

Regime differenziato

Il “carcere duro” tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?

di Adriano Martufi (*)

Prendendo spunto da due recenti sentenze della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di art. 41 *bis* ord. penit., il presente contributo tenta di elaborare una topografia delle garanzie applicabili al c.d. “carcere duro”. In una prima parte il lavoro si sofferma sulle restrizioni applicate nell'ambito del regime detentivo speciale: si approfondisce in particolare il ruolo giocato dal requisito della “congruità” quale parametro per valutare la legittimità delle limitazioni imposte ai diritti del detenuto. In una seconda parte si evidenzia la necessità di un più ampio controllo sulle misure restrittive, vincolando queste ultime al rispetto di un ideale di proporzione in senso stretto. In un'ultima parte l'articolo approfondisce il tema delle proroghe al regime speciale ed evidenzia la necessità di un giudizio vieppiù individualizzato circa la pericolosità del detenuto.

This article analyzes the set of guarantees that need to be respected while applying the special prison regime under Article 41-bis of Italian Penitentiary Act. It does so by commenting on two recent pieces of case law, respectively by the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. The article first looks at the requirement of adequacy (“congruità”) of the restrictions imposed on inmates subject to the special prison regime. It then advocates the need for an increased respect of the proportionality requirement, in order to rule out the use of disproportionate restrictions (e.g. CCTV surveillance inside cells). Finally, it takes issue with the practice of semi-automatic renewals of the 41-bis regime, demanding a more detailed and individualised risk assessment.

Il regime dell'art. 41 *bis* ord. penit. e i diritti del detenuto: cenni introduttivi

Due recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 186 del 2018 (1)) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Provenzano c. Italia (2)) in tema di art. 41 *bis* ripropongono antichi interrogativi circa la tensione tra diritti individuali e finalità di prevenzione nell'ambito del c.d. “carcere duro”. Le due pronunce, malgrado il diverso oggetto, si prestano a una analisi congiunta, offrendo numerosi spunti per una più profonda rimediazione dei contenuti del regime

detentivo speciale. I recenti arresti, inoltre, sembrano delineare un nuovo corso nell'elaborazione giurisprudenziale relativa al controverso istituto introdotto con D.L. 8 giugno 1992, n. 306 e da ultimo modificato con L. 15 luglio 2009, n. 94 (3), indicando con crescente urgenza la necessità di ristabilire nuovi argini garantistici capaci di attenuare la rigidità del regime speciale di custodia.

Può essere utile, a mo' di introduzione, provare a collocare il tema nell'alveo di una più ampia riflessione in merito ai rapporti tra detenzione legalmente inflitta e diritti delle persone private della libertà

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) Corte cost. sent. n. 186 del 2018, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2018, con nota di G. Alberti, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41 bis*.

(2) Cedu 25 settembre 2018, sent. Provenzano c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018 con nota di G. Alberti, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41 bis*.

(3) A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. Corbetta - A. Della Bella - G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 447 ss.; C. Fiorio, *La stabilizzazione delle “carceri-forzezza”: modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, 395 ss.

personale. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale e quella europea registrano già da tempo una sostanziale convergenza: si riconosce infatti che la legittima restrizione della libertà personale cui il detenuto è sottoposto possa riverberarsi, in modo più o meno significativo, sull'esercizio delle libertà costituzionali - ovvero sui diritti convenzionali - che risultino direttamente o indirettamente correlati alla prima.

Al contempo, però, la compressione dei diritti che "lo stato di detenzione necessariamente comporta" è subordinata al rispetto di taluni limiti intrinseci e non può mai tradursi nel completo annullamento delle facoltà riconosciute alla persona e tutelate come posizioni giuridiche soggettive.

Con specifico riferimento all'ordinamento costituzionale italiano tale assunto si attegga a principio generale, definendo i confini stessi della potestà punitiva. Come ribadito a più riprese dalla Corte costituzionale, infatti, dal principio secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" (sancito all'art. 27, comma 3, Cost) discende, quale corollario, l'obbligo di riconoscere al condannato la titolarità di situazioni soggettive attive e la garanzia di quella parte di personalità umana che la pena non intacca (4).

Più in generale, dal valore costituzionale di "inviolabilità della persona" sancito dall'art. 13 Cost. (5). - a sua volta pregnante manifestazione dell'art. 2 Cost. e del principio personalistico che ispira l'intero impianto della Carta fondamentale (6) - discende il fondamentale assunto per cui chi si trova in stato di detenzione resta titolare di un residuo di libertà "che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale" (7).

La titolarità di un residuo di libertà in capo ai detenuti "ordinari" si traduce nel riconoscimento della possibilità di esercitare i diritti costituzionalmente sanciti "nella misura più ampia possibile" (8), con il

corrispondente obbligo per lo Stato di circoscrivere gli effetti della privazione di libertà personale entro i limiti imposti dalle sole esigenze della detenzione (9).

Finalità del regime speciale e limiti alle misure restrittive

Occorre tuttavia riconoscere che le restrizioni patite nell'ambito della detenzione carceraria non sono omogenee: esse, anzi, tendono a variare significativamente in base ai contenuti del regime detentivo a cui la persona risulta sottoposta. A fronte di un tendenziale inasprimento delle modalità di detenzione, infatti, la privazione di libertà finisce per risultare maggiormente afflittiva, incidendo in misura più rilevante sui diritti della persona.

È il caso delle limitazioni previste per i detenuti sottoposti alla disciplina dell'art. 41 *bis* ord. penit.: tale regime (applicabile ai detenuti e internati per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.) si contraddistingue infatti per l'applicazione di misure volte a ridurre drasticamente i contatti del detenuto con il mondo esterno e a limitare le occasioni di socialità all'interno del carcere (art. 41 *bis*, comma 2 *quater* ord. penit.).

La funzione primaria del 41 *bis*, come noto, è quella di recidere qualsiasi forma di collegamento tra la persona detenuta e l'organizzazione criminale di riferimento, sul presupposto - ampiamente suffragato dalla prassi giudiziaria (10) - che gli affiliati a taluni gruppi criminali (specie se di stampo mafioso) siano in grado di mantenere intatto il proprio vincolo associativo anche durante il periodo di detenzione.

