pericolo per l’ordine o la sicurezza, ovvero che integrino fattispecie di reato, trattiene la missiva e inoltra immediatamente una segnalazione all’Autorità giudiziaria per i provvedimenti di competenza. La circolare continua affermando che, laddove la corrispondenza sospetta sia stata sottoposta legittimamente a visto di controllo, è inoltrata o trattenuta esclusivamente su decisione dell’Autorità giudiziaria.

In altri termini, se con tale fonte regolamentare il DAP sembra aver raggiunto l’obiettivo di uniformare e rendere omogeneo il trattamento dei soggetti sottoposti a circuito differenziato – sistematizzando in un unico documento applicativo le modalità esecutive del 41-*bis*, agevolando in questo modo l’opera degli operatori del settore – si evidenzia, tuttavia, la presenza di plurimi profili ancora stridenti col cardine dell’umanità della pena<sup>17</sup>.

Invero, suscitano riflessioni critiche, tra le altre, proprio le rigide prescrizioni in tema di corrispondenza, che mal si conciliano con i noti principi costituzionali che informano l’esecuzione intramuraria. Pur apprezzando la sensibilità espressa in sede di premessa alla circolare in esame, in cui si esplicita che la *ratio* dell’istituto previsto dall’art. 41-*bis* (definito impropriamente come “misura di prevenzione”) sia quella “di impedire – al di fuori dei casi consentiti dalla legge – contatti e comunicazioni tra esponenti della criminalità organizzata, detenuti o internati, all’interno degli istituti di pena, nonché contatti e comunicazioni tra gli esponenti delle varie organizzazioni e di quelli ancora operanti all’esterno”, si fatica a comprendere il rigido atteggiamento dedicato persino ai rapporti con il difensore<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Si legga, fra tutti, A. DELLA BELLA, *Per la Cassazione i detenuti in “41 bis” non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto dal sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017, 1689.

<sup>18</sup> A tal proposito, si segnala un diverso orientamento, in tema di comunicazione mediante corrispondenza tra detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-*bis* OP, secondo cui l’approccio restrittivo trova fondamento direttamente nella legge e non in un provvedimento amministrativo, quale la citata circolare del DAP (Mag. Sorv. Sassari, ord. 2 ottobre 2015, est. L. Diez). Le disposizioni di cui al co. 2-*quater* lett. a) ed f) dell’art. 41-*bis* OP, infatti, «devono essere lette – non secondo l’orientamento in parola – conformemente alla *ratio* della disciplina differenziata contenuta nel citato articolo, finalizzata, in un’ottica di prevenzione, ad evitare qualsiasi contatto fra soggetti appartenenti ad associazioni criminali di stampo mafioso o con finalità di terrorismo o eversione, mediante una serie di limitazioni di alcuni diritti. Tale orientamento valorizza, da un lato, l’ampia formulazione della lett. a), in cui il legislatore ha utilizzato termini volutamente genetici ed omnicomprensivi, riferibili a qualsiasi forma di comunicazione e, dall’altro, l’esplicito richiamo alla prevenzione. Nella medesima ottica andrebbe interpretata, secondo l’orientamento in esame, la disposizione di cui alla lett. f), dalla quale si dovrebbe desumere che per assicurare “la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità”, possano essere adottate anche misure diverse rispetto a quelle di natura logistica, espressamente menzionate dalla norma. L’obiettivo del legislatore sarebbe, dunque, non solo quello di impedire i contatti fisici, ma di precludere qualsiasi tipo di contatto fra detenuti appartenenti a diversi

In conclusione del presente paragrafo, insomma, si auspica un rinnovato approccio del legislatore e del DAP nei confronti della figura del professionista esercente la professione forense, dovendosi ritenere prevalente, nel contrappeso fra i diversi interessi e alla luce del principio di proporzionalità, l'effettività e la pienezza del diritto alla difesa (laddove, ben inteso, non vi siano elementi che facciano ritenere in ogni caso attuale il pericolo di un indebito contatto con l'esterno). L'esigenza di tale valorizzazione è imposta dal concetto stesso di inviolabilità richiamato dall'art. 24 della Costituzione, il quale implica (ed esige) la possibilità per (tutti) i detenuti di interloquire, tramite istanze libere da eventuali condizionamenti, coi propri difensori<sup>19</sup>.

#### 4. La sentenza 14 giugno 2019, n. 36041, della Suprema Corte di Cassazione

La trattazione, a questo punto, è matura per dare conto della pronuncia della Prima Sezione della Corte di Cassazione dello scorso 14 giugno 2019, n. 36041, con cui si è ritenuto legittimo e, quindi, privo di censure il provvedimento adottato dal Magistrato di Sorveglianza (successivamente confermato dal Tribunale di Sorveglianza), con cui si è disposto il trattenimento di una missiva proveniente dal difensore di un detenuto sottoposto al regime *in peius*.

Procedendo con ordine, di seguito si riportano i fatti che hanno originato la pronuncia dei giudici di Piazza Cavour.

Con provvedimento adottato il 5 marzo 2018 il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo disponeva nei confronti del detenuto S.M., sottoposto al regime di cui all'art. 41 -*bis* OP e assoggettato al visto di controllo della corrispondenza, il trattenimento di una missiva a lui diretta, apparentemente proveniente dal suo difensore, in quanto contenente copie di provvedimenti giurisdizionali, le quali, in quanto prive di autenticazione, avrebbero potuto essere alterate e celare all'interno indebite informazioni.

A seguito del provvedimento del Magistrato di Sorveglianza, il detenuto proponeva tempestivamente reclamo innanzi al Tribunale di Sorveglianza di Roma, allegando che la documentazione, contenuta nel plico oggetto di trattenimento, costituiva materiale per preparare adeguatamente la sua difesa (nello specifico relativa a procedimenti instaurati o da instaurarsi davanti all'Ufficio di Sorveglianza di Viterbo).

Il citato organo giudicante, in data 15 novembre 2018, pronunciava ordinanza di inammissibilità, assunta la mancanza di uno specifico contenuto censorio.

Invero, proprio la Suprema Corte ha da tempo maturato l'indirizzo secondo cui, anche nell'ipotesi di reclamo proposto senza l'ausilio del difensore, il requisito della specificità dei motivi previsto, per tutti i mezzi di impugnazione, dall'art. 581 c.p.p., lett. c) (con la relativa sanzione, prevista dall'art. 591 c.p.p., comma primo, lett. c), costituita dall'inammissibilità dell'impugnazione) trova la sua ragion d'essere nella necessità di porre il giudice dell'impugnazione in grado di individuare i punti e i capi del provvedimento impugnato oggetto delle censure. In altri termini, "inerisce al concetto stesso di 'motivo' di impugnazione l'individuazione di questi punti ai quali la censura si riferisce"<sup>20</sup>.

---

gruppi di socialità. In forza di tale percorso argomentativo, apparirebbe contrastante con la *ratio* della norma consentire a detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., ristretti in diversi penitenziari, di scambiare corrispondenza» (G. ALBERTI, *cit.*).

<sup>19</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Giuffrè, 2016.

<sup>20</sup> Così, ex plurimis, Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2004, n. 25308, *Maviglia e altri*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 515.

Avverso l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza S.M. ricorreva comunque per Cassazione, denunciando la violazione e l’erronea applicazione degli artt. 581 c.p.p., 14-ter, 18-ter e 69 OP. Nel dettaglio, l’oggetto della doglianza del detenuto poggiava sul fatto che si sarebbe dovuto tenere conto che il reclamo proveniva direttamente dalla persona dell’interessato, di certo “non addetta ai lavori”, e che, di conseguenza, non si sarebbero potuti muovere appunti di natura tecnica sul confezionamento dell’impugnazione giudiziale. In aggiunta, si eccepeva che, in ogni caso, il contenuto della doglianza era chiaro e che la mancata consegna di atti giudiziari provenienti dal suo difensore costituiva palese violazione del suo diritto di difesa. Il Tribunale di Sorveglianza insomma, secondo l’impugnante, sarebbe dovuto scendere a trattare il merito della questione (e non limitarsi ad esaminare una questione pregiudiziale).

Orbene, la Corte di Cassazione ha ritenuto il ricorso manifestamente infondato. Secondo il Supremo consesso, infatti, il Magistrato di Sorveglianza, nel disporre il trattenimento “in entrata” della missiva, ne aveva puntualmente esplicitato le ragioni, spiegando di avere motivo di dubitare dell’autenticità della documentazione racchiusa nella busta. In altri termini, quest’ultima pur recando come mittente il difensore, era tuttavia priva degli indici legali di riconoscibilità prescritti dagli art. 103, comma 6, c.p.p., e 35 disp. att. c.p.p. (che l’avrebbero resa insindacabile nel suo contenuto).

Secondo i giudici della legittimità, in sostanza, l’impugnante avrebbe potuto (e dovuto) svolgere una censura direttamente correlata alla menzionata e ben intellegibile affermazione giudiziale, anziché dolersi, in via del tutto generica, della violazione del suo diritto di difesa. In questo senso, la Cassazione si spinge a suggerire che il detenuto – che ragionevolmente era a conoscenza del contenuto della corrispondenza – “avrebbe dovuto contestare in concreto le modalità di esercizio del potere di trattenimento, indicando sotto quale aspetto, e per quali ragioni, la decisione di rigore assunta a suoi danni e compiutamente illustrata, dovesse ritenersi illegale, ingiustificata dal punto di vista logico-motivazionale o altrimenti sconveniente o inopportuna”.

A titolo di commento, pare che la decisione della Suprema Corte non contraddica le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti. Infatti, le valutazioni della Magistratura di Sorveglianza, preso atto della particolare natura del contenuto del plico destinato al detenuto, si sono correttamente poggiate sul disposto dell’art. 103 c.p.p. (il quale prevede una deroga al divieto di controllo della corrispondenza fra imputato e difensore nell’ipotesi in cui vi sia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato) e dell’art. 35 disp. att. c.p.p. (che prevede requisiti di forma per la corrispondenza detenuto-difensore)<sup>21</sup>, ai fini di dimostrare l’irritualità dell’impugnazione presentata dal detenuto.

<sup>21</sup> L’art. 35 disp. att. c.p.p. recita: “1. Ai fini di quanto previsto dall’articolo 103 comma 6 del codice, la busta della corrispondenza tra l’imputato e il suo difensore deve riportare:

a) il nome e il cognome dell’imputato;  
 b) il nome, il cognome e la qualifica professionale del difensore;  
 c) la dicitura «corrispondenza per ragioni di giustizia» con la sottoscrizione del mittente e l’indicazione del procedimento cui la corrispondenza si riferisce.

2. Quando mittente è il difensore, la sottoscrizione è autenticata dal presidente del consiglio dell’ordine forense di appartenenza o da un suo delegato.

3. Se l’imputato è detenuto, l’autorità che ne ha la custodia appone il proprio timbro o firma sulla busta chiusa che già reca le indicazioni suddette, senza che ciò ritardi l’inoltro della corrispondenza.

4. Alla corrispondenza tra l’imputato detenuto e il suo difensore, recante le indicazioni stabilite nei commi 1 e 2, non si applicano le disposizioni dell’articolo 18 commi 8 e 9 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e degli articoli 20 comma 1 e 36 commi 7 e 8 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431.

5. Ai fini di quanto previsto dall’articolo 103 comma 5 del codice, quando sono autorizzati colloqui telefonici tra



Per di più, attese le spiccate esigenze preventive che connotano l’istituto, è da ritenersi legittimo il trattenimento del caso di specie proprio in quanto la mancata autenticazione dei provvedimenti giudiziari ben può essere sintomatica di una alterazione del contenuto (e di un conseguente celamento di indebite informazioni).

Aderire alla difesa del ricorrente, in altri termini, avrebbe comportato riconoscere alla persona detenuta, in nome della libertà di corrispondenza, il diritto assoluto di avere rapporti con l’esterno senza alcuna restrizione qualitativa.

Ebbene, l’art. 8 CEDU (secondo cui si riconosce ad ogni persona il “diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza”) non prevede un tipo di tutela assoluta. Ai sensi, infatti, del comma secondo della medesima disposizione si consentono ingerenze della “pubblica autorità” (non necessariamente quella giudiziaria) nel suo esercizio, in presenza di tre condizioni: in primo luogo, l’ingerenza deve essere prevista da una norma di legge: formula che – secondo i giudici di Strasburgo – deve essere intesa, sul piano delle fonti, come comprensiva non del solo diritto positivo, ma anche dell’applicazione e dell’interpretazione delle disposizioni da parte della giurisprudenza, e, sul piano della “qualità” della legge, come espressiva dell’esigenza dell’adeguata accessibilità e della sufficiente precisione della norma che prevede l’interferenza, così da fornire un’adeguata protezione contro l’arbitrio; in secondo luogo, poi, l’ingerenza deve perseguire uno degli scopi legittimi indicati dal § 2 dell’art. 8 CEDU (“la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”); da ultimo, l’ingerenza deve essere necessaria per il raggiungimento dei predetti scopi: requisito che – sempre secondo le indicazioni della Corte di Strasburgo – postula la proporzionalità del sacrificio del diritto rispetto alla finalità legittima perseguita (v. Corte Edu, 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*, ric. n. 10465/83)<sup>22</sup>.

In definitiva, la succinta ricognizione che si è sopra effettuata sembra validare la decisione in rassegna, a conferma della persistente necessità di valorizzare, alla luce del dettato convenzionale (art. 8 CEDU), la *ratio* l’istituto di cui all’art. 41-*bis* OP, specie in presenza di elementi che facciano presumere l’elusione delle cautele ivi predisposte.

---

l'imputato detenuto e il suo difensore, come risultante dall'indicazione del relativo procedimento, non si applica la disposizione dell'articolo 37 comma 8 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431”.

<sup>22</sup> Corte Cost., 8 febbraio 2017 (dep. 26 maggio), n. 122, con nota redazionale in *Giur. pen. web*, 4 giugno 2017, [Si chiude la vicenda del divieto di ricezione di libri e riviste per i detenuti in regime di 41 -bis OP: le motivazioni della Consulta.](#)

## Le limitazioni alla ricezione di libri, stampa e corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41-bis

di *Stefania Amato\**

**ABSTRACT:** Il contributo esamina la sentenza della Corte Costituzionale n. 122/2017, che ha respinto le questioni sollevate in merito alla legittimità del divieto, imposto dall'amministrazione penitenziaria, di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa. L'esame della pronuncia è preceduto da una panoramica della giurisprudenza della Corte in materia di art. 41-bis OP, caratterizzata, negli anni, dalla costante affermazione dell'esistenza di un nucleo inviolabile di diritti dei quali nemmeno la persona sottoposta al più grave regime penitenziario può essere privata.

### 41-bis inmates' limits to receiving books, newspapers and correspondence

**ABSTRACT:** *The paper deals with the ruling of the Constitutional Court 122/2017, rejecting the review of constitutionality of the prohibition placed by the prison administration on people subjected to 41-bis regime to get books and reviews from outside and to send them outside. The analysis of the ruling is preceded by an overview on the Court's jurisprudence on art. 41-bis, characterized, through the years, by the steady statement of the existence of some core rights which are inviolable and which not even prisoners subjected to the most rigid regime can be deprived of.*

**SOMMARIO:** Premessa. 1. "Stay human": la salvaguardia dell'essenza umana del detenuto nelle pronunce della Corte Costituzionale sull'art. 41-bis OP. 2. Una battuta d'arresto: la sentenza della Corte Costituzionale n. 122/2017. 2.1 L'ordinanza di remissione. 2.2 Il diritto vivente: la *quaestio* come via obbligata. 3 Le questioni sollevate. 3.1. La violazione della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e del diritto allo studio (artt. 33 e 34 Cost.). 3.2. La violazione della libertà della corrispondenza (art. 15 Cost.). 3.3. La violazione degli artt. 117 Cost., 3 e 8 CEDU. 4. Le parole blindate: la circolare del DAP del 2 ottobre 2017. 5. Considerazioni conclusive.

#### Premessa

41-bis è un numero che, negli anni, ha assunto un portato simbolico davvero singolare, da fare impallidire la Cabala. Rassicurante o sinistro e inumano, a seconda della prospettiva, è un numero divenuto capace di intrappolare le parole: quelle dei libri, delle lettere, dei giornali, delle riviste che i detenuti in regime speciale riescono a raggiungere solo attraverso i tortuosi passaggi attraverso regole non sempre ragionevoli e, talvolta, senza che risulti effettivo il collegamento funzionale fra le restrizioni concretamente disposte e le finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza sottese al regime di 41-bis. Lo scrupoloso puntiglio con il quale anche la recente circolare del DAP n. 3676/7126, emanata il 2 ottobre 2017, ha regolamentato ogni aspetto del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis L. 354/75 non ha risparmiato, come prevedibile, la ricezione e trasmissione di corrispondenza e carta stampata.

La circolare ha seguito di pochi mesi il deposito di una sentenza della Corte Costituzionale, che vi viene espressamente richiamata e che del tema specifico dei libri e delle riviste si è occupata, giungendo ad una soluzione sulla quale già si è avuto modo di intervenire<sup>1</sup>.

Anche per i giudici della Consulta, si è appreso, un libro, pur essendo un “oggetto” come tutti gli altri, è portatore di insidia. È oggetto come tanti nel senso che può fungere da veicolo di comunicazione di idee, sentimenti e notizie tra le persone esattamente come qualsiasi altra cosa alla quale si conferisca (o che abbia in sé, per la relazione intercorrente tra chi se la scambia) una valenza simbolica condivisa; ma è potenzialmente molto pericoloso, in quanto possibile veicolo di messaggi illeciti che chi è soggetto al regime di 41-*bis* OP potrebbe inviare all'esterno del carcere o ricevere, così mantenendo i contatti con gli appartenenti al proprio ambiente criminale. Per la Corte Costituzionale è legittimo, dunque, che l'Amministrazione penitenziaria, con atti efficaci nei confronti della generalità dei detenuti sottoposti a 41-*bis*, vieti lo scambio diretto di libri e riviste con l'esterno, non ravvisandosi violazione degli artt. 21, 33, 34, 15, 117 co. 1 Cost.

L'amministrazione penitenziaria, ovviamente, si adegua; o meglio, persevera in una linea già da tempo adottata forte dell'avallo dei giudici costituzionali, regolando dettagliatamente, con la circolare del 2 ottobre 2017, i limiti imposti alle modalità di ricezione ed inoltro di corrispondenza, libri, giornali e riviste periodiche. Del resto, l'intero apparato del circuito speciale è minuziosamente organizzato e può intravedersi tra le righe, oltre al commendevole sforzo (dichiarato in premessa) di cercare un bilanciamento tra esigenze di tutela sociale e diritti dei detenuti, l'aspirazione del sistema alla massima efficienza nel mantenere il detenuto in 41-*bis* chiuso in una bolla impermeabile alla vita.

Con queste note si vuole ampliare la riflessione già a suo tempo svolta, dall'angolo visuale del “pratico” del diritto, sull'occasione mancata dal Giudice delle Leggi, dal quale taluno si aspettava forse una ripresa di quel *fil rouge* del “diritto a rimanere umani” che si è dipanato nel tempo attraverso le più significative sentenze intervenute sul regime speciale del 41-*bis* e, più in generale, sugli istituti dell'esecuzione penale.

Partiamo da qui.

### **1. “Stay human”: la salvaguardia dell'essenza umana del detenuto nelle pronunce della Corte Costituzionale sull'art. 41-*bis* OP.**

Sin dagli albori della sua comparsa nell'ordinamento, l'art. 41-*bis* ha dato lavoro ai giudici della Consulta<sup>2</sup>. Già a pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore del D.L. 306/92 venivano

\*Avvocato del Foro di Brescia.

<sup>1</sup> Il presente contributo riprende le riflessioni svolte “a caldo” dopo il deposito della sentenza della Corte Costituzionale 8.2.2017 (dep. 26.5.2017), n. 122 (Presidente Grossi; redattore Modugno), che ha dichiarato infondata la q.l.c. del divieto di ricezione diretta ed invio di libri e riviste da parte del detenuto sottoposto al regime di 41-*bis* OP: S. AMATO, [Un messaggio nella bottiglia \(e un'occasione perduta\)](#), in *Giur. pen. web*, 2017, 7-8.

<sup>2</sup> È noto che l'art. 41-*bis* non nasce con la legge sull'ordinamento penitenziario: mentre il suo primo comma risale alla L. 10 ottobre 1986 n. 663 e prevede una sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti (imputati e condannati) e degli internati da applicarsi a singoli istituti penitenziari in casi eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza, il secondo comma viene aggiunto, in piena emergenza mafiosa, dall'art. 19 D.L. 8 giugno 1992 n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992 n. 356 (Giovanni Falcone era stato assassinato il 23 maggio 1992) e prevede la sospensione delle normali regole di trattamento nei confronti di singoli detenuti o internati. La disposizione era nata come temporanea ma l'efficacia dell'art. 41-*bis* co. 2 è stata ripetutamente prorogata per dieci anni fino al 31 dicembre 2002. Sempre nel 2002, per effetto della legge 23 dicembre 2002, n. 279 (*Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*), il

sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Ancona, con sei ordinanze di contenuto parzialmente coincidente, le prime questioni di legittimità costituzionale della norma, tutte decise con sentenza n. 349/93, alla quale ne seguirono altre (sentenze nn. 410/93, 351/96, 376/97) destinate a scolpire il volto di un istituto ritenuto in linea con la Carta fondamentale, sebbene l’art. 41-*bis* sia stato definito subito dalla Corte norma “certamente di non felice formulazione” (sent. 349/93).

Può essere utile richiamare brevemente le questioni specifiche sulle quali la Consulta si pronunciò, con le sentenze citate, nei primi anni di applicazione della norma sul regime speciale.

La sentenza 340/93 fu una sorta di pronuncia “pilota”, poiché le questioni sollevate investivano l’essenza stessa dell’istituto del 41-*bis*, norma ritenuta espressiva «*di potenzialità applicative tali da porre sostanzialmente nel nulla un eventuale iter rieducativo già positivamente intrapreso dal detenuto*», e dunque in contrasto con gli artt. 13, primo e secondo comma, 15, secondo comma, 27, terzo comma, 91, primo comma e 113, primo e secondo comma della Costituzione. La Corte ebbe buon gioco a risolvere ogni questione osservando che le censure prospettate dovevano considerarsi riferibili non alla norma impugnata - della quale era ben prospettabile un’interpretazione aderente al dettato costituzionale - ma ai provvedimenti che di essa avevano fatto applicazione, i quali erano certamente passibili di controllo giurisdizionale.

La sentenza n. 410/93 affrontava proprio questo ultimo profilo: nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis* sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Milano (che stigmatizzava l’assenza nell’ordinamento, *illo tempore*, della previsione di una tutela giurisdizionale contro i provvedimenti applicativi del regime speciale), la Corte affermava la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti dell’Amministrazione penitenziaria dello stesso organo giurisdizionale competente per i reclami *ex art. 14-ter* OP, ossia il Tribunale di Sorveglianza.

La sentenza n. 351/96, dichiarando non fondata la q.l.c. sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, indicava, invece, la portata del sindacato giurisdizionale sul regime di 41-*bis*, rispondendo al quesito se tale sindacato potesse estendersi anche al controllo sulle singole misure previste dai decreti ministeriali applicativi del regime speciale: la risposta fu positiva, con la individuazione, come si dirà, di precisi limiti che l’amministrazione non può valicare nel configurare detto regime.

Infine, con la sentenza n. 376/97, rimettenti i Tribunali di Sorveglianza di Napoli e Firenze che prospettavano l’incostituzionalità dell’art. 41-*bis* censurando, in particolare, la sostanziale assenza di limitazioni temporali del regime speciale, comportante una sospensione *sine die* dell’attività di osservazione e trattamento incompatibile con la finalità rieducativa della pena, la Consulta chiudeva il cerchio della compatibilità dell’istituto con la Carta fondamentale,

---

Parlamento ha ridisegnato l’istituto sancendo nel contempo il passaggio a regime della disciplina e ne ha siglato la definitività.

Il secondo comma dell’art. 41-*bis* è stato modificato diverse volte; l’ultimo sostanziale intervento si deve all’art. 2 della L. 15 luglio 2009 n. 94 e si è caratterizzato per l’ampliamento dei presupposti di applicazione della disciplina, per l’inasprimento del contenuto delle restrizioni e per la valorizzazione del ruolo del Ministro dell’interno nel procedimento per l’adozione del decreto ministeriale che lo dispone. La legge è intervenuta sull’efficacia temporale dei decreti di applicazione (quattro anni) e di proroga (due anni), sulla revoca anticipata del decreto, sulla procedura di impugnazione del medesimo provvedimento e sul trattamento penitenziario, con modifiche volte ad impedire comunicazioni non consentite e il passaggio di oggetti tra detenuti inseriti in diversi gruppi di socialità, ma anche ad adeguare i presupposti applicativi e le scadenze procedurali agli interventi della Corte Costituzionale nel frattempo succedutisi.

formulando il richiamo ad un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma: l’art. 41-bis va interpretato nel senso che «è vietato adottare misure restrittive concretanti un trattamento contrario al senso di umanità o tali da vanificare del tutto la finalità rieducativa della pena».

Queste prime sentenze, nel salvare un istituto da subito oggetto di pesanti critiche della dottrina e dei giudici di merito, ma fortemente sponsorizzato da una politica alle prese con la necessità di tranquillizzare l’opinione pubblica attraverso l’esibizione del “pugno di ferro contro i mafiosi”, sanciscono però alcuni principi base in tema di portata delle limitazioni ai diritti fondamentali dei detenuti, stabilendo in che termini l’Amministrazione penitenziaria sia legittimata ad agire e, soprattutto, individuando un nucleo fondamentale di diritti che neppure il “carcere duro” può azzerare.

La sentenza n. 349/93 afferma che «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell’uomo, ed in particolare la garanzia dell’inviolabilità della libertà personale sancita dall’art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase dell’esecuzione della pena, sia pure con le limitazioni che, com’è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta (v. sent. nn. 204/74, 185/1985, 312/1985, 374/1987, 53/1993)»; richiamando la sentenza n. 114/79, aggiunge la Corte che «dal principio accolto nell’art. 27, terzo comma della Costituzione, secondo cui “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”, discende direttamente quale ulteriore principio di civiltà che a colui che subisce una condanna a pena detentiva sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca».

Dunque «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 previste 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)».

Si dice, ancora, 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» (sent. 349/93). Inoltre, «nei confronti dell’Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti».

Vengono quindi individuati, in capo al potere ministeriale che applica l’art. 41-bis comma 2 ed all’Amministrazione penitenziaria, limiti sia “esterni”, «collegati cioè al divieto di incidere sul “residuo” di libertà personale spettante al detenuto, e dunque pure sugli aspetti dell’esecuzione che toccano, anche indirettamente, la qualità o la quantità della pena detentiva da scontare o i presupposti per l’applicazione delle misure cosiddette extramurali, sia “interni”, discendenti dal necessario collegamento funzionale fra le restrizioni concretamente disposte e le finalità di tutela dell’ordine e della sicurezza cui devono essere rivolti i provvedimenti applicativi del regime differenziato, nonché dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dall’obbligo di non vanificare la finalità rieducativa della pena» (sent. 376/97). Con il regime differenziato non possono, dunque, disporsi «misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l’ordine o la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in



*questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» (sent. 351/96).*

Nel corso degli anni '90 intervengono altre due pronunce della Corte Costituzionale che, sebbene le questioni sollevate non investano direttamente l'art. 41-bis, contengono significative affermazioni sul tema dei diritti inalienabili della persona detenuta che si pongono nel solco già tracciato.

Il 3 luglio 1997 la Corte decide la q.l.c. sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Brescia<sup>3</sup> sul mancato riconoscimento del diritto del detenuto condannato in via definitiva di conferire con il proprio difensore a prescindere dalla pendenza di uno specifico procedimento giurisdizionale davanti al giudice dell'esecuzione o alla magistratura di sorveglianza: nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 L. 354/75 la Corte (sent. n. 212/97) afferma che il diritto del detenuto di conferire con il difensore non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria, perché il detenuto, «pur trovandosi in situazione di privazione della libertà personale in forza di sentenza di condanna, è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice di diritti (cfr. sentenza n. 410/1993)».

Con sentenza dell'11 febbraio 1999, n. 26, poi, la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 della L. 354/75 nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale (a seguito della sentenza il legislatore introdurrà l'art. 35-bis). Il tema è quello, sollevato dal magistrato di sorveglianza di Padova, della possibilità per l'amministrazione penitenziaria di impedire al detenuto di ricevere pubblicazioni vietate ai minori. Nella sentenza si legge che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979). (...) La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza della libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo

<sup>3</sup> Chi scrive, per appartenenza geografica oltre che per ricordo personale, non può non rivolgere qui un pensiero grato al magistrato che sollevò la questione: Giancarlo Zappa, scomparso nel 2004, componente della commissione che elaborò la legge Gozzini e a lungo presidente del Tribunale di Sorveglianza di Brescia; magistrato illuminato e visionario, persona di grande umanità.

*comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario».*

Come si è accennato, la fine dell'anno 2002 segna il passaggio a regime di una disciplina che era nata come temporanea ed emergenziale ma che, anche attraverso il contributo della Consulta, supera ogni crisi di rigetto da parte dell'ordinamento italiano, connotato da una legge sull'ordinamento penitenziario fra le più avanzate e attente ai diritti umani dei detenuti. La legge 23 dicembre 2002, n. 279 (*Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*), dà un nuovo assetto al regime speciale; ulteriori modifiche interverranno ad opera dell'art. 2 della L. 15 luglio 2009 n. 94.

Consolidatisi i principi generali, negli anni successivi si registrano interventi del giudice delle leggi, in tema di art. 41-bis, su temi più circoscritti e specifici; ma alcune delle questioni portate all'attenzione della Corte costituiscono ancora occasioni per ribadire la necessità che la reclusione non privi i detenuti della possibilità di svolgere la loro personalità, e dunque la loro natura umana, negli ambiti in cui essa si manifesta per le persone libere.

Con la sentenza n. 135/13 del 7 giugno 2013 la Corte Costituzionale afferma che *«le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14 ter Ord. pen., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità»*: nel caso di specie la Corte dichiara che non spettava al Ministro della giustizia disporre, su conforme proposta del DAP, che non fosse data esecuzione all'ordinanza del magistrato di sorveglianza che aveva ordinato all'amministrazione penitenziaria il ripristino della possibilità per un detenuto, sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis OP - di assistere ai programmi televisivi di due reti. Il caso all'origine della pronuncia merita di essere richiamato, se non altro perché indicativo delle dinamiche infauste che si instaurano talvolta, nella prassi, tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza, vero e proprio “braccio di ferro” che vede il più delle volte i detenuti impotenti spettatori.

Un detenuto in regime di 41-bis presso la Casa di Reclusione di Rebibbia aveva proposto reclamo al magistrato di Sorveglianza contro un provvedimento del Direttore generale del Ministero della giustizia che disponeva per tutti i detenuti in regime speciale il divieto di vedere i programmi di RAI Sport e RAI Storia. Il provvedimento era stato annullato dal magistrato in quanto non risultava accertato *«alcun nesso concreto tra l'oscuramento del segnale delle due emittenti RAI e l'esigenza di impedire che attraverso la trasmissione in video di brevi messaggi scritti provenienti dagli spettatori, giungessero ai detenuti indebite comunicazioni. Ciò anche in considerazione del fatto che era rimasta libera, comunque, la ricezione dei programmi di altre sette reti nazionali, mentre le trasmissioni di una ulteriore emittente, effettivamente adusa alla riproduzione in video dei messaggi inviati dal pubblico televisivo, erano già state “oscurate” con un precedente provvedimento, ritenuto legittimo dall'autorità giudiziaria»* (C. Cost. sent. n. 135/2013 cit.).

Il Ministero della giustizia, però, su proposta del DAP, aveva disposto con decreto di non dare esecuzione alla decisione del Magistrato e non aveva consentito la riattivazione del segnale delle due reti. Da ciò il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal Magistrato di sorveglianza nei confronti del Governo e l'accoglimento del ricorso da parte della Consulta, che afferma, tra l'altro: *«Nel caso di specie (...) non viene in rilievo una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione penitenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost., che il giudice competente ha ritenuto ingiustificatamente compresso da un provvedimento limitativo dell'Amministrazione*

*penitenziaria. L'estensione e la portata dei diritti dei detenuti possono infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.» (sent. n. 135/13 cit.).*

A distanza di due settimane, infine, la Corte torna ad occuparsi di diritti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi dell'art. 41-bis affrontando, con la sentenza n. 143 del 20 giugno 2013, il tema delle limitazioni dei colloqui con i difensori introdotte con la L. 94/2009, che aveva apportato una nutrita serie di modifiche all'art. 41-bis, dichiaratamente volte (secondo le risultanze dei lavori parlamentari) ad irrigidire il regime speciale. In quest'ottica erano stati previsti limiti legislativi di tipo “quantitativo” al diritto dei detenuti di conferire con i propri difensori; limiti all'evidenza ispirati al sospetto che questi ultimi potessero prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni tra i detenuti stessi e gli altri membri dell'organizzazione criminale di appartenenza. Limiti spazzati via dalla Corte con la pronuncia in parola, che ribadisce l'impossibilità di impedire, con enunciato normativo, l'effettività dell'esercizio del diritto di difesa<sup>4</sup>.

Ed allora all'interprete dei nostri giorni appare stagliarsi, contro l'orizzonte rumoreggiante del populismo penale, che invoca un carcere sempre più “duro” soprattutto per i mafiosi, il baluardo eretto negli anni, un mattone alla volta, dalle sentenze della Consulta che si sono appena, brevemente, ripercorse; e che si regge sull'anima d'acciaio del principio per cui «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango» (sent. n. 143/2013).

L'esigenza di isolare dal consesso civile, nella maniera drastica e invasiva delle più elementari prerogative di umanità prevista dall'art. 41-bis, persone che si sono rese responsabili di gravissimi reati deve trovare fondamento in un pericolo concreto di mantenimento di collegamenti con gli ambienti criminali di provenienza; ma deve collegarsi alla capacità delle misure imposte di prevenire efficacemente quel pericolo.

Nella diga eretta nel corso di venticinque anni dal giudice delle leggi, a tutela del “nocciolo duro” dei fondamentali diritti umani dei detenuti in regime di 41-bis, la recente pronuncia che costituisce oggetto principale di queste riflessioni si pone come falla sottile ma preoccupante, sebbene una successiva decisione della Corte consenta di tornare ad un moderato ottimismo: la sentenza 186/2018, che ha ritenuto privo di ragionevole giustificazione il divieto di cuocere cibi di cui all'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f) OP, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma *in parte qua*, è tornata ad affermare la necessità di riconoscere che «anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale»<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ultimo periodo, limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

<sup>5</sup> Non può non ricordarsi, inoltre, la sentenza dep. 11 luglio 2018 (ud. 21 giugno 2018) n. 149, pur non sul tema specifico del 41-bis ma su quello della preclusione temporale automatica per l'accesso ai benefici nell'ergastolo “ostativo”, che ha ribadito il principio della «non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» ed ha richiamato, anche con uno sguardo alla CEDU, il nesso inscindibile che intercorre tra dignità della persona e risocializzazione del condannato.

## 2. Una (temporanea?) battuta d'arresto: la sentenza della Corte Costituzionale n. 122/2017

### 2.1. L'ordinanza di rimessione

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto aveva dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater*, lett. a) e lett. c) OP, nella parte in cui consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa, per violazione degli artt. 15, 21, 33, 34 e 117 comma 1 Cost. (nella parte in cui recepisce l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955 n. 848, anche nell'interpretazione a sua volta fornita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di "trattamento inumano o degradante", e l'art. 8 della medesima Convenzione).

È utile ricordare il caso concreto da cui muoveva l'ordinanza: una persona condannata in via definitiva, detenuta presso la casa circondariale di Terni, da tempo in regime differenziato *ex art.* 41-*bis* OP, proponeva reclamo *ex art.* 35-*bis* OP contro il divieto, imposto dalla direzione del carcere in ottemperanza della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria 3701/2014, di ricevere dai propri familiari libri e riviste a stampa mediante la corrispondenza o pacco postale o ricevendole all'esito dei colloqui visivi. Si trattava dello stesso detenuto destinatario, in passato (il 18.12.2012), di un provvedimento con il quale il medesimo magistrato aveva disapplicato la precedente analoga circolare DAP 8845/2011 perché giudicata illegittima<sup>6</sup>, dovendosi ritenere ascritta alla sola autorità giudiziaria la competenza a disporre limitazioni ed eventuale visto di controllo sui libri e le riviste spedite al detenuto e da questi trasmesse ai familiari (così dando il magistrato di sorveglianza un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP). Per alcuni anni, dunque, la persona aveva potuto ricevere e trasmettere ai propri familiari libri e riviste (essendo comunque destinataria di provvedimento giurisdizionale che impone il visto di controllo sulla corrispondenza che riceve e trasmette nonché sulla stampa che legge, *ex art.* 18-*ter* OP) fino all'intervento di un nuovo divieto imposto dalla Direzione del carcere sulla scorta di una successiva circolare DAP dell'11.2.2014; divieto impugnato dal detenuto avanti il Magistrato di sorveglianza, la cui ordinanza di rimessione colpisce per l'equilibrio con il quale, nel mostrare assoluta attenzione per la tutela delle aspettative sociali di sicurezza, coglie appieno la menomazione imposta, sul piano umano, al detenuto e ne denuncia l'irragionevolezza.

<sup>6</sup> La circolare del 2011 aveva previsto una revisione in senso restrittivo di alcune limitazioni imposte ai detenuti sottoposti a regime di 41-*bis*, disponendo in particolare:

- 1) l'eliminazione dalle biblioteche degli istituti penitenziari di libri contenenti tecniche di comunicazione criptata;
- 2) il divieto di acquisto di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri) al di fuori dell'istituto penitenziario, compresi abbonamenti, da sottoscrivere direttamente da parte della Direzione o dell'impresa di mantenimento per la successiva distribuzione ai detenuti richiedenti, per impedire che terze persone vengano a conoscenza dell'istituto di assegnazione dei detenuti;
- 3) il divieto di ricezione di libri o riviste da parte dei familiari, anche tramite pacco consegnato al colloquio o spedito per posta, oltre che di invio di tale materiale ai familiari da parte del detenuto;
- 4) il divieto di accumulo di un numero eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di perquisizione ordinaria;
- 5) il divieto di scambio di libri e riviste tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità.

Il provvedimento dà conto delle considerazioni portate dal difensore sul significato che aveva avuto per il proprio assistito, in una situazione di quasi totale privazione dell'affettività, scambiarsi libri con i propri familiari ed in particolare con un nipote avvocato, nonché sulle numerose difficoltà che l'acquisto di libri e riviste attraverso il circuito penitenziario comporta. Il remittente coglie il cuore della questione nella natura del tutto peculiare dell'oggetto-libro e nel significato dello scambiarsi libri con le persone appartenenti al proprio orizzonte affettivo. Vale la pena citare: *«Se per chiunque, infatti, il rapporto fisico con un libro che sia stato letto o anche solo acquistato da un congiunto rappresenta un valore e la manifestazione di un legame la cui esperienza è comune e ci deriva da un bagaglio socio-culturale che affonda nei secoli della nostra tradizione (di talché la necessità di conservare nel tempo i libri dei nostri familiari è generalmente posta per importanza tra quelle più stringenti) per un detenuto già tanto deprivato di ogni rapporto fisico con i propri familiari, per giuste ragioni di prevenzione dal pericolo del passaggio di ordini o informazioni relative alla vita dei gruppi criminali, ciò acquista un significato tutto peculiare e dunque costituisce un residuo che, per essere limitato ancora, non deve poter trovare altro strumento di azione volto a prevenire il pericolo di compromissione dell'altrettanto importante valore costituito dalla salvaguardia dal pericolo dei contatti del ristretto con i sodali dei gruppi criminali in libertà. E non meno drammatico è anche il divieto di inviare ai propri familiari quei libri e quelle riviste a stampa che l'interessato abbia tenuto presso di sé e che, non potendo in alcun modo lui raggiungere i propri familiari all'esterno, lo vicariano in modo certamente incompleto ma ancora fisicamente tangibile».*

Il libro, dunque, come prezioso succedaneo di un'affettività tarpata dal regime detentivo speciale. Materia, oltre che pensiero; sostanza e significato di scambio nell'ambito dei più profondi legami che l'essere umano conosca. Di qui la rivendicazione della riserva di giurisdizione (questo è, nella sostanza, l'ordinanza di rimessione) portata avanti da chi, per mandato istituzionale, esprime una valutazione sulla persona, e non sul suo reato, dovendola cogliere in tutta la sua umanità, non menomata e non menomabile dallo stato di detenzione.

## 2.2. Il diritto vivente: la *quaestio* come via obbligata

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha preso le mosse, come doveroso, dall'esame della normativa di riferimento, osservando come sul tema della possibilità di disapplicazione, da parte del magistrato di sorveglianza, della circolare del DAP 16.11.2011, si sia formato nella giurisprudenza di legittimità un orientamento contrario pressoché unanime, tal da potersi considerare "diritto vivente"<sup>7</sup>, non superabile con una difforme interpretazione eventualmente costituzionalmente orientata. Proprio sulla base di tale orientamento il DAP ha emanato la nuova circolare 11 febbraio 2014, di ripristino delle limitazioni disposte dalla precedente.

Il remittente si è soffermato, in particolare, sul più ampio e recente arresto della Corte di Cassazione, la sentenza 29 settembre 2014 – 15 gennaio 2015 n. 1774 della prima sezione penale, la quale, nel ribadire l'illegittimità dell'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza disapplicava la circolare DAP 16.11.2011, ha osservato che delle due norme che regolano il campo dei controlli di corrispondenza e stampa – art. 18-ter (che riserva all'autorità giudiziaria le limitazioni e i controlli sulla corrispondenza e la stampa in arrivo e in partenza da detenuti<sup>8</sup>) e art. 41-bis OP, la seconda ha «carattere di specialità derogante», di talché per

<sup>7</sup> Il remittente cita, in particolare, le sentenze della prima sezione della Corte di Cassazione 27.9.2013 n. 42902, 3.10.2013 n. 9674, 23.9.2013 n. 46783, 14.2.2014 n. 484 e 29.9.2014 n. 1774.

<sup>8</sup> Art. 18-ter L. 26.7.1975 n. 354. «Limitazioni e controlli della corrispondenza: 1. Per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono



il detenuto nei confronti del quale è sospesa *ex art. 41-bis* l'applicazione delle normali regole di trattamento opererebbero, sì, il procedimento e la competenza individuati nell'art. 18-*ter* quanto al controllo e alle limitazioni alla corrispondenza; ma la riserva di giurisdizione non riguarderebbe ciò che non può essere qualificato come “corrispondenza”. La ricezione della stampa, secondo la Cassazione, è altro, perché non si tratta della comunicazione interpersonale tra mittente e destinatario, bensì della trasmissione di pubblicazioni che contengono espressioni del pensiero di terze persone destinate alla generalità dei lettori, rispetto alle quali viene in rilievo non il diritto all'affettività del detenuto, da mantenersi anche attraverso comunicazioni scritte con le persone care, ma il diritto di informarsi e istruirsi. Aggiunge la Suprema Corte che, se è vero che l'art 18-*ter* concerne anche le limitazioni alla ricezione della stampa, gli ulteriori limiti previsti dall'art. 41-*bis* prevalgono in quanto esso deroga alla norma prevista per la generalità dei detenuti; e, peraltro, le regole introdotte dalla circolare ministeriale, collocandosi all'interno della limitazione degli “oggetti” ricevuti dall'esterno (lett. c) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*), non sopprimono il diritto del detenuto ad informarsi e studiare ma si limitano a sottoporre *«a un più rigoroso controllo la provenienza dei libri o delle stampe»*, così da impedire al detenuto *«di effettuare scambi sospetti con familiari di libri che potrebbero contenere messaggi criptici, non facilmente individuabili dal personale addetto al controllo»*.

A tale orientamento si è uniformato anche il Tribunale di Sorveglianza di Perugia che, sulla sua base, ha annullato alcuni provvedimenti di disapplicazione emessi dallo stesso remittente in relazione alla circolare DAP del 2014. Il cospicuo numero di uniformi decisioni della Corte di legittimità ha indotto, dunque, il giudice *a quo* ad imboccare la via obbligata della *quaestio* di legittimità costituzionale. Pur non dubitando della possibilità di introdurre limitazioni in

---

essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima. 2. Le disposizioni del comma 1 non si applicano qualora la corrispondenza epistolare o telegrafica sia 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. 3. I provvedimenti previsti dal comma 1 sono adottati con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su proposta del direttore dell'istituto: a) nei confronti dei condannati e degli internati, nonché nei confronti degli imputati dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, dal magistrato di sorveglianza; b) nei confronti degli imputati, fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dal giudice indicato nell'articolo 279 del codice di procedura penale; se procede un giudice collegiale, il provvedimento è adottato dal presidente del tribunale o della corte di assise. 4. L'autorità giudiziaria indicata nel comma 3, nel disporre la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo, se non ritiene di provvedere direttamente, può delegare il controllo al direttore o ad un appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore. 5. Qualora, in seguito al visto di controllo, l'autorità giudiziaria indicata nel comma 3 ritenga che la corrispondenza o la stampa non debba essere consegnata o inoltrata al destinatario, dispone che la stessa sia trattenuta. Il detenuto e l'internato vengono immediatamente informati. 6. Contro i provvedimenti previsti dal comma 1 e dal comma 5 può essere proposto reclamo, secondo la procedura prevista dall'articolo 14-*ter*, al tribunale di sorveglianza, se il provvedimento è emesso dal magistrato di sorveglianza, ovvero, negli altri casi, al tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento. Del collegio non può fare parte il giudice che ha emesso il provvedimento. Per quanto non diversamente disposto dal presente comma si applicano le disposizioni dell'articolo 666 del codice di procedura penale. 7. Nel caso previsto dalla lettera c) del comma 1, l'apertura delle buste che racchiudono la corrispondenza avviene alla presenza del detenuto o dell'internato».

materia di acquisizione e di scambio di libri e riviste da parte di detenuti in regime speciale, laddove ciò sia imposto da esigenze di ordine e sicurezza, le sue censure investono il *quomodo* di tali limitazioni: esse non dovrebbero essere disposte dall'amministrazione penitenziaria ma solo dal giudice con intervento modulato sui singoli casi, secondo le cadenze delineate dall'art. 18-ter OP.

Ed allora vediamo le singole questioni e le risposte della Corte.

### 3. Le questioni sollevate

#### 3.1. La violazione della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e del diritto allo studio (artt. 33 e 34 Cost.)

La Corte prende in esame per prime le questioni delle quali ritiene di apprezzare con immediatezza la non fondatezza: la violazione della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), intesa nel suo significato passivo di diritto ad essere informati, e del diritto allo studio (artt. 33 e 34 Cost.).

Il rimettente aveva osservato che del diritto ad essere informati è profonda espressione l'accesso ai libri, alle riviste e ai quotidiani, strumenti di ampia elaborazione ed approfondimento di ogni tema, in alcun modo equiparabile al mero accesso all'informazione mediante radio e televisione. Di qui i molti espliciti riferimenti contenuti nell'ordinamento penitenziario e nel regolamento di esecuzione alla libertà di scelta nell'accesso alle letture che il detenuto preferisce<sup>9</sup>. Anche le fonti sovranazionali contengono numerosi presidi a garanzia del diritto in parola: si pensi alla Risoluzione ONU 30.8.1955 o alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa 11.1.2006 sulle regole penitenziarie europee minime.

Esiste, peraltro, la possibilità che dalla lettura dei contenuti della stampa, comunque intesa, derivi un pericolo per l'ordine e la sicurezza dell'istituto penitenziario o un pregiudizio alle esigenze investigative o di indagine o di prevenzione dei reati: l'ordinamento penitenziario prevede allora, all'art. 18-ter, uno strumento di bilanciamento della libertà dei detenuti ad essere informati con l'esigenza di prevenire tali pericoli: nei confronti di singoli detenuti o internati, per periodi determinati ed eventualmente prorogabili, possono essere disposte limitazioni di vario tipo con provvedimento dell'autorità giudiziaria (non dell'amministrazione)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> L'ordinanza di rimessione citava l'art 18 comma 6 OP (“i detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione”), l'art. 19 comma 4 OP (“è agevolato il compimento degli studi dei corsi universitari ed equiparati ed è favorita la frequenza a corsi scolastici per corrispondenza, per radio e per televisione”), nonché l'art. 14-*quater* OP, che nel regolare il contenuto del regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-bis* per il detenuto responsabile di condotte negative, espressamente esclude limitazioni alla lettura di libri e periodici e prevede che non vi possano essere limitazioni nel possesso, acquisto e ricezione di oggetti permessi dal regolamento (tra cui certamente libri e riviste). L'art. 10 del regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/2000) consente il possesso da parte del detenuto di “oggetti di particolare valore morale o affettivo”, purché di non consistente valore economico e non incompatibili con l'ordinato svolgimento della vita dell'istituto: tra questi certamente sono ricompresi i libri e le riviste. Le limitazioni che, a mente dell'art. 14 Reg. Es., sono ammesse per motivate esigenze di sicurezza nei regimi detentivi differenziati previsti dall'OP (artt. 14-*bis*, 41-*bis*, 64), non valgono per libri e riviste (così essendo espressamente previsto dall'art. 14-*quater*, sopra richiamato, per il regime di cui all'art. 14-*bis*).

<sup>10</sup> Va ricordato che l'art. 18-*ter* è stato introdotto con legge 8 aprile 2004 n. 95 per ovviare alle numerose pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che avevano ravvisato nei confronti del sistema italiano la violazione dell'art. 8 CEDU sul rispetto alla vita privata e familiare, in quanto il meccanismo di censura della corrispondenza delineato originariamente dall'art. 18 OP poggiava su base legale insufficiente, non essendo regolati né la durata delle misure di controllo della posta, né i motivi che potevano fondarle e non essendo indicate

Il detenuto che ha proposto reclamo al magistrato di sorveglianza nel caso di specie è destinatario di provvedimento che dispone il visto di controllo per tre mesi sulla stampa, oltre che sulla corrispondenza, già più volte prorogato. Essendo, tuttavia, sottoposto a regime differenziato *ex art. 41-bis*, che secondo consolidato orientamento giurisprudenziale ha “carattere di specialità derogante”, si prescinde, in questo caso, dalla competenza di cui all’art. 18-*ter*, dovendo soggiacere il detenuto al divieto di carattere generale, disposto dall’Autorità amministrativa con circolare, di ricevere direttamente libri e stampa dall’esterno. Ciò comprime oggettivamente il suo diritto ad essere informato, senza che a tale limitazione di un diritto costituzionalmente garantito faccia fronte un corrispondente significativo incremento del bene costituito dalla necessità di evitare che il detenuto sottoposto a regime differenziato mantenga contatti illeciti con gli ambienti criminali esterni (ciò che costituisce la ragione di fondo delle previsioni dell’art. 41-*bis* OP).

Allo stesso modo, l’art. 41-*bis*, nell’interpretazione che ne dà il “diritto vivente”, limita grandemente il diritto del detenuto allo studio, tutelato dagli artt. 33 e 34 Cost., che disegnano una scuola aperta a tutti e in grado di assicurare che anche le persone prive di mezzi possano raggiungere i più alti gradi negli studi. Diritto oggetto di specifico riconoscimento in ambito penitenziario<sup>11</sup>.

Il rimettente individuava la limitazione ai due diritti costituzionalmente garantiti nella oggettiva e concreta compromissione del loro esercizio nell’ambito della realtà carceraria, ponendo in rilievo, però, soprattutto il tema della mancanza di un correlato incremento di tutela delle esigenze di sicurezza sottese al regime di 41-*bis*, già adeguatamente soddisfatte attraverso lo strumento di controllo previsto dall’art. 18-*ter*, modulabile sulla posizione soggettiva del singolo detenuto e non mero divieto efficace *erga omnes e sine die*, imposto senza specifica motivazione.

La risposta della Corte si fonda, nella scia della giurisprudenza di legittimità, sulla constatazione, di tipo pragmatico, per la quale la misura limitativa che l’amministrazione penitenziaria può adottare in forza dell’art. 41-*bis* OP non limita il diritto del detenuto in regime speciale a ricevere e tenere con sé le pubblicazioni prescelte, ma agisce unicamente sul canale di approvvigionamento di libri e riviste: al detenuto non è vietato in sé l’accesso alle letture preferite (al loro contenuto), dovendo egli semplicemente rivolgersi in via esclusiva all’istituto penitenziario per riceverle, poiché la facoltà di farsele spedire direttamente dai propri familiari si presta al rischio che le pubblicazioni divengano veicolo di comunicazioni occulte con l’esterno. Eventuali lungaggini e inefficienze nella risposta alle richieste del detenuto da parte dell’amministrazione penitenziaria non rilevano ai fini del sindacato di legittimità costituzionale, in quanto non si è in presenza di un deficit della norma ma di un difetto nella sua applicazione. Difetto che non deve tradursi, però, in una negazione surrettizia del diritto: imponendo al detenuto di avvalersi unicamente del circuito penitenziario per l’acquisizione di libri e stampa l’amministrazione assume l’impegno di fornire un servizio efficiente, ossia di procurare al detenuto tutti i quotidiani, i libri e le riviste richiesti in un tempo ragionevole, pena l’intervento del magistrato di sorveglianza nella sua funzione di controllo.

Sul punto due osservazioni si impongono: se in astratto l’assunto della Corte pare difficilmente contestabile, perché è vero che al detenuto non è inibito in assoluto l’accesso a libri e riviste

---

con sufficiente precisione modalità e ampiezza dell’esercizio del potere di censura. Di qui la creazione, nel 2004, di una norma ad hoc che ovviasse alle censure europee.

<sup>11</sup> Artt. 15 e 19 OP, art. 44 Reg. Es.

ma gli è imposto di accedervi attraverso l’amministrazione penitenziaria, esso si fonda però su di una visione irrealistica dell’universo penitenziario: una visione in cui il detenuto avanza un’istanza e l’amministrazione, in tempi ragionevoli, risponde. Ebbene, chi ha qualche esperienza del mondo del carcere rimarrà tristemente perplesso innanzi alla fiducia che traspare dalle parole della Corte nella capacità del sistema di sanare con l’efficienza le ferite che provoca con il rigore.

I meccanismi che regolano la vita detentiva sono il perenne terreno del malfunzionamento, del disguido, del ritardo, sovente non per mancanza di buona volontà o impegno da parte degli operatori di polizia penitenziaria ma per un vizio definibile “genetico”. Il carcere è, purtroppo, il luogo dell’attesa infinita, dell’istanza inoltrata all’ufficio sbagliato, della risposta che non arriva perché la domanda non è mai partita, della rigidità di procedure sclerotizzate, talvolta impermeabili anche alle più banali evoluzioni tecnologiche; è il regno delle barriere non solo verso l’esterno ma verso la logica. L’ostacolo, il problema, l’intoppo sono i nodi naturali dell’intreccio complesso fra norme di procedura, cautele di sicurezza, regolamenti e limiti degli esseri umani che popolano la galassia della Giustizia, nella quale il pianeta carcere è quello dalle condizioni vitali più estreme<sup>12</sup>.

Certo, la sentenza in commento pare contenere un monito e un invito: adempia l’amministrazione all’impegno di fornire un servizio efficiente. Sarà l’esperienza applicativa della nuova circolare del 2 ottobre 2017 ad evidenziare se l’amministrazione, oltre a giovare della sentenza in commento nella parte in cui sancisce che la regola sul divieto di ricezione di libri e riviste dall’esterno, oggi contenuta nell’art. 11.6 co. 5 della circolare, non viola il diritto del detenuto all’informazione e allo studio (cfr. nota 6), raccoglierà l’invito all’efficienza chiaramente formulato dalla Corte e rafforzerà i circuiti di distribuzione di libri e stampa nelle carceri (segnatamente, le c.d. imprese di mantenimento o l’organizzazione del personale delegato dalle direzioni degli istituti).

E’ prevedibile, peraltro, che altri moniti possano venire in futuro dalla Corte, dopo un’esperienza significativa come il “viaggio della Corte Costituzionale nelle carceri”, promossa dal presidente Lattanzi<sup>13</sup>, che oltre a rispondere all’esigenza sentita dalla Corte di incontrare fisicamente alcune realtà sociali del Paese (scuole e carceri) per diffondere la conoscenza della Costituzione e farne condividere i valori, ha senz’altro sortito l’effetto di ampliare la conoscenza della Corte circa i concreti problemi della vita dei detenuti.

---

<sup>12</sup> Non sono solo parole: qualunque avvocato avvezzo alla difesa di persone detenute potrebbe citare innumerevoli vicende in cui l’esercizio di diritti essenziali dei detenuti è stato ostacolato, impedito o rallentato da errori, difetti o disservizi del sistema penitenziario, di banalità disarmante ma di difficile individuazione e soluzione. Si pensi ai tempi di attesa di mesi per ottenere una cosa semplice come una telefonata a casa o perché sia riscontrata la richiesta di informazioni del Magistrato di sorveglianza sulla condotta del detenuto ai fini della concessione della liberazione anticipata; si pensi, ancora, al fenomeno, che pare irrimediabile, dell’impermeabilità del fascicolo del detenuto conservato presso l’ufficio matricola alla progressione del procedimento penale, per cui l’istanza viene inviate al G.I.P. quando il fascicolo processuale è già passato dal dibattimento e magari è in appello; si pensi, sempre a titolo di esempio, al detenuto che ha dovuto attendere quasi un anno per ottenere la risposta ad un’istanza che non veniva evasa perché il suo cognome risultava registrato per errore, presso un certo ufficio giudiziario, con una consonante in meno; o all’istanza di applicazione provvisoria della misura alternativa, inoltrata al Magistrato di Sorveglianza, che risultava inviata a mezzo e-mail dal carcere ma mai ricevuta dall’ufficio di destinazione; questo per giorni e giorni, anche a seguito di ulteriori invii sollecitati (un problema tecnico, si scopriva poi: ma il detenuto pensava che la sua richiesta fosse all’attenzione del Magistrato). In quei giorni, settimane, mesi di attesa – non è superfluo ricordarlo – scorre la vita di una persona.

<sup>13</sup> Il progetto, deliberato l’8 maggio 2018, è illustrato sul sito internet della Corte [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) unitamente al suo “frutto”: un film documentario.

Resta, in ogni caso, in sospeso ed irrisolto (deve immaginarsi, perché ritenuto assorbito dalla constatata insussistenza della denunciata lesione del diritto) il profilo, pur chiaramente indicato dal remittente tra i motivi di censura, della sproporzione tra la soluzione di un divieto indiscriminato, generale e tendenzialmente perenne, imposto dall'amministrazione, e l'obiettivo di prevenire contatti illeciti con l'esterno del detenuto, già raggiunto dal visto di controllo del magistrato.

Peraltro, la necessità di un bilanciamento fra decremento nella protezione di diritti fondamentali ed incremento di tutela di interessi di pari rango era posta dal giudice *a quo* a parametro fondamentale di tutte le questioni sollevate, sulla scorta degli importanti arresti della Corte costituzionale cui sopra si è fatto cenno<sup>14</sup>.

Appare legittimo chiedersi che ne sia stato del richiamo alla concretezza dell'esigenza di sicurezza da tutelare con misure correlate al regime differenziato (C. Cost. n. 135/13).

Il terreno presenta ruvidità connesse al ruolo di vero e proprio moloch della difesa del consesso civile dalla criminalità organizzata assunto dal regime di 41-*bis*, trasformatosi, nel tempo, «*da misura temporanea a regime penitenziario immanente, perché immanente è considerata la criminalità organizzata. Un'emergenza quotidiana - vero e proprio ossimoro giuridico - che regge tutte le presunzioni legali di pericolosità dei suoi affiliati*<sup>15</sup>».

Non si può non rimanere perplessi nel constatare che la circolare n. 8845/11, come riportato anche nella sentenza in commento, segnalava in premessa che «*l'iniziativa prendeva le mosse dall'avvenuto accertamento di come un detenuto fosse riuscito ad eludere il visto di censura sulla corrispondenza scambiando con i familiari libri, riviste e voluminosi atti giudiziari contenenti messaggi criptati, difficilmente individuabile dal personale addetto al controllo anche per la mole degli scritti da verificare*».

Colpirne cento per causa di uno, si potrebbe dire. Se non fosse che i detenuti in regime di 41-*bis* sono ben più di cento<sup>16</sup>. E se non fosse che, al di là del pericolo astratto (innegabile) correlato alla possibilità che il detenuto riceva e/o invii messaggi all'esterno attraverso libri o riviste non adeguatamente controllati dal personale preposto, il sistema che, indirettamente, è avallato da una pronuncia come quella in commento pare sfiduciare la magistratura di sorveglianza e la sua funzione di controllo e verifica della progressione, in concreto, del percorso del detenuto. Ed è forte la sensazione che questa sentenza, segnando una battuta di arresto nell'affermazione dell'inviolabilità dei diritti umani dei detenuti sottoposti a regime di 41-*bis*, possa contribuire ad intaccarli ulteriormente, al di là delle buone intenzioni manifestate dalla politica e dall'amministrazione<sup>17</sup>. In questi tempi di insicurezza percepita e spesso fomentata, il messaggio è chiaro: il 41-*bis* regge; deve rimanere, granitico anche nelle sue implicazioni periferiche (ma che tanto incidono, in profondità, sui diritti e sulla dignità delle persone detenute), a presidio della lotta senza quartiere alla criminalità organizzata, senza se e senza ma.

<sup>14</sup> In particolare, le sentenze n. 351/96 e nn. 135/13 e 143/13, cfr. *supra*, par. 1.

<sup>15</sup> Così Andrea Pugiotto, «I nodi da sciogliere del 41-bis», *Il Sole 24 Ore*, 16 giugno 2017.

<sup>16</sup> Erano 748 (incluse 10 donne) al 5 febbraio 2019, data di pubblicazione del rapporto tematico sul regime detentivo speciale dell'articolo 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario (2016 – 2018) del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. Di essi solo 363 (e quattro delle dieci donne) avevano posizione giuridica definitiva.

<sup>17</sup> Si intende alludere alle dichiarazioni pubbliche del direttore del DAP e del Ministro della Giustizia che hanno accompagnato la comunicazione ai PRAP e ai direttori degli istituti penitenziari della circolare 2.10.2017; dichiarazioni che enfatizzano la volontà di dare omogeneità di applicazione al 41-*bis* e di evitare ogni forma di arbitrio e di misure impropriamente afflittive.



Rimane una domanda: posto che ognuno di noi aspira alla più rapida e definitiva sconfitta di tutte le mafie, uno Stato democratico deve necessariamente sacrificare i diritti umani e, ancora prima, la dignità delle persone (già raggiunte, quasi sempre, da condanne pesantissime e destinate a trascorrere in carcere la maggior parte, o spesso l'interezza, delle loro vite) per dirsi garante della sicurezza e dell'ordine sociale?

### 3.2. La violazione della libertà della corrispondenza (art. 15 Cost.)

Anche la censura di violazione della libertà della corrispondenza è disattesa dalla Corte. Viene contestato l'assunto di base del rimettente: quello dell'appartenenza della trasmissione di libri, quotidiani e riviste all'area coperta dalla riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.* Semplificando, si dice, in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che un libro “non è corrispondenza”.

La Corte, in realtà, dà atto, come il giudice *a quo*, che le comunicazioni tutelate dalla norma costituzionale non sono esaurite dalla “corrispondenza” in senso proprio, poiché l'art. 15 parla di “libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione”; riconosce, tuttavia, al libro e alle pubblicazioni in genere unicamente la natura di mezzo di diffusione del pensiero del suo autore ad un numero indeterminato di persone, ma non quella di veicolo di comunicazione di un pensiero proprio del mittente indirizzato in modo specifico ed esclusivo al destinatario.

Qui la considerazione è una sola: è un vero peccato. Spiace constatare che il diapason della Corte non abbia vibrato con le note del rimettente nell'affrontare un tema che, ci si rende conto, corre sul crinale tra diritto e filosofia.

La domanda era semplice: cos'è un libro? Perché prima di approcciare la questione dello scambio di libri fra i detenuti in *41-bis* e i loro familiari o altri soggetti, occorreva sciogliere l'interrogativo di fondo su cosa sia, cosa contenga, cosa possa fare un libro, e perché.

Nell'ordinanza di remissione si coglieva la convinzione forte che un libro sia, anche, un formidabile strumento di comunicazione.

La prospettiva del rimettente sul significato che può avere un libro e che assume la possibilità di riceverlo o trasmetterlo ai propri familiari era chiara: *«mediante un libro (...) può evidentemente assolversi la necessità di far conoscere uno stato d'animo, di veicolare un messaggio di vicinanza, di condividere una certa urgenza emotiva, di manlevare in concreto il detenuto dalle spese dell'acquisto di un testo manifestandogli così il sostegno familiare, oppure anche, naturalmente, di interpolare nel testo messaggi affettuosi o di riflessione, oppure invece criptici o addirittura francamente rivolti a trasmettere informazioni od ordini. Si tratta, appunto, di un flusso comunicativo che in nulla differisce da quello ordinariamente esaminato dall'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 18-ter, il magistrato di sorveglianza nel caso di detenuto con posizione giuridica analoga a quella del reclamante, nelle epistole che i detenuti trasmettono e ricevono dall'esterno».*

La Corte dichiara l'impossibilità di aderire a tale tesi, osservando che *«se essa fosse fondata, si dovrebbe riconoscere alla persona detenuta, in nome della libertà della corrispondenza, il diritto di scambiare con l'esterno, senza alcuna restrizione quali-quantitativa, fintanto che non intervenga uno specifico provvedimento limitativo dell'autorità giudiziaria – non soltanto libri o riviste ma qualsiasi tipo di oggetto. (...) qualsiasi oggetto si presta astrattamente ad assumere – per effetto di una precedente convenzione, per la sua valenza simbolica intrinseca o semplicemente per i rapporti interpersonali tra le parti – un determinato significato comunicativo».* Dunque qualsiasi oggetto potrebbe fungere da veicolo di comunicazione potendo essere sussunto nell'ampia formula dell'art. 15 Cost. e così prospettandosi una

indiscriminata libertà di circolazione dei beni fra carcere ed esterno. Segue un'articolata riflessione sulla necessità e legittimità che lo stato di detenzione comporti limitazioni ai diritti costituzionali del detenuto: dall'inserimento in una struttura carceraria non può non conseguire l'esclusione di un'illimitata libertà del detenuto di ricevere e scambiare "oggetti".

Ma il punto è proprio questo: come può un libro essere considerato un oggetto come ogni altro?

L'ordinanza di rimessione affermava, crediamo, l'opposto. Il già sopra richiamato passaggio (v. pag. 9) sul valore del rapporto fisico con un libro che sia stato letto o anche solo scelto da una persona cara non evoca solo l'aspetto materiale dell'"oggetto libro" ma anche, e soprattutto, il significato del regalare o procurare *quel* libro, di *quell'* autore, che ha *quel* contenuto. Perché l'atto di due persone che si scambiano un libro contiene e mescola le loro esperienze reali e le vite rappresentate tra le pagine: le storie, i successi, i fallimenti, i dolori e le speranze, le passioni vissute o raccontate; in una parola, la vita. Quella vita impressa sulla carta dalle mani di chi ha scelto il libro, desiderando che si fondesse con le esistenze immaginarie che lo popolano e che altri la ricevesse attraverso quelle stesse pagine.

Ed allora leggere, per esempio, della sopravvivenza di un amore alle avversità della vita (Gabriel Garcia Marquez?), della lotta contro un male oscuro (Melville?), del rapporto di un padre con il figlio (Svevo?) perché si è ricevuto un romanzo da un amore, da un amico, da un figlio, può aiutare a crescere, migliorare come essere umano e fare ritorno alla società, quando sarà il momento, con una ricchezza nuova e utile (art. 27 Cost.).

Per questo, pensiamo, un muro invalicabile elevato ad impedire la trasmissione di libri o pubblicazioni tra il detenuto e i prossimi congiunti appariva al giudice *a quo* in contrasto con l'art. 15 della Costituzione. Forse il giudice delle leggi, nello statuire il contrario senza aprire neppure la strada ad un'interpretazione diversa dell'art. 41-bis co. 2 *quater* lett. c), in linea con quella imprescindibile esigenza di tutela dei diritti fondamentali che pure viene riaffermata, ha perso una buona occasione per dare concretezza ai principi già più volte ribaditi: «*chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte delle libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale*»: sentenze n. 20/2017 e n. 349/1993.

E questa è forse, ancora, un'occasione perduta per consentire il riaffermarsi del primato della giurisdizione nella sua più ampia estensione nella fase dell'esecuzione della pena, preoccupazione che pareva non essere estranea al giudice delle leggi fin dal lontano 1996: «*la Corte non ignora che, nei fatti, il contenuto dei decreti ministeriali applicativi dell'art. 41-bis corrisponde spesso ad uno schema comune, tanto che, per ciò che riguarda le misure disposte, si è in presenza di una sorta di regolamentazione derogatoria di carattere generale, di cui si decide l'applicazione ai singoli detenuti, più che di provvedimenti singoli volta per volta autonomamente determinati nel loro contenuto dispositivo: il che concorre, evidentemente, ad allontanare l'attenzione dalla specificità dei singoli casi, per concentrarla sulle scelte di carattere quasi normativo effettuate dall'amministrazione penitenziaria attraverso i provvedimenti in questione*» (sentenza n.351/1996).

Si è andati, invece, nella direzione esattamente contraria, lasciando all'Amministrazione penitenziaria, che agisce con provvedimenti di efficacia generalizzata, la facoltà di limitare il diritto di ricevere o trasmettere libri. Facoltà esercitata, ribadendo la posizione del passato, a nemmeno tre mesi di distanza dalla sentenza della Corte, dal DAP, con la circolare del 2 ottobre 2017. All'art. 11.6, vi si prevede che «*è fatto divieto al detenuto/internato, sia di ricevere libri e riviste dall'esterno, dai familiari o da altri soggetti tramite colloqui o pacco postale, sia di inviarne all'esterno. È consentito acquistare riviste e libri tramite impresa di*

*mantenimento, anche con copertina rigida. È vietato lo scambio di libri o copie parziali tra detenuti/internati».*

### **3.3. La violazione degli artt. 117 Cost., 3 e 8 CEDU**

Non poteva avere diverso destino, stante la chiara posizione assunta dalla Corte, l'ultimo profilo di censura sollevato dal rimettente, il quale, inquadrando il tema anche in una prospettiva sovranazionale, prendeva le mosse dalla constatazione che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sempre “salvato” il regime dell'art. 41-*bis*, ritenendolo giustificato da speciali esigenze di sicurezza; ma ha più volte stigmatizzato il contrasto tra singole disposizioni ed il diritto al mantenimento delle relazioni affettive<sup>18</sup>, affermando la necessità che le restrizioni imposte dal regime speciale, legittime in quanto previste dalla legge, siano proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito, che è quello di impedire collegamenti di detenuti per reati di criminalità organizzata particolarmente gravi con gruppi criminali all'esterno. La proporzione, in concreto, non potrebbe che essere valutata dall'A.G.: l'art. 18-*ter* OP prevede, appunto, un obbligo specifico di motivazione circa la limitazione che il magistrato ritiene necessaria e contiene un limite temporale stringente, salvo proroghe comunque autonomamente motivate; dunque l'art. 41-*bis*, nell'interpretazione del diritto vivente, sembra porsi in contrasto con l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo all'art. 8 CEDU, che nei confronti del detenuto in regime differenziato tutela «una estrinsecazione della socialità residua», «una residua epifania della propria vita privata e familiare» (pressoché annullata dal gravoso regime del 41-*bis*) qual è lo scambio di libri e stampa con i propri familiari: «un lacerto di socialità peculiarmente prezioso».

Bollato come incongruo rispetto alla prospettiva del rimettente, il richiamo all'art. 3 CEDU (in effetti non specificamente motivato quanto alla correlazione del caso in esame con la nozione di trattamento inumano o degradante, vietato in modo assoluto dalla norma convenzionale), la Corte evoca, rispetto alla seconda norma interposta richiamata, l'art. 8, il paragrafo 2 dello stesso articolo: norma che esplicita come il diritto di cui al paragrafo 1 (diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza) non sia assoluto, essendo consentite ingerenze della «pubblica autorità», a tre condizioni: che l'ingerenza sia prevista dalla legge; che persegua uno degli scopi legittimi indicati («la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione di diritti e delle libertà altrui»); che sia «necessaria», «in una società democratica», per il raggiungimento di quegli scopi.

La limitazione dei canali di ricezione della stampa e il divieto di trasmetterla all'esterno non inibiscono, secondo la Corte, le relazioni affettive del detenuto sottoposto a 41-*bis*, sia per la già affermata impossibilità di qualificare lo scambio di libri e riviste come “corrispondenza”, sia per il rapporto intercorrente tra l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettere a) e c) e l'art. 18-*ter* OP. La prima norma indica le ragioni per le quali l'amministrazione penitenziaria può esercitare il potere di disporre le limitazioni in parola in modo più specifico di quanto non faccia l'art. 18-*ter* (introdotto al fine di adeguare l'ordinamento nazionale alla giurisprudenza europea sul visto di controllo), che usa formule più ampie rispetto al puntuale riferimento contenuto nell'art. 41-*bis* (sintetizzando) alla particolare pericolosità della criminalità organizzata.