Dal canto suo il legislatore ha previsto che l'applicazione delle summenzionate misure restrittive possa implicare soltanto la sospensione di regole e istituti del "trattamento", *rectius* di quelle regole e istituti trattamentali di cui il detenuto potrebbe servirsi al

(4) Corte cost. sent. n. 114 del 1979, in *Giur. cost.*, 1979, 803 ss.; sent. n. 349 del 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 488; nonché più di recente sent. 122 e 20 del 2017.

(5) Corte cost. sent. n. 122 del 2017, in questa *Rivista*, 2018, 62 ss. con nota di A. Della Bella e in *Cass. pen.*, 2017, 3598 con nota di A. Ciavola.

(6) Per un'interpretazione dell'art. 13 Cost. tesa ad allargare il concetto di "libertà personale" - e il relativo requisito della "invio- labilità" - oltre la sfera della libertà fisica, ricomprendendovi più in generale la libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità, cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 12 secondo il quale, intesa in questa accezione, la libertà della persona si attegga a vera e propria "matrice" di tutti i diritti personali.

(7) Corte cost. sent. 349 del 1993, in *Foro it.*, 1995, I, c. 488.; cfr. in questo senso già A. Malinverni, *Esecuzione della pena e diritti dell'individuo*, in *Ind. pen.*, 1973, 24.

(8) Così da ultimo M. Ruotolo, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, 843.

(9) I diritti dei detenuti si prestano, peraltro, ad essere variamente compressi anche in funzione di esigenze diverse da quelle tipicamente assegnate alla privazione di libertà: si pensi, ad es., alle finalità investigative e legate alla prevenzione o alla repressione dei reati suscettibili di incidere sulla libertà di comunicazione del ristretto; cfr. in tema di visto di censura sulla corrispondenza Cost. sent. 20 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, 918 ss.

(10) Si rinvia sul punto all'approfondita analisi della casistica giudiziaria condotta da A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 3 ss. e 70 ss.

fine di mantenere vivi i contatti con l'organizzazione di appartenenza.

In linea con questa generale indicazione legislativa la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che le restrizioni - disposte con decreto del Ministero della giustizia - non possono incidere sul grado di libertà residua spettante al detenuto: esse, al contrario, restano confinate all'ambito di esclusiva spettanza dell'amministrazione (la sospensione cioè riguarderebbe regole e istituti che secondo l'ordinamento penitenziario appartengono già alla competenza di quest'ultima) (11), risultando perciò sottratte al rispetto delle garanzie di riserva di legge e giurisdizione previste dall'art. 13 Cost.

Malgrado la soluzione da ultimo riproposta abbia sin qui permesso di fare salva la legittimità costituzionale del 41 bis, essa solleva non poche perplessità (12): anzitutto, non pare agevole stabilire quali restrizioni siano da ricondurre all'ambito organizzativo dell'amministrazione e quali invece possano "sconfinare" in una restrizione di libertà ulteriore e non consentita; inoltre, sebbene le modalità esecutive del regime speciale siano state oggetto di parziale tipizzazione, la prassi evidenzia l'esistenza di un vero e proprio caleidoscopio di restrizioni che sfuggono alla predefinizione legislativa e risultano specificate soltanto attraverso l'adozione di circolari del D.A.P. e ordini di servizio emanati dalla direzione dei singoli istituti (13).

Le ambiguità nei rapporti tra legge e atti dell'amministrazione non hanno tuttavia impedito alla giurisprudenza costituzionale e a quella ordinaria di

elaborare criteri idonei a censurare l'illegittimità di talune gravi violazioni dei diritti dei detenuti sottoposti al 41 bis. Grande rilievo è stato dato, in particolare, alla "congruità" delle misure rispetto agli obiettivi di prevenzione perseguiti dal regime differenziato (14).

Come meglio si dirà nel prosieguo, tuttavia, il controllo sulla congruità delle restrizioni imposte nell'ambito del "carcere duro" non esaurisce le forme in cui può articolarsi la tutela giurisdizionale dei diritti. Posto infatti che il detenuto rimane titolare di tutte le posizioni soggettive non direttamente incise dallo *status detentionis* il controllo giurisdizionale potrà riguardare altresì il rispetto delle specifiche garanzie costituzionali applicabili alla restrizione di taluni diritti fondamentali. Si pensi, per esempio, alle limitazioni imposte alla libertà di comunicazione del detenuto le quali, a norma dell'art. 15 Cost., risultano subordinate al rispetto della riserva di legge e della riserva di giurisdizione (15).

La tutela dei diritti del detenuto sottoposto a carcere duro è inoltre assicurata, indirettamente, dalla verifica circa la generale conformità di tale regime ai principi costituzionali che governano l'esecuzione penitenziaria. Se infatti non sembra più inconcepibile che l'inasprimento del regime penitenziario possa assolvere una funzione di temporanea "neutralizzazione" del delinquente pericoloso (16), resta però inteso che la legittimità costituzionale del 41 bis richiede altresì il rispetto dei principi di umanità e finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. (17).

(11) Si veda, per tutti, Corte cost. sent. n. 349 del 1993, cit.; ma vedi anche sent. n. 410 del 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2867 ss. e sent. n. 351 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3043 ss.

(12) Sul punto cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 65; nonché, volendo, A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 32 e 80 ss.

(13) Con riferimento alla carente tipizzazione legislativa delle restrizioni imposte con provvedimento che applica il regime speciale (e in particolare alla "delega in bianco" rappresentata dalla disposizione di cui al comma 2 *quater* lett. a) cfr. D. Petrini, *Il regime di carcere duro diventa definitivo*, in *Legis. Pen.*, 2003, 229.

(14) Sul punto si veda ancora Corte cost. sent. n. 351 del 1996, cit. secondo cui all'amministrazione sarebbe comunque fatto divieto di adottare misure "che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inadeguate o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento". Lo scrutinio circa il carattere più o meno congruo dei decreti applicativi del regime speciale e delle restrizioni da esse imposti è affidato in prima battuta alla magistratura di sorveglianza a cui spetta, come precisato dalla Consulta con la sentenza 190 del 2010, il compito di verificare il "contenuto" del provvedimento che applica il regime speciale (Corte cost. sent. n. 190 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2256 con nota di C. Fiorio). È invece naturalmente compito della Corte costituzionale vigilare sulla

ragionevolezza di prescrizioni e divieti previsti, in via generale ed astratta, dalla legge.