---

<sup>18</sup> Il rimettente citava le sentenze Diana c. Italia, 15.11.1996, Domenichini c. Italia, 15.11.1996, Rinziivillo c. Italia, 21.12.2000, Natoli c. Italia, 9.1.2001, Di Giovine c. Italia, 20.7.2001, che hanno condotto il legislatore italiano ad introdurre la disposizione dell'art. 18-*ter* OP.

Né, del resto, si potrebbe rimproverare al legislatore italiano di avere utilizzato nella previsione della lettera c) dell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* espressioni generiche come “beni” o “oggetti”, essendo del tutto ragionevole la scelta di non operare una elencazione minuta e casistica, che sconterebbe il rischio della lacuna.

Essendo la durata della misura limitativa non infinita ma modellata su quella propria del regime speciale e sussistendo, per la Corte, il requisito della proporzionalità rispetto allo scopo, la questione viene dichiarata, come le altre, infondata. La soluzione non stupisce, poiché è un dato di fatto che la giurisprudenza della Corte EDU, come la sentenza in commento non manca di osservare, sia granitica nel negare che restrizioni legate al regime detentivo speciale anche molto più gravi e incisive di quella in discussione risultino lesive dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU<sup>19</sup>.

Un rilievo è necessario, tuttavia, rispetto al tema della durata: l’art. 41-*bis* co. 2 *bis* OP prevede che il provvedimento del Ministro della giustizia che impone il regime speciale abbia durata di 4 anni, prorogabili, senza che vi sia limite al numero di volte, per successivi periodi di due anni. Il doveroso richiamo a un dato di realtà impone di considerare che esistono in Italia detenuti sottoposti al regime anche da venti – venticinque anni, o che lo sono stati in passato per simili periodi<sup>20</sup>. Considerato che l’efficacia della circolare ministeriale è sostanzialmente illimitata, fino a nuove disposizioni, sembra difficile affermare il requisito della proporzione rispetto allo scopo.

#### **4. Le parole blindate: la circolare del DAP del 2 ottobre 2017**

Si è già detto in premessa che tra le numerose disposizioni dei 37 articoli della circolare n. 3676/6126 dedicata al regime del 41-*bis*, spiccano per precisione e rigore quelle riferite alla ricezione di corrispondenza, quotidiani, periodici e libri. Con gli articoli 7.2 (*Tabacchi, valori bollati e giornali*) 11.6 (*Servizio biblioteca e libri*), 18 (*Corrispondenza epistolare*), 18.1 (*Visto di controllo sulla corrispondenza*), 19 (*Acquisto di quotidiani*), la circolare del 2 ottobre 2017 riafferma regole già da tempo operative nei confronti dei detenuti sottoposti a 41-*bis*.

Occorre necessariamente fare rinvio alle minuziose previsioni della circolare, essendo davvero numerosi gli aspetti affrontati, che non possono essere qui richiamati nel dettaglio.

Sarà sufficiente ricordare che, quanto alla ricezione di giornali e riviste periodiche viene ribadito il rigoroso divieto per il detenuto, analogamente a quanto previsto per i libri, di riceverli dall’esterno: ogni abbonamento o richiesta di giornale o periodico deve passare attraverso l’amministrazione carceraria. Così come vi è divieto di trasmettere riviste o giornali all’esterno.

Una particolare cautela è prevista per i quotidiani locali: è previsto che, al fine di limitare i collegamenti e gli aggiornamenti in tempo reale con il contesto criminale di appartenenza, l’amministrazione possa chiedere all’A.G. di limitare l’accesso alla cronaca locale (da intendersi come relativa al luogo in cui si trova l’istituto penitenziario): ciò a prescindere dal

<sup>19</sup> Le pronunce in tal senso sono numerose, a partire da Labita c. Italia, Grande Camera, 2 aprile 2000 e Indelicato c. Italia, 18 ottobre 2001; poi, tra le tante, Montani c. Italia, 19 gennaio 2010 ed Enea c. Italia, Grande Camera, 17 settembre 2009, citate dalla Corte; più recentemente, Paolello c. Italia, 24 settembre 2015. Cfr. anche Provenzano c. Italia, 25 settembre 2018 (sebbene la Corte abbia riscontrato una violazione dell’art. 3 CEDU limitatamente alla proroga disposta con decreto ministeriale privo di una aggiornata rivalutazione delle ulteriormente peggiorate condizioni di salute del ricorrente).

<sup>20</sup> Per uno studio sull’ergastolo nel contesto europeo, nell’ambito del quale sono state esaminate, attraverso questionari somministrati ai detenuti italiani, anche le posizioni di soggetti sottoposti per lunghi periodi a 41-*bis*, si veda Davide Galliani, *La concretezza della detenzione senza scampo*, in appendice a Carmelo Musumeci – Andrea Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo*, Editoriale Scientifica, 2016, pag. 181.

territorio di provenienza del detenuto, perché, si spiega all’art. 19, è accaduto che a seguito di scambi dei giornali tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità taluni abbiano avuto accesso a notizie relative al proprio clan criminale o all’esecuzione dei propri ordini trasmessi all’esterno.

Anche laddove l’A.G. disponga l’acquisto di quotidiani locali senza limiti, tuttavia, l’Ufficio Censura manterrà il visto di controllo sulla stampa locale trattenendo le pagine sospette ed inviandole all’A.G. per le sue determinazioni.

Quanto al controllo sulla corrispondenza, l’art. 18.1 della circolare richiama l’art. 18-ter L. 26.7.1975 n. 354 che regola il controllo dell’Autorità Giudiziaria, dalla cui autorizzazione dovrà necessariamente passare l’Amministrazione nel proporre una delle tipologie di controllo, previste con crescente incisività sul diritto alla riservatezza della corrispondenza di cui all’art. 15 Cost.

Merita di essere menzionata la puntualizzazione della circolare in relazione alla nozione di corrispondenza: vi è richiamato all’art. 616 comma 4 del codice penale, che la definisce epistolare, telegrafica, telefonica, informatica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza. *«In sostanza deve considerarsi corrispondenza ogni comunicazione di idee, sentimenti, propositi o notizie tra due o più persone determinate, in modo diverso dalla conversazione in presenza, e che presenti i caratteri della personalità (nel senso che sia determinato il destinatario) e dell’attualità»*. Di nuovo: un libro non lo è.

## 5. Considerazioni conclusive

41-bis, un numero che parla; e che dice ciò che parte cospicua della società vuole sentirsi dire: nessuna pietà con i detenuti mafiosi, “diversamente uomini” a prescindere dagli anni trascorsi 22 ore al giorno chiusi in una cella (che per loro non può essere solo “camera di pernottamento”), dai percorsi maturati, dai cambiamenti; ma che non dice che questo si traduce in una resa del sistema che dovrebbe rieducare, nell’interesse della società tutta. 41-bis per sempre significa dichiarazione di incapacità di incidere positivamente sulle vite dei detenuti e dei loro familiari, e sfiducia ingiustificata in quell’attento monitoraggio dell’evoluzione umana del detenuto connaturato alla funzione del suo “giudice di prossimità”, il Magistrato di Sorveglianza. Significa (e lo diciamo noi) che lo Stato non sa o non vuole trovare altre, più utili vie.

41-bis: un nervo scoperto, che non può essere sfiorato senza che si levino grida scomposte, come le reazioni seguite, nell’estate del 2017, alla pronuncia della Cassazione che aveva disposto nuovo esame, da parte del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, delle condizioni di salute di Totò Riina, poi morto nel reparto detentivo di un ospedale senza che i familiari potessero rivederlo vivo. Si pensi alle occasioni in cui viene affermato un principio ovvio e ragionevole, come quello per cui un detenuto in 41-bis può svolgere il colloquio con il Garante regionale delle persone private della libertà senza vetro divisorio e senza perciò dover rinunciare a uno dei colloqui con i familiari, e certa stampa reagisce con titoli stonati come “buone nuove per il Boss” o “è la fine del carcere duro” (è accaduto all’inizio del mese di marzo 2018 dopo la decisione del Tribunale di Sorveglianza di Perugia).

41-bis: un regime detentivo che, per la rigidità di alcune prescrizioni percepite dai detenuti come incomprensibili, vessatorie e fortemente punitive<sup>21</sup>, non appare conciliabile con la

---

<sup>21</sup> Cfr. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato (XVII legislatura), *Rapporto sul regime detentivo speciale - Indagine conoscitiva sul 41-bis* (aprile 2016), par. 3.2: visite alle sezioni dove sono presenti detenuti sottoposti al regime speciale, pag. 54.



funzione costituzionale della pena, ed è segnalato da tempo e da più parti (la dottrina pressoché unanime, l'avvocatura, le associazioni per i diritti umani) come gravemente lesivo dei diritti fondamentali della persona<sup>22</sup>.

Dall'importante lavoro degli Stati Generali sull'esecuzione penale (il lungo percorso di riflessione voluto dal Ministro della giustizia, durato circa un anno, tra il 2015 e il 2016) sono pervenute dettagliate indicazioni, richiamate nel documento finale<sup>23</sup>, circa i punti sui quali sarebbe «estremamente opportuna una rimediazione del legislatore».

Il 5 febbraio 2019 è stato pubblicato il “rapporto tematico sul regime detentivo speciale dell'articolo 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario (2016 – 2018)” del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale. Le principali criticità riscontrate riguardano le situazioni soggettive relative alle reiterate proroghe del regime e all'inserimento di taluni in “aree riservate” che finiscono per costituire un regime nel regime e sulle quali il Garante nazionale aveva già espresso perplessità nelle sue passate relazioni al Parlamento. Inoltre le condizioni di vita in alcune sezioni sono state ritenute inaccettabili, mentre in alcuni istituti si è riscontrata l'adozione di regole interne eccessivamente dettagliate su aspetti che vanno anche oltre le già minuziose prescrizioni della circolare del DAP 2.10.2017.

Per quanto cupo appaia, nell'attuale momento storico e politico, l'orizzonte delle istanze di umanità della pena, c'è da sperare che il 41-*bis*, questo numero così ingombrante, possa comunque trovare spazio nell'agenda di un legislatore sensibilizzato dalle tante voci che da lungo tempo ne denunciano le troppe ombre.

---

<sup>22</sup> L'Unione delle Camere Penali Italiane protesta da sempre, e con più vigore dall'anno 2008 in occasione della proposta di radicalizzazione del regime speciale, poi approvata, contro le inumane condizioni dei detenuti in 41-*bis*; si veda l'intervento del 26 novembre 2013 sulla vicenda di Bernardo Provenzano, [http://www.camerepenali.it/cat/5743/il\\_rispetto\\_della\\_legalità\\_rende\\_lo\\_stato\\_più\\_forte\\_della\\_criminalità.html](http://www.camerepenali.it/cat/5743/il_rispetto_della_legalità_rende_lo_stato_più_forte_della_criminalità.html).

Da ultimo, sulla vicenda Riina:

[http://www.camerepenali.it/cat/8491/l'intervento\\_dell'avv\\_rinaldo\\_romanelli\\_a\\_skytg24\\_sul\\_caso\\_riina.html](http://www.camerepenali.it/cat/8491/l'intervento_dell'avv_rinaldo_romanelli_a_skytg24_sul_caso_riina.html).

<sup>23</sup> Parte Quarta, par. 5.1

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_3.page;jsessionid=u2R1cHCJOdXqNu8b5RY2UHq?previousPage=mg\\_2\\_19](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page;jsessionid=u2R1cHCJOdXqNu8b5RY2UHq?previousPage=mg_2_19).

## Segnali di apertura della Cassazione in materia di restrizione all'acquisto della stampa locale per i detenuti in regime speciale *ex art. 41-bis OP*: in margine a Cass., Sez. I, 6 agosto 2019 (ud. 13 giugno 2019), n. 35766

di *Gabriele Terranova\**

**ABSTRACT:** Il regime speciale di detenzione previsto dall'art. 41-*bis* OP presenta profili di intrinseco contrasto con valori oggetto di tutela costituzionale e convenzionale che, fatta eccezione per quelli assoluti, che rappresentano un limite invalicabile, richiedono una costante complessa opera di bilanciamento con le esigenze di ordine e sicurezza presidiate. Il criterio di valutazione offerto dalla *ratio legis* è, a tal fine, irrilevante. Un adeguato controllo giurisdizionale richiederebbe un sindacato di legittimità esteso al controllo motivazionale e non limitato alla violazione di legge. La sentenza in commento offre una moderata apertura verso un tal genere di controllo. La materia dell'accesso all'informazione per i reclusi in regime speciale resta, tuttavia, connotata da notevoli limitazioni, sulla cui legittimità occorrerebbe aprire una più estesa riflessione.

### Opening signs by the Court of Cassation regarding the restriction on the purchase of local press for 41-*bis* inmates. Considerations about judgment n. 36766, dated 6<sup>th</sup> August 2019

**ABSTRACT:** The special detention regime presents profiles of intrinsic contrast with constitutional and conventional values, which represent an insurmountable limit and require a constant and complex work of balancing with requirements of order and security in prison. Adequate judicial review would require a legitimacy control in union with motivational control, and not limited to law's violation. The ruling considered offers a moderate opening towards this type of control. The question of inmates' access to information remains, however, characterized by considerable limits, whose legitimacy would deserve a more extensive reflection.

**SOMMARIO:** 1. Aspetti di intrinseca criticità del regime speciale *ex art. 41-bis* OP – 2. La *ratio legis*, criterio di giudizio minimale – 3. Sindacato di legittimità e timide aperture della Cassazione – 4. Spunti di riflessione sull'accesso all'informazione dei detenuti in regime speciale.

#### **1. Aspetti di intrinseca criticità del regime speciale *ex art. 41-bis* OP**

Il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41-*bis* comma 2 OP si caratterizza per la previsione di limitazioni ai residui spazi di libertà concessi ai detenuti in regime ordinario: una sorta di *imprisonment within prison* che impone ulteriori deprivazioni a chi è già privato del

bene supremo della libertà personale<sup>1</sup>. Rappresenta pertanto una forma estrema di manifestazione della potestà statale nei confronti dell’individuo.

Le limitazioni sono funzionalmente rivolte ad impedire i contatti del sottoposto con le associazioni criminali di riferimento, essendo proprio l’esigenza di prevenire la perpetuazione di rapporti illeciti con ambienti di criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico ritenuti attuali al momento dell’adozione del regime speciale la sua precipua finalità. Esse si traducono, pertanto, necessariamente nella drastica interdizione dei contatti fra il recluso e l’ambiente esterno, attingendo direttamente la sfera di operatività di prerogative quali la libertà e la segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost., art. 8 CEDU), il diritto all’informazione, quale componente pregiudiziale del diritto alla manifestazione del pensiero (art. 21 Cost., art. 10 CEDU), il diritto allo studio (art. 34 Cost., art. 26 Dich. un. Dir. Uomo), la tutela della famiglia e delle relazioni familiari (artt. 29 – 31 Cost., art. 8 CEDU), il diritto di accesso alle cure mediche (art. 32 Cost.), tutte oggetto di tutela costituzionale e convenzionale.

La relazione con la famiglia, lo studio, l’informazione e, in generale, l’instaurazione di opportuni contatti con l’esterno sono, inoltre, elementi tipici di attuazione del trattamento penitenziario (art. 15 OP), come tali strettamente correlati alla funzione costituzionale della pena, individuata dall’art. 27 comma 2 Cost. nella risocializzazione del condannato.

L’esistenza di un potenziale conflitto con valori oggetto di tutela costituzionale e convenzionale nell’adozione del regime speciale non costituisce, dunque, un mero accidente, ma è in certa misura intrinseca alla stessa natura del detto regime.

D’altra parte, l’esigenza di impedire il perpetuarsi di relazioni illecite con i contesti criminali di provenienza da parte di detenuti che presentino estrema pericolosità sociale proprio per l’attualità dei collegamenti con organizzazioni criminali di massima offensività, quali sono quelle di tipo mafioso o terroristico, adempie ad altrettanto cogenti doveri di tutela dello Stato, riconducibili, in ultima analisi, al disposto dell’art. 2 Cost.

Il difficile governo di tale conflitto involge una duplice problematica.

Da un lato, la compressione estrema della libertà dell’individuo incontra il limite del rispetto della sua dignità personale, che può essere compromessa o vulnerata laddove la sfera di libertà individuale sia totalmente annullata o mortificata al punto da sconfinare nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito dall’art. 3 CEDU ovvero nell’analogo divieto di trattamenti contrari al senso di umanità di cui all’art. 27 comma 3 Cost.

E, sotto questo primo aspetto, non rileva il rango costituzionale delle finalità perseguite, perché i suddetti divieti sono assoluti e non bilanciabili.

La previsione legislativa e l’azione amministrativa e giurisdizionale incontrano, dunque, in tal senso un limite assoluto ed inderogabile.

È questa una sottolineatura niente affatto teorica, considerata l’enfasi che ha assunto, nell’odierna comunicazione pubblica, la tematica – pur sacrosanta – del contrasto alla criminalità organizzata e tenuto conto, altresì, che il rischio di frizione del regime speciale di cui all’art. 41-*bis* OP con il divieto di trattamenti inumani e degradanti è concretamente evocato, sotto plurimi aspetti, dal *Rapporto tematico* stilato sull’argomento dall’Ufficio del Garante Nazionale delle Persone Private della Libertà Personale all’esito di specifica attività ispettiva protrattasi per due anni fra il 2016 ed il 2018.

Dall’altro lato, in rapporto agli altri richiamati valori costituzionali in potenziale conflitto, spesso assistiti da doppia riserva (di legge e giurisdizionale), la previsione e la concreta

---

\*Avvocato del Foro di Prato.

<sup>1</sup>S. ROMICE, [Brevi note sull’art. 41-bis OP](#), in *Giur. pen. web*, 12, 2017, 2.

attuazione del regime speciale richiede una costante opera di bilanciamento sulla quale si articola la complessa dialettica fra le autorità amministrative e giurisdizionali coinvolte, con forme che, per scelta legislativa quanto meno opinabile, vista la delicatezza della tematica, non si ispirano ad un modello di piena giurisdizionalità<sup>2</sup>.

Il tutto è complicato dall’ambiguità con cui storicamente il regime è avvertito, magari non dagli operatori, ma certamente da una parte dell’opinione pubblica, dei commentatori e della *politica*, plasticamente manifestata dalla ricorrente denominazione di “carcere duro”, che enfatizza la componente afflittiva quasi a volerla fare assurgere da inevitabile implicazione a surrettizia finalità, talvolta ispirandosi anche ad esigenze di politica criminale che, quando guardano anche allo scopo di favorire la collaborazione con la giustizia, prefigurano perfino il rischio di sconfinamenti nella nozione di tortura.

## 2. La *ratio legis*, criterio di giudizio minimale

Il principale criterio discretivo assegnato all’interprete, sia nella fase dell’adozione ed esecuzione del regime speciale, riservata all’amministrazione, sia nel controllo giurisdizionale, è quello della conformità alla *ratio legis*.

Esso è enunciato, oramai, enfaticamente anche nella premessa della Circ. DAP 0309740 del 02 ottobre 2017 sull’*Organizzazione del circuito detentivo previsto dall’art. 41 bis OP*, che richiama la funzione dell’istituto, *impedire l’ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza*, indicandola quale criterio guida nell’adozione e nell’esecuzione del decreto ministeriale dispositivo del regime speciale, le cui prescrizioni – si legge ancora – *non sono volte a punire e non devono determinare un’afflizione, aggiuntiva alla pena comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame*.

La funzione propria dell’istituto consente di giudicare illegittime, perché irragionevolmente afflittive, le prescrizioni che risultino ad essa eccentriche.

Su analoghe considerazioni si sono articolate molte delle decisioni giurisdizionali via via intervenute a delimitare l’ambito delle prescrizioni legittimamente impartibili mediante l’imposizione del regime speciale, come quella che ha dichiarato illegittimo il divieto di cottura dei cibi<sup>3</sup> o quella che solleva questione di legittimità sul divieto di scambio di oggetti fra appartenenti al medesimo gruppo di socialità<sup>4</sup>, per citarne solo alcune.

A ben vedere, si tratta, però, di un criterio solo minimale, la cui concreta rilevanza è forse spia della richiamata tendenza ad attribuire al regime speciale una surrettizia finalità afflittiva, ma che nessun contributo offre all’interprete che sia chiamato a valutare, in un’ottica di bilanciamento fra i contrapposti valori costituzionali coinvolti, la legittimità di disposizioni che intervengano sull’ambito fisiologico dell’art. 41-bis.

Tale ambito, che costituisce il cuore della dialettica sull’istituto, resta caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità, nel quale occorre districarsi, nella modestia delle indicazioni fornite dal testo normativo, attingendo direttamente ai principi costituzionali e convenzionali ed alla loro elaborazione giurisprudenziale, domestica e sovranazionale.

<sup>2</sup> Sul punto, cfr. S. Romice, *op. cit.*, 48 sgg., cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali.

<sup>3</sup> Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, in *Cass. Pen.*, 2018, 5, 277, nota APRILE; in *Dir. e Giust.*, 2018, 15 ottobre, nota MARINO.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 23 ottobre 2019 (ud. 29 maggio 2019), n. 43436.

### 3. Sindacato di legittimità e timide aperture della Cassazione

Spostandosi sul piano più prettamente processuale, si converrà che, in ambiti, come quello in esame, caratterizzati da un ampio tasso di discrezionalità, l'effettività del controllo giurisdizionale presuppone un sindacato esteso, in grado di disvelare i percorsi decisionali seguiti nell'esercizio del potere oggetto di controllo.

Tuttavia, a livello supremo, laddove dovrebbe esplicarsi la funzione nomofilattica destinata a tracciare il paradigma dell'esercizio del potere, prevenendo il rischio che si profili una casistica esasperata, nella materia trattata, il legislatore contempla solo un sindacato per violazione di legge.

Solo per violazione di legge sono, infatti, ricorribili per cassazione sia le decisioni in materia di reclamo avverso il provvedimento impositivo e di proroga del regime speciale (art. 41-*bis* comma 2-*sexies* OP), sia quelle in materia di reclamo sulle relative modalità attuative (art. 35-*bis* comma 4-*bis*), sia, infine, quelle in materia di limitazioni nella corrispondenza e nella ricezione della stampa (artt. 18-*bis* comma 6, 14-*ter* comma 4 e 71-*ter* OP)<sup>5</sup>.

Sotto tale aspetto, la decisione da cui trae spunto l'odierna riflessione<sup>6</sup> si segnala per una certa apertura.

Il ricorso attingeva la decisione di un reclamo avverso il provvedimento con cui, nei confronti del ricorrente, era stata disposta l'esclusione dall'accesso a tutta la stampa locale, indipendentemente dal territorio di provenienza della testata.

La Corte, dopo avere sottolineato che il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 18-*ter* OP incide su una materia oggetto di diretta tutela costituzionale e soggetta a doppia riserva (di legge e giurisdizionale), ne argomenta la necessità che esso sia informato ad un *obbligo di rigorosa motivazione*.

La particolare estensione della limitazione disposta, inoltre, per quanto legittima in astratto, avrebbe richiesto una specifica illustrazione dei *concreti elementi di valutazione idonei a conferire un adeguato coefficiente di oggettività alle ragioni* che la sostenevano, non potendosi, invece, fondare *sulla ricorrenza di una situazione di "mero sospetto"*.

Il ricorrente aveva richiesto l'annullamento deducendo la totale mancanza di motivazione quale violazione dell'art. 125 c.p.p., mentre la Corte vi perviene per *evidenti lacune motivazionali*, senza soffermarsi sui limiti normativi del proprio sindacato.

La decisione si pone nel solco di altre precedenti, tutte caratterizzate dalla valorizzazione dell'obbligo motivazionale, in relazione alla rilevanza costituzionale dei valori compressi, delle limitazioni adottate nei confronti dei detenuti in regime speciale *ex art. 41-bis* OP.

Alcune decisioni attengono al medesimo tema della limitazione alla corrispondenza assunte ai sensi dell'art. 18-*ter* OP e si soffermano sull'esigenza che il relativo provvedimento, prerogativa dell'autorità giudiziaria per disposto dell'art. 15 Cost., debba essere *specificamente motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dai commi 1 e 5 dell'art. 18-ter cit.*<sup>7</sup>, con motivazione che, *pur potendosi esplicitare in forma sintetica, deve comunque dare conto in modo comprensibile del pensiero del giudice e non può svuotarsi fino ad una assoluta genericità dei contenuti*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla violazione del diritto al doppio grado di giurisdizione, cfr., in particolare, Cass., Sez. I, 31 ottobre 2014 (ud. 10 ottobre 2014), n. 45161.

<sup>6</sup> Cass., Sez. I, 6 agosto 2019 (ud. 13 giugno 2019), n. 35766.

<sup>7</sup> Cass., Sez. I, 17 ottobre 2014 (ud. 20 giugno 2014), n. 43522. In senso conforme, v. Id., 13 dicembre 2012 (ud. 21 novembre 2012), n. 48365.

<sup>8</sup> Cass., Sez. I, 17 ottobre 2014, cit. Nello stesso senso, cfr. Id., 12 aprile 2013 (ud. 14 marzo 2013), n. 16744.



Altre decisioni<sup>9</sup> si soffermano sull’obbligo motivazionale dei decreti di proroga del regime detentivo speciale, avendo cura di sottolineare che il sindacato di legittimità per violazione di legge, *sub specie* di violazione dell’obbligo di motivazione, per costante giurisprudenza<sup>10</sup>, *comprende, oltre all’ipotesi, meramente scolastica, di un provvedimento totalmente privo di giustificazioni, ma dotato del solo dispositivo, tutti i casi in cui la motivazione risulti priva dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità, al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito*<sup>11</sup>, ai quali *devono essere equiparate le ipotesi in cui le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da fare rimanere oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione*<sup>12</sup>.

Il sindacato sulle ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato – ed in ciò risiede forse l’elemento di maggiore interesse di tali decisioni – trova concreto alimento nella specificità delle allegazioni difensive svolte in sede di reclamo, secondo il paradigma per cui *l’omessa valutazione di una delle componenti argomentative del reclamo può essere ritenuta irrilevante, lì dove - nel suo complesso - il provvedimento emesso dal Tribunale contenga razionali e sufficienti contenuti, e la parte non concretamente valutata non posseda potenziale incidenza circa la ricorrenza, in fatto, dei presupposti di legge*<sup>13</sup>.

In sostanza, la mancanza di motivazione finisce per assurgere a violazione di legge anche quando non sia assoluta, ma valutata in relazione a tutte le componenti del *thema decidendum*, purché decisive ai fini della tenuta complessiva del percorso argomentativo, secondo un paradigma di giudizio che, per quanto ben noto in astratto<sup>14</sup>, non sempre passa attraverso le strette maglie del sindacato sull’*error in procedendo*.

#### **4. Spunti di riflessione sull’accesso all’informazione dei detenuti in regime speciale**

In una diversa prospettiva, la medesima decisione si presta ad una più generale riflessione sul tema dell’accesso all’informazione dei detenuti in regime speciale.

La radicale interdizione ai reclusi in regime speciale della lettura dei quotidiani e periodici della propria zona di provenienza costituisce ormai una prassi praticamente uniforme su tutto il territorio nazionale.

Nel caso di specie, si discorreva addirittura di impedire l’accesso alla cronaca locale in assoluto, indipendentemente dal territorio di riferimento delle testate giornalistiche, per evitare che notizie “sensibili” potessero giungere ai detenuti attraverso la circolazione di informazioni all’interno del gruppo di socialità, inevitabilmente composto da persone provenienti da aree territoriali diverse, per evidente necessità di impedire i contatti fra “conterranei”.

Ora, non sembra potersi negare che un simile provvedimento rappresenti un’anomalia, rispetto al paradigma normativo, nella misura in cui adotta una prospettiva collettiva, riferita all’intero gruppo di socialità, nella declinazione delle limitazioni adottabili, imponendo a ciascuno di soffrire restrizioni non già rivolte al suo isolamento comunicativo, ma a quello degli altri

<sup>9</sup> Cass., Sez. I, 13 giugno 2019 (ud. 24 maggio 2019), n. 26178; Id., 19 aprile 2016 (ud. 27 gennaio 2016), n. 16019.

<sup>10</sup> Il richiamo è a Cass., Sez. Un., 10 giugno 2003 (ud. 28 maggio 2003), n. 25080.

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 13 giugno 2019, cit., in motivazione.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Cass., Sez. I, 19 aprile 2016, cit.

<sup>14</sup> Cfr., in particolare, sull’argomento, F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, 361 ss.

appartenenti al gruppo e ciò perfino senza tenere conto che la composizione del gruppo è prerogativa dell'amministrazione.

Tuttavia, secondo la Corte, il provvedimento è illegittimo solo perché non motivato, ma avrebbe ben potuto, in astratto, essere adottato (e chissà che non lo sia all'esito dell'annullamento, integrando la motivazione).

Più radicalmente, occorre, poi, notare che la preclusione dell'accesso alla stampa locale, ormai per consuetudine, si adotta non già per impedire che vi siano veicolati messaggi occulti destinati al detenuto sottoposto al regime speciale (evento accidentale prevenibile anche attraverso un controllo mirato, piuttosto che con una totale interdizione dell'accesso alla fonte), ma per precludergli la conoscenza di notizie destinate genericamente al pubblico, ritenute “sensibili” in quanto potenzialmente collegate alle vicende della sua associazione criminale di riferimento.

Orbene, è indubbio che ignorare quanto accade all'esterno del luogo di detenzione e, segnatamente, nell'ambiente criminale di provenienza, costituisca un ostacolo per chi aspirasse a mantenersi in contatto con i propri associati, ma l'adozione del regime speciale non ha la finalità di interdire la conoscenza di fatti di dominio pubblico o comunque patrimonio diffuso di un'intera collettività.

Il testo normativo si riferisce all'impedimento di *collegamenti* (commi 2 e 2-bis), *contatti*, *contrast*, *interazioni* (comma 2-quater, lett. a), *passaggio di oggetti* (comma 2-quater, lett. b), tutte evenienze che sottendono una relazione individuale fra il recluso e l'ambiente esterno. La conoscenza di fatti oggetto di pubblica comunicazione, a rigore, non pare rientrare in tali nozioni.

Né varrebbe obiettare che l'art. 18-ter OP contiene un esplicito riferimento alla *ricezione della stampa*, poiché questa, tanto più in quanto associata alla corrispondenza, in tale contesto, può ritenersi considerata quale veicolo surrettizio per trasmettere messaggi individuali e non per la sua fisiologica funzione di diffondere notizie.

Resta, infine, anche da chiedersi perché, anche argomentando diversamente, le limitazioni non potrebbero circoscriversi, come avviene anche nel controllo della corrispondenza, al trattenimento delle sole pubblicazioni (o parti di esse) che contengano notizie meritevoli di censura, senza precludere genericamente l'accesso ad intere categorie di informazioni.

Insomma, la materia dell'accesso all'informazione per i reclusi in 41-bis, per quanto si possano positivamente apprezzare interventi giurisdizionali sensibili all'esigenza di un maggior controllo motivazionale, rappresenta indubbiamente un terreno in cui si avverte particolarmente la natura estrema dello strumento di prevenzione, ormai stabilmente approdato a letture che vanno forse anche oltre i limiti propri del dettato normativo, su cui sarebbe auspicabile una riflessione più radicale.

## Aria nel reparto 41-*bis*

di Luisa Diez<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** Il presente contributo vorrebbe esaminare la problematica, apparentemente nota ai più, delle “ore d’aria” nel regime *ex* 41-*bis* OP. Tale regime penitenziario differenziato è essenzialmente “claustrofobico”, nel senso di ossessivamente caratterizzato dalla chiusura e dalla separatezza, dal confinamento in luoghi ristretti e il più possibile esclusi da contatti con altri luoghi (e dalle persone che stanno in altri luoghi): difficile, dunque, parlare in tale contesto di ore d’aria senza cadere nel paradosso. Si illustreranno i tentativi compiuti per attenuare la chiusura attraverso la progressiva messa in discussione della consolidata interpretazione amministrativa della norma dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater* lett. f) OP; la ricostruzione della sua corretta portata precettiva; l’individuazione di una violazione grave e attuale di diritti soggettivi e dello strumento giuridico per fare cessare la violazione. Si illustreranno inoltre le risposte non sempre coerenti dell’Amministrazione e le ulteriori attività ermeneutiche necessarie per contrastare in materia la violazione di ulteriori diritti, come il diritto alla socialità, alla compagnia, allo studio, visti come concorrenti e non alternativi (secondo quanto invece preteso dall’Amministrazione) al diritto di permanenza all’aperto. Solo un brevissimo cenno alla possibile nascita di nuove questioni interpretative in tema di durata della permanenza all’aperto a seguito della riforma dell’art. 10, 1° co. OP introdotta dal D.Lgs del 2 ottobre 2018, n. 123. Saranno infine citati alcuni casi concreti evidenziando l’approccio restrittivo dell’Amministrazione in tema di “qualità” di aria all’aperto nel reparto 41-*bis*.

### Outdoor time in 41-*bis* regime

**ABSTRACT:** *This paper examines the problem, apparently well-known, of the “outdoor time” in the 41-bis regime. This differentiated regime is essentially “claustrophobic”, in fact it is obsessively characterized by closure and separation, by confinement in restricted places and, as far as possible, it tries to exclude every contact with other places and people. It’s therefore difficult to speak of “outdoor time” without falling into paradox. The following report presents jurisdictional attempts to mitigate this seclusion through progressive criticism of traditional interpretation by Administration of Art. 41-bis, clause 2-quater lett. f) of Penitentiary Law; the rebuilding of its correct preceptive matter; the recognition of current and serious violation of fundamental individual rights and of the legal instrument in order to stop the violation. It also presents the (sometimes inconsistent) answers of Administration and further interpretative activities aimed to counteract the violation of other fundamental individual rights, such as right to relaxation, right to social relations and right to education, by Administration wrongly supposed to be alternative to right to outdoor time. Just a glimpse on new interesting issues about length of outdoor time perhaps risen after amendment of Art. 10, clause 1 of Penitentiary Law by D.Lgs n. 123/2018. Lastly, a mention to some cases highlighting the bad quality of outdoor time in the 41-bis regime according the administrative rules.*

---

<sup>1</sup> Magistrato di Sorveglianza di Sassari.

SOMMARIO: 1. Esame critico dell’interpretazione amministrativa dell’art. 41-*bis* in ordine al numero massimo consentito di ore all’aperto. 2. Esame critico dell’interpretazione amministrativa in ordine alla supposta alternativa legislativa fra seconda ora all’aperto e ora nella sala socialità (quindi circa il numero massimo di ore consentite fuori dalla propria camera di pernottamento). 3. Esame critico dell’interpretazione amministrativa in ordine al supposto divieto di fruire della seconda ora all’aperto insieme ai compagni del proprio gruppo di socialità (quindi circa il numero massimo consentito di ore in compagnia). 4. Esame critico dell’interpretazione amministrativa in ordine alla supposta alternativa fra seconda ora all’aperto e ora di utilizzo del computer per ragioni di studio. 5. Alcune ulteriori istanze in materia, non accolte. 6. Rilievi critici in tema della qualità del tempo da trascorrere all’aperto come delineato da provvedimenti della Direzione d’istituto (con risvolti anche disciplinari).

### **1. Esame critico dell’interpretazione amministrativa dell’art. 41-*bis* in ordine al numero massimo consentito di ore all’aperto**

Il regime penitenziario differenziato *ex art. 41-bis* OP è un regime “claustrofobico”, nel senso di essenzialmente e ossessivamente caratterizzato dalla chiusura e dalla separatezza, dal confinamento in luoghi ristretti e il più possibile esclusi da contatti con altri luoghi (e dalle persone che stanno in altri luoghi).

Nella Casa Circondariale di Sassari, Fraz. Bancali (costruita per sostituire l’ottocentesco carcere cittadino di San Sebastiano, considerato uno dei peggiori istituti penitenziari a livello nazionale), inaugurata in una desolata landa rurale nel luglio 2013, uno dei numerosi e differenziati reparti è destinato ai detenuti in regime di art. 41-*bis*: operativo dal giugno 2015, ospita circa 92 detenuti, distribuiti in sezioni, a loro volta comprendenti sotto-sezioni denominate convenzionalmente “varchi”. Ciascun varco comprende un corridoio, un magazzino, una sala-socialità, quattro camere e un cortile/“passeggio” su cui queste ultime si affacciano. All’interno di ciascun varco vivono i detenuti destinati al medesimo gruppo di socialità.

Per tale apposita struttura architettonica, il carcere sassarese è il primo (tuttora l’unico) in Italia ad avere un reparto 41-*bis* strettamente conforme alla previsione legislativa esplicitata nel comma 2-quater, lett. f) dell’articolo medesimo, là dove si evidenzia l’esigenza di <adottare tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volti a garantire che sia assicurata l’assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità>. Il divieto di comunicazione è a Sassari esplicitato esteriormente in modo plastico attraverso la rigida separazione degli spazi, ivi compresi quelli destinati alla famosa “aria”: parola, dotata d’immediata efficacia, utilizzata nella prassi per indicare sinteticamente la possibilità di trascorrere un po’ di tempo all’aria aperta, cioè fuori dall’edificio carcerario, sia pure entro le mura dell’istituto penitenziario.

Nell’ambito di questa struttura così rigida - inevitabilmente generatrice di peculiare sofferenza – l’“aria” diventa esigenza particolarmente sentita, presumibilmente non solo nel suo immediato riflesso fisico, ma pure come strumento, anche simbolico, di “apertura” e quindi di possibile antidoto, anche mentale, alla “chiusura”. È in questo contesto che un detenuto del reparto in questione propose reclamo avverso la disposizione del regolamento interno che consentiva una sola ora di permanenza all’aria aperta, mentre l’altra ora fuori dalla propria stanza poteva essere goduta solo nella sala-socialità (una sala polivalente dotata di qualche attrezzo ginnico, un tavolo, alcune sedie, alcuni giochi da tavolo, nella quale è possibile, dietro specifica autorizzazione, coltivare l’*hobby* della pittura).

Il reclamante pose in rilievo il carattere forzato e ambiguo di tale interpretazione del dato normativo del sopra menzionato comma 2-*quater*, lett. f) art. 41-*bis*, che limita la permanenza all’aperto non solo in gruppi superiori a quattro persone, ma anche <a una durata non superiore a due ore al giorno>, evidenziando da un lato che la costante limitazione a una sola ora quotidiana della permanenza all’aperto comporterebbe problemi di salute e in particolare carenza di vitamina D, dall’altro che in concreto non sarebbero ravvisabili contrarie ragioni organizzative, considerato che nel carcere sassarese i detenuti in regime differenziato sono allocati in sotto-sezioni separate (i “varchi”), ciascuna delle quali dotata di un proprio cortile: con la conseguenza che la permanenza all’aria aperta per un tempo maggiore sarebbe possibile per tutti, non dovendosi effettuare turni per carenza di spazi sufficienti.

Il citato reclamo ha dato l’avvio a una serie di approfondite riflessioni sulla norma dell’art. 41-*bis* in tema di permanenza all’aperto, sulla sua interpretazione da parte dell’Amministrazione, sul significato del limite legislativo nell’ambito del sistema delineato dall’Ordinamento Penitenziario e dal suo Regolamento. Tali riflessioni hanno condotto a risultati graduali e parziali, in un’ottica progressiva che si è man mano chiarita e delineata, anche alla luce delle reazioni amministrative – a vari livelli – alla prima ordinanza di circoscritto accoglimento, *ex art. 35-bis* OP, delle ragioni del detenuto. Con ordinanza del 23 settembre 2016 la scrivente si limitò, accogliendo il reclamo per quanto all’epoca ritenuto di ragione e “disapplicando ogni altro contrario atto amministrativo in quanto illegittimo”, a ordinare alla Direzione della CC di Sassari-Bancali di “verificare in concreto, entro il termine di trenta giorni dalla notifica dell’ordinanza, alla luce di quanto esposto in parte motiva e tenuto adeguato conto di tutti gli interessi in gioco, la possibilità di ampliare a due ore al giorno la permanenza all’aria aperta, quindi in cortile, del detenuto reclamante (in aggiunta al tempo da trascorrere negli spazi interni comuni)”. Fu come una prima pietra lanciata in immobili acque stagnanti.

In materia, la Direzione aveva riferito che l’impugnata disposizione del Regolamento Interno era conforme a quanto stabilito nel decreto ministeriale applicativo del regime differenziato, mai reclamato sul punto, nonché alle regole comunemente applicate in tutta Italia ai detenuti in regime di 41-*bis*. Essa, inoltre, risultava rispettosa delle costanti indicazioni sul punto del DAP, che dopo la riforma del 2009 (che aveva ridotto da quattro a due ore massime la possibilità di permanenza all’aperto) aveva mantenuto fermo il principio di ripartire in maniera uguale il tempo massimo previsto dal legislatore, attribuendone la metà (quindi in precedenza due ore, attualmente un’ora) alla permanenza nel cortile e un’ora alla permanenza nella sala socialità (v. Circ. DAP n. 3592-6042 del 9 ottobre 2003 e Circ. DAP n. 0286202 del 4 agosto 2009).

Si osservava nella ricordata ordinanza che tale interpretazione amministrativa pareva basarsi sull’assunto implicito che l’espressione <all’aperto> contenuta nell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f) OP sia riferita alla permanenza “fuori dalla stanza di pernottamento”, per cui, pur concedendo il tempo massimo prescritto, dovendo questo essere equamente ripartito fra cortile e sala socialità, la permanenza nel primo spazio non potrebbe superare l’ora.

Tale implicito presupposto ermeneutico fu ritenuto non condivisibile, apparendo contrastare col dato letterale e sistematico: la lett. f) in esame, infatti, non dice “fuori dalla cella”, ma <all’aperto>, e richiama il limite minimo prescritto dall’art. 10, che fa inequivocabile riferimento <all’aria aperta>; stante l’inscindibile connessione fra le due norme, voluta dal legislatore, si reputava evidente che all’aperto non poteva che significare – conformemente, del resto, al significato comune dell’espressione – “all’aria aperta”, quindi in cortile e non nella sala socialità posta al chiuso della sezione.



Si proseguiva rilevando che pertanto le due norme - quella generale (dettata per i detenuti in regime ordinario) e quella speciale (dettata per i detenuti in regime differenziato), disciplinano un identico aspetto della vita carceraria, quello della permanenza all'aria aperta (il correlato art. 16 Reg. OP utilizza la dizione, anch'essa univoca, <spazi all'aperto>). La fruizione della sala socialità si considerava rientrare, invece, nella previsione generale dell'art. 5 OP (caratteristiche degli edifici penitenziari), il quale prevede che ogni istituto deve essere dotato non solo di locali per le esigenze individuali, ma anche di <locali per lo svolgimento di attività in comune> (sale socialità variamente attrezzate ai sensi del successivo art. 12): aspetto non specificamente contemplato nell'art. 41-*bis*. Si rilevava che la disciplina della permanenza all'aperto, peraltro, è ben diversa con riguardo alle due categorie di detenuti, posto che nel regime ordinario le due ore quotidiane sono il minimo, mentre nel regime differenziato rappresentano il massimo consentito dal legislatore: due prospettive, pertanto, diametralmente differenti. Anche nel regime ordinario è prevista la possibilità di limitare la permanenza all'aperto a una sola ora (limite invalicabile assoluto, per entrambi i regimi), ma solo per <motivi eccezionali>, che oltretutto, come precisato dall'art. 16 Reg., consentono la riduzione solo per <tempi brevi> e solo in forza di provvedimento motivato della Direzione, comunicato sia al PRAP sia al magistrato di Sorveglianza (diversa disciplina dei tempi minimi e massimi correlabile alla peculiare pericolosità dei soggetti detenuti in regime penitenziario differenziato).

La comprensione delle ragioni della diversità di approccio e quindi di disciplina non portava, però, a legittimare l'interpretazione allora seguita dal DAP, secondo cui, in maniera generalizzata e assoluta, in qualsiasi carcere italiano, il tempo di permanenza all'aria aperta dovesse essere, sempre e comunque, limitato a una sola ora. Tale interpretazione, infatti, si considerava come comportante di fatto una parziale abrogazione della norma dettata dalla lett. f) in esame, con eliminazione della durata massima di due ore prevista dal legislatore e identificazione sostanziale della durata massima con quella minima. Si rilevava pertanto che l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione nella scelta fra la durata massima e quella minima consentite andava giustificato e doveva rispondere, in concreto (non per astratte indicazioni generalizzate valevoli per qualsiasi istituto), a ragioni di sicurezza, di ordine, di organizzazione interna, che davvero non rendano possibile consentire ai detenuti di permanere all'aperto per due ore al giorno (in aggiunta al tempo da trascorrere negli spazi interni comuni). Si evidenziava, a questo punto, che specifiche ragioni non erano state indicate dalla Direzione e non risultavano direttamente e immediatamente percepibili, alla luce della specifica struttura architettonica della casa circondariale sassarese, che prevede una pluralità di spazi all'aperto, uno per ciascuna sottosezione (varco) destinata a un determinato gruppo di socialità.

Da qui il dispositivo sopra trascritto, che ordinava alla Direzione una verifica della situazione concreta. In quella prima fase, pertanto, s'intendeva soltanto stimolare un approfondimento motivazionale dell'Amministrazione e verificare se la stessa, ormai priva – stante l'operata disapplicazione – del facile richiamo ad altri atti amministrativi e inoltre – stante la struttura architettonica dell'edificio sassarese – priva del richiamo alla carenza di spazi all'aperto, disponesse di altre eventuali ragioni concrete (ad es. carenza di personale, effettivi pericoli per l'ordine nell'istituto o per la sicurezza ...) – di cui eventualmente in un secondo tempo verificare la ragionevolezza e proporzionalità – per affermare l'impossibilità di fare permanere i detenuti nel cortile per più di un'ora al giorno.

La Direzione non rispose, nonostante ripetuti solleciti, e il detenuto interessato (nel frattempo anche altri detenuti avevano proposto analoghi reclami, divenendo destinatari di analoghe decisioni, pure da parte degli altri magistrati dell'Ufficio) chiese l'ottemperanza del

provvedimento. Con ordinanza del 28 aprile 2017, constatato che ormai il provvedimento per cui si chiedeva l’ottemperanza non era più soggetto a impugnazione ai sensi dell’art. 35-*bis*, co. 5 OP (posto che il relativo reclamo del DAP al Tribunale di Sorveglianza in sede era stato dichiarato inammissibile - perché proposto da soggetto non legittimato - e avverso questa decisione la parte soccombente non aveva proposto nei termini di legge ricorso in cassazione), fu accolta la richiesta di ottemperanza. Al riguardo fu evidenziato espressamente (onde eliminare ogni possibile dubbio circa la portata della locuzione, in tema di disapplicazione, “ogni altro contrario atto amministrativo”) che tutte le argomentazioni svolte per la circolare DAP valevano anche per il DM applicativo del regime speciale, il quale seguiva sul punto la non condivisibile interpretazione del DAP sull’art. 41-*bis*, e che le stesse argomentazioni dovevano considerarsi ancora valide, tanto più in mancanza di contrarie considerazioni dell’Amministrazione Penitenziaria.

Fu inoltre osservato che appariva opportuno nominare un commissario *ad acta*, “essendo necessario esprimere valutazioni circa le oggettive circostanze fattuali sussistenti nell’istituto penitenziario, quindi un’attività discrezionale”. Fu in tale veste nominato il Direttore del PRAP di Cagliari, cui venne demandato, col termine di trenta giorni dalla notifica dell’ordinanza, lo stesso “incarico esplorativo” già demandato alla Direzione dell’istituto (circa la sussistenza o la mancanza di concrete ragioni, organizzative o di altra natura, eventualmente di ostacolo alla fruizione da parte del detenuto in regime di art. 41-*bis* di due ore quotidiane di permanenza all’aria aperta).

Nonostante la portata molto ampia dell’ordine impartito, che lasciava in quella fase all’Amministrazione la più ampia facoltà di valutazione discrezionale nel merito, il Provveditore Regionale decise di omettere totalmente qualsiasi apprezzamento in concreto e (di fatto eludendo l’ordine ricevuto) si limitò a comunicare, piuttosto sbrigativamente, che riteneva di “non poter eseguire l’ordinanza, lasciando ferma a un’ora la permanenza all’aperto, trattandosi di disposizioni impartite dall’Amministrazione nel rispetto della norma che disciplina il regime di cui all’art. 41-*bis*, come modificata dalla legge 94/2009”.

Apparve chiaro, a quel punto, che la situazione era insuscettibile di ulteriori positivi sviluppi e che da lì in avanti l’approccio alla questione avrebbe dovuto essere diverso sotto alcuni profili. Con ordinanza del 21 aprile 2017, in accoglimento di analogo reclamo in materia di altro detenuto, sempre “disapplicato ogni contrario atto amministrativo in quanto illegittimo”, fu per la prima volta ordinato alla Direzione di consentire al reclamante, entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento, di “fruire ogni giorno di due ore all’aria aperta in cortile, in aggiunta all’ora negli spazi interni comuni (c.d. sala socialità)”.

Fu sottolineato, in motivazione, che con precedenti ordinanze sullo stesso argomento la Direzione era stata invitata a verificare in concreto la possibilità di ampliare a due ore al giorno la permanenza all’aria aperta; che il termine fissato al riguardo era ampiamente scaduto senza che l’Amministrazione avesse esplicitato in dettaglio, come richiesto, le proprie concrete motivazioni sul punto e non avesse risposto a ulteriori solleciti, per cui doveva “ragionevolmente concludersi che nella Sezione 41-*bis* della CC di Sassari-Bancali, proprio per la sua mirata e funzionale struttura architettonica, e in mancanza di ulteriori specifici fattori impeditivi (mai resi noti), sia possibile l’auspicato ampliamento del tempo da trascorrere all’aria aperta”. Si rilevava, inoltre, che “tale ampliamento, così importante per la tutela della salute dei detenuti, non può considerarsi di per sé in contrasto con le esigenze di prevenzione di reati e di sicurezza, considerato che il tempo maggiore sarà trascorso sempre e solo con i compagni di detenzione dello stesso gruppo di socialità, con i quali sono già ammessi prolungati contatti quotidiani”.

In ordinanze successive la questione della disapplicabilità sul punto, da parte del magistrato di sorveglianza territoriale, dello stesso decreto ministeriale (questione poi concretamente superata da innovazioni ministeriali, come si dirà), fu affrontata in maniera più specifica e ponderata, apparendo opportuno esaminare più approfonditamente il problema d'interpretazione consistente nella verifica se la censura della disposizione del decreto che limita la permanenza all'aperto si trasformi indebitamente in un controllo di congruità del decreto e, in caso di risposta negativa, se tale censura possa essere effettuata dal magistrato di sorveglianza competente in base al luogo di esecuzione della pena o debba essere rimessa comunque al Tribunale di Sorveglianza di Roma.

L'affermazione della competenza del magistrato territoriale fu effettuata prendendo le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 190/2010 che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, co. 2-*sexies* OP, aveva specificato che l'eliminazione del controllo di congruità delle misure di sospensione dell'ordinario trattamento penitenziario non ha cancellato ogni controllo di legalità sul contenuto del provvedimento ministeriale applicativo delle prescrizioni dettate dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, posto che i detenuti rimangono titolari di posizione giuridiche soggettive che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi e che è conseguenza costituzionalmente vincolata (*ex art. 24 Cost.*) che il controllo di legalità sull'operato dell'amministrazione penitenziaria sia demandato al giudice ordinario.

Nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata e adeguatrice, fu quindi ritenuto che il decreto ministeriale, sotto il profilo del controllo di legittimità sull'eventuale violazione di diritti soggettivi dei detenuti, possa essere reclamato col nuovo, più incisivo rimedio giurisdizionale (successivo alla ricordata pronuncia costituzionale del 2010) previsto dall'art. 35-*bis* OP e dall'art. 69, comma 6, lett. b) OP, alla luce del quale appare ormai immanente nel nostro ordinamento il principio di reclamabilità dinanzi al magistrato di sorveglianza del luogo di esecuzione della pena delle disposizioni del decreto ministeriale eventualmente lesive dei diritti soggettivi dei detenuti. Strumento, quello *ex art. 35-bis* OP (che consente di coinvolgere nel contraddittorio giurisdizionale sia il detenuto e la difesa sia il pubblico ministero e le amministrazioni interessate) di cui non è prevista (né potrebbe esserlo) l'obliterazione nel campo del regime differenziato. Conclusione ermeneutica, del resto, ritenuta coerente con la recente e approfondita giurisprudenza di legittimità in materia di riparto di competenza tra Tribunale di sorveglianza di Roma e magistrato di sorveglianza del luogo di esecuzione della pena, secondo cui “quando le questioni poste con il reclamo non attengano all'adozione, alla proroga o alla revoca del provvedimento ministeriale, e quindi alla verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti il suo mantenimento, ma riguardino problematiche pratiche e operative, e pertanto i profili applicativi delle singole restrizioni e la loro incidenza sui diritti soggettivi del detenuto, rimane la normale competenza del magistrato di sorveglianza territoriale, prevista in via generale dall'art. 677 cod. proc. pen.” (in questo senso, da ultimo, Cass. 9. 7. 2015, Piromalli e Cass. 10. 9. 2015, Russo).

## **2. Esame critico dell'interpretazione amministrativa in ordine alla supposta alternativa legislativa fra seconda ora all'aperto e ora nella sala socialità (quindi circa il numero massimo di ore consentite fuori dalla propria camera di pernottamento)**

Il 16 maggio 2017, nell'ambito di un'audizione davanti alla Commissione Bicamerale Antimafia, fu tra l'altro sollevata la questione delle ore da trascorrere all'aperto e la scrivente evidenziò le caratteristiche architettoniche del reparto 41-*bis* della CC di Sassari-Bancali e la conseguente possibilità concreta di consentire, senza alcun rischio per l'ordine e la sicurezza,

una maggiore permanenza dei detenuti nel cortile in uso esclusivo a ciascun gruppo di socialità.

In epoca successiva sono intervenuti due importanti accadimenti, idonei a mutare in parte il quadro di riferimento.

Il Ministro di Giustizia a decorrere dal mese di ottobre 2017 ha proceduto alla parziale modifica dei già emanati DM di applicazione o proroga, nei confronti di vari detenuti reclusi nel carcere sassarese, del regime detentivo speciale e ha mutato negli stessi termini i DM di nuova successiva applicazione, dettando nei seguenti termini il nuovo contenuto della lett. g) dell'art. 1, relativo alla sospensione delle ordinarie regole di trattamento, concernenti nello specifico la "permanenza all'aperto per periodi superiori a due ore giornaliere e in gruppi superiori a quattro persone (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f) legge 26 luglio 1975, n. 354)". La dizione precedente era del seguente tenore: "g) permanenza all'aperto per periodi superiori a due ore giornaliere, di cui una nelle sale di biblioteca, palestra ecc. e in gruppi superiori a quattro persone". La modifica è stata espressamente motivata con la necessità di "dare corretta attuazione alle disposizioni normative".

Il 2 ottobre 2017 è stata emanata una Circolare DAP (n. 3676/6126) che ha lo scopo di disciplinare in maniera uniforme in tutti gli istituti penitenziari nazionali i criteri di organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* OP. L'art. 11.2 rubricato "Passeggi" stabilisce che è consentita la permanenza "all'aria aperta" nei "cortili passeggio" fino al limite di "due ore giornaliere" (compatibilmente con l'organizzazione dell'istituto e con l'esigenza di garantire a tutti i detenuti lo stesso trattamento). In aderenza a tali novità, la Direzione della locale casa circondariale ha iniziato a consentire, su richiesta, la permanenza all'aperto per due ore, ma in tali casi ha precluso, nella stessa giornata, la fruizione della sala-socialità in ogni sua possibile forma di utilizzo. Tale prassi ha poi trovato formale espressione nell'ordine di servizio approvato il 30 marzo 2018, che ha introdotto il nuovo Regolamento Interno del reparto 41-*bis* della CC di Sassari-Bancali.

Questa interpretazione delle superiori novelle amministrative ha formato oggetto di ulteriori reclami di detenuti e ha pertanto richiesto un approfondimento della questione alla luce del quadro giuridico e fattuale di riferimento parzialmente cambiato. Con varie ordinanze dello stesso tenore, mantenendo ferma l'indicata interpretazione dell'art. 41-*bis* OP, è stato affermato il giudizio che sul punto d'interesse i "nuovi" DM e la Circolare DAP del 2 ottobre 2017 vadano sul punto indenni da censura, mentre sia illegittimo e quindi da disapplicare parzialmente l'attuale Regolamento Interno, "nella parte in cui prevede un limite massimo di due ore al giorno di permanenza fuori dalla propria cella e la forzata rinuncia alla fruizione della sala socialità/palestra/sala pittura in caso di permanenza di due ore nel cortile". È stato quindi ordinato alla Direzione (sottolineando che il provvedimento, adottato in esito a reclamo giurisdizionale, è immediatamente esecutivo per legge) di consentire al detenuto di volta in volta interessato dal reclamo, entro il termine di dieci giorni dalla notifica del provvedimento, "due ore giornaliere di permanenza in spazi aperti, non computando all'interno delle due ore di permanenza all'aperto l'ora di socialità in locali interni dedicati".

Si è giunti a tale conclusione in base alla seguente motivazione (che ha inteso completare e rafforzare le argomentazioni già espresse in precedenza, inserendole in un quadro di riferimento più ampio secondo un'ottica più articolata e sistematica, evidenziando inoltre le questioni del pregiudizio attuale e grave e del rimedio esperibile): "Il reclamo proposto ... pone una serie di questioni che devono essere trattate in ordine logico e sistematico e che attengono: all'esatta portata normativa della disposizione che si assume violata, ossia l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP; all'eventuale illegittimità dei provvedimenti amministrativi

e delle circolari che eventualmente si discostino da tale previsione normativa; al pregiudizio attuale e grave all'esercizio del diritto invocato (nel caso di specie, il diritto alla salute). Occorre dare subito atto che il Ministro ha proceduto alla parziale modifica del DM applicativo nei confronti di ... del regime detentivo speciale (identiche modifiche sono state effettuate per altri detenuti nella stessa situazione), dettando nei seguenti termini il nuovo contenuto della lett. g) dell'art. 1, relativo alla sospensione delle ordinarie regole di trattamento, concernenti nello specifico la "permanenza all'aperto per periodi superiori a due ore giornaliere e in gruppi superiori a quattro persone (art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f) legge 26 luglio 1975, n. 354)". La dizione precedente era del seguente tenore: "g) permanenza all'aperto per periodi superiori a due ore giornaliere, di cui una nelle sale di biblioteca, palestra ecc. e in gruppi superiori a quattro persone". La modifica è espressamente motivata con la necessità di "dare corretta attuazione alle disposizioni normative".

L'art. 11.2 della circolare DAP, rubricato "Passeggi", stabilisce, d'altronde, che è consentita la permanenza "all'aria aperta" nei "cortili passeggi" fino al limite di due ore giornaliere (compatibilmente con l'organizzazione dell'istituto e con l'esigenza di garantire a tutti i detenuti lo stesso trattamento); l'art. 11.4 rubricato "Saletta e/o palestra" prevede che "nell'ambito del limite massimo previsto dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), è consentito l'uso della saletta e/o palestra, per un'ora al giorno, secondo le turnazioni stabilite dalla Direzione da effettuarsi al mattino o al pomeriggio"; previsioni analoghe a quest'ultima sono previste agli artt. 11.5 e 11.6 rispettivamente per la sala pittura e la biblioteca.

La Direzione della CC di Sassari-Bancali con ordine di servizio del 30 marzo 2018 ha approvato il Regolamento Interno della locale Sezione 41-bis che recepisce la menzionata Circolare DAP, ma interpreta la disposizione normativa dell'art. 41-bis e le disposizioni amministrative dell'indicata circolare nel senso che è possibile permanere, a richiesta, una seconda ora giornaliera all'aria aperta nel cortile passeggi, ma solo in alternativa alla fruizione della sala socialità/palestra/sala pittura, che pertanto in tale caso andrebbe persa (v. artt. 11.2 Passeggi, 11.4 – Saletta e/o palestra e 11.5 – Sala pittura): viene quindi riproposto il concetto di due ore massime all'aperto come due ore massime fuori dalla stanza individuale.

#### Il contenuto prescrittivo dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f) OP.

La formulazione dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f) OP, introdotta dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, prescrive per i detenuti assoggettati al regime differenziato la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, a una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'art. 10.

Già a livello di interpretazione letterale appare evidente che la limitazione prescritta e voluta dal legislatore è soltanto quella riferita alla permanenza all'aperto e non alla generica permanenza al di fuori della camera detentiva. Due indizi sono particolarmente sintomatici di una tale conclusione ermeneutica: l'utilizzo dell'espressione permanenza all'aperto e l'immediato riferimento all'art. 10 OP per la prescrizione del limite minimo di tale permanenza. La locuzione <permanenza all'aperto>, già secondo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, è chiaramente indicativo della possibilità di rimanere per la durata stabilita negli spazi aperti. Anche l'interpretazione sistematica, agevolata dal rinvio all'art. 10 OP, conferma la bontà dell'interpretazione letterale.

La disposizione da ultimo richiamata, infatti, sotto la rubrica <permanenza all'aperto> stabilisce in maniera univoca il significato da attribuire a quella proposizione: permanere



all'aperto vuol dire permanere almeno per due ore al giorno all'aria aperta. L'art. 10 OP prescrive poi che < tale periodo di tempo può essere ridotto a non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali >.

Di più: ulteriore esplicitazione del senso dell'espressione < permanenza all'aperto > è contenuta nell'art. 16 del DPR 230/2000, che, in attuazione del citato art. 10, impone che per la permanenza all'aperto vengano utilizzati < spazi all'aperto >, se possibile non interclusi tra fabbricati. Non residua alcun dubbio, pertanto, sul fatto che l'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. f) OP abbia inteso far riferimento, nel limitarla al massimo a due ore, alla permanenza negli spazi all'aperto. Il decreto di applicazione del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis commi 2 e ss., adottato originariamente dal Ministro della Giustizia, poneva come regola generale che le due ore di permanenza all'aperto fossero intese come il limite orario massimo di durata della permanenza al di fuori della camera detentiva, stabilendo che un'ora soltanto fosse riservata all'aria, mentre l'altra ora fosse adibita alla frequentazione delle c.d. sale di socialità.

Nella vigenza dell'originario tenore della lett. g) dei DM applicativi del regime penitenziario differenziato, diverse ordinanze di quest'Ufficio, confermate dal TdS in sede, avevano affermato che la riduzione sistematica dell'aria aperta a una sola ora confligge con la specifica disposizione di legge di cui all'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. f) OP, con la norma di cui all'art. 10 OP e, più in generale, con la disciplina complessiva e sistematica dell'art. 41-bis OP.

Si tratta ora di verificare se il rinvio all'art. 10 OP (fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'art. 10, che stabilisce la possibilità di ridurre l'aria a < non meno di un'ora al giorno soltanto per motivi eccezionali >) sia un rinvio al mero dato temporale della durata minima o, piuttosto, un rinvio all'intero contenuto del limite, comprensivo del dato temporale e delle cautele sostanziali e procedurali: sussistenza di motivi eccezionali (art. 10 OP), limitazione a brevi periodi, provvedimento motivato del direttore, comunicazione al provveditore regionale e al magistrato di sorveglianza. Anche in questo caso sia l'interpretazione letterale sia quella sistematica depongono a favore della seconda conclusione interpretativa. Il tenore letterale della formulazione induce a ritenere che la norma, con riferimento ai detenuti in regime differenziato, abbia inteso distinguere soltanto il limite massimo della permanenza all'aria, facendo salvo per la soglia temporale minima l'intero contenuto dell'art. 10 OP. Anche l'argomento sistematico milita a favore di questa conclusione. Va specificamente osservato che, in materia di sorveglianza particolare, l'art. 14-*quater*, comma 4, OP annovera < la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno > tra gli ambiti della vita carceraria che non possono essere incisi dal regime di sorveglianza particolare. Ora, l'art. 14-*quater*, oltre a rappresentare un indubitabile riferimento per determinare le regole del trattamento oggetto di sospensione anche nel regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis, costituisce un parametro fondamentale per valutare nel concreto il livello di umanità della pena. La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza 351/1996 e proprio con riferimento alle ore d'aria, ha ribadito che "non può mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti". La comprensione in via ordinaria e sistematica dell'ora di socialità all'interno delle due ore di permanenza all'aperto, inoltre, mal si concilia con le differenti finalità a cui rispondono socialità e permanenza negli spazi all'aperto: come già messo in evidenza da approfondita giurisprudenza di merito, mentre la socialità risponde

a esigenze e interessi prettamente culturali, relazionali e di trattamento, le ore all’aperto sono volte a tutelare interessi e diritti alla salute e al benessere psicofisico.

Fatte tali premesse, era logico dedurre che il decreto ministeriale, accorpando ora d’aria e ora di socialità all’interno delle complessive due ore e così di fatto riducendo la permanenza all’aperto al minimo consentito in assenza di motivi eccezionali (e senza il rispetto degli altri obblighi sostanziali e procedurali di cui all’art. 36 DPR 230/2000), appariva nettamente in violazione della disciplina prevista dall’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP e lesiva del diritto incompressibile alla salute e al benessere psico-fisico (bene giuridico primario tutelato al massimo livello dall’art. 32 Cost.) della persona detenuta. Si era anche sottolineato che la disposizione confliggeva con l’intera disciplina dell’art. 41-*bis* OP per un altro ordine di ragionamenti, non essendo rispettosa del limite “interno” del potere ministeriale, volto ad evitare l’adozione di “misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento” (in questo senso, ancora Corte cost. 351/1996).

La disposizione del decreto ministeriale, di certo compressiva del diritto alla salute del detenuto, non appariva proficua sotto il profilo dell’incremento della tutela dell’ordine e della sicurezza e della maggior prevenzione di flussi comunicativi illeciti tra appartenenti alla stessa organizzazione criminale o organizzazioni criminali contrapposte. In altri termini, l’efficacia preventiva del regime differenziato non riceve alcun apporto adeguato dalla disposizione in questione, la quale finisce per contrastare con quanto stabilito dalla Corte costituzionale a proposito del necessario bilanciamento tra interessi contrapposti: il decremento di tutela di un diritto fondamentale è illegittimo se a esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango (in questi termini, Corte cost. 143/2013). La ragionevolezza della disposizione entra in crisi, infatti, se confrontata con altri dati normativi attinenti all’organizzazione detentiva del regime *ex art. 41-bis*. In particolare, deve osservarsi che la permanenza all’aperto è sempre possibile soltanto all’interno di un gruppo di socialità di quattro persone scelte dal dipartimento e dalle direzioni. Nell’ambito di questo gruppo, inoltre, è sempre consentito di comunicare, senza dover attendere le ore di permanenza fuori dalla camera detentiva. E comunque, quello che potrebbe accadere in due ore, potrebbe accadere anche in un’ora di permanenza all’aria. Altro discorso, viceversa, potrebbe porsi con riferimento alle esigenze organizzative e alle misure logistiche di cui la direzione si dovrebbe fare carico per assicurare le due ore all’aperto. Sotto questo profilo, tuttavia, la limitazione della permanenza all’aperto dovrebbe scaturire da un provvedimento della stessa Direzione che dia conto dei motivi eccezionali e si ponga nel binario dell’art. 36 DPR 230/2000, non certo una volta per tutte e per chiunque in forza di un provvedimento generalizzato, sistematico e “astratto” come il decreto ministeriale. In conclusione, sul punto, si era affermato che il decreto ministeriale appariva affetto da vizi di violazione di legge che ne determinavano la sua illegittimità ai sensi dell’art. 21-*octies* l. 241/1990. La violazione di legge era considerata emergente non soltanto dal contrasto con la puntuale disposizione di cui all’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP e con l’art. 10 e 36 DPR 230/2000, ma dal contrasto più generale con la *ratio legis* sottesa all’intera disciplina del regime differenziato, che esige che ogni deroga alle regole ordinarie di trattamento sia in rapporto di congruità con le esigenze di prevenzione e di tutela dell’ordine e della sicurezza: ogni diversa misura idonea a incidere su diritti soggettivi, altrimenti, finirebbe per avere un esclusivo e non giustificato valore afflittivo. Dei medesimi vizi di legittimità ovviamente, erano stati reputati affetti le circolari amministrative e tutti gli atti consequenziali che in materia dettavano principi analoghi.

Ebbene, il nuovo testo del DM, quanto alla menzionata lett. g) concernente la "permanenza all'aperto", si pone proprio sulle stesse linee di ragionamento sopra evidenziate, posto che, al fine espressamente indicato di "dare corretta attuazione alle disposizioni normative", ha molto opportunamente eliminato nella lett. g) l'inciso "di cui una nelle sale di biblioteca, palestra, ecc.", che poneva un'illegittima sovrapposizione e commistione tra diversi istituti (permanenza all'aria aperta da un lato, fruizione di spazi chiusi quali sala d'incontro, palestra ecc. dall'altro) e diverse finalità (tutela della salute nell'ampia portata concettuale accolta nella Costituzione da un lato e tutela del diritto alla socialità e a interessi culturali o di svago dall'altro). Il DM, pertanto, all'attualità appare sotto il profilo in esame immune da censure. Altrettanto può dirsi per la menzionata Circolare DAP del 2 ottobre 2017, che in armonia con la ricordata modifica del DM disciplina specificamente, oltre alla permanenza all'aria aperta, anche il diritto del detenuto a usufruire dei locali interni dedicati allo svolgimento di attività in comune (art. 5, co. 2 OP), di locali appositamente attrezzati per attività lavorative, istruttive, ricreative, culturali e in genere altre attività da svolgere in comune, e della biblioteca (art. 12 OP), stabilendo al riguardo la possibilità di recarsi nella sala socialità/palestra (per un'ora al giorno), nella sala pittura (secondo tempi e modalità stabiliti dalla Direzione) e nella biblioteca, sempre "Nell'ambito del limite massimo previsto dall'art. 41-bis, comma 2 quater, lett. f)".

Tale proposizione limitativa, non potendo riproporre l'arbitraria sovrapposizione dei concetti di permanenza all'aperto e di permanenza nei luoghi chiusi deputati alla socialità e allo svago che il DM ha ormai abbandonato, riconoscendone il contrasto con la previsione normativa (perché fondata, come si è visto, su una lettura dell'art. 41-bis contrastante sia col dato letterale, sia con quello sistematico, sia con quello ricavabile dalla *ratio* della normativa), non può che ritenersi esclusivamente riferita al limite massimo di persone (tre) con cui ciascun detenuto può interagire nello svolgimento delle citate attività (non potendo i gruppi di socialità superare il numero massimo di quattro soggetti). Infatti, l'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f) OP non pone alcun limite massimo alla fruizione della sala socialità e di altri analoghi ambienti chiusi (al di fuori della singola stanza di pernottamento), ma unicamente alla permanenza <all'aperto>, ossia "all'aria aperta" e quindi nei "cortili passeggio" (secondo la significativa terminologia utilizzata dalla stessa Circolare all'art. 11.2). Quindi, alla luce del vigente DM applicativo del regime differenziato e degli artt. 11.2, 11.4, 11.5 e 11.6 della Circolare, il detenuto reclamante può, come richiesto, fruire nella stessa giornata sia delle due ore giornaliere di permanenza all'aria aperta nel c.d. cortile passeggio (tempo utile alla salute e al benessere psico-fisico non comprimibile se non per motivi eccezionali, per brevi periodi, con provvedimento motivato del direttore e comunicazione al provveditore regionale e al magistrato di sorveglianza) sia di un'ora di permanenza nella c.d. sala socialità (o, all'occorrenza, a sua scelta, nella sala pittura o in biblioteca).

E' invece illegittimo l'ordine di servizio sul Regolamento Interno oggi applicato dalla Direzione, che continua a prevedere un limite massimo di due ore al giorno di permanenza fuori dalla propria cella, sebbene non più con l'imposizione di suddividere tale intervallo temporale fra un'ora all'aperto nel cortile e un'ora nella sala socialità, ma consentendo al singolo detenuto interessato la possibilità di fruire di entrambe le ore all'aperto: in tal caso, però (come esplicitato nell'art. 11.5 e univocamente desumibile dal calendario orario inserito negli artt. 11.2 e 11.4), il detenuto perderà automaticamente la possibilità di fruire della sala socialità e quindi di utilizzare gli strumenti ludici e ginnici ivi presenti, come pure di dedicarsi all'*hobby* della pittura.

### Il pregiudizio grave e attuale

Accertata la violazione di legge e l'illegittimità parziale sul punto del menzionato Regolamento Interno, deve verificarsi la sussistenza di un pregiudizio grave e attuale per un diritto del detenuto, *ex art. 69 OP*. Nel caso di specie, gravità e attualità del pregiudizio sono *in re ipsa* e la semplice applicazione della limitazione oraria nel senso deteriore indicato ne costituisce la prova.