(15) La questione della conformità all'art. 15 Cost. si è posta con forza, nell'ambito della giurisprudenza di merito, con riguardo alle restrizioni all'invio e alla ricezione di libri. Si è ritenuto in particolare che tali limitazioni (fondate sulla previsione di cui al comma 2 *quater*, lett. c) e incorporate nelle circolari ministeriali che disciplinano il regime speciale) violassero l'art. 18 *ter* ord. penit., il quale attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di controllare e limitare la corrispondenza e la stampa (cfr., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, L. Cesaris, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, 180 ss.). Di diverso avviso la Corte di legittimità che ha invece ritenuto legittime e ragionevoli le limitazioni alla circolazione di libri e stampa. La riconducibilità dello scambio di libri e riviste nell'alveo della libertà di corrispondenza è stata, in tempi più recenti, recisamente esclusa da Corte cost. sent. n. 122 del 2017, cit. Sul punto, cfr. le osservazioni critiche di A. Ciavola, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, in *Cass. pen.*, 2017, 1236 ss.

(16) Sul punto cfr. per tutti F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1348 ss.

(17) Le misure, considerate singolarmente e nel loro complesso, non devono essere tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena Corte cost. sent. n. 186 del 2018, cit.;

Ciò detto, da più parti si lamenta la complessiva inadeguatezza delle garanzie che presiedono all'applicazione del regime differenziato: un esito insoddisfacente a cui contribuisce anche la richiamata impostazione della giurisprudenza costituzionale in tema di 41 bis. Quest'ultima, come detto, riconduce problematicamente i decreti di applicazione di tale regime nell'ambito degli aspetti organizzativi di competenza dell'amministrazione, sottraendoli così al rispetto delle garanzie di riserva di legge e giurisdizione (18).

In questo contesto gli argini garantistici all'esercizio del potere ministeriale finiscono per ridursi a un controllo sulla legalità del decreto che applica il regime speciale; controllo affidato, in prima battuta, al giudice ordinario a cui spetta il compito di esercitare un sindacato circa il contenuto del provvedimento, oltre alla verifica sui presupposti del regime speciale e al delicato giudizio relativo alla pericolosità del detenuto (19).

Muovendo da queste generali premesse occorre ora volgere lo sguardo alle pronunce citate in apertura, onde trarne utili spunti nell'ottica di una possibile ridefinizione dello statuto garantistico del regime di carcere duro. La sentenza della Corte costituzionale, in particolare, permette di riflettere sui limiti che contraddistinguono il controllo di legittimità sul provvedimento applicativo del regime speciale, evidenziando l'opportunità di una verifica improntata a criteri di proporzione in senso stretto (per cui vedi *infra*). Dal canto suo, il quasi contemporaneo intervento dei giudici di Strasburgo richiama l'attenzione sulla natura "imbutiforme" del regime differenziato e sul tendenziale automatismo che caratterizza il meccanismo di proroga (vedi *infra*), sollecitando una più

accurata valutazione delle caratteristiche personali del detenuto e una maggiore cura degli effetti prodotti dall'applicazione prolungata del 41 bis.

La Corte costituzionale e il divieto di cottura dei cibi: la fine di un divieto incongruo

La questione portata all'attenzione dei giudici costituzionali aveva ad oggetto il contenuto della prescrizione di cui alla lett. f) dell'art. 41 bis, comma 2 *quater* ord. penit., nella parte in cui vieta ai detenuti sottoposti al regime speciale di cuocere cibi. Già all'indomani della sua introduzione (con la riforma del 2009 (20)) tale previsione è parsa da subito contestabile in ragione della sua (almeno apparente) eccentricità rispetto alla più ampia *ratio* dell'art. 41 bis (21).

Il divieto, successivamente specificato dalle circolari di organizzazione del regime speciale (22), consiste nell'assoluta interdizione di utilizzare i fornelli personali per la cottura di cibi; resta invece consentito l'utilizzo della predetta dotazione per riscaldare cibi già cotti (anche surgelati) ovvero per la preparazione di bevande calde. Nel silenzio dei lavori preparatori, si è a lungo ritenuto che l'imposizione di una restrizione siffatta potesse giustificarsi - come rilevato dal giudice rimettente - in base alla "necessità di contrastare l'eventuale crescita di 'potere' e prestigio criminale del detenuto all'interno del carcere" (23).

Malgrado l'indubbia idoneità dei cibi a fungere da strumento per l'accumulazione di "capitale simbolico" (prestigio e potere) *intra moenia*, la restrizione in discorso ha tuttavia rivelato da subito il proprio carattere marcatamente afflittivo (24), inducendo più d'uno a dubitare della sua congruità rispetto

ma vedi già ord. n. 417 del 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 1558 ss. e, soprattutto, sent. n. 376 del 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 5.

(18) In quest'ottica, sembra dunque sufficiente che "l'azione amministrativa trovi il proprio fondamento nella legge (principio di legalità), non essendo necessaria una puntuale determinazione dei casi e modi di intervento della stessa (come richiesto per gli interventi che incidono sui diritti: riserva di legge), né il previo provvedimento dell'autorità giudiziaria"; cfr. M. Ruotolo, *Diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis*, cit., 850.

(19) Come noto, a partire dalla riforma del 2009, la competenza a conoscere dei reclami concernenti la sussistenza dei presupposti del regime speciale è devoluta al Tribunale di sorveglianza di Roma. Le istanze relative alla violazione di un diritto soggettivo, invece, debbono essere presentate al Tribunale di sorveglianza competente per territorio ai sensi dell'art. 677 c.p.p. con le forme di cui all'art. 35 bis ord. penit.; cfr. L. Cesaris, *Commento all'art. 41-bis*, in F. Della Casa - G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 501 ss.

(20) La disposizione ha peraltro dato veste legale a un precetto già contenuto in tutte le precedenti circolari di organizzazione del

regime speciale, cfr. A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 256 ss.

(21) P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 167.

(22) Il divieto impugnato dal giudice *a quo* risultava, all'epoca, disciplinato dal punto M) della circolare DAP del Ministero della giustizia n. 286202 del 4 agosto 2009. Quel provvedimento è stato di recente abrogato e sostituito dalla circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 la quale all'art. 8 ribadisce il divieto di ricevere dall'esterno generi alimentari che richiedano cottura; sul punto cfr. C. Fiorio, *"Fermo restando": l'art. 41-bis tra il gerundio dell'amministrazione e l'imperativo della legislazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 388 ss.

(23) Corte cost. sent. n. 186 del 2018, cit.; vedi al riguardo A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 256; ma vedi già D. Petrini, *Il regime di carcere duro diventa definitivo*, cit. 247.

(24) Cfr. sul punto F. Calabrese, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41 bis ord. penit.*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 4-5, 80 che definisce la previsione sbalorditiva evidenziando "l'assoluta

agli scopi del 41 bis (25): come già ricordato, infatti, le finalità del regime speciale si ricollegano all'esigenza di prevenire le comunicazioni del detenuto con il mondo esterno e in particolare con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Il divieto portato all'attenzione della Consulta nel caso in esame riproponeva dunque la necessità di individuare un criterio idoneo a stabilire taluni limiti alle restrizioni imposte con l'applicazione del regime speciale. Il giudice rimettente, in particolare, ipotizzava un contrasto tra la disposizione impugnata e tre distinti parametri costituzionali (26): la previsione in parola determinerebbe in primo luogo una disparità di trattamento non giustificata dagli scopi del regime differenziato (art. 3 Cost.), essa avrebbe, inoltre, l'unico effetto di inasprire il trattamento detentivo in modo contrario al senso d'umanità e all'obiettivo di rieducazione che debbono contraddistinguere l'esecuzione delle pene (art. 27, comma 3, Cost.) finendo, da ultimo, per frustrare il diritto del detenuto a comporre la propria dieta in maniera conforme alle relative condizioni di salute psico-fisica (art. 32 Cost.).

La pronuncia della Corte costituzionale ha accolto in larga parte i rilievi del giudice *a quo*, etichettando l'interdizione di cuocere i cibi come misura di tipo puramente afflittivo, di per sé estranea agli scopi di prevenzione speciale negativa perseguiti dal regime differenziato. Nel ritenere l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, l'argomentazione della Consulta fa perno sul già analizzato criterio di congruità delle misure: in base a questo parametro, come detto, le restrizioni ai diritti del detenuto possono dirsi legittime solo laddove sussista un "collegamento funzionale" tra il regime speciale e l'obiettivo di recidere il legame del detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Significativamente, anzi, la Corte ribadisce il più generale assunto (di cui all'art. 41 bis, comma 2 ord. penit.) secondo cui, nell'ambito delle ulteriori restrizioni di libertà che caratterizzano il carcere duro,

sarebbe possibile sospendere soltanto l'applicazione di regole ed istituti dell'ordinamento penitenziario "in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza" (27). In linea con questa impostazione, giurisprudenza di merito e di legittimità hanno a più riprese escluso la legittimità delle restrizioni non giustificate da esigenze sottese al regime differenziato: si è così consentito il prolungamento dei colloqui, da una a due ore, per i detenuti che nel mese precedente non avessero usufruito di tale opportunità (28); parimenti, è stata ritenuta illegittima (e disapplicata) la disposizione di una circolare che interpretava l'art. 41 bis, comma 2 *quater*, lett. b), ord. penit. richiedendo un intervallo minimo di 30 giorni tra un colloquio e l'altro (29); la giurisprudenza ha inoltre censurato la prassi amministrativa consistente nel ricondurre l'ora quotidianamente trascorsa all'interno della c.d. area trattamentale (biblioteca, palestra etc.) nel computo delle due ore giornaliere di "permanenza all'aperto" accordate ai detenuti in regime differenziato (30); in tempi recentissimi, la magistratura di sorveglianza ha infine ritenuto incongrua la previsione di un limite temporale alla fruizione del televisore (tra le ore 7 e le ore 24) previsto dall'art. 14 della circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 (31).

A ben vedere, peraltro, il giudizio sulla congruità delle misure restrittive tende, in sede di incidente di costituzionalità, a coincidere con uno scrutinio circa la ragionevolezza delle misure stesse (*rectius* delle previsioni legislative che ne consentono l'adozione). In particolare, al fine di evitare che la differenziazione del regime di detenzione si traduca in una semplice "discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti" (32) la giurisprudenza costituzionale mette a raffronto le limitazioni previste nell'ambito del 41 bis con quelle applicabili ai detenuti c.d. "ordinari" (33).

Così, nel caso delle restrizioni alla cottura dei cibi, la Corte ha opportunamente osservato come sia la stessa applicazione delle ordinarie regole carcerarie (34) (art. 14, commi 8 e 9, reg. esec., d.P.R. n. 230 del

inconferenza di tali limitazioni rispetto alle ritenute esigenze social-preventive riconnesse alla introduzione della novella legislativa e dunque la assoluta illegittimità delle stesse".

(25) Del resto, già all'indomani della riforma, la magistratura di sorveglianza aveva ipotizzato l'illegittimità della previsione di cui alla lettera f), sollevando la questione di legittimità costituzionalità. In quell'occasione, tuttavia, la Corte ne aveva dichiarato la manifesta inammissibilità per carenza motivazione in punto di rilevanza, cfr. Corte cost. ord. n. 56 del 2001, in *Giur. cost.*, 1, 745.

(26) Ord., mag. sorv. Spoleto, 15 maggio 2017, a commento dell'ordinanza cfr. N. Mani, *A proposito di diritti umani. Ci salvi il giudice costituzionale dalla disumana inutilità del divieto di cuocere cibi per il detenuto al regime di 41-bis*, in *Arch. pen.*, 2017, 715 ss.

(27) Nella giurisprudenza costituzionale vedi anche Corte cost. sent. n. 351 del 1996, cit.

(28) Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 3115, in *D&G*, 23 gennaio 2015; Cass. Pen. 20 marzo 2015, n. 20486, in *D&G*, 19 maggio 2015.

(29) Cass. Pen., Sez. I, 25 novembre 2016, n. 10462, in *CED*.