La conseguenza di tale erronea interpretazione del dato normativo è confinare il detenuto per ben 22 ore al giorno all'interno della camera di pernottamento, circostanza che, oltre a essere in conflitto con l'art. 14-*quater*, comma 4 OP e con quanto previsto dagli artt. 10 OP e 36 DPR 230/2000, appare in contrasto con il principio di umanità della pena. Allo stesso tempo, va detto che la permanenza all'aria aperta è posta a tutela di diritti fondamentali e non comprimibili del detenuto, quale il diritto alla salute e al benessere psicofisico. In sostanza, l'arbitraria riconduzione dell'ora di socialità entro il limite massimo di due ore all'aperto previsto dall'art. 41-*bis* appare lesiva del diritto stesso alla permanenza all'aperto configurato dall'art. 10 OP (non inganni l'espressione <è consentito>, volta solo a garantire la possibilità a ogni detenuto di non esercitarlo), che ne rimane inevitabilmente compresso, nonché, come detto, del diritto alla salute, anche nella forma del diritto al benessere psicofisico (diritto, si ribadisce, presidiato costituzionalmente dall'art. 32 Cost. e, a livello di ordinamento penitenziario, tra le tante, dalle disposizioni di cui agli artt. 1, 8, 10, 1, 14-*quater* OP). La limitazione appare ancor più gravosa se considerata nel quadro generale di sospensione delle regole di trattamento e di conseguente sottrazione di molte possibilità trattamentali, anche fisiche e sportive, organizzate e partecipate.

Non vi è dubbio, poi, che dalla disciplina sul punto del Regolamento Interno derivi anche una non giustificata limitazione della libertà personale (art. 13 Cost.). Si rileva ulteriormente, quanto alla mancanza di adeguata giustificazione della compressione del diritto del detenuto, che nella CC di Sassari-Bancali la sezione 41-*bis* è strutturata architettonicamente in modo tale che ciascun gruppo di socialità abbia il proprio cortile esclusivo, per cui è difficile immaginare - nel silenzio sul punto dell'Amministrazione Penitenziaria - la sussistenza di impedimenti pratici alla fruizione di due ore giornaliere di aria aperta in aggiunta all'ora dedicata alla socialità.

### Rimedio esperibile

Accertata l'illegittimità parziale del Regolamento Interno, in materia di inclusione dell'uso della sala socialità nel limite massimo di due ore giornaliere previsto dall'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. f) OP, con la conseguenza di non consentire la fruizione quotidiana sia di due ore all'aria aperta sia di un'ora nella sala socialità, non rimane che disporre la disapplicazione del medesimo Regolamento Interno di Istituto sul punto, in base al consueto principio derivante dalla norma di cui all'art. 5 L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E. al fine di evitare il protrarsi della situazione di pregiudizio all'esercizio del diritto deve essere ordinato all'Amministrazione di consentire due ore di permanenza in spazi aperti e di non computare all'interno delle menzionate due ore l'ora di socialità.

### **Decisione di legittimità.**

L’indicata impostazione, disattesa e impugnata dall’Amministrazione, è stata condivisa e riaffermata dal locale Tribunale di Sorveglianza, contro i cui provvedimenti l’Amministrazione soccombente ha proposto ricorso per Cassazione.

Come auspicato in riferimento alla rilevanza della tematica, il vaglio e la decisione della Corte Suprema sono per fortuna intervenuti in tempi sufficientemente brevi, con due pronunce depositate il 13 settembre 2018, di cui la seconda contenente una più articolata e ampia motivazione: Cass. Sez. I Pen. n. 40760/18 e Cass. Sez. I Pen. n. 40761/18, che hanno conformemente rigettato i ricorsi proposti avverso le ordinanze del TdS di Sassari (di conferma degli impugnati provvedimenti del MdS) dal Ministro della Giustizia, dal DAP e dalla Casa Circondariale di Sassari, tramite Avvocatura dello Stato.

Nella richiamata pronuncia n. 40761 la Corte di Cassazione ha chiaramente affermato che in esito a una lettura sistematica delle norme in materia, “la sovrapposizione della permanenza all’aria aperta e della socialità costituisce un’operazione non corretta, poiché accomuna senza ragione due differenti ipotesi, la cui unica connotazione comune (e cioè lo stare al di fuori della stanza detentiva) mostra gli aspetti della irrilevanza che qui interessano. Parimenti si desume che la permanenza all’aria aperta risponde espressamente alla finalità di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale, tanto che sono previste le valutazioni dei servizi sanitario e psicologico e tanto che essa deve perdurare almeno due ore al giorno e che la riduzione di essa a una sola ora al giorno è resa possibile soltanto nel rispetto della rigida condizione della sussistenza di ragioni eccezionali poste alla base di un provvedimento motivato. Peraltro, va anche annotato che il comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis* OP, nel prevedere alla sua lettera f) che la sospensione di alcune regole del trattamento riguarda anche <la limitazione della permanenza all’aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, a una durata non superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell’art. 10>, non prevede affatto una compressione in via generale di tale permanenza all’aperto, ma rinvia alla disciplina generale (giacché è lo stesso art. 10 citato a prevedere che la permanenza all’aperto possa avvenire in gruppi). Tutto ciò non va sovrapposto alla c.d. socialità, termine che indica il tempo da trascorrere in compagnia all’infuori delle attività di lavoro o di studio: la socialità, quindi, viene fatta nelle stanze detentive, all’ora dei pasti (riunendosi in piccoli gruppi), oppure nelle apposite “salette”. Si tratta, in altri termini, di due distinte situazioni che hanno differente finalità e che, anche nell’impianto normativo, non risultano fungibili tra di loro: la permanenza del detenuto all’aria aperta risponde a esigenze igienico-sanitarie, mentre lo svolgimento delle attività in comune in ambito detentivo è valorizzato nell’ottica di una tendenziale funzione rieducativa della pena, che non può essere del tutto pretermessa neppure di fronte ai detenuti connotati da allarmante pericolosità sociale, come appunto quelli sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-*bis* OP (tanto è vero che questo stesso articolo prevede soltanto che siano <adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l’assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità>, ma non che la socialità sia cancellata). Così, stabilito che il tempo per le attività in comune deve essere consentito senza incidenza sul diritto a fruire delle ore di permanenza all’aperto, va osservato che, nella fattispecie, la limitazione de qua era stata disposta in assenza di ragioni eccezionali e specificate in provvedimenti, ma soltanto in attuazione di una normativa interpretata in senso ingiustificatamente restrittivo”.



### **3. Esame critico dell'interpretazione amministrativa in ordine al supposto divieto di fruire della seconda ora all'aperto insieme ai compagni del proprio gruppo di socialità (quindi circa il numero massimo consentito di ore in compagnia)**

Già con ordine di servizio del 16 luglio 2018, la Direzione della CC di Sassari (richiamate in premessa "le numerose Ordinanze emesse dalla locale Magistratura di Sorveglianza che, in accoglimento dei reclami presentati dai detenuti qui ristretti, riconosce agli stessi il diritto di fruire incondizionatamente di due ore all'aria aperta") ha stabilito che "a decorrere dal 01 agosto 2018 sarà consentito ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ospitati presso questa Struttura penitenziaria, la fruizione di n. 2 ore di permanenza al cortile passeggio senza che ciò pregiudichi la possibilità di trascorrere un'ulteriore ora presso le c.d. salette socialità o comunque di svolgere attività all'esterno della propria camera di pernottamento, ove previsto". L'ordine di servizio ha peraltro aggiunto che "Una delle due ore previste, il detenuto la trascorrerà nel cortile passeggio da solo, secondo la programmazione di cui all'allegata tabella A". A tale ultimo riguardo, sono state richiamate la nota n. 0139637 del 26 aprile della Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento e la nota del 12 luglio 2018, che ha recepito la predetta, del Direttore del GOM, nelle quali si afferma che "il diritto riconosciuto ai detenuti 41-bis a trascorrere due ore all'aria aperta potrà essere riconosciuto, purché non dia la possibilità agli stessi di trascorrere tre ore giornaliere in gruppo e che ciò non pregiudica la possibilità dei detenuti di svolgere ulteriori attività, ove previste, fuori dalla camera di pernottamento, purché da soli".

Tale limite è stato visto dagli interessati, che affermano di non comprenderne la ragione, come frutto di un intento ingiustificatamente punitivo, e se ne sono subito lamentati, in maniera diffusa, già nel corso dei colloqui informali in carcere; sono poi stati proposti numerosi reclami *ex art. 35-bis OP*, nei quali è stato chiesto espressamente di poter fruire delle due ore giornaliere in cortile unitamente ai compagni di gruppo. I reclami sono stati accolti, sulla scorta della motivazione di seguito riportata. "La decisione assunta dalla Direzione pare fondata essenzialmente su una lettura non corretta dell'art. 41-bis, comma 2-*quater* lett. f) e si risolve in un pregiudizio per i detenuti, costretti a trascorrere da soli, quindi in isolamento, un'ora d'aria nel cortile passeggi. Infatti, il disposto della citata lett. f), nella parte in cui stabilisce che la sospensione delle regole del trattamento preveda (anche) : < *la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, a una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite massimo di cui al primo comma dell'art. 10...*>, non può essere interpretata nel senso che la legge impone che i detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità possono stare insieme al massimo due ore nell'arco delle 24 ore: per cui, necessariamente, non potendosi abolire l'ora di "socialità", una delle due ore d'aria dovrebbe essere fruita da soli nel cortile passeggi.

Piuttosto, in aderenza ai canoni ermeneutici letterale, logico e sistematico, la disposizione di legge va correttamente interpretata nel senso che ai detenuti in regime di art. 41-bis le ore di permanenza all'aperto nell'arco della giornata, in un gruppo di massimo 4 persone, non possono eccedere le due ore (come invece è ben possibile per i detenuti "comuni"). Il testo di legge non consente di inferire l'ulteriore e diversa conseguenza che i detenuti appartenenti allo stesso gruppo non possano trascorrere insieme ulteriore tempo oltre le due ore d'aria: non è ravvisabile alcun appiglio letterale che legittimi siffatta conclusione e anzi questa deve essere decisamente esclusa, alla luce del fatto che la norma in commento, inserendosi in un quadro di deroghe peggiorative all'ordinario regime carcerario, ha natura eccezionale ed è quindi di stretta interpretazione, cioè insuscettibile di interpretazioni estensive *in peius*.

Conseguentemente, i detenuti in regime di art. 41-*bis* OP facenti parte dello stesso gruppo, devono trascorrere tutti insieme entrambe le ore all’aperto: ore che necessariamente si sommano a quelle specificamente dedicate alla socialità, sulla quale nessuna disposizione derogatoria è stata introdotta dall’art. 41-*bis* OP. Si rileva, ulteriormente, che la fruizione “frazionata” del tempo da trascorrere all’aperto non risponde a esigenze di sicurezza, di ordine e di prevenzione e neppure a regole di comune buon senso. Basti considerare che i quattro detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità sono scelti e individuati dall’Amministrazione e nel carcere di Sassari a essi risultano assegnate celle che hanno ingresso in uno stesso corridoio e sono contigue una all’altra, sicché i detenuti hanno la possibilità di parlarsi, senza eccessiva difficoltà, nell’arco di tutta la giornata, pur rimanendo all’interno delle rispettive celle.

Oltretutto, nel reparto 41-*bis* OP di Bancali ogni gruppo di socialità ha a disposizione un cortile passeggi, destinato alla fruizione delle ore d’aria, posto al piano terra, sul quale si affacciano le finestre delle camere, anch’esse ubicate al piano terra, con la conseguenza che il detenuto che in base alla nuova disposizione si trovi a dover trascorrere da solo l’ora d’aria, ben può colloquiare con i compagni del gruppo attraverso le finestre. Da evidenziare che l’art. 10, co. 2 OP, avente portata generale (e non derogato, anzi confermato, dall’art. 41-*bis*), stabilisce che *<la permanenza all’aria aperta è effettuata in gruppi, a meno che non ricorrano i casi indicati nell’art. 33 e nei numeri 4) e 5) dell’articolo 39>*. Ebbene, l’art. 33 consente l’isolamento esclusivamente per ragioni sanitarie, disciplinari e cautelari e l’art. 39 ai nn. 4) e 5) prevede, quali sanzioni disciplinari, rispettivamente l’isolamento durante la permanenza all’aria aperta per non più di dieci giorni e l’esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni: alcuna di tali ipotesi ricorre nella fattispecie in esame. Se ne desume che l’ordine di servizio in esame attua nei confronti del detenuto reclamante un isolamento illegittimo, perché disposto al di fuori dei casi contemplati dall’ordinamento. L’accertata violazione di legge, e la conseguente illegittimità del richiamato ordine di servizio n. 19, comporta per il detenuto reclamante un pregiudizio grave e attuale del suo diritto a trascorrere in gruppo (il gruppo conforme alla previsione dell’art. 41-*bis*) le ore all’aria aperta (qualora, ovviamente, non ricorrano le ipotesi tassative di cui all’art. 10, co. 2 OP).

#### **4. Esame critico dell’interpretazione amministrativa in ordine alla supposta alternativa fra seconda ora all’aperto e ora di utilizzo del computer per ragioni di studio**

La possibile fruizione di due ore all’aperto in cortile ha indotto la Direzione dell’istituto sassarese a un ulteriore limite: a un detenuto ammesso all’utilizzo del computer per ragioni di studio universitario è stato precisato, con apposito ordine di servizio, che “se fruisce di due ore consecutive di passeggio non potrà utilizzare il computer”.

Tale limitazione è stata impugnata ai sensi dell’art. 35-*bis* OP ed è stata decisa con ordinanza di accoglimento del 4 ottobre 2018, nella quale, richiamate le motivazioni della più volte citata sentenza della Cassazione n. 407/61, è stato osservato che: “Il diritto allo studio è tutelato al più alto livello, a tutti, dall’art. 34 Cost. e viene ribadito specificamente per i detenuti dagli artt. 12, 15, 19 OP e dagli artt. 1, 16, 21, 41, 43, 44 e 59 Reg. OP. Come precisato dal menzionato art. 1 Reg. OP, l’offerta di interventi diretti a sostenere gli interessi culturali del detenuto fa parte del trattamento rieducativo.

È ben noto, del resto, come l’istruzione, quindi l’accesso alla cultura, rappresenti uno strumento essenziale di crescita individuale e sociale, quindi uno strumento prezioso per favorire una riflessione critica del proprio passato criminale e delle spinte devianti di carattere personale e ambientale. Tale interesse, e il corrispondente diritto, ha natura diversa da quelli,

pure garantiti dall'ordinamento, alle relazioni interpersonali (essendo l'uomo un animale sociale che non può vivere a lungo completamente isolato, pena gravi ripercussioni psicosofiche) e alla permanenza all'aria aperta (indispensabile per la salvaguardia di essenziali esigenze igienico-sanitarie, oltre che psicologiche). La contestata disposizione dell'Amministrazione, invece, cumula e confonde indebitamente tali profili, imponendo al detenuto che ha bisogno del computer per esigenze di studio di rinunciare alla fruizione della sala socialità con i compagni di detenzione oppure alla seconda ora di permanenza nel cortile. In questi termini, pertanto, la soddisfazione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento si traduce nell'ingiustificata compressione di altri diritti, pure riconosciuti dal legislatore, con l'inevitabile effetto di ripercuotersi negativamente anche sul primo, posto che in tal modo il suo esercizio viene di fatto disincentivato e scoraggiato, anziché tutelato e sostenuto, come dovrebbe essere secondo le pur chiare e molteplici indicazioni normative.

La Direzione sembra partire dall'assunto (presumibilmente rinvenuto nell'ambigua formulazione dell'art. 14.1 della menzionata Circolare DAP) che secondo la previsione normativa dell'art. 41-bis OP, il detenuto sottoposto a tale regime differenziato debba permanere all'interno della propria camera di pernottamento 22 ore al giorno, e dall'ulteriore assunto che in tale camera non possa utilizzare il PC: tale doppia previsione ha la conseguenza che per poter utilizzare tale strumento l'interessato deve effettuare rinunce in ordine agli altri due diritti (si consideri, tra l'altro, che nelle più inclementi giornate invernali l'accesso alla saletta di socialità è in sostanza l'unica possibilità di incontro con i compagni di detenzione). Gli assunti amministrativi non paiono condivisibili. Nel respingere un ricorso del Ministro della Giustizia avverso un'ordinanza del TdS in sede in tema di fruizione di ore all'aperto, la Corte Suprema (v. Cass. Sez. I pen. n. 40761/18), ha chiaramente affermato che "la sovrapposizione della permanenza all'aria aperta e della socialità costituisce un'operazione non corretta, poiché accomuna senza ragione due differenti ipotesi, la cui unica connotazione comune (e cioè lo stare al di fuori della stanza detentiva) mostra gli aspetti della irrilevanza che qui interessano. Ebbene, si desume dai principi ricordati e riaffermati dal giudice di legittimità (pur direttamente concernenti, nella fattispecie esaminata, un diverso profilo della questione) che la sovrapposizione operativa di sfere di diritti diversi è un'operazione scorretta e come tale censurabile, stante la diversità degli interessi protetti, ciascuno dei quali deve trovare piena tutela; che la permanenza all'aperto, la socialità, il lavoro e lo studio sono diritti diversi, che non possono essere in concreto disciplinati l'uno a scapito degli altri; che la limitazione normativa ex art. 41-bis, co. 2-quater, lett. f) della permanenza all'aperto è limitata alla permanenza all'aria aperta e non ad attività da svolgersi in spazi detentivi chiusi.

Discende da quanto sopra che l'utilizzo da parte di computer dell'Amministrazione, a lui riconosciuto per ragioni di studio, deve essere in concreto organizzato in modo tale da non pregiudicare né la fruizione in compagnia della c.d. saletta socialità né la sua permanenza all'aria aperta, la cui limitazione a una sola ora, ai sensi dell'art. 10 OP, può essere disposta soltanto per ragioni eccezionali, esposte in apposito provvedimento congruamente motivato, da ritenersi mancante nel caso di specie (non potendosi considerare - alla luce dei principi affermati dalla C.S. - ragione eccezionale valida a comprimere il diritto di permanenza all'aperto il semplice esercizio del diritto allo studio, non fungibile col primo). Quindi l'ordine di servizio della Direzione disciplinante le modalità di utilizzo del PC, imponendo limiti ingiustificati comprimendo altri diritti (socialità e permanenza all'aperto), riverberanti indirettamente in maniera negativa sullo stesso diritto allo studio, comporta un attuale e grave pregiudizio all'esercizio di tutti e tre tali diritti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 69, co. 6 lett. b) OP.

La limitazione appare ancor più gravosa se considerata nel quadro generale di sospensione delle regole di trattamento e di conseguente sottrazione di molte possibilità trattamentali, anche fisiche e sportive, organizzate e partecipate.

Non rimane, conseguentemente, che disporre la disapplicazione parziale di tale ordine di servizio, in applicazione del principio generale dettato dall’art. 5 L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nelle parti in cui stabilisce che l’uso del computer debba avvenire in alternativa alla fruizione in compagnia della saletta di socialità e che è vietato utilizzare il computer in ipotesi di fruizione di due ore consecutive di permanenza all’aperto. La disapplicazione va eventualmente estesa all’art. 14.1 della Circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, se interpretato in senso avallante l’illegittima disciplina della Direzione (l’ambigua formulazione dell’articolo, nelle parti in cui, disponendo che i computer vadano necessariamente utilizzati in sale separate, che il loro uso non debba sovvertire le caratteristiche e le finalità del regime differenziato e in particolare non debba comportare la permanenza del soggetto fuori dalla camera detentiva oltre i limiti previsti dalla vigente normativa, sembrerebbe ribadire l’interpretazione dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. b) OP – censurata dalla Corte di Cassazione in quanto ingiustificatamente restrittiva – nel senso di equiparare la permanenza in spazi all’aperto alla permanenza fuori dalla camera detentiva e di consentire scorrette sovrapposizioni di sfere attinenti a diversi diritti del detenuto).

Non si ravvisano nella normativa preclusioni all’utilizzo del PC all’interno della camera detentiva. È comunque a discrezione dell’Amministrazione scegliere lo spazio destinato a tale utilizzo, purché ciò avvenga senza compressione del diritto dell’interessato di accedere in compagnia alla sala socialità e di permanere due ore all’aria aperta”.

##### **5. Ulteriori istanze in materia, non accolte**

Successivamente, alcuni detenuti hanno chiesto di poter trascorrere due ore al giorno nel cortile e due ore nella sala socialità.

Tale istanza è stata respinta, sul rilievo che né l’Ordinamento Penitenziario né il relativo Regolamento prevedono un orario minimo di permanenza nella sala socialità, con la conseguenza che la richiesta del reclamante di fruire di tale spazio per due ore (anziché per un’ora come consentito) non può essere accolta, non essendo ravvisabile sul punto un diritto o un interesse protetto del detenuto.

Da ultimo, un detenuto ha chiesto di poter usufruire di 4 ore d’aria all’aperto, ai sensi della nuova formulazione dell’art. 10, co. 1 OP introdotta dal D.Lgs. del 2 ottobre 2018, n. 123, che ha sostanzialmente raddoppiato le previsioni precedenti, stabilendo per coloro che non svolgono lavoro all’aperto la possibilità di permanere all’aria aperta almeno quattro ore al giorno, con divieto di ridurre il tempo, per motivi eccezionali, al di sotto di due ore al giorno. Il reclamo è stato respinto sul rilievo che tale norma generale sulle quattro ore all’aperto non è applicabile ai detenuti in regime differenziato, ai quali continua ad applicarsi la norma speciale (come tale prevalente ai sensi dell’art. 15 CP), non toccata dalla novella, dell’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f), che stabilisce una permanenza massima all’aperto di due ore giornaliere.

Sembra comunque opportuna una riflessione sulla circostanza che per i detenuti in regime di art. 41-*bis* la durata massima e quella minima di permanenza all’aria aperta sono nuovamente coincidenti.

## **6. Rilievi critici in tema della qualità del tempo da trascorrere all'aperto come delineato da provvedimenti della Direzione d'istituto (con risvolti anche disciplinari)**

Vorrei concludere quest'intervento sulla problematica della "quantità" di "aria" concessa ai detenuti in regime differenziato *ex art. 41-bis* con una breve chiosa circa la sua "qualità", alla luce di alcune prassi correnti.

Propongo all'attenzione due casi venuti in rilievo a seguito di reclami avverso sanzioni disciplinari.

Primo caso: XY ha proposto reclamo avverso la sanzione disciplinare a lui irrogata per inosservanza di prescrizioni a norma dell'art. 77 n. 16. Reg. OP e precisamente per aver utilizzato, nonostante espresso divieto, la cyclette collocata nel cortile passeggio a uso esclusivo, per motivi sanitari dietro prescrizione medica, del compagno di detenzione WZ. Il reclamante ha dedotto di essere portatore di bypass e di dover svolgere attività fisica; che a causa del caldo non riesce a utilizzare adeguatamente la cyclette in palestra e aveva chiesto di poterla utilizzare in cortile; che in tale ambiente è stata effettivamente posizionata una cyclette, ma asseritamente destinata in via esclusiva ad altro detenuto del suo stesso gruppo di socialità; questi, peraltro, la utilizza solo per mezz'ora, per cui nel resto del tempo l'attrezzo rimane inutilizzato; che quel detenuto dispone altresì, sempre per ragioni sanitarie, di una sedia, mentre tutti gli altri non hanno neppure una panchina per riposare (inutilmente richiesta da tempo); che inizialmente si era seduto sulla cyclette solo per non stare in piedi, e visto che si trovava lì gli era venuto spontaneo fare qualche pedalata.

Il reclamo è fondato e va accolto, in base ai seguenti brevi rilievi:

1. Non si comprende la ragione del divieto, posto che l'attrezzo era presente nel cortile, ma WZ non lo usava per tutta l'ora, per cui lo stesso parte del tempo rimaneva inutilizzato.
2. Non risulta che XY col suo comportamento abbia impedito o ostacolato o limitato la funzione primaria della cyclette a vantaggio del detenuto WZ, o creato pregiudizio ad altri compagni di detenzione.
3. Non appaiono ravvisabili ragioni di ordine o di sicurezza o di prevenzione di reati.
4. Il cortile destinato ai detenuti del reparto 41-*bis* è piuttosto inospitale, mentre l'art. 16 Reg. OP stabilisce che gli spazi all'aperto debbano essere utilizzati fra l'altro anche per attività sportive e ricreative, onde rappresentare uno strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale.
5. Come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale, i divieti e le limitazioni all'interno degli istituti di pena non devono comportare ingiustificati inasprimenti dell'afflittività intrinseca nella perdita della libertà personale.
6. Nel descritto contesto di riferimento, fattuale e giuridico, non pare pertanto che la condotta di XY sia censurabile e degna di sanzione disciplinare.
7. La sanzione inflitta va conseguentemente annullata.

Secondo caso: Caio propone reclamo contro le modalità di esecuzione della sanzione di 10 giorni di Esclusione dalle Attività Ricreative e Sportive (EARS) e in particolare là dove vieta tra l'altro l'attività fisica, secondo l'interpretazione che gli ha imposto, nei giorni di sanzione, di non correre nel cortile ma di limitarsi a camminare, pena ulteriori sanzioni disciplinari.

Il reclamo è fondato e va accolto, in base ai seguenti brevi rilievi:

- 1) La sanzione irrogata consiste, espressamente, nell'esclusione dalle attività <ricreative> e da quelle <sportive>.
- 2) Quanto alle prime, nessuna questione viene sollevata in questa sede, ove invece viene contestato dall'interessato che nella seconda nozione rientri anche la corsa nel cortile, a lui



preclusa quale “attività fisica” ai sensi del provvedimento amministrativo che ha stabilito le concrete modalità esecutive della sanzione di cui si discute.

3) Ebbene, sembra che l’attività fisica, quale semplice attività motoria, non vada confusa con l’attività sportiva. Secondo le linee guida emanate dal Ministero della Salute, l’attività sportiva è tipicamente connotata da un aspetto ludico, sociale, aggregativo, mentre l’attività motoria ha una finalità preventiva, di mantenimento o curativa. Il concetto di attività fisica, del resto, è di per sé molto ampio, comprendendo tutti i movimenti corporei comportanti un dispendio energetico rispetto alla mera condizione statica di riposo, tra cui, pertanto, non solo correre, ma anche camminare, salire le scale ecc. L’esercizio fisico è un concetto più ristretto, nel quale rientrano solo quelle forme di attività fisica caratterizzate da movimenti ripetitivi, strutturati, programmati e finalizzati in maniera specifica al miglioramento della forma fisica. Lo sport è un concetto ancora più esclusivo, comprendendo solo quelle forme di attività fisica che sono disciplinate da ben precise regole e si esplicano in situazioni competitive che rappresentano preziose occasioni di sfogo, divertimento e socializzazione.

4) Ne consegue che il semplice andare di corsa per conto proprio, anziché limitarsi a procedere camminando, non può farsi rientrare nel concetto di <attività sportive>.

Ebbene, mi sembra che i citati esempi siano dotati di autonoma eloquenza, in ordine a una generale tendenza a interpretare sempre in termini quanto più possibili restrittivi il concreto “contenuto” della permanenza all’aria aperta, indipendentemente da esigenze di ordine e di sicurezza.

## 41-bis e ore d’aria: la svolta garantista della Cassazione

di *Valentina Chieco\**

**ABSTRACT:** Il presente contributo, oltre a cercare di fornire un quadro della disciplina della permanenza all’aria per i detenuti sottoposti al regime speciale *ex art. 41-bis OP* e delle sue particolarità rispetto alla disciplina generale prevista dall’ordinamento penitenziario, è incentrato sul commento della presa di posizione recente della Corte di Cassazione. La giurisprudenza di legittimità ha accolto, nella pronuncia in commento ed in ulteriori sentenze, una posizione incentrata su un’interpretazione della disciplina legislativa, regolamentare ed amministrativa maggiormente aderente ai principi costituzionali e tesa ad assicurare una maggiore tutela dei diritti fondamentali delle persone ristrette in regime speciale.

### Article 41-bis and outdoor hours: the revirement in favour of strengthened guarantees by the Court of Cassation

**ABSTRACT:** *This contribution, in addition to trying to provide a picture of the regulation of air permanence for inmates subjected to the special regime pursuant to art. 41-bis OP. and its peculiarities compared to the general discipline provided by the penitentiary system, is centered on the comment of the recent position taken by the Court of Cassation. The case-law of the supreme court upheld, in the commented ruling and in further sentences, a position focused on an interpretation of the legislative, regulatory and administrative framework more closely in line with constitutional principles and aimed at ensuring greater protection of the fundamental rights of inmates in the 41-bis regime.*

**SOMMARIO:** 1. Il caso di specie. – 2. La ricostruzione del quadro normativo: le differenziazioni nella disciplina della permanenza all’aria. – 3. Le posizioni della Magistratura di sorveglianza. – 4. L’approccio garantista della Corte di Cassazione. – 5. Riflessioni di sintesi.

#### 1. Il caso di specie

La sentenza in commento – che fa parte di un gruppo di pronunce dello stesso tenore della Prima Sezione penale, depositate contestualmente<sup>1</sup> – ha consentito ai consiglieri di esprimersi sulla spinosa questione dei limiti orari alla permanenza all’aria aperta per i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale *ex art. 41-bis OP*<sup>2</sup>.

---

\* Laureata presso l’Università degli Studi di Trieste.

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17581 e Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17580, reperibili in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>2</sup> Per approfondire il tema del c.d. “carcere duro” si vedano, tra molti, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2 o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, 2013, 118 ss. Con riferimento al tema specifico della permanenza all’aria si veda E. ADDANTE, *Il diritto di permanenza all’aria per il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale: un’evasione dalla legalità*, in *Arch. pen. web*, 2016, n. 3, 2 ss.

Si tratta di una tematica assai delicata, incidendo su diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (si pensi al diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost.) e, al contempo, influenzando sul «trattamento penitenziario», che deve essere conforme al disposto dell’art. 27, comma 3, Cost. La fattispecie concreta poi delibata dalla suprema Corte ha origine in un reclamo proposto, ex art. 35-*bis* OP., da un detenuto sottoposto al regime ex art. 41-*bis* OP. avverso le disposizioni del regolamento di un istituto penitenziario in forza delle quali i soggetti sottoposti a tale regime avrebbero avuto diritto, quotidianamente, a trascorrere un’ora all’aria aperta e un’ora all’interno delle sale destinate alla “socialità” (biblioteca o palestra). Il ricorrente ha denunciato il contrasto con la disciplina legislativa delle suddette norme regolamentari che, conformemente alla circolare DAP del 2 ottobre 2017<sup>3</sup>, limitavano la permanenza all’aria a una sola ora giornaliera.

Il Magistrato di sorveglianza ha affrontato la questione constatando che l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP., se considerato congiuntamente alla regola generale posta dall’art. 10 OP., anche per come integrata dall’art. 16 reg. esec., non identificherebbe la permanenza “all’aperto” con la permanenza “fuori dalla cella”.

In considerazione di quanto esposto, secondo il giudicante, il regolamento interno che riduca il tempo di permanenza all’aria aperta senza che sussistano le ragioni eccezionali di cui all’art. 10 OP. andrebbe a ledere il diritto alla salute del detenuto presidiato, appunto, dalla possibilità di trascorrere quotidianamente due ore in spazi aperti. Inoltre, dato che la permanenza all’aperto è comunque consentita, per i soggetti sottoposti al regime detentivo speciale, solo a condizione che coinvolga esclusivamente il gruppo di socialità (di massimo quattro individui) selezionato dall’amministrazione penitenziaria, l’accorpamento denunciato tra ora d’aria e ora di socialità non incrementerebbe, quantomeno nel caso di specie, la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, ma si risolverebbe in una misura fortemente afflittiva e non rispettosa del principio, a più battute espresso dalla Consulta, secondo cui ogni deroga al regime detentivo ordinario deve essere giustificata da esigenze effettive e concrete di tutela e prevenzione.

Tutto ciò considerato, il Magistrato di sorveglianza aveva accolto il reclamo e aveva disposto che l’Amministrazione consentisse al reclamante di trascorrere ogni giorno due ore in spazi aperti, difformemente da quanto statuito dal regolamento interno d’istituto.

Avverso l’accoglimento del reclamo era stato fatto ricorso, dal Ministero della Giustizia, al Tribunale di sorveglianza che aveva confermato l’ordinanza del Magistrato, disapplicando, tuttavia, non il regolamento interno, ma la citata circolare DAP del 2017; proprio la conferma, in sede di impugnazione, della ricostruzione del diritto dei detenuti in regime speciale a due ore effettive all’aria aperta è stata oggetto di ricorso per cassazione nel caso in esame.

## **2. La ricostruzione del quadro normativo: le differenziazioni nella disciplina della permanenza all’aria**

Per una migliore comprensione della questione sottoposta alla suprema Corte pare utile effettuare una breve ricostruzione del quadro normativo che regola la permanenza all’aperto dei detenuti. Come noto, si tratta di un diritto che, sebbene previsto e disciplinato in via generale dagli artt. 10 OP. e 16 reg. esec., è modulato diversamente a seconda che l’interessato sia recluso in regime ordinario ovvero sia sottoposto al regime di sorveglianza particolare ex art. 14-*quater* OP. o al regime di detenzione speciale ex art. 41-*bis* OP.

La regola generale prevede che il limite minimo di accesso all’aria aperta sia di due ore quotidiane e che questo possa essere ridotto a una sola ora esclusivamente per motivi

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla circ. DAP n. 3676/616, reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

eccezionali, previa comunicazione al Magistrato di sorveglianza e al Provveditorato regionale dell'amministrazione penitenziaria, e per una durata limitata nel tempo<sup>4</sup>. La permanenza all'aria aperta rappresenta, per l'ordinamento, uno “*strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale*” da garantire in maniera flessibile, tenendo conto anche delle valutazioni del servizio sanitario e psicologico (art. 16, comma 3, reg. esec.). La conferma dell'importanza del tempo da trascorrere all'aperto, ai fini della tutela del diritto alla salute, si rinviene in quanto statuito in materia dall'art. 14-*quater*, comma 4, OP. Anche ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare, infatti, deve essere assicurata la permanenza all'aria per almeno due ore al giorno, salva la possibilità di limitarla a una sola ora nei casi e modi previsti dall'art. 10 OP. L'applicabilità di tale disciplina anche nei confronti dei soggetti considerati pericolosi per la vita penitenziaria permette di qualificare la permanenza all'aria in termini di garanzia fondamentale a tutela della persona detenuta.

Questo *minimum* si riduce considerevolmente, però, con riferimento al regime *ex art. 41-bis* OP.: ai sensi del comma 2-*quater*, lett. f), infatti, il limite massimo – e non più minimo, come previsto dagli artt. 10 e 14-*quater* OP. – di permanenza all'aria è di due ore giornaliere<sup>5</sup>. Tale disciplina, particolarmente severa, finisce, quindi, per far coincidere il limite massimo con il limite minimo generale previsto dall'art. 10 OP.

La formulazione letterale della disposizione dell'art. 41-*bis* OP., nella sua ambiguità, ha consentito interpretazioni restrittive da parte dell'amministrazione penitenziaria. L'indicazione, infatti, del limite massimo ed il solo rinvio al limite minimo dell'art. 10, comma 1, OP., senza un richiamo esplicito alle modalità attuative di cui al comma 2, ha permesso l'emanazione della già citata circolare DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017, in forza della quale solo una delle due ore previste può essere trascorsa all'aria aperta<sup>6</sup>. L'afflittività della disciplina, soprattutto per come integrata dalla circolare, è indubbia: il limite massimo (un'ora) è di fatto inferiore al limite minimo (due ore) previsto dalla disciplina generale oltretutto dal regime di sorveglianza particolare, e implica che i detenuti sottoposti al regime speciale trascorrono le restanti ventidue ore nella loro cella di pernottamento. Tale consistente limitazione diviene ancor più pregnante se si considera che la disciplina si applica in maniera automatica e generale, senza essere passibile di eccezioni basate sulle caratteristiche del caso concreto.

### 3. Le posizioni della Magistratura di sorveglianza

L'interpretazione in forza della quale i detenuti sottoposti al regime speciale hanno diritto alla fruizione di due ore effettive d'aria non è isolata, ma si inserisce in un cospicuo orientamento della giurisprudenza di merito che ha ritenuto illegittime le circolari amministrative nella parte in cui hanno interpretato arbitrariamente il dato normativo in maniera eccessivamente stringente e afflittiva.

A ben vedere, già nel vigore della disciplina antecedente al 2009, un'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Cuneo del 2003<sup>7</sup> aveva aperto la strada a un'interpretazione logico-sistemica del dettato normativo, riproposta poi, come accennato, in plurime altre ordinanze.

<sup>4</sup> Cfr. D. VERRINA, *Commento all'art. 10 ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, 5<sup>a</sup> ed., CEDAM, 2015, 121 ss.

<sup>5</sup> Fino all'entrata in vigore della L. 94/2009, sostitutiva della più mite L. 279/2002, il limite massimo era di quattro ore giornaliere all'aperto.

<sup>6</sup> La stessa impostazione restrittiva è rinvenibile già nella circ. DAP n. 3592-6042 del 9/10/2003 e nella circ. DAP n. 0286202 del 4/8/2009.

<sup>7</sup> Cfr. Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2456 ss.

Tale lettura ritiene illegittima l’interpretazione dell’art. 41-*bis* OP. secondo cui le ore di socialità sarebbero incluse nel tetto minimo di due ore di permanenza all’esterno, poiché le prime garantiscono la rieducatività della pena tramite lo svolgimento di attività ricreativo-culturali, mentre le seconde tutelano il fondamentale diritto alla salute<sup>8</sup>.

Tutte le ordinanze di questo filone<sup>9</sup> ritengono illegittima la circolare amministrativa nella parte in cui suddivide, automaticamente e sempre, il limite delle due ore di permanenza all’esterno in una all’aria aperta e una nei luoghi di socialità. Ad avviso della Magistratura di sorveglianza, infatti, l’art. 41-*bis*, nel prescrivere la permanenza all’aperto per non più di due ore, fa riferimento alla permanenza in spazi aperti, come ricavabile dall’interpretazione sia letterale sia logico-sistematica della norma. Inoltre, secondo tale orientamento, il rinvio all’art. 10 OP. contenuto nell’art. 41-*bis* implicherebbe un richiamo non solo al limite minimo di un’ora d’aria, ma all’intero contenuto del limite, comprensivo delle cautele sostanziali e procedurali *ivi* previste. In forza di tali premesse, l’accorpamento dell’ora d’aria e dell’ora di socialità, riducendo il tempo all’aperto al minimo consentito anche in assenza di motivi eccezionali, risulta lesivo del diritto alla salute del detenuto.

È stato messo in luce, inoltre, che l’efficacia preventiva del regime *ex art.* 41-*bis* non riceverebbe alcun apporto dalla disciplina in questione, che finirebbe per comportare un decremento di tutela di un diritto fondamentale senza che a questo corrisponda un incremento di tutela di un altro interesse di pari rango.

È però necessario ricordare anche che una parte della Magistratura di sorveglianza ha assunto una linea interpretativa del tutto antitetica.

Alcune pronunce hanno, invero, sostenuto un’interpretazione assai più securitaria, secondo cui dalla lettera dell’art. 41-*bis* sarebbe ricavabile un limite massimo cumulativo di due ore all’esterno della cella, da dividersi, a seconda della volontà del detenuto, tra aria aperta e socialità. In un’ordinanza, infatti, si legge che l’Amministrazione penitenziaria dovrebbe garantire al detenuto solamente che, entro il numero massimo delle due ore per le quali è previsto che questi possa accedere all’aria aperta, egli vi possa accedere e che, all’interno delle due ore complessive, egli possa socializzare<sup>10</sup>. In un altro caso, invece, in modo analogo si afferma che, in forza di quanto stabilito dall’art. 41-*bis* OP., il limite massimo di tempo da trascorrere fuori dalla cella sarebbe di due ore e che, dunque, l’esercizio del diritto non potrebbe travalicare e dovrebbe muoversi all’interno della disposizione contenuta nella norma primaria, non superando mai la soglia delle due ore<sup>11</sup>.

Data l’esistenza di tale filone minoritario, ancora più importante è stata la netta presa di posizione della Corte di Cassazione nella pronuncia in esame.

<sup>8</sup> Tale interpretazione è stata al tempo avallata dal Tribunale di sorveglianza di Torino. Cfr. Trib. sorv. Torino, ord. 11 dicembre 2003, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>9</sup> Si veda Trib. sorv. Roma, ord. 29 settembre 2009, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it). Inoltre, Mag. sorv. Sassari, ord. 25 gennaio 2019; Mag. sorv. Sassari, ord. 5 aprile 2018; Mag. sorv. Spoleto, ord. 27 marzo 2018; Mag. sorv. Sassari, ord. 6 marzo 2018; Mag. sorv. Sassari, ord. 11 luglio 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 28 aprile 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 21 aprile 2017; Mag. sorv. Sassari, ord. 23 settembre 2016, *inedite*.

<sup>10</sup> In tal senso, Mag. sorv. Viterbo, ord. 22 marzo 2018, commentata da L. DEGL’INNOCENTI – F. FALDI, *Detenuto in regime di 41-bis e diniego della richiesta di partecipare alle attività ricreative*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it).

<sup>11</sup> Cfr. Mag. sorv. Novara, ord. 31 maggio 2018, *inedita*.



#### 4. L’approccio garantista della Corte di Cassazione

La decisione in commento ha accolto l’interpretazione fatta propria dall’orientamento maggioritario della Magistratura di sorveglianza e non costituisce un arresto isolato. Tutt’al contrario: essa si inserisce in un gruppo di pronunce che sta diventando sempre più cospicuo<sup>12</sup>. Tale filone si è sviluppato a partire dal 2018 e rappresenta una forte presa di posizione della suprema Corte, che ha deciso in maniera pressoché identica una pluralità di casi.

Nella pronuncia in commento la Corte ha ricostruito, preliminarmente, il significato da attribuire alla disposizione *ex art. 41-bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP.: nell’esprimersi sul significato da attribuire alla locuzione “permanenza all’aperto”, ha ritenuto di aderire all’interpretazione, fornita dal Magistrato e dal Tribunale di sorveglianza, secondo cui l’assimilazione tra “permanenza all’aperto” e “socialità” sarebbe da rifiutarsi.

Secondo tale lettura, i due istituti perseguirebbero finalità diverse e ricollegate a due eterogenei canoni dotati di rilevanza costituzionale: da un lato, la permanenza all’esterno sarebbe finalizzata a garantire il “super-diritto” alla salute di cui all’art. 32 Cost.; da un altro lato, la socialità perseguirebbe esigenze legate alla risocializzazione (art. 27, comma 3, Cost.).

Ad avviso dei giudici di legittimità tale interpretazione è avallata da argomenti di carattere testuale e sistematico. La lettera della legge, ricorrendo non all’espressione “fuori dalla cella” ma “all’aperto”, richiamerebbe la permanenza all’aria piuttosto che la semplice presenza all’esterno della camera di pernottamento; inoltre, l’art. 10 OP., norma generale di riferimento, definisce la permanenza all’aperto come possibilità di trascorrere del tempo all’aria. Infine, va considerato quanto disposto dall’art. 16 reg. esec. che stabilisce che la permanenza all’aperto debba avvenire “*in spazi non interclusi fra fabbricati*”, facendo evidentemente così riferimento a spazi esterni all’istituto, e che debba essere assicurata per periodi adeguati.

Dunque, a partire da questa esegesi del dettato normativo, il Collegio ha rilevato un primo profilo di illegittimità delle disposizioni contenute nella circolare DAP del 2017. La disciplina non sarebbe conforme alla legge nella parte in cui prevede un’equiparazione sostanziale tra permanenza all’aria aperta e socialità, disponendo – all’art. 11.2 rubricato “Passeggi” – un unico limite massimo, cumulativo, di due ore per entrambe le attività.

Dopo aver censurato tale assimilazione, la Corte ha analizzato una diversa questione: è legittima la riduzione delle ore d’aria da un minimo di due al giorno (in base alla disciplina *ex art. 10 OP.*) a un massimo di una sola, in applicazione di quanto disposto da una circolare DAP e senza che ricorrano, nei confronti del singolo detenuto, ragioni specifiche che legittimino tale restrizione?

Per fornire una soluzione negativa a tale quesito il Collegio, prendendo atto dell’ambiguità della formulazione letterale dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP.<sup>13</sup>, il quale rinvia in via generale al limite di ore di permanenza all’aperto stabilito dall’art. 10 OP., non indicando espressamente – come avviene invece nell’art. 14-*quater*, comma 4, OP. – un lasso di tempo

<sup>12</sup> V. Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18900; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18899; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18898, depositate successivamente alla sentenza in commento. Inoltre, Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17581; Cass., Sez. I, 24 aprile 2019 (ud. 28 febbraio 2019), n. 17580; Cass., Sez. I, 9 aprile 2019 (ud. 19 febbraio 2019), n. 15572; Cass., Sez. I, 25 ottobre 2018 (ud. 11 luglio 2018), n. 48860; Cass., Sez. I, 5 ottobre 2018 (ud. 27 giugno 2018), n. 44609; Cass., Sez. I, 13 settembre 2018 (ud. 8 giugno 2018), n. 40761; Cass., Sez. I, 13 settembre 2018 (ud. 8 giugno 2018), n. 40760, reperibili in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>13</sup> Per completezza d’analisi va comunque sottolineato il fatto che le più recenti statuizioni della suprema Corte non riscontrano alcuna ambiguità nel dettato normativo, considerandolo – invece – lineare e preciso. Cfr. Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18900; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18899; Cass., Sez. I, 6 maggio 2019 (ud. 21 marzo 2019), n. 18898, cit.

minimo da trascorrere all'esterno, ha suggerito di superare tale oscurità del dettato normativo tramite il criterio sistematico, così da dare spazio alla lettura più aderente ai principi dell'ordinamento. Tale impostazione permette di evitare che all'Amministrazione penitenziaria venga attribuito un potere discrezionale di modulazione del tempo da trascorrere all'aperto, tra un massimo di due e un minimo di un'ora, senza un corrispettivo onere motivazionale.

Ad avviso del Collegio, comunque, i parametri della disciplina della sorveglianza particolare sarebbero utili per valutare il grado di umanità della pena anche con riferimento al regime detentivo speciale, e per vagliarne la concreta applicazione, tenendo conto del fatto che ogni restrizione dei diritti fondamentali del detenuto deve rispondere a esigenze concrete di ordine e sicurezza.

Tutto ciò considerato, la Prima Sezione afferma che la disciplina della circolare DAP non risulta, nel caso concreto, idonea al rafforzamento di ordine e sicurezza e si trova in contrasto, dunque, con l'esigenza di bilanciare correttamente tali interessi con il contrapposto diritto “super primario” alla salute.

In tutti i casi in cui non sussistano esigenze di sicurezza ulteriori, allora, la limitazione della permanenza all'aperto acquista solamente un valore afflittivo, incompatibilmente anche con quanto sancito dall'art. 27, comma 3, Cost.

In definitiva, è ben possibile, in caso di comprovate esigenze, ridurre la durata della permanenza all'aria per i detenuti sottoposti al regime speciale, alla sola condizione però che si applichino anche le cautele procedurali previste dalla normativa generale.

La presa di posizione dei giudici di legittimità pare rispecchiare, insomma, la volontà di consentire un'applicazione più individualizzata possibile del regime detentivo speciale, adattando – nei limiti normativi – le prescrizioni al caso concreto.

## 5. Riflessioni di sintesi

La posizione della suprema Corte è pienamente condivisibile, anche in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento.

A tal proposito, è utile ricordare che la Consulta, pur avendo salvato la formulazione del comma 2-*quater*, lett. f), dell'art. 41-*bis* OP.<sup>14</sup>, ha sancito un ampio potere di sindacato della Magistratura di sorveglianza, cui spetta il compito di accertare, caso per caso, eventuali lesioni di diritti fondamentali le quali non sono mai tollerate, nemmeno per esigenze di sicurezza.

Tale statuizione della Corte costituzionale<sup>15</sup> dovrebbe fungere da “bussola” per il sindacato della Magistratura di sorveglianza, oltretutto per l'Amministrazione penitenziaria e per il legislatore: il punto focale della giurisprudenza della Consulta sembra essere rappresentato dalla necessità di cercare un equilibrio tra esigenze contrapposte che consenta un'omogeneità applicativa del regime speciale di tipo “flessibile”<sup>16</sup>, così da assicurare che le finalità di prevenzione e difesa sociale rimangano compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Ogni misura restrittiva adottata in regime speciale che non sia riconducibile a esigenze concrete ed effettive di tutela dell'ordine e della sicurezza, dunque, perderebbe la propria legittimità, divenendo deroga puramente afflittiva e, perciò, non ammissibile nel nostro

<sup>14</sup> Il riferimento va a Corte cost., 26 maggio 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 190, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>15</sup> Si vedano, inoltre, le pronunce nn. 143 del 2013, 56 del 2011, 376 del 1997, 351 del 1996, 410 del 1993 e 349 del 1993, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>16</sup> Così, F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. criminol.*, 2013, n. 2, 199.

ordinamento<sup>17</sup>. Mai, secondo gli insegnamenti del Giudice delle leggi, può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale senza che a questo corrisponda un incremento di tutela di un altro interesse dello stesso rango<sup>18</sup>.

Un chiaro esempio di questo *trend* esegetico della Corte costituzionale è rinvenibile, inoltre, nella recentissima sentenza<sup>19</sup> con cui è stata dichiarata fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al divieto, previsto sempre dall’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP., di cuocere cibi in cella. I giudici costituzionali hanno accertato il contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. in quanto il divieto risulta privo di giustificazione e inutile alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive dell’art. 41-*bis* OP. Un passaggio della pronuncia delinea con precisione la posizione assunta dalla Corte, secondo cui è necessario “riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’art. 41-*bis* ord. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale”<sup>20</sup>.

Alla luce di questo, volendo accantonare la questione dell’opportunità della scelta legislativa di ridurre le ore di permanenza all’aria (da quattro a due) con la novella del 2009, ciò che sembra stridere con la posizione assunta dalla Consulta è l’inserimento di un automatismo applicativo rigido in forza della circolare DAP: tale impostazione, infatti, non consente alla stessa autorità amministrativa di calibrare *ex ante* la regola generale alle particolarità del caso concreto<sup>21</sup>.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, inoltre, le limitazioni alla permanenza all’aria risultano maggiormente funzionali al mantenimento dell’ordine e della sicurezza penitenziari piuttosto che a recidere i contatti dei detenuti con il sodalizio criminale<sup>22</sup>: dunque, sarebbe stato più opportuno prevedere una disciplina che, similmente all’art. 14-*quater* OP., stabilisse un *minimum* non intaccabile di diritti fondamentali e che consentisse la possibilità di modulare le restrizioni (tra un minimo e un massimo predeterminati) all’Amministrazione penitenziaria, in base alle caratteristiche del singolo caso. Proprio sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione che, nei suoi molteplici arresti, ha esplicitato la necessità di evitare quelle

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., 26 maggio 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 190, cit.

<sup>18</sup> In tal senso, Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143 e Corte cost., 3 giugno 2013 (ud. 7 maggio 2013), n. 135, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>19</sup> V. Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>20</sup> Così, Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186, punto 4.5 in diritto, cit.

<sup>21</sup> Tale impostazione risulta poco compatibile anche con i parametri convenzionali. In particolare, sebbene la Corte EDU abbia ritenuto finora che il regime *ex art.* 41-*bis* OP., in considerazione delle rilevanti esigenze di prevenzione che esso persegue, sia compatibile con la Convenzione, la valutazione della compatibilità del regime speciale alla CEDU viene effettuata dai giudici di Strasburgo in base al singolo caso di specie, tenendo conto della durata della sua applicazione, delle caratteristiche personali del detenuto e degli obiettivi di prevenzione. Dunque, proprio l’automatismo derivante dalla circolare DAP mal si concilia con il principio secondo cui il contenuto del regime deve essere il più possibile modellato sulla base dei caratteri specifici di ogni singolo caso. Ad ogni modo, va sottolineato che la Corte EDU si è dimostrata particolarmente sensibile all’ideologia e alle esigenze sottostanti al regime speciale, assumendo una considerevole prudenza nelle pronunce in materia (per un approfondimento cfr. E. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell’ordinamento italiano*, in *Rass. penit. criminol.*, 2004, n. 3, 197 ss.). Da ultima si consideri Corte EDU, 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Per dei commenti si vedano G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) e R. MAGI, *L’incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*, in *Cass. pen.*, 2019, 401 ss.

<sup>22</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2515.

restrizioni che risultino prive di una finalità di prevenzione effettiva e che si risolvano, dunque, in misure puramente afflittive<sup>23</sup>.

Dunque, correttamente la suprema Corte ha cercato, indicando la necessità di garantire almeno due ore di permanenza all’aria aperta salva la possibilità di limitarla a una sola nei casi e nei modi previsti dall’art. 10 OP., di migliorare le condizioni detentive dei detenuti in regime speciale<sup>24</sup>, così da offrire un’esegesi del dettato normativo maggiormente rispettoso del loro diritto “super primario” alla salute (art. 32 Cost.).

In uno Stato che assicuri il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, infatti, «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti»<sup>25</sup>, e anche per i condannati che destano particolare allarme sociale, quindi, l’ordinamento deve evitare ogni deriva afflittiva che risulti non effettivamente volta a tutelare la pubblica sicurezza.

Infine, va ricordato che una visione assai più sensibile ai diritti fondamentali dell’uomo rispetto al dettato normativo attuale e alla circolare DAP era stata espressa, in ottica di riforma, nel lavoro svolto dal Tavolo II degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale. In quella sede, infatti, era stata suggerita la riscrittura della lett. f) dell’art. 41-bis, comma 2-*quater*, OP. al fine di prevedere un limite massimo di quattro ore da trascorrere fuori dalla cella: due all’aperto e due in attività di socialità<sup>26</sup>.

Se pare fortemente improbabile che una riforma di tal tipo venga approvata nel quadro politico attuale, si auspica almeno che il principio di diritto espresso dall’orientamento della suprema Corte in commento venga effettivamente fatto proprio dall’Amministrazione penitenziaria.

---

<sup>23</sup> Tale linea interpretativa si pone in linea di continuità, tra l’altro, con le osservazioni espresse dal Comitato per la prevenzione della tortura. In più Rapporti, infatti, è stato sottolineato che il regime detentivo speciale andrebbe applicato solo in casi eccezionali e per un tempo limitato (cfr. CPT/Inf (2017) 23, Strasbourg, 8 September 2017, § 52; CPT/Inf (2013) 32, Strasbourg, 19 November 2013, § 58; CPT/Inf (2010) 12, Strasbourg, 19 November 2013, § 83; CPT/Inf (2006) 16, Strasbourg, 27 April 2006, § 88, tutti reperibili in [www.coe.int](http://www.coe.int)) Per approfondire la tematica si veda COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, *Rapporto sul regime detentivo speciale – Indagine conoscitiva sul 41-bis (aprile 2016)*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 44 ss.). Questa raccomandazione del CPT nasce dal dubbio che la finalità di prevenzione posta alla base del regime speciale sia accompagnata da altre finalità implicite. La prima sarebbe la volontà di costringere i detenuti alla collaborazione con la giustizia (dello stesso avviso è autorevole dottrina italiana: si vedano, in particolare, S. ARDITA – M. PAVARINI, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 265 ss. e A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Ediesse, 2013, 206 ss.). A ciò si accompagnerebbe, poi, uno scopo retributivo e puramente afflittivo di cui proprio le restrizioni nella vita penitenziaria, tra cui le limitazioni alla permanenza all’aria, sarebbero spia.

<sup>24</sup> Si noti, comunque, che la Corte, nell’accogliere l’interpretazione della sentenza in commento, si è allineata, tra l’altro, alle raccomandazioni fornite in materia dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute. Si veda il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario (2016-2018)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.

<sup>25</sup> Così, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12.

<sup>26</sup> Si veda la *Versione integrale della relazione del Tavolo 2 – Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza*, reperibile il [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

## I divieti sulla spedizione e ricezione di denaro e valori con la corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41-bis

di *Simona D. Giannetti* \*

**ABSTRACT:** Il contributo sviluppa dapprima un *excursus* del 41-bis, la cd “tortura democratica”, a partire dalla sua entrata in vigore con il noto decreto legge Scotti – Martelli del 8.6.1992, fino alla sua stabilizzazione con la legge 279 del 2002 e poi con la successiva legge 94 del 2009. Si affronta il tema degli interventi della Consulta, prima tra tutte quella che individuò i cd. limiti “interni” ed “esterni”, entro cui potevano essere confinate le restrizioni del regime ed essere superate le censure di violazione dell’art 3 e art 27 Costituzione; anche i correttivi che il Ministero apporta, cercando via via di allineare la regolamentazione coi principi delle sentenze, sono rintracciati. Non si dimentica la CEDU che, nel corso dei decenni, interviene con decisioni di condanna sull’illegittimità del regime rispetto alla violazione degli standard di tutela dei diritti umani. È la sospensione delle “normali regole di trattamento”, infatti, quella che al 41-bis colpisce i diritti e le libertà dei detenuti a partire dai colloqui, le telefonate, gli oggetti personali in cella, le ore d’aria e persino il peculio e la corrispondenza: la *ratio* è quella di sospendere le garanzie costituzionali per la finalità della tutela dell’ordine sociale attraverso la separazione del detenuto dal mondo esterno. Si affronta nello specifico il tema della spesa, il sopravvitto, il modello 72, fino al divieto di ricevere le somme in peculio superiori all’ammontare mensile predeterminato. Non solo il DPR 230/2000, ma anche la circolare del 2 ottobre 2017 del Ministro della Giustizia, ne hanno circoscritto i limiti in tema di contatto dei detenuti, sia nei rapporti tra loro che con la comunità esterna. Il diritto di ricevere le somme attraverso il vaglia postale prevede limitazioni nel caso provenga o sia destinato alle cd. terze persone. È tal riguardo che si affronta un caso di intervento della Suprema Corte di Cassazione: annullando con rinvio gli ermellini hanno ribadito la carenza di motivazione sul pericolo paventato a fronte della ricezione di peculio da parte di terzi, come forma di mantenimento del collegamento con l’organizzazione esterna. Certo a fronte delle criticità della circolare citata, non si può che concludere auspicando un contemperamento delle garanzie di pari rango costituzionale in gioco, laddove se da una parte vi sia la necessità di garantire la sicurezza sociale, dall’altra si potrebbe superare il timore di dichiararsi in favore del rispetto del costituzionale diritto della dignità umana.

### Sending and receiving money and valuables with correspondence: prohibitions for the 41-bis inmates

**ABSTRACT:** *With this paper, the author outlines the problematic profile of access to consumer goods within the prison for the inmates under the regime of the art. 41-bis, highlighting the critical and extraneous aspects of the up-mentioned discipline.*

**SOMMARIO:** Premessa. – 1. 41-bis, vietato spedire e ricevere denaro con la corrispondenza ordinaria. – 1.1. La norma: art. 41-bis OP. – 1.2. La parola al Ministero della Giustizia. – La



spesa, il sopravvitto, e il Modello 72. – 2. Il vaglia postale. La circolare del DAP del 2 ottobre 2017. – 3. Le questioni sollevate. – 3.1 La violazione delle libertà fondamentali e la congruità delle restrizioni. – 3.2 La Corte di Cassazione sul trattenimento della corrispondenza senza motivazione. Il caso del vaglia postale proveniente da persona terza. – 4. Considerazioni conclusive.

### **Premessa**

Il regime del 41-*bis*, anche detto quello del “carcere duro”, oggi tacciato di dubbi di incostituzionalità dalla dottrina per i suoi molteplici aspetti che lo assimilano alla “tortura democratica” proprio a causa delle sue distorsioni applicative, venne introdotto in via temporanea come legislazione d’urgenza con il noto decreto legge Scotti – Martelli del 8.6.1992 convertito con l’art 19 della legge 356 del 7 agosto 1992. Le date portano con sé la manifestazione evidente della ragione per cui venne emanato: fu la risposta dello Stato alla strage di Capaci e a quella di Via D’Amelio, che videro la morte dei magistrati Falcone e Borsellino – allora impegnati nella lotta alla Mafia – proprio per mano di Cosa Nostra. Venne introdotto il secondo comma dell’art 41-*bis* che consentiva, “in caso di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica”, la facoltà al Ministro di Giustizia, anche dietro richiesta del Ministro dell’Interno, di “sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell’art 4-*bis*, l’applicazione delle regole del trattamento” e gli istituti previsti nell’ordinamento penitenziario perché ritenuti in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza. È nel rapporto redatto nel corso della XVII Legislatura dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, sul regime detentivo speciale del 41-*bis*, che si evince la caratteristica temporaneità della norma che lo regolava: “*non conteneva alcuna disposizione né ordine alla durata di sospensione, né ordine ad eventuali proroghe, né all’attività istruttoria e neppure disciplinava il procedimento del reclamo*”.

Negli anni regolarmente rinnovato di proroga in proroga, il 41-*bis* ebbe lunga vita nelle condizioni di temporaneità, visto che la natura emergenziale si rivelò fin da subito la sua peculiarità, sebbene incidesse sulla compressione delle garanzie fondamentali. Era la ragion di Stato, che aveva giustificato l’imposizione della supremazia della prevenzione sociale, per la lotta alla Mafia, rispetto al trattamento umano e dignitoso del detenuto a cui si rinunciava, seppur parimenti previsto dalla Carta (art 27 Cost). Nel frattempo mentre intervennero tre importanti pronunce della Corte Costituzionale (n. 349/93, 357/1994, 351/1996), che in parte tentarono di arginare i confini di incostituzionalità del regime, il clima politico, andatosi a delineare negli anni successivi negli ultimi due governi Berlusconi, portò a compimento le più importanti modifiche apportate al 41-*bis*, rendendo così definitiva la norma che prevedeva la sospensione del trattamento nei confronti dei detenuti per reati di associazione mafiosa e terrorismo. Fu così che il 41-*bis* venne stabilizzato nell’ordinamento penitenziario, prima con la legge 279 del 2002<sup>1</sup> e poi con la successiva legge 94 del 2009<sup>2</sup>. È con la prima, la legge del 2002, che il Parlamento ha segnato il passaggio a regime definitivo, con un adeguamento della normativa alle precedenti pronunce della Corte Costituzionale nel frattempo intervenute, sotto il profilo della regolamentazione e dell’efficacia temporale del decreto ministeriale applicativo del “carcere duro”. La novella normativa del 2009 fu invece nel segno di inasprire

---

\* Avvocato del Foro di Milano (Membro del Direttivo di Nessuno tocchi Caino).

<sup>1</sup> Legge 23 dicembre 2002, n.279 “*Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975 n.354 in materia di trattamento penitenziario. G.U. n.300 del 23.12.2002*”.

<sup>2</sup> Legge 15 luglio 2009 n. 94: “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica. G.U. n. 170 del 24.7.2009*”.

il regime, sia in termini di ampliamento delle restrizioni, volte ad impedire le comunicazioni tra detenuti sempre meno consentite anche con riguardo al passaggio di oggetti, sia nei riguardi dei presupposti applicativi e di durata. Di tutta evidenza il legislatore si era mosso in verso opposto rispetto alle previsioni della sentenza della Consulta<sup>3</sup>: pochi anni prima infatti la Corte Costituzionale si era pronunciata sulla necessità di evitare l’assunzione di limitazioni, che per il loro contenuto potessero essere palesemente non riconducibili alle esigenze di tutela dell’ordine e della sicurezza, e per lo più *“ingiustificate deroghe al regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale”*

Non solo, gli interventi legislativi di senso decisamente restrittivo, si insediavano in un clima di tendenziale accondiscendenza della dottrina prevalente, ferma nel fornire un’interpretazione del secondo comma dell’art 41 bis costituzionalmente orientata, pur a fronte delle evidenti restrizioni dei diritti fondamentali, in parte raccolte proprio negli interventi della Corte Costituzionale. Dal canto loro, furono le pronunce della Consulta che misero un freno alla evidente soppressione delle libertà fondamentali, uno tra tutte la dignità umana: fu la Corte Costituzionale a prevedere i cd. limiti “interni” ed “esterni”, entro cui potevano essere confinate le restrizioni del regime speciale ed essere superate le censure di violazione dell’art 3 e art 27 Cost. Se nel caso dei primi non potevano essere previste restrizioni, che comportassero conseguenze sulla quantità e qualità della pena, o sull’accesso ai benefici – fermo restando ovviamente le limitazioni, che la legge aveva già imposto con la previsione dell’art 4bis primo comma del medesimo ordinamento penitenziario -, per i secondi si trattava di impedire che avesse luogo una disapplicazione del regolamento penitenziario, senza che la restrizione corrispondesse in concreto all’esigenza di tutela della sicurezza, ma solo ad una scelta ingiustificata di portata maggiormente afflittiva.

Seguirono così i correttivi del Ministero<sup>4</sup> che prevedevano un allineamento della regolamentazione delle sezioni del 41-bis ai principi cristallizzati nelle sentenze della Consulta: fu prevista una telefonata mensile coi familiari e registrata per coloro che non svolgessero colloqui visivi; si affermò una diversa regola in tema di pacchi mensili e di utilizzazione dei fornelli: segnatamente venne concesso un secondo pacco mensile ordinario e due ulteriori pacchi annuali straordinari, nonché la possibilità di utilizzare fornelli propri solo per preparare bevande o riscaldare cibi già pronti. Erano questi gli interventi correttivi che nascevano dalle censure della Corte Costituzionale, che aveva imposto fossero vietati trattamenti contrari al senso di umanità. Anche se la strada è lunga e di volta in volta si approda a pronunce che segnano il solco delle incostituzionalità di certe limitazioni, una tra le più recenti è la sentenza della Consulta sul divieto di cucinare cibi crudi: qui, la Corte<sup>5</sup> non ha fatto altro che recepire le linee guida che già negli anni 90 aveva richiamato, in vista della tutela della dignità umana e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, quando ha osservato che non solo il divieto fosse del tutto incongruo, rispetto alla finalità di prevenzione del regime differenziato del 41-bis, ma che anche era contrario alla finalità rieducativa della pena, laddove impediva di conservare, con la “ritualità” un contatto con le usanze del mondo esterno e con il trascorrere del tempo - che altrimenti avverrebbe in “un aspra solitudine”. È di tutta evidenza che la Consulta, ma anche il giudice di legittimità, si siano rivolti alla tutela delle irrinunciabili garanzie di rango costituzionale dell’art. 3 e 27, l’una che vieta

<sup>3</sup> Cfr. Corte Cost. n. 351/1996.

<sup>4</sup> V. D.M. 4.2.1997 e Circolare DAP 5931938 del 7 febbraio 1997.

<sup>5</sup> Cfr. Sentenza della Corte costituzionale, n. 186 del 26.9.2018 – dep il 12.10.2018 – Pres Lattanzi, Rel Zanon.

l'esecuzione di una pena contraria alla dignità umana, e l'altra che impone il rispetto della finalità rieducativa.<sup>6</sup>

E così se l'incongruità della ratio del divieto di cucinare cibi crudi, sottesa ad evitare che al detenuto potesse derivare un prestigio criminale dalla disponibilità di generi alimentari di particolare lusso, è stata superata dalle pronunce anche volte a garantire il rispetto della dignità umana di pari segno è stata anche la posizione per certi versi assunta dalla Corte di Cassazione, che, come giudice di legittimità, negli ultimi anni ha contribuito in parte a dare risposta alle esigenze di adeguamento del 41-*bis* rispetto alle garanzie della Carta: è della Suprema Corte la sentenza che ha previsto il prolungamento dei colloqui da uno a due ore, per i detenuti che non ne avessero usufruito nel mese precedente<sup>7</sup>, così come quella pronuncia che ha abolito l'obbligo di effettuare i colloqui a distanza di 30 giorni l'uno dall'altro, non ritenendo legittima la previsione forzata che non consentisse di svolgerli l'uno di seguito all'altro tra la fine del mese e l'inizio del successivo<sup>8</sup>.

È evidente che nel corso degli anni si sia sviluppata una maggiore attenzione alla necessità di contemperare le esigenze di prevenzione con l'irrinunciabile garanzia del rispetto della dignità umana del detenuto. Non v'è dubbio alcuno che ad oggi siano state numerose le critiche sviluppatesi a livello sovranazionale, prima di tutto dalla CEDU, di condanna all'illegittimità del regime rispetto alla violazione degli standard di tutela dei diritti umani con riferimento specificamente agli artt. 3, 8 11 della CEDU<sup>9</sup> e che le censure si siano spinte financo verso il tema dell'invariabilità della durata delle misure restrittive, troppo lontana dalla valutazione concreta delle circostanze e più che altro spesso circoscritta a parametri per lo più oggettivi.

D'altro canto, è la stessa Corte che ha comunque circoscritto i suoi parametri di censura, prevedendo che solo laddove le misure restrittive oltrepassino la soglia minima di gravità prevista dall'art 3 CEDU, si potrà rinvenire un trattamento inumano e degradante nella misura restrittiva prevista dal regime o addirittura un'ipotesi di tortura, solo censurabile a fronte di un onere di allegazione del ricorrente. Segnatamente, sono vari gli interventi della CEDU in difesa dei diritti fondamentali del detenuto, come quello della segretezza della corrispondenza<sup>10</sup>, e in particolare dell'assenza di previsione dei limiti di esercizio del potere discrezionale delle autorità<sup>11</sup>, in vista del più generale principio per cui tutti i detenuti debbano godere del minimo grado di tutela, come previsto dalla prevalenza del diritto in una società democratica<sup>12</sup>. Altre condanne hanno riguardato la violazione al diritto all'equo processo (art. 6 CEDU) e la violazione del diritto ad un ricorso effettivo, che possa accertare che sia stata violata una delle norme della Convenzione (art. 13 CEDU)<sup>13</sup>.

<sup>6</sup>“(…) risulta che il divieto di cottura dei cibi, in quanto previsto in via generale ed astratta ai detenuti soggetti al regime carcerario di cui all'art 41 bis ord pen, è privo di ragionevole giustificazione. In quanto incongruo e inutile alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27, configurandosi come ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva. Riferendosi al regime differenziato di cui all'art 41 bis ord penit, più duro e restrittivo di quello ordinario, il giudice remittente osserva che il potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità umile e dignitosa per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in un'aspra solitudine (...)”.

<sup>7</sup> Cfr. Cass pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 n. 3115; Cass Pen., 20 marzo 2015, n. 20486.

<sup>8</sup> Cfr. Cass pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 10462.

<sup>9</sup> V. Corte Edu, 24 settembre 2015, caso *Paolello contro Italia*, ric. n. 37648/2002.

<sup>10</sup> V. CEDU, 17 dicembre 2009 – ricorso n. 74912/01.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Edu nel caso *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/1995.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Edu, sent. *Calogero Diana c. Italia* del 15 novembre 1996; *Campisi c. Italia* del 11 luglio 2006.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Edu, sent. *Ganci c. Italia* del 2003; *Ospina – Vergas vs Italia* del 2004.

È sulla base di queste pronunce che la Corte di Cassazione ha rivalutato le sue posizioni e riconosciuto il diverso orientamento, per cui il detenuto conserva l'interesse alla decisione anche dopo che sia scaduto il periodo di validità del decreto, a causa degli effetti che la decisione potrebbe avere sui decreti successivi<sup>14</sup>.

Numerose le censure anche in tema del diritto alla salute del detenuto (art. 3 CEDU) e la protezione della sua integrità psicofisica<sup>15</sup>: mantenere in regime speciale una persona tetraplegica in condizioni inadeguate al suo stato di salute (art. 32 Cost.) integra per la Corte Edu un trattamento degradante. Senza dimenticare che, a livello sovranazionale, anche la voce del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, nei suoi Rapporti Annuali, non ha mai omesso di segnalare come il regime del 41-*bis* fosse particolarmente dannoso per i diritti fondamentali delle persone che vi sono sottoposte.

Certo non si può pensare che il tema dei profili di illegittimità del 41-*bis* non sia non solo attuale ma anche sentito tra le mura del carcere, visto che non pochi sono i detenuti che si trovano ancora oggi sottoposti al regime del “carcere duro”.

Al dicembre 2017<sup>16</sup> il numero complessivo era di 724, di cui 722 gli italiani; dei primi erano 10 le donne.

Poco più di un anno dopo, nel febbraio 2019 il Garante Nazionale dei Diritti delle Persone Private della Libertà Personale ha reso noto il suo Rapporto<sup>17</sup> tematico sul 41-*bis*: ne è emerso che al 3 gennaio 2019 erano 748, di cui 10 donne, i detenuti in regime speciale e di questi poco meno della metà, 363 (e 4 le donne), erano condannati con sentenza definitiva. Non solo, anche dal punto di vista della condizione di salute, sono risultati in stato di ricovero, seppur sottoposti al 41-*bis*, 18 detenuti – la metà di trovano al Reparto di Assistenza Intensiva di Opera).

I maggiori indici di presenza sono stati rilevati nelle case di Reclusione de L'Aquila (153 uomini e tutte le 10 donne) e di Opera (97) e Sassari – Bancali (87).

Del resto, al 2017 tra i decreti applicativi e i relativi rinnovi sono stati 536 i detenuti in proroga del regime, mentre ben 174 furono quelli di prima applicazione. Con riguardo poi alla tipologia di reato, la stragrande maggioranza dei casi riguarda i reati associativi di stampo mafioso: nel 2017 erano 678 su 630.

Ad ogni buon conto, dal 92 ad oggi il dato della popolazione detenuta in 41-*bis* è stato oscillante: tra i 445 del 1992 e i 604 del 2004, fino a scendere, tra aumenti e diminuzioni, nel 2005 a 577 e poi risalire costantemente fino ai 724 del dicembre 2018.

Furono gli anni tra il 1999 e il 2002 quelli in cui, sia in tema di numero complessivo di decreti che in tema di rinnovi, si raggiunsero i livelli più elevati; il dato fa il paio con il maggior numero di annullamenti giurisdizionali avvenuto nel successivo periodo tra il 2003 e il 2008 – più che altro per questioni di illegittimità, che non per intervenuta collaborazione -.

### **1. Al 41-*bis* è vietato spedire e ricevere denaro e valori con la corrispondenza ordinaria**

La sospensione delle “normali regole di trattamento” al 41-*bis* colpisce i diritti dell'ordinamento e le libertà dei detenuti. A partire dai colloqui, le telefonate, gli oggetti personali in cella, le ore d'aria e persino il peculio e la corrispondenza: gran parte di questi beni sono limitati, se non vietati.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, n.4599.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Edu, sent. *Enea c. Italia* del 17.9.2009.

<sup>16</sup> Cfr. Senato della Repubblica - *Rapporto sul Regime Detentivo Speciale Indagine Conoscitiva sul 41 bis* – Marzo 2018.

<sup>17</sup> *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario 2016-2018*, Garante Nazionale dei Diritti delle persone private della libertà personale.

Diversi sono stati gli interventi della Corte Costituzionale, che ha dovuto sanare le pesanti compressioni dei diritti fondamentali, il più delle volte del tutto immotivate dal punto di vista del bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale: da un lato si impone il rispetto della dignità umana e dall’altro la difesa della sicurezza sociale. Tornando al contenuto delle prescrizioni, è nella *ratio* della norma, destinata a sospendere le garanzie costituzionali per la finalità della tutela dell’ordine sociale attraverso la separazione del detenuto dal mondo esterno, che si rinvergono le restrizioni che caratterizzano il regime del 41-*bis*.

Si tratta di misure dirette a prevenire i contatti con l’organizzazione esterna di appartenenza, ragione per la quale il regime speciale non consente interazione alcuna neppure coi familiari (un’eccezione è prevista per i figli minori di anni 12) se non attraverso un vetro divisorio –in gergo definito infatti “l’acquario”.

La stessa finalità che giustifica le limitazioni negli incontri ai colloqui, determina anche i divieti che attengono alla ricezione delle somme di denaro e degli oggetti, che i detenuti in 41-*bis* possono percepire dall’esterno. Sintomatico della rilevanza che ai fini della dignità del detenuto, sottoposto al regime speciale, svolgono certi beni che attengono alla quotidianità è il fatto che molte delle segnalazioni rivolte alle autorità giudiziarie siano proprio attinenti a questi aspetti: è di tutta evidenza che, seppur sembrino di poca importanza, risultino essere vitali per coloro che invece vivono nella rigida condizione di reclusione del 41-*bis*, in quanto le limitazioni vengono percepite come ulteriore e gratuita afflizione rispetto a quella già determinata dalla detenzione, peraltro privata di ogni prospettiva trattamentale. Con la Circolare del 2 ottobre 2017<sup>18</sup> il DAP, nel tentativo di unificare le modalità di attuazione del regime, ha ceduto alla tentazione di rendere ancora più afflittive alcune norme regolatrici della vita quotidiana, rese sempre più dettagliate.

È questo il motivo per cui anche nel recente Rapporto del Garante Nazionale<sup>19</sup> si rinviene un espresso auspicio alla riduzione delle limitazioni che non siano strettamente rivolte alla salvaguardia dell’esigenza di prevenzione.<sup>20</sup>

### 1.1. La norma: art 41-*bis* OP

Il detenuto in regime di “carcere duro” non può ricevere somme in peculio superiori all’ammontare mensile stabilito dall’art 57 comma 6 del DPR 230/2000. Il regime speciale impone, oltre che la collocazione in sezioni speciali, logisticamente separate dal resto dell’istituto penitenziario e custodite da reparti specializzati della polizia penitenziaria, la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti del comma secondo dell’art 41-*bis*: tra le misure restrittive è imposta anche la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall’esterno. A proposito del peculio, anche il vaglia postale è soggetto a restrizioni.

<sup>18</sup> Circolare DAP n. 3676/612 del 2 ottobre 2017 “*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art 41 bis O.P.*”.

<sup>19</sup> *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41 bis dell’ordinamento penitenziario 2016-2018*, Garante Nazionale dei Diritti delle persone private della libertà personale.

<sup>20</sup> Il Garante Nazionale aveva chiesto che venisse data risposta alle sue Raccomandazioni contenute nel Rapporto entro i trenta giorni dalla ricezione da parte del DAP e del Gabinetto del Ministero di Giustizia. Il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, a proposito delle limitazioni particolarmente dettagliate in merito alle regole della quotidianità, aveva ribadito che le stesse rispondevano alla necessità di prevenzione; tra queste anche quella sul cd. Modello 72.



## 1.2 La parola al Ministero della Giustizia. La spesa, il sopravvitto, e il Modello 72

È la n. 0309740 la Circolare che il 2 ottobre 2017 il Ministro della Giustizia ha firmato per descrivere le prescrizioni che avrebbero dovuto rendere operativi i divieti prescritti dall'art 41-*bis* OP. La finalità era chiara: ottenere la più puntuale funzionalità del regime e organizzare nei dettagli le modalità di contatto dei detenuti, sia nei rapporti tra loro che, con la comunità esterna.

Il tutto, con l'intento di rendere omogeneo all'interno dei vari istituti il regime speciale. Il detenuto al suo ingresso viene sottoposto a perquisizione personale e ad una prima visita medica; potrà tenere con sé solo un elenco di oggetti consentiti- molto pochi a dire il vero-; gli altri verranno rispediti ai famigliari entro 30 giorni dal suo arrivo in carcere. Il peculio posseduto all'atto dell'ingresso viene accreditato su un conto corrente intestato al detenuto, a cui viene garantita la fornitura di un cambio settimanale per il letto, di generi per la pulizia della cella una volta al mese. Acquistabili al sopravvitto saranno i generi alimentari che il detenuto potrà acquistare, ma solo se non eccedenti il fabbisogno settimanale: emblematico, forse anche privo di una *ratio* normativa, è il divieto di accumulare generi in quantità eccedente il fabbisogno personale.

Invero pare che l'obiettivo del legislatore sia quello di limitare i beni che abbiano carattere voluttuario o che siano tali da identificare, in capo a chi lo detenga, una sorta di potere o supremazia. È questo il motivo per cui è consentito acquistare i generi in vendita nella dispensa del sopravvitto, così come individuati nel c.d. Modello 72 che viene esposto nello spazio di socialità delle sezioni; ma è anche previsto che, vista la lunga lista di prodotti consentiti dalla Circolare, nel caso di assenza del genere, sarà necessario avanzare apposita richiesta di valutazione alla Direzione. Anche per i farmaci l'accesso agli acquisti non è particolarmente semplice: l'autorizzazione è chiesta al Direttore dell'Istituto e consentita solo dietro prescrizione medica, che confermi che il farmaco sia necessario. E nel caso il detenuto in 41-*bis* volesse in occasione di un compleanno della compagna o dei figli fare un regalo? È previsto che i giocattoli o i dolci o i generi acquistati non restino in cella, bensì vengano trattenuti nel magazzino e poi consegnati a mani nel caso di colloquio visivo o, diversamente, spediti con pacco postale.

Ad ogni modo, il giocattolo dovrà essere di dimensioni piccole e di modesto valore: anche in tal caso non si può fare a meno di notare quanto sia di difficile comprensione la ratio di questa previsione e ancor di più la sua effettiva congruità con le esigenze di prevenzione che sottendono la finalità del regime.

Così come per l'acquisto dei beni, anche sul peculio sono previsti divieti di ricezione e spedizione. È imposto ai detenuti di non poter ricevere denaro, se non in occasione dei colloqui visivi, quindi non attraverso la corrispondenza ma solo brevi manu. Diversamente potranno ricevere denaro solo tramite vaglia postale.

Le somme possono essere inviate e ricevute, ma sempre entro limiti predeterminati. Si può inviare il denaro ai propri famigliari, ma la somma non potrà essere oltre le 350,00 euro mensili. Il denaro che viene ricevuto, servirà per le spese e per l'acquisto del sopravvitto, ma le somme mensili non potranno essere superiori a quelle che il detenuto ha l'autorizzazione di spendere.

Non si può fare a meno di notare che, anche in caso di peculio, sono previste rigide limitazioni: si possono ricevere somme ma che siano contenute entro un limite massimo di 150,00 euro settimanali e di 500,00 euro mensili, che peraltro devono essere calcolate e tenute a mente dallo stesso detenuto.

E cosa accade in caso di calcolo errato, se si supera il limite massimo per gli acquisiti e il sopravvitto?

Il sistema informatico centralizzato si occuperà di apportare il taglio alla spesa eccedente il limite consentito.

## **2. Il vaglia postale. La circolare del DAP del 2 ottobre 2017**

Come detto il vaglia postale rappresenta lo strumento di invio e ricezione di denaro, quando non avvenga brevi manu in sede di colloquio con il familiare a ciò autorizzato. Ristrette sono le limitazioni sulle modalità di ricezione e invio di somme di denaro, quando provengano o siano destinate alle cd. terze persone. In questo caso si impone che *“l’eventuale ricezione o invio di somme di denaro tra detenuto/internato e terze persone, dovrà essere comunicata alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento”*<sup>21</sup>.

Evidentemente dalla norma non emerge alcun generale divieto circa la categoria dei soggetti che siano i mittenti del vaglia postale, bensì solo si inquadra un obbligo di maggiore controllo, ovvero la comunicazione del vaglia alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento.

## **3. Le questioni sollevate**

### **3.1. La violazione delle libertà fondamentali e la congruità delle restrizioni**

Il nucleo di posizioni soggettive, di cui il detenuto in *41-bis* rimane titolare, non può essere rimesso alla discrezionalità amministrativa.

È accaduto che la Suprema Corte di Cassazione abbia dovuto pronunciarsi sul diritto del detenuto in *41-bis* a ricevere denaro con un vaglia postale, laddove questo non provenisse da un familiare, bensì da soggetto terzo. Il tema non è solo quello del diritto alla corrispondenza, anche se lo si ribadisce, ma è anche quello della congruità del divieto del regime con la prevenzione, che ne integra la finalità, e del diritto al vaglio dell’A.G., inteso come potere/dovere del Magistrato di motivare le conferme sulle limitazioni.

È vero infatti che le restrizioni del *41-bis* non possano comportare un eccessivo sacrificio della posizione soggettiva del detenuto, laddove si trasformino in mere ed ulteriori misure afflittive non giustificate dalle ragioni di ordine e sicurezza imposte dall’art *41-bis*.

È questo il presupposto di garanzia che consente al Magistrato di Sorveglianza, con l’ordinanza che decida su un reclamo del detenuto avverso la limitazione imposta dal regime speciale, il potere/dovere di verifica dell’eventuale lesione dei diritti fondamentali del detenuto, messi in atto da parte dell’amministrazione penitenziaria. Trattandosi di diritti fondamentali il vaglio del Magistrato consentirà di verificare se la limitazione sia effettivamente giustificata da esigenze di prevenzione pubblica, ovvero per prevenire i contatti con l’organizzazione di appartenenza e con i detenuti ad essa collegati; viene da sé dunque che saranno legittime solo le restrizioni imposte dall’amministrazione penitenziaria, che siano congrue e proporzionate alla finalità preventiva e che siano ragionevoli anche rispetto alle regole imposte per i detenuti comuni, onde evitare che la limitazione crei una sproporzione tra il diritto, che viene sacrificato, e le finalità preventive, che si realizzano in concreto con la sua compressione.

---

<sup>21</sup> Circolare DAP del 2 ottobre 2017 n. 3676/6126 *“Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art 41 bis o.p.p”*. Art 71, 12.

### 3.2. La Corte di Cassazione sul trattenimento della corrispondenza senza motivazione. Il caso del vaglia postale proveniente da persona terza

Il Magistrato di Sorveglianza de L'Aquila aveva confermato il trattenimento di un vaglia postale, destinato dall'esterno alla detenuta in 41-bis, solo rinviando alla regolamentazione della Circolare<sup>22</sup> e il Tribunale, dal canto suo, in sede di reclamo aveva ribadito la medesima posizione, anche osservando che la consegna del denaro potesse rappresentare uno strumento di collegamento tra la detenuta e l'organizzazione di appartenenza.

È stata la Cassazione<sup>23</sup> che, nel novembre 2018, sulla motivazione del Tribunale di Sorveglianza si è pronunciata con un annullamento con rinvio, ritenendola carente delle ragioni sulla congruità del trattenimento rispetto alle esigenze di prevenzione. Quello che il giudice di legittimità, ancora una volta ha obiettato, è che si fosse fatto a meno di individuare in concreto il pericolo paventato, cioè che la ricezione di peculio da parte di terzi potesse costituire ragione di mantenimento del collegamento con l'organizzazione esterna. Solo una valutazione in concreto dell'ammontare della somma e l'analisi della specifica provenienza avrebbero fornito un ancoraggio al caso specifico e preso le distanze dalla mera asserzione astratta.

Quella che gli Ermellini hanno rilevato era proprio l'assenza di una valutazione della pericolosità, sia intrinseca, della missiva, che estrinseca, a proposito dell'analisi dei collegamenti che se ne sarebbero potuti ricavare nel caso di specie.

Diverso il caso, prima di questo più recente, della Corte di Cassazione che confermò la decisione del Tribunale di Sorveglianza sul pericolo di collegamento<sup>24</sup>: questa volta gli Ermellini si trovavano a giustificare la conferma della legittimità del trattenimento di un vaglia postale inviato all'esterno dal detenuto. Si tratta della sentenza emessa nell'aprile 2018 a proposito di una missiva che il detenuto in 41-bis aveva spedito all'esterno, con la richiesta di destinare al proprio legale una somma di denaro per l'iscrizione al Partito Radicale. Sul punto la Suprema Corte non accolse il ricorso, che il detenuto propose avverso il rigetto del Tribunale di Sorveglianza. Nel caso di specie la Cassazione sostenne che nell'ordine di versamento della somma al proprio avvocato per il tesseramento ci potesse essere un ragionevole timore di pericolo per l'ordine e la sicurezza: a onore del vero, e per onore di cronaca, parve agli Ermellini che la somma dovesse servire per l'iscrizione all'associazione "Nessuno tocchi Caino", iscrizione che da una circolare del DAP non era consentita. A proposito della motivazione sul pericolo di collegamento che il tesseramento poteva indurre, la S.C. così argomentò sulla legittimità del trattenimento: "*dettato da ragioni di sicurezza e di ordine nelle carceri in aderenza a quanto previsto dall'ordinamento penitenziario*".

### 4. Considerazioni conclusive

Al di là dei pochi casi che hanno riguardato il tema del trattenimento del vaglia postale e le restrizioni che attengono il peculio in regime di 41-bis, il pericolo del collegamento che l'invio o la ricezione di denaro possano destare rispetto all'organizzazione criminale non può essere trasfuso in una mera asserzione astratta.

<sup>22</sup> Circolare DAP 2 ottobre 2017 n. 3676/6126 "Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art 41 bis o.p.p".

<sup>23</sup> Sentenza n. 4413/2018, CC 16.11.2018 - RG 23896/208.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. I, 19 giugno 2018, 28309. I Dirigenti di Nessuno tocchi Caino, Rita Bernardini, Sergio D'Elia ed Elisabetta Zamparutti rilasciarono le loro dichiarazioni a Il Dubbio (4.1.2019, D. Aliprandi): "*si è trattato di una sentenza inaudita e senza precedenti, che dice l'opposto di quel che siamo e che nega tutto ciò che abbiamo fatto in questi anni*".

Viene da sé che, affinché la misura restrittiva imposta dal regime 41-*bis* sia congrua e giustificata con l’esigenza preventiva, in modo da non comportare una compressione dei diritti fondamentali che sia solo fine a sé stessa e non rivolta alla tutela dell’ordine pubblico e sicurezza, il diniego dovrà essere in concreto motivato e giustificato dalla specifica esigenza preventiva del caso.

Del resto fu proprio la Corte Costituzionale che, a suo tempo e con numerose pronunce, stabilì la legittimità del regime del 41-*bis*, in virtù della sua possibilità di ottenere la sindacabilità attraverso una valutazione caso per caso e dietro reclamo.

Le restrizioni imposte al detenuto in 41-*bis* sui limiti di spesa del proprio denaro, sembrano, a parere di chi scrive, poter essere lette alla luce delle medesime considerazioni che la Consulta di recente ha dedicato al divieto di cucinare cibi crudi. La dignità umana si preserva anche attraverso la conservazione di quelle attività quotidiane, che mantengono il detenuto, già compresso nei suoi diritti per ragioni di sicurezza, legato a quel mondo esterno della vita quotidiana, di cui faceva parte prima della detenzione.

Lo stesso CPT<sup>25</sup> ha più volte censurato le condizioni di detenzione nelle sezioni del 41-*bis* utilizzando come linee guida, tra le altre, quelle della valorizzazione e salvaguardia di alcuni diritti, soprattutto in tema di privacy e avverso la decontestualizzazione dalla realtà del detenuto, che spesso si viene a trovare in regime speciale anche per tempi lunghissimi<sup>26</sup>.

Del resto, se vogliamo tornare a quella che oggi è la normativa interna di riferimento per l’applicazione e regolamentazione del 41-*bis*<sup>27</sup>, non si può dire che siano poche le criticità della nota Circolare: ancora sussistono limitazioni per lo più sproporzionate ed afflittive, piuttosto che di ispirazione preventiva. Basterebbe forse auspicare un intervento legislativo, che realizzasse un contemperamento di garanzie di pari rango costituzionale in gioco: se da una parte ci sia attenzione alla sicurezza sociale, dall’altra non si dovrebbe aver timore di dichiararsi in favore del rispetto del costituzionale diritto alla dignità umana, inteso nel più ampio significato espresso non solo dalla Costituzione, ma anche dalla Convenzione Edu e ancor prima dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo.

---

<sup>25</sup> Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d’Europa.

<sup>26</sup> Senato della Repubblica - *Rapporto sul Regime Detentivo Speciale Indagine Conoscitiva sul 41 bis* – Marzo 2018. Audizione in Commissione Diritti Umani del 25 giugno 2014 del Prof. Mauro Palma, già Membro per l’Italia del CPT del Consiglio d’Europa dal 2000 al 2011.

<sup>27</sup> Circolare DAP 2 ottobre 2017 n. 3676/6126: “*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art 41 bis o.p.p.*”.

## **41-bis: il divieto di scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità: previsione irragionevole?**

di *Valentina Alberta\**

**ABSTRACT:** Le previsioni dell’art. 41-bis appaiono sovente irragionevoli rispetto al fine esclusivo di prevenzione della sospensione del trattamento. Talvolta, l’irragionevolezza sembra evidente anche rispetto alla coerenza delle diverse disposizioni sul medesimo tema. Il caso del divieto previsto dalla lett. f) del co. 2-quater dell’art. 41-bis OP, con riferimento allo scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità, secondo due ordinanze emesse il medesimo giorno dalla Corte di Cassazione potrebbe rientrare tra questi. Sarà la Corte costituzionale a pronunciarsi sull’ennesima disposizione inutilmente vessatoria del regime speciale.

### **41-bis: the prohibition of exchange of objects between prisoners of the same social group: reasonable provision?**

**ABSTRACT:** *The provisions of art. 41-bis often appear to be unreasonable with respect to the exclusive purpose of preventing of the suspension of the treatment. Sometimes, the unreasonableness seems evident also with respect to the coherence of the different provisions on the same subject. The case of the prohibition foreseen by lett. f) of the co. 2-quater of the art. 41-bis OP, with reference to the exchange of objects between prisoners of the same social group, according to two decisions issued the same day by the Court of Cassation could be included among them. The Constitutional Court will rule on the umpteenth vainly vexatious provision of the special regime.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Divieto di scambio di oggetti: *ratio* – 3. I dubbi di costituzionalità – 4. Conclusioni.

#### **1. Premessa**

A prima lettura, la questione che si analizzerà di qui a breve potrà apparire, nell’ambito delle vicende dell’art. 41-bis OP<sup>1</sup>, di carattere secondario. Essa riguarda specificamente la disposizione, così come modificata dall’art. 2 co. 25 lett. f) n. 3 L. 15 luglio 2009, n. 94, di cui alla lettera f) del co. 2-quater dell’art. 41-bis OP, nella sua parte finale: ci si riferisce alle misure volte a garantire che “*sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi*”<sup>2</sup>, con particolare riguardo al divieto di scambiare oggetti. Va evidenziato come una specifica norma del regolamento penitenziario, l’art. 15 co. 2 DPR 30 giugno 2000, n. 230, preveda quale principio generale che “è consentita la cessione fra detenuti e internati di oggetti di modico valore”.

---

\* Avvocato del Foro di Milano.

<sup>1</sup> Sul quale, in termini generali, v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, *passim*; nonché, di recente, S. ROMICE, [Brevi note sull’art. 41-bis](#), in *Giur. pen. web*, 12, 2017.

<sup>2</sup> Divieto – quest’ultimo – venuto meno in seguito a Corte cost. n. 186/18.



La previsione è stata ribadita nell'art. 4 della nota circolare DAP n. 3676-6126 del 2 ottobre 2017<sup>3</sup>, che, sotto il titolo "*Mantenimento dell'ordine e della pacifica convivenza all'interno della sezione*", afferma perentoriamente: "*E' vietato lo scambio di oggetti tra tutti i detenuti/internati anche appartenenti allo stesso gruppo di socialità*". Curiosamente, nello stampato del provvedimento, viene citata in nota anche una decisione della Corte di Cassazione<sup>4</sup>, quasi a dover giustificare le ragioni di una scelta che – evidentemente – è stata frutto della considerazione di opzioni diverse.

La Corte di cassazione, esaminando due ricorsi nella medesima data con riferimento al punto in oggetto e ribaltando il proprio precedente orientamento, ritiene di sollevare di ufficio la questione di costituzionalità della norma più volte richiamata per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost<sup>5</sup>.

In particolare, il divieto di scambio era stato applicato presso l'istituto penitenziario di Spoleto con l'ordine di servizio del 15 marzo 2015, che aveva ritenuto, prima ancora della circolare n. 3676-6126, che il riferimento allo scambio di oggetti di cui alla lettera f) non dovesse intendersi soltanto riferito a detenuti appartenenti a gruppi di socialità differenti ma anche a quelli del medesimo gruppo. Identica soluzione aveva adottato la direzione della Casa circondariale di Terni attraverso l'emissione di un ordine di servizio successivo alla citata circolare del DAP. La questione si era posta in concreto rispetto ai generi alimentari provenienti sia dalla famiglia che dagli acquisti effettuati tramite il modello 72, e aveva visto soluzioni opposte da parte dell'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, e poi omogenee da parte del Tribunale di Sorveglianza di Perugia, incline a disapplicare i provvedimenti della direzione degli istituti sulla base della sola interpretazione conforme all'art. 3 Cost dell'art. 41-bis OP, ovvero quella secondo cui il divieto di scambio di oggetti non può che riferirsi esclusivamente ai soli ristretti appartenenti a diversi gruppi di socialità. Il ricorso per cassazione proposto dal Ministero della Giustizia per mezzo dell'Avvocatura dello Stato ha in entrambi i casi la finalità di far rilevare come il tenore della norma interpretata dal Tribunale perugino sia in realtà inequivoco e in ogni caso conforme al principio di ragionevolezza.

La Corte di Cassazione adotta la soluzione dell'incidente di costituzionalità, attraverso un percorso logico che vale la pena di ripercorrere nel dettaglio.

## 2. Divieto di scambio di oggetti: *ratio*

Il diritto allo scambio di oggetti trova fondamento nel più generale diritto soggettivo di qualsiasi detenuto, a prescindere dal regime detentivo, a fruire di momenti di socialità tra persone ristrette, che si ritiene rientri tra quelli previsti dall'art. 1 OP, tanto che esso è garantito

<sup>3</sup> Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/10/04/la-circolare-sullorganizzazione-del-circuito-detentivo-speciale-previsto-dallart-41-bis-o-p/>, nonché in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5696-il-dap-riorganizza-il-41-bis-op-un-difficile-bilanciamento-tra-prevenzione-sociale-omogeneità-di-tr>, con nota di V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*.

<sup>4</sup> Cass. Sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977, *Giur. It.* 2017, p. 1689, con nota di A. DELLA BELLA, secondo la quale il divieto "*riguarda tutti i detenuti a prescindere se appartengono al medesimo o a diversi gruppi di socialità*"; nello stesso senso si esprimeranno successivamente alla pubblicazione del regolamento Cass. Sez. I, 18 aprile 2019, n. 29300 e 29301, nonché Cass. Sez. I, 20 luglio 2017, n. 4993.

<sup>5</sup> Cass. Sez. I, 29 maggio 2019, n. 43436 e n. 43437; già A. DELLA BELLA, op. ult. cit., p. 1691, aveva osservato, a proposito della precedente giurisprudenza, come "*se, da un punto di vista sintattico, la conclusione appare ineccepibile, desta non poche perplessità il fatto che i giudici della Cassazione non si siano interrogati sulla congruità di un tale divieto con gli obiettivi di prevenzione che il regime detentivo speciale persegue, che cioè non si siano chiesti se un tale divieto fosse coerente con la ratio della misura*".

anche ai detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* OP sebbene nell’ambito di un determinato gruppo di socialità<sup>6</sup>.

In particolare, l’art. 15 DPR n. 230 del 2000 prevede che la cessione di oggetti di modico valore sia in linea di massima consentita; la limitazione a tali oggetti e il correlato divieto di cessione di somme di denaro sono evidentemente finalizzati ad evitare posizioni di supremazia tra i detenuti.

L’ovvia conseguenza di considerare lo scambio di oggetti quale diritto soggettivo è stata la sua tutelabilità attraverso il meccanismo del reclamo giurisdizionale *ex artt. 69 co. 6 lett. b) OP e 35-bis* OP.

Fermo restando il divieto assoluto di comunicazione tra soggetti facenti parte di gruppi di socialità differenti<sup>7</sup>, ci deve chiedere se effettivamente la formulazione letterale della più volte citata lettera *f)* sia “*chiarissima nello statuire che solo il divieto di comunicazione ammett(a) deroga all’interno del medesimo gruppo di socialità*”<sup>8</sup>, ovvero se ciò valga anche per il divieto di scambio di oggetti.

La Corte di Cassazione, nella decisione citata nella stessa Circolare DAP n. 3676-6126<sup>9</sup> ha escluso la possibilità di una interpretazione di questo tipo: “*tenendo conto del significato e della connessione delle parole e dei segni grafici utilizzati, nonché del senso logico del testo*”, deve ritenersi, «*soprattutto in considerazione dell’inserimento del segno di interpunzione della virgola fa le parole “socialità” e “scambiare”, (...) che, nel periodo sintattico in esame, le varie proposizioni riferite a comportamenti dei detenuti, in ordine ai quali va perseguita la “assoluta impossibilità” di realizzazione, siano costituiti, per un verso, dalla comunicazione fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e, per altro verso, dallo scambio di oggetti e dalla cottura di cibi*». Se così non fosse, infatti, «*la disposizione avrebbe “contemplato” la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra divenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, e di cuocere cibi*». In conclusione, secondo la decisione richiamata, mentre non è richiesto di impedire in modo così radicale le comunicazioni tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, vi è la necessità di assicurare la assoluta impossibilità dello scambio di oggetti tra tutti i detenuti.

La disciplina richiamata si inserisce peraltro nell’ambito di una norma, il co. 2-*quater* dell’art. 41-*bis* OP come introdotto dalla legge n. 94 del 2009, volta a incidere drasticamente sulle possibilità di relazione dei detenuti, con limitazioni specifiche inerenti i rapporti con l’esterno e con l’interno del carcere, finalizzate a “*prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento (ovvero) contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate*” (in questi termini si esprime Corte cost. 122/17).

Nel dettaglio, tale disposizione prevede, con riferimento ai rapporti tra il detenuto e l’esterno, limitazioni inerenti i colloqui e le telefonate (lett. *b)*), limitazioni nella possibilità di ricevere denaro e altri beni dall’esterno (lett. *c)*), limitazioni della corrispondenza (lett. *e)*); con riguardo ai rapporti interni all’istituto, l’esclusione dalle rappresentanze dei detenuti (lett. *d)*), limitazioni alla permanenza all’aria aperta e alla socialità (lett. *f)*).

<sup>6</sup> Previsto e disciplinato dal medesimo art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. *f)* OP e dall’art. 3.1 della circolare DAP n. 3676-6126.

<sup>7</sup> Una questione di legittimità inerente questa parte della lettera *f)* del comma 2-*quater* è stata valutata manifestamente infondata dalla Corte di legittimità (Cass. Sez. VII, 29 maggio 2014, n. 378).

<sup>8</sup> In questi termini, il ricorso dell’Avvocatura dello Stato nel caso di cui alla decisione n. 43436.

<sup>9</sup> Cass. Sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977, cit.

### 3. I dubbi di costituzionalità

La Cassazione valuta dunque se – sotto il profilo della ragionevolezza della disparità di trattamento tra detenuti ordinari e detenuti sottoposti al regime differenziato – le limitazioni imposte a questi ultimi siano nel caso specifico funzionali all'obiettivo primario del regime di cui all'art. 41-bis OP, costituito dal fine di escludere i contatti tra il detenuto e il gruppo criminale di riferimento. E dunque se le limitazioni in questione si risolvano eventualmente in una lesione dell'art. 27 co. 3 Cost. presentandosi come una indebita limitazione contraria al senso di umanità, in quanto incongrua rispetto agli obiettivi del regime differenziato.

Il nucleo centrale delle due ordinanze in commento è nell'analisi dei limiti costituzionali rispetto al sindacato sulla norma in oggetto.

Va premesso come di poco pregio appaia una delle obiezioni formulate dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale la differenza di regime tra le comunicazioni verbali consentite nel gruppo di socialità e gli scambi di oggetti: da un lato, secondo il Ministero della Giustizia, sarebbe contraddittorio comporre dei gruppi di socialità e poi impedire ai loro componenti di comunicare, mentre dall'altro lo scambio di oggetti non sarebbe così essenziale alla socializzazione come il comunicare.

La Cassazione analizza in particolare i due limiti di carattere costituzionale che devono essere presi in considerazione per valutare se le limitazioni del regime differenziato siano o meno compatibili con la Costituzione stessa.

Il primo limite riguarda la congruità della compressione del diritto imposta dalla misura imposta ai detenuti sottoposti al regime differenziato rispetto allo scopo dello stesso regime.

Tale limite, elaborato dalla stessa Corte<sup>10</sup> ma certamente già presente nel testo normativo con il riferimento alle *“restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze”*, si concretizza in un necessario bilanciamento tra le esigenze da tutelare e la congruità e la idoneità delle misure adottate. Senza tale equilibrio, infatti, le deroghe al regime ordinario diverrebbero ingiustificate misure afflittive, con un inammissibile *«scopo “dimostrativo”, volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di “potere reale” e occasioni per aggregare intorno ad essi “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensive criminali. Se è vero infatti che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all'interno del carcere di forme di ‘potere’ dei detenuti più forti o più facoltosi ... è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario»*<sup>11</sup>. Tale limite peraltro trova fondamento anche nella giurisprudenza della Corte EDU, che, per le misure limitative delle libertà riconosciute dalla Convenzione, richiede sempre il perseguimento di un fine legittimo, l'idoneità rispetto all'obiettivo, la necessità rispetto ad alternative meno restrittive e parimenti idonee, il bilanciamento rispetto ai diversi diritti in gioco<sup>12</sup>.

Mentre la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che il divieto assoluto di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità appare funzionale rispetto

---

<sup>10</sup> In particolare da Corte cost 351/96, 376/97, e – dopo la introduzione della legge n. 94 del 2009 – da Corte cost. 143/13.

<sup>11</sup> In questi termini, Corte cost 351/96.

<sup>12</sup> V. V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*, 9, in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/03/41-bis-Manca-GP.pdf>.

agli obiettivi di prevenzione della misura<sup>13</sup>, ritiene la Suprema Corte che la disposizione inerente il divieto assoluto di scambio di oggetti “*non può invece ritenersi funzionale a fronteggiare alcun pericolo per la sicurezza pubblica assumendo una portata meramente afflittiva*”. Infatti, quand’anche si dovesse ipotizzare che gli oggetti scambiati possano avere un qualche contenuto informativo, non si può configurare alcun pericolo derivante dal passaggio di informazioni da parte di chi sia già autorizzato alla comunicazione riservata facendo parte del medesimo gruppo di socialità.

Peraltro, si deve considerare che non sia mai prevista la *traditio* diretta del bene tra un detenuto e l’altro, essendo inibito ai detenuti di portare con sé degli oggetti all’uscita della stanza detentiva (fatta eccezione per quelli previsti dall’art. 11.2 della circolare DAP n. 3676-6126). Rispetto alla diversa finalità di evitare che uno dei soggetti del sinallagma possa acquisire una posizione di supremazia, osserva la Cassazione che essa deve essere perseguita, come indicato da Corte cost. 351/96, senza necessità di “misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti”. Soprattutto, osservano i giudici rimettenti, la possibilità di un utilizzo di beni di rilevante valore quale “mezzo improprio di scambio” è esclusa in radice dalle limitazioni ai beni inviati dall’esterno imposte dall’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. c) OP<sup>14</sup> e dallo stesso articolo 15 reg. penit. che fa riferimento esclusivamente a beni di modico valore. Osserva pragmaticamente la Corte come risulti “del tutto improbabile, in ogni caso, che il perpetuarsi delle gerarchie criminali all’interno del carcere possa realizzarsi attraverso lo scambio di caffè o sapone”. Non vengono assolutamente valorizzate le considerazioni formulate dal Procuratore Generale nella propria requisitoria scritta in uno dei due casi<sup>15</sup>, secondo le quali non assumerebbe rilievo il valore degli oggetti scambiati, quanto piuttosto la reciproca posizione tra i soggetti dello scambio e il numero delle dazioni.

Il secondo limite riguarda la relazione tra le limitazioni e la finalità rieducativa della pena. La sospensione del trattamento, infatti, non può giungere sino a vanificare completamente la necessaria tensione della pena verso il reinserimento e soprattutto a violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, secondo la linea elaborata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>16</sup>.

Una volta riconosciuto anche ai detenuti sottoposti al regime speciale il diritto alla socialità, nell’ambito di un gruppo di ristretti selezionato dall’Amministrazione penitenziaria in ragione della necessità di rompere i legami con il gruppo criminale di provenienza, appare inutilmente afflittivo il fatto di «*escludere quelle forme “minime” di socialità consistenti nello scambio di oggetti di scarso valore e di immediata utilità o di generi alimentari tra persone che si frequentano “senza filtri” ogni giorno e in una prospettiva di normalità di rapporti interpersonali*».

Dopo avere infine ritenuto rilevante la questione, considerato che la norma sospetta di incostituzionalità costituisce la base legale degli atti dell’amministrazione che si vorrebbero disapplicati, la Corte solleva questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3 e 27 della Costituzione, dell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lettera f) della legge 354 del 1975.

<sup>13</sup> V. in particolare Cass. Sez., VII, 29 maggio 2014, n. 378, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione relativa al divieto di comunicazione tra gruppi di socialità diversi.

<sup>14</sup> Il cui contenuto è stato dettagliato negli artt. 7 e 7.1 della circolare n. 3676-6126.

<sup>15</sup> Cass. Sez. I, 29 maggio 2019, n. 43437, cit.

<sup>16</sup> Corte cost. 349/93, 351/96, 149/18.

#### 4. Conclusioni

La decisione adottata dalla Corte di legittimità appare senza alcun dubbio corretta. L’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 41-bis co. 2-quater lett. f) OP proposta dal Tribunale di Perugia è infatti difficile da sostenere, in presenza di una formulazione testuale della norma che orienta decisamente in senso opposto<sup>17</sup>.

Bene ha dunque fatto il collegio della Sezione I a rimettere gli atti con una duplice sostanzialmente identica ordinanza, volta ad eliminare l’ennesima incongrua deroga al trattamento penitenziario rispetto ad un regime che svela anche in questo caso la propria autoreferenzialità e la conseguente inutilità rispetto agli scopi della norma.

D’altronde, appaiono perfettamente calzanti anche al caso in esame le parole del giudice rimettente richiamate nella sentenza costituzionale 186/18 a proposito del divieto di cottura del cibo: *“il potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità, «umile e dignitosa», per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in un’aspra solitudine”*. Concluse in quel caso la Corte che *“anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’art. 41-bis OP deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale”*<sup>18</sup>.

Val la pena di evidenziare in conclusione come la Cassazione si premuri di mettere in evidenza che, nonostante il co. 2-sexies dell’art.41-bis OP abbia limitato il sindacato giurisdizionale sul regime detentivo speciale alla verifica dei presupposti applicativi, debba comunque ritenersi applicabile il rimedio giurisdizionale di cui all’art. 35-bis OP nel caso di lesione ad un diritto soggettivo e – dunque – al diritto alla socialità quale momento essenziale del trattamento penitenziario (art. 1 OP).

Vedremo dunque se, ancora una volta, i giudici costituzionali dovranno intervenire a tutela dei diritti di coloro i quali sono giornalmente definiti i “dannati del 41 bis”.

---

<sup>17</sup> Tanto che la proposta finale del Tavolo 2 degli Stati Generali dell’esecuzione penale prevedeva la riformulazione della norma con la limitazione del divieto di scambio di oggetti ai soli detenuti esterni rispetto al gruppo di socialità e con l’esclusione del divieto di cucinare cibi (Relazione, p. 20, in [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep\\_tavolo2\\_relazione.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo2_relazione.pdf)).

<sup>18</sup> In maniera analoga si esprimono Corte cost. nn. 349/93, 20/17, 122/17.



## Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività dei detenuti al 41-bis

di Marco Nestola\*

**ABSTRACT:** Il presente contributo, oltre a cercare di fornire una panoramica delle restrizioni al diritto alla vita sociale e familiare cui sono soggetti i cd. detenuti al 41-bis, intende sottolineare come la Giurisprudenza abbia di fatto anticipato la disciplina introdotta dall'Amministrazione penitenziaria con l'art. nr. 16 della direttiva n. 3676/616 del 2 ottobre 2017 concernente il diritto dei detenuti al 41-bis di colloquiare con i propri cari. Attraverso una lettura critica del sistema si giunge ad un paradosso strutturale del nostro ordinamento penitenziario per cui il ricongiungimento familiare, visto come uno dei pilastri su cui si fonda il trattamento rieducativo, pare entrare in crisi quando si tratta detenuti per mafia.

### The right to communication and the right to affection in 41-bis

**ABSTRACT:** *This paper, in addition to provide an overview of the restrictions on the right to social and family life to which inmates under article 41-bis are subject, is intended to underline how case law has in fact anticipated the discipline introduced by the prison administration with the Article no. 16 of the directive number 3676/616 of 2 October 2017 concerning the right of inmates under article 41-bis to talk with their loved ones. Through a critical reading of the system, a structural paradox of our penitentiary system is reached, for which family reunification, seen as one of the pillars on which the re-educational treatment is based, seems to enter into crisis when it comes to inmates detained for mafia-related crimes.*

**SOMMARIO:** 1. Brevi cenni sulle modifiche legislative e sulla *ratio* di questo istituto. – 2. I detenuti ed il “mondo fuori”: i principi e la disciplina ordinaria. – 3. I colloqui concessi ai detenuti ristretti al 41-bis. – 3.1. Colloqui “*de visu*”: i rapporti con l'avvocato difensore, i familiari, i conviventi e le altre persone; i colloqui con il Garante dei detenuti. – 3.2. Le modalità ed il numero dei colloqui *vis à vis*. – 4. I colloqui telefonici. – 5. La Circolare. – 6. I permessi *ex* articolo 30 ord. pen. fruibili dai detenuti al 41-bis. – 7. La grande Contraddizione.

#### 1. Brevi cenni sulle modifiche legislative e sulla *ratio* di questo istituto

Nello studiare il diritto penitenziario italiano non può non tenersi conto della cornice storica dentro la quale questo si evolve. Particolarmente importanti, per l'argomento trattato, sono gli avvenimenti che si susseguirono fra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '90.

Sebbene, infatti, il problema delle BR al centro nord sembrava ridimensionarsi, in Sicilia scoppiava la cosiddetta “seconda guerra di mafia”: un conflitto interno alla mafia siciliana scatenata per aggiudicarsi il controllo sul narcotraffico che causò un'ecatombe di circa seicento morti<sup>1</sup>.

A ciò si aggiunse anche il fatto che Cosa Nostra dette avvio alla stagione delle vittime “eccellenti”, uccidendo uomini di stato e di legge che avevano deciso di combattere il crimine organizzato. Parliamo di (per citarne alcuni) Terranova, Gaetano Costa, Chinnici, Piersanti

---

\*Avvocato del Foro di Lecce.

<sup>1</sup> S. LUPO, *Storia della mafia* 2004, Roma, 287 ss.

Mattarella, Pio La Torre, Boris Giuliano, Russo, Basile, Carlo Alberto Dalla Chiesa<sup>2</sup> e di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, uccisi nel corso del 1992 (detto, anche per questo, "*annus horribilis*").

A tutto questo rumore non potevano non seguire delle reazioni da parte dello Stato<sup>3</sup>; in tale contesto, il Legislatore, riscontrando l'insufficienza di una normativa di recupero sociale per i detenuti ad altissima pericolosità ed avvertendo l'esigenza di abbracciare un sistema di doppio binario nella fase dell'esecuzione delle pene per alcuni detenuti, condannati per delitti ritenuti di particolare allarme sociale, decise di imporre un trattamento penitenziario che si estendeva in due contrapposte direzioni: dal lato della concessione dei benefici penitenziari<sup>4</sup> e da quello dell'imposizione di più stringenti limitazioni<sup>5</sup>.

Ed è proprio nella seconda direzione che va ad inserirsi il secondo comma dell'articolo 41-*bis* OP, che cercava di dare risposta immediata al problema della sostanziale inidoneità del regime detentivo ordinario a svolgere qualsiasi funzione di prevenzione speciale<sup>6</sup>, contemplando la facoltà, per il Ministro di Grazia e Giustizia, di sospendere in tutto o in parte le normali regole di trattamento che potessero porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti commessi per finalità mafiosa, terroristica o eversiva<sup>7</sup>.

L'art. 29 del d.lgs. 306/1992 aveva delimitato l'operatività dell'originario secondo comma dell'articolo 41-*bis* OP, prevedendo che cessasse di avere effetto trascorsi tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso.

Il problema della durata del provvedimento ministeriale e della sua proroga è stato affrontato dalla L. 11/1998 che ha inserito il comma 2-*bis* e che, all'esito dei rimaneggiamenti operati dalla L. 279/2002 (che ha istituzionalizzato il cd. "carcere duro" mediante l'abrogazione delle

<sup>2</sup> S. LUPO, *Storia della mafia* 2004, Roma, 290 ss.

<sup>3</sup> Dapprima, con l'introduzione, tramite la L. 646 del 13 settembre 1982, conosciuta come Legge Rognoni-La Torre, del reato di "associazione di tipo mafioso"; successivamente, con l'incardinazione del cosiddetto "Maxi processo contro Cosa Nostra", che portò alla condanna di trecentosessanta uomini d'onore. Per la buona riuscita di questo storico processo fu essenziale l'apporto offerto dal pentito Tommaso Buscetta, grazie al quale maturò la consapevolezza che effettivi risultati sul piano della lotta alla criminalità organizzata potessero essere ottenuti solamente riuscendo a capirne la struttura interna e rompendo i vincoli di omertà esistenti fra gli appartenenti alle organizzazioni. Così P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti della lotta alla criminalità organizzata*, Milano, 1994, 35.

<sup>4</sup> Questo nuovo strumento, inserito nell'Ordinamento penitenziario e rubricato "*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*" andava a precludere ai condannati per reati di stampo mafioso o per reati di eversione la possibilità di essere ammessi alla fruizione dei benefici penitenziari. F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per delitti dell'articolo 4 bis l. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 505.

<sup>5</sup> In questo senso E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, ne *La legislazione premiale*, Milano 1984, 115.

<sup>6</sup> Si noti, come è stato riconosciuto in sede giudiziaria, che gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino erano stati decisi dai capi di Cosa Nostra mentre erano in carcere (che, oltre a non neutralizzare la pericolosità dei boss, forniva loro un alibi per nascondere la responsabilità dei crimini commessi); v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex 41 bis OP*, Milano 2007, 2.

<sup>7</sup> D.L. 8 giugno 1992, n. 306 - Art. 29. Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario: 1. All'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente: "2. Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza".

norme a suo tempo contenute nella legge originaria<sup>8</sup>) e dalla L. 94/2009, prevede che il provvedimento ministeriale, nella forma del decreto motivato, non possa avere una durata inferiore a quattro anni<sup>9</sup>, consentendo la proroga per periodi successivi, pari a due anni, solo qualora risulti che la capacità del detenuto di mantenere contatti con le associazioni criminali non è venuta meno.

Oltre che senza limiti di tempo, il provvedimento ministeriale inizialmente appariva anche irrevocabile, dal momento che il secondo comma dell’art. 41-*bis*, nella sua versione originaria, non prevedeva alcun meccanismo di controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa. Tale criticità è stata superata, Dapprima, mediante l’intervento della Corte Costituzionale, che, con la Sentenza n. 410 del 1993, ha riconosciuto la sindacabilità dei provvedimenti in questione, ritenendo che i detenuti rimanessero titolari dei diritti costituzionalmente garantiti meritevoli di tutela giurisdizionale<sup>10</sup>; e poi, dal Legislatore che, con la già citata L. 279/2002, recependo gli insegnamenti della Corte Costituzionale, ha delineato un procedimento di reclamo, modellato sulle forme degli artt. 666 e del 678 c.p.p. Insomma, dal 1992, data in cui l’articolo in questione è stato introdotto, l’istituto come inizialmente formulato è stato più volte oggetto di rimaneggiamenti da parte del Legislatore e più volte sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale che, con una serie di pronunce interpretative di rigetto<sup>11</sup> ne ha smussato gli angoli, consentendone la permanenza nel nostro codice penitenziario.

In ogni caso, dalla prima versione della disposizione in esame, passando per le sentenze della Corte Costituzionale e della Cassazione, fino ad arrivare all’ultima riforma legislativa che, con L. 94/2009 ha, fra le altre cose, reso più afflittivo il contenuto del provvedimento ministeriale, la *ratio*, intangibile e portante di questo regime detentivo speciale, è stata sempre una, e si è mantenuta inalterata: recidere i collegamenti fra boss in carcere ed affari criminali all’esterno dell’istituto penitenziario<sup>12</sup>, evitando, quindi, che questi particolari detenuti, membri di spicco della propria associazione criminale, continuassero ad impartire ordini e a dirigere i propri associati dalla cella.

Ciò premesso, le singole limitazioni che al provvedimento ministeriale conseguono, possono essere suddivise in due gruppi: 1) le limitazioni dirette ad incidere sui rapporti che il detenuto può intrattenere col mondo esterno al carcere 2) le limitazioni dirette ad incidere sulla vita interna al penitenziario che il detenuto dovrà affrontare.

Con riferimento alle limitazioni relative alle attività svolte all’interno della vita carceraria la nuova disciplina sancisce, alla lettera *d*), l’esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e, alla

<sup>8</sup> A. BERNASCONI, *L’emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art.41 bis*, cit., Torino, 2003, 285.

<sup>9</sup> Con la legge del 2002, in verità, il provvedimento poteva avere efficacia minima non inferiore ad un anno e non superiore a due, con la legge del 2009 si è, quindi, andati ad allargare di molto la durata dei provvedimenti, aggravando inevitabilmente l’afflittività del regime. L. CESARIS, in *Commento art. 41 bis OP*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 469.

<sup>10</sup> Nella sentenza in questione è chiara la volontà di sottolineare la necessità che i provvedimenti ministeriali siano provvisti di una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti al quale sono rivolti, in modo da consentire all’interessato il controllo sul rapporto tra la “grave situazione di ordine e sicurezza pubblica e la concreta pericolosità”. Riconosciuta la sindacabilità del provvedimento ministeriale, poi, la Corte ha individuato nel Tribunale di sorveglianza l’organo competente a giudicare la legittimità del provvedimento. L. CESARIS, *Commento art. 41 bis*, cit., 472.

<sup>11</sup> Sentenze della Corte Costituzionale n. 349 del 28 luglio 1993; n. 410 del 23 novembre 1993; n. 351 del 18 ottobre 1996.

<sup>12</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale*, Milano, 2007, 106.

lettera *f*), la riduzione della permanenza all’aria aperta a sole due ore ed in gruppi che non possono essere composti da più di quattro persone<sup>13</sup>.

Riguardano, invece, i rapporti tra detenuto e mondo esterno le restrizioni previste nelle lettere *b*), *c*) ed *e*) del comma 2 *quater* dell’art 41-*bis*.

La lettera *e*) prevede la sottoposizione al visto di censura di tutta la corrispondenza ricevuta e di quella diretta verso l’esterno,<sup>14</sup> mentre la lettera *c*) cerca di limitare le somme, i beni e gli oggetti che il detenuto può ricevere dall’esterno.

Le limitazioni che riguardano i colloqui sono espresse, invece, nella lettera *b*) del comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis*, e mutano a seconda dell’interlocutore del detenuto e del tipo di comunicazione che si intrattenga con il medesimo (corrispondenza, telefonata o fisica)<sup>15</sup>.

Vi è da premettere che, per questa particolare categoria di detenuti, il diritto all’affettività, di cui si è abbondantemente trattato nei precedenti capitoli di questo lavoro, va a confondersi con il diritto a comunicare con i propri cari.

Obiiettivo di questo capitolo è quello di provare ad approfondire le limitazioni alle comunicazioni che un detenuto ristretto in questo speciale regime penitenziario deve sopportare, posto che queste vanno a tradursi in una sorta di annullamento di quella cd. “affettività” che la dottrina sta cercando di far affermare come diritto soggettivo ed il cui fondamento è rinvenibile, nella nostra Carta fondamentale, nella lettura estensiva del diritto alla tutela dei rapporti familiari (artt.29, 30 e 31 Cost), a sua volta ricompreso anche nel più generale ambito dei diritti inviolabili della persona (all’art.2 Cost)<sup>16</sup>.

## 2. I detenuti ed il “mondo fuori”: i principi e la disciplina ordinaria

Prima di affrontare il tema del come si comprima il diritto ad avere contatti con il mondo esterno per i detenuti al 41-*bis*, occorre, preliminarmente, descrivere come questo diritto si declini nei confronti della generalità dei detenuti.

I colloqui, la corrispondenza e l’accesso ai mezzi d’informazione, di cui i detenuti possono usufruire, sono regolati dall’art. 18 OP e dall’art. 35 e ss. Reg. esec. Solo, però, mettendo queste disposizioni a sistema con l’art. 15 OP si riesce a comprendere come tali mezzi di rapporto con l’esterno abbiano assunto un ruolo centrale nell’ordinamento penitenziario, essendo stati elevati al rango di elementi necessari del *trattamento* carcerario.

A differenza del regolamento carcerario del 1931, che faceva coincidere totalmente il contenuto del trattamento con gli elementi dello stesso, la legge penitenziaria del 1975 allarga il concetto di “trattamento” che, anche se deve essere calibrato sul singolo detenuto, deve sempre essere svolto avvalendosi “*dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività*

<sup>13</sup> Questa disposizione è stata inasprita con la legge del 2009. Prima infatti, la permanenza all’aria aperta era ridotta a quattro ore e non a due. L. CESARIS, *Commento art. 4 bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 464.

<sup>14</sup> Quanto alla corrispondenza dei detenuti soggetti a trattamento ordinario, questa è possibile a visto di controllo sulla base del provvedimento dell’autorità giudiziaria. Fanno eccezione a questa regola le missive scambiate con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia, che non possono, dunque, essere controllate.

<sup>15</sup> I detenuti a regime ordinario possono usufruire di sei colloqui personali con i propri familiari e conviventi ma anche, laddove vi siano ragionevoli motivi, con soggetti terzi. Questi colloqui sono oggetto di controllo a vista dal personale di custodia. I detenuti a regime ordinario possono altresì beneficiare di quattro colloqui telefonici al mese, e non incontrano limiti ai colloqui con i difensori.

<sup>16</sup> Stati generali dell’esecuzione penale, Tavolo 6- *Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*, in <https://www.giustizia.it>.

*culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia*<sup>17</sup>.

Il sistema di disposizioni, sopra fugacemente descritto, cerca dunque di conformarsi alla nostra Costituzione repubblicana andando ad attuare, in primo luogo, il terzo comma dell’articolo 27, che pone la rieducazione e la risocializzazione del ristretto come obiettivo primario della detenzione, e, in secondo luogo, il diritto del detenuto a mantenere proficue relazioni familiari<sup>18</sup>, in ossequio a quella teoria per cui l’origine dei comportamenti criminosi è rintracciabile, spesso, in un irregolare rapporto familiare<sup>19</sup>.

Sulla base di quanto detto, il diritto ad interagire con l’*“esterno del carcere”* non sarà mai comprimibile *tout-court*, ma potrà comunque essere “bilanciato” in presenza “di altri interessi costituzionalmente garantiti”.

Passando adesso alla concreta attuazione del diritto dei detenuti ad intrattenere contatti con l’esterno (la cui analisi è necessaria per capire le restrizioni a cui i detenuti al 41-*bis* devono sottostare) possiamo dividere l’argomento in tre punti.

Il primo punto riguarda gli interlocutori dei ristretti. Secondo l’articolo 18 OP infatti, oltre che con i familiari e con il Garante dei diritti dei detenuti, la generalità dei detenuti è ammessa ad avere colloqui e corrispondenza anche con *“altre persone”*<sup>20</sup>.

Il secondo punto concerne le modalità di interazione. I contatti possono avvenire in genere in tre modi: colloquio personale con contatto visivo, colloquio telefonico e contatto tramite corrispondenza.

Riguardo i colloqui *de visu*, l’art. 18, comma 2, dell’ordinamento penitenziario, prevede che questi si svolgano in appositi locali, sotto il controllo a vista e non uditivo del personale addetto alla custodia. Questa regola viene integrata dalle disposizioni contenute nell’articolo 37 del Regolamento Esecutivo, che specifica che gli incontri devono avvenire in locali senza mezzi divisorii o all’aperto, con la possibilità di interporre, fra visitatori e visitati, dei mezzi divisorii, solo se ricorrono particolari ragioni sanitarie o di sicurezza.

Peculiare cura viene poi, almeno teoricamente, riposta nell’evitare che i familiari, e specialmente i bambini, subiscano danni durante lo svolgimento dei colloqui con i propri cari. Il Reg. es., all’art. 37, comma II, consente, difatti, alle Direzioni degli istituti penitenziari di attrezzare aree esterne (*“spazi all’aperto”*), per lo svolgimento dei colloqui, in modo di alleviare quei traumi derivanti dal contatto con la struttura penitenziaria.

Altra norma regolamentare, che presta particolare attenzione alla tutela delle relazioni familiari è l’art. 61, comma II, da cui discende che il Direttore dell’istituto, per aiutare il detenuto a superare la crisi conseguente all’allontanamento dal nucleo familiare, rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e per preparare la famiglia al rientro nel contesto sociale, possa sia concedere dei colloqui *“straordinari”*, sia accordare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere

<sup>17</sup> A. BERNASCONI, *Commento art. 15 bis in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, (a cura di) Ordinamento penitenziario commentato tomo I, trattamento penitenziario*, Padova, 2011, 202 ss.

<sup>18</sup> Artt. 29, 30 e 31 Costituzione.

<sup>19</sup> R. ALESSANDRI, G. CATELANI, *Il codice di diritto penitenziario, 4a ed.*, Roma, 1992, 50.

<sup>20</sup> La disciplina specifica delle modalità di accesso all’istituto penitenziario e del colloquio sono però stabilite dal Reg. Esec., che, al primo comma dell’art. 37, esige per l’effettuarsi del colloquio con le altre persone l’esistenza di non meglio identificati *“ragionevoli motivi”*; Art. 37, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.



parte della giornata insieme a loro in appositi locali o all'aperto e di consumare un pasto in compagnia<sup>21</sup>.

Per quanto concerne i colloqui telefonici, questi sono contemplati dall'ordinamento penitenziario al comma cinque dell'art. 18, che stabilisce che "*può essere autorizzata nei rapporti con la famiglia, e in casi particolari con terzi, corrispondenza telefonica*", rimandando al regolamento d'esecuzione la definizione delle relative modalità<sup>22</sup>.

L'utilizzabilità del telefono da parte dei detenuti e degli internati costituisce un'assoluta novità della legge penitenziaria del 1975. Oggi la comunicazione telefonica rappresenta uno strumento di fondamentale importanza per il mantenimento dei rapporti con la famiglia, e si carica ancor più di significato considerando la realtà carceraria italiana, composta per gran parte da stranieri.

Il nuovo regolamento d'esecuzione ha, dunque, recepito questo cambiamento, prevedendo l'uso del telefono come strumento ordinario, eliminando la subordinazione dello stesso alla mancata fruizione dei colloqui visivi e aumentando la durata consentita delle comunicazioni, da sei a dieci minuti.

Il terzo punto, infine, riguarda la questione della frequenza dei colloqui visivi e dei contatti telefonici.

Per quanto attiene ai contatti telefonici, il comma 2 dell'art. 39 del Reg. esec. prescrive che "*i condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell'istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana*"<sup>23</sup>; sempre il medesimo regolamento prevede, all'articolo 37, che i colloqui personali possano essere sei al mese (quattro, per i detenuti o internati per i reati previsti dal primo periodo del comma I dell'art. 4-bis OP), della durata di un'ora ciascuno, fermo restando, però, la possibilità di concedere colloqui anche fuori dai limiti precedenti quando il detenuto è gravemente infermo, quando il colloquio si svolge con prole di età inferiore ai 10 anni e quando ricorrono particolari circostanze.

Non è questa la sede per approfondire la questione di come la realtà penitenziaria italiana, specchio, a volte in ritardo, di quella europea, cerchi di adeguarsi all'evolvere dei tempi, ma si ritiene importante, al termine di questo paragrafo, menzionare due circolari emesse dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, da cui si può evincere la sempre maggiore attenzione a che i detenuti non perdano il contatto con il mondo esterno e soprattutto con la propria famiglia.

La prima è la Circolare del 2 novembre 2015 che, in ossequio ai principi espressi dalle Regole Penitenziarie Europee del 2006, ha invitato tutte le strutture, dove sono allocati detenuti comuni, ad implementare l'utilizzo di programmi di videochiamata come *Skype* in considerazione di una sempre più piena attuazione della nostra Costituzione; la seconda è la Circolare del 24 aprile 2010 con cui, sul selciato della Circolare 3620/6070 del 6 luglio 2009, si consentono "(...) le chiamate ai telefoni cellulari ai detenuti comuni di media sicurezza, che non abbiano effettuato colloqui né telefonici per un periodo di almeno quindici giorni (...)". Queste circolari DAP, oltre ad inquadrarsi in quel processo di recupero sociale dei detenuti che trova fondamento costituzionale nell'articolo 27 Cost., ed oltre a tutelare il diritto a che il

<sup>21</sup> Art. 61, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

<sup>22</sup> Art. 18, L. 26 Luglio 1975, n. 354, *Ordinamento penitenziario*.

<sup>23</sup> Art. 39 D.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

detenuto mantenga relazioni con il proprio nucleo familiare, vanno ad attuare gli articoli 15 e 13 della Costituzione repubblicana, che sanciscono, rispettivamente, l’inviolabilità del diritto alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione e la necessità di garantire la libertà personale (tutelando, di riflesso, tutti, trattandosi dell’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua propria personalità individuale<sup>24</sup>).

Di tutti i modi con cui il detenuto può comunicare con il mondo esterno e, in primo luogo, con la propria famiglia è innegabile che il più coinvolgente, da un punto di vista emotivo, sia il *vis-à-vis*, che però è stato spesso strumentalizzato dai detenuti ristretti per delitti di mafia, per continuare a gestire i loro affari illeciti e per non perdere il controllo del territorio, costituendo un’occasione per mantenere quei collegamenti con la criminalità organizzata che il nostro ordinamento penitenziario tramite l’articolo regime 41-*bis* cerca di recidere<sup>25</sup>.

È stata prioritaria, quindi la necessità di regolare in maniera più restrittiva questo diritto, compreso in maniera molto severa dalla lettera *b*) del comma *quater* dell’articolo 41-*bis* OP

### 3. I colloqui concessi ai detenuti ristretti al 41-*bis*

L’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), OP, limita drasticamente il diritto dei detenuti al “carcere duro” di effettuare colloqui visivi con i propri cari. Per evidenziare come questo diritto si attegga in maniera differente nei confronti di questa tipologia di detenuti, affronteremo il tema seguendo lo stesso schema proposto nel paragrafo n. 2 di questo capitolo, iniziando dai possibili interlocutori dei detenuti, proseguendo con le modalità con cui i colloqui possono tenersi e concludendo con la frequenza dei contatti.

#### 3.1. Colloqui “*de visu*”: i rapporti con l’avvocato difensore, i familiari, i conviventi e le altre persone; i colloqui con il Garante dei detenuti

Quanto al profilo riguardante *chi* può comunicare con il detenuto al 41-*bis*, la disposizione è chiara nel vietare “*i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta (...)*” e nello specificare che “*Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori*”.

In verità, fino a cinque anni fa, l’ultimo periodo della lettera *b*) del comma 2-*quater* proseguiva stabilendo che “*con i difensori (...) potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*”<sup>26</sup>. Questo inciso era stato aggiunto dal Legislatore dopo che le cronache giudiziarie avevano evidenziato quanto i legali “potessero cavalcare” le disposizioni legislative pre-2009<sup>27</sup>, le

<sup>24</sup> Del resto, «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo». Così Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Infatti, «è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca». Testualmente, Corte cost., sent. 6 agosto 1979, n. 114, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>25</sup> In questo senso F. FALZONE, F. PICOZZI, *L’organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis OP)*, in *Arch. pen. - Rivista Web*, 2016, 5.

<sup>26</sup> Art. 2 comma 25 l. 15 luglio 2009, n. 69.

<sup>27</sup> A seguito delle complesse attività investigative effettuate dagli organi inquirenti, si è riusciti ad accertare che Giuseppe e Filippo Graviano (tristemente conosciuti per essere stati i mandanti dell’omicidio di padre Giuseppe Puglisi, il sacerdote considerato il primo martire della Chiesa ucciso dalla mafia) nonostante il lungo periodo di detenzione e di isolamento, hanno continuato a gestire gli affari dell’associazione tramite l’intermediazione dei familiari, ma soprattutto del loro difensore Domenico Salvo, che è stato poi riconosciuto colpevole di concorso esterno in associazione mafiosa, avendo strumentalizzato la funzione di avvocato al fine di garantire ai due fratelli

quali, in ossequio al rispetto dell’inviolabilità della difesa (che si declina soprattutto nella possibilità di comunicare in maniera riservata col proprio avvocato) non limitavano le interazioni tra criminali al 41-*bis* ed i relativi difensori<sup>28</sup>.

Con la sentenza n. 143 del 2013, la Corte costituzionale ha dichiarato, per la prima volta, la parziale incostituzionalità dell’istituto in esame, ritenendo la parte in cui veniva consentito al soggetto, ristretto in regime di detenzione speciale, di effettuare con i difensori, un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari, contraria all’articolo 24 della Costituzione. Si era, infatti, in presenza di una intollerabile compressione del diritto di difesa del detenuto che discendeva, in maniera automatica ed indefettibile (come chiarito dalla Circolare del dipartimento dell’amministrazione penitenziaria<sup>29</sup>) dal mero essere ristretti al “*carcere duro*”.

Per quanto riguarda, invece, la prima parte della lettera *b*) del comma 2-*quater* dell’articolo 41-*bis*, è da rilevare come, a differenza della disciplina ordinaria contenuta nell’articolo 18 OP, qui non si parli di “congiunti” ma di “familiari e conviventi”. Nel silenzio della legge, è prodromico interrogarsi sul significato delle differenti locuzioni utilizzate.

Per dare concretezza a questo termine, l’amministrazione penitenziaria, con la Circolare n. 3478 del 1998, ha ristretto il significato attribuitovi dal codice civile, ed ha stabilito che i termini “familiari” e “congiunti”, usati dalla normativa penitenziaria relativamente ai detenuti “ordinari”, si riferiscono ai parenti e agli affini entro il quarto grado, per non ampliare eccessivamente i soggetti legittimati ad avere contatti con il detenuto. Per i detenuti al 41-*bis* invece, considerata la loro maggiore pericolosità sociale, il termine “familiari” viene ristretto ulteriormente, indicando solo quelle persone legate da un vincolo di parentela ed affinità entro il terzo grado<sup>30</sup>.

Ne discende che, dal quarto grado in poi, l’autorizzazione ad effettuare colloqui visivi sarà subordinata alla presenza di “casi eccezionali”, da valutare di volta in volta dal direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi dell’art. 11 comma 2 OP<sup>31</sup>.

un canale garantito e sicuro per comunicare con l’esterno; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis OP*, 2013, Milano, 91-92.

<sup>28</sup> La legge 279 del 2002, che andava a recepire legislativamente il “decreto tipo” cristallizzatosi nei primi dieci anni di applicazione di regime speciale, specificava al comma 2-*quater* che le limitazioni alle comunicazioni non si applicano ai difensori, con i quali si potranno svolgere colloqui senza vetro divisorio. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale ex Art. 41 bis OP*, Milano, 2005, 61.

<sup>29</sup> Circolare DAP del 3 settembre 2009, n. 297600-2009.

<sup>30</sup> Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

<sup>31</sup> In senso opposto autorevole dottrina: per “i soggetti ammessi ai colloqui (coniuge, convivente, figli, genitori e fratelli) nell’articolo 41-*bis* si usa l’espressione ampia e generica” familiari”, che sembra doversi interpretare in chiave restrittiva, riferita cioè a quegli stessi soggetti indicati all’articolo 14 *quater* OP proprio per l’affinità tra i due regimi differenziati”. L. CESARIS, *Commento art. 41 bis* in G. GIOSTRA E F. DELLA CASA, (a cura di) *L’ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 459;

“Deve osservarsi che, ai fini della legge penitenziaria, con specifico riferimento alla disciplina restrittiva del “41-*bis*”, per «familiari» devono intendersi il coniuge, gli eventuali conviventi, i figli, i genitori e i fratelli, in analogia con quanto stabilito con riferimento all’affine regime di sorveglianza particolare, il cui contenuto è stabilito dall’art. 14-*quater*, OP ed il riferimento ai «familiari» contenuto nell’art. 18, OP, pare essere ancor più restrittivo, riferendosi ai soli congiunti conviventi, come pare di dover concludere sulla base del raffronto tra la disposizione del comma 1 della norma citata (che fa riferimento ai «congiunti») e il comma 3 della medesima norma, che accorda «particolare favore ai colloqui con i familiari». F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti “41-bis” con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, f. 2, 162.

Ciò detto, la Giurisprudenza si è trovata ad affrontare casi peculiari di contatti con “persone diverse dai familiari e conviventi”; si è posto, così, il problema dei contatti tra detenuto al 41-*bis* ed il ministro del proprio culto, nonché quello dei rapporti tra questa tipologia di ristretti ed il Garante regionale dei diritti dei detenuti.

Quanto al primo profilo, la Corte di Cassazione, censurando il rigetto dell'autorità amministrativa, prima, e del magistrato di sorveglianza, poi, ha ammesso che, «*in linea di massima, non pare possibile negare ad un credente – ed a maggior ragione ad un testimone di Geova, per il quale è importante lo studio della bibbia – almeno una qualche forma di approccio con il ministro del proprio culto, al fine di poter approfondire lo studio dei testi biblici, ferma restando l'esigenza che il colloquio si svolga con modalità tali da assicurare l'ordine e la sicurezza dell'istituto carcerario*»<sup>32</sup>.

Il secondo profilo attiene, invece, ai contatti coi Garanti dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>33</sup>.

Il Garante Nazionale dei diritti dei detenuti è stato introdotto con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10, sensibilmente in ritardo rispetto alle richieste di carattere internazionale pervenuteci<sup>34</sup>; questi ha il compito di vigilare affinché l'esecuzione della custodia delle persone detenute in carcere e degli internati sia conforme a principi e norme nazionali ed internazionali, ed inoltre è suo onere intervenire sulle criticità di carattere generale o sulle questioni che richiedono un'immediata azione<sup>35</sup>.

L'inerzia legislativa che ha ritardato la costituzione dell'ufficio del Garante nazionale non ha comunque impedito che soggetti giuridici con le stesse finalità venissero ad esistenza. Preesistenti al Garante nazionale erano, infatti, una serie di figure di garanti dei diritti, costituiti da parte di molti enti territoriali (Regioni, Province e financo Comuni), i cui scopi erano riconducibili alle medesime finalità di quello nazionale<sup>36</sup>. Con la modifica dell'articolo 67 dell'Ordinamento penitenziario, per effetto della legge 27 febbraio 2009, n. 14 (conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2008, n.207), il Garante, con riferimento al territorio di cui l'ente che l'ha istituito è espressione, rientra adesso fra quei soggetti che possono visitare gli istituti penitenziari senza necessità di autorizzazione.

Ci si chiede se il potere che hanno i Garanti di visitare gli istituti penitenziari senza opportuna autorizzazione si estenda anche a quelle sezioni specializzate nel contenimento dei detenuti soggetti al regime differenziato in *peius* ex art. 41-*bis* comma 2 OP e se possano effettuare liberamente dei colloqui con questa particolare categoria di ristretti.

Sul punto, in assenza di una specifica disciplina, è intervenuta l'amministrazione penitenziaria con le Circolari n. 3618/6068 del 2 aprile 2009 e n. 3651/6101 del 7 novembre 2013, dalla cui analisi si può evincere che i Garanti hanno la possibilità di visitare senza autorizzazione

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 2011, n. 20979.

<sup>33</sup> Il Garante dei detenuti, con diverse denominazioni, funzioni e procedure di nomina, è presente in 23 paesi dell'Unione europea e nella Confederazione Elvetica; in Italia è stato istituito dal d.l. n. 146 del 2013, convertito, con modificazione, dalla legge 21 febbraio 2014, n.10, mentre il d.m. 11 marzo 2015, n. 36, ha definito il regolamento sulla struttura e la composizione dell'Ufficio.

<sup>34</sup> Si veda, in tal senso, il Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura adottato dall'Assemblea generale dell'Onu il 18 dicembre 2002 ed entrato in vigore nel giugno 2006. In base all'art. 3 di tale Protocollo «*each State Party shall set up, designate or maintain at the domestic level one or several visiting bodies for the prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*», mentre sono i successivi artt. 17-23 a definire più specificamente le caratteristiche e i poteri di tali meccanismi nazionali di prevenzione.

<sup>35</sup> [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_3\\_8\\_16.wp](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_8_16.wp).

<sup>36</sup> Cfr. in generale sui garanti locali F. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.* 2009, Dossier n. 2, 107 ss.

l’istituto penitenziario ed, in occasione di questa visita, di interloquire con i detenuti ristretti al “carcere duro” senza che ciò vada ad incidere negativamente sulla possibilità del ristretto di svolgere colloqui con i propri cari. Qualora, poi, al detenuto non basti questo scambio che potremmo definire “*occasionale*” e voglia svolgere col Garante un vero e proprio colloquio, si applicherà la disposizione contenuta nel comma 2-*quater* lett. b) dell’art. 4-*bis* OP e questo confronto, oltre che svolgersi secondo le precise modalità disposte dalla norma in questione, dovrà essere conteggiato come colloquio mensilmente concesso e, naturalmente, dovrà essere autorizzato dall’ autorità competente.

Nel mese di Giugno 2017 sono state tre le pronunce della Magistratura di sorveglianza che si sono espresse in merito a questo tema: il Magistrato di Sorveglianza di Viterbo con l’ordinanza del 15 giugno 2017; il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto con l’ordinanza del 27 giugno 2017; il Magistrato di Sorveglianza di Sassari con l’ordinanza del medesimo giorno.