(30) Cass. Pen., Sez. I, 27 giugno 2018, n. 44609, in *CED*.

(31) Trib. Sorv. Roma, ord. 27 settembre 2018, Madonia, inedita.

(32) Si veda ancora Corte cost. sent. n. 351 del 1996, cit.

(33) Elevando in tal modo queste ultime a *tertium comparationis* nello schema triadico tipico del giudizio di ragionevolezza.

(34) Ai sensi del comma 8, i generi alimentari, ricevuti dall'esterno o acquistati, non devono essere di quantità eccedente il

2000) ad imporre precisi limiti all'acquisto e al possesso di oggetti e generi alimentari da parte dei detenuti, rendendo pressoché impossibile qualunque abusiva posizione di privilegio o di "potere" collegata alla cottura del cibo. La prescrizione di soglie quantitative all'acquisto e al possesso di generi alimentari stabilita dal regolamento di esecuzione è stata peraltro recepita, con specifico riferimento al 41 bis, dalla recente circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 fugando ogni dubbio circa la sua applicabilità al regime differenziato (35).

In sintesi, a giudizio della Corte, il contrasto all'acquisizione di eventuali posizioni di potere all'interno del carcere può essere agevolmente perseguito tramite una rigorosa applicazione delle ordinarie regole penitenziarie relative alla ricezione, acquisto e possesso di generi alimentari da parte dei detenuti. A ciò va aggiunto che un'ulteriore limitazione al possesso di generi alimentari (anche pregiati) da parte di individui ristretti al regime speciale è consentita dalla previsione legislativa di cui l'art. 41 bis, comma 2 quater, lett. c), la quale permette l'imposizione di restrizioni alla ricezione di somme, beni e oggetti dall'esterno.

Oltre il criterio della congruità: quale ruolo per il principio di proporzionalità?

L'analisi svolta conduce la Corte a ritenere il divieto di cottura dei cibi del tutto incongruo rispetto agli scopi avuti di mira dal regime speciale, risultando perciò in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. Sennonché il giudizio relativo alla congruità delle misure, se da un lato permette alla Corte di giungere nel caso di specie a una declaratoria di illegittimità, dall'altro non esaurisce le modalità di scrutinio circa il contenuto dei decreti applicativi del 41 bis, né mette al riparo le suddette misure da ulteriori censure di incostituzionalità.

fabbisogno di una persona, mentre ai sensi del comma 9 il detenuto non può accumulare generi alimentari in quantità eccedente il suo fabbisogno settimanale.

(35) In argomento vedi ancora C. Fiorio, "Fermo restando": l'art. 41-bis tra il gerundio dell'amministrazione e l'imperativo della legislazione, cit., 393.

(36) Cort cost. sent. n. 376 del 1997, cit.

(37) Nella pronuncia da ultimo citata si osserva altresì che "l'applicazione del regime differenziato ex art. 41 bis, comma 2, non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento".

(38) Così A. Della Bella, *op. cit.*, 263; ma vedi ora circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017. In argomento si veda di recente

In particolare: un rapido sguardo alla prassi sollecita una più attenta riflessione in merito a quelli che la giurisprudenza costituzionale definisce i "limiti interni" al potere di disporre il regime differenziato (36). Si tratta non solo del necessario "collegamento funzionale" tra le restrizioni imposte e le finalità di ordine e sicurezza del regime speciale, ma anche del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dell'obbligo di non vanificare la finalità rieducativa della pena (37).

Se infatti il giudizio in merito alla congruità della misura consente di evitare le forme più arbitrarie e strumentali di afflizione imposte al detenuto, residua pur sempre la necessità di reperire un limite alla discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei contenuti del regime speciale; discrezionalità, questa, che tende inevitabilmente ad espandersi laddove il precetto legislativo che abilita all'adozione di misure restrittive non sia sufficientemente determinato.

È il caso, per esempio, della disposizione di cui al comma 2 quater, lett. a) la quale consente l'adozione di "elevate misure di sicurezza interna ed esterna" o ancora di quella di cui al comma 2 quater, lett. f, che invece prefigura la possibilità di disporre "necessarie misure di sicurezza".

Facendo leva sull'indubbia vaghezza di queste previsioni, l'amministrazione è giunta in taluni casi ad adottare restrizioni aventi contenuto oltremodo afflittivo: si pensi, per fare solo alcuni esempi, all'obbligo di perquisizione mediante denudamento con flessione che taluni ordini di servizio impongono prima e dopo la traduzione all'esterno (38), alla presenza del personale di polizia durante le visite mediche o, ancora, alla sottoposizione a videosorveglianza continua attuata mediante telecamera posta nella cella di pernottamento con inquadratura verso il locale bagno (39).

L'esistenza nella prassi di prescrizioni come quelle appena evocate mette in luce, a nostro avviso, i limiti

anche 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*, Roma, 2019, p. 24 e ss. Il rapporto (reso noto nelle more della pubblicazione del presente lavoro) stigmatizza: a) il sistematico controllo delle suole delle scarpe del detenuto ("prassi che da taluni è considerata come particolarmente umiliante, in quanto rinvia alle procedure di ferratura dei cavalli") al momento di entrare uscire dalla camera di pernottamento; b) l'altrettanto sistematico uso della perquisizione mediante denudamento anche in assenza di "fondato sospetto" circa il possesso di oggetti non consentiti.

(39) La Corte di legittimità ha in più occasioni ritenuto ingiustificata l'imposizione di un sistema di videosorveglianza continua in alcuni ambienti della cella (tra cui il bagno), cfr. Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, in *CED.*, rv. 245969 e Cass., Sez. I, 26 aprile 2011, n. 16402, in *Arch. pen.*; ma vedi contra Cass. 16 aprile 2018, n. 44972, in *DeJure* secondo cui la videosorveglianza all'interno della

di un sindacato sulle restrizioni *ex art. 41 bis* esclusivamente improntato al criterio della congruità. Potrebbe ben darsi, infatti, che a un esame attento siffatte misure risultino, in astratto e in concreto, idonee a inibire le potenzialità di comunicazione del detenuto con il mondo esterno. Sennonché, l'adozione di restrizioni oltremodo severe può rivelarsi a tal punto afflittiva da determinare una compressione pressoché totale del diritto (o dei diritti) aggrediti dal regime speciale, finendo per contraddire persino le più basilari esigenze di proporzione nel trattamento dei detenuti.