La prima ordinanza in questione, la n. 967 del 2017 pronunciata dal Magistrato di sorveglianza di Viterbo<sup>37</sup>, ha interpretato in maniera letterale le Circolari citate abbracciando il distinguo fra “visite” e “colloqui in senso tecnico”<sup>38</sup>. Le altre due ordinanze, pronunciate rispettivamente dai Magistrati di Sorveglianza di Spoleto<sup>39</sup> e di Sassari<sup>40</sup>, sono invece giunte alla disapplicazione delle circolari amministrative in quanto in contrasto con la legislazione primaria.

In tal senso, particolarmente interessante è l’ordinanza 1030/2017 pronunciata dal Magistrato spoletino che, valorizzando i principi sanciti dalla Cassazione in materia di rapporti tra circolari DAP e restrizioni contenute nella legge penitenziaria, ha ritenuto che, per riempire il vuoto normativo in tema di colloqui fra detenuti al 41-*bis* e Garanti, debbano trovare applicazione le ordinarie regole previste dall’ordinamento e non invece le Circolari, in considerazione del fatto che, data l’ampiezza della disposizione in materia, ulteriori limitazioni al diritto ad interagire con il mondo esterno non sono possibili<sup>41</sup>.

### 3.2. Le modalità ed il numero dei colloqui *vis à vis*

Come è stato anticipatamente osservato, l’ordinamento penitenziario non disciplina compiutamente le modalità con cui i colloqui personali possono essere svolti con la generalità dei detenuti: la legge del 1975 si limita, difatti, a sancire, al comma 2 dell’articolo 18, che “*i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia*”, delegando di fatto al regolamento esecutivo (entrato in vigore solo nel 2000), l’onere di dettare le concrete modalità di confronto con i detenuti.

<sup>37</sup> Mag. Sorv. Viterbo, ord. 967 del 15 giugno 2017.

<sup>38</sup> “*Il Garante ha ovviamente possibilità di incontrare il detenuto nel corso della sua visita, disciplinata dall’art. 67 ord. pen. senza che questo incontro incida negativamente sull’opportunità di svolgere colloqui visivi con i familiari. Pertanto qualora il detenuto sottoposto al regime detentivo speciale opti volontariamente di effettuare un colloquio visivo con il Garante, nonostante abbia comunque la facoltà di rivolgergli reclami orali o scritti, anche in busta chiusa ai sensi del novellato art. 35 ord. pen. vige la disciplina speciale che ne determina la durata e le modalità di cui all’articolo 41-bis comma 4 quater lett. b ord. pen.*” Mag. Sorv. Viterbo 15 giugno 2017.

<sup>39</sup> Mag. Sorv. Spoleto, ord 27 giugno 2017.

<sup>40</sup> Mag. Sorv. Sassari, ord. 27 giugno 2017.

<sup>41</sup> Sul punto Cass., pen., 26 novembre 2013, n. 49726: “l’ampiezza della previsione normativa in materia di colloqui è tale da indurre a ritenere “che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da un’assoluta incompatibilità della norma ordinamentale - di volta in volta considerata - con i contenuti normativi tipici del regime differenziato”.



Ai nostri fini è sufficiente richiamare l'art. 37, comma 5, da cui discende che i colloqui devono svolgersi in locali senza mezzi divisorii o all'aperto e che si può derogare a tale regola solo in presenza di particolari ragioni sanitarie o di sicurezza che possono giustificare lo svolgimento del colloquio in locali interni, muniti di mezzi divisorii.

Come per i colloqui con la generalità dei detenuti, anche per i colloqui coi detenuti al 41-*bis* sono le fonti subordinate a disciplinare concretamente alcuni aspetti non contemplati dalla legge penitenziaria: l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), OP, infatti si limita a disporre che i confronti personali debbano svolgersi «*in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti*», che questi «*vengono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione previa motivata autorizzazione dell'autorità competente*» e che «*sono comunque videoregistrati*».

Teoricamente, quindi, la legge primaria lascia alla Pubblica Amministrazione la scelta di attrezzare i locali al fine di impedire il transito di oggetti tra detenuto e familiari; dal canto suo, l'amministrazione penitenziaria ha attuato la disposizione contenuta nell'ordinamento penitenziario predisponendo delle sale munite di vetro divisorio a tutta altezza<sup>42</sup>, munite di pannelli isofonici, microfoni e citofoni, per non pregiudicare l'ascolto reciproco degli interlocutori<sup>43</sup>.

Inoltre, in attuazione della sentenza della Corte Costituzionale 376/1997, l'Amministrazione penitenziaria, con la Circolare DAP n. 543884.1.1.41bis del 6 febbraio 1998 ha cercato di rendere più “morbida” questa disposizione introducendo, in ossequio al diritto al mantenimento delle relazioni familiari ed a tutela della salute del minore, la possibilità di effettuare una parte del colloquio visivo con i figli minori di sedici anni senza il vetro divisorio. Successivamente alla riforma dell'art. 41-*bis* OP, avvenuta, come già detto, con la L. 279/2002, l'amministrazione ha emanato la circolare n. 3592/6042 del 2003, che ha stabilito un abbassamento del limite di età da sedici a dodici anni prevedendo, al relativo punto f), che, se al colloquio avesse preso parte solo il minore di anni dodici, questo incontro sarebbe potuto avvenire senza vetro divisorio, in sale munite di impianto di videoregistrazione con esclusione del sonoro; viceversa, se al colloquio avessero voluto partecipare, oltre al minore, anche familiari adulti (come previsto dall'art.37, comma X, reg. es.), il colloquio con il figlio minore di anni dodici (senza vetro divisorio) sarebbe potuto durare al massimo dieci minuti, durante i quali i familiari adulti sarebbero usciti dalla sala colloqui lasciando il minore solo con il genitore recluso. Per ultimo l'amministrazione penitenziaria, tramite la nota 0101-91-2012, ha previsto che disciplina appena richiamata in tema di colloqui con i minori si estendesse anche ai nipoti *ex filio* (figli di figli) minori di anni dodici<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> In materia di colloqui visivi si sottolinea che questi “*si continueranno ad effettuare in appositi locali muniti di vetri o altre separazioni a tutta altezza, che non consentono il passaggio di oggetti di qualsiasi natura, tipo o dimensione*”. In ogni caso, però, deve essere garantito il chiaro ascolto tra i soggetti ammessi al colloquio e il detenuto, a tal fine si farà ricorso agli opportuni e idonei meccanismi (pannelli isofonici, citofoni, ecc.). Circolare DAP 3592/6042 del 2003.

<sup>43</sup> Non sempre però gli strumenti tesi all'ascolto reciproco funzionano, ne è un esempio il CPT/Inf (2010) 12, 36. «*At Novara, the delegation also took note of the very poor acoustics in the closed visiting facilities, and the fact that prisoners and their families were obliged to shout through the interphone to make themselves understood. The CPT recommends that the sound quality in the closed visiting facilities be checked – when all the cubicles are being used simultaneously – and, if necessary, improvements be made*».

<sup>44</sup> L'estensione ai nipoti *ex filio* questa disciplina di favore è stata valutata dalla dottrina come un'implicita volontà di escludere da questo beneficio i nipoti *ex fratre*; F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti “41-bis” con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, in *rassegna penitenziaria e criminologica – n.2-2015 rivista online*.

Questa disciplina sub-normativa ha portato ad una serie di dubbi nella giurisprudenza di merito, trovatisi a dover valutare l'ampiezza e la legittimità delle eccezioni alla regola del "vetro divisorio"<sup>45</sup>.

Un primo motivo di perplessità è dato dalla determinazione tassativa e residuale del tempo che il minore può trascorrere a contatto con il parente detenuto senza vetro divisorio, se al colloquio prendono parte anche altri familiari maggiorenni (la durata del colloquio, in questo caso, corrisponde ad un sesto di quella integrale).

Oltre che per questioni essenzialmente pratiche e quasi sentimentali per cui *"del tempo consentito, quasi la metà viene trascorsa da entrambe le parti a cercare di camuffare quella sorta di imbarazzo, di disagio che inevitabilmente si viene a creare, poiché le persone che si incontrano solo in carcere perdono ben presto l'abitudine a comunicare in maniera reale e non distorta dal luogo in cui si trovano; il tempo restante è insufficiente per riuscire ad esprimere le proprie emozioni, soprattutto sotto l'occhio vigile di telecamera ed agenti"*<sup>46</sup>, il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto nell'ordinanza del 29 aprile 2014, ha considerato la previsione normativa contenuta nelle Circolari amministrative incongrua e, dunque, meritevole di censura, per ragioni strettamente giuridiche.

Le istanze di sicurezza a cui tutto il circuito del 41-bis tende, infatti, non paiono *"sensibilmente pregiudicate da una durata maggiore del colloquio"*, considerando, che in caso di qualsiasi sospetto da parte del personale di custodia, il predetto colloquio potrebbe essere in ogni momento interrotto<sup>47</sup>.

Critica rispetto a tale interpretazione altra giurisprudenza di merito che, viceversa, sostiene che la contenuta durata del colloquio con il genitore o con il nonno da parte del minore, quando il colloquio non sia fruito totalmente dal bambino, non rappresenti una limitazione in senso tecnico, quanto, piuttosto, una *"pacifica deroga migliorativa al divieto legislativo di qualunque contatto fisico"*<sup>48</sup> per cui la disapplicazione da parte del Giudice della disposizione contenuta nella Circolare significherebbe che il minore dovrebbe partecipare al colloquio come un adulto, al di qua del vetro divisorio<sup>49</sup>.

A parere di chi scrive, questa motivazione non appare convincente, considerando che la norma primaria non dispone l'utilizzo di un vetro divisorio o di altri mezzi specifici, ma assegna semplicemente alla pubblica amministrazione il potere/dovere di attrezzare i locali in modo da impedire il passaggio di oggetti. Qualora l'amministrazione, per raggiungere lo scopo previsto dalla legge, adottasse, tramite un provvedimento, gli stessi strumenti di cautela tanto per soggetti maggiorenni, spesso affiliati all'associazione criminale, quanto per i bambini minori di dodici anni, il provvedimento adottato potrebbe addirittura essere giudicato illegittimo.

Stesse considerazioni valgono anche per la seconda contestazione alla normativa che deroga la regola del "vetro divisorio", concernente la denegata possibilità di estendere in maniera analogica la disciplina di favore dettata dalle circolari ministeriali per gli incontri con i figli e

---

<sup>45</sup> "Particolarmente allarmante è la produzione sub normativa del DAP, il quale, con alcune circolari ha regolamentato i colloqui con i figli minori", C. FIORIO, *41-bis parliamone*, in *Archivio Penale 2015*, n. 2, rivista on line.

<sup>46</sup> *Le donne della Giudecca parlano di sesso taciuto e negato, separazioni e divorzi ai quali, stando in carcere, è difficile sfuggire, colloqui in condizioni avvilenti* in rivista online <http://www.ristretti.it>.

<sup>47</sup> Mag. Sorv. Spoleto, ord. 29 aprile 2014.

<sup>48</sup> Trib. Sorv. Perugia, ord. 9 Luglio 2015.

<sup>49</sup> F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, 2015.

con i nipoti *ex filio*, anche ai nipoti *ex fratre*. Sebbene, infatti, sia pacifico che la possibilità di fruire dei colloqui diretti con il proprio parente per i figli ed i nipoti *ex filio* sia una eccezione alla regola generale del “vetro divisorio”, e come tale non possa essere estesa in via analogica, c’è da dire che, se minori di dodici anni, figli, nipoti *ex filio* e nipoti *ex fratre* rappresentano una simile minaccia all’ordine pubblico, in virtù del principio di non discriminazione, che impone di trattare situazioni uguali in modo uguale, dovremmo dunque arrivare alla conclusione che anche i nipoti *ex fratre* dovrebbero poter partecipare ai colloqui con i propri pro-zii in maniera diretta e dunque senza l’interposizione del vetro divisorio. Tale ragionamento risulta maggiormente persuasivo tenendo in considerazione che il principio che ha guidato la deroga migliorativa di cui si tratta non è solo il *favor familiae* ma anche quello della “concreta offensività” dei minori di anni dodici. Tale concetto, oltre a rappresentare uno dei tre criteri che può essere utilizzato per effettuare il bilanciamento tra i diritti fondamentali<sup>50</sup> è legato a doppio filo al più ampio principio di proporzionalità richiamato dalla Corte costituzionale per affermare la disapplicazione di quelle restrizioni che non potevano essere inquadrate nelle finalità di ordine e sicurezza proprie dell’istituto del 41-*bis*<sup>51</sup>. Contraria a questa lettura della norma autorevole giurisprudenza di merito<sup>52</sup> che ritiene che la pubblica amministrazione, avendo ricompreso nel novero dei familiari e dei conviventi i nipoti

<sup>50</sup> «Seguendo il percorso già tracciato dalla Corte costituzionale nella evocata sentenza n. 143 del 2013, si può, anzitutto ritenere che un corretto bilanciamento dovrà necessariamente rispettare il rapporto di stretta proporzionalità tra la compressione delle facoltà inerenti al diritto fondamentale della persona detenuta e la corrispondente accresciuta salvaguardia di quelle esigenze preventive al cui soddisfacimento il regime speciale è preposto, atteso che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». Deve, infatti, ritenersi che il medesimo principio che la Corte individua quale misura per la verifica della legittimità dell’operato del legislatore non possa non informare anche l’attività della pubblica autorità. Il secondo parametro idoneo a saggiare la legittimità dell’operato dell’amministrazione coincide con il già richiamato principio, di matrice europea, del “minimo sacrificio necessario”. Su tale profilo ci si è già dianzi soffermati. Si richiama, infine, l’attenzione sul terzo criterio che può essere utilizzato, e che attiene alla circostanza che in tanto le misure limitative delle facoltà soggettive delle persone detenute hanno motivo di sussistere ed essere applicate in quanto – per i soggetti coinvolti nel colloquio e/o per le particolari circostanze e modalità del medesimo – sussistano effettivamente quelle esigenze di natura preventiva alla quali il legislatore ha normativamente collegato l’applicazione delle particolari modalità di svolgimento dei colloqui nel caso dei detenuti sottoposti al “41-*bis*”. Esemplificando: in forza di quello che potrebbe definirsi “principio della concreta offensività”, il colloquio con determinati soggetti (ad es. l’incontro con il proprio figlio neonato o con una persona incapace di intendere e volere), ovvero effettuato con modalità tali e in situazioni in cui sia impossibile l’utilizzo strumentale del beneficio, sembrerebbero suscettibili di meno rigorose modalità esecutive anche in queste ipotesi, tuttavia, la via del ricorso alla Corte costituzionale sembra la via obbligata, non essendo praticabile – per la perentorietà della dizione normativa – la via dell’interpretazione costituzionalmente conforme», in F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-BIS” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, 2013.

<sup>51</sup> Corte cost. 18 novembre 1996, n. 351 in *Giur. Cost.*, 1996, 3043.

<sup>52</sup> «L’Amministrazione pare avere già operato un’estensione delle modalità di colloquio più favorevoli ben oltre il limite soggettivo stabilito in modo apparentemente assoluto dal disposto legislativo: << ... Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell’istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall’autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell’articolo 11. >> (art.41-*bis*, lett. b), OP), avendo ritenuto di ricomprendere nella dizione normativa anche i nipoti in linea retta. La decisione assunta dall’Amministrazione in via generale di acconsentire ai colloqui a “modalità mista” con i soli nipoti “*ex filio*” introduce pertanto, nell’ambito del novero dei “familiari”, una lettura estensiva che – essa stessa – appare già evolutiva rispetto allo stretto dettato normativo, del che essa concreta non già un’incisione, bensì un accrescimento della facoltà dei soggetti detenuti di coltivare le proprie esigenze affettive. Così inquadrata la fattispecie, appare arduo ravvisare nella scelta operata dall’Amministrazione oggetto del reclamo che qui occupa

*ex filio*, abbia già introdotto, ai limiti dell'eccesso di potere, una lettura estensiva della disposizione primaria.

Il terzo dubbio interpretativo ha riguardato la legittimità della nota emessa dal D.A.P. il 18 aprile 2013, mediante la quale si precisa che, in caso di colloquio con più persone *ex art. 37* comma 10 reg. esec., questo può essere effettuato senza mezzi divisorii soltanto con il figlio o il nipote infra-dodicenne, salvo il contestuale allontanamento degli altri familiari. Parte degli interpreti crede che questa disposizione, che prescrive l'allontanamento degli altri familiari, meriterebbe di essere censurata, considerando che va a comprimere grandemente il diritto del detenuto a mantenere rapporti affettivi con la famiglia, imponendo al ristretto *“una scelta inumana tra il contatto fisico con i congiunti in tenera età ed il contatto visivo con gli altri familiari”*<sup>53</sup>, senza che vi siano ragioni giustificative sufficienti stante l'integrale registrazione dei colloqui effettuati in regime differenziato.

Per i Giudici di legittimità, *“le nuove disposizioni in tema di colloqui con minorenni non possono ritenersi concretamente lesive di alcun diritto soggettivo del detenuto, dal momento che le stesse non solo consentono che il colloquio con il familiare minore abbia luogo, ma permettono anche il contatto fisico tra il detenuto ed il minore stesso a garanzia di ulteriori modalità comunicative di sentimenti ed emozioni, e che di contro non è possibile ravvisare un diritto soggettivo alla compresenza, durante il colloquio, di un adulto (legato al minore da rapporto genitoriale), non consentita dall'Amministrazione a garanzia di esigenze di sicurezza e di prevenzione nonché per impedire possibili indebite strumentalizzazioni dei minori.”*<sup>54</sup>

L'amministrazione penitenziaria, nell'emanare le Circolari in tema, ha dunque ben temperato il diritto alla sicurezza dello Stato, con il diritto del detenuto a tutelare le proprie relazioni affettive e familiari, diritto questo che *“cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica, per la cui salvaguardia la limitazione imposta dall'Amministrazione penitenziaria non è eccentrica al fine perseguito, non costituisce un sacrificio ingiustificato, non impone trattamenti disumani o degradanti, ma è proporzionata ed adeguata alla pericolosità della persona sottopostavi, dell'organizzazione di appartenenza e del relativo contesto ambientale e rispetta la prescrizione della fonte di rango sovraordinato, ossia dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a)”*<sup>55</sup>.

Critici verso il bilanciamento operato dalla pubblica amministrazione rimangono alcuni giudici di merito che continuano a ritenere illegittima la disposizione che prescrive ai familiari adulti di uscire dalla sala colloqui durante i dieci minuti di contatto diretto fra bambino e detenuto, essendo questa in contrasto con l'art. 8 CEDU, gli artt. 3 ed 8 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, gli artt. 2, 24, 27, 29, 30 e 31

---

un indicatore sintomatico di un eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, atteso che la dimensione affettiva del soggetto detenuto è stata, con riferimento alla platea soggettiva dei possibili destinatari delle modalità ampliate di colloquio, non solo non ristretta rispetto alla perimetrazione operata dalla normativa primaria, ma addirittura ampliata a comprendere soggetti che secondo la lettura sopra illustrata – non potrebbero a stretto rigore di legge farsi rientrare nella nozione di <<familiari>> sussunta dalla legge di ordinamento penitenziario nelle disposizioni, sopra ampiamente richiamate, dedicate appunto alla tutela delle relazioni affettive e familiari della persona detenuta». Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015.

<sup>53</sup> C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>54</sup> Cass. Pen. sez. I, 11 giugno 2014 n. 39966.

<sup>55</sup> Cass. Pen. sez. I, 11 giugno 2014 n. 39966; in senso conforme, Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 1118 «eccettuato il caso in cui si dimostri – in fatto – che l'allontanamento dei familiari dalla saletta rende impossibile (per l'opposizione del minore derivante dalla sua insicurezza) la stessa “fattibilità” del colloquio diretto, la previsione regolamentare non può dirsi illegittima».

Cost., e l'art. 28 OP. Secondo questo orientamento *“tale limitazione (...) deve essere indagata, sulla scorta di quanto insegnatoci dalle fonti normative sovranazionali e costituzionali, rispetto alla congruità a raggiungere un obiettivo di garanzia dell'ordine o della sicurezza pubblica”*<sup>56</sup>.

Alla luce della integrale registrazione audio e video dei colloqui effettuati dai detenuti in regime differenziato (sopravvenuto con la novella del 2009 alla circolare DAP del 2003, che infatti escludeva dalla registrazione del sonoro i colloqui con il minore), con tutti i familiari, *“non sembra residuino ragioni giustificative sufficienti a legittimare una così grave compressione per esigenze di sicurezza, ed infatti gesti e parole del breve colloquio sono sottoposte a costante ed attento esame da parte del personale preposto”*<sup>57</sup>.

Questa lettura risulta tanto più condivisibile quanto si tengono a mente gli *itinerari* logici seguiti dalla Corte Costituzionale, dapprima con la Sentenza 351 del 1996<sup>58</sup> e per ultimo con la 143 del 2013<sup>59</sup>. Queste due Sentenze della Consulta si pongono come regola di giudizio generale che aspira ad entrare nel corredo argomentativo della Corte<sup>60</sup>. Nel momento in cui una restrizione ad un diritto fondamentale di un detenuto sottoposto al 41-bis non può essere giustificata dall'esigenza di limitare il contatto criminale fra questi ed il mondo esterno e quando i mezzi che si usano appaiono sproporzionati al raggiungimento di questo fine, si dovrebbe giungere ad una dichiarazione di illegittimità della disposizione in questione; in questo senso, le limitazioni ai diritti fondamentali che eccedono il loro *“minimo sacrificio necessario”* possono essere inquadrabili solo in ottica retribuzionistica, respinta dalla nostra Carta costituzionale all'art. 27 comma 3.

Alla luce di ciò, pur avendo l'avallo della Giurisprudenza della Corte di Cassazione, la pubblica amministrazione ha deciso, in maniera pienamente condivisibile, di porre fine a questa diatriba e ha consentito, con un'ordinanza del 2014, che la porzione di colloquio “aperto” con il minore possa svolgersi alla contemporanea presenza, al di là del vetro divisorio, degli altri familiari.

Sempre nel tema delle concrete modalità di effettuazione dei colloqui visivi fra detenuto sottoposti a regime speciale e propri familiari l'articolo 41-bis, come abbiamo succintamente anticipato, impone che i colloqui, debbano essere «comunque video-registrati» e, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'art. 11 comma 2 OP, possano venire «sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione» derogando espressamente alla disciplina generale previste dall'art. 18 comma 2 OP secondo cui «i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia».

Proprio in virtù di questa ulteriore tutela, si è sollevato il quesito della superfluità del meccanismo del vetro divisorio; la Cassazione, però, valorizzando innanzitutto un'interpretazione letterale dell'articolo 41-bis OP, ha sottolineato la non equiparabilità di tali misure, in quanto, pur essendo tutte «finalizzate a garantire le medesime esigenze di sicurezza pubblica e di prevenzione della commissione di ulteriori reati», operano su piani differenti:

<sup>56</sup> Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 29 luglio 2013 n. 1095.

<sup>57</sup> Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 29 luglio 2013 n. 1095.

<sup>58</sup> Corte cost. 18 novembre 1996, n. 351 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>59</sup> Corte cost., sent., 20 giugno 2013, n. 143 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>60</sup> Dalla motivazione traspare in modo inequivocabile che a renderle incostituzionali non è l'entità del sacrificio imposto al diritto di difesa qualunque esso sia, ma la loro inidoneità a produrre un benché minimo aumento di tutela del contrapposto interesse ravvisabile nella difesa della collettività; M. G. COPPETTA, nota a sentenza Corte cost. 20 giugno 2013, n. 143, *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni “quantitative”*, in, *Giur. It.*, 2013.



mentre la presenza di un ostacolo fisico «*riguarda la prossimità fisica tra partecipanti ai colloqui al fine di scongiurare la possibilità di un trasferimento occulto di oggetti di qualunque natura*», gli strumenti audiovisivi di registrazione incidono «*sulla comunicazione verbale o gestuale e sulle condotte in grado di consentire la diffusione di notizie, messaggi, ordini, veicolabili dal detenuto tramite l'incontro con i familiari verso soggetti presenti ed attivi sotto il profilo criminale all'esterno dell'istituto*»<sup>61</sup>.

Per quanto concerne la videoregistrazione ed il controllo auditivo, sono state mosse dagli interpreti alcune perplessità in merito alla mancanza di una precisa individuazione dei «*presupposti, tempi e modi di tale attività fortemente lesiva del diritto alla riservatezza*»<sup>62</sup>.

Nello specifico, riguardo al controllo auditivo, previsto dalla norma primaria, è stato visto con sospetto il fatto che non si specificano «*i presupposti che legittimano l'ascolto e la registrazione, né la durata o la finalità dell'intercettazione*» in una materia che è risulta tutelata, a livello costituzionale, dalla riserva di legge, oltre che da quella di giurisdizione. Sebbene i dubbi di incostituzionalità prospettati appaiono tutt'altro che infondati, tuttavia questi strumenti tecnologici risultano essere necessari; in primo luogo, perché rappresentano uno strumento capace di porre rimedio all'impiego di un linguaggio gestuale codificabile attraverso un vaglio successivo, e, secondariamente, in quanto scongiurano il ricorso ad altri meccanismi di controllo, quali le perquisizioni tramite denudamento<sup>63</sup>, utili per reprimere il passaggio di informazioni ma sicuramente molto più invasive<sup>64</sup>.

Ultimo elemento di differenza fra detenuti sottoposti a regime speciale *ex art 41-bis* e detenuti “ordinari”, in relazione ad i colloqui visivi, riguarda il numero di colloqui che, per i detenuti sottoposti al carcere duro è indefettibilmente di solo uno al mese, con la precisazione che, ove non espletato il colloquio mensile di un'ora con i familiari (qualora questi siano residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto) deve essere riconosciuta a tali detenuti, ai sensi dell'art. 37, comma 10, D.P.R. n. 230 del 2000, la possibilità di fruire, in sostituzione, di un colloquio prolungato sino a due ore<sup>65</sup>.

Già prima della riforma del 2002, la dottrina più attenta si era interrogata circa l'effettivo fine della misura, arrivando a sospettare che la riduzione ad un unico incontro mensile non potesse essere inquadrata nella prospettiva di sicurezza a cui il regime speciale tende ma, «*almeno prevalentemente, all'esigenza di una maggiore afflittività della pena*»<sup>66</sup>. In considerazione infatti delle lungimiranti misure di prevenzione poste dall'amministrazione penitenziaria per impedire il passaggio di informazioni e di oggetti da e per il carcere, e soprattutto tenendo conto delle pesanti problematiche che il contingentamento degli incontri con i familiari

<sup>61</sup> Testualmente, in motivazione, Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, n. 39966.

<sup>62</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 156 ss.

<sup>63</sup> Le perquisizioni mediante denudamento vengono di regola disposte – nei confronti del detenuto al 41-bis – all'ingresso e all'uscita dall'istituto, nonché ogniqualvolta specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna ovvero la particolare pericolosità del detenuto lo richiedano; quelle manuali, invece, vengono effettuate all'atto di uscita e di rientro nella camera detentiva o nella sezione, prima e dopo la permanenza all'aperto, prima e dopo i colloqui con i familiari (con vetro divisorio), con operatori penitenziari e magistrati o con i difensori, *Istituti di prevenzione e pena, perquisizioni ed ispezioni personali* in rivista online <http://www.ristretti.org>.

<sup>64</sup> Come specificato nella Sentenza della Corte Edu del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04, le limitazioni della *privacy* possono essere giustificate solamente laddove siano strettamente necessarie per il mantenimento dell'incolumità fisica del singolo, nonché della sicurezza dell'ambiente carcerario e dei rapporti tra i detenuti, ed applicate nel modo meno invasivo possibile, nel rispetto della dignità umana e della sfera personale del detenuto; V. MANCA, *La Corte Edu conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>65</sup> Cass. pen. 17 settembre 2014, nr. 38073.

<sup>66</sup> F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 127.

produce sul diritto al mantenimento delle relazioni parentali, sarebbe forse più opportuno che la frequenza degli stessi, anziché essere predeterminata rigidamente, venisse calibrata in rapporto alla concreta pericolosità del singolo detenuto, senza trascurare eventuali progressi maturati sul piano del reinserimento sociale.

Per concludere, è opportuno dare conto di come la Corte europea dei diritti dell'uomo, organo che continua ad avere nel nostro ordinamento giuridico sempre più autorevolezza e rilevanza, valuti le limitazioni alla possibilità di intrattenere rapporti con la propria famiglia, imposte a questa particolare categoria di detenuti. In materia viene in rilievo l'articolo 8 della CEDU che riconosce il diritto di ciascun individuo a veder rispettata la propria vita privata e familiare, il proprio domicilio e la propria corrispondenza ma che, al comma secondo, tramite la cd. clausola di limitazione, stabilisce che eventuali deroghe al rispetto di questi diritti possono essere prese solo su una base legale e solo per determinati fini come la protezione della sicurezza pubblica e la prevenzione dei reati.

Ebbene, la Corte Edu e la Commissione europea dei diritti umani ritengono legittime le limitazioni ai colloqui imposte ai detenuti al 41-*bis* nel momento in cui rimangono contestualizzate in una legislazione volta a contrastare un fenomeno violento e virulento come la criminalità organizzata, non risultando, queste restrizioni, andare oltre a ciò che è necessario per assicurare l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, in totale armonia con la clausola prevista dal paragrafo 2 dell'articolo 8 della Convenzione<sup>67</sup>.

#### 4. I colloqui telefonici

Il secondo mezzo di comunicazione a disposizione dei detenuti al 41-*bis* è la corrispondenza telefonica. A norma dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), OP, *“per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 11, e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione”*.

Anche questa disposizione, che è stata resa ancor più severa con il cosiddetto “pacchetto sicurezza” del 2009 (per cui adesso il colloquio telefonico per i detenuti al 41-*bis* è alternativo e non cumulativo alla possibilità di effettuare colloqui visivi), solleva forti dubbi di legittimità. Posto che si tratta di una misura alternativa al colloquio, si pongono gli stessi dubbi interpretativi posti per i colloqui personali in merito ai possibili interlocutori ed al numero. Ma è riguardo alla misera durata del contatto ed all'imposizione di un periodo semestrale di attesa per l'accesso alla corrispondenza telefonica che questa disposizione crea più problemi. Per quanto riguarda la durata del colloquio (unico e della durata di dieci minuti), questa non viene modulata a seconda della particolare situazione del detenuto, cosicché può accadere che il ristretto, che abbia doppia famiglia e figli residenti in luoghi diversi, dovrà per forza di cosa fare una scelta in merito a chi sentire. Secondo la Cassazione, questa disposizione non va a discriminare i figli a seconda della loro nascita all'interno o fuori dal rapporto matrimoniale

<sup>67</sup> Corte Edu, 28 settembre 2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; in senso conforme, Corte Edu, 24 settembre 2015, n. 37648/02, *Paolello c. Italia*; Corte Edu, 13 novembre 2007, n. 65039/01, *Schiavone c. Italia*; Corte Edu, 29 giugno 2006, n. 8316/02, *Viola c. Italia*; Corte Edu, 17 settembre 2009, n. 74912/01, *Enea c. Italia*. In dottrina E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 750.

ed è giustificata dalle gravi esigenze poste a base del provvedimento ministeriale di applicazione del regime in esame<sup>68</sup>.

In merito, invece, al periodo semestrale che il detenuto deve aspettare, è intervenuta la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, che ne ha raccomandato il superamento, trattandosi di una limitazione ingiustificata<sup>69</sup>.

Entrambe le perplessità si acquiscono considerando che l'amministrazione penitenziaria presidia con rigide cautele l'istituto delle comunicazioni telefoniche. Oltre il fatto che, per legge, è prevista l'integrale registrazione della telefonata, l'interlocutore del detenuto al 41-*bis* dovrà recarsi presso l'istituto penitenziario più vicino al luogo di sua residenza o domicilio e potrà ricevere la telefonata solo ad un orario preciso (stabilito dalla direzione del carcere), in un locale preposto allo scopo.

In un momento storico in cui si discute sul se i “carcerati ordinari” possano o meno utilizzare, all'interno degli istituti di pena, *Skype* e i cellulari<sup>70</sup>, i detenuti al carcere duro, spesso a centinaia di chilometri da casa, solo dopo i primi sei mesi di applicazione dell'istituto speciale possono usufruire di un solo colloquio della durata di dieci minuti.

Appare evidente, dunque, che una limitazione così “brutale”, alla luce della totale registrazione della telefonata, si trasforma in una misura non necessaria, inutilmente afflittiva, e quindi non conforme al nostro sistema costituzionale.

## 5. La Circolare

In questo capitolo, partendo dalla disposizione di rango primario, contenuta nel comma 2-*quater* dell'articolo 41-*bis*, si è provato a far luce su come l'Amministrazione penitenziaria e la Giurisprudenza di merito e di legittimità abbiano concretamente cercato di tradurre il diritto dei detenuti al 41-*bis* a colloquiare con l'esterno del carcere.

È doveroso dare atto, però, che alcuni aspri contrasti in dottrina e giurisprudenza - di cui si è discusso in questo capitolo - sono stati superati, mediante l'adozione, da parte del DAP della circolare del 2 ottobre 2017, n. 3676/616<sup>71</sup>.

Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha redatto un documento (articolato in 37 prescrizioni) che nella sua premessa chiarisce le finalità a cui questo tende.

Queste disposizioni non mirano a punire e non cercano di determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame, bensì cercano di ottenere la più puntuale funzionalità del regime: garantire, attraverso la fissazione di regole cogenti, l'uniformità di applicazione all'interno dei vari istituti penitenziari delle norme e delle prassi che caratterizzano la detenzione secondo i dettami imposti dall'art. 41-*bis* OP.<sup>72</sup>

Per quanto concerne l'istituto dei “colloqui”, regolato in maniera certissima dall'articolo 16, possiamo dire che la Circolare non ha tradito se stessa e che, infatti, si è riuscito a porre rimedio ad alcune delle questioni dibattute durante la stesura di questo capitolo.

<sup>68</sup> Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 47939

<sup>69</sup> *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), 67, reperibile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>70</sup> Circolare DAP 2 novembre 2015 prot. 0366755.

<sup>71</sup> Per una completa ed approfondita disamina della Circolare, V. MANCA, *il DAP riorganizza il 41-bis: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>72</sup> Finalità espressa nella premessa del documento, Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

Iniziando dal profilo degli interlocutori dei detenuti, non si riusciva ad inquadrare la figura dei Garanti locali dei diritti delle persone detenute.

Secondo l’interpretazione letterale delle circolari n. 618/6068 del 2 aprile 2009 e n. 3651/6101 del 7 novembre 2013, i Garanti hanno la possibilità di vistare senza autorizzazione l’istituto penitenziario ma qualora i detenuti volessero fermarsi ad interloquire in maniera approfondita con loro, non bastandogli questo fugace scambio di battute in occasione della visita, si applicherà la disposizione contenuta nel comma 2-*quater*, lett. b), dell’art. 41-*bis* OP.

In merito all’interpretazione di queste circolari si sono formate, come abbiamo sopra descritto, due diverse linee di pensiero, una più aderente al testo della normativa regolamentare e l’altra più rispettosa dei principi per cui i colloqui svolti fra detenuto e garante in occasione delle visite *ex art* 67 OP non debbono essere ritenuti sostitutivi dei colloqui svolti con i familiari *ex art*. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b).

Sul punto l’art. 16.6 della Circolare summenzionata ha accolto il secondo orientamento e ha statuito che “*i garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, possono accedere in istituto per effettuare le visite ex art 67 OP, con possibilità di incontrare detenuti/internati 41 bis. Tali incontri non incidono sulla determinazione del numero dei colloqui cui il detenuto/internato ha diritto ex art. 41 bis, comma 2 quater, lett. b)*”<sup>73</sup>.

Riguardo poi le modalità di colloqui personali, i dubbi attecchivano in generale a come si poteva declinare la deroga alla regola del vetro divisorio prevista in favore dei figli minori di dodici anni.

In merito a questa controversia questione è intervenuto l’articolo 16: “*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, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall’altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell’A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare*”.

Come si può leggere, questa disposizione, pone rimedio a due dei tre profili di criticità segnalati nel paragrafo 3.2. A seguito di questa Circolare, il parente minore di anni dodici può infatti svolgere l’incontro col proprio caro, detenuto al regime di 41-*bis*, per tutta la durata del colloquio, posto che la fruizione dell’ora di colloquio senza vetro divisorio non è più subordinata al fatto che gli altri parenti, dai tredici anni in poi, escano dalla sala colloquio.

Riguardo al terzo problema, quello dell’estendibilità della disciplina di favore prevista per i nipoti *ex filio* minori di anni dodici, ai nipoti *ex fratre*, l’amministrazione penitenziaria ha dato parere negativo. Questi ultimi, sono stati però riconosciuti come “familiari” dalla tabella allegata all’articolo 16, cosicché potranno andare a trovare i propri parenti, ma dovranno stare “al di qua” del vetro divisorio.

La Circolare del 2017 poi, all’articolo 16.2, va a disciplinare i “colloqui telefonici”.

<sup>73</sup> Art. 16.6 Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

Ebbene, riguardo questo profilo non si segnala alcuna novità sostanziale, ma una mera recezione della prassi ormai consolidata. Sono tuttora attuali quindi i dubbi di legittimità, poc'anzi sollevati e riguardanti sia il periodo di sei mesi necessario per poter usufruire di questo mezzo di comunicazione, che l'ingiustificata "posologia" che fissa, nel caso non si fosse svolto l'incontro personale mensile, il limite massimo di un colloquio telefonico al mese della durata di dieci minuti<sup>74</sup>.

### **6. I permessi ex articolo 30 ord. pen. fruibili dai detenuti al 41-bis**

Risulta, infine, d'obbligo dare atto, almeno brevemente, di un altro istituto giuridico presente nel nostro ordinamento penitenziario all'art. 30 e rubricato "*permessi*".

Questa disposizione consente ai detenuti, nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare, di un convivente ed in non meglio altri (non) specificati "*eventi di particolare gravità*", di godere, a seguito del vaglio del Magistrato di sorveglianza competente e del pubblico ministero, del permesso di recarsi a visitare, con le cautele previste dal regolamento, il congiunto<sup>75</sup>.

Tale disposizione, inserita all'epoca dell'elaborazione dell'ordinamento penitenziario e modificata con la Legge n. 450/1977 con cui si è introdotto il secondo comma, va a porre rimedio sia alla necessità di dare disciplina legislativa ai brevi permessi di uscita dall'istituto penitenziario per gravi esigenze familiari del detenuto, sia all'opportunità di attenuare l'isolamento derivante dalla vita carceraria mediante la concessione di brevi uscite destinate a favorire il mantenimento delle relazioni familiari e sociali<sup>76</sup>.

Fatte tali premesse, l'istituto dei "*permessi*" risulta tutt'oggi, anche seguito dell'intervento legislativo del 1977<sup>77</sup> e della pronuncia della Corte Costituzionale del 1984<sup>78</sup>, un istituto ibrido, che continua a non poter essere annoverato né fra i benefici premiali, né fra gli strumenti del trattamento, essendo prima di tutto un mezzo "*diretto ad evitare, per finalità di umanizzazione della pena, che all'afflizione propria della detenzione si sommasse inutilmente quella derivante all'interessato dall'impossibilità di essere vicino ai congiunti, o di adoperarsi in favore dei medesimi, in occasione di particolari avverse vicende della vita familiare*"<sup>79</sup>.

Alla luce di ciò, risulta chiaro, dunque, che la disposizione in esame non si pone in contrasto con la legislazione penitenziaria antimafia che subordina, per i ristretti ex art. 41-bis OP, la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la Giustizia ex art. 58-ter; sicché

<sup>74</sup> "More specifically, the Committee recommends that steps be taken to ensure that all prisoners subjected to the "41-bis" regime are: - provided with a wider range of purposeful activities and are able to spend at least four hours per day outside their cells together with the other inmates of the same living unit;- granted, as a basic standard, an open visit of one hour per week; any restrictions as to the length or open nature of the visit, such as the use of screens, should be based on an individual risk assessment; - granted the right to accumulate unused visit entitlements; - allowed to make at least one telephone call every month, irrespective of whether they receive a visit during the same month" in *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 April 2016*, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>75</sup> V. F. FIORENTIN, *I permessi ordinari, la competenza a provvedere sulla domanda di permesso ordinario*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>76</sup> L. AMERIO – V. MANCA, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 OP sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

<sup>77</sup> Legge 20 luglio 1977, n. 450, *Modifiche al regime dei permessi ai detenuti ed agli internati previsto dall'art. 30 della legge 26 luglio 1975*, n. 354.

<sup>78</sup> Corte cost., 2 febbraio 1984 n. 77, depositata in cancelleria il 29 marzo 1984, in <http://www.giurcost.org/>.

<sup>79</sup> Cass. pen., 18 aprile 2016, n. 15953.



un detenuto ristretto in questo speciale regime detentivo, sia in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, che in caso di non meglio specificati eventi di particolare gravità, potrà chiedere al Magistrato di sorveglianza, che gli sia concesso un permesso *ex art. 30 OP*.

Rimane ora da comprendere cosa significhi “*evento di particolare gravità*”.

Parte della Giurisprudenza, valorizzando, più che altro, il peso dell’aggettivo “grave”, il cui significato rimanda “*in sé l’idea di un male*”<sup>80</sup>, subordina la concessione del permesso di necessità unicamente al verificarsi di circostanze oltremodo drammatiche e luttuose.

Di contro però, recente Giurisprudenza, anche di legittimità, ha iniziato a fornire una lettura più ampia e completa del requisito della “particolare gravità” dell’evento familiare, rilevando come “*tra gli eventi famigliari di particolare gravità ai quali è subordinata la concessione dei permessi, cui si riferisce l’art. 30, comma 2, OP, rientrano non soltanto eventi luttuosi o drammatici, ma anche avvenimenti eccezionali, e cioè non usuali, particolarmente significativi nella vita di una persona, perché idonei ad incidere profondamente nel tratto esistenziale del detenuto e pertanto nel grado di umanità della detenzione e nella rilevanza per il suo percorso di recupero*”<sup>81</sup>.

Proprio secondo questa logica è concedibile un permesso-ordinario, anche ad un detenuto al 41-bis in procinto di diventare padre: “*La nascita di un figlio pur non costituendo, per il genitore, un evento (necessariamente) irripetibile (...) rappresenta un evento emozionale di natura eccezionale e insostituibile. Non può negarsi, del pari, la natura fortemente coinvolgente dell’evento-parto in sé (...) sotto il profilo della intensità emotiva che normalmente caratterizza la partecipazione del padre alla nascita di un figlio, anche sotto il profilo della preoccupazione contestuale per la salute tanto della madre quanto del bambino, concorrendo a conferire quel carattere di eccezionalità e di inusualità che concretizza la particolare gravità dell’evento familiare postulata dall’art. 30 comma 2 ord. pen tale da realizzare un unicum indelebile nella sua esperienza di vita*”<sup>82</sup>.

In tale solco giurisprudenziale è inquadrabile la modifica dell’art. 30 OP prospettata dallo schema di decreto legislativo attuativo della legge delega n. 103/2017<sup>83</sup> che, in relazione alla disciplina dei permessi ordinari (di necessità), contempla la possibilità di concedere permessi, oltre che per i summenzionati eventi familiari di particolari gravità, anche per situazioni di “particolare rilevanza”, estendendo una volta per tutte la possibilità di concedere i permessi *ex articolo 30* non solo in presenza di situazioni negative, ma anche per eventi lieti che vanno ad incidere in maniera rilevante sulla vita del detenuto e sulle sue relazioni interfamiliari<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> “GRAVE.” Def. 2d vocabolario *online* Treccani, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>81</sup> Cass. pen., 18 aprile 2016, n. 15953.

<sup>82</sup> Cass. pen., 26 maggio 2017, n. 4842. Per un più completo ed attento commento sulla Sentenza v. V. MANCA, *Permesso di necessità per la nascita del figlio: può essere concesso anche all’ergastolano*, in <http://www.quotidianogiuridico.it>.

<sup>83</sup> Art. 25 lett. l) atto del Governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante riforma dell’ordinamento penitenziario riforma dell’ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83, 85, lettere a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), e), s), t), e u) della Legge 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>84</sup> L. AMERIO – V. MANCA, *L’incidenza della particolare gravità dell’evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 OP sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

È bene dire che tale modifica legislativa non è ancora stata adottata. Nonostante il Governo abbia emanato i tre decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>85</sup>, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017, infatti, non tutte le deleghe per la riforma dell'ordinamento penitenziario, conferite al Governo, sono state esercitate.

In particolare, con il cambio di legislatura, la nuova maggioranza ha ritenuto di non esercitare la delega per la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, nell'ottica di una loro più ampia applicazione (art. 1, comma 85, lett. b), la delega per la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari (lett. d) ed e) e, la delega inerente la giustizia riparativa e alla mediazione reo-vittima, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative (lett. f).

Non entrando nel merito delle deleghe non esercitate dalla Maggioranza di Governo e di questa occasione perduta, è opportuno rilevare però che, per quanto riguarda il progetto di riforma attinente ai permessi di cui all'articolo 30 OP in relazione ai ristretti al 41-*bis*, è forse un bene che lo schema di decreto che andava ad aggiungere alla categoria dei permessi per eventi di particolare gravità, la categoria dei permessi per ragioni di “particolare rilevanza”, non sia diventata legge.

Come sopra fugacemente accennato, infatti, procedendo dall'assioma che l'istituto dei permessi non attiene né ai benefici penitenziari né al trattamento penitenziario, si è giunti ad ammettere che anche ai reclusi al cd. carcere duro possano essere concessi dei permessi per eventi di particolare gravità (sia in senso negativo che in senso positivo).

Qualora però passasse la modifica legislativa in questione, posto che, alla lettera l) dell'articolo 25 dello schema di decreto attuativo, si prevede che l'istituto dei permessi per particolare rilevanza non si applichi ai detenuti e agli internati sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis*, questa categoria di persone non sarebbe più ammessa ad usufruire sia dei permessi per eventi positivi che quelli per eventi negativi, e potrebbe beneficiare soltanto dei permessi per episodi luttuosi e di particolare gravità.

Tale impianto normativo però sarebbe totalmente paradossale, ponendosi in contrasto con il diritto vivente di formulazione pretoria che, con non poca fatica, è riuscito ad interpretare la disposizione dell'art. 30 OP in linea con i principi della nostra Costituzione e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, valorizzando la dimensione dell'umanità della pena e dando rilievo all'incidenza delle relazioni familiari e personali del singolo detenuto sull'esecuzione della pena<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Decreti Legislativi 2 ottobre 2018, n. 121- 123- 124.

<sup>86</sup> Sul punto, chiara e puntuale dottrina così si esprime: “In assenza di indicazioni operative, l'esclusione dei reclusi in regime del 41 -*bis* OP dalla nuova accezione estensiva della norma dell'art. 30 OP presenta, quindi, delle forti criticità applicative, nella misura in cui si dovrà stabilire l'entità di tale esclusione: partendo dalla considerazione che, alla luce della dizione testuale, i detenuti in regime di 41 -*bis* OP non potranno ottenere permessi di necessità motivati da un evento di “speciale rilevanza”, ma solo, a mente della precedente formulazione – attualmente vigente – per eventi di “particolare gravità”, non si comprende se tali detenuti potranno comunque chiedere permessi per esigenze familiari, che non siano dettate esclusivamente da motivi luttuosi e negativi, oppure, fermo restando un più pregnante e significativo onere della prova in ragione della natura eccezionale del permesso, connesso, peraltro, ad esigenze familiari di “particolare gravità”, anche per motivi felici e positivi, in linea con la recente giurisprudenza di legittimità, oppure, se al contrario, si possa leggere, nelle maglie della nuova dizione testuale, una diretta esclusione dei detenuti sottoposti al regime dell'art. 41 -*bis* OP da tutta quella gamma di situazioni strettamente connesse alla sfera familiare della persona che abbiano una particolare rilevanza per il singolo detenuto, ma che non assurgano allo stato di eccezionalità, come richiesto dall'art. 30 OP Sia che si guardi alla prima interpretazione, sia che si consideri la seconda ipotesi, molto più restrittiva, non può non evidenziarsi un difetto di ragionevolezza e proporzionalità, rilevante, ai sensi dell'art.

## 7. La grande Contraddizione

Giunti a conclusione di questo capitolo, è opportuno sottolineare che il tema trattato risulta di particolare complessità, stante il difficile bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto. Da un lato, abbiamo il diritto alla vita privata e familiare, avente copertura Costituzionale *ex artt.* 29 e 30, dall'altro lato, il dovere a che lo Stato tuteli l'ordine pubblico prevenendo la commissione di reati e tutelando l'autoconservazione del nostro ordinamento<sup>87</sup>.

Il problema del bilanciamento fra i due interessi in gioco, diventa poi ancor più complicato se si considera che il diritto ad avere contatti con i familiari è posto a fondamento del trattamento penitenziario, che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1, 15 e 28 OP, è totalmente ispirato al principio della rieducazione del detenuto, sancito dal comma 3 dell'articolo 27 della Costituzione<sup>88</sup>.

Ne viene fuori una disciplina di compromesso che, da un lato, autorizza i detenuti *ex art.* 41-*bis* ad intrattenere rapporti con i propri familiari, ma, dall'altro, li “spianta” dal territorio di appartenenza, segregandoli a centinaia di chilometri dalla propria famiglia che sarà costretta, per vedere il proprio congiunto per un'ora al mese, ad affrontare un viaggio lungo e pieno di angosce.

Il vero limite di questa normativa è da rintracciare nella contraddittorietà di un sistema che, per un verso, tenta di rieducare il detenuto secondo i classici dettami previsti dall'articolo 15 OP (dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia) ma che, per altro verso, guarda al nucleo familiare del ristretto con diffidenza, quasi a considerarlo, in automatico, il luogo in cui il sodalizio si costituisce e si rafforza<sup>89</sup>.

Posti di fronte a questa *impasse* autorevoli autori sono giunti perfino a dubitare della funzione rieducativa della pena per i soggetti detenuti al 41-*bis*: “*La storia ci ha insegnato che la rieducazione di un mafioso è difficile da valutare e che i vincoli con Cosa Nostra o con le altre organizzazioni sono inscindibili. Per questa ragione la legge finora ha ritenuto che*

---

3 Cost. sotto il profilo del principio di uguaglianza, non sufficientemente motivato da contro interessi, antagonistic, quali, l'interesse pubblico primario della prevenzione e difesa sociale, dato, che, nel caso dei permessi di necessità, si tratterebbe di dare rilievo a situazioni assolutamente particolari ed eccezionali, che prescindono di per sé dalla stessa finalità rieducativa e di reinserimento sociale e riguardano più propriamente la sfera intima e personale di ogni detenuto, che, anche se in stato di reclusione, non può rinunciare a mantenere saldo il proprio legame con gli affetti più cari, unica speranza di una vita comunque dignitosa.” L. AMERIO – V. MANCA, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 OP sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 4.

<sup>87</sup> F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra i diritti fondamentali*, in, *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2013, 2180.

<sup>88</sup> Si suole ancora distinguere il trattamento penitenziario quale insieme delle particolari modalità secondo le quali si svolge, all'interno degli istituti penitenziari, la vita quotidiana delle persone ristrette, dal trattamento rieducativo che rende concreto sul piano normativo l'impegno codificato nella carta costituzionale all'art 27 comma 3. Tale obiettivo viene perseguito tramite l'adozione di metodologie e prassi finalizzate a modificare la personalità del condannato sempre rispettando il principio di laicità dell'ordinamento giuridico, cui sono estranee valutazioni afferenti alla sfera morale o religiosa. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, 164.

<sup>89</sup> La ricerca criminologica ha sintetizzato i tratti psico-antropologici del “pensare mafioso”, riconducibili alla relazione complessa individuo-famiglia e società, essendo questo ereditato e trasmesso in seno alla famiglia; I. FIORE, *La famiglia nel pensare mafioso* in G. Lo Verso (a cura di), *La mafia dentro. Psicologia e psicopatologia di un fondamentalismo*, Milano, 2002, 54.

*l'unica prova di rottura con l'ambiente criminale sia la scelta della collaborazione con la giustizia*"<sup>90</sup>.

Ad avviso di chi scrive, però, non si può concordare con questa visione dell'istituto.

Forse la rieducazione dei detenuti per mafia, non passa, necessariamente, dai rapporti con la famiglia di appartenenza, che spesso rappresenta un modello antagonista rispetto ai valori di solidarietà, lealtà e probità del vivere civili; forse questa può essere raggiunta solamente tramite un lungo percorso di reinserimento culturale nella nostra società che, paradossalmente, non passa da un allontanamento netto dalla famiglia.

---

<sup>90</sup> A. MASCALI, *Intervista a Sebastiano Ardita. "Permessi e benefici ai mafiosi, la nuova legge non va*, nel *Fatto Quotidiano*, 27 settembre 2016, <http://www.ristretti.org>.

## **41-bis: perquisizioni, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare**

di *Roberto Zunino\**

**ABSTRACT:** Vi sono aspetti e momenti della vita detentiva nei quali, o per una ragione o per un'altra, essere sottoposti al “carcere duro” fa la differenza. Il presente contributo tratta di due casi significativi: quello delle perquisizioni e quello dell'interazione tra 41-bis e altri istituti restrittivi. Quanto alle perquisizioni, si concentra sulle peculiarità che le stesse presentano in materia di 41-bis, sotto il profilo della loro funzione e dei loro limiti, nonché sulle modalità con cui vengono eseguite, con particolare attenzione alle perquisizioni con denudamento. Quanto all'interazione con altri istituti restrittivi, si sofferma sulla sovrapposizione tra 41-bis, isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare, sull'ammissibilità della loro congiunta applicazione e sui relativi limiti.

### **41-bis: searches, disciplinary isolation and special surveillance regime**

**ABSTRACT:** *There are aspects and moments of prison life in which being subjected to “hard imprisonment” makes the difference. This paper deals with two significant examples, such as body searches and the interaction between 41-bis and other restrictive measures. About body searches, it focuses on the peculiarities that they present related to 41-bis matter, in terms of their function and their limits, and on the ways they are conducted, with particular reference to body searches that involve undressing. About interaction with other restrictive measures, it focuses on the overlap between 41-bis, solitary confinement as a disciplinary sanction and particular surveillance regime, on the admissibility of their joint application and on their limits.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Perquisizioni e 41-bis: funzioni e limiti – 3. Le modalità di perquisizione: in particolare quelle con denudamento – 4. Le perquisizioni con denudamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – 5. 41-bis più isolamento disciplinare – 6. 41-bis più regime di sorveglianza particolare – 7. 41-bis più isolamento disciplinare più regime di sorveglianza particolare

#### **1. Premessa**

Il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41-bis, commi 2 e ss., OP rappresenta la “valvola a saracinesca” di cui l'ordinamento penitenziario si serve allo scopo di interrompere il flusso di comunicazioni tra il detenuto per reati riconducibili al crimine organizzato e la compagine delinquenziale di sua provenienza.

L'applicazione dell'istituto comporta la sospensione delle ordinarie regole del trattamento e dunque una serie di restrizioni che operano sia sul piano della socialità interna, sia sul piano dei rapporti con l'esterno. Per restare solo a quelle previste specificamente dal testo di legge: i colloqui vengono limitati ad uno al mese, si svolgono in locali muniti di vetro divisorio a



tutta altezza, sono audio e video-registrati, e preclusi a persone diverse da famigliari e conviventi, salvo casi eccezionali; le telefonate vengono concesse soltanto in alternativa al confronto *vis-à-vis*; alla corrispondenza è applicato il visto di censura; è disposta la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno, nonché l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati; la permanenza all'aria aperta è limitata ad un massimo di due ore giornaliere e si svolge in gruppi di socialità non superiori a quattro persone.

La sottoposizione a queste misure determina, per i detenuti al 41-*bis*, una profonda deroga all'ordinario regime. Tuttavia le peculiarità del loro trattamento penitenziario non finiscono qui. Oltre alle singole restrizioni, infatti, vi sono aspetti e momenti della vita detentiva nei quali, o per una ragione o per un'altra, essere sottoposti al “carcere duro” fa la differenza.

Tra i molti esempi che si potrebbero fare, sicuramente significativo è quello delle perquisizioni. Si tratta, infatti, di un settore che riguarda sì la generalità della popolazione carceraria, ma che, in relazione a chi è detenuto in regime speciale, assume senz'altro connotati particolari: tanto sotto il profilo della funzione, che finisce per coinvolgere non solo obiettivi di sicurezza interna, ma anche obiettivi di sicurezza pubblica; quanto sotto il profilo delle modalità, essendo piuttosto frequente il ricorso a perquisizioni con denudamento.

Esempio altrettanto significativo è dato da quei casi in cui il detenuto al 41-*bis* viene sottoposto ad ulteriori istituti restrittivi, come l'isolamento disciplinare o il regime di sorveglianza particolare. Questi istituti restrittivi, infatti, si sovrappongono al “carcere duro”, e vanno, dunque, ad interferire con un regime trattamentale che non è quello ordinario, ma che, all'opposto, comporta già di per sé forti limitazioni. Il che finisce per erodere anche quel residuo di libertà che il 41-*bis* da solo non intacca.

Si potrebbero fare altri esempi. Limitiamoci però a questi due, e vediamone più da vicino i singoli aspetti.

## 2. Perquisizioni e 41-*bis*: funzioni e limiti

In tema di “carcere duro”, le perquisizioni sono oggetto di particolare attenzione da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

Le circolari ministeriali in materia, infatti, stabiliscono numerose disposizioni al riguardo. E lo stesso fanno i regolamenti interni dei ‘reparti 41-*bis*’, approvati nell'ambito dei singoli istituti penitenziari. Essi, in genere, prevedono che il detenuto nei cui confronti è applicato il regime speciale sia sottoposto ad ordinaria perquisizione in sede di primo ingresso in istituto; ogniqualvolta, per qualsiasi legittimo motivo, esca, ovvero prima della dimissione; nonché in occasione delle consentite movimentazioni interne, e specialmente all'atto dell'uscita dalla camera detentiva o dalla sezione (anche per recarsi in videoconferenza), all'atto del rientro nelle stesse, prima e dopo la permanenza all'aperto, prima e dopo i colloqui con familiari, operatori penitenziari, magistrati o difensori<sup>1</sup>. Peraltro, fuori da tali ipotesi, il detenuto può essere perquisito, in via straordinaria, ai sensi dell'art. 74 reg. esec., su ordine del direttore ovvero, in caso di particolare urgenza, su iniziativa del personale, il quale informa immediatamente il direttore, specificando i motivi che hanno determinato l'urgenza.

\* Dottore in giurisprudenza, laureato presso l'Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> Cfr., per alcune indicazioni in merito, Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, consultabile in [questa Rivista](#), nonché in [Dir. pen. cont.](#) con nota di V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*.

Il perché di questa particolare attenzione verso le perquisizioni si spiega considerando la funzione che le stesse sono chiamate a svolgere là dove ad essere perquisito sia un soggetto sottoposto al 41-*bis*.

Quando si tratta di detenuti in regime ordinario, infatti, il ricorso al controllo sulla persona è volto, pressoché esclusivamente, a salvaguardare il regolare svolgimento della vita quotidiana in carcere: cioè, ad esempio, a prevenire il rischio che armi, oggetti atti ad offendere o comunque proibiti per ragioni di disciplina, ovvero altre cose o sostanze vietate, possano essere introdotte all’interno dell’istituto e detenute da chi vi è ristretto<sup>2</sup>.

Invece, in relazione a chi è sottoposto alla sospensione delle ordinarie regole del trattamento, l’esercizio del potere di perquisizione non serve solo per fronteggiare manifestazioni di pericolosità penitenziaria, ma anche per impedire contatti con la criminalità organizzata, in una logica di salvaguardia della “tenuta stagna” del regime speciale. Pensiamo al caso in cui un soggetto detenuto al 41-*bis* occulti sulla propria persona un “pizzino”, suscettibile, in quanto tale, non già di rappresentare un pericolo per l’ordine interno, bensì di formare oggetto di scambio con l’esterno in violazione della disciplina sul visto di censura. In casi come questo, il ricorso alla perquisizione è motivato da ragioni non di sicurezza interna ma di sicurezza pubblica, ed è dunque finalizzato a contrastare manifestazioni di pericolosità sociale.

Tale diversa, ulteriore funzione che il controllo sulla persona è chiamato a svolgere non trova alcun espresso riscontro legislativo, né alcun esplicito conforto nella circolare ministeriale relativa all’organizzazione del circuito detentivo speciale<sup>3</sup>. Può tuttavia ricavare un solido addentellato normativo nell’art. 34 OP, secondo cui «i detenuti e gli internati possono essere sottoposti a perquisizione personale per motivi di sicurezza». Di fronte a detenuti al 41-*bis*, infatti, i «motivi di sicurezza» ai quali fa riferimento la norma devono essere interpretati in considerazione della *ratio* del “carcere duro”, e rapportati all’esigenza non solo di garantire l’ordinato svolgimento della vita quotidiana in carcere, ma anche di impedire contatti con la criminalità organizzata, come logica conseguenza dello scopo di prevenzione perseguito dal regime speciale loro applicato.

Per vero, lo stesso art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a), OP apre all’adozione di generiche «misure di elevata sicurezza interna ed esterna», finalizzate a prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate. Tale disposizione, in quanto disposizione “a maglie larghe”, potrebbe essere richiamata anche nel settore delle perquisizioni. Tuttavia sembra opportuno non scomodarla. Infatti, proprio per via della sua natura di “norma in bianco”<sup>4</sup>, conviene non riconoscerle il potere di incidere *in peius* sui diritti del detenuto, poiché, diversamente, si rischierebbe di farla diventare il facile “grimaldello” capace di scardinare ogni posizione soggettiva riconosciuta dall’ordinamento alla persona *in vinculis*. Meglio, allora, guardare al solo art. 34 OP, interpretato alla luce dello scopo preventivo del regime speciale.

<sup>2</sup> V., per tutti, F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 810.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, cit.

<sup>4</sup> Sulla qualificazione della disposizione in esame come “norma in bianco” v. i fondamentali contributi di S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, 106; ID., *Il nuovo regime dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, 17; L. CESARIS, sub *art. 41-bis ord. penit.*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. Della Casa), Padova, 2015, 458.

La funzione di impedire al detenuto sottoposto al “carcere duro” di comunicare con l’esterno in violazione della disciplina dettata dall’art. 41-*bis* OP spiega, dunque, l’importanza che il potere di perquisizione assume in questa materia, in uno con la particolare attenzione che l’Amministrazione penitenziaria gli riserva.

Non si tratta, peraltro, di un potere privo di limiti.

La sottoposizione del detenuto al controllo sulla persona, infatti, come affermato dalla Corte costituzionale<sup>5</sup>, deve sempre e comunque rispondere ad obiettivi di sicurezza – interna o pubblica che sia – e non può avvenire *ad libitum* delle autorità. In particolare, non può giustificarsi in chiave meramente afflittiva, né può legittimarsi sulla base della sola pericolosità sociale di cui il soggetto al 41-*bis* è espressione, in assenza di qualsiasi potenziale occasione di pericolo per l’ordine interno o di contatto col mondo esterno. E, in ogni caso, deve avvenire nel rispetto dei diritti inviolabili della persona, non potendo tradursi in una violenza fisica o morale, o in un trattamento umiliante o degradante.

Il tutto esige che l’attività dell’Amministrazione venga motivata e documentata, in conformità ai principi di trasparenza e buon andamento che la governano<sup>6</sup>. È pertanto richiesta una forma di documentazione dell’avvenuta perquisizione, che dia conto dell’identità di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto e assistito, delle circostanze di luogo e di tempo, del suo fondamento giustificativo (dato dal ricorrere dei casi ordinari o dall’esistenza dell’ordine del direttore o dalle ragioni di particolare urgenza, specificate nell’informazione immediata data al direttore), nonché delle modalità con le quali è avvenuta, in particolare nel caso in cui si ritenga di dover ricorrere a modalità straordinarie o che comportino un’ispezione corporale.

La perquisizione ritenuta ingiustificata o arbitraria, o comunque passibile di incidere sui diritti della persona *in vinculis*, può essere impugnata in giudizio. Infatti, sebbene non sia necessario l’intervento preventivo o di convalida da parte dell’Autorità giudiziaria, il detenuto può sempre far valere, direttamente e pienamente, innanzi al giudice, l’eventuale illegittimità della misura, dal momento che ad ogni posizione soggettiva protetta dall’ordinamento giuridico corrisponde il diritto inviolabile alla sua tutela in sede giurisdizionale<sup>7</sup>. Del resto: *ubi ius, ibi remedium*. Così, ad esempio, se un soggetto al 41-*bis* viene sistematicamente perquisito in ragione del mero e astratto riferimento alla sua pericolosità sociale, al di fuori di ogni potenziale occasione di pericolo non solo per l’ordine interno ma anche di contatto col mondo esterno, può proporre reclamo e agire in giudizio al fine di ottenere una pronuncia che inibisca tale attività.

---

<sup>5</sup> Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, con note, tra gli altri, di M. RUOTOLO, *L’effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, f. 6, 4140; K. MAMBRUCCHI, *Perquisizioni in carcere e diritti dei detenuti: verso il «giusto processo»* in *executivis*, *ivi*, 4140; G. TAMBURINO, *Osservazioni alla sentenza della Corte Costituzionale 22 novembre 2000, n. 526*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, f. 1-3, 224; G. LA GRECA, *Perquisizione personale del detenuto: giurisprudenza costituzionale e conseguenti disposizioni amministrative*, in *Il foro it.*, 2001, f. 5, pt. 1, 1464; T. CECCARINI, *Costituzione e perquisizione dei detenuti*, in *Riv. pen.*, 2002, f. 4, 320.

<sup>6</sup> Così Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit., le cui indicazioni sono state recepite dall’Amministrazione penitenziaria con Circolare DAP, 16 febbraio 2001, n. 3542/5992.

<sup>7</sup> Ancora, Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit., che, sul punto, si rifà alla propria giurisprudenza ed in particolare a Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212 e Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

Questa possibilità d’impugnazione, peraltro, deve combinarsi con lo schema delineato dagli artt. 69, comma 2, lett. *b*) e 35-*bis* OP<sup>8</sup>. E da ciò possono sorgere problemi a seconda del tipo di pregiudizio che il detenuto lamenta.

Un conto è se, ad esempio, si duole di essere perquisito in modo routinario, ogniqualvolta si sposta da un locale “bonificato” ad un altro, in difetto di quelle ragioni di sicurezza che invece l’art. 34 OP richiede affinché possa procedersi all’intervento *in corpore*. In tal caso, fa valere un pregiudizio connotato dai caratteri dell’attualità e della gravità, derivante dall’inosservanza delle regole che presiedono il potere di perquisizione e che ne subordinano l’esercizio al ricorrere di esigenze di sicurezza. Di conseguenza, in ipotesi siffatte, impugnata la misura e accertata l’illegittimità della stessa, il detenuto ottiene dal magistrato di sorveglianza un provvedimento che ordina all’Amministrazione di cessare l’intervento routinario non motivato<sup>9</sup>.

Diverso è se lamenta di aver subito una sola perquisizione illegittima, eseguita in contrasto agli artt. 34 OP e 74 reg. esec. In questo caso fa valere un pregiudizio certamente grave e derivante dalla violazione di disposizioni previste dall’ordinamento penitenziario, ma non attuale, in quanto già del tutto “consumato”. Sicché al giudice, rilevato il difetto del requisito di attualità della violazione, non resta che dichiarare inammissibile il reclamo. Si tratta, come già evidenziato dalla dottrina<sup>10</sup>, di uno dei *bug* più macroscopici della normativa sul reclamo giurisdizionale, che proprio nel delicato settore delle perquisizioni manifesta i suoi effetti più critici.

### 3. Le modalità di perquisizione: in particolare quelle con denudamento

Nella prassi si sono consolidate diverse modalità di perquisizione, più o meno invasive.

All’ordinaria perquisizione manuale si è affiancata quella eseguita mediante l’utilizzo di *metal-detector*, da praticare, secondo la logica del minimo sacrificio necessario, ogniqualvolta il suo impiego possa soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza che queste misure mirano a salvaguardare. L’art. 74, comma 2, reg. esec., infatti, sancisce che «la perquisizione può non essere eseguita quando è possibile compiere l’accertamento con strumenti di controllo». E

<sup>8</sup> Sull’applicabilità della disciplina del reclamo giurisdizionale in questa materia, v. M. G. COPPETTA, *sub art. 34 ord. penit.*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. Della Casa), Padova, 2015, 389.

<sup>9</sup> Tale provvedimento ha comunque un’efficacia sostanzialmente e territorialmente limitata. Immaginiamo la seguente situazione. Un detenuto al 41-*bis* viene sistematicamente perquisito con denudamento, in assenza di specifiche e prevalenti esigenze, tutte le volte che incontra il proprio difensore, e ciò in ossequio a quanto disposto dal regolamento interno dell’istituto nel quale si trova; propone allora reclamo al magistrato di sorveglianza; il magistrato di sorveglianza accoglie il reclamo e ordina che sia disapplicata la disposizione regolamentare censurata. Successivamente, il detenuto viene trasferito in un diverso istituto penitenziario, dove vige un’identica norma interna; sulla base di essa, viene sottoposto, anche qui, alla stessa attività di perquisizione; ha perciò l’interesse a che tale norma interna venga disapplicata, così come era stata disapplicata quella prevista dal regolamento interno del primo istituto. A questo fine, però, non può far valere, in sede di ottemperanza, il provvedimento del magistrato di sorveglianza ottenuto in quell’occasione: né di fronte al giudice che lo aveva emesso, né di fronte al giudice territorialmente competente in relazione all’istituto in cui egli è stato trasferito. Non è infatti ammissibile un’ottemperanza generalizzata, con effetti di natura “obliqua”, del provvedimento reso per situazioni territoriali e sostanziali distinte da quelle oggetto della regiudicanda. E quindi non è possibile far valere l’efficacia di tale provvedimento per plessi territoriali dell’Amministrazione diversi da quello destinatario del relativo *iussum*. Di conseguenza, in casi come questo, al detenuto non resta che proporre nuovo reclamo dinanzi al magistrato di sorveglianza dell’ufficio nella cui circoscrizione si trova l’istituto nel quale è stato trasferito. Sul punto, v. ampiamente Cass., Sez. I, 7 giugno 2018, n. 26071, Guarino.

<sup>10</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *sub art. 69 ord. penit.*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. Della Casa), Padova, 2015, 824.

l’Amministrazione, benché l’enunciato normativo venga declinato, secondo una criticabile tecnica<sup>11</sup>, alla forma servile (*lex dixit*: «può non essere eseguita», anziché: «non può essere eseguita»), si è orientata verso la progressiva riduzione del ricorso alle perquisizioni ordinarie, con l’obiettivo della loro completa sostituzione con sistemi tecnici alternativi<sup>12</sup>.

L’utilizzo di *metal-detector* è espressamente previsto pure per il controllo dei detenuti sottoposti al regime speciale<sup>13</sup>.

Nei loro confronti, però, è spesso praticata anche la modalità più invasiva di perquisizione: quella eseguita mediante denudamento, finanche con flessioni sulle gambe<sup>14</sup>. Come emerge dall’analisi della giurisprudenza interna e internazionale, infatti, molte delle doglianze contro questa forma di controllo *in corpore* sono state avanzate proprio da soggetti al “carcere duro”. Ciò ovviamente non significa che tale misura sia estranea al trattamento dei detenuti in regime ordinario, e adottata soltanto con riguardo a quelli sottoposti al 41-*bis*; ma può essere fortemente indicativo di come questi ultimi ne siano particolarmente esposti.

La perquisizione con denudamento, di per sé degradante e umiliante<sup>15</sup>, interferisce, più di ogni altra, con i diritti della persona. Può infatti, per ciò solo, essere percepita come un *vulnus* alla propria intimità, specialmente quando comporta l’adozione di posizioni imbarazzanti<sup>16</sup>, e come un trattamento estremamente punitivo, quantomeno nelle ipotesi in cui è impiegata sui detenuti al 41-*bis* prima o dopo i colloqui, nonostante l’assenza di contatti fisici tra gli interlocutori e la presenza di telecamere di sorveglianza<sup>17</sup>.

Non a caso, dunque, la circolare ministeriale in materia di “carcere duro” tende a configurare questa misura come *extrema ratio*. E, infatti, prevede che ad essa si possa ricorrere solo in caso di perquisizione straordinaria, ovvero quando esiste il fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti, pericolosi per l’ordine e la sicurezza dell’istituto e non rilevabili tramite il sistema tecnico di controllo. Salvo, tuttavia, ammetterne il possibile utilizzo anche nell’ipotesi di ingresso e uscita dalla struttura, per qualsiasi legittimo motivo<sup>18</sup>.

Come *extrema ratio* è, poi, chiaramente intesa dal formante giurisprudenziale. Secondo un orientamento lineare e consolidato della Corte di cassazione, infatti, la perquisizione con denudamento può essere legittimamente disposta ed eseguita solo a condizione che sia motivatamente sorretta da effettive, specifiche e prevalenti istanze di sicurezza, da valutare in riferimento alla peculiare situazione di fatto o alla pericolosità dimostrata in concreto dal detenuto, tali da non consentire l’accertamento attraverso strumenti di controllo alternativi<sup>19</sup>. La scelta della modalità più invasiva, quindi, non può basarsi sull’astratta esigenza di mantenere l’ordine interno o esterno<sup>20</sup>. Ma deve, al contrario, essere giustificabile alla luce del

<sup>11</sup> In questo senso, v. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 151.