Una compressione sproporzionata delle posizioni soggettive riconosciute al detenuto - ancorché potenzialmente giustificata da esigenze di prevenzione - finirebbe inoltre per determinare uno sconfinamento dell'amministrazione nello spazio di residua libertà che la detenzione non intacca. Come visto tale eventualità sembrerebbe esclusa, in linea di principio, dall'impostazione che annovera i decreti applicativi del *41 bis* tra le modalità esecutive rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione. E invero è la stessa Corte costituzionale, nelle sue prime pronunce in tema di *41 bis*, a definire esplicitamente il residuo di libertà spettante anche alla persona *in vinculis* come "l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale" (40): tale affermazione va intesa nel senso che le modalità di esecuzione del regime differenziato non debbono implicare un trattamento suscettibile di ostacolare il "libero sviluppo della persona umana" e l'esercizio di diritti che ne costituiscono il "patrimonio irrettrattabile" (41).

In quest'ottica appare quindi del tutto condivisibile il passaggio della sentenza n. 186 del 2018 ove si afferma che "la 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": è proprio in questi gesti, infatti, che prende corpo quella libertà residua che la Costituzione garantisce anche al detenuto.

Nella pronuncia poc'anzi richiamata tuttavia i giudici costituzionali hanno negato che tali manifestazioni

della personalità si sostanzino in un vero e proprio diritto, forse per il timore che ciò potesse tradursi in una drastica riduzione dei poteri dell'amministrazione a fronte - soprattutto - della possibilità di esperire la tutela giurisdizionale dei diritti *ex artt. 35 bis* e 69, comma 6, lett. b) ord. penit.

Più in generale, dalla pronuncia poc'anzi richiamata non sembra agevole dedurre se la compressione dei diritti incontri un qualche limite intrinseco, idoneo a evitare che il contenuto essenziale delle posizioni soggettive incise dalle restrizioni finisca per risultare del tutto obliterato. Tale ultimo assunto ripropone la necessità di includere, nell'ambito di un sindacato sui contenuti del regime speciale, anche uno scrutinio ispirato a un ideale di proporzione "in senso stretto". Si tratterebbe cioè di verificare non solo che le misure siano proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito dal regime differenziato (verifica, questa, in qualche modo insita nel giudizio di congruità), ma altresì che ad esse non corrisponda un sacrificio eccessivo imposto ai diritti della persona.

L'idea di proporzione in senso stretto si presta ad essere tematizzata nell'ambito di una logica di bilanciamento tra valori costituzionali: quest'ultima infatti richiede che a un decremento di tutela di un diritto fondamentale faccia riscontro un incremento nella protezione di un interesse di pari rango (42). L'opera di bilanciamento tuttavia non può spingersi oltre il confine rappresentato dal contenuto essenziale dei diritti fondamentali (43): un limite invalicabile oltrepassato il quale risulterebbe pregiudicata ogni concreta possibilità di esercizio del diritto soggettivo volta a volta considerato (44).

A ben vedere, nel dichiarare l'illegittimità del divieto di cottura dei cibi, la Corte ha omesso di ribadire quanto affermato nella sent. n. 143 del 2013 nella quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale delle restrizioni ai colloqui con il difensore originariamente previste dall'*art. 41 bis*, comma 2 *quater*, lett. b): il quell'occasione i giudici della Consulta avevano bensì ammesso la possibilità di porre in bilanciamento il diritto di difesa con diverse esigenze di rango costituzionale, ma ciò solo ove non risultasse compromessa l'effettività di tale diritto, la quale

cella ai fini della tutela di esigenze di ordine pubblico non integra un trattamento inumano o degradante del detenuto. Tali telecamere di videosorveglianza sarebbero tuttora installate presso la sezione "area riservata" del carcere di Rebibbia, cfr. *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, 27.

(40) Corte cost. sent. n. 349 del 1993, cit.

(41) Corte cost. sent. n. 11 del 1956, in *Giur. cost.*, 1956, 612 ss.

(42) Sul punto si vedano 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. - Riv. trim.*, 2014, 350.

(43) Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3991 ss.

(44) Cfr. per tutti R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 81.

costituisce “il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato” (45).

Si tratta, del resto, di un’indicazione condivisa dalla Corte di Strasburgo: quest’ultima nell’ambito della sua giurisprudenza in tema di art. 5 CEDU ha posto più volte in rilievo la necessità che la detenzione, ancorché legittima dal punto di vista degli scopi che persegue, non ecceda quanto strettamente necessario al loro raggiungimento (criterio di necessità) ed eviti un carico afflittivo oltremodo gravoso per l’interessato (criterio di proporzione in senso stretto) (46).

In un’ottica parzialmente diversa anche il divieto di trattamenti inumani ex art. 3 CEDU sembrerebbe imporre il rispetto di un ideale di proporzione: come osservato in dottrina, infatti, un trattamento detentivo di per sé non contrastante con tale divieto potrebbe tradursi in una sua violazione allorché si riveli, in concreto, non proporzionato al fatto commesso e/o alla pericolosità del detenuto (47).

La Corte europea dei diritti dell’uomo tra durata del regime detentivo e individualizzazione del trattamento

I riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo e alla nozione di pericolosità inducono, da ultimo, a volgere lo sguardo alle importanti considerazioni contenute nella sentenza della Corte EDU nel caso Provenzano. La pronuncia, condannando l’Italia per violazione dell’art. 3 CEDU, giunge per la prima volta a lambire taluni profili di disciplina del 41 bis. Non è un mistero, infatti, che la Corte europea si sia per lungo tempo astenuta dal censurare direttamente il regime di “carcere duro”, escludendo in particolare che le prolungate restrizioni a cui sono sottoposti i suoi destinatari possano di per sé determinare un livello di sofferenza tale da contravvenire al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

La cautela mostrata dalla Corte EDU, pur evidenziandone il pragmatismo (48), ha suscitato non poche perplessità in dottrina, specie alla luce delle diverse e

più dure prese di posizione rispetto a simili (e per certi aspetti meno rigorosi) regimi di detenzione esistenti in altri Paesi membri.

D’altro canto, nel prendere in esame l’istituto del 41 bis, la Corte ha ribadito con costanza taluni dei principi cardine della propria giurisprudenza in tema di *solitary confinement* indicando, quale fattore decisivo per determinare la sussistenza di una violazione ex art. 3 CEDU, l’effettiva durata del trattamento detentivo valutato in base alle circostanze del caso concreto (49): siffatte circostanze includono, come più volte precisato dalla Corte EDU, l’esistenza di valide giustificazioni a supporto della decisione che proroga il regime speciale (50).

Orbene, nella vicenda Provenzano la Corte europea - pur rigettando parte delle doglianze sollevate dai ricorrenti (51) - ha concluso per la violazione dell’art. 3 CEDU, rilevando come la scelta di prorogare il 41 bis nei confronti del boss mafioso, afflitto da varie patologie fisiche e da un irreversibile decadimento cognitivo, avesse finito per assoggettare quest’ultimo a un trattamento inumano e degradante.

Nonostante le specificità del caso, la pronuncia segnala il crescente disagio della Corte di Strasburgo di fronte al tendenziale automatismo che caratterizza le proroghe del regime di 41 bis (52); un automatismo che pare tanto meno accettabile allorché, con il passare del tempo, si appalesi un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto con il correlativo affievolirsi della capacità di intrattenere rapporti con il mondo esterno.

Più in particolare nel caso di Provenzano i giudici europei si sono spinti a censurare la mancanza, nell’ultimo dei decreti ministeriali di proroga (emanato nel 2016, a pochi mesi dalla morte del boss), di giustificazioni utili a dimostrare la perdurante pericolosità del detenuto e la capacità di mantenere significativi contatti con l’organizzazione di appartenenza. In particolare, tale ultima decisione di proroga sembrava non tenere in sufficiente considerazione il complessivo deterioramento delle funzioni cognitive

(45) Corte cost. sent. n. 143 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2176 ss. con nota di M. Ruotolo.

(46) In merito alla possibilità di applicare il test di proporzionalità elaborato dalla Corte EDU nell’ambito del controllo di legalità sul contenuto delle misure, cfr. A. Della Bella, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 400 ss.

(47) E. Nicosia, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in questa *Rivista*, 2010, 752 ss.; Id., *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1250 ss.

(48) Approccio dettato, con ogni probabilità, dalla volontà di dare rilievo alle eccezionali esigenze di prevenzione sottostanti al regime speciale.

(49) Per una lettura di sintesi si rinvia di nuovo a E. Nicosia, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, cit., 1240 ss.

(50) Corte EDU, 17 aprile 2012, Piechowicz c. Polonia, par. 165; sul divieto di automatica assegnazione (in assenza di uno specifico giudizio sulla pericolosità) del detenuto al regime speciale, Corte EDU, 8 aprile 2014, Harachiev e Tolumov c. Bulgaria, par. 204.

(51) In particolare sotto il profilo dell’adeguatezza delle cure mediche fornite al detenuto.

(52) C. Fiorio, *41-bis, diritto alla salute e dignità umana. La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per il regime delle proroghe automatiche*, in *La Rivista il Mulino*, 19 novembre 2018.

del detenuto registratosi tra il 2015 e il 2016, risultando priva di specifica motivazione quanto al permanere di un reale pericolo nei rapporti con l'esterno (53).

La Corte in sostanza sembra rimproverare al Governo italiano l'assenza di un concreto accertamento della pericolosità del detenuto: tale lacuna è resa evidente dal fatto che nel provvedimento impugnato manca qualsiasi elemento utile a far comprendere quale sia stato il peso attribuito alle condizioni di salute di Provenzano in occasione dell'ultima proroga.

A ben vedere, la carenza di motivazione quanto alle specifiche condizioni soggettive del detenuto appare in qualche misura imposta dalla natura stessa del meccanismo di proroga. La scelta di prorogare l'applicazione del regime speciale - a differenza del decreto di prima applicazione del "carcere duro" - non presuppone infatti l'accertamento di un legame effettivo tra il detenuto e l'organizzazione criminale, ma richiede soltanto la verifica della "capacità" di mantenere tale collegamento.

A partire dalla riforma del 2009 siffatta verifica deve tenere conto "del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto". Trattasi di elementi a carattere per lo più oggettivizzante che paiono lasciare poco spazio a un'accurata valutazione delle caratteristiche individuali del detenuto (ivi comprese le condizioni di salute). Come è stato osservato, inoltre, il provvedimento di proroga tende a fondarsi su "una presunzione legislativa di persistenza dei collegamenti tra affiliato e associazione di appartenenza" (54) da cui non sembra derivare, per le autorità competenti, alcun obbligo di valutare autonomamente l'esistenza di eventuali fatti sopravvenuti (55).

Vero è che il legame di affiliazione all'organizzazione di tipo mafioso risulta, in base all'*id quod plerumque accidit* (56), capace di sopravvivere allo stato di detenzione, sicché la scelta di ricorrere a strumenti di tipo presuntivo appare per certi versi ragionevole. La presunzione in esame, tuttavia, finisce per risultare superabile soltanto in casi molto limitati: se infatti si parte dalla premessa della tendenziale definitività del vincolo mafioso il provvedimento di proroga potrà essere escluso soltanto allorché l'organizzazione di appartenenza cessi di esistere, ovvero qualora si registrino "eventi significativi e univoci" idonei a rendere palese la rottura del vincolo associativo (57).

La rigidità della presunzione riduce dunque in modo assai significativo gli spazi per un accertamento individualizzato della pericolosità, soprattutto nell'ottica di una possibile valorizzazione di elementi relativi alla persona del detenuto utili a escludere, anche in potenza, la capacità di ripristinare i rapporti con il sodalizio criminale. Nel silenzio della legge resta per esempio dibattuta la possibilità di interrompere l'applicazione del regime speciale allorché si evidenzi un'incapacità di mantenere i contatti con l'esterno determinata dal sopravvenire di una patologia psichica (accertata mediante perizia (58)).