<sup>12</sup> Ciò secondo quanto affermato dalla Circolare DAP, 16 febbraio 2001, n. 3542/5992, cit.

<sup>13</sup> V. infatti Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, cit.

<sup>14</sup> Cfr. M. G. COPPETTA, *op. cit.*, 388.

<sup>15</sup> Così Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, con nota di F. DELLA CASA, *Le perquisizioni in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 4219.

<sup>16</sup> Per questa considerazione, v. Corte Edu, 12 settembre 2009, Frérot c. Francia, n. 70204/01.

<sup>17</sup> Cfr. *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-bis (aprile 2016), 59, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>18</sup> Il riferimento è, ancora, alla Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, cit.

<sup>19</sup> Fondamentale in materia è la già citata Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit., a cui hanno fatto seguito, tra le altre, Cass., Sez. I, 16 dicembre 2008, n. 46263, Bidognetti; Cass., Sez. I, 7 aprile 2011, n. 13996, Cordi; Cass., Sez. I, 15 maggio 2014, n. 20355, Guarino; Cass., Sez. I, 30 maggio 2017, n. 27076, Zagaria.

<sup>20</sup> Cass., Sez. I, 16 dicembre 2008, n. 46263, B.A., cit.



criterio della ‘congruità dell’atto rispetto al fine cui è diretto’, da valutare di volta in volta sulla base dei parametri, obiettivamente verificabili, di ragionevole necessità o non superfluità, adeguatezza e proporzionalità<sup>21</sup>. Il tutto racchiude in sé l’idea – esplicitata dalla Suprema Corte – del doveroso temperamento tra l’esigenza di garantire l’ordinato svolgimento della vita in carcere, che determina l’esercizio del potere di coazione personale, e la necessità di salvaguardare la dignità inerente alla persona umana nel trattamento del detenuto<sup>22</sup>.

In sostanza, dunque, l’Autorità amministrativa può procedere a perquisizione con denudamento qualora non sia possibile agire con modalità differenti, e soltanto in presenza di quelle situazioni eccezionali che, sole, la legittimano. La decisione di ricorrere a questa misura è impugnabile innanzi al giudice. Il sindacato giurisdizionale, infatti, si estende anche alla scelta delle modalità, sia che si tratti di una iniziativa assunta nell’ambito dell’istituto, sia che sussistano istruzioni o segnalazioni dell’Amministrazione penitenziaria centrale, a loro volta pienamente sindacabili<sup>23</sup>. Di conseguenza il giudice può verificare che il ricorso a questa forma di perquisizione, piuttosto che ad altra meno invasiva, sia adeguatamente giustificato in relazione ai limiti sostanziali che ne perimetrano non solo l’*an* ma anche il *quomodo*<sup>24</sup>.

L’esecuzione della misura deve, in ogni caso, avvenire nel rispetto della persona e in modo tale da non lederne la dignità<sup>25</sup>. Come precisato dalla Corte costituzionale, infatti, a fronte del potere dell’Amministrazione, fondato su ragioni di sicurezza, stanno precisi diritti inviolabili del detenuto, e rimangono fermi i limiti e le garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale o di trattamenti contrari al senso di umanità, oltre che al diritto di difesa<sup>26</sup>.

In materia di 41-*bis* è stata fatta ripetuta applicazione di questi principi. Ciò soprattutto nelle ipotesi in cui la perquisizione con denudamento abbia avuto luogo prima o dopo i colloqui con il difensore, fruiti senza vetro divisorio<sup>27</sup>, ovvero all’atto della traduzione presso il centro

<sup>21</sup> Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit.

<sup>23</sup> Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit.

<sup>24</sup> Ancora Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit.

<sup>25</sup> In questi termini, v. lo *Schema di decreto legislativo recante riforma dell’ordinamento penitenziario in attuazione della legge 23 giugno 2017, n. 103*, consultabile in [questa Rivista](#), a suo tempo elaborato dalla Commissione istituita con D.M. 19 luglio 2017 e presieduta dal Professor Glauco Giostra. L’attuale formulazione dell’art. 34, comma 2, OP, per vero, dispone che «la perquisizione personale deve essere effettuata nel pieno rispetto della personalità». Come noto, però, la Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit. ha affermato che tale formula è da ritenere di portata sostanzialmente equivalente a quella contenuta negli artt. 245, comma 2 e 249, comma 2, c.p.p., i quali prevedono che «la perquisizione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto». L’interpolazione proposta dalla Commissione Giostra varrebbe dunque ad allineare il disposto normativo alle acquisizioni ormai pacifiche a cui è pervenuta la giurisprudenza. Tuttavia, questa proposta, come le altre avanzate in materia di perquisizioni, è stata abortita dai recenti D.lgs. 121, 123, 124 del 2018. Eppure non si è mancato di rilevare che un intervento di riforma in questo settore è quantomai necessario. V., in tal senso, F. DELLA CASA, *L’urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell’era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018, 4 ss. I citati D.lgs. sono consultabili in [questa Rivista](#), nonché in *Dir. pen. cont.* con note di L. CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, A. DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario* e M. RUARO, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*.

<sup>26</sup> Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit.

<sup>27</sup> Cass., Sez. I, 16 dicembre 2008, n. 46263, B.A., cit.; Cass., Sez. I, 7 aprile 2011, n. 13996, Cordi, cit.; Cass., Sez. I, 15 maggio 2014, n. 20355, Guarino, cit.; Cass., Sez. I, 30 maggio 2017, n. 27076, Zagaria, cit.

clinico esterno<sup>28</sup>, o, ancora, in occasione dell’accesso alla sala predisposta all’interno della struttura carceraria per la partecipazione ai processi a distanza<sup>29</sup>. In quest’ultima circostanza, peraltro, si è affermato che il rifiuto del detenuto di sottoporsi a tale modalità di controllo *in corpore* prima dell’ingresso nell’aula delle videoconferenze non può valere come legittimo impedimento a comparire in udienza *ex art. 420-ter c.p.p.*, ma dev’essere, al contrario, apprezzato come indicativo della scelta di non presenziare (sempre che la perquisizione sia stata legittimamente disposta)<sup>30</sup>.

Dall’elaborazione pretoria della Suprema Corte, e dalle direttive tracciate dall’Amministrazione<sup>31</sup>, emerge come la scelta in favore di una modalità piuttosto che di un’altra debba essere effettuata valutando, tra l’altro, se chi è assoggettato al controllo proviene o meno da un’area “bonificata”. La Cassazione, in particolare, ha più volte esaltato questo fattore, prendendolo in considerazione come uno degli elementi di cui tenere conto allo scopo di verificare la necessità dell’intervento *in corpore*. Non è un caso che spesso, dove ha ritenuto non necessaria la misura, ha specificato come il detenuto provenisse da un reparto già sottoposto a controlli particolarmente severi<sup>32</sup>; e che, al contrario, dove l’ha considerata necessaria e non inutilmente vessatoria, ha sottolineato come lo spazio da cui il soggetto proveniva non potesse considerarsi «luogo sicuramente “bonificato”»<sup>33</sup>.

Nel fare ciò, ha dato atto di come i detenuti sottoposti al 41-*bis* siano soggetti a permanenti forme di controllo e vigilanza anche nel corso degli spostamenti interni all’ambiente carcerario<sup>34</sup>. E da questa constatazione non si può certamente prescindere nell’orientare la scelta verso l’una o l’altra modalità di perquisizione.

#### 4. Le perquisizioni con denudamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Le perquisizioni eseguite con modalità particolarmente invasive sono suscettibili di integrare una violazione dell’art. 3 Cedu, che sancisce il divieto assoluto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti, quali che siano le condizioni e il comportamento di chi li subisce, fosse anche nelle situazioni più “difficili”, come la lotta al terrorismo o al crimine organizzato<sup>35</sup>.

Infatti, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, esse possono ritenersi legittime e conformi a questa disposizione solo se *nécessaires* e condotte con *modalités adéquates*<sup>36</sup>: vale a dire se fondate su un imperativo convincente di sicurezza, difesa dell’ordine o prevenzione dei reati<sup>37</sup>, e se eseguite in modo tale che il grado di sofferenza o umiliazione subita dal

<sup>28</sup> V. Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, n. 24715, Vitale.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit.; Cass., Sez. II, 22 novembre 2006, n. 38766, Attanasio; Cass., Sez. I, 10 marzo 2015, n. 10076, Attanasio, cit.; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 48710, Zara.

<sup>30</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 22 novembre 2006, n. 38766, Attanasio, cit.; Cass., Sez. I, 10 marzo 2015, n. 10076, Attanasio, cit.

<sup>31</sup> Circolare DAP, 16 febbraio 2001, n. 3542/5992, cit.

<sup>32</sup> Cass., Sez. I, 15 maggio 2014, n. 20355, Guarino, cit.

<sup>33</sup> Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, n. 24715, Vitale, cit.

<sup>34</sup> Cass., Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 8411, Zagaria, cit.

<sup>35</sup> Per tutte, Corte Edu, 1° marzo 2000, Labita c. Italia, n. 26722/95.

<sup>36</sup> V., in questo senso, Corte Edu, 12 settembre 2009, Frérot c. Francia, n. 70204/01; Corte Edu, 24 luglio 2001, Valaainas c. Lituania, n. 44558/98; Corte Edu, 15 febbraio 2002, Iwanczuk c. Polonia, n. 25196/94.

<sup>37</sup> Corte Edu, 20 aprile 2011, El Shennawy c. Francia, n. 51246/08; Corte Edu, 15 settembre 2010, Ciupercescu c. Romania, n. 35555/03.

detenuto non vada al di là di quello che una simile forma di ispezione corporale, ove legittimamente effettuata, già di per sé comporta<sup>38</sup>.

Per verificare la necessità della misura rilevano due parametri, relativi l'uno all'esigenza di sicurezza, discendente anche dalla pericolosità del detenuto, e l'altro alla frequenza delle perquisizioni. La misura non può quindi considerarsi necessaria, sul primo versante, se imposta, ad esempio, in mancanza di situazioni (quali il contatto con il mondo esterno o con altri detenuti) che rendano plausibile lo scambio di oggetti vietati<sup>39</sup>, ovvero nonostante il comportamento pacifico del soggetto nei cui confronti viene praticata, l'assenza di accuse per reati violenti o di precedenti penali<sup>40</sup>. Non può considerarsi necessaria, sul secondo versante – strettamente legato al primo –, se routinaria e sistematicamente praticata, pur in assenza di una concreta istanza di sicurezza<sup>41</sup>.

Al fine di valutare le modalità di esecuzione della perquisizione, invece, assumono rilievo fattori come l'identità di sesso tra chi la effettua o vi presenza e chi la subisce<sup>42</sup>, il luogo nella quale avviene (ad esempio, di fronte ad altri detenuti)<sup>43</sup>, l'atteggiamento derisorio o offensivo eventualmente tenuto nei confronti del soggetto *in vinculis*<sup>44</sup>. È infatti stretto dovere dell'Amministrazione quello di curare e sorvegliare che le circostanze ambientali in cui la perquisizione si svolge, e i comportamenti del personale che vi procede, siano in concreto rispettosi della persona e della sua inviolabile dignità<sup>45</sup>. Con la precisazione che, quanto più importante è l'intrusione nell'intimità del detenuto perquisito, tanto maggiore è la vigilanza richiesta<sup>46</sup>.

Solo a queste condizioni, le forme più invasive di perquisizione si possono ritenere compatibili con l'art. 3 Cedu. Il che, peraltro, non è sufficiente ad affermarne la completa conformità a Convenzione, giacché un trattamento che non supera quel *minimum level of severity* richiesto per integrare una violazione dell'art. 3 Cedu, è suscettibile di ricadere nel campo di applicazione dell'art. 8 Cedu<sup>47</sup>. E non v'è dubbio, sotto questo profilo, che una perquisizione con denudamento possa generalmente costituire un'interferenza al rispetto della vita privata dell'individuo. Di conseguenza, la medesima, per poter essere ammissibile, deve rispettare la

<sup>38</sup> Corte Edu, 15 febbraio 2002, Iwanczuk c. Polonia, n. 25196/94; Corte Edu, 24 luglio 2001, Valaainas c. Lituania, n. 44558/98; Corte Edu, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, n. 50901/99; Corte Edu, 4 febbraio 2003, Lorsé e altri c. Paesi Bassi, n. 52750/99. In maniera del tutto simile, la Raccomandazione Rec (2012) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul *Codice Europeo di Etica per il personale penitenziario* (adottata dal Comitato dei Ministri il 12 aprile 2012) all'art. 17 prevede che «Il personale penitenziario deve effettuare perquisizioni personali unicamente quando ciò è strettamente necessario e non deve umiliare le persone perquisite».

<sup>39</sup> Corte Edu, 12 settembre 2009, Frérot c. Francia, n. 70204/01.

<sup>40</sup> Corte Edu, 15 febbraio 2002, Iwanczuk c. Polonia, n. 25196/94.

<sup>41</sup> Corte Edu, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, n. 50901/99; Corte Edu, 4 febbraio 2003, Lorsé e altri c. Paesi Bassi, n. 52750/99; Corte Edu, 15 settembre 2010, Ciuperescu c. Romania, n. 35555/03.

<sup>42</sup> Corte Edu, 24 luglio 2001, Valaainas c. Lituania, n. 44558/98. L'art. 74 reg. esec. prevede che le operazioni di perquisizione siano effettuate dalla polizia penitenziaria, alla presenza di un appartenente a tale Corpo di qualifica non inferiore a vice-sovrintendente, e che il personale che le effettua, così come quello che vi presenza, sia del medesimo sesso del soggetto da perquisire.

<sup>43</sup> Corte Edu, 19 maggio 2009, Malenko c. Ucraina, n. 18660/03; Corte Edu, 31 gennaio 2014, S.J. c. Lussemburgo (n. 2), n. 47229/12.

<sup>44</sup> Corte Edu, 15 febbraio 2002, Iwanczuk c. Polonia, n. 25196/94.

<sup>45</sup> In questo senso, anche Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Edu, 12 settembre 2009, Frérot c. Francia, n. 70204/01, nonché Corte cost., 22 novembre 2000, n. 526, cit.

<sup>47</sup> Per tutte, Corte Edu, 26 settembre 2006, *Wainwright c. Regno Unito*, n. 12350/04.

cd. clausola di limitazione: deve, cioè, soddisfare le tre condizioni di legalità, finalità legittima e necessità in una società democratica<sup>48</sup>.

Le perquisizioni eseguite nei confronti dei detenuti sottoposti al 41-*bis* sono state ripetutamente oggetto di ricorso alla Corte di Strasburgo, in quanto considerate incompatibili con l’art. 3 della Convenzione e, in particolare, con il divieto di trattamenti inumani o degradanti<sup>49</sup>.

Questa incompatibilità, però, non è mai stata diagnosticata dalla Corte.

In alcuni casi, le doglianze non sono state supportate da adeguati elementi probatori, sicché non è stato possibile accertare, con i crismi dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio», se il ricorrente fosse stato sottoposto a trattamenti sufficientemente gravi da rientrare nel campo di applicazione dell’art. 3 Cedu<sup>50</sup>.

In altri casi, invece, le perquisizioni sono state ritenute legittime, sia perché necessarie, sia perché condotte con modalità adeguate. Sotto il primo profilo, si è argomentato come gli interventi *in corpore* non fossero routinari e fossero conferenti con esigenze di sicurezza, date vuoi dalla pericolosità del detenuto, vuoi dal fatto che lo stesso avesse avuto colloqui con familiari, avvocati, magistrati di sorveglianza, o avesse partecipato alle udienze tramite videoconferenza. Sotto il secondo profilo, si è evidenziato come tali perquisizioni siano state eseguite in modo da non umiliare chi vi era sottoposto, o da non trattarlo in maniera incompatibile con la tutela della sua dignità umana<sup>51</sup>.

L’esposizione svolta ci consente di cogliere un importante dato di fondo. Dinanzi a perquisizioni effettuate con modalità particolarmente invasive, tanto la Cassazione quanto la Corte europea dei diritti dell’uomo – seppur nell’ambito di giudizi aventi caratteristiche molto diverse – muovono dall’idea del doveroso bilanciamento tra l’esigenza di sicurezza, da un lato, e la salvaguardia della persona, dall’altro. Due interessi contrapposti, questi, e in eterna dialettica, che in materia di 41-*bis* trovano un terreno di “scontro” costante, a cui le perquisizioni evidentemente non fanno eccezione.

Il problema ricorrente, in definitiva, è sempre quello di stabilire un punto di equilibrio tra le opposte istanze di difesa sociale e di tutela del singolo individuo. Il tutto nella consapevole impossibilità di soddisfare interamente entrambe<sup>52</sup>, e fermo, in ogni caso, il divieto di trattamenti inumani o degradanti.

### 5. 41-*bis* più isolamento disciplinare

Isolamento disciplinare e regime di sorveglianza particolare sono due istituti tra loro profondamente diversi, sia dal punto di vista strutturale, che dal punto di vista funzionale. Ma rispondono entrambi a manifestazioni di pericolosità penitenziaria<sup>53</sup>, intesa come capacità,

<sup>48</sup> Corte Edu, 15 settembre 2015, Milka c. Polonia, n. 14322/12; Corte Edu, 10 ottobre 2013, Voloshyn c. Ucraina, n. 15853/08; Corte Edu, 20 maggio 2012, Julin c. Estonia, nn. 16563/08, 40841/08, 8192/10 e 18656/10.

<sup>49</sup> Per tutti, C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell’ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, f. 3, p. 197.

<sup>50</sup> Corte Edu, 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia, n. 35086/02; Corte Edu, 24 settembre 2015, Paolello c. Italia, n. 37648/02, con nota di G. PUMA, *Il regime carcerario c.d. art. 41-bis nuovamente al vaglio della Corte di Strasburgo: il caso Paolello*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, f. 1, p. 240.

<sup>51</sup> Corte Edu, 13 novembre 2007, Schiavone c. Italia, n. 65039/01.

<sup>52</sup> Per questa considerazione, v. L. STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficacia e garanzia*, Napoli, 1999, 120.

<sup>53</sup> Cfr. F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 811 ss.

attitudine e propensione del detenuto a turbare l’ordine e la sicurezza negli istituti<sup>54</sup>. Per questo viaggiano su binari paralleli rispetto al “carcere duro”, il quale, al contrario, sottintende una diagnosi di pericolosità sociale, dovuta al perdurante collegamento tra il soggetto *in vinculis* e l’organizzazione criminale operante sul territorio.

Tuttavia può accadere – e nella prassi accade – che questi binari vengano a sovrapporsi, qualora il detenuto al 41-*bis* ponga in essere una condotta che costituisce il presupposto per il ricorso all’isolamento disciplinare o al regime di sorveglianza particolare. Tale sovrapposizione conduce ad un cumulo di istituti restrittivi che, operando simultaneamente, sommano le loro limitazioni e, di conseguenza, comprimono in maniera ulteriore il trattamento penitenziario.

Prendiamo in considerazione l’isolamento disciplinare.

Può succedere, infatti, che un soggetto sottoposto al “carcere duro” commetta un illecito che il consiglio di disciplina intende punire con l’esclusione dalle attività in comune<sup>55</sup>. In casi come questo, alle misure previste dal 41-*bis* si aggiungono gli effetti ablatori della sanzione, cioè l’isolamento continuo per un massimo di 15 giorni e il divieto di comunicare con altri ristretti. Resta inoltre salva la possibilità di adottare limitazioni all’arredo della camera e alla sua dotazione per motivate esigenze di sicurezza, al fine di prevenire pericoli per l’incolumità del detenuto e degli operatori, nonché di chiudere il blindato ove reso necessario allo scopo di assicurare l’isolamento<sup>56</sup>.

Il problema che si pone, al riguardo, non è tanto un problema di applicazione in astratto: chi è sottoposto al “carcere duro” certamente può essere sanzionato con l’isolamento disciplinare. È piuttosto un problema di esecuzione in concreto, in quanto il cumulo tra l’uno e l’altro istituto finisce per imprimere al regime trattamentale un taglio decisamente segregante. Infatti, all’esclusione dalle attività in comune consegue un “*emprisonnement dans la prison*”<sup>57</sup> che, già di per sé, incide in modo notevole sui diritti primari della persona<sup>58</sup>, e che, a maggior ragione, accentua le sue conseguenze negative nel momento in cui si sovrappone al 41-*bis*, poiché il detenuto viene a trovarsi, ad un tempo, isolato dagli altri ristretti e limitato fortemente in quei contatti con il mondo esterno che l’isolamento disciplinare, da solo, invece non intacca<sup>59</sup>. Il che è tanto più grave quando, a fronte di plurimi provvedimenti sanzionatori, la durata dell’esclusione dalle attività in comune si protrae per più di 15 giorni, ancorché in maniera non continuativa<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Così la definisce Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, n. 31206, Cutri.

<sup>55</sup> Cass., Sez. I, 29 luglio 2011, n. 30314, Ercolano, che ha ritenuto legittima la sanzione disciplinare di otto giorni di esclusione dalle attività in comune irrogata dal consiglio di disciplina della casa circondariale di Cuneo ad un detenuto ristretto in regime speciale che aveva conversato con altro detenuto, ristretto anch’esso allo stesso regime ed appartenente a diverso gruppo di socialità, in violazione di quanto stabilito con disposizione dell’Amministrazione. La Corte ha peraltro ritenuto che l’inflizione della sanzione di cui sopra è legittima a prescindere da quale sia il contenuto, vero o supposto, della comunicazione abusiva intercorsa tra i detenuti.

<sup>56</sup> Cfr. Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, cit.

<sup>57</sup> Corte Edu, 12 settembre 2009, Frérot c. Francia, n. 70204/01.

<sup>58</sup> In questi termini, v. la *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, consultabile in [questa Rivista](#), a suo tempo elaborata dalla già citata Commissione Giostra.

<sup>59</sup> G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 344; M. G. COPPETTA, *sub art. 33 ord. penit.*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di F. Della Casa), Padova, 2015, 379 e 381. Sulla non interferenza tra isolamento disciplinare e colloqui v., in motivazione, Cass., Sez. I, 11 agosto 2014, n. 35488, Min. giust. in proc. Maranzano, ed ora v. anche l’art. 33, comma 4, OP, a seguito dell’entrata in vigore del D.lgs. 123/18.

<sup>60</sup> In ossequio alle osservazioni rese dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura nel CPT/Inf (2011) 28, *Rapporto generale sui detenuti posti in isolamento*, l’Amministrazione penitenziaria suole riconoscere un



Particolarmente meticolosa, dunque, dev’essere l’osservanza delle tutele previste dagli artt. 39 OP e 73 reg. esec., che richiedono, *ab origine*, una certificazione sanitaria attestante l’idoneità del detenuto a sopportare la misura, ed impongono, *in itinere*, un controllo giornaliero da parte del medico e, per quanto di competenza, del responsabile della sezione 41-*bis* (o di un suo delegato), che riferisce al direttore ogni difficoltà ovvero necessità di intervento di altro operatore. Ferma comunque la possibilità di sospendere l’esecuzione della sanzione là dove emergano ragioni sanitarie/psicologiche che ne controindichino la prosecuzione<sup>61</sup>.

Piuttosto rigorosa dev’essere, poi, l’interpretazione del terzo comma dell’art. 33 OP, recentemente introdotto<sup>62</sup>, il quale dispone che «durante la sottoposizione all’isolamento non sono ammesse limitazioni alle normali condizioni di vita, ad eccezione di quelle funzionali alle ragioni che lo hanno determinato». Misure inconferenti con la *ratio* dell’esclusione dalle attività in comune, infatti, incidono in maniera ingiustificata sul trattamento, mortificandolo senza motivo. E le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano sono tanto più serie per coloro nei cui confronti è applicato il 41-*bis*, in quanto si inseriscono nell’ambito di un regime già molto restrittivo. Di qui l’esigenza di osservare un criterio di stretta necessità ai fini dell’adozione di ulteriori limitazioni.

Quanto detto non vale certo a negare la possibilità di sottoporre all’esclusione dalle attività in comune chi già è detenuto in regime di “carcere duro”. Può tuttavia rafforzare le osservazioni rese dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura circa l’opportunità di ridurre al minimo il ricorso all’isolamento, anche disciplinare<sup>63</sup>. Gli effetti estremamente dannosi che lo stesso produce per la salute psichica, somatica e per il benessere sociale delle persone che vi sono sottoposte, infatti, devono ritenersi aggravati dalla situazione detentiva globale in cui versa il soggetto al quale sono sospese le ordinarie regole del trattamento.

Di conseguenza, non può che valere *a fortiori* il monito ad applicare questa misura unicamente in casi eccezionali e in ultima istanza, per il minor tempo possibile<sup>64</sup>.

#### **6. 41-*bis* più regime di sorveglianza particolare**

Come l’isolamento disciplinare, anche il regime di sorveglianza particolare, se applicato ad un soggetto già sottoposto al “carcere duro”, dà luogo ad un cumulo di istituti restrittivi. Ciò può avvenire quando, oltre alla pericolosità sociale che giustifica il ricorso al 41-*bis*, il detenuto manifesta una pericolosità penitenziaria tale da indurre l’Amministrazione a provvedere pure ai sensi degli artt. 14-*bis* e ss. OP.

Premesso che, nel corso degli ultimi anni, si è assistito ad un significativo decremento dei provvedimenti applicativi del regime di sorveglianza particolare anche nei confronti dei detenuti “ordinari”, si discute se la prassi che vede l’applicazione congiunta dei due istituti sia legittima.

La giurisprudenza della Cassazione si è consolidata sulla soluzione positiva. Secondo la Corte, infatti, il regime di sorveglianza particolare: a) presuppone che il soggetto *in vinculis*, con uno specifico comportamento, comprometta la sicurezza o turbi l’ordine nell’istituto, impedisca, mediante violenza o minaccia, l’attività degli altri detenuti o internati, ovvero si avvalga, nella

---

intervallo di cinque giorni tra una sanzione e l’altra, onde evitare che un cumulo di sanzioni possa condurre ad un isolamento ininterrotto per una durata superiore a quindici giorni.

<sup>61</sup> Sul punto v. Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, cit.

<sup>62</sup> V., per tutti, L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in [questa Rivista](#).

<sup>63</sup> CPT/Inf (2011) 28, cit. Sul punto v. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, 398.

<sup>64</sup> CPT/Inf (2011) 28, cit.

vita penitenziaria, del loro stato di soggezione nei suoi confronti; b) ha contenuto disciplinare; c) è finalizzato ad impedire le condotte di cui sopra. Il regime detentivo speciale, invece: a) è disposto in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, e di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva; b) comporta la sospensione delle ordinarie regole del trattamento; c) persegue l’obiettivo di interdire i rapporti tra il detenuto e la compagine delinquenziale di sua provenienza. Diversi, quindi, i presupposti, i contenuti e i fini dei due regimi; legittima e compatibile, pertanto, la loro contemporanea applicazione<sup>65</sup>.

Questo ritiene la Suprema Corte. Nondimeno, parte della dottrina, muovendo dall’assunto per cui l’uno e l’altro istituto determinerebbero soltanto un diverso grado di restrizione dei medesimi beni, perviene alla conclusione opposta. Vale a dire alla conclusione che, una volta disposto il “carcere duro”, il regime di sorveglianza particolare rimarrebbe ineseguibile, in quanto assorbito e privo di un autonomo spazio d’azione. Ciò sulla base della considerazione che 41-*bis* e 14-*bis* coinciderebbero parzialmente in punto di contenuto, nel senso che il primo includerebbe il secondo e dunque, tra i due, sarebbe l’unico a poter essere applicato<sup>66</sup>.

La tesi in questione tuttavia non convince, in quanto non convincono le premesse su cui si fonda.

Tra i due istituti, infatti, non intercorre un rapporto di sussidiarietà tale per cui il “carcere duro” contiene il regime di sorveglianza particolare, senza che il regime di sorveglianza particolare possa conservare, rispetto al “carcere duro”, un autonomo margine di operatività. Il 41-*bis* comporta le restrizioni necessarie per tutelare l’ordine e la sicurezza pubblica e per impedire i collegamenti tra il detenuto e l’associazione criminale, terroristica o eversiva di sua provenienza. Tali restrizioni possono sì neutralizzare indirettamente molte delle condotte pregiudizievoli per l’ordinato svolgimento della vita in carcere, e dunque soddisfare mediatamente le esigenze che legittimano il ricorso al 14-*bis*. Eppure la loro finalità diretta e immediata resta solo e soltanto quella di contrastare la pericolosità sociale accertata in capo al detenuto; non anche sue eventuali manifestazioni di pericolosità penitenziaria.

Il regime speciale, pertanto, nulla può rispetto a quei comportamenti, lesivi dell’ordine e della sicurezza interna, insuscettibili di costituire una minaccia anche per l’ordine e la sicurezza pubblica. A titolo meramente esemplificativo, il detenuto che per avventura manomette o utilizza impropriamente il fornellino personale può essere privato dello stesso soltanto in applicazione del regime di sorveglianza particolare, non in esecuzione del “carcere duro”, poiché la manomissione o l’utilizzo improprio degli oggetti di cui dispone può costituire fonte di un pericolo per la sicurezza interna, ma non per l’ordine pubblico esterno. Di conseguenza, riguardo a comportamenti come questi, il regime di sorveglianza particolare conserva un proprio, autonomo margine d’azione. E tanto basta per affermare l’eterogeneità dei contenuti, la quale, sommata all’eterogeneità dei presupposti e dei fini, determina, sul piano teorico, la compatibilità tra i due istituti. Non due cerchi concentrici, quindi; ma due cerchi che si intersecano.

Qualche problema, però, può presentarsi a livello pratico.

Infatti, il regime di sorveglianza particolare, nel momento in cui viene applicato ad un detenuto sottoposto al 41-*bis*, va ad incidere su un trattamento detentivo che già di per sé comporta forti

<sup>65</sup> Così Cass., Sez. I, 26 novembre 2008, n. 44072, Bagarella. Sulla differenza tra 41-*bis* e regime di sorveglianza particolare v. già Cass., Sez. I, 24 marzo 1994, n. 6048, P.G. in proc. Felici.

<sup>66</sup> R. GRIPPO, *Illegittimità dell’isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2012.

limitazioni, e con ciò finisce per erodere anche quel residuo di libertà che il “carcere duro” da solo non intacca e che è tanto più importante quanto più restrittivo è il trattamento a cui il soggetto *in vinculis* è già sottoposto. Applicare il 14-*bis* ad un detenuto in regime speciale, dunque, non è come applicarlo ad un detenuto in regime ordinario: la libertà di cui dispone il primo è ben minore di quella garantita al secondo, per cui ogni ulteriore misura ablativa alla quale viene sottoposto l’uno assume un peso percentualmente maggiore rispetto a quello che assume quando ad essa è sottoposto l’altro.

La Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato ha raccomandato il superamento di questa prassi applicativa del regime di sorveglianza particolare a chi già è ristretto al 41-*bis*, onde evitare l’applicazione di misure “cautelari” raddoppiate e pertanto ingiustificate<sup>67</sup>.

Nondimeno, tale soluzione appare eccessivamente *tranchant*, in quanto finisce per precludere, di nuovo aprioristicamente, la possibilità di cumulare i due istituti, ad onta dell’univoco indirizzo della giurisprudenza.

Sembra allora da preferire un diverso e più flessibile approccio: quello che, nel dare esecuzione al 14-*bis*, imponga di evitare provvedimenti “standardizzati” e di ricorrere soltanto a misure “individualizzate”, cioè strettamente rapportate alla condotta in concreto posta in essere dal detenuto nel caso di specie, secondo il criterio – anche qui – della ‘congruità dell’atto rispetto al fine cui è diretto’. Così, ad esempio, un soggetto già sottoposto al 41-*bis*, allorché assuma atteggiamenti violenti nei confronti degli altri detenuti, può certamente subire – in attuazione del regime di sorveglianza particolare – limitazioni al “passeggio”, ma non la privazione del televisore. La misura volta a privarlo del televisore, infatti, sarebbe del tutto inconferente con l’esigenza di prevenire aggressioni, e determinerebbe una deriva dell’istituto verso finalità meramente punitive, ad esso estranee, con conseguenze tanto più gravi in quanto il detenuto è già soggetto alle pesanti restrizioni previste dal 41-*bis*.

### **7. 41-*bis* più isolamento disciplinare più regime di sorveglianza particolare**

L’esclusione dalle attività in comune e il regime di sorveglianza particolare hanno presupposti differenti, che tuttavia nella prassi possono coesistere. È cioè possibile che alla commissione di un illecito disciplinare, suscettibile di dare la stura all’eventuale sanzione dell’isolamento, si accompagni una diagnosi di pericolosità penitenziaria tale da legittimare il ricorso al 14-*bis*. Questo può dar luogo al cumulo tra i due diversi istituti restrittivi, che la Suprema Corte ritiene compatibili, anche quando contemporaneamente applicati a chi già è sottoposto al “carcere duro”<sup>68</sup>. L’esclusione dalle attività in comune, infatti, in quanto provvedimento di natura sanzionatoria, punisce specifiche infrazioni disciplinari commesse dal detenuto, al fine di stimolarne il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo, laddove il regime di sorveglianza particolare tende, invece, a garantire la sicurezza interna del carcere<sup>69</sup>.

Dunque: esclusione dalle attività in comune e regime di sorveglianza particolare non solo – come abbiamo visto nei paragrafi precedenti – sono entrambi compatibili con il 41-*bis*, ma possono altresì convivere tra di loro, in aggiunta a quest’ultimo. Di conseguenza, se il detenuto nei cui confronti è stata disposta la sospensione delle ordinarie regole del trattamento

<sup>67</sup> Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), cit., 67.

<sup>68</sup> È il caso trattato da Cass., Sez. I, 19 luglio 2016, n. 30826, Guarino.

<sup>69</sup> Cass., Sez. I, 19 luglio 2016, n. 30826, Guarino, cit. Sul carattere «punitivo» dell’esclusione dalle attività in comune v., in dottrina, S. PATANÉ, *L’isolamento nella detenzione*, in *La giust. Pen.*, 1981, pt. II, 529; M. G. COPPETTA, *sub art.* 33, cit., 380.

commette un illecito disciplinare che il consiglio di disciplina intende punire con la sanzione più grave, e contemporaneamente tiene una condotta tale da pregiudicare l’ordine e la sicurezza interna al carcere, può finire per trovarsi sottoposto, nello stesso tempo, al “carcere duro”, all’esclusione dalle attività in comune e al regime di sorveglianza particolare.

Sul piano teorico *nulla quaestio*.

Sul versante pratico è però chiaro come l’applicazione congiunta di questi tre istituti rechi con sé una forte carica restrittiva, che incide negativamente sul trattamento penitenziario, deprimendolo in maniera notevole. La detenzione assume, infatti, una fisionomia segregante e povera di elementi, sia per quanto riguarda i contatti con il mondo esterno, che per quanto attiene alla vita interna: i primi risultano assai ridotti, la seconda in larga misura “svuotata”.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte affermato che un isolamento sensoriale completo, combinato ad un isolamento sociale totale, può ledere la personalità del detenuto, e costituisce una forma di trattamento inumano ai sensi dell’art. 3 Cedu, non giustificabile in alcun modo, nemmeno di fronte ad esigenze di sicurezza<sup>70</sup>.

L’applicazione del regime detentivo speciale non conduce, secondo la Corte, ad un isolamento di questo tipo<sup>71</sup>. Né sembra possibile pervenire ad una conclusione differente nell’ipotesi in cui il soggetto *in vinculis* venga sottoposto, contemporaneamente, al “carcere duro”, all’esclusione dalle attività in comune e al regime di sorveglianza particolare. L’indagine diretta a stabilire se una determinata condizione detentiva possa costituire un completo isolamento sensoriale e sociale, infatti, tiene conto di alcuni parametri, quali la possibilità di accedere ai mezzi di informazione, la possibilità di avere contatti con il personale del carcere, di avere contatti con gli altri detenuti, con la famiglia, con il difensore<sup>72</sup>. E, alla luce di questi parametri, appare evidente come l’applicazione congiunta dei tre istituti porti sì ad un isolamento, che però è soltanto parziale e relativo, quindi non *a priori* in contrasto con la Convenzione.

Certo è che si tratta, comunque, di una “situazione-limite” sotto vari profili. Pensiamo alle restrizioni che, vuoi il regime di sorveglianza particolare, vuoi il 41-*bis*, impongono all’accesso ai mezzi di informazione, potendo rispettivamente privare il detenuto, ad esempio, della tv o della radio<sup>73</sup>, ovvero della possibilità di fruire dei quotidiani locali della zona di sua provenienza<sup>74</sup>; alle restrizioni che il “carcere duro” imprime ai contatti con la famiglia, sia dal punto di vista della corrispondenza, sottoposta al visto di censura, sia soprattutto dal punto di vista dei colloqui, assoggettati alla “posologia” di uno al mese, nonché ai presidi del vetro divisorio e della registrazione visiva ed auditiva; oppure, ancora, alle restrizioni che l’esclusione dalle attività in comune produce sui contatti con gli altri soggetti *in vinculis*.

Questa situazione è, peraltro, aggravata da fattori non trascurabili: come la circostanza che, nella prassi, al detenuto sia spesso concessa soltanto un’ora d’aria al giorno da dedicare al

<sup>70</sup> Cfr. Corte Edu, 12 maggio 2005, Öcalan c. Turchia, n. 46221/99; Corte Edu, 8 luglio 2004, Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia, n. 48787/99; Corte Edu, 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, n. 59450/00.

<sup>71</sup> *Ex multis*, Corte Edu, 28 giugno 2005, Gallico c. Italia, n. 53720/00; Corte Edu, 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, n. 56317/00; Corte Edu, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, n. 43575/09.

<sup>72</sup> Parametri elencati da Corte Edu, 18 marzo 2014, Öcalan c. Turchia (no. 2), nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07. In dottrina, v. F. DELLA CASA, *La detenzione speciale norvegese “al setaccio” dell’art. 3 CEDU. La Corte di Oslo apre alle doglianze del condannato Breivik*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 3, p. 1529.

<sup>73</sup> Per un caso in cui il detenuto è stato privato della radio v. Trib. Sorv. Bologna, ud. 27 settembre 2011, in *Dir. pen. cont.*

<sup>74</sup> V., ad esempio, i casi trattati da Cass., Sez. I, 23 luglio 2014, n. 32904, Li Bergolis; Cass., Sez. I, 8 febbraio 2013, n. 6322, Pesce.

“passeggio”<sup>75</sup>, in virtù di un’interpretazione ingiustificatamente restrittiva dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), OP, solo di recente sconfessata da importanti pronunce della Suprema Corte<sup>76</sup>; o come il fatto che i mezzi e gli spazi destinati all’esercizio fisico e allo stimolo intellettuale siano risultati inadeguati<sup>77</sup>, con il rischio, a lungo andare, di produrre effetti dannosi sulle facoltà mentali e sulle abilità sociali delle persone ristrette<sup>78</sup>.

È allora evidente che l’applicazione congiunta del “carcere duro”, dell’esclusione dalle attività in comune e del regime di sorveglianza particolare, per quanto non dia luogo ad un isolamento sensoriale e sociale completo, può ritenersi compatibile con l’art. 3 Cedu solo entro una dimensione di stretta eccezionalità. Cioè se risulta adeguatamente giustificata da effettive esigenze di sicurezza nella singola fattispecie, di modo che le misure alle quali il detenuto è sottoposto possano ritenersi assolutamente necessarie e proporzionate in relazione alla sua pericolosità<sup>79</sup>. E a condizione che rimanga circoscritta all’interno di una cornice temporale limitata, giacché, come evidenzia la Corte di Strasburgo, un isolamento, quand’anche relativo, non può essere imposto a tempo indeterminato<sup>80</sup>.

Il tutto, in ogni caso, deve conciliarsi con lo stato di salute del soggetto *in vinculis*<sup>81</sup>. La Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, infatti, pretendono che la persona sia detenuta nel rispetto della sua dignità umana, e che la sua salute sia adeguatamente tutelata. Ciò impone, quindi, l’obbligo di un costante controllo sanitario, con riguardo sia alle condizioni fisiche, sia alle condizioni psicologiche del soggetto<sup>82</sup>, da attuare in relazione alla

<sup>75</sup> Sotto questo aspetto, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte osservato che «*a short duration of outdoor exercise limited to one hour a day is a factor that further exacerbates the situation of a prisoner confined to his cell for the rest of the time*». Così Corte Edu, 8 luglio 2014, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria, nn. 15018/11 e 61199/12.

<sup>76</sup> Cass., Sez. I, 13 settembre 2018, n. 40761, Min. giust. in proc. Pesce, in [questa Rivista](#), e Cass., Sez. I, 5 ottobre 2018, n. 44609, Min. giust. in proc. Aprea, in CED 274026. In precedenza, tra i giudici di merito v., ad esempio, Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2456, Mag. Sorv. Sassari, ord. 18 aprile 2017, con nota di V. MANCA, *Il diritto di permanenza all’aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in [Arch. pen.](#), 2017, f. 2, nonché Mag. Sorv. Sassari, ord. 4 ottobre 2018, in [questa Rivista](#). Rilievi critici erano già stati espressi dal CPT/Inf (2013) 32, 30 e, in dottrina, da F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *G. it.*, 2010, 2516.

<sup>77</sup> In questo senso *Senato della Repubblica. XVII Legislatura. Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, Rapporto sul Regime Detentivo Speciale. Indagine Conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), cit., 64.

<sup>78</sup> Corte Edu, 8 luglio 2014, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria, nn. 15018/11 e 61199/12; Corte Edu, 17 aprile 2012, Piechowicz c. Polonia, n. 20071/07, caso in cui il ricorrente era sottoposto a misure speciali che lo privavano di adeguati stimoli fisici ed intellettivi, ed era peraltro ripetutamente sottoposto a perquisizioni particolarmente invasive.

<sup>79</sup> Corte Edu, 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, n. 59450/00; Corte Edu, 10 giugno 2015, Halil Adem Hasan c. Bulgaria, n. 4374/05.

<sup>80</sup> Corte Edu, 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, n. 59450/00. Il “parametro temporale” è stato, peraltro, impiegato dalla Corte di Strasburgo là dove ha escluso che l’isolamento *de facto* in cui si erano venuti a trovare due detenuti sottoposti al 41-*bis* per, rispettivamente, meno di 8 mesi e poco più di 4 mesi, fosse contrario all’art. 3 Cedu. Ci si riferisce a Corte Edu, 13 novembre 2007, Schiavone c. Italia, n. 65039/01; Corte Edu, 15 gennaio 2008, Bagarella c. Italia, n. 15625/04.

<sup>81</sup> Corte Edu, 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, n. 59450/00; Corte Edu, 8 luglio 2004, Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia, n. 48787/99.

<sup>82</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25576, PM in proc. Aloise, nonché Corte Edu, 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, n. 59450/00.



peculiarità del caso concreto<sup>83</sup>, considerando che ci si trova dinanzi ad un trattamento penitenziario “borderline”.

Lo stato di salute del detenuto, dunque, deve sempre dimostrarsi compatibile con le misure a cui lo stesso è sottoposto. E nel caso in cui ne venga accertata l’incompatibilità, l’applicazione del 41-bis, dell’isolamento disciplinare, del regime di sorveglianza particolare non può che ritrarsi. Nella logica del bilanciamento degli interessi, infatti, l’esigenza che sottintende la repressione penale del crimine è da ritenere recessiva rispetto a quella che presiede la salvaguardia dei più elementari valori di civiltà.

Senza dimenticare, peraltro, che l’eventuale deterioramento delle condizioni psico-fisiche del soggetto *in vinculis* può incidere, esso stesso, sulla sua pericolosità, e quindi sulla necessità del suo contenimento. In ipotesi siffatte, quindi, il ricorso a provvedimenti ablatori come quelli in esame deve essere congruamente motivato anche in relazione allo stato morboso di chi vi è sottoposto, prendendo specificamente in considerazione i riflessi che il decadimento fisico e – soprattutto – psicologico del detenuto può avere sulla sua pericolosità penitenziaria e sociale. Note recenti pronunce offrono ampi argomenti in tal senso<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> In questi termini, v. ampiamente Cass., Sez. IV, 23 maggio 2017, n. 25576, PM in proc. Aloise, cit.

<sup>84</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. I, 5 giugno 2017, n. 27766, Riina, in [questa Rivista](#). E soprattutto a Corte Edu, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, n. 55080/13, in [questa Rivista](#), con nota di M. S. MORI, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*.

## Distopie nel 41-bis: la “rieducazione videosorvegliata”

di Daniel Monni\*

**ABSTRACT:** Il moderno Diritto Penitenziario ci lascia, almeno in parte, perplessi. Difficile non credere che una buona parte delle sue norme non sia, seppur larvatamente, irradiata dall’ideologia securitaria, tanto cara ad una classe politica alla costante ricerca del consenso. Nel parlare della videosorveglianza del detenuto sottoposto al regime del 41-bis la mente corre, assai facilmente, ad una brillante riflessione: *“Il diritto punitivo, ora e nel corso della sua storia, si manifesta con due volti. Il primo, precipitato di un patto sociale originario, è riservato ai cittadini, ai soggetti comunque socializzati ed inclusi, ovvero ad una maggioranza non identificata di persone che rispettano le regole e si astengono dal compiere il male. Esso è severo ma mite, ispirato al bisogno di assicurare tutte le doverose garanzie e di orientare i propri effetti ad un progresso individuale di chi li subisce. L’altro, tetragono, intransigente, cinicamente privo di prospettive, è rivelato ai nemici, alla minoranza deviante e disubbidiente, agli stranieri, agli estranei, dai quali difendere, anche sacrificando ogni principio di garanzia lo stato e la collettività al cui servizio il sistema repressivo si pone. Anche le sanzioni rispecchiano questa doppia identità: da un lato, per chi si riconosce nei fondamenti del vivere sociale, la prospettiva è costituzionalmente segnata dal dovere di formulare un’offerta rieducativa, dall’altro, per chi è ostile allo stato ed alle genti, la risposta si inasprisce, perde di prospettive, fino ad assumere i caratteri di strumento volto soltanto a rendere il nemico inoffensivo, allontanandolo, segregandolo, escludendolo”*<sup>1</sup>. Il detenuto pericoloso pare, oggi, essere divenuto un nemico dell’ordinamento sottoponibile, in quanto tale, ad un’esecuzione della pena dai tratti quasi “distopia”. V’è da dire, tuttavia, che anche Orwell era conscio d’una circostanza: benché – in quel caso – il partito *“avrebbe potuto analizzare e mettere su carta, nei minimi particolari, tutto quello che s’era fatto, s’era detto, s’era pensato; [...] l’intimità del cuore, il cui lavoro è in gran parte un mistero anche per chi lo possiede, resta imprevedibile”*<sup>2</sup>.

### Dystopias in 41-bis: “Re-Education under video surveillance”

**ABSTRACT:** *Modern criminal law is puzzling, at least partly. It’s hard not to believe that most of its laws are influenced by an ideology based on security, even if in a disguised way, so dear to politicians in perpetual search of consensus. Speaking of video surveillance of convicts subjected to the conditions imposed by 41-bis a brilliant observation comes fairly easily to light: “in the course of history until now criminal law has shown two different sides. The first one, a legacy of a primal social contract, is reserved for citizens, individuals more or less socialized and included, namely for a not identified majority that respect laws and refrain from doing evil. It is strict but mild and inspired by the need to ensure all the rightful guarantees and orient its resultant effects towards individual social progress. The second one is unflinching, intransigent and cynically without prospects and it is addressed to enemies, deviant and disobedient minorities, foreigners and those who do not belong to the community against whom, even by sacrificing every principle of guarantee, it is necessary to defend the*

\* Avvocato del Foro della Spezia

<sup>1</sup> Cfr. A. MARTINI, *Essere Pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, 2017, 1.

<sup>2</sup> Cfr. G. ORWELL, 1984, Mondadori, 2016, 798.

*state and the collectivity whose repressive system is at their service. Even sanctions reflect this double identity: on the one hand according to those who acknowledge the underpinnings of a common social life the prospect is constitutionally characterized by the need to elaborate an educational proposal, on the other for those who are hostile to the state and its people the answer becomes more exacerbated and loses its prospects until it turns into an instrument whose only purpose is to make enemies inoffensive, keeping them at a distance, segregating them and excluding them”. Nowadays the dangerous convict seems to have become an enemy of the legal order on whom should be imposed as such an almost “dystopic” punishment. Nonetheless, It should be said that even Orwell was aware of a situation: although -in that case - “the party could have analyzed and put down on paper, in minute detail, all that was done, said and thought; [. . .] the intimacy of the heart, whose intense activity is mostly a mystery even for those who own it, remains elusive”.*

SOMMARIO: 1. La sentenza Madonia. – 2. La videosorveglianza del detenuto e l’art. 8 della CEDU. – 3. La cella e lo *ius excludendi alios*. – 4. Un problema di trattamento penitenziario? – 5. Il labile confine del 41-bis: tra romanzi distopici e finalità rieducativa della pena. – 6. La pena rieducativa e la Corte Europea. – 7. Una passione contemporanea

*“At one end of it a coloured poster, too large for indoor display, had been tacked to the wall. It depicted simply an enormous face, more than a metre wide: the face of a man of about forty-five, with a heavy black moustache and ruggedly handsome features [...] On each landing, opposite the lift shaft, the poster with the enormous face gazed from the wall. It was one of those pictures which are so contrived that the eyes follow you about when you move. Big brother is watching you the caption beneath it ran”*

ORWELL G., *Nineteen Eighty-Four*-

## 1. La sentenza Madonia

L’accesso dibattito sulla legittimità e sulla convenienza del mantenere in vita il 41bis non si è mai sopito: troppi i dubbi che desta la facoltà del “Ministero della Giustizia [...] di sospendere nell’istituto interessato o in parte di esso l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati<sup>3</sup>”. La Cassazione, in aggiunta, con la recente sentenza n. 44972<sup>4</sup> ha rinnovato ed esasperato tali perplessità poiché ha, involontariamente o meno, messo in luce i tratti “*orwelliani*” del regime penitenziario definito “41-bis”.

Se è vero, infatti, che l’essenza dell’imposizione “è il porre in sé raccolto che, con l’oblio, dispone e ritrae la propria verità essenziale: un disporre che si dissimula in modo tale da predisporre ogni ente presente come risorsa a portata di mano-e da istituirsi in esso dominandolo in quanto tale<sup>5</sup>” lo è altrettanto il fatto che diviene assai arduo sostenere-e motivare-che la videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41bis non sia altro se non il raggiungimento di un delicato punto d’equilibrio tra l’esigenza di sorvegliare i detenuti ed

<sup>3</sup> Art. 41-bis OP.

<sup>4</sup> Cassazione Penale, Sezione I, 8 ottobre 2018, (ud. 16/04/2018), n. 44972.

<sup>5</sup> M. HEIDEGGER, *La Svolta*, Il Nuovo Melangolo, 1990, 9.

il rispetto dell’intangibile diritto alla dignità di ogni essere umano. Come è stato autorevolmente sostenuto, d’altronde, *“lo stato costituzionale contemporaneo trov[a] la sua premessa antropologico-culturale nel riconoscimento e nella tutela della dignità umana [poiché] essa riassume in sé i valori fondamentali dell’ordinamento e si pone come fonte di legittimazione generale di ogni tipo di autorità [ed] in questo senso, la dignità della persona è il punto archimedeo di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri<sup>6</sup>”*: se ciò è vero, e lo è, allora tale enunciazione deve valere ancor di più allorquando ci si interroghi sul rispetto della dignità di soggetti oggettivamente più vulnerabili in ragione del loro *status* di ristretti in vincoli. È da tali premesse, a modestissimo parere di chi scrive, che deve prendere le mosse una, seppur succinta, analisi della disciplina della videosorveglianza continua del detenuto sottoposto al regime del 41-*bis*: è tra i ristretti ancor più ristretti degli altri, infatti, che tali interrogativi sembrano destare non poche perplessità.

Una breve riflessione sulla videosorveglianza potrebbe trarre spunto da un recentissimo caso concreto: la sentenza Madonia<sup>7</sup>. Giuseppe Madonia, detenuto in regime di 41*bis*, aveva visto accogliere dal Tribunale di Sorveglianza di Bologna il reclamo presentato avverso un provvedimento del Magistrato di Sorveglianza di Reggio Emilia *“che aveva rigettato un’istanza proposta dal medesimo Madonia a tutela dei suoi diritti, ritenuti lesi da un controllo tramite videosorveglianza continua, attuato con una telecamera nella cella di pernottamento con inquadratura verso il locale bagno<sup>8</sup>”*. Il Tribunale bolognese, in particolare, aveva ritenuto che una telecamera funzionante a bassa risoluzione, diretta verso la porta del bagno e verso una porzione del lavandino-proprio per tale collocazione-non poteva inquadrare *“gesti tali da porre in pericolo le esigenze di sicurezza”* e, per tale ragione, non lo riteneva uno strumento di controllo ammissibile. Il Ministero di Giustizia ed il DAP, tuttavia, proponevano ricorso per cassazione lamentando violazione degli artt. 27 Cost. e degli artt. 3,8 CEDU in quanto la videosorveglianza continua nelle celle degli istituti penitenziari non sarebbe *“contraria ai principi convenzionali dalla Corte Edu [...] trattandosi di misura proporzionata e conforme ai doveri istituzionali di controllo in ambiente penitenziario ove il detenute non [sarebbe] titolare dello ius excludendi alios<sup>9</sup>”*.

La Corte di Cassazione, con la sentenza *de qua*, riteneva fondato il ricorso sostenendo, *in nuce*, che *“la cella e gli ambienti penitenziari non sono luoghi di privata dimora nel possesso del detenuto [...] e ciò anzitutto per esercitare la dovuta vigilanza sui detenuti secondo le finalità di legge, alla stregua delle specifiche modalità individuate caso per caso e attuando forme di controllo tanto più giustificate, ove continue e penetranti, in presenza di soggetti di particolare pericolosità<sup>10</sup>”*.

Gli Ermellini, in sostanza, sembrano sostenere che *“l’esercizio del controllo con i mezzi in concreto ritenuti idonei, in forza di scelte rimesse all’amministrazione penitenziaria [...] in nessun caso può trasmodare nella sottoposizione a torture o trattamenti inumani o degradanti<sup>11</sup>”* e, purtuttavia, al fine di ravvisare trattamenti di tal sorta occorre che si superino certe soglie di gravità e che ci si trovi, sempre e comunque, in presenza di una sofferenza o di una umiliazione di livello significativamente superiore a quello che ordinariamente accompagna il tipo di afflizione restrittiva in corso di esecuzione: tale superamento, per quanto

<sup>6</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, II, 2014.

<sup>7</sup> Cfr. nota 3.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

ci riguarda, non si verificherebbe “*solo per effetto della videosorveglianza all’interno della cella ai fini della tutela di esigenze di ordine pubblico, nel caso del detenuto in regime di cui all’art. 41bis ord. pen.*”<sup>12</sup>”.

Tale pronuncia sembra lasciare, in definitiva, numerose e pesanti incertezze. Vi è da chiedersi, ad esempio, quale sia il livello di sofferenza e di umiliazione ordinario – e per tale ragione legittima – di ciascuna pena. Le pene – ma proprio tutte – devono, infatti, tendere alla rieducazione del condannato<sup>13</sup> e, proprio per tale ragione, non appare possibile ammantare un certo livello di sofferenza e di umiliazione del canone dell’ordinarietà.

La suprema Corte, inoltre, con la sentenza Madonia sembra, francamente, fare da eco all’onnipresente esigenza di sicurezza della società: ciò, soprattutto, nel momento in cui pare giustificare forme di controllo più penetranti unicamente sulla base della “particolare pericolosità sociale” dei soggetti coinvolti. Tale circostanza sembra avvicinare la pronuncia in oggetto a quel fenomeno – tipico di una precisa deriva penale – descritta da autorevolissima dottrina<sup>14</sup> come l’assunzione – da parte del magistrato – “*del ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo*”<sup>15</sup>: evento figlio di una “*accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità*”<sup>16</sup>”.

Si potrebbe dire, inoltre, che gli Ermellini, con la sentenza in commento, hanno evitato di prendere realmente posizione sul tema della videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41-bis. La pronuncia, infatti, si è limitata a riportare alcuni “precedenti” della Corte Europea e, facendoli propri, ha omesso una reale riflessione sulla compatibilità della videosorveglianza “*orwelliana*” con la finalità rieducativa delle pene. La Corte Europea, giova sottolinearlo, adotta una filosofia della pena assai lungi dalla finalità rieducativa delle pene proclamata e garantita dalla nostra carta costituzionale: citare la giurisprudenza europea, pertanto, non sempre diviene, come si potrebbe credere, sinonimo di garantismo penale. Il formale ossequio delle garanzie, spesse volte, cela, infatti, la sostanziale disattesa delle più rosee aspettative giuridiche.

L’articolo della CEDU maggiormente citato nella sentenza Madonia è, non a caso, l’art. 8, che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare: nessun cenno corre, almeno fin qui, alla rieducazione del reo.

## 2. La videosorveglianza del detenuto e l’art. 8 della CEDU

Il personale del corpo di polizia penitenziaria, come è noto, è tenuto “*a custodire costantemente e sorvegliare i detenuti e gli internati, ovunque si trovino, e vigilare affinché siano in particolare osservate le disposizioni relative ai sottoposti a regime detentivi particolari, nonché all’isolamento giudiziario e quello disciplinare*”<sup>17</sup> ed è proprio in ragione di questo dovere normativo che i più ritengono legittima la videosorveglianza, anche continua, della cella. Buona parte della dottrina e della giurisprudenza approda a tale legittimazione operando una sorta di bilanciamento tra il dovere di custodire costantemente i detenuti ed il

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Art. 27 Cost.

<sup>14</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 105.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Art. 24 d.p.r. 82 del 1999.



diritto al rispetto alla vita privata di ciascheduno: più precisamente le argomentazioni sul punto traggono linfa vitale dal disposto dell'art. 8 CEDU secondo il quale *“ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”*<sup>18</sup>.

Tra le pronunce maggiormente citate-in tema di compatibilità della videosorveglianza del detenuto con il diritto al rispetto della vita privata di quest'ultimo-vi è, certamente, la sentenza *Paolello c. Italia*<sup>19</sup> nella quale il ricorrente sosteneva di essere stato sottoposto a numerose limitazioni e restrizioni, tra le quali *“riprese, 24 ore su 24, tramite telecamera a circuito chiuso, della sua cella”*<sup>20</sup>. La Corte Europea, osservando la questione attraverso la lente dell'art. 8 CEDU, affermò sostanzialmente quanto segue: *“la videosorveglianza della cella [è] una misura precauzionale volta a mantenere l'ordine e utile per intervenire nel caso un pericolo minacci il detenuto e dunque [nel caso di specie ed in tutti i casi analoghi] persegue uno scopo legittimo al quale [è] proporzionata, che non aggrava in misura significativa le limitazioni della libertà individuale e del rispetto della vita privata che sono necessariamente insite nello stato di detenzione”*<sup>21</sup>. Per tale ragione, in definitiva, *“le restrizioni [in tali casi] non [vanno] al di là di ciò che, ai sensi dell'articolo 8 §2, è necessario, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati”*<sup>22</sup>: come dire che la videosorveglianza continua del detenuto non è mai illegittima nel momento in cui è necessaria per la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati. Sono tutti e tre indici, a modestissimo parere di chi scrive, eccessivamente vaghi e, in quanto tali, inafferrabili: tale circostanza nella concreta realtà si traduce, infatti, nell'eccessiva discrezionalità posta in capo ai magistrati chiamati a decidere sul tema.

Sulla medesima questione, ad esempio, un Magistrato di Sorveglianza dell'Aquila ritenne che *“il controllo mediante videosorveglianza continua e estesa anche a momenti di riservatezza viola l'art. 8 Cedu e l'art. 27 comma 3 cost. [Per tale motivo] può essere giustificato in un'ottica di favor custodiae, cioè in presenza del pericolo di atti di autolesionismo che l'Amministrazione penitenziaria deve istituzionalmente impedire”*<sup>23</sup>. Le differenti conclusioni dei summenzionati Giudici (europeo da una parte ed italiano dall'altra) sono motivate, a ben vedere, da differenti presupposti e punti di partenza. La Corte Europea, infatti, muove la propria riflessione da una profonda ed interessantissima analisi dell'art. 8 CEDU mentre il Giudice nostrano lega l'art. 8 CEDU all'art. 27 comma 3 della Costituzione, secondo il quale *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*<sup>24</sup>. Tale circostanza può indurre una duplice riflessione:

- appare ormai necessario fornire una disciplina organica sul punto;
- l'art. 27 della Costituzione deve orientare qualsivoglia pronuncia in tema di esecuzione delle pene.

<sup>18</sup> Art. 8 CEDU.

<sup>19</sup> Corte EDU, 1° settembre 2015, *Paolello c. Italia*, n. 37648 del 2002.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Magistrato di Sorveglianza dell'Aquila, ordinanza del 9 maggio 2013, estensore Grimaldi.

<sup>24</sup> Art. 27 Costituzione.

Il diritto alla riservatezza, infatti, tutela situazioni giuridiche assai distanti e differenti da quelle che può garantire una pena rieducativa e, in quanto tale, conforme all’art. 27 comma III Cost.: una pena, per intenderci, può tranquillamente rispettare il diritto alla riservatezza del detenuto pur non essendo rieducativa. Non vale, però, il contrario perché una pena rispettosa dell’art. 27 comma III Cost. sarà, per forza di cose, anche ossequiosa del diritto alla riservatezza del soggetto ristretto in vincoli. Tale semplice riflessione mostra, di per sé, la necessità di porre la rieducazione delle pene come faro e luce in grado di illuminare qualsiasi esecuzione penale: in caso contrario, infatti, risulterà assai arduo perseguire il nobile fine della rieducazione: ciò a prescindere dal singolo e sacrosanto diritto che si invochi di volta in volta.

Poniamo, ad esempio, nuovamente a mente l’art. 8 CEDU, il quale tutela “*il diritto alla riservatezza inteso come diritto a non vedere appresi e diffusi dati e notizie relativi alla propria sfera privata con un’estensione al trattamento dei dati personali*<sup>25</sup>” e vieta, pertanto, “*ingerenze dell’autorità pubblica a meno che non siano necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione dei diritti e alle libertà altrui*<sup>26</sup>”: sulla base di tale articolo si deve ritenere che la videosorveglianza continua allorquando sia funzionale alla neutralizzazione di un soggetto particolarmente pericoloso debba considerarsi legittima. Tale legittimità, tuttavia, è sinonimo di pena tendente alla rieducazione del reo? Molto probabilmente no.

La Corte di Cassazione, non a caso, quando nel 2009 esaminò le doglianze di un detenuto sottoposto al controllo a mezzo video per l’intero arco della giornata si interrogò sulla legittimità di tale misura-analizzando gli artt. 3 ed 8 CEDU mitigati dall’art. 27 della Costituzione-ed affermò che seppur “*non possono negarsi ragioni [...] per le quali i diritti di superiore rango facenti capo al detenuto possono trovare legittima limitazione [tale limitazione deve, tuttavia, andare] in un’unica direzione, quella del favor custodiae che può ricorrere, ad esempio, quando v’è ragionato pericolo di atti di autolesionismo. Ma in assenza di siffatte ragioni, una si incisiva e, soprattutto, invasiva modalità di controllo carcerario, idonea a determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia del detenuto, e pertanto sulla sua salute personale, può essere consentita in presenza di evidenziate e motivate necessità*<sup>27</sup>”.

Se per parlare dei diritti si adoperasse la metafora degli insiemi si potrebbe, pertanto, dire che l’art. 27 della Cost. è rappresentabile come un insieme talmente ampio da risultare idoneo ad inglobare il sotto-insieme dell’art. 8 CEDU: una pena, infatti, per tendere alla rieducazione del condannato deve tenere conto del fatto che la dignità della persona “*è alla base del riconoscimento di libertà e di diritti e [...] nel contempo è la condizione per la realizzazione di sé, delle proprie aspirazioni [...] dei propri obiettivi*<sup>28</sup>” e, si potrebbe aggiungere, è la condizione per raggiungere la stessa rieducazione.

Le pene mitigate ed irradiate dall’art. 27 Cost., infatti, non possono non tenere conto del fatto che determinate modalità di controllo carcerario (come la videosorveglianza continua) infliggono, in chi le subisce, pesantissime ricadute psicologiche ed incidono, pertanto, sulla salute dei detenuti: è per tale ragione che la summenzionata pronuncia della Cassazione, forse in modo paternalistico, le legittima solo allorquando si pongano in un’ottica di *favor custodiae*

<sup>25</sup>Cfr. L. CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzia costituzionali*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 175.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 dicembre 2009, (ud. 26 novembre 2009), n. 49988.

<sup>28</sup> Cfr. L. CESARIS, *op.cit.*, 176.

ovvero in presenza di evidenziate e motivate necessità. La Corte Europea, viceversa, prendendo le mosse unicamente dagli artt. 3 ed 8 CEDU “trascura” tale riflessione e considera la videosorveglianza continua legittima ogni qualvolta si palesi come uno strumento idoneo a neutralizzare la particolare pericolosità sociale di determinati soggetti: da ciò si comprende che decidere di applicare o meno l’art. 27 della Cost. non si palesa come un mero esercizio intellettuale ma, casomai, comporta il raggiungimento di soluzioni quasi opposte.

L’applicazione dell’art. 8 della CEDU, infatti, non riesce a garantire che lo strumento di controllo del detenuto sia consentaneo all’esecuzione di una pena tendente alla rieducazione del reo: tale normativa è carente in tal senso e deve, sempre e comunque, essere arginata dall’art. 27 della Cost. Osservare il problema della videosorveglianza continua del ristretto in regime di 42-bis con gli occhi dell’art. 8 CEDU, in definitiva, sposta il problema dalla dignità umana a questioni civilistiche del tutto inidonee a tutelare i casi concreti: ci si riferisce, in particolare, allo *ius excludendi alios*.

### 3. La cella e lo *ius excludendi alios*

Se si volesse valutare la legittimità della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-bis prendendo le mosse dal diritto alla riservatezza allora, diverrebbe imprescindibile comprendere se al detenuto, all’interno della “propria” cella, competa il c.d. *ius excludendi alios* poiché in tal caso, forse, tale legittimità verrebbe negata anche dall’applicazione dell’art. 8 CEDU.

Non apparendo necessario ribadire che analizzando il problema della videosorveglianza continua del detenuto con le lenti del diritto alla riservatezza si rischia di trascinare tale questione lontano dalla dignità umana per relegarla ad insoddisfacenti questioni civilistiche, sembra utile ricordare la definizione di *ius excludendi alios*: tale espressione indica, infatti, l’esclusività tipica del diritto di proprietà, secondo la quale il proprietario può “negare” qualsivoglia pretesa di terzi su ciò che è suo. Al fine di comprendere se il detenuto possa vantare tale prerogativa diviene, pertanto, indispensabile capire se la cella debba ritenersi un luogo di privata dimora piuttosto che un luogo pubblico ovvero aperto al pubblico. La giurisprudenza maggioritaria, al riguardo, rileva che “*la cella e gli ambienti penitenziari sono da considerarsi luoghi aperti al pubblico, e non certamente luogo di privata dimora né luogo pubblico, [poiché] si tratta di luoghi che si trovano nella piena e completa disponibilità dell’amministrazione penitenziaria, che ne può fare uso in ogni momento per qualsiasi esigenza d’istituto, non essendo nel possesso dei detenuti, ai quali [pertanto] non appartiene alcuno ius excludendi alios*<sup>29</sup>”: se così non fosse, d’altronde, il detenuto potrebbe impedire l’accesso alla “propria” cella ad altri detenuti poco graditi, circostanza, francamente, inimmaginabile. La cella viene, infatti, definita luogo aperto al pubblico per il semplice fatto che “*tutte le parti degli stabilimenti carcerari sono aperte ad una quantità indeterminata di persona, cioè a coloro che debbono esercitare la vigilanza sui detenuti stessi*<sup>30</sup>” e, come è noto, “*la giurisprudenza tende a ritenere che il luogo aperto al pubblico è anche quello al*

<sup>29</sup> Tra le più recenti Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 2018, (ud.15 maggio 2018), n. 26028, sulla sussistenza del reato p. e p. dall’art. 341-bis c.p. in ambiente penitenziario. Si segnala, inoltre, la pronuncia della VI sezione penale del 12 febbraio 2019, n. 6798 secondo la quale “*ai fini della configurabilità del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, gli ambienti penitenziari non ricadono nella definizione di luogo di privata dimora poiché non essendo nel possesso dei detenuti sono da considerare come luoghi accessibili da un numero indefinito di soggetti che hanno la possibilità pratica e giuridica di accedervi*”.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

quale può accedere una specifica categoria di persone che abbia determinati requisiti<sup>31</sup>”. Diventa, d'altronde, assai arduo definire la cella come un luogo di privata dimora del detenuto per il semplice fatto che quest'ultimo vi conduca, materialmente, la propria vita: a ben vedere, infatti, il carcerato non può nemmeno possedere tale spazio perché, come dicevano i romani, “*adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*”<sup>32</sup> e nessun carcerato può avere “l'animo” del proprietario nei confronti del luogo nel quale è ristretto e condotto coartatamente. È proprio per tali motivazioni, d'altronde, che la giurisprudenza<sup>33</sup> ha più volte ritenuto legittimo il decreto del p.m. che dispone, in via d'urgenza, l'intercettazione dei colloqui tra detenuti e familiari senza indicare specificamente il luogo d'intercettazione: è, difatti, solo nei luoghi privati e nelle abitazioni che l'intercettazione deve indicare in quale ambiente si svolge l'operazione e gli ambienti penitenziari non rientrano in questa categoria.

In estrema sintesi si potrebbe affermare che non sembra essere l'art. 8 CEDU la lente da utilizzare per analizzare ed ingrandire la tematica della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-bis: il diritto alla riservatezza, infatti, offre una tutela soprattutto nel momento in cui ci si trovi innanzi a luoghi di privata dimora e tale non sembra essere la cella. La luce in grado di illuminare tale problematica pare, piuttosto, essere l'art. 27 Cost. e la connessa tutela della dignità umana: se tra tale luce ed i singoli detenuti – oggettivamente fragili per il loro *status* di ristretti in vincoli – si frappone la lente sbagliata – art. 8 CEDU – questi ultimi rischiano di essere “bruciati” come esile carta nonostante i potenziali buoni propositi di chi si accinga ad osservarli.

Si potrebbe dire, *in nuce*, che siamo innanzi ad un tipico problema di trattamento penitenziario.

#### 4. Un problema di trattamento penitenziario?

Si potrebbe dire che il regime del 41-bis non sopisce ma, casomai, esaspera “l'antico” dibattito sulla natura del processo di esecuzione. Si è detto per anni, a tal riguardo, che esisterebbero tre tipologie di “esecuzione”: “*esecuzione, in quanto concerne la realizzazione, la modificazione, l'estinzione o il disconoscimento della pretesa punitiva dello Stato, materia questa che apparterebbe al diritto penale sostanziale e l'esecuzione riguardante le condizioni e i presupposti di eseguibilità delle disposizioni contenute nei provvedimenti del giudice che apparterebbe al diritto processuale, mentre le norme che regolano l'esecuzione materiale della condanna farebbero parte del diritto amministrativo*”<sup>34</sup>. Che la videosorveglianza del detenuto sottoposto al carcere più duro subisca ancora gli effetti di tale tripartizione?

L'art. 1 OP, d'altronde, ci consegna due concezioni ben distinte di trattamento penitenziario: la prima, il c.d. trattamento rieducativo, persegue il reinserimento sociale mentre, viceversa, la seconda, il c.d. trattamento, mira unicamente a regolare la “convivenza sociale” all'interno del carcere. La videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41bis, nel momento in cui – con una sorta di bilanciamento tra la *privacy* e la pericolosità sociale – viene osservata attraverso l'art. 8 della CEDU, molto probabilmente, finisce col divenire un istituto proprio del trattamento del secondo tipo e, in tal modo, sembra cadere in un “cortocircuito”. Lo speciale regime detentivo -di per sé foriero di numerosi dubbi di costituzionalità rimasti

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Corpus Iuris Civilis, Institutiones, Liber XLI, titulus II, XV*.

<sup>33</sup> *Unum ex pluribus*, Cassazione Penale, sezione I, 16 marzo 2009, (ud. 25 febbraio 2009), n. 11506.

<sup>34</sup> Cfr. L. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, 2002, 6.

inascoltati<sup>35</sup>- allorché si “sposi” con palesi “effrazioni” della persona umana -come la videosorveglianza continua- sembra eludere totalmente il “fardello rieducativo” sulla scorta del principio secondo il quale il “*trattamento intramurario* [...] [è] *un settore di competenza della p.a.*”<sup>36</sup>. Se è pur vero che il trattamento intramurario è, per forza di cosa, delegato -quantomeno nella quotidianità della vita carceraria- “alla p.a.” non si può dimenticare che la detenzione *tout court*, con annessi regimi, non dovrebbe mai trascurare il proprio “dovere” di tendere alla rieducazione del condannato.

Il regime del 41-*bis*, si potrebbe dire, pare esasperare quello che è stato definito “*il vero problema del diritto penitenziario*”<sup>37</sup>: “*la composizione di due opposte esigenze: mantenimento dell’ordine e della sicurezza; realizzazione della funzione rieducativa della pena*”<sup>38</sup>. Si potrebbe dire, in sostanza, che esiste una sicurezza penitenziaria in perenne conflitto con la rieducazione? Molto probabilmente deve risponderci affermativamente a tale quesito: si pensi che anche il legislatore del 1986, nel momento in cui abrogava l’art. 90 OP a favore dell’art. 41-*bis*, si prefiggeva l’intento di “*ripristinare le legalità compromesse*”<sup>39</sup> da un bilanciamento in disequilibrio di tali istanze. Mi si consenta una piccolissima chiosa al riguardo: la collocazione dell’art. 90 OP – tra le disposizioni finali e transitorie – rendeva tale disposizione una “*norma di chiusura del sistema alla quale doveva farsi ricorso in situazioni straordinarie ed eccezionali*”<sup>40</sup>. Collocare, viceversa, il 41-*bis* nel capo IV dedicato al “trattamento penitenziario”, forse, non è del tutto foriero di “garantismo” perché tradisce un’ossimorica visione “ordinaria dell’emergenza”.

L’ordinarietà delle situazioni emergenziali, molto probabilmente, risponde a numerosi interrogativi creati anche intorno alla videosorveglianza continua del condannato in regime di 41-*bis*. Lo stato di emergenza ha legittimato, storicamente parlando, la sospensione dei più banali principi di diritto: che sia questa la deriva a cui sembra approdare il regime detentivo speciale? Ci si potrebbe, inoltre, chiedere: perché valutare la legittimità della videosorveglianza continua del detenuto sottoposto ad un regime (già) derogatorio con gli occhi dell’art. 8 CEDU piuttosto che quelli dell’art. 3 CEDU? Solitamente si risponde affermando che per la Corte EDU “*affinchè una pena e le relative modalità esecutive possano essere qualificati inumani e degradanti, lo stato di sofferenza e di umiliazione subite dal detenuto devono integrare quel livello minimo di gravità, necessariamente superiore all’ordinario grado di afflittività che accompagna inevitabilmente ogni forma di trattamento o di pena legittimi*”<sup>41</sup> e che, per tale ragione, si ritiene esistente una “sfera” della persona umana intaccabile dalla pena: tale sarebbe, dunque, la *privacy* del detenuto pericoloso.

La risposta della Corte EDU, tuttavia, confonde, forse, il regime detentivo con la pena e trascura che la seconda deve, costituzionalmente, tendere alla rieducazione del condannato. Una pena rieducativa, molto probabilmente, non può essere inumana e, conformemente a tale assioma, non può decretare l’esistenza di una “porzione di umanità” violabile dall’ordinamento in nome della risocializzazione. Se poi si dovesse ritenere che qualsivoglia

<sup>35</sup> Corte Costituzionale nn. 122/2017, 56/2011, 220/2010, 190/2010, 417/2004, 390/2002, 192/1998, 376/1997, 351/1996, 332/1994, 410/1993, 349/1993.

<sup>36</sup> Cfr. AA.VV., *Punibilità e pene*, Cedam, 2018, 470.

<sup>37</sup> Cfr. P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2002, 119.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Cfr. P. CORSO, *op.cit.*, 136.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. V. MANCA, *La videosorveglianza continua non viola i diritti fondamentali del detenuto, se ritenuto altamente pericoloso*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 10.



violazione della persona umana – sia pure in forma frazionata – sia legittimabile sulla base della pericolosità sociale di quella persona allora, sinceramente, diverrebbe assai arduo continuare a distinguere concettualmente le misure di sicurezza dalle pene.

### 5. Il labile confine del 41-bis: tra romanzi distopici e finalità rieducativa della pena

Il regime del 41-bis, già di per sé problematico in quanto speciale e derogatorio, assume, con la videosorveglianza continua, tratti a dir poco degni dei più noti romanzi distopici. La circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, inoltre, anziché prendere posizione su tale annosa tematica, ci lascia un assordante ed incomprensibile silenzio: un silenzio, si potrebbe dire, non più assordante di quello che ci aveva già lasciato il legislatore.

Il silenzio della circolare DAP, tuttavia, sembra celare in sé una contraddizione addirittura maggiore rispetto al silenzio del legislatore ordinario, perché l’art. 25.1 della stessa, nel momento in cui regola le perquisizioni sembra, seppur minimamente, accennare al principio della dignità umana nel momento in cui ribadisce che *“il detenuto/internato d[eve] essere attentamente perquisito mediante metal detector, in occasione delle consentite movimentazioni all’interno dell’istituto penitenziario. [...] Solo in caso di fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti, pericolosi per l’ordine e la sicurezza dell’istituto non rilevabili tramite sistema tecnico di controllo, si procede con la perquisizione manuale e mediante il denudamento, documentando l’operazione effettuata in apposito registro<sup>42</sup>”*.

La circolare DAP, in sostanza, pone come regime di *default* delle perquisizioni l’utilizzo del metal detector ed ammette solo in subordine, ed in caso di fondato sospetto circa il possesso di oggetti non consentiti e non rilevabili altrimenti, il denudamento e la perquisizione manuale: in tale regolamentazione si intravede il tentativo di rispettare la dignità del detenuto. Tale disciplina, tuttavia, perde qualsivoglia senso e cade, pertanto, in contraddizione nel momento in cui si consente ai direttori dei più disparati penitenziari di sorvegliare 24 ore su 24 i detenuti: l’art. 25.1 in tal modo diviene, infatti, l’ossequio tanto formale quanto inutile della dignità umana.

Occorre, infatti, ricordare che *“la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. 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<sup>43</sup>”* ed è, pertanto, contraddittorio affermare che la *“particolare pericolosità sociale”* del singolo detenuto possa legittimare l’amministrazione penitenziaria ad erodere, *de facto*, anche quella piccolissima e residuale porzione di libertà dello stesso.

I regimi detentivi speciali, d’altronde, non sono nati insieme al 41-bis: si potrebbe, ad esempio, citare come antecedente storico dello stesso l’art. 90 della l. 354 del 1975, nato come strumento di contrasto della criminalità *“politica”* nei cc.dd. anni di piombo. Quest’ultimo regime, tuttavia, difettava, rispetto al 41-bis, di un elemento essenziale: il *“riconoscimento giuridico ufficiale<sup>44</sup>”*. Come notato da autorevolissima dottrina, infatti, *“la codificazione di un regime speciale-fondata su provvedimenti formali di sottoposizione, su limiti e contenuti della disciplina penitenziaria, su rimedi giurisdizionali rispetto alla sua applicazione-a dispetto di quanto possa apparire a prima vista, costituisce una operazione di trasparenza nella*

<sup>42</sup> Circolare DAP 3676/6126 del 2 ottobre 2017, art. 25.1.

<sup>43</sup> Corte Costituzionale, 28 luglio 1993, n. 349.

<sup>44</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41bis*, Giuffrè, 2007, 4.

*organizzazione della vita penitenziaria e nella gestione della sicurezza, a tutela diretta delle prerogative di dignità della persona detenuta<sup>45</sup>* e si palesa, pertanto, come diretta conseguenza dell'esigenza *"di individuare diritti insopprimibili delle persona umana, anche nella condizione di privazione di libertà, [inteso] quale momento di necessaria individuazione dei contenuti della vita detentiva<sup>46</sup>"*: un regime penitenziario speciale e derogatorio, in buona sintesi, non può abbandonare alla *"prassi [giurisprudenziale] la soluzione delle più rilevanti questioni involgenti la sicurezza<sup>47</sup>"*.

Se tale affermazione è vera, e la è, allora non si comprende per quale ragione la disciplina della videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41bis – un regime codificato – debba essere devoluta a prassi giurisprudenziali, suscettibili di giungere a risultati opposti in nome della pericolosità sociale del detenuto di turno. Con ciò, si badi bene, non si vuole sostenere che nel nostro ordinamento manchino gli strumenti per affrontare tale problematica: l'art. 27 Cost., infatti, nel momento in cui sostiene che tutte le pene devono tendere alla rieducazione del condannato si mostra ancor più garantista della giurisprudenza della Corte Europea. La dignità umana, inoltre, nella sua qualità di minimo comune denominatore non può essere, in alcun modo, calpestata sulla base di una presunta pericolosità sociale del detenuto che, al di là di tutto, rimane pur sempre un essere umano titolare di diritti inviolabili. Non è un caso, infatti, che il Tribunale Costituzionale Federale tedesco, nel 2015, affermò che la sottoposizione di una persona detenuta, seppur ritenuta fortemente pericolosa e violenta, doveva ritenersi lesiva del diritto fondamentale allo sviluppo della personalità umana (art. 2 comma 1 l.f.) e del *"superprincipio fondamentale della dignità umana, affermato nell'art. 1 c. 1 l.f.<sup>48</sup>"*: a conclusioni non dissimili, a modestissimo parere dello scrivente, si può giungere applicando i principi costituzionali nostrani.

L'omessa codificazione della disciplina della videosorveglianza del detenuto in regime di 41bis, in sintesi, sembra far apparire il regime detentivo speciale più simile ad un romanzo distopico che ad uno strumento eccezionale volto alla neutralizzazione della pericolosità sociale di determinati soggetti. Lasciare che esista un vuoto normativo di tale sorta, d'altronde, non può non lasciar intendere che, nel caso *de quo*, si sia innanzi ad un vero e proprio abbandono della disciplina alle mani della prassi giudiziaria piuttosto che ad una "delega" al potere discrezionale della magistratura: tutti elementi propri della "distopia" del 41bis. La giurisprudenza della Corte Europea, d'altronde, con i suoi richiami al diritto alla riservatezza sembra combattere una battaglia contro veri e propri "mulini a vento" e appare incapace nel fornire risposte adeguate ed esaurienti a tale problematica.

La codificazione di una disciplina sul punto, molto probabilmente, potrebbe tagliare tale nodo gordiano e, purtuttavia, non dovrebbe prendere le mosse da principi come quelli sanciti nell'art. 8 CEDU (per i motivi sopra visti) ma, casomai, dovrebbe porre come faro gli artt. 2, 3 e 27 della Costituzione.

## **6. La pena rieducativa e la Corte Europea**

Tale considerazione prende le mosse dalla circostanza che la Corte Europea, a più riprese, è parsa aderire ad una teoria c.d. polifunzionale della pena: una teoria, cioè, che non pone come finalità ultima della pena unicamente la rieducazione ma, casomai, vi associa la general-

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> *Ibidem.*

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> Cfr. AA.VV., *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2015-2016*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fascicolo V, 1° ottobre 2017, 2175 ss.

prevenzione e la retribuzione. Si prendano come prova di tale assunto le pronunce della Corte Europea concernenti la legittimità dell’ergastolo: la celeberrima sentenza Vinter, in tal senso, ribadisce che *“la convenzione impone agli stati contraenti l’adozione di misure volte a tutelare il pubblico dai reati violenti e non vieta loro di infliggere a una persona condannata per un reato grave una pena di durata indeterminata che permetta di mantenerla in detenzione quando ciò sia necessario per la tutela del pubblico. [...] il semplice fatto che [i detenuti riconosciuti colpevoli di omicidio o di altri reati gravi contro la persona] siano forse già rimasti per molto tempo in carcere non attenua minimamente l’obbligo positivo di tutelare il pubblico che incombe sullo Stato: quest’ultimo può adempiere allo stesso mantenendo in detenzione i condannati all’ergastolo per tutto il tempo in cui rimangono pericolosi<sup>49</sup>”*. L’ergastolo, in tale pronuncia, viene ritenuto conforme alla CEDU in tanto in quanto si palesi come un non-ergastolo – deve infatti essere riducibile *de jure e da facto* – e, purtuttavia, nel massimo ossequio della teoria polifunzionale della pena si sostiene che la pena perpetua può essere ridotta solo allorché il detenuto non sia più pericoloso: criterio quantomeno astratto e vago.

Veniamo, ora, alla recentissima sentenza “Viola c. Italia. La recentissima pronuncia della Corte Europea è apparsa nel “nostro” universo giuridico del tutto inaspettatamente e, purtuttavia, sembra aver rinvenuto la propria scaturigine anche in un tessuto sociale che, a mano a mano, sembrava andare sempre più consolidandosi. *“Ubi societas, ibi ius e ubi ius, ibi societas<sup>50</sup>”* direbbe, forse, l’Autore di tale celebre dittico. Come scriveva il De Marsico – riferendosi, chiaramente, a ben altri periodi – è, d’altronde, pacifico che in alcune epoche la civiltà senta *“poderosa e improrogabile l’esigenza di adeguare il diritto alla realtà con la stretta aderenza che unisce al corpo il suo tegumento<sup>51</sup>”*. Avendo riguardo alla pena perpetua - ora come allora (potremmo dire?) - pare essere sorto, in particolare, *“dal grembo delle cose l’ammonimento che il sistema giuridico rimarrebbe vacuo aggregato di formule se non assimilasse il contenuto che il nuovo indirizzo gli offre<sup>52</sup>”* e che, dunque, l’ostatività della pena, sferzata da - troppo spesso glissate – logiche collaborative, debba essere oltre – passata.

Il caso: Marcello Viola, sottoposto al regime detentivo *ex art. 41bis* OP da circa vent’anni, proponeva ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stato condannato ad una pena detentiva *“a vita, incomprimibile, che qualifica[va] [per tale motivo] inumana e degradante<sup>53</sup>”*. Deduceva, dunque, la violazione degli artt. 3 ed 8 della CEDU sostenendo di patire una pena priva di qualsiasi *“prospettiva di rilascio<sup>54</sup>”* anche – e, forse, soprattutto – perché tale non potrebbe ritenersi l’ipotesi collaborativa (nemmeno nelle ipotesi di accertamento della sua “impossibilità” od “inesigibilità”). L’automatismo secondo il quale l’assenza della collaborazione si identificherebbe, *ipso facto*, nella pericolosità sociale, continuava il ricorrente, favorirebbe *“eccessivamente le esigenze di politica criminale, a discapito degli imperativi penitenziari di risocializzazione e comporterebbe [dunque] una violazione della dignità umana di ogni detenuto<sup>55</sup>”*. Un meccanismo di tal sorta (generato dal “combinato disposto” dagli artt. 22 c.p. e 4-bis, 58-ter OP), in sostanza, ridurrebbe l’uomo ad

<sup>49</sup> Cfr. Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

<sup>50</sup> Cfr. S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918.

<sup>51</sup> Cfr. A. DE MARSICO, *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 34 ss.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

il suo reato e frustrerebbe, in tal guisa, l’esigenza rieducativa e risocializzativa tanto cara alla pena.

La Corte Europea, riprendendo – seppur in parte – alcuni propri precedenti, ha evidenziato, in primo luogo, che *“la dignità umana, situata al centro del sistema creato dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della libertà, senza operare al tempo stesso per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di riguardare un giorno questa libertà<sup>56</sup>”*. Il c.d. ergastolo ostativo secondo la Corte, dunque, *“limit[erebbe] eccessivamente la prospettiva di rilascio dell’interessato e la possibilità di riesame della pena<sup>57</sup>”*.

Appare degna di nota, in tal senso, la riflessione posta dalla Corte alla base della pronuncia: *“se è vero che il regime interno offre al condannato la scelta di collaborare o meno con la giustizia, la Corte dubita della libertà di questa scelta, come dell’opportunità di stabilire un’equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato [...]. La mancanza di collaborazione potrebbe [infatti] essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell’adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza.[...] Si potrebbe ragionevolmente essere messi di fronte alla situazione dove il condannato collabora con le autorità, senza che tuttavia il suo comportamento rifletta un cambiamento da parte sua o una “dissociazione” effettiva dall’ambiente criminale, in quanto l’interessato potrebbe agire con l’unico proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge<sup>58</sup>”*. Se ne deduce, dunque, che *“se altre circostanze o altre considerazioni [differenti da un generico rifiuto] possono spingere il condannato a rifiutare di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta con uno scopo puramente opportunistico, l’immediata equivalenza tra l’assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente [poiché] considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della dissociazione del condannato e del suo cambiamento, non si [tiene] conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la dissociazione con l’ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia<sup>59</sup>”*.

La tesi sostenuta dalla Corte, in conclusione, esprime un concetto quasi ‘equazionale’ secondo il quale se è vero, come – peraltro – pare, che *“la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso [poiché] essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità<sup>60</sup>”* e se *“l’assenza della collaborazione con la giustizia determin[a] una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il [detenuto] di ogni prospettiva realistica di liberazione<sup>61</sup>”* allora, il detenuto *“rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo<sup>62</sup>”* e la detenzione diviene, con buona pace dei principi tanto cari alla moderna penologia, del tutto vana.

<sup>56</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Chambre, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 29 maggio 2013.

<sup>57</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

Molte luci, si potrebbe dire, sembrano promanare dalla sentenza *a quo* ma, al contempo, l’occhio dell’inerte osservatore potrebbe intravedere numerose zone d’ombra: se la sentenza, infatti, emana luce nel momento in cui evidenzia che la situazione degli ergastolani ostativi “*rappresenta un problema strutturale [ed indica allo Stato] la necessità di una riforma della pena perpetua, possibilmente di iniziativa legislativa, che garantisca un riesame della pena, che permetta alle autorità di valutare se il detenuto abbia compiuto un tale percorso di rieducazione da privare la prosecuzione della detenzione di alcuna ragione*”<sup>63</sup> mostra, al contempo, numerose ombre nel momento in cui, per indubbi limiti oggettivi, crea un vuoto ‘normativo’ che difficilmente potrà essere colmato dall’attuale legislatore (forse anche a causa di una certa temperie cultural-politica). Come notato da alcuni dei primi commentatori, inoltre, risulta “*complesso ipotizzare che la decisione possa applicarsi direttamente ai casi analoghi [ed appare, altresì, improbabile] che la magistratura di sorveglianza possa superare il chiaro disposto dell’art. 4 bis OP senza un intervento legislativo o della Corte Costituzionale*”<sup>64</sup>.

Sia concessa, sempre sulla linea del medesimo *fil rouge*, anche una personalissima – ed in quanto tale opinabilissima – chiosa: la Corte, nel pronunciarsi, sembra aver preso atto del riconoscimento, in capo al ricorrente, della circostanza aggravante collegata al suo ruolo di capo all’interno del gruppo mafioso di appartenenza e, dunque, dell’impossibilità per l’interessato di “*ottenere che la sua eventuale collaborazione [fosse] qualificata come impossibile o inesigibile, conformemente alla legislazione in vigore e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione*”<sup>65</sup>. Pare evidente, dunque, che nel caso *de quo* – sempre per indubbi limiti oggettivi della pronuncia – “*per determinare se il cosiddetto ergastolo ostativo [fosse] de jure e de facto comprimibile, vale a dire se offrisse [o meno] una prospettiva di rilascio e una possibilità di riesame la Corte si [è concentrata] sulla sola opzione disponibile in capo al ricorrente [ossia la collaborazione] all’interno delle attività investigative e inquirenti condotte dalle autorità giudiziarie al fine di avere una possibilità di domandare e ottenere la liberazione*”<sup>66</sup>. Non sembra, dunque, possibile ritenere che la Corte Europea si sarebbe pronunciata (o si pronuncerebbe) nello stesso modo nel momento in cui avesse proposto (o proponesse) il medesimo ricorso un soggetto che – anche solo astrattamente – avrebbe potuto (o potrebbe) instaurare un autonomo procedimento di accertamento dell’impossibilità o dell’inesigibilità della collaborazione. La pena, in quel caso, verrebbe considerata comprimibile?

Alcune pagine di antica dottrina sembrano consegnare ai posteri un monito che si ritiene applicabile anche nel tentare la scrittura delle modestissime conclusioni di questa riflessione: “*nel corso de’ tempi seguì sempre dopo la colpa il castigo, e tuttavia il motivo, il titolo, il modo variò, anzi che la giustizia punitiva si concepisse ed esercitasse rettamente. Non debbo ora né affermare né negare, se il concetto e lo esercizio sieno almeno oggidì retti: imperciocchè dire, e non dimostrare, sembri vana audacia*”<sup>67</sup>. L’osservazione scientifica della pena e, con essa, dell’uomo, infatti, paiono lasciare nello studioso una ben sedimentata e triste consapevolezza: ciò che si maneggia è alquanto di insolita evanescenza, tanto facilmente

<sup>63</sup> Cfr. M.S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, Milano, 2019, 3.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, *Marcello Viola c. Italia*, 30 aprile 2019.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Cfr. P. ELLERO, *Opuscoli Criminali*, Bologna, 1874, 5-6.



criticabile quanto difficilmente districabile (figuriamoci se della possibile soluzione se ne chiedesse anche la dimostrazione).

Una perplessità, tuttavia, sembra meritare un breve cenno. Se è vero, come pare, che la sentenza Viola c. Italia ha sferzato un grave colpo alla logica collaborativo-premiale e, più in generale, “all’imbuto” dell’art. 4bis OP (sempre più alacremente alimentato da un parossismo popolar-securitario) sembra esserlo, altrettanto, la circostanza secondo la quale la Magistratura di Sorveglianza, in questo preciso momento storico (al netto di una pronuncia della Corte Costituzionale e di un intervento legislativo), pare divenire la depositaria di una discrezionalità – e, conseguentemente – di una responsabilità, francamente, eccessiva. Spezzato l’argine collaborativo, infatti, alle istanze di accesso ai benefici presentate dagli ergastolani cc.dd. ostativi, il ‘malcapitato’ magistrato potrà rispondere sollevando una questione di legittimità costituzionale in virtù del contrasto dell’art. 4bis OP con il “sistema convenzionale” oppure, più coraggiosamente, fornendo un’interpretazione, ‘convenzionalmente’ orientata, della normativa nazionale. Benché possa ritenersi, quantomeno, improbabile l’inverarsi della seconda opzione – posto che la magistratura dovrebbe effettuare un discreto ‘lancio nel vuoto’, concedendo benefici a chi non ne ha mai usufruito ed a chi, per oggettive ragioni normative, non ha mai potuto godere appieno della ‘progressione trattamentale’ – “un’applicazione” diretta della sentenza Viola c. Italia non sembrerebbe, comunque, in grado di garantire l’automatica fruizione della normativa premiale.

Benché, infatti, la Corte Europea abbia sancito il principio secondo il quale il noto automatismo – per il quale la mancanza di collaborazione, con una presunzione assoluta, statuirebbe la pericolosità sociale del detenuto – debba ritenersi in contrasto con la Convenzione Europea, tutto questo, molto probabilmente, non può giungere a significare che la pericolosità non possa continuare ad essere desunta da criteri altri ed ulteriori. Paradossalmente, ma non troppo, si potrebbe dire che la pronuncia *a quo* (al netto di interventi legislativi e di pronunce della Corte Costituzionale) sembra avere, casomai, ampliato la valutazione discrezionale sulla pericolosità affidata alla magistratura favorendo, indirettamente, una devoluzione della questione alla Corte Costituzionale oppure un rigetto dell’istanza fondato sulla pericolosità del detenuto (seppur, in questo caso, desunta da elementi differenti dall’assenza di collaborazione).

Tale argomentazione, oltretutto, sembrerebbe valere unicamente per il detenuto al quale non risulta essere stata contestata la circostanza aggravante collegata al ruolo di capo all’interno del gruppo mafioso di appartenenza: in caso contrario, infatti, il Magistrato di Sorveglianza adito ben potrebbe dichiarare inammissibile un’eventuale istanza di accesso ai benefici ritenendo, comunque, necessaria l’instaurazione del procedimento di accertamento *ex art. 58-ter* OP dell’inesigibilità o dell’impossibilità della collaborazione che, al momento e sulla carta, ben potrebbe essere ritenuto – con una certa sottigliezza – idoneo a rendere “riducibile” la pena perpetua. Un ulteriore problema applicativo, inoltre, potrebbe porsi nel caso in cui un magistrato, investito di un’istanza premiale, instaurasse d’ufficio il procedimento *ex art. 58-ter*: se il detenuto, anche al fine di evitare i ben noti tratti “stigmatizzanti” del fenomeno del pentitismo, dichiarasse di rinunciare a tale procedimento si potrebbe desumere da tale circostanza la sua pericolosità? Il quesito non appare banale poiché la Corte di Strasburgo, nel momento in cui ha affermato che l’assenza collaborazione non può divenire, di per sé sola, indice di pericolosità sociale non ha, al contempo, escluso che la stessa possa configurarsi, assai più modestamente, come uno dei suoi possibili indici: *a fortiori* si potrebbe predicare un ragionamento di tal sorta nel caso di rinuncia al procedimento.

In estrema sintesi si potrebbe dire che la sentenza Viola c. Italia non sembra configurarsi come una straordinaria eccezione del diritto penitenziario ma, casomai, come una delle sue più ferree regole: ancora una volta sarà il magistrato di sorveglianza l'organo chiamato a giudicare, forse più di qualsiasi altro giudice, l'uomo. Nei rivoli della discrezionalità, lambiti dalle stringenti logiche popolar-securitarie, il giudice dovrà, quindi, valutare la pericolosità sociale di un detenuto che, *ex abrupto*, chiederà la concessione di un beneficio e, più in generale, della 'fiducia'. In tale logorante logica dell'*aut-aut* – dentro o fuori dal carcere – continuerà a consumarsi, inesorabile, il paradosso della legislazione penal-popolare che dimentica, troppo facilmente, i moniti degli antichi maestri secondo i quali: “*è pericolosa una definizione quando presenta uno di questi vizi: I. di essere perplessa ed ambigua in ordine al proprio soggetto, oppure al proprio oggetto, e peggio ancora ad entrambi; II. di essere indefinita ed elastica dal punto di vista delle sue pratiche applicazioni, per guisa di poter servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni*”<sup>68</sup>.

Entrambi questi vizi, potremmo dire, “*sono inerenti alla formula generale che afferma essere fondamento e misura del giudice punitivo la difesa sociale*”<sup>69</sup>.

Sono state citate, ad esempio, alcune pronunce inerenti alla conformità dell'ergastolo con la CEDU poiché, a ben vedere, la stessa pare avere numerosi punti di contatto con le pronunce inerenti alla videosorveglianza continua del detenuto in regime di 41-bis. In entrambi i casi, infatti, l'elemento in grado di determinare la conformità o meno – ora dell'ergastolo ora della videosorveglianza continua – con la CEDU, risulta essere un elemento soggettivo proprio del detenuto: la pericolosità sociale. Tale circostanza è chiaramente sintomatica del fatto che la Corte Europea abbracci la teoria polifunzionale della pena e non miri, pertanto, unicamente a rieducare il condannato.

Se questo è vero, come pare, allora diviene utile tentare di risolvere, quantomeno, la problematica relativa alla videosorveglianza continua del ristretto in 41bis con strumenti interni, influenzati dalla teoria “monofunzionale e rieducativa” della pena ex art. 27 Cost. Come sostenuto in passato dalla Corte Costituzionale, infatti, sussiste un “*obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle*”<sup>70</sup> ed esiste, in sostanza, un vero e proprio diritto del condannato “alla rieducazione”. Quando ci si avvicina alla tematica della legittimità della videosorveglianza continua della cella diviene, dunque, imprescindibile fornire argomentazioni che prendano le mosse dall'art. 27 Cost. piuttosto che, come si è fino ad ora visto, dall'art. 8 CEDU: la normativa europea, al di là di facili generalizzazioni, non pare, infatti, idonea a tutelare compiutamente il detenuto e, comunque, se lo fa, sembra farlo “male”.

Il ristretto in regime di 41-bis, d'altronde, vive in una condizione eccezionale rispetto a tutti gli altri detenuti: la sua pericolosità sociale, infatti, pare legittimare una sospensione del trattamento penitenziario “normale” volto alla neutralizzazione della stessa. Nel momento in cui si osserva la pericolosità sociale anziché la persona, purtroppo, la pena rischia più che mai di perseguire-anche od esclusivamente-finalità altre ed ulteriori rispetto alla semplice rieducazione del reo: ed è proprio per tale motivazione che qualsiasi attività direttamente od indirettamente coinvolta nel trattamento penitenziario dovrebbe, sempre e comunque, subire

<sup>68</sup> Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti di Politica legislativa Penale*, Bologna, 2007, 49.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 14 maggio 1974, n. 204

un attento vaglio circa il rispetto della dignità di quel soggetto posto in una condizione precarissima.

La rieducazione del carcerato, infatti, non può non passare dal riconoscimento, in capo allo stesso, della sua inalienabile dignità: ciò a meno che non si voglia credere che la rieducazione del reo coincida con *“la sua mera emenda morale [ma] vorrebbe dire essere convinti che le carceri siano rette da sacerdoti e precettori<sup>71</sup>”*. Fuori dalla facile battuta pare utile sottolineare la necessità di un intervento, costituzionalmente orientato, del legislatore sul tema: in difetto una problematica tanto stringente quanto delicata continuerebbe ad essere abbandonata alla prassi giurisprudenziale, in balia di ventate più o meno europee e più o meno garantiste.

Il Beccaria, in un periodo non troppo lontano, affermò che *“le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla<sup>72</sup>”* e, pertanto, gli uomini *“sacrificarono [unicamente]una parte [della libertà] per goderne il restante con sicurezza e tranquillità<sup>73</sup>”*.

Se *“nessun uomo ha fatto il dono gratuito della propria libertà in vista di ben pubblico [...] [ma, piuttosto] fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: [...] ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo<sup>74</sup>”*, allora, si deve affermare che *“ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico<sup>75</sup>”*.

Il pensiero del Beccaria, informato all’ideologia del contratto sociale, si potrebbe, molto probabilmente, applicare anche all’auspicata normativa sulla videosorveglianza del detenuto in regime di 41-bis: solo la “stretta necessità” di tale misura – debitamente motivata – dovrebbe, infatti, essere il presupposto per applicare una misura tanto invasiva della sfera privata del detenuto. Una necessità, si badi bene, ispirata alla rieducazione del detenuto. Sebbene le parole “pericolosità sociale” siano divenute il facile “hashtag” delle più recenti pronunce giurisprudenziali, molto probabilmente, continuare a legittimare metodi di sorveglianza idonei a cagionare gravissimi danni alla salute psico-fisica del detenuto unicamente sulla base di tale criterio, appare del tutto inopportuno: si rischia, infatti, di giungere ad un *“populismo giudiziario<sup>76</sup>”* nel quale il magistrato di turno assume un ruolo che va *“al di là della mediazione formale della legge e [si pone] altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale<sup>77</sup>”*.

*“Le pene [tutte le pene] non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato<sup>78</sup>”*: la videosorveglianza continua del ristretto in regime di 41-bis, ahimè, non pare garantire il rispetto di questo basilare e fondamentale principio costituzionale e, per tale ragione, non dovrebbe trovare “asilo” all’interno del nostro ordinamento giuridico. Sostenere il contrario, d’altronde, significa legittimare uno “stato d’eccezione” ogniqualvolta si presuma l’esistenza della “pericolosità sociale” in capo ad un detenuto: criterio quantomai vago e strumentalizzabile. Sostenere tutto questo, in conclusione, significa rendere l’ambiguo regime del 41-bis distopico: la

<sup>71</sup> Cfr. AA.VV., *Ergastolo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara, E. Eula, VI, Torino, 1957, 659.

<sup>72</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*, Mondadori, 2012, 10-12.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Cfr. G. FIANDACA, *op.cit.* 105.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Art. 27 Costituzione.

rieducazione, infatti, assume tratti “*orwelliani*” e laddove andrebbe tutelata la dignità verrebbero poste telecamere in grado di ledere e calpestare anche l’ultimo baluardo di una vita costretta in vincoli.

Qualsivoglia detenuto in regime di 41-*bis*, in assenza di una normativa sulla videosorveglianza ispirata all’art. 27 cost., infatti, potrebbe chiamarsi Winston: “*se Winston [emettesse] un suono anche appena più forte di un bisbiglio, il teleschermo [potrebbe] captarlo; inoltre finché [rimane] nel campo visivo controllato dalla placca metallica, [potrebbe] essere sia visto che sentito. Naturalmente non [è] possibile sapere se e quando si [è] sotto osservazione. Con quale frequenza, o con quali sistemi, la Psicopolizia si inserisc[e] sui cavi dei singoli apparecchi [...] Dove[te] vivere presupponendo che qualsiasi rumore da voi prodotto [venga] ascoltato e qualsiasi movimento attentamente scrutato*<sup>79</sup>”.

Se è vero che esistono “*sensazioni che sono dei sonni, che occupano come una nebbia l’intero spazio dell’anima, che non permettono di pensare, che non permettono di agire, che non permettono chiaramente di essere [perché viviamo in] un’ubriachezza di non essere niente, e la volontà è un secchio che viene rovesciato nel cortile da un movimento indolente di un piede che passa [perché] guardiamo ma non sentiamo [...] quanto sentiamo non è tedio quanto sentiamo non è pena*<sup>80</sup>”, allora, ci si potrebbe chiedere: si può rimanere immobili innanzi ad una pena-come quella carceraria-che ha mostrato, e tuttora dimostra, di non sapere rieducare? Si può, *a fortiori*, restare immoti se quest’ultima è accompagnata da una videosorveglianza continua che calpesta l’ultima porzione di libertà rimasta in capo al detenuto?

La pena carceraria, nel momento in cui “*dimentica*” la dignità dei propri “*cittadini*”, agisce “*in modo da trattare l’umanità [...] semplicemente come mezzo [si veda la tutela della sicurezza sociale], [piuttosto che] come fine*<sup>81</sup>” ed assomiglia a, quella “*colomba leggiara, [che] mentre nel libero volo fende l’aria di cui sente la resistenza, potrebbe immaginare che le riuscirebbe assai meglio volare nello spazio vuoto di aria*<sup>82</sup>”: è destinata a cadere.

## 7. Una passione contemporanea

Lo studio dell’esecuzione della pena, sembra ridursi(?), con buona pace delle possibili divagazioni, allo studio dell’essere “*uomo*” in quanto tale. Come scriveva “*antica dottrina*”, d’altronde, “*fondamento del diritto di punire è la necessità naturale di proteggere il diritto, formula nella quale meglio che in qualunque altra si esplica il concetto della protezione e della difesa della personalità umana*<sup>83</sup>”. Si comprende, dunque, che espressioni come “*proteggere il Diritto, fare giustizia, mantenere l’ordine sociale e tutelare le esigenze di sicurezza dei cittadini*” null’altro sarebbero se non “*trascendenze (lessicali e non)*” capaci di adombrare, *in nuce*, la vera essenza dello *ius puniendi*: l’autoconservazione dell’animale umano.

Non sorprende, in tal senso, che uno dei più celebri “*diritti de’ popoli*” ponga dei limiti alla mano – sempre più spesso frenetica – del legislatore: “*che la legislazione non oltrepassi gl’immutabili confini della giusta moderazione nel decretare le pene, [poiché] deve altresì essere cura della società tutta che i suoi individui sieno persuasi della loro giustizia*<sup>84</sup>”.

<sup>79</sup> Cfr. G. ORWELL, 1984, Mondadori, 2016, 101.

<sup>80</sup> Cfr. F. PESSOA, *Il libro dell’inquietudine* di Bernardo Soares, La Feltrinelli, 2013, 58-59.

<sup>81</sup> Cfr. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, Utet, 1995, 66.

<sup>82</sup> Cfr. I. KANT, *Critica della ragion pura*, Laterza, 2000, 38.

<sup>83</sup> Cfr. P. LANZA, *Trattato teorico pratico di Diritto Penale*, Pisa, 1895, 500.

<sup>84</sup> Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Opere edite ed inedite di G.D. Romagnosi sul diritto penale*, Milano, 1841, 13.

La “giusta” pena dovrebbe, quindi, poggiare su radici “quasi contrattualistiche”, simili a quell’utopico(?) “contratto punitivo” ben descritto dal Romagnosi in questi termini: *“quanto è desiderabile all’ordine sociale quell’accordo in cui il reo nell’atto di subire la pena dice a sé stesso: io me la sono meritata; e lo spettatore pronuncia che ella è giusta! Questa voce, sollevata dal sentimento indelebile di approvazione pel giusto e pel vero, proprio dell’essere intelligente e morale, è l’oracolo della stessa natura. Felice quel popolo, nel quale questo sentimento è un cooperatore colla legislazione!”*<sup>85</sup>.

In questi termini la pena sembra emergere, dunque, come una mera difesa, *“avente nel reato la occasione per esplicarsi”*<sup>86</sup>. L’exasperazione di tale concettualizzazione vede, addirittura, nella punizione “una continuazione” del crimine: *“la peine est une suite de l’infraction”*<sup>87</sup>, scriveva lo Swinderen.

Perché allora, verrebbe da chiedersi, *“nell’odierna letteratura penologica un tema ricorrente è quello della crisi della risposta custodiale”*<sup>88</sup> e, più genericamente, della pena? Molto probabilmente - come, forse, ci suggerirebbe lo studio del mito di *uroboro* - perché *“l’argomento più caro all’uomo è l’uomo medesimo”*<sup>89</sup>: ne consegue che una pena percepita come “ingiusta” può ingenerare (quasi istintivamente) reazioni di “sdegno” parificabili *in toto* a quelle scaturenti dal suo “antecedente logico necessario”: la commissione del fatto criminoso. Se, infatti, fondamento del diritto di punire è la *“necessità di mantenere le condizioni necessarie per la vita completa dell’aggregato”*<sup>90</sup> non appare illogico sostenere che la pena, allorché non risultasse necessaria ovvero eccedesse i propri confini, potrebbe - essa stessa - ostacolare “la vita completa dell’aggregato” creando risentimenti tanto nel soggetto punito quanto nella platea degli inerti osservatori.

Si pensi, aprendo e chiudendo una breve parentesi, al c.d. “stato di natura”.

Il Crivellari, che certo non ne era un appassionato sostenitore, scrisse al riguardo: *“la natura accoppiando l’eguaglianza dei diritti ha sparso fra gli uomini un’ammirabile diversità di forze fisiche e intellettuali, di morali attitudini, di inclinazioni e di tendenze. Pongansi gli uomini a contatto fra di loro e si vedrà crescere in essi la misura dei bisogni, dei desideri e delle passioni; l’intemperanza dell’amor proprio renderà molti di essi ingiusti a danno dei loro simili; vorranno accoppiare i vantaggi della riunione colla sfrenata libertà di tutto operare”*<sup>91</sup>. Si rendeva, dunque, necessaria un’entità terza ed imparziale, capace di gestire il conflitto: quella che il celebre Giurista definì una *“forza preponderante (stato, governo) [che] dev’essere il substractum dell’associazione”*<sup>92</sup>.

Tale forza, purtuttavia, doveva - e deve - conoscere dei limiti poiché per *“esercitare il summum jus di infrenare gli attacchi ai diritti dei consociati ha bisogno di essere investita di un supremo potere, quello cioè di infliggere un male giusto al male ingiusto che sia consumato o che si tenti di consumare a pregiudizio di tutti o di alcuno dei membri della consociazione; potere che va a costituire quello che dicesi diritto di punire”*<sup>93</sup>. Il diritto punitivo s’appaleserebbe, dunque, come il potere “supremo”, capace di discernere il giusto

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Cfr. O. Q. VAN SWINDEREN, *Esquisse du droit penal actuel dans les Pays-Bas et à l’Etranger*, Paesi Bassi, 1891, 17.

<sup>88</sup> Cfr. M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Bologna, 1996, 9.

<sup>89</sup> Cfr. C. LOMBROSO, *Delitto. Genio Follia. Scritti scelti*, Milano, 1995, 218.

<sup>90</sup> Cfr. F. MAGRI, *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, Pisa, 1893, 5.

<sup>91</sup> Cfr. G. CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888, 5 ss.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> *Ibidem*.



dall'ingiusto e di stabilire, avendo riguardo all'ingiustizia del crimine, la “giustizia” della pena. È in tal senso, verrebbe da dire, che “*la sanzione applicata ad un colpevole ravviva nella società la coscienza della moralità*<sup>94</sup>” e ri(con)duce, come teorizzato dal Lanza, l'intarsiamento di tutta la funzione della pena all' “*istituto della responsabilità individuale*<sup>95</sup>”. Una responsabilità, si potrebbe aggiungere, posta tanto in capo al reo quanto alla collettività di riferimento. È da questi presupposti, forse, che trae origine la crisi della penologia e della penalità. A ciò deve aggiungersi una presa di coscienza - alla quale non si sottrasse il Magri - assai poco fausta: “*nel sistema logico lo studio dei rimedi è sempre l'ultimo, poiché presuppone la nozione delle cause morbose*<sup>96</sup>”. Lo studio della pena (dei rimedi) sconta, dunque, la mancanza dei propri presupposti dovuta al difficile “inquadramento” delle cause morbose e, in estrema sintesi, dell'animo umano. Come definire, ci si potrebbe quindi chiedere, la giustizia della pena?

Si è recentemente scritto che “*con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema. Lo diventa a causa del numero di persone rinchiuso o poste sotto sorveglianza, dello scotto pagato dalle loro famiglie e comunità, del costo economico e umano che ciò determina per la collettività, della produzione e riproduzione di disuguaglianze che favorisce, della crescita della criminalità e dell'insicurezza che genera e, infine, della perdita di legittimità derivante dalla sua applicazione discriminatoria e arbitraria. Ritenuto ciò che dovrebbe proteggere la società dal crimine, il castigo appare sempre di più ciò che invece la minaccia. Il momento punitivo incarna questo paradosso*<sup>97</sup>”. Tali argomentazioni, molto probabilmente, devono ritenersi estensibili anche al problema qui affrontato, figlio di una vera e propria “passione contemporanea”.

Mi sia concessa un'ultima chiosa: la “recente” teoria della modernità liquida, ipotizzata dal Bauman, prende le mosse dalla seguente riflessione: “*I liquidi, a differenza dei corpi solidi, non mantengono di norma una forma propria. I fluidi, per così dire, non fissano lo spazio e non legano il tempo. Laddove i corpi solidi hanno dimensioni spaziali ben definite ma neutralizzano l'impatto - e dunque riducono il significato - del tempo (resistono con efficacia al suo scorrere o lo rendono irrilevante), i fluidi non conservano mai a lungo la propria forma e sono sempre pronti (e inclini) a cambiarla; cosicché ciò che conta per essi è il flusso temporale più che lo spazio che si trovano a occupare e che in pratica occupano solo per un momento. In un certo senso i corpi solidi annullano il tempo, laddove, al contrario, il tempo è per i liquidi l'elemento più importante*<sup>98</sup>”. Tale *weltanschauung* ci consente, molto probabilmente, di affrontare - *mutatis mutandis* - anche il problema della pena e, più precisamente, di quella carceraria.

Il carcere, in particolare, sembra essere divenuto - a partire dall'epoca illuminista - il corpo solido più definito nelle forme: un *deus ex machina* caratterizzato da un'elevata dimensione spaziale ed in grado, soprattutto, di annullare il tempo. È proprio l'annullamento del tempo del condannato la caratteristica che potrebbe indurci - forse più delle altre - a credere che la pena carceraria, soprattutto allorché si veste della perpetuità, “*non ha nessuna funzione, è la vendetta dei forti, dei vincitori, della moltitudine [...] è il male che rende innocente chi lo*

<sup>94</sup> Cfr. R. ARDIGÒ, *Rivista Repubblicana di politica, filosofia, scienze, lettere ed arti*, Volume II, 1879, 685.

<sup>95</sup> Cfr. V. LANZA, *L'umanesimo nel Diritto Penale. Analisi psicologica della reazione penale*, Palermo, 1906, 225.

<sup>96</sup> Cfr. F. MAGRI, *op.cit.*, 5.

<sup>97</sup> Cfr. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, La Feltrinelli, 2018, 4.

<sup>98</sup> Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2019, XXXII.

*sconta*<sup>99</sup>". Sono le caratteristiche della pena detentiva, d'altronde, che la conducono a vivere nel paradosso: se è vero, ed è vero, che il carcere "nasce" come la risposta del diritto penale lo è, altrettanto, la circostanza secondo la quale tale pena sembra "morire" nella rinnovata(?) veste di problema del diritto penale. Se non è certamente raro leggere in una sentenza della Corte Costituzionale che la "*difesa sociale* [è un] *interesse di rilievo costituzionale sotteso alla necessaria esecuzione della pena*<sup>100</sup>", infatti, non lo è, parimenti, leggere che benché "*nei media, nella società e nella sfera politica c'è chi continua a credere che il carcere possa riabilitare* [tale pena, in realtà] *di fronte all'opinione pubblica porta il peso di un segreto, il segreto del suo fiasco*<sup>101</sup>".

Il carcere palesa quotidianamente i propri limiti e ciò nonostante sembra legittimare la propria esistenza su postulati propri a quella "necessità del male" tanto cara a Schelling, secondo il quale è il male lo strumento attraverso il quale può rivelarsi il bene. Il bene, in questo caso, è la rieducazione del condannato enunciata dall'art. 27 della Costituzione: un principio che pare, francamente, diametralmente opposto alle finalità perseguite (coscientemente o meno) dal carcere. Che il carcere debba esistere unicamente per rivelarci il principio rieducativo?

Fuori dalla metafora si potrebbe dire che la rieducazione, oggi più che mai, sembra essere uno dei grandi progetti dell'età moderna che, suo malgrado, subisce la sferzante "*temperie culturale postmoderna* [la quale] *si connota per l'abbandono dei grandi progetti dell'uomo, elaborati a partire dalla stagione illuministica*<sup>102</sup>". Si potrebbe dire che leggere parole come "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato" appare, oggi, più il frutto delle letture serali dell'uomo dabbene che non della carta costituzionale. Il problema della pena carceraria, tuttavia, non può e non deve essere ri(con)dotta alle elucubrazioni, più o meno dotte, di singoli intellettuali poiché permea di sé la società *tout court* e non solo, come alcuni vorrebbero far credere, la sua parte "peggiore".

Il carcere, si potrebbe dire, diviene un problema nel momento in cui è concepito come una soluzione: per alcuni, infatti, cessa di essere il problema del diritto penale allorché si palesa come "la" risposta (più o meno efficiente) alla pericolosità sociale. Non è un caso, a modestissimo parere di chi scrive, che tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento con il dichiarato scopo di rieducare i condannati (si pensi alla concessione dei benefici penitenziari) siano, di volta in volta, sacrificati sulla base di valutazioni ispirate, direttamente od indirettamente, al concetto di pericolosità sociale, in spregio all'equazione cardine dell'ordinamento penitenziario: "*trattamento=rieducazione*<sup>103</sup>".

La deriva securitaria della modernità, in sostanza, consegna al diritto penale concetti altri ed ulteriori rispetto alla rieducazione quale, *in primis*, la pericolosità sociale. Tale concetto finisce col rendere "liquida" la pena carceraria poiché, anziché renderla definita nello spazio e nel tempo, la plasma della propria fluidità e la rende capace, per tale fatto, di lambire qualsivoglia soggetto ritenuto socialmente pericoloso: il carcere, attraverso la pericolosità sociale, diviene, *in nuce*, la panacea di ogni male.

Cos'è, d'altronde, la pericolosità sociale? La tipizzazione di tale concetto ci indica che è socialmente pericoloso il soggetto che ha commesso un fatto preveduto dalla legge come reato

<sup>99</sup> Cfr. C. MUSUMECI, *L'urlo di un uomo ombra. Vita da ergastolo ostativo*, Smasher, 2013, 12.

<sup>100</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 12 aprile 2017, n. 76.

<sup>101</sup> Cfr. T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, EGA, 1996, 174.

<sup>102</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Presentazione Convegno Nazionale Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, citato in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo III, 2018, 1667.

<sup>103</sup> Relazione della IV Commissione Permanente, relatore Felisetti, sul disegno di legge n. 2624-A del 1974.

“quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati<sup>104</sup>”. Il giudizio di pericolosità sociale, inoltre, si effettua sulla scorta dei parametri valutativi di cui all’art. 133 c.p. e tiene, dunque, conto della gravità del reato, della capacità a delinquere del reo e (guardando al passato) della recidiva. Al di là della lettura di saggi lombrosiani, a modestissimo parere di chi scrive, è alquanto arduo accertare giudizialmente la propensione a delinquere di un soggetto: impossibile fermare con durevoli tratti l’evanescenza dell’animo umano. Se diviene, dunque, quasi impossibile calcolare giudizialmente la possibilità che un soggetto commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato il giudicante, molto probabilmente, fonderà il proprio accertamento su elementi altri ed ulteriori come la gravità del reato commesso e la recidiva: guarderà, dunque, più alle azioni passate che a quelle future. Tale valutazione è, in sostanza, contraria alla volontà dei costituenti di rieducare il reo poiché, molto probabilmente, la pena rieducativa dovrebbe guardare le azioni future del condannato anziché quelle passate.

La tipizzazione della pericolosità sociale, non a caso, si rileva nell’art. 203 del c.p. ed attiene alle misure di sicurezza. Le misure di sicurezza e le pene, come noto, danno vita al c.d. doppio binario. Nel momento in cui, tuttavia, le pene cessano di legittimarsi come strumenti rieducativi e, casomai, si propongono come risposta alla pericolosità sociale i due binari (delle misure di sicurezza e delle pene) si palesano come quelle due rette parallele destinate a non incontrarsi mai nella finitezza per ricongiungersi, poi, nell’infinito: la pena, in parole povere, finisce col rivelare la sua novella(?) natura di misura di sicurezza, seppur larvata.

Molto probabilmente questa riflessione provocatoria -ma non troppo- giustificherà l’inarcamento di qualche sopracciglio e, purtuttavia, appariva doverosa. Se l’ordinamento giuridico e, in particolare, il diritto penale continuano a porre la pericolosità sociale ad architrate della loro stessa esistenza, la pena, non potrà non divenire una misura di sicurezza. Il carcere, infatti, in tal caso diviene liquido e si erige a risposta ed a soluzione a qualsivoglia male della società sana, ed invade ed occupa ogni spazio lasciato libero dalle pene cadute, ormai, nel disuso e nell’oblio.

Se tale riflessione, come pare, è vera che dire, allora, della videosorveglianza del ristretto in regime di 41bis? Non siamo, forse, al cospetto di una misura di sicurezza nella misura di sicurezza?

A livello generale si potrebbe, forse, dire che l’eclissarsi del pluralismo penale coincide con la (ri)scoperta del carcerocentrismo moderno e ci consegna un diritto penale liquido che nel vestire le misure di sicurezza da pene ci lascia un carcere tanto libero dalle influenze esterne (quali ad esempio il consenso elettorale ed il populismo) quanto quella “pietra” -narrata da Spinoza<sup>105</sup>- dalla sua spinta originaria.

Più nel dettaglio, e non (troppo) dissimilmente, si dovrebbe, forse, ammettere che è quasi sempre la pericolosità il perno sul quale ruotano i meccanismi della giustizia. Tutto questo, mi sia concesso, in spregio ad uno dei più grandi insegnamenti della dottrina penalistica, secondo

<sup>104</sup> Art. 203 c.p.

<sup>105</sup> Cfr. B. SPINOZA, *Tutte le opere*, Mondadori, 2010, 2111-2113: “una pietra riceve una certa quantità di movimento da una causa esterna che la spinge, per la quale, cessato l’impulso della causa esterna, continua necessariamente a esser mossa. Dunque questo permanere della pietra nel movimento è coatto, non perché necessario, ma perché deve essere definito dall’impulso di una causa esterna. E ciò che si dice qui della pietra deve intendersi di qualunque cosa particolare. Poniamo ora, se vogliamo, che la pietra, mentre continua a muoversi, pensi e sappia di sforzarsi, per quanto può, di persistere nel movimento. Questa pietra, certamente, in quanto è consapevole unicamente del suo conato al quale non è affatto indifferente, crederà di essere liberissima e di non persistere nel movimento per nessun’altra causa se non perché lo vuole”.

il quale “è pericolosa una definizione quando presenta uno di questi vizi: 1. di essere perplessa ed ambigua in ordine al proprio soggetto, oppure al proprio oggetto, e peggio ancora ad entrambi; 2. di essere indefinita ed elastica dal punto di vista delle sue pratiche applicazioni, per guisa di poter servire di base o porgere appiglio alle più sperticate deduzioni; entrambi questi vizi sono inerenti alla formula generale che afferma essere fondamento e misura del giudice punitivo la difesa sociale<sup>106</sup>”.

Pericolosità sociale, difesa sociale ed esigenze di sicurezza sono tutte trame d’un medesimo tessuto destinato, destinato ad ammantare di giuridicità ciò che, prima -e forse più- di tutto è politico. Se è vero, tuttavia, che “*ubi societas ibi ius. Ubi ius ibi societas*” allora, si potrebbe porre un’ultima riflessione.

Si pensi all’ufficiale della Colonia Penale Kafkiana. Benché quest’ultimo vedesse nella “macchina dell’esecuzione” un *deus ex machina* ebbe a dire al visitatore: “*questa procedura e questa forma di esecuzione, che ora lei ha occasione di ammirare, non hanno più, attualmente, sostenitori dichiarati nella nostra colonia. Io ne sono l’unico fautore, e contemporaneamente sono il solo difensore dell’eredità del vecchio comandante*<sup>107</sup>”. Allorquando l’infernale marchingegno iniziava l’esecuzione, purtuttavia, “*non una dissonanza disturbava il lavoro della macchina. Molti non guardavano neanche più, giacevano nella sabbia con gli occhi chiusi; tutti sapevano: si stava facendo giustizia. Nel silenzio si udiva solo, smorzato dal feltro, il gemito del condannato*<sup>3</sup>”.

La deriva del sistema penale, ora come allora, sembra ingenerare nella *societas* una visione distorta dello *ius*: benché la pena possa risultare anche ai più atroce, la “pericolosità sociale” potrebbe indurli a ritenere che “si stia facendo giustizia”.

---

<sup>106</sup> Cfr. F. CARRARA, *Lineamenti di Politica legislativa Penale*, Il Mulino, 2007, 49.

<sup>107</sup> Cfr. F. KAFKA, *La colonia penale*, in *La metamorfosi e tutti i racconti pubblicati in vita*, Mondadori, 2014, 136.

## **Viaggio nei luoghi del 41 bis: le 18 raccomandazioni del Garante dei detenuti**

di *Serena Casagrande\**

**ABSTRACT:** A trent'anni dall'introduzione del regime speciale del 41-bis quali sono le regole che ancora lo animano e le criticità che lo permeano?

Attraverso le 18 Raccomandazioni stilate dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti si cercherà di consegnare al lettore la fotografia del sistema quale oggi appare, nella continua ricerca di equilibrio tra esigenze securitarie e rispetto dei diritti umani. La sistematica adottata poggia sull'idea di sviluppare un breve dizionario, capace di analizzare per ogni singola Raccomandazione la disciplina generale, le criticità rilevate e, ove presenti, le risposte fornite dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

## **Journey into the 41-bis places: 18 recommendations of the National Guarantor of inmates' rights**

**ABSTRACT:** *Thirty years after the introduction of the special 41-bis regime, what are the rules that still animate it and the criticalities that permeate it?*

*Through the 18 Recommendations, issued by the National Guarantor for the rights of prisoners, an attempt will be made to give the reader the image of the system as it appears today, through the incessant research for a balance between security and respect for human rights. The system adopted is based on the idea of developing a short dictionary, able to analyze the general discipline, the critical issues identified and, where present, the answers provided by the Department of Penitentiary Administration for each Recommendation.*

**Premessa.** Il 7 gennaio 2019 il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale (di seguito, il Garante) ha reso noto il rapporto frutto delle visite condotte nel biennio 2016-2018 negli Istituti di pena in cui è previsto lo speciale regime del 41 bis. Si tratta di 12 Istituti<sup>1</sup> che ospitano complessivamente 748 detenuti in regime speciale (incluse 10 donne): 363 coloro che hanno una posizione definitiva mentre i restanti hanno una posizione mista o sono sottoposti a misura cautelare. A questo numero si devono aggiungere 5 internati in Casa di lavoro che sono sottoposti allo stesso regime.

Come lo stesso Garante tiene a sottolineare, la finalità del rapporto non è quella di mettere in discussione l'opportunità della previsione normativa di un regime di detenzione speciale ma di analizzare come quest'ultimo si attua concretamente, verificando che siano rispettati i diritti fondamentali della persona così come enunciati in Costituzione e nelle diverse Convenzioni internazionali e interpretati dalla Corte Costituzionale e di Giustizia. Il bilancio di questo

---

\* Dott.ssa in Giurisprudenza, tirocinante presso il Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

<sup>1</sup> Gli Istituti visitati sono i seguenti: Casa Circondariale di Viterbo, Casa circondariale di Tolmezzo (UD), Casa Circondariale de l'Aquila, Casa Circondariale di Novara, Casa di Reclusione di Opera (Milano), Casa Circondariale di Bancali (SS), Casa Circondariale di Parma, Casa Circondariale di Terni, Casa Circondariale di Ascoli Piceno, Casa di Reclusione di Spoleto, Casa Circondariale di Roma Rebibbia, Casa Circondariale di Cuneo.



lavoro sono 18 raccomandazioni che il Garante rivolge al Governo e all'Amministrazione penitenziaria affinché intervengano per eliminare alcune criticità rilevate.

L'idea attorno alla quale ruota il presente articolo è quella di estrapolare i macro-argomenti della relazione trattandoli in ordine alfabetico così da dar vita ad una sorta di breve dizionario. I temi verranno affrontati partendo dalla raccomandazione enunciata dal Garante per poi analizzare, seppur brevemente, il quadro della disciplina congiuntamente alla giurisprudenza più rilevante e, laddove presente, la risposta fornita dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP). L'auspicio è che la presente elaborazione sistematica si possa rivelare uno strumento utile ed intuitivo per focalizzare i diversi ambiti su cui il Garante richiama l'attenzione ed il quadro della situazione così come oggi si rivela a quasi trent'anni dall'introduzione del regime speciale nel nostro ordinamento.

#### ACCESSO AI PROPRI ATTI PROCESSUALI.

**Il Garante nazionale raccomanda che sia interrotta ogni pratica che limita la consultazione degli atti processuali e venga assicurata alle persone detenute in regime speciale la possibilità di consultazione, fornendo loro gli apparecchi di lettura dei supporti informatici nei termini previsti dall'art. 14.1 capoversi 5 e 6 della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 e comunque escludendo ogni concorrenza del tempo destinato alla lettura per mezzo del computer fisso con quello riservato alle altre attività che si svolgono fuori dalla camera detentiva.**

Il diritto di difesa, tutelato all'art. 24 Cost, non può prescindere dall'accesso diretto agli atti processuali al fine di consentire all'interessato di conoscere i fatti che stanno alla base del proprio processo. Nel caso di detenuti imputati per fatti di criminalità organizzata le vicende giudiziarie si caratterizzano per la mole consistente di atti che, se da un lato rende arduo per l'Amministrazione porre il soggetto nella rapida disponibilità degli stessi, dall'altro lato si deve tener conto che a maggior ragione per soggetti che spesso seguono il processo tramite videoconferenza diventa di fondamentale importanza conoscere il contenuto degli atti stessi. Si è cercato di ovviare a parte del problema mettendo a disposizione del detenuto gli atti in formato elettronico consultabili tramite computer o altri dispositivi; rileva, tuttavia, il Garante come in alcuni Istituti il tempo trascorso dal detenuto nella consultazione al computer dei suoi atti processuali venga conteggiato nelle due ore di tempo all'aria aperta. Si tratta di una prassi che lede non solo il diritto alla difesa del soggetto ma, non consentendogli di fruire dello spazio all'aria aperta, il suo stesso diritto alla salute<sup>2</sup>. Viene auspicata, pertanto, l'introduzione di apparecchi di lettura per dar modo al detenuto di consultare i propri atti senza che il tempo impiegato venga sottratto ad altre attività ugualmente fondamentali.

Il DAP rende noto che l'utilizzo di *e-reader* da parte dei detenuti è stato valutato ma non ritenuto praticabile poiché, a seguito di indagini di mercato, non è stato possibile reperire un modello privo (o privabile) di collegamento internet.

#### ARCHITETTURA.

**Il Garante nazionale raccomanda particolare attenzione al livello di progettazione generale affinché nelle sezioni di regime speciale *ex art. 41 bis OP*, pur tenendo conto delle particolari esigenze determinate da tale regime detentivo e dalla sua finalità: - non si realizzino strutture che siano al di sotto del livello di terra e, ove realizzate, siano disattivate come sezioni detentive; - tutti gli ambienti siano tali da permettere il passaggio**

<sup>2</sup> La questione viene ripresa alla voce "permanenza all'aria aperta".

**di aria fresca e luce naturale sufficiente a consentire la lettura e le attività nelle ore diurne senza ricorso alla luce elettrica; le aree di passaggio permettano una stimolazione visiva ai colori e, quindi, non siano meri contenitori in grigio cemento, ma diano la possibilità di vedere elementi naturali paesaggistici; - le aree di passaggio non siano coperte da fitte reti; - le aree di passaggio abbiano la dimensione e struttura tale da permettere l'effettivo svolgimento di attività fisiche.**

**Il Garante nazionale raccomanda inoltre che le sezioni esistenti siano progressivamente adeguate nel rispetto di tali parametri, costituenti standard minimi di abitabilità, e che nuove sezioni o sezioni che l'Amministrazione intende riaprire siano rese operative solo nel rispetto dei parametri sopra indicati.**

L'architettura, intesa come consapevole tecnica del costruire e organizzazione logica degli spazi, ha da sempre rivestito un ruolo importante anche in ambito penitenziario in quanto dalla struttura di un carcere e dalla sua posizione urbanistica è possibile desumere la concezione della pena presente nell'immaginario dell'uomo contemporaneo<sup>3</sup>.

Se da un lato l'architettura si è dovuta modulare alle particolari esigenze del regime speciale *ex art. 41-bis*, dall'altro la stessa non può diventare elemento di sofferenza ulteriore ed ingiustificato per il soggetto ivi ristretto. In altre parole, le esigenze di ordine e sicurezza non possono giustificare la realizzazione di spazi e strutture che non tengano conto di standard minimi di qualità della vita. Per esempio, il reparto dedicato al *41-bis* della Casa Circondariale di Bancali (aperto nel mese di giugno del 2015) è stato realizzato in un'area ricavata scavando al di sotto del livello di quota dell'Istituto. Le cinque sezioni scendono gradualmente, facendo diminuire progressivamente l'entrata di luce naturale ed aria, ed è stato segnalato che in occasione di piogge molto intense parte del reparto si allaghi con enorme disagio sia per la popolazione detenuta che per gli operatori. La stessa considerazione meritano i locali riservati all'ora d'aria: infatti, le aree di passeggio sono a volte ricavate in spazi talmente ridotti da non permettere di fatto alcuna vera attività fisica e chiusi in alto da reti.

Spostando l'attenzione sull'organizzazione interna, i reparti "lineari", in cui le celle si affacciano in modo speculare sui due lati del corridoio, vengono giudicati poco idonei rispetto ai reparti "modulari" formati da gruppi di quattro stanze. Se la *ratio* del regime in commento è la volontà di spezzare i collegamenti non solo tra interno ed esterno del carcere ma anche tra detenuti appartenenti allo stesso clan, l'organizzazione lineare sembra porsi in antitesi con essa; viene rilevato, infatti, che soggetti non appartenenti allo stesso gruppo di socialità per incompatibilità territoriale o di appartenenza criminale si trovino però collocati in stanze poste l'una di fronte all'altra con evidente pericolo di comunicazione (è il caso della Casa Circondariale di l'Aquila, Novara, Tolmezzo e Cuneo).

Alle criticità progettuali si aggiungono l'incuria e la scarsa manutenzione, come rilevato presso l'Istituto di Cuneo in cui gli infissi delle finestre non si chiudono provocando una grande dispersione termica, i bagni sono privi di acqua calda e senza porta. Le docce comuni sono in numero insufficiente, una per sezione, con attivazione a tempo (7 minuti per ogni doccia) e gli interruttori della luce delle stanze detentive sono collocati esternamente, rendendo così impossibile al detenuto l'accensione e lo spegnimento autonomo della stessa.

Le stanze detentive delle donne presentano il letto fissato al pavimento e collocato in maniera tale da rendere agevole il controllo attraverso lo spioncino. Si tratta di una sistemazione, tipica degli ospedali psichiatrici, che il Garante giudica irrispettosa.

<sup>3</sup> V. D. A. DE ROSSI, [Architettura penitenziaria diritti umani e qualità della salute](#), in *Giur. pen. web*, 2-bis, 2019; S. ANASTASIA, F. CORLEONE, L. ZEVI, *Il corpo e lo spazio della pena*, Ediesse, Roma, 2011.

Risponde il DAP che l’inadeguatezza dei reparti lineari potrebbe essere tamponata nel breve termine riducendo il numero di detenuti assegnati all’Istituto in modo da lasciare una stanza libera fra un gruppo di socialità e l’altro. Per quanto concerne l’arredo della sezione femminile, la disposizione del letto nel centro della stanza dà modo al personale di avere la piena visibilità attraverso lo spioncino senza recare disturbo alla detenuta aprendo il blindato o chiamandola.

AREE RISERVATE.

**Il Garante raccomanda che si ponga fine alla previsione di apposite sezioni di “Area riservata” all’interno degli Istituti che ospitano sezioni di regime speciale di cui all’articolo 41-bis OP**

Con “Aree riservate” si indicano quelle sezioni, separate dalle altre che accolgono le persone sottoposte al regime del 41-*bis*, in cui vengono collocati coloro che hanno rivestito ruoli apicali nell’organizzazione criminale e che per questo richiedono un livello di attenzione e sicurezza ancor più elevato. Il Garante, come già aveva sottolineato nella relazione del 2017, pone in serio dubbio la legittimità di queste sotto-sezioni, aventi base legislativa secondo alcuni nella previsione di cui all’art. 32 d.P.R. 230/2000, evidenziando come l’art. 41 *bis* sia esso stesso fonte di restrizioni che trovano la loro ragion d’essere e giustificazione nell’esigenza di ordine e sicurezza pubblica. Sette degli Istituti visitati dal Garante hanno “Aree riservate”, per un totale di 51 persone ivi collocate.

Tale assetto organizzativo produce, in diverse realtà, l’effetto di sottoporre il destinatario ad un quasi sostanziale isolamento: nel rapporto si fa riferimento a 4 casi presso gli Istituti di Novara, Aquila, Parma e Opera. Per ovviare a questo problema viene collocato nell’area riservata un altro detenuto *ex 41 bis* che, pur non avendo titolo a starvi, funge sostanzialmente da “uomo di compagnia”: si tratta di una soluzione che porta con sé l’effetto di modificare *in peius* il trattamento per un soggetto che non sarebbe stato destinatario del regime particolare dell’Area riservata. Il Garante rileva, tuttavia, come la soluzione binaria presti il fianco ad un ulteriore elemento di criticità, infatti, il provvedimento disciplinare di isolamento che colpisce uno dei due si ripercuoterebbe inevitabilmente sull’altro che finisce così col subire *de facto* le conseguenze della sanzione, pur non essendone responsabile. Si configurerebbe, in ultima analisi, un’ipotesi di violazione del principio di responsabilità personale in quanto la sanzione viene a riversarsi su di un soggetto estraneo al provvedimento disciplinare stesso.

Il Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria ha risposto, in data 29 gennaio 2019, a questa raccomandazione individuando quale base normativa legittimante l’adozione delle “Aree riservate” proprio l’art. 41-*bis* nei commi 2-*quater* e 2-*quater* lett. f) (“*i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere (...) collocati in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’Istituto*” e “*Saranno inoltre adottate le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione (...)*). Dette sezioni trovano ragion d’essere nella particolare figura del soggetto ivi collocato che, a causa della sua posizione apicale nel sodalizio criminale e dell’influenza che può esercitare nei confronti degli altri detenuti, necessita di un controllo ancor più penetrante per evitare che ricrei situazioni di supremazia e sopraffazione verso i compagni di detenzione.

Il DAP ha inoltre precisato che i quattro casi di isolamento segnalati sono dovuti a scelte autonome dei detenuti che hanno pedissequamente rifiutato le proposte di inserimento in gruppi di socialità. Scelte che non possono che essere rispettate dall’Istituto poiché l’imporre

la compagnia di un detenuto ad un altro costituirebbe un'ipotesi di violazione della sua volontà nonché di abuso da parte dell'Amministrazione stessa.

#### COLLOQUI.

**Il Garante nazionale raccomanda che sale per i colloqui per le persone detenute in regime detentivo speciale ex art. 41-bis OP siano adeguate a consentire il passaggio del minore di 12 anni, autorizzato al colloquio senza vetro di separazione, attraverso un passaggio dignitoso.**

I colloqui trovano la loro disciplina nell'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lett. b) OP e nell'art.16 della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017. La durata massima dei colloqui è fissata in un'ora a cadenza mensile<sup>4</sup>. Essi si svolgono in locali stabiliti *ad hoc* con vetro a tutta altezza per evitare il passaggio di qualsiasi oggetto. L'art. 41 bis OP oltre a limitare il numero, la frequenza e la durata dei colloqui, vieta espressamente che essi possano avvenire con persone diverse dai familiari o conviventi, salvo casi eccezionali determinati di volta in volta. Al fine di tutelare il diritto al mantenimento dei rapporti affettivi e familiari, i figli ed i nipoti in linea retta minori degli anni 12 possono svolgere i colloqui, per tutta la loro durata<sup>5</sup>, oltre il vetro nello spazio riservato al detenuto. Il passaggio dei minori deve avvenire sotto la supervisione del personale di polizia addetto alla vigilanza che dovrà agire con le cautele e gli accorgimenti del caso. Le disposizioni sopra richiamate sono dettate dalla finalità di contrastare qualsiasi tipo di contatto con l'esterno che potrebbe dar modo al detenuto di continuare ad impartire i suoi ordini dall'interno per il tramite dei familiari all'organizzazione criminale.

Nel rapporto il Garante denuncia la situazione dell'Istituto di Cuneo in cui i colloqui avvengono all'interno di cabine 1×1,5 m chiuse fino al soffitto e con una fascia di vetro alta circa 50 cm che costringe le persone a piegarsi per potersi vedere in volto. Le pareti delle cabine non isolano dai rumori cosicché la commistione di voci e rumori potrebbe rivelarsi potenzialmente pericolosa permettendo la comunicazione di elementi compromettenti che non sarebbero nitidamente comprensibili nemmeno con l'ausilio della strumentazione di registrazione. Viene, inoltre, rilevata la mancanza in alcuni Istituti di un sistema di passaggio dei minori sotto i 12 anni che sono autorizzati al colloquio senza vetro: all'Aquila e a Tolmezzo il passaggio avviene attraverso una finestra.

Per quanto riguarda i colloqui telefonici l'art. 16.2 della circolare DAP n. 3676/6126 stabilisce che il detenuto possa effettuare telefonate ai familiari trascorso un termine di sei mesi dell'inizio del regime speciale ed in alternativa ai colloqui visivi. I familiari possono ricevere la chiamata presso l'Istituto penale più vicino al proprio luogo di residenza, designato dalla Direzione dell'Istituto in cui è ristretta la persona interessata. Se da un lato la previsione

<sup>4</sup> La Cassazione ha precisato che in assenza di specifiche disposizioni ministeriali, anche per i detenuti sottoposti al regime speciale ex art. 41-bis OP valgono le regole generali previste dall'ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione. Conseguentemente, ove non espletato il colloquio mensile di un'ora con i familiari, qualora questi siano residenti in un Comune diverso da quello in cui ha sede l'Istituto, deve essere riconosciuta a tali detenuti, ai sensi dell'art. 37, co. 10, D.P.R. n. 230 del 2000, la possibilità di fruire, in sostituzione, di un colloquio prolungato sino a due ore. Cassazione, sez. I, sentenza del 17 settembre 2014, n. 38073 in *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2015.

<sup>5</sup> Sull'argomento si segnala la sentenza della Cassazione n. 2632 del 08/06/2018, in cui è stato rigettato il ricorso presentato dal Ministero della Giustizia, DAP e Casa Circondariale di Sassari avverso l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari n. 1674/2017 del 14 dicembre 2017. Il Tribunale di Sorveglianza di Sassari aveva rigettato il reclamo presentato avverso l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza il quale aveva accolto il reclamo di un detenuto ex 41 bis avente ad oggetto la durata (10 minuti) della presenza del minore infra dodicenne durante il colloquio stabilita dalla Circolare del 28/04/2014.

soccorre all'esigenza di controllare l'effettiva identità dell'interlocutore, dall'altro si traduce in alcuni casi in una violazione del diritto del detenuto a mantenere i propri affetti familiari poiché nell'ipotesi di genitori anziani o gravemente malati, quest'ultimi non sono in grado di raggiungere l'Istituto per effettuare la chiamata in luogo controllato. Per questa ragione il Garante auspica che si possano trovare, in casi di comprovata necessità, delle modalità alternative di comunicazione. Sul punto il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha risposto che sarebbe opportuno un intervento legislativo che ammettesse la possibilità di effettuare colloqui attraverso videocollegamento in modo da contemperare sia le esigenze di controllo che quelle di rispetto dei diritti del detenuto e dei suoi familiari.

L'art. 16. 3 della circolare dispone che i colloqui con il difensore avvengano non solo senza divisione del vetro ma anche senza limiti di tempo<sup>6</sup> e frequenza. Il Garante ha notato come

---

<sup>6</sup> L'art. 41 *bis* OP, dopo la novella del 2009 (l. n. 94/2009), stabiliva che i soggetti sottoposti a regime speciale potessero avere con il difensore tre colloqui alla settimana della stessa durata di quelli con i familiari. In alcuni Istituti, al fine di venire incontro alle esigenze di quei difensori che venivano da lontano, si era diffusa la prassi di raggruppare il tempo (fino a tre ore) in un unico colloquio. Fin da subito la disposizione aveva sollevato grandi perplessità sia in capo alla dottrina che alla giurisprudenza poiché veniva ritenuta limitativa del diritto di difesa dell'individuo oltre che iniqua. Il Magistrato di Sorveglianza di Novara, in data 10 marzo 2008, aveva accolto il reclamo presentato da un detenuto in regime differenziato avente ad oggetto la durata delle singole telefonate con il difensore, eguale a quelle effettuate con i familiari (10 minuti), ritenendo che in tale ipotesi si concretizzasse una ingiusta compressione del diritto alla difesa del soggetto. Cfr. V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, tomo I, IV ed., CEDAM, Padova, 2011. La Corte Costituzionale ha avuto modo di occuparsi della questione una prima volta nel 2010 con la sentenza n. 220: il magistrato di Sorveglianza di Cuneo, con ordinanza del 18 dicembre 2009, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, co. 2-*quater*, lett. b) OP nella parte in cui limitava il numero di colloqui con il difensore per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Costituzione. In tale circostanza la Corte Costituzionale aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione per carenza di motivazione sulla rilevanza in quanto il giudice rimettente aveva ommesso di indicare i fatti concreti da cui traeva origine il rinvio. In un secondo momento, con la sentenza del 20 giugno 2013 n. 143, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. b), ultimo periodo, limitatamente alle parole “*con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*”. Secondo la Suprema Corte la previsione di un numero massimo di colloqui con il difensore, e la loro durata limitata, viola l'art. 3 Cost. in quanto determina una differenza ingiustificata di trattamento tra i detenuti, l'art. 24 Cost. (nonché l'art. 6 CEDU) che tutela il diritto alla difesa del soggetto che in questo modo verrebbe ad essere limitato nella sua possibilità di preparare e scegliere una linea difensiva e gli stessi principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Cfr. M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. n. 3/2013. La stessa disciplina dettata per i difensori si applica ora anche per il Garante Nazionale dei diritti dei detenuti in quanto, secondo la Convenzione di New York del 2002, organismo di monitoraggio indipendente. Il Garante può effettuare incontri con i soggetti sottoposti al regime di 41 *bis* senza essere assoggettato a limiti di tempo e senza che detti colloqui debbano essere scalati da quelli riservati con il difensore. Cfr. F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019. Il dibattito intorno alla possibilità per i detenuti sottoposti al regime differenziato di accedere senza limiti numerici e senza peculiari modalità ai colloqui con i Garanti territoriali si è molto acceso, pervenendo a decisioni contrastanti da parte della magistratura di sorveglianza, non prive di buone argomentazioni, pur nelle opposte prospettive: si veda l'ordinanza n. 2017/1030, del 27 giugno 2017, del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto che aveva accolto il reclamo presentato da un detenuto disapplicando la Circolare del DAP n. 3651/6101 del 7 novembre 2011 nella parte in cui prevedeva che i colloqui con il Garante regionale dei diritti del detenuto avvenissero con vetro di separazione e fossero sottratti al numero dei colloqui fruibili con i familiari; in senso contrario l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Viterbo del 15 giugno 2017 che aveva rigettato un reclamo analogo proposto da un soggetto detenuto *ex art. 41 bis* sulla base della natura di rango primario e di *lex specialis* costituita proprio dall'art. 41 *bis* OP, pervenendo per tale via alla correttezza della Circolare del DAP; Si veda anche la sentenza del Tribunale di Sorveglianza di Roma del 20 aprile 2018 la quale ha tracciato una linea di confine tra Garante nazionale e Garanti territoriali dei diritti dei detenuti nati “spontaneamente” nelle varie realtà ma privi di adeguata previsione legislativa nonché di garanzie di indipendenza.



non sempre le sale adibite al colloquio con i difensori garantiscano la riservatezza. Ha segnalato la situazione esistente presso l'Istituto di Spoleto in cui, a causa della mancanza di una sala a ciò destinata, i colloqui avvengono nella medesima stanza in cui si svolgono quelli con i familiari quindi attraverso citofono e vetro di divisione, nonché in un ambiente attrezzato per la videoregistrazione e l'ascolto. Sulla questione la nota del DAP non si pronuncia.

#### CONTROLLO ESTERNO.

**Il Garante nazionale raccomanda all'Amministrazione penitenziaria di dare indicazioni affinché si consolidi la pratica di ottemperare senza indugio alle ordinanze della Magistratura di Sorveglianza.**

Il Magistrato di Sorveglianza è chiamato a vigilare sulle complessive condizioni di detenzione dei soggetti sottoposti al regime speciale, sia attraverso l'approvazione dei regolamenti interni, sia pronunciandosi sui reclami presentati dai singoli. Il Garante ha riconosciuto alla magistratura di sorveglianza il merito di aver implementato le modalità di attuazione del regime speciale alla luce della protezione dei diritti fondamentali dell'uomo così come tutelati dalla Costituzione e dalle Carte internazionali. Non sempre però, aggiunge la relazione, le realtà locali hanno ottemperato alle ordinanze del Magistrato di Sorveglianza fintantoché non si fosse prodotto giudizio di ottemperanza; da qui la Raccomandazione sopra riportata.

Dall'altro lato viene rilevato, altresì, come la presenza del Magistrato di Sorveglianza nei vari Istituti non sia sempre puntuale: in un caso, dopo il trasferimento collettivo in data 15 marzo 2018 in un Istituto a causa della chiusura delle relative sezioni in altri Istituti, il Magistrato di Sorveglianza della nuova sede non aveva fatto alcuna visita fino alla data di visita del Garante (28 giugno 2018).

Nel solco del controllo esterno si inserisce anche il ruolo del Garante stesso. Il Garante nazionale dei diritti dei detenuti ha la facoltà di accedere senza preavviso nei vari Istituti, consultare la relativa documentazione ed effettuare colloqui con le persone ristrette al fine di redigere rapporti che, in un'ottica di cooperazione, sono tesi a prevenire e sanare eventuali applicazioni contrastanti con la Costituzione e con gli accordi internazionali (funzione ribadita anche dalle sentenze della Cass. n. 2944/2018 del 26 giugno 2018 e n. 3167/2018 del 11 luglio 2018).

#### CONTROLLI E PERQUISIZIONI.

**Il Garante nazionale raccomanda di effettuare i controlli con denudamento solo ed esclusivamente in casi di eccezionalità quando vi sia il "fondato sospetto" circa il possesso di oggetti non consentiti, pericolosi per l'ordine e la sicurezza dell'Istituto e non rilevabili altrimenti e non in maniera sistematica e di garantire sempre il diritto alla riservatezza e al pudore, evitando di esporre la persona coinvolta agli sguardi di operatori penitenziari che non sono tenuti a essere presenti nel pieno rispetto della regola 54.4 delle Regole penitenziarie europee (Rec (2006)2). Esse non possono mai costituire una pratica routinaria.**

Non vi sono dubbi che la previsione del regime detentivo speciale, sottratto al circuito generale, si completi attraverso un sistema di controllo più penetrante, al fine di garantire l'effettiva impermeabilità di informazioni tra mondo interno ed esterno. Per tali ragioni l'art. 25.1 della Circolare DAP n. 3676/6126 dispone che i soggetti vengano attentamente perquisiti attraverso l'uso del *metal detector* in occasione delle consentite movimentazioni all'interno dell'Istituto. È prevista, ma riveste carattere residuale, la perquisizione manuale o tramite denudamento, la quale può essere disposta solo in caso di fondato sospetto circa il possesso di

oggetti non consentiti o pericolosi per l'ordine e la sicurezza. In materia di perquisizioni ha avuto modo di pronunciarsi la Corte Costituzionale con la sentenza n. 256 del 15 novembre 2000 in cui ha ribadito che le perquisizioni con denudamento, con o senza flessione, devono costituire l'*extrema ratio* e trovare applicazione solo quando tutte le altre modalità risultino inadeguate<sup>7</sup>. Le operazioni devono essere adeguatamente documentate in modo da potersi individuare il soggetto che vi è stato sottoposto, l'identità di chi vi ha proceduto e di coloro che vi hanno assistito, il fondamento giustificativo dell'atto e delle sue modalità, nonché le circostanze di luogo e tempo. Tutte le forme di controllo, in base all'art. 34 OP, devono essere condotte in modo tale da non ledere la dignità della persona che vi è sottoposta<sup>8</sup>. In questo modo l'ordinamento cerca di temperare da un lato l'esigenza di controllo e sicurezza e dall'altro il rispetto della dignità umana.

Il Garante riferisce che in alcuni Istituti i detenuti *ex art. 41-bis* debbano alzare i piedi al fine di consentire il controllo della suola delle scarpe; pratica che ricorda la ferratura dei cavalli e che per questo viene percepita da alcuni come umiliante. Inoltre, alcune donne detenute all'Aquila hanno dichiarato che di prassi venivano sottoposte a perquisizioni con denudamento che si svolgevano in una stanza al piano terra, vicina al magazzino vestiario, davanti a numerosi agenti.

Sulla questione il DAP ha risposto che il controllo delle soles delle scarpe soccorre a specifiche esigenze di sicurezza e che si tratta, per di più, di una pratica applicata ormai di routine anche negli aeroporti o negli stadi. Tale modalità permette al detenuto di non doversi scalzare ogni volta ed è avvertita come umiliante solo da pochissimi ristretti. Nulla viene detto,

---

<sup>7</sup> La Cassazione, nella sentenza n. 20355/2014 del 23 aprile 2014, ha ritenuto illegittima l'ispezione corporale con le modalità del denudamento sistematicamente imposta ad un detenuto *ex art. 41 bis* OP prima di entrare nella saletta attrezzata per le videoconferenze. Secondo i giudici del Palazzo di Giustizia il regime speciale si compone di regole tali da garantire *ex se* la limitazione di contatti con l'esterno, pertanto, si devono ritenere sufficienti i meri controlli ordinari qualora il soggetto non abbia avuto occasione di contatti fisici con persone esterne. L'indirizzo è stato successivamente confermato da altre due pronunce: nella prima la Corte ha dichiarato illegittima la sanzione disciplinare di 15 giorni di esclusione dalle attività in comune irrogata ad un detenuto che si era rifiutato di spogliarsi per sottoporsi alla perquisizione prima di recarsi al colloquio con il proprio difensore e nella seconda ha ribadito che una pratica dotata di così grave intrusività nella sfera intima del singolo si giustifica solo in presenza di "*effettive, specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza, in riferimento alla peculiare situazione di fatto o alla pericolosità mostrata in concreto dalla condotta del detenuto*". Cfr. V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Art. 34, in Ordinamento Penitenziario Commentato*, cit.

<sup>8</sup> Analoga previsione è contenuta all'art. 54 delle Regole penitenziarie europee e nelle cd. Mandela Rules (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners stabiliscono (Rule 50 -Searches of prisoners and cells): "*The laws and regulations governing searches of prisoners and cells shall be in accordance with obligations under international law and shall take into account international standards and norms, keeping in mind the need to ensure security in the prison. Searches shall be conducted in a manner that is respectful of the inherent human dignity and privacy of the individual being searched, as well as the principles of proportionality, legality and necessity*" ed ancora (Rule 51) che: "*Searches shall not be used to harass, intimidate or unnecessarily intrude upon a prisoner's privacy. For the purpose of accountability, the prison administration shall keep appropriate records of searches, in particular strip and body cavity searches and searches of cells, as well as the reasons for the searches, the identities of those who conducted them and any results of the searches*" ed infine (Rule 52) che: "*1. Intrusive searches, including strip and body cavity searches, should be undertaken only if absolutely necessary. Prison administrations shall be encouraged to develop and use appropriate alternatives to intrusive searches. Intrusive searches shall be conducted in private and by trained staff of the same sex as the prisoner. 2. Body cavity searches shall be conducted only by qualified health-care professionals other than those primarily responsible for the care of the prisoner or, at a minimum, by staff appropriately trained by a medical professional in standards of hygiene, health and safety*".

invece, con riguardo alla pratica del denudamento denunciata presso la sezione femminile dell'Istituto di l'Aquila.

#### DIRITTO ALLA SALUTE.

**Il Garante raccomanda che negli Istituti e nei territori in cui sono tuttora mancanti siano immediatamente attivati i Servizi di assistenza intensiva (Sai) destinati a rispondere alle esigenze di tutela della salute delle persone detenute in regime *ex art. 41-bis OP*, attraverso la stipula dei necessari protocolli con le Aziende sanitarie locali. Raccomanda altresì che sia rigorosamente rispettata l'attuazione della traduzione in luoghi esterni di cura delle persone che necessitano di accertamenti diagnostici o di cure che non possono essere resi dai servizi sanitari interni all'Istituto.**

Il diritto alla salute, quale diritto fondamentale e incompressibile di ogni uomo, trova riconoscimento all'art. 32 della Costituzione. Calato nel contesto detentivo esso si declina non solo nel diritto del detenuto a ricevere le cure adeguate ma anche, in un'ottica preventiva, nel diritto a vivere in un ambiente salubre e in condizioni igienico-sanitarie adeguate. Molte ricerche hanno dimostrato come lunghi periodi di privazione della libertà incidano negativamente sulla sfera fisica (problemi cardiovascolari e metabolici, fino a malattie infettive) e psichica del detenuto<sup>9</sup>. Il diritto *ex art. 32 Cost.* trova esplicitazione all'art. 11 OP<sup>10</sup>, che si applica in linea generale a tutti i detenuti indipendentemente dal regime a cui sono sottoposti, e all'art. 23.1 della Circolare DAP n. 3676/6126 dedicata ai soggetti sottoposti al 41-*bis*. Trattandosi di un diritto fondamentale della persona, il diritto alla salute non può essere sacrificato a vantaggio di altri interessi; il legislatore, pertanto, potrà unicamente optare per modalità di esercizio tali che, pur tenendo conto delle specifiche esigenze di sicurezza sottese al regime speciale, non finiscano di fatto con l'ostacolarne o, peggio, escluderne l'esercizio. Alla luce di quanto esposto, la prassi in alcuni Istituti di non eseguire o ritardare le traduzioni presso luoghi di cura esterna per mancanza di personale da applicare al servizio di vigilanza risulta altamente limitativa del diritto in commento.

Il Garante evidenzia, altresì, quali ostacoli alla tutela del diritto nella sua accezione di prevenzione alcune caratteristiche strutturali degli Istituti come le eccessive schermature alle finestre, che impediscono il passaggio di luce naturale e aria, e l'insalubrità di certi ambienti. Viene espressa preoccupazione per la condizione presente in Sardegna in cui manca un Sai (Servizio di assistenza intensiva) destinato alle persone sottoposte al regime speciale, in quanto quello dell'Istituto di Sassari è stato trasformato in un Centro di osservazione psichica e l'unico altro Sai della Regione, presso l'Istituto di Cagliari-Uta, è riservato al circuito della media sicurezza.

Il DAP ha replicato ricordando che il numero delle traduzioni per visite ospedaliere effettuate nell'anno 2018 ammonta a 1181, a dimostrazione del fatto che i ritardi o le omesse traduzioni si sono verificati solo in rare occasioni e mai in caso di emergenza. Viene sottolineato che il numero insufficiente di personale da impiegare osta alla realizzazione delle traduzioni poiché porta con sé il rischio che in caso di imboscate o attacchi non ci siano forze adeguate a farvi fronte, vanificando l'intero impianto del regime speciale.

<sup>9</sup> Cfr. A. TIBULLO, *Salute e carcere*, in *Archivio penale*, n. 2/ 2018.

<sup>10</sup> I servizi sanitari irrogati a favore della popolazione detenuta erano ritenuti, sino al complesso percorso di riforma avviato già dal 1998/99, di competenza del Ministero di Giustizia. Dal 1° gennaio 2000, al contrario, essi sono gestiti dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

DIRITTO ALL'INFORMAZIONE.

**Il Garante raccomanda che sia rivisto l'articolo 14 comma 2 della circolare del DAP n. 3676/6126, assicurando l'accesso all'informazione e, quindi, la fruizione dei canali televisivi, senza il limite temporale in esso previsto.**

**Il Garante nazionale raccomanda che le preclusioni all'acquisto e alla disponibilità di organi di stampa e di pubblicazioni non siano estese in modo tale da compromettere l'effettivo accesso all'informazione.**

L'art. 14 della circolare DAP dispone che ogni camera sia dotata di televisore e fissa un limite all'utilizzo dello stesso, dalle ore 7 e non oltre le ore 24, al fine di non disturbare il riposo degli altri detenuti. La norma si preoccupa di individuare i canali di cui è consentita la visione, si tratta di tutti i canali Rai, canale 5, Italia 1, Retequattro, La Sette, Cielo, Iris e Tv 2000. I detenuti sottoposti a regime speciale possono avere una radio di formato ridotto e con caratteristiche tali da non permettere l'occultamento di oggetti al suo interno. Le radio devono permettere l'ascolto di canali solo su frequenza media (AM) e prima della consegna devono essere preventivamente piombate.

Il Tribunale di Sorveglianza di Roma, con ordinanza n. 4164/2018 del 27 settembre 2018, ha accolto il reclamo presentato da un detenuto *ex art. 41-bis* che lamentava l'impossibilità di guardare la televisione oltre la mezzanotte in occasione delle olimpiadi e paralimpiadi. Il reclamante denunciava che il limite fissato dalla circolare ledesse il suo diritto d'informazione, tutelato indirettamente dalla Costituzione all'art. 21 (come la stessa Corte Costituzionale ha confermato in diverse pronunce<sup>11</sup>).

Il Tribunale di Sorveglianza riconosce l'esistenza in capo ad ogni individuo di un diritto di informare e, di riflesso, di informarsi protetto proprio dall'art. 21 Cost. Tuttavia, il reclamante si trova sottoposto ad un regime che prevede la compressione di determinati diritti purché giustificata alla luce dell'esigenza di ordine e sicurezza per cui il regime *ex art. 41-bis* è stato previsto. Le limitazioni ammissibili sono, in altri termini, solo quelle necessarie e sufficienti per evitare le comunicazioni tra interno ed esterno, non potendosi ammettere limitazioni che si traducano in un ingiustificato aggravio della sofferenza del soggetto. Il divieto di prendere visione di certi canali deve ritenersi legittimo in quanto trova la sua giustificazione nell'evitare che, attraverso reti minori, i clan possano comunicare (per esempio, in molte reti è possibile mandare un sms tramite telefonino che poi viene mandato in onda dalla trasmissione) ma, nel caso di specie, il limite orario sembra non trovare analogia spiegazione.

Il limite alla visione della televisione, secondo l'Amministrazione penitenziaria, risponde alla diversa esigenza di regolare la vita all'interno dell'Istituto garantendo tranquillità durante le ore di sonno degli altri detenuti. A parere del Tribunale, al contrario, il limite suddetto, non rispondendo ad un'esigenza di ordine e sicurezza, né tantomeno trovando giustificazione in un'esigenza di regolazione della vita in Istituto (i soggetti sono collocati in camere detentive singole con porta blindata chiusa per tutto l'arco della notte impedendo così la diffusione della luce ma anche attutendo il volume dell'audio della televisione cosicché il disagio per i detenuti adiacenti alla cella può dirsi trascurabile), finisce con l'essere un'inutile compressione del diritto all'informazione *ex art. 21 Cost.*

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenze n. 202 del 1976 e n. 148 del 1981. La Consulta ha "costantemente affermato che la Costituzione, all'art. 21, riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione e che tale libertà ricomprende tanto il diritto di informare, quanto il diritto di essere informati. L'art. 21, come la Corte ha avuto modo di precisare, colloca la predetta libertà tra i valori primari, assistiti dalla clausola di inviolabilità (art. 2 della Costituzione), i quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto".

Le notizie possono essere reperite anche attraverso la lettura di quotidiani e riviste. Sul punto l'art. 7.2 della Circolare DAP precisa che: *“per quanto riguarda i giornali, al fine di limitare i collegamenti e gli aggiornamenti in tempo reale con il contesto criminale di appartenenza e la comunicazione al detenuto/internato di fatti di cronaca locale, la Direzione avrà cura di segnalare all’A.G. competente l’eventuale situazione di pericolo connessa all’acquisto/ricezione di giornali a tiratura locale chiedendo la limitazione all’acquisto/ricezione alla sola stampa di tiratura nazionale. Qualora la competente A.G. decida di autorizzare l’acquisto senza limitazione, l’Ufficio Censura, prima di consegnare la stampa al detenuto/internato, procederà al relativo visto di controllo, trattenendo le pagine sospette ed inoltrandole volta per volta all’A.G. per le determinazioni di competenza. È vietata la ricezione di giornali o riviste dall’esterno, tanto dai familiari al momento dei colloqui visivi quanto tramite pacco postale. È altresì vietata la spedizione di periodici all’esterno con gli stessi mezzi appena indicati.”*

Non sono mancate occasioni di dibattito in giurisprudenza stante la delicatezza del tema che da un lato esige regole al fine di assicurare quella assoluta incomunicabilità tra detenuto ed organizzazione criminale esterna, e dall’altro lambisce gli argini dello stesso diritto di informazione. Si ricordi la sentenza della Cassazione, sez. I, del 29/09/2014 (dep. 15/01/2015) n. 1774 avente ad oggetto il contrasto tra l’art. 7.2 della Circolare DAP e l’art. 18-ter OP poiché poneva un limite alla corrispondeva e alla stampa, ammissibile solo con provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria<sup>12</sup>. Analogamente, con la sentenza n. 9674 del 03/10/2013 la prima sezione della Cassazione si è pronunciata sulla legittimità della circolare nella parte in cui vieta la spedizione all’esterno dei libri acquistati dallo stesso detenuto poiché ritenuta dal soggetto lesiva del proprio diritto di proprietà<sup>13</sup>. La Corte ha statuito che il diritto di proprietà, asseritamente leso dalla circolare secondo il reclamante, non viene violato in quanto non è negato al soggetto di poter acquistare e tenere presso di sé i libri acquistati. La limitazione al successivo inoltro non incide su una posizione qualificabile in termini di diritto soggettivo,

<sup>12</sup> La sentenza si pone in linea di continuità con precedenti pronunce della Corte, come la sent. n. 2900 del 23 novembre 2013 in cui sono stati ritenuti pienamente legittimi i limiti all’acquisto, alla circolazione e alla custodia dei libri fissati dalla Circolare del DAP in quanto in linea con le finalità del regime speciale. In senso conforme anche l’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Udine del 19 maggio 2016 in cui il reclamante contestava la legittimità del divieto posto dall’Amministrazione a ricevere tramite posta riviste per adulti. Il Magistrato ha ritenuto che nel caso in esame nessun diritto fondamentale dell’interessato risultasse essere stato leso, dal momento che le modalità operative adottate dalla Direzione penitenziaria avevano pedissequamente applicato le disposizioni della Circolare del DAP, che a loro volta non configuravano una violazione di un diritto soggettivo dei detenuti. Nella stessa direzione la sentenza del Magistrato di Sorveglianza di Udine del 19 maggio 2016 in cui, dopo aver ripreso la differenza ontologica stillata dalla Cassazione tra corrispondenza (la cui sottoposizione al visto di controllo segue le forme di cui all’art. 18 ter OP e la cui finalità è quella di permettere al detenuto di conservare i rapporti affettivi con i propri familiari) e ricezione della stampa, ha concluso per il rigetto del reclamo, non ravvisando alcuna violazione né al diritto di tutela dei legami familiari né al diritto di informazione del detenuto.

<sup>13</sup> La Corte Costituzionale, adita dal Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, è stata chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell’art. 41 bis, co. 2-*quater*, lett. a) e c) OP nella parte in cui, secondo il diritto vivente, consente all’amministrazione di vietare di ricevere dall’esterno e di spedire all’esterno libri e riviste a stampa. Con la sentenza n. 122/2017 (dep. 26/05/2017) del 08/02/2017 la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale precisando che *“le regole introdotte dalla circolare ministeriale non sopprimerebbero affatto il diritto del detenuto ad informarsi e a studiare, ma si limiterebbero a sottoporre a più rigoroso controllo la provenienza dei libri e delle stampe, così da impedire al detenuto di effettuare scambi sospetti con i familiari che potrebbero contenere messaggi criptici, non facilmente individuabili dal personale addetto al controllo”*. Precisa, inoltre, che la circolare si è mossa all’interno dei confini tracciati dalla norma e che il giudice non può sindacare se non invadendo, inammissibilmente, la sfera di discrezionalità della Pubblica Amministrazione.



posto che viene in ogni caso assicurata la fruizione da parte dell'interessato del contenuto della pubblicazione, in ciò risolvendosi il contenuto essenziale del diritto di proprietà sulla *res*.

Sul punto il DAP ha risposto che: *“la non consegna di articoli di stampa o pubblicazioni, anche se non direttamente riferite al caso del soggetto ma che abbiano un complessivo riferimento al contrasto alla criminalità organizzata o al contesto culturale e sociale in cui essa si sviluppa, viene regolata dall’art. 18 ter lett. a) OP e, pur essendo il detenuto destinatario di provvedimento trimestrale di inibizione alla ricezione/acquisto di stampa locale del territorio di provenienza, resta la facoltà del magistrato di emettere singoli provvedimenti di trattenimento ex art. 18 ter lett. a) ove ritenga la sussistenza delle esigenze previste dal comma 1 del medesimo articolo e, in particolare, quando la circolazione di notizie riportate in alcuni articoli possa favorire la commissione di reati attraverso l’accrescimento conoscitivo di chi ha interesse ad inviare direttive all’esterno”*.

#### DIRITTO ALLO STUDIO.

L’art. 34 della circolare del DAP stabilisce che i detenuti e gli internati possono iscriversi ai vari corsi scolastici o universitari, sostenendo i relativi esami o direttamente nell’Istituto o, in caso di trasferimento, tramite strumenti di videocollegamento. Pur compiacendosi dei risultati ottenuti, il Garante sottolinea come alcune delle limitazioni imposte ai detenuti in *41-bis* ostacolano il pieno esercizio del diritto allo studio, come il numero massimo di libri che è possibile tenere in cella. In alcuni Istituti le ore di studio al computer venivano scalate dalle ore di permanenza all’aria aperta o nelle sale di socialità, mettendo così in contrapposizione il diritto allo studio con quello alla socialità. Per ovviare al problema si prospetta l’utilizzo di *e-book*, rigorosamente off-line, che consentirebbero da un lato di poter accedere ad un numero molto ampio di testi e dall’altro di non gravare eccessivamente il lavoro di controllo del personale. Analogamente a quanto già detto nella voce “accesso ai propri atti processuali” il DAP ha risposto negativamente alla suddetta proposta stante l’impossibilità di reperire sul mercato modelli *e-reader* che garantiscano l’assoluta impossibilità di accedere a Internet, fattore quest’ultimo che esporrebbe a serio pericolo l’ordine e la sicurezza.

#### MISURE DI SICUREZZA.

**Il Garante nazionale, mentre auspica la piena coerenza dell’applicazione di misure di sicurezza detentive con la giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani, raccomanda una seria rivalutazione da parte delle Autorità responsabili ai diversi livelli della possibilità di prevedere la loro esecuzione in regime speciale *ex* articolo 41-*bis* OP, al termine di esecuzione di pena.**

Le misure di sicurezza si applicano soltanto alle persone socialmente pericolose ai sensi dell’art. 203 c.p. che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato. Esse possono essere disposte dal giudice nella sentenza di condanna o di proscioglimento ma anche in un momento successivo, nei casi previsti dalla legge. Il combinato disposto degli artt. 205 co. 2 e 3 e 109 co. 2 c.p., secondo cui la misura di sicurezza può essere disposta anche in un momento successivo rispetto alla sentenza di condanna e sulla base di dichiarazioni di pericolosità sociale qualificata pronunciate anche dopo l’esecuzione della pena, sembra entrare in rotta di collisione con il lungo filone giurisprudenziale tracciato dalla Corte Edu<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> *M. v. Germania* (17 dicembre 2009, ric. n. 19359/04), *Kallaweit c. Germania* (13 gennaio 2011), *Mautes c. Germania* (2011), *Schummer c. Germania*.

La Corte, infatti, ha affermato che la misura di sicurezza, in quanto vera e propria pena, è legittima a condizione che sussista un nesso causale tra il fatto oggetto della condanna e la privazione della libertà del soggetto.

A quanto detto si aggiunga che la misura di sicurezza può essere prorogata ai sensi dell’art. 208 c.p. a condizione del perdurante stato di pericolosità sociale del soggetto; elemento, quest’ultimo, che tende a disancorare la proroga della misura rispetto al fatto oggetto di condanna e che quindi, ancora una volta, si allontana dal principio fissato dalla Corte di Strasburgo.

L’art. 2 della circolare DAP n. 3676/ 6126 prevede l’istituzione di una casa lavoro per internati 41-bis. Il Garante nazionale esprime parere di segno contrario a che misure temporanee siano eseguite per tutta la loro durata nel regime particolare di cui all’art. 41 bis in quanto non permettono un graduale e positivo reinserimento dell’internato nella società. Le preoccupazioni sono ingenerate dall’inefficacia della misura di sicurezza così predisposta nell’aiutare il soggetto, proveniente da un regime detentivo altamente limitativo, a riacquistare gradualmente i contatti con la società, costruendo una rete di sostegno che sia in grado di tenerlo lontano dal contesto *pre-delictum*.

Le sezioni che ospitavano gli internati in regime speciale presso l’Istituto di l’Aquila si caratterizzavano per l’insufficienza di luce naturale e artificiale, essendo le finestre oscurate con “gelosie” e reti che impedivano alla luce e all’aria di entrare. A ciò si aggiunga l’inganno linguistico dato dal fatto che le cinque persone internate lavoravano solo tre o quattro ore al mese, divise in turni di un quarto d’ora o mezz’ora al giorno<sup>15</sup>, e trascorrevano la restante parte del tempo nelle stesse modalità previste per il regime detentivo. Così concepita la misura di sicurezza perdeva sul piano concreto la sua funzione e finiva con l’essere mera prosecuzione sotto denominazione diversa dello stesso regime del 41-bis. Dopo la segnalazione del Garante le cinque persone internate sono state trasferite presso l’Istituto di Tolmezzo, come conferma la nota del 22 giugno 2017.

Il DAP sostiene che per quanto concerne l’attività lavorativa degli internati si potrebbe pensare di estenderla e differenziarla per esempio adibendo gli internati in lavori di ristrutturazione all’interno degli Istituti al posto dei detenuti comuni. Conclude, evidenziando che le misure di sicurezza sono disposte dal Magistrato di Sorveglianza a seguito di udienza che mira ad accertare il perdurare della pericolosità del soggetto.

#### PERMANENZA ALL’ARIA APERTA.

**Il Garante nazionale raccomanda che in tutte le sezioni di regime speciale ex art. 41-bis OP siano garantite a ogni persona detenuta due ore di permanenza all’aria aperta, salvo i casi previsti dall’art. 16 comma 3 del d. P. R. 230/2000 e nelle modalità procedurali previste dall’articolo 10 comma 1 OP per ciascuna persona detenuta nei confronti della quale tale eccezionale e temporalmente limitata riduzione debba essere adottata; raccomanda inoltre che l’eventuale riduzione non sia mai posta in contrapposizione con la possibilità di accedere alla prevista ora di socialità o di svolgimento di altra attività normativamente consentita.**

---

<sup>15</sup> Nel febbraio 2017 una persona aveva lavorato un totale di 11 ore al mese, distribuite lungo 22 giorni, pari quindi a mezz’ora al giorno; mentre per 7 giorni aveva lavorato un totale di 3 ore e mezzo, con una media di 6,5 minuti al giorno.

L'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lett. f) OP limita la permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite di cui all'art. 10, co. 1, OP. Nel corso delle visite il Garante ha rilevato come in molti Istituti il tempo impiegato per consultare i propri atti giudiziari o per lo studio venga fatto rientrare nelle suddette due ore, riducendo così drasticamente il tempo di permanenza all'aria aperta fruibile dai soggetti. Secondo la relazione si tratta di una errata interpretazione della lettera della norma, oltre che della *ratio* della previsione stessa; da un lato l'art. 41-bis con il termine "all'aperto" intende implicitamente riferirsi alle ore all'aria aperta, come conferma il rinvio all'art. 10 OP il quale parla esplicitamente di "aria aperta", dall'altro la *ratio* della previsione è quella di rispondere ad esigenze igienico sanitarie sicché non consentire al detenuto di uscire in cortile per un tempo sufficiente rappresenta una chiara limitazione del suo diritto alla salute. La posizione espressa dal Garante non trova esatta corrispondenza nell'interpretazione fornita dalla Giurisprudenza<sup>16</sup>, la quale ha considerato l'intervallo temporale delle due ore rigido per quanto riguarda la sua estensibilità, trattandosi di una precisa scelta di bilanciamento operata dal legislatore, ma elastico circa le modalità di spendita di quest'ultimo a piacimento del soggetto. In altri termini, l'Amministrazione deve organizzarsi in maniera tale da permettere al soggetto di scegliere come spendere le due ore a disposizione: trascorrerle per intero all'aria aperta o alternare un'ora all'aria aperta e un'ora in sala socialità. Da ultimo si segnala che, dopo la riforma ad opera del d.lgs. n. 123 del 2018<sup>17</sup>, il limite di ore all'aperto fissato dall'art. 41 bis risulta oggi inferiore rispetto a quello di cui all'art. 10 OP (minimo quattro ore al giorno).

Alla Raccomandazione sopra enunciata il DAP ha ribattuto spiegando che la fruizione di 2 ore di passeggio in aggiunta alla saletta trova un impedimento nei limiti strutturali di taluni Istituti: il numero di passeggi e salette non è sufficiente a garantire la fruizione da parte di tutti i gruppi

<sup>16</sup> Sulla questione è interessante la lettura offerta dall'ordinanza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Viterbo in data 22 marzo 2018 avverso il reclamo presentato da un detenuto sottoposto al regime speciale che contestava l'interpretazione dell'art. 41 bis, co. 2-*quater*, lett. f) OP data dall'Amministrazione penitenziaria nella misura in cui non gli permetteva di fruire di un'ora aggiuntiva di socialità rispetto a quella fruita in sostituzione dell'ora di permanenza all'aria aperta. I giudici, dopo aver chiarito l'interpretazione del termine "all'aperto", spostano l'attenzione sulle finalità che il legislatore mirava a raggiungere con la riforma operata dalla legge n. 94/2009 senza dimenticare che "*non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango*" (cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 143 del 17 giugno 2013). L'intervento del 2009 mirava a contemperare due opposte esigenze: da un lato rispettare il diritto alla salute e alla socialità (considerata la sua importanza soprattutto sul piano trattamentale) dei detenuti e dall'altro rispondere ad esigenze di ordine e sicurezza. I limiti di tempo (due ore non più quattro) e di persone (quattro non più cinque) individuati dalla norma rappresentano, pertanto, il risultato di questo bilanciamento. Continua il Tribunale rilevando come la disposizione contenga sia un precetto rivolto all'Amministrazione, ossia il dovere di quest'ultima di garantire al detenuto non meno di due ore d'aria e la possibilità di trascorrerle con altri 3 compagni, che il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva. Il detenuto è libero di scegliere se fruire di due ore nel cortile passeggi o alternare un'ora all'aperto e un'ora in un'aula socialità; l'Amministrazione dal canto suo deve organizzarsi in modo tale che tale diritto di scelta del soggetto possa essere effettivamente esercitato. Alla luce di queste considerazioni il Tribunale di Sorveglianza rigetta il ricorso presentato dall'istante atteso che l'Istituto, nel limite delle due ore fissate dalla norma, aveva garantito la possibilità allo stesso di fruire e di scegliere con quali modalità impiegare le due ore all'aperto.

<sup>17</sup> Si tratta complessivamente di tre decreti legislativi che hanno dato parziale attuazione alla delega contenuta nella legge del 23 giugno 2017 n. 103 cd. Riforma Orlando. Per un'analisi della riforma si veda: E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2018, 175- 181; A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2018; F. FIORENTIN- F. SIRACUSANO, cit.

di socialità per lassi di temporali così lunghi. A parere del DAP tale situazione non si pone in contrasto con la normativa vigente in quanto l'art. 11 co. 2 consente la permanenza all'aria aperta fino al limite di due ore giornaliere *"compatibilmente con l'organizzazione dell'Istituto"*.

#### PROROGA DEL REGIME SPECIALE.

**Il Garante nazionale raccomanda che non si protragga il regime speciale previsto dall'art. 41-bis OP fino al termine dell'esecuzione di una pena temporanea e che, al contrario, qualora nel periodo previsto per un eventuale rinnovo sia compreso il termine dell'esecuzione penale, si eviti la reiterazione dando così la possibilità all'Amministrazione penitenziaria di progettare percorsi che gradualmente accompagnino alla dimissione, utili al positivo reinserimento sociale nonché maggiormente efficaci per la tutela della sicurezza esterna.**

L'art. 41-bis, co. 2-bis, OP, così come modificato dalla legge del 15 luglio 2009 n. 94, fissa la durata del primo provvedimento di applicazione del regime speciale a quattro anni, prorogabile per periodi successivi, ciascuno di due anni. La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno tenuto conto di elementi quali lo spessore criminale del soggetto, il ruolo rivestito e la perdurante attività dell'organizzazione stessa. Si tratta, a ben vedere, di una sorta di *probatio diabolica* poiché, non dovendo dimostrare l'attualità del collegamento con l'organizzazione criminale per giustificare una prosecuzione del regime, il giudice spesso volte fa leva su elementi indiziari come la natura del reato oggetto di condanna o l'esistenza attuale del sodalizio criminale. Si tratta di una prassi che, seppur trova conforto nella lettera della norma, pare non completamente in linea con quanto espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 376 del 26 novembre 1997 secondo cui: *"ogni provvedimento di proroga delle misure dovrà recare autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire: non possono ammettersi semplici proroghe immotivate del regime differenziato, né motivazioni apparenti o stereotipe, inadeguate a giustificare in termini di attualità le misure disposte"*<sup>18</sup>.

Il Garante, infatti, ha evidenziato casi di persone sottoposte per lunghi lassi temporali (oltre 20 anni) al regime speciale la cui proroga era stata motivata nel senso della mancanza di elementi di segno contrario al mantenimento di collegamenti con l'organizzazione criminale.

Il DAP evidenzia come i presupposti per l'applicazione del regime e per la sua proroga siano tassativamente stabiliti dalla norma, così come modificata a seguito della l. n. 94 del 2004 (cd. pacchetto sicurezza). I provvedimenti sono adottati a seguito di una istruttoria che tiene conto delle informazioni pervenute dalla Direzione Distrettuale Antimafia (DDA) competente, dalla Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo (DNAA) e dagli organi di polizia ed investigativi. Lo scambio di informazioni non si esaurisce ma continua anche durante l'applicazione del regime speciale in modo che, nel caso in cui i presupposti vengano meno, si possa procedere senza ritardo alla revoca dello stesso. Infatti, nel 2018 è stato revocato il regime *ex art. 41 bis* ad un detenuto a seguito di sopravvenute informazioni, mentre non è stata

<sup>18</sup> La medesima preoccupazione era contenuta a pagina 61 del Rapporto sul regime speciale dell'aprile 2016 redatto dalla Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani (*"desta preoccupazione la prassi della proroga: per un considerevole numero di detenuti – se non per la loro totalità, come rilevato dal CPT nel 2008 – l'applicazione del regime di cui all'articolo 41-bis è stato rinnovato in maniera pressoché automatica"*).

disposta la proroga in 7 casi. Avverso l'applicazione e il rinnovo del Decreto Ministeriale di sottoposizione al regime speciale è possibile proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza di Roma, il quale nel 2018, nonostante il gran numero di reclami ricevuti, ne ha accolti solo 3. Inoltre, tiene a precisare che tutte le misure adottate trovano la loro ragion d'essere nelle finalità di ordine e sicurezza proprie del regime in commento al fine di spezzare i legami tra detenuti e affiliati esterni nonché tra detenuti appartenenti alla stessa organizzazione.

#### RISERVATEZZA.

**Il Garante raccomanda che siano disattivate o quantomeno schermate le telecamere collocate nei locali da bagno delle camere detentive al fine di garantire la riservatezza nell'espletamento delle proprie funzioni fisiologiche; (raccomanda) che le visite mediche siano condotte nell'osservanza dei principi di riservatezza e di tutela del rapporto medico e paziente, escludendo la presenza o la vicinanza del personale di Polizia penitenziaria se non in casi circostanziati e a seguito di specifica e altrettanto circostanziata richiesta del sanitario e prevedendo modalità di controllo esterno ed esclusivamente visivo, come può realizzarsi dotando le porte delle stanze degli ambulatori medici di una finestra.**

Dalla visita all'Area Riservata della Casa Circondariale di Roma Rebibbia è emerso che nei bagni delle camere detentive sono state installate delle telecamere al fine di poter controllare il detenuto in ogni suo movimento. Si tratta, a parere del Garante, di una misura che appare sproporzionata rispetto al fine di controllo, oltre che lesiva del diritto di riservatezza e della stessa dignità del detenuto<sup>19</sup>.

Parimenti incompatibile con il diritto di riservatezza è la presenza di personale di Polizia penitenziaria durante le visite mediche, comprese quelle psichiatriche, come prassi<sup>20</sup>. Il Personale di polizia penitenziaria presenza per tutta la durata della visita nella stanza o nell'uscio, ascoltando informazioni sensibili che hanno a che fare con la salute del soggetto, contaminando lo stesso rapporto fiduciario medico-paziente.

Alle osservazioni del Garante il DAP risponde che: *“la vigilanza durante le visite mediche viene effettuata come raccomandato dal Garante, tuttavia, i detenuti sottoposti a regime*

<sup>19</sup> Sulla questione: Cass., sez. I, sent. n. 44972 del 16 aprile 2018. La Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che aveva accolto il reclamo presentato da un detenuto *ex art. 41 bis* OP il quale sosteneva che la presenza di una telecamera puntata verso il bagno ledesse i suoi diritti. I giudici, dopo aver precisato che la cella non è un luogo di privata dimora nel “possesso” del detenuto, al quale dunque non compete la titolarità dello *ius excludendi alios*, afferma che non si possano ravvisare gli estremi del trattamento inumano e degradante qualora la sorveglianza si renda necessaria a ragione di precise esigenze di ordine e sicurezza. Prosegue la Corte puntualizzando che per potersi configurare un'ipotesi di trattamento inumano e degradante è necessario che la soglia di sofferenza a cui il soggetto è sottoposto superi determinati parametri di gravità da valutare caso per caso ma che non possano ritenersi tali quelle sofferenze che ordinariamente si accompagnano al tipo di afflizione restrittiva in corso di esecuzione.

Alcuni anni prima, la Corte Edu, con la sentenza del 1° novembre 2015, *Paolello c. Italia*, si era assestata sulla medesima posizione. Il caso traeva origine dal ricorso presentato dal signor Paolello (detenuto in regime speciale), il quale lamentava di esser stato sottoposto a trattamento inumano e degradante in quanto la reiterata applicazione nei suoi confronti delle misure altamente restrittive di cui lo speciale regime si compone, avrebbe violato i suoi diritti fondamentali con riferimento agli artt. 3, 8 e 13 CEDU. I giudici di Strasburgo hanno precisato che l'applicazione di misure di detenzione restrittive dei diritti fondamentali del detenuto sono compatibili con la CEDU laddove si rivelino, nel caso concreto, necessarie per salvaguardare la sicurezza dell'ambiente carcerario e per fronteggiare l'oggettiva pericolosità del detenuto. Cfr. V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>20</sup> La prassi è stata riscontrata: nella Casa Circondariale di Cuneo, Casa Circondariale di Parma e Sai, Casa Circondariale di Roma Rebibbia, Casa Circondariale di L'Aquila e Casa Circondariale di Bancali.



*differenziato sono di default ad elevata pericolosità anche per motivazioni diverse dalla violenza auto/eterolesionistica bensì per la tipica vis intimidatrice, per cui il mero controllo visivo non consente di carpire eventuali minacce o allettanti offerte rivolte al medico, ovvero, di relazionare su eventuali richieste strumentali ad eludere le restrizioni imposte dal regime speciale (ottenendo situazioni di favore rispetto ad altri detenuti: negli istituti in cui sono presenti infermerie dotate di porte con spioncino è sì possibile escludere il controllo visivo ma non garantire la tempestività d'intervento in caso di gesti auto/eterolesionistici. La videosorveglianza all'interno di talune cdp ha permesso di intervenire tempestivamente in caso di gesti autolesionistici evitando esiti nefasti”.*

#### SANZIONI DISCIPLINARI.

**Il Garante nazionale raccomanda che sia dismessa la pratica constatata in alcuni Istituti di sanzionare disciplinarmente, anche con la sospensione dalle attività comuni, le persone detenute che si limitano a salutare un'altra persona ristretta pur chiamandola per nome, a meno che non ci siano elementi fondati e specifici che portino ad attribuire a tale gesto un significato diverso dal mero saluto.**

**Raccomanda, inoltre, che le procedure disciplinari siano sempre usate come meccanismi di ultimo impiego e l'isolamento solo in casi eccezionali, così come affermato dalle Regole penitenziarie europee.**

Il Legislatore con l'art. 38 OP ha inteso ribadire la vigenza dei principi di tipicità e tassatività, di cui all'art. 25 Costituzione, anche in materia di sanzioni disciplinari. Esse, infatti, possono essere irrogate solo per fatti previsti come infrazioni dal regolamento. Accade che interpretazioni più o meno rigide della norma e della circolare portino al risultato paradossale che ciò che non è punito in un Istituto può esserlo in un altro, creando situazioni di disuguaglianza tra ristretti nello stesso regime. Per esempio, nell'Istituto di l'Aquila il divieto di comunicazione di cui all'art. 41-bis è stato interpretato in maniera molto rigida tanto che salutare facendo seguire il nome di battesimo del detenuto che non fa parte del proprio gruppo di socialità è considerata una violazione punita in sede di Consiglio di Disciplina. La stessa Direzione, infatti, aveva diffuso un avviso, in data 6 novembre 2016, alla popolazione detenuta comunicando che: *“Come previsto dal comma quater, lettera f, dell'art. 41-bis della legge n. 354/1975, si rammenta alla popolazione detenuta il divieto di comunicare con appartenenti ad altri gruppi di socialità anche sotto forma di SEMPLICE SALUTO<sup>21</sup>. Si evidenzia altresì, che l'inosservanza di detto divieto comporta responsabilità disciplinare in caso di violazione”.* In altri Istituti, al contrario, il semplice saluto non è considerato di per sé quale violazione del divieto di comunicazione tra soggetti appartenenti a gruppi di socialità diversi, divieto posto al solo scopo di impedire conversazioni tra i detenuti potenzialmente pericolose per lo scambio di informazioni.

Nella sua risposta il DAP dedica un brevissimo inciso alla questione dichiarando che è in via di emanazione una circolare in materia di procedimenti disciplinari con l'obiettivo di rendere omogenea l'applicazione della disciplina da parte di tutte le Direzioni.

#### SCHERMATURE ALLE FINESTRE.

**Il Garante nazionale raccomanda che tali stratificazioni di schermature siano eliminate, in accordo con la regola 18.2 delle Regole penitenziarie europee (Reg. (2006)2), che**

<sup>21</sup> Il maiuscolo è utilizzato nel comunicato stesso.

**prevede che “le finestre devono essere sufficientemente ampie affinché i detenuti possano leggere e lavorare alla luce naturale in condizioni normali e per permettere l’apporto di aria fresca, a meno che esista un sistema di climatizzazione appropriato”.**

Le finestre della Casa Circondariale di Cuneo dispongono di quattro livelli di schermatura: una “gelosia” in plastica opaca, una rete anti-getto a maglie fitte, una grata di ferro dolce ad esagoni e, per finire, una grata di sbarre a quadri in ferro duro. In alcune stanze è stato aggiunto un quinto livello di schermatura formato da un pezzo della rete del letto saldato alle sbarre. Quest’ultima copertura è stata realizzata per impedire il passaggio di oggetti dalle finestre in comune tra due diverse stanze. Le numerose barriere che la luce naturale deve oltrepassare rende pressoché impossibile poter lavorare o studiare senza l’ausilio della luce artificiale, con grave pregiudizio per la stessa salute dei detenuti. Nota di merito va, al contrario, alla Casa Circondariale di Tolmezzo in cui le finestre, prive di schermatura, si affacciano sulla montagna consentendo l’estensione dello sguardo, fattore molto importante per la tipologia di detenuto al 41 *bis* che trascorrere la quasi totalità del tempo chiuso in cella. Non si fa cenno della questione nella nota di risposta del DAP.

SOCIALITA’ IMPERFETTA.

**Il Garante raccomanda che il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria riveda con urgenza tutte quelle situazioni in cui la persona detenuta stia scontando la pena in regime speciale *ex* articolo 41-*bis* OP di fatto in situazione di continuato isolamento e provveda a una diversa collocazione e a una diversa gestione della quotidianità.**

**Il Garante raccomanda che siano abolite le sezioni o raggruppamenti costituiti da meno di tre persone detenute.**

L’art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f) OP fissa un limite al numero di persone che possono comporre un gruppo di socialità: massimo quattro detenuti. La norma dispone inoltre che saranno adottate tutte le misure di sicurezza ritenute necessarie affinché detenuti appartenenti a gruppi di socialità diversi non comunichino tra loro. La formazione dei gruppi trova regolamentazione all’art. 3.1 della Circolare DAP n. 3676/6126: vengono indicati una serie di criteri come la provenienza geografica, l’appartenenza al medesimo clan ecc. volti ad evitare che nello stesso gruppo possano incontrarsi soggetti appartenenti alla medesima organizzazione, venendo così a frustrare lo scopo del regime stesso.

Gli attuali numeri delle persone detenute in regime speciale e la loro provenienza territoriale quanto a organizzazioni criminali di appartenenza stanno determinando la crescente difficoltà a costituire gruppi di quattro persone che garantiscano la non comunicazione tra appartenenti a organizzazioni similari e/o limitrofe territorialmente. Per questa ragione in alcune sezioni il Garante ha riscontrato delle composizioni a gruppi di socialità a tre o anche a due persone. Ancor più delicata è la situazione in cui versano le donne, detenute nell’unica sezione speciale femminile nell’Istituto di l’Aquila. Il loro numero ristretto, unito alla provenienza territoriale e in un caso alla indisponibilità a partecipare a tali gruppi, determina che la composizione di quasi tutti i gruppi è limitata a due persone e almeno in due casi si ha una detenzione individuale, senza alcuna socialità.

Risponde il DAP che l’organizzazione dei gruppi di socialità presso il reparto 41-*bis* femminile è determinata da una specifica indicazione delle competenti DDA che hanno segnalato l’esigenza di idonea separazione tra le stesse, mentre l’unico caso di detenzione individuale è da imputarsi ad una libera scelta della detenuta stessa che ha sempre rifiutato le proposte periodicamente rivolte di inserimento nei gruppi di socialità.

UNIFORMITA' DI TRATTAMENTO.

**Il Garante auspica, anche alla luce di recenti ordinanze e sentenze, che l'esigenza di ricondurre a omogeneità l'applicazione del regime speciale nei diversi Istituti trovi modalità pienamente in accordo con le finalità del regime speciale così come definito nella sentenza della Corte Costituzionale n. 376 del 1997, riducendo le limitazioni che non discendono “dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti”.**

La circolare del DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 rappresenta il punto di arrivo di un lavoro, durato quasi un anno, che perseguiva l'obiettivo di fissare regole da applicarsi in modo uniforme ai soggetti sottoposti al regime speciale nei diversi Istituti penitenziari. La volontà di superare l'eterogeneità della materia e di creare un *corpus* che fosse in grado di garantire l'uguaglianza tra i detenuti a prescindere dall'Istituto in cui si trovano non ha trovato, secondo il Garante, piena realizzazione. Tale affermazione è dovuta alla prassi, diffusasi in vari Istituti, di applicare presunte circolari interpretative come fonte normativa, dando vita ad applicazioni differenti e talvolta più restrittive della circolare stessa: è il caso della risposta fornita dal DAP alla richiesta di chiarimenti relativi alla circ. n. 3676/6126 da parte della Casa Circondariale di Sassari. Nonostante la veste informale e non vincolante della stessa, è stata fatta circolare tra gli Istituti (per esempio a Parma, Terni, Ascoli Piceno e Spoleto) come elemento di interpretazione ufficiale della circolare medesima. Per altro verso il Garante redige un elenco di quelle regole, contenute nella circolare, di cui non si comprende pienamente la ragion d'essere rispetto alle finalità del regime in questione: dal diametro massimo di pentole e pentolini (rispettivamente 25 e 22 cm), al numero massimo di matite o colori ad acquerello nella sala pittura ( 12), al numero di libri che si possono tenere in cella (4), fino alle misure delle fotografie (il formato non deve essere superiore al 20×30 e non si possono avere più di 30 foto) ed al “modello 72” che, indicando scrupolosamente i generi alimentari acquistabili dal detenuto, non tiene conto della effettiva disponibilità dei prodotti nelle diverse Regioni. Secondo il DAP “*la definizione eccessivamente dettagliata di norme regolatrici della vita quotidiana non sono funzionali alla ratio legittimante il regime differenziato, tuttavia, hanno funzione preventiva e sono in rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza*”. Alla luce di siffatta premessa, il diametro massimo di pentole e pentolini viene giustificato unicamente con un'esigenza di sicurezza, dato che i fornelli alimentati a gas autorizzati ai detenuti sono predisposti per pentolame dal diametro massimo di 18 cm<sup>22</sup>. Il formato delle fotografie risponde ad un duplice obiettivo: evitare che l'immagine possa essere ben visibile da lontano ed in grado, quindi, di veicolare messaggi ad altri compagni di detenzione e impedire che i soggetti più abienti possano affermare la loro supremazia attraverso lo sfoggio di fotografie di grandi formati. Il numero di libri di testo che un soggetto può tenere in stanza è funzionale a rendere più agevoli i controlli da parte del personale. Inoltre, il modello 72 unificato garantisce che tutti i detenuti abbiano le medesime possibilità di acquisto e che, in caso di trasferimento da un Istituto ad un altro, possano reperire le stesse cose. Viene ritenuta poco corretta l'affermazione del Garante in quanto è possibile sostenere che oggi giorno

---

<sup>22</sup> Sull'uso dei fornelli a gas si inserisce un importante dibattito che per lungo tempo ha impegnato giurisprudenza e dottrina: il divieto imposto ai detenuti in regime speciale di cuocere i cibi, compresi quelli acquistati autonomamente dal sopravvittuto. Si segnala la sentenza della Corte Costituzionale del 12 ottobre 2018 n. 186 che ha finalmente messo un punto alla questione dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 41 *bis*, co. 2-*quater*, lett. f) OP nella parte in cui vietava al detenuto di cuocere il cibo poiché tale divieto non trovava alcuna giustificazione nelle esigenze di ordine e sicurezza ma si traduceva in un ingiustificato aggravio della pena, fine a se stesso.

l'approvvigionamento possa avvenire in tutte le Regioni senza troppe difficoltà considerato che il modello non impone marche specifiche né prodotti di nicchia difficili da reperire. Non senza una leggera verva polemica viene fatto presente che la Circolare è frutto di un lavoro condiviso con il Garante e il Procuratore nazionale antimafia e che nessuna obiezione in merito alle regole oggi criticate era stata allora sollevata dal Garante.

**APPENDICE:  
I PRINCIPALI PROVVEDIMENTI IN MATERIA DI 41-BIS  
NEL BIENNIO 2018-2019**

*(a cura di Valentina Chieco)*

**APPENDIX:  
THE MAIN JUDGMENTS REGARDING 41-BIS  
IN THE TWO-YEARS 2018-2019**

*(by Valentina Chieco)*





## Le pronunce della Corte di Cassazione

1. [Cass. pen., sez. I., 19 giugno 2018 \(ud. 23 maggio 2017\), n. 28269](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) OP., art. 37 reg. esec. e circolare D.A.P. n. 0101491 del 12.3.2012, in materia di colloqui con vetro divisorio con i nipoti *ex fratre*;
2. [Cass. pen., sez. I., 1° febbraio 2018 \(ud. 20 luglio 2017\), n. 4994](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di corrispondenza epistolare in lingua straniera (nel caso di specie, inglese);
3. [Cass. pen., sez. I., 5 febbraio 2018 \(ud. 12 settembre 2017\), n. 5322](#): art. 41-*bis* e impugnabilità del provvedimento di diniego della revoca anticipata del regime detentivo speciale;
4. [Cass. pen., sez. I., 5 febbraio 2018 \(ud. 12 settembre 2017\), n. 5324](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e) e 18-*ter* OP., in materia di limitazione per sei mesi – tramite provvedimento del gip – della corrispondenza epistolare tra detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
5. [Cass. pen., sez. I., 8 marzo 2018 \(ud. 27 novembre 2017\), n. 10619](#): art. 41-*bis* OP., in materia di equiparazione tra detenuti ed internati e di reclamo avverso il decreto ministeriale di proroga del regime speciale nei confronti di un internato;
6. [Cass. pen., sez. I., 20 agosto 2018 \(ud. 27 novembre 2017\), n. 38643](#): art. 41-*bis*, comma 2-*sexies*, OP., in materia di reclamo avverso il provvedimento ministeriale di proroga del regime detentivo speciale;
7. [Cass. pen., sez. I., 18 maggio 2018 \(ud. 6 marzo 2018\), n. 22292](#): artt. 41-*bis*, 35-*bis* e 69 OP, in materia di disapplicazione delle circolari ministeriali concernenti le modalità di svolgimento dei colloqui visivi tra detenuti sottoposti al regime speciale e minori infradodicenni;
8. [Cass. pen., sez. I., 1° agosto 2018 \(ud. 5 aprile 2018\), n. 37299](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di impugnazione avverso il provvedimento di trattenimento della corrispondenza di un detenuto sottoposto a regime speciale, indirizzata alla sorella, al fine di tutelare ordine e sicurezza interni all’istituto detentivo;
9. [Cass. pen., sez. I., 13 settembre 2018 \(ud. 8 giugno 2018\), n. 40760](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell’istituto penitenziario, in materia di permanenza all’aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
10. [Cass. pen., sez. I., 13 settembre 2018 \(ud. 8 giugno 2018\), n. 40761](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell’istituto penitenziario, in materia di permanenza all’aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;

11. [Cass. pen., sez. I, 8 ottobre 2018 \(ud. 16 aprile 2018\), n. 44972](#): art. 41-*bis* OP., in materia di videosorveglianza continua della cella di pernottamento e, in particolare, della zona bagno;
12. [Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2018 \(ud. 11 luglio 2018\), n. 48860](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
13. [Cass. pen., sez. I, 21 novembre 2018 \(ud. 17 maggio 2018\), n. 52525](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di trattenimento della corrispondenza di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale;
14. [Cass. pen., sez. I, 9 novembre 2018 \(ud. 17 maggio 2018\), n. 51187](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di trattenimento della corrispondenza di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale;
15. [Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2018 \(ud. 27 giugno 2018\), n. 46169](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) e 18 OP., in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a regime speciale con il Garante per le persone detenute locale e, in particolare, sulla sua sostituzione o sulla sua cumulabilità al colloquio mensile con i familiari;
16. [Cass. pen., sez. I, 5 ottobre 2018 \(ud. 27 giugno 2018\), n. 44609](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e D.M. 12 maggio 2017, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
17. [Cass. pen., sez. I, 8 gennaio 2019 \(ud. 10 luglio 2018\), n. 474](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) e 18 OP., in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a regime speciale con il Garante per le persone detenute locale e, in particolare, sulla sua sostituzione o sulla sua cumulabilità al colloquio mensile con i familiari;
18. [Cass. pen., sez. I, 26 novembre 2018 \(ud. 11 luglio 2018\), n. 53006](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) e 18 OP., in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a regime speciale con il Garante per le persone detenute regionale e, in particolare, sulla sua sostituzione o sulla sua cumulabilità al colloquio mensile con i familiari;
19. [Cass. pen., sez. I, 21 gennaio 2019 \(ud. 9 ottobre 2018\), n. 2660](#): art. 41-*bis* OP., in materia di opposizione al decreto di proroga del regime detentivo speciale;
20. [Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2019 \(ud. 7 dicembre 2018\), n. 11585](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) e 18 OP., in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a regime speciale con il Garante per le persone detenute territoriale e, in particolare, sulla sua sostituzione o sulla sua cumulabilità al colloquio mensile con i familiari e sul ricorso al vetro divisorio nel corso degli stessi;
21. [Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2019 \(ud. 9 gennaio 2019\), n. 11597](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) e 18 OP., in materia di colloqui dei detenuti sottoposti a regime

speciale con il Garante per le persone detenute locale e, in particolare, sulla sua sostituzione o sulla sua cumulabilità al colloquio mensile con i familiari;

22. [Cass. pen., sez. I, 9 aprile 2019 \(ud. 19 febbraio 2019\), n. 15572](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP., D.M. 12 maggio 2017 e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
23. [Cass. pen., sez. I, 17 maggio 2019 \(ud. 20 febbraio 2019\), n. 21737](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di trattenimento della corrispondenza di un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale;
24. [Cass. pen., sez. V, 19 luglio 2019 \(ud. 22 febbraio 2019\), n. 32452](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di opposizione al decreto del Magistrato di sorveglianza che abbia disposto un visto di controllo per la durata di tre mesi sulla corrispondenza telefonica, telegrafica ed epistolare in arrivo ed in partenza ed il divieto di corrispondenza telefonica, telegrafica ed epistolare con altri detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
25. [Cass. pen., sez. I, 20 giugno 2019 \(ud. 28 febbraio 2019\), n. 27571](#): art. 41-*bis* OP., in materia di corrispondenza tra detenuti sottoposti al regime detentivo speciale e difensori tramite CD-DVD.
26. [Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2019 \(ud. 28 febbraio 2019\), n. 17581](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.
27. [Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2019 \(ud. 28 febbraio 2019\), n. 17580](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
28. [Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2019 \(ud. 28 febbraio 2019\), n. 17579](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
29. [Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2019 \(ud. 21 marzo 2019\), n. 18898](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
30. [Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2019 \(ud. 21 marzo 2019\), n. 18899](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale;
31. [Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2019 \(ud. 21 marzo 2019\), n. 18900](#): art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f) OP. e regolamento interno dell'istituto penitenziario, in materia di permanenza all'aria dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale.

32. [Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2019 \(ud. 22 marzo 2019\), n. 16557](#): art. 41-*bis* OP., in materia di colloqui visivi tra un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale ed il fratello, anch'egli detenuto;
33. [Cass. pen., sez. I, 19 luglio 2019 \(ud. 3 luglio 2019\), n. 32337](#): art. 41-*bis*, comma 2, OP., in materia di opposizione al decreto di proroga del regime detentivo speciale;
34. [Cass. pen., sez. I, 6 agosto 2019 \(ud. 13 giugno 2019\), n. 35766](#): artt. 41-*bis* e 18-*ter* OP., in materia di divieto di acquisto e ricezione di giornali della stampa locale per il periodo di sei mesi;
35. [Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2019 \(ud. 10 maggio 2019\), n. 24134](#): art. 41-*bis* OP. in materia di rigetto del reclamo avverso il decreto di proroga del regime detentivo speciale;
36. [Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2019 \(ud. 18 aprile 2019\), n. 29300](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP. in materia di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza del MdS che dichiarava inammissibile il ricorso avverso il provvedimento della Casa circondariale di divieto di scambio di oggetti, compresi i generi alimentari, all'interno del medesimo gruppo di socialità;
37. [Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2019 \(ud. 29 maggio 2019\), n. 43436](#): artt. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP. in materia di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza del MdS che dichiarava inammissibile il ricorso avverso il provvedimento della Casa circondariale di divieto di scambio di oggetti, compresi i generi alimentari, all'interno del medesimo gruppo di socialità;
38. [Cass. pen., sez. I, 20 marzo 2019 \(ud. 12 dicembre 2018\), n. 12493](#): art. 41-*bis* OP. in materia di reclamo avverso le determinazioni in forza delle quali la Direzione della Casa circondariale ha ritenuto il colloquio con il Garante come sostitutivo del colloquio mensile con i familiari;
39. [Cass. pen., sez. I, 21 gennaio 2019 \(ud. 9 ottobre 2018\), n. 2660](#): art. 41-*bis* OP. in materia di rigetto del reclamo avverso il decreto di proroga del regime detentivo speciale.

### **Le pronunce della Corte costituzionale**

1. [Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263](#): dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2, comma 3, D.Lgs. 121/2018, nella parte in cui prevedeva che i detenuti minorenni e i giovani adulti, condannati per i c.d. reati ostativi, non potessero accedere ai benefici penitenziari qualora, dopo la condanna, non avessero collaborato con la giustizia.

2. [Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253](#): dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 4-*bis*, comma 1, OP nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti fi cui all’art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* OP, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.
3. [Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186](#): dichiarazione di incostituzionalità del divieto di cottura dei cibi all’interno della cella di pernottamento *ex art.* 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP.;
4. [Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122](#): dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità sollevata riguardo all’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a) e c), OP. nella parte in cui vietano al detenuto di inviare e di ricevere libri e riviste;
5. [Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48](#): pronuncia in cui viene, con riferimento agli automatismi cautelari, ha riaffermato l’illegittimità delle presunzioni assolute che limitino un diritto fondamentale della persona, se arbitrarie, irrazionali, e slegate dall’*id quod plerumque accidit*;
6. [Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143](#): dichiarazione di incostituzionalità dell’art.41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), OP nella parte in cui limitava i colloqui dei detenuti con il proprio difensore;
7. [Corte cost., 7 giugno 2013, n. 135](#): nel decidere un conflitto di attribuzioni tra il D.A.P. ed il Tribunale di sorveglianza di Roma ha statuito che le decisioni del Magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura di cui all’art. 14-*ter* OP, devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria o di altre autorità;
8. [Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190](#): dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata riguardo l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP nella parte in cui limita a due ore al giorno la permanenza all’aperto dei detenuti;
9. [Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417](#): pronuncia in cui viene rimarcato che, in sede di controllo giurisdizionale, spetti al giudice verificare in concreto, anche alla luce delle circostanze allegare dal detenuto, se gli elementi posti dall’amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza



delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che legittimano l'adozione del regime speciale;

10. [Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 390](#): questione sollevata sulla mancata previsione del potere di sindacare il contenuto del decreto ministeriale per il giudice che procede al giudizio nel cui ambito è stato emesso il titolo cautelare se la verifica si renda assolutamente necessaria ai fini della tutela della salute dell'imputato detenuto, per procedere ai sensi dell'art. 299 c.p.p. La Corte ha mantenuto le competenze del giudice della cognizione rispetto a quelle della magistratura di sorveglianza;
11. [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#): pronuncia in cui la Corte afferma il principio secondo cui l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è la finalità non possono mai consistere in trattamenti penitenziari che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività dei detenuti. Si afferma, inoltre, che sono tutelabili non solo posizioni giuridiche soggettive riconosciute dalle norme penitenziarie, ma anche quelle riconoscibili ad un soggetto libero, ispirandosi comunque sempre al principio della proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della persona singola;
12. [Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376](#): sentenza in cui la Consulta ha affermato che i detenuti sottoposti al regime speciale non possono essere destinatari di misure diverse da quelle riconducibili con rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale; dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione e non possono comunque violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità né vanificare la finalità rieducativa della pena;
13. [Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351](#): dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità sollevata riguardo agli artt. 41-*bis*, commi 2 e 3, e 14-*ter* OP nella parte in cui limitano il sindacato giurisdizionale ai presupposti del provvedimento ministeriale e della sua applicabilità al singolo detenuto, con esclusione di un controllo sul contenuto delle singole misure con esso adottate;
14. [Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410](#): dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità sollevata riguardo all'art. 41-*bis*, comma 2, OP nella parte in cui attribuisce al ministro della giustizia, per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, la facoltà di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluni delitti l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario;
15. [Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349](#): dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità sollevata riguardo all'art. 41-*bis*, comma 2, OP nella parte in cui attribuisce al ministro della giustizia, per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica,

la facoltà di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluni delitti l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario;

### Le pronunce della Corte EDU

1. [Corte EDU, 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13](#): sentenza con cui i giudici di Strasburgo hanno confermato la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU;
2. [Corte EDU, 1° settembre 2015, Paolello c. Italia, ric. n. 37648/02](#): sentenza con cui la Corte ha confermato, dichiarando irricevibile il ricorso, la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU;
3. [Corte EDU, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, ric. n. 43575/09](#): sentenza con cui la Corte ha confermato, dichiarando manifestamente infondato il ricorso, la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU;
4. [Corte EDU, 19 gennaio 2010, Montani c. Italia, ric. n. 24950/06](#): sentenza con cui la Corte ha constatato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, in relazione all'art. 18-ter OP poiché il controllo sulla corrispondenza dei detenuti in regime di art. 41-bis non può essere esercitato sulle missive indirizzate al proprio difensore di fiducia ed agli organi internazionali competenti in materia di diritti umani;
5. [Corte EDU, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, ric. n. 74912/01](#): sentenza con cui la Corte ha confermato la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU;
6. [Corte EDU, 15 gennaio 2008, Bagarella c. Italia, ric. n. 15625/04](#): sentenza con cui la Corte ha confermato la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU;
7. [Corte EDU, 13 novembre 2007, Attanasio c. Italia, ric. n. 15919/04](#): sentenza con cui la Corte ha confermato, dichiarando irricevibile il ricorso, la compatibilità, in astratto, del regime detentivo speciale con i principi di cui all'art. 3 CEDU.

### I rapporti del CPT

1. [Visita svolta in Italia tra il 12 ed il 22 marzo 2019](#) per valutare anche le condizioni detentive dei condannati al regime *ex art. 41-bis* OP. Il rapporto è ancora in fase di

preparazione. La pagina offre una breve sintesi delle attività svolte, in attesa del rapporto;

2. [Visita svolta in Italia tra l'8 ed il 21 aprile 2016](#) per valutare anche le condizioni detentive dei condannati all'art. 41-*bis* OP. In particolare, il tema del regime detentivo speciale viene trattato da pagina 30 del rapporto e a pagina 19 (paragrafo 53 s.) delle [osservazioni del Governo italiano sul medesimo rapporto](#);
3. [Visita svolta in Italia tra il 13 ed il 25 maggio 2012](#) durante cui si è svolta la visita nell'istituto penitenziario di Terni per valutare le condizioni dei condannati sottoposti all'art. 41-*bis* OP. La tematica è trattata da pagina 27 del rapporto;
4. [Visita svolta in Italia tra il 14 ed il 26 settembre 2008](#) durante cui sono stati visitati gli istituti di Novara e di Rebibbia per valutare le condizioni dei condannati sottoposti all'art. 41-*bis* OP. La tematica è trattata da pagina 28;
5. [Visita svolta in Italia tra il 21 novembre ed il 3 dicembre 2004](#) nel cui rapporto viene descritto, da pagina 37, il regime del 41-*bis* OP;
6. [Visita svolta in Italia tra il 13 ed il 25 febbraio 2000](#) nel cui rapporto viene descritto, da pagina 29, il regime del 41-*bis* OP;

### **I rapporti del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale**

1. [Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41-\*bis\* OP. \(2016-2018\)](#).

### **Le circolari D.A.P.**

1. [Circolare 20.2.1998 n. 3470/5920](#) vertente sull'organizzazione delle sezioni di assegnazione detenuti in regime di cui all'art. 41-*bis* OP;
2. [Circolare 8.7.1998 n. 3478/5928](#) relativa a riordino e chiarimento del regime di colloqui e corrispondenza telefonica;
3. [Circolare 8.3.2006](#) predisponente misure organizzative del diritto d'accesso;
4. [Circolare del 6.7.2009 n. 3620/6070](#) attinente all'avvento della stagione estiva e conseguenti difficoltà derivanti dalla condizione di generale sovraffollamento del sistema penitenziario. Tutela della salute e della vita delle persone detenute o internate;

5. [Circolare 25.11.2011 n. 0445330](#) attinente a Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione;
6. [Circolare 7.11.2013 n. 3651/6101](#) recante il Nuovo testo unico delle disposizioni dipartimentali in materia di visita agli istituti penitenziari ex art. 67 ord. penit.;
7. [Circolare 18.5.2016 n. 3671/6121](#) che ha istituito il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale;
8. [Circolare 2.10. 2017 n. 3676/6126](#) avente ad oggetto l'organizzazione del regime detentivo speciale.