Tra le righe della pronuncia in esame sembra comunque cogliersi il timore che il ricorso a giudizi di tipo presuntivo possa finire per rendere potenzialmente irreversibile il regime di "carcere duro", riducendo le chances di fuoriuscita dal 41 bis alla sola eventualità che il detenuto scelga di collaborare con la giustizia (59). Al riguardo, studi empirici hanno già da tempo evidenziato la natura "imbutiforme" del regime speciale: quest'ultimo infatti risulta caratterizzato da un numero di nuove applicazioni di gran lunga superiore a quello delle revocche e da una durata media di applicazione in costante crescita (60).

Il richiamo alla personalità del detenuto ripropone, viceversa, la necessità di valorizzare la condotta di

(53) Il Ministero della giustizia viceversa sceglieva di recepire il contenuto delle relazioni di talune direzioni distrettuali antimafia, le quali - a differenza di altre decisamente inclini a ritenere non più sussistente la pericolosità del detenuto - insistevano sulla persistente capacità del "boss" di inviare messaggi all'esterno.

(54) A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 278; nello stesso senso P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 182.

(55) Sul punto S. Ardità, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 115 ss., a giudizio del quale l'onere di provare il venir meno dei collegamenti con l'organizzazione criminale è posto in capo all'interessato.

(56) Sul punto, in chiave socio-giuridica, V. Pignatone - M. Prestipino, *Piccolo glossario delle mafie tratto dai documenti ufficiali di Cosa nostra e della 'ndrangheta*, in *Foro it.*, 2013, c. 292; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 15 novembre 2005,

Graviano, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 25 gennaio 2012, Russo, in *DeJure*.

(57) In letteratura si veda per tutti l'autorevole opinione di V. Grevi, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2013, 490 ss.

(58) In questo senso Trib. sovr. L'Aquila 14 giugno 2005, in *D&G*, 2005, fasc. 29, 83.

(59) Al riguardo corre l'obbligo di rinviare alle preoccupazioni espresse dai rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura: quest'ultimo ha osservato come l'utilizzo del 41 bis inteso quale "strumento per esercitare una pressione psicologica volta a costringere il detenuto a cooperare con il sistema giudiziario, rappresenterebbe una pratica oltremodo discutibile", sul punto cfr. il rapporto pubblicato il 27 aprile 2006, relativo alla visita effettuata dal 21 novembre al 3 dicembre 2004.

(60) A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 274 ss.

quest'ultimo e gli esiti del trattamento risocializzativo ai fini del giudizio di proroga (61). Tale possibilità, esplicitamente contemplata dal comma 2 *bis* (62), sembra tuttavia di difficile realizzazione pratica in ragione sia delle scarse opportunità rieducative concretamente offerte nell'ambito del 41 *bis* (63), sia delle non irrilevanti difficoltà che ostano in quella sede a un'accurata osservazione scientifica della personalità *ex art.* 13 ord. penit. (64).

Il monito della Corte europea, ferma nel richiedere una maggiore individualizzazione nel giudizio di proroga, ci sembra tuttavia difficilmente equivocabile: tale indirizzo si desume in particolare dal richiamo al caso Vinter, nel quale la Corte europea ha fissato con chiarezza i limiti di legittimazione della pena perpetua, escludendo recisamente la compatibilità dell'ergastolo non riducibile con l'art. 3 CEDU.

Malgrado il diverso oggetto, le conclusioni raggiunte in quella vicenda offrono alcune importanti indicazioni di principio per ricostruire l'attuale orientamento della giurisprudenza europea in tema di 41 *bis*. Riferendosi ad alcuni fondamentali snodi argomentativi della sentenza Vinter (65), la Corte EDU sembra in effetti prendere di mira il sostanziale automatismo su cui si fonda il meccanismo di proroga del regime speciale, ponendo viceversa l'accento sulla necessità di assicurare una verifica periodica della pericolosità e del reinserimento sociale del detenuto (66).

Così come nella vicenda da ultimo richiamata, anche nel caso Provenzano i giudici europei paiono inclini a riaffermare l'idea (di recente ribadita anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 149 del 2018 (67)) secondo cui la personalità del condannato

non risulta mai segnata in maniera irrimediabile dal reato, ma rimane aperta a una prospettiva di cambiamento; prospettiva, questa, che lo Stato ha il dovere di perseguire, adeguando in maniere flessibile il trattamento penitenziario ai mutamenti della personalità del detenuto.

A tale generale principio non pare sottrarsi il regime del 41 *bis*. La sottoposizione alle restrizioni imposte da tale forma di detenzione costituisce anzi per la Corte europea una "pena nella pena" (imprisonment within prison) (68) da cui discende un surplus di afflittività che accresce la propria intensità con il passare del tempo. Il carattere "incrementale" della pena scontata in regime di carcere duro sollecita dunque uno scrutinio vieppiù approfondito in merito alla permanenza dei presupposti che ne giustificano l'applicazione.

Il passare del tempo, insomma, pur non costituendo un elemento sufficiente a escludere la capacità di mantenere collegamenti con l'organizzazione di appartenenza (si veda art. 41 *bis*, comma 2 *bis* ord. penit., ultimo periodo) richiede una verifica via via più rigorosa della pericolosità del detenuto (69); ciò, anche al fine di evitare che una durata eccessiva del regime speciale finisca per sottoporre l'interessato a un trattamento intrinsecamente proporzionato (vedi *supra*).

Conclusioni: verso una nuova topografia delle garanzie in tema di regime speciale?

Le sentenze prese in rassegna in questo contributo forniscono utili spunti per tracciare una topografia delle garanzie applicabili al regime di cui all'art. 41 *bis*. Tra i punti fermi vi è certamente il requisito della congruità delle misure restrittive: riaffermato dalla

(61) In questo senso nella giurisprudenza di Strasburgo anche Corte EDU, sent. n. 17 aprile 2014, Horych c. Polonia: "the decision on the continuation of the measure should thus make it possible to establish that the authorities have carried out a reassessment that takes into account any changes in the prisoner's circumstances, situation or behaviour".

(62) Non manca, peraltro, chi ha fatto rilevare l'esistenza di una vera e propria incompatibilità logica tra il giudizio di pericolosità e gli esiti del trattamento, osservando come ogni tentativo "di ricavare la diminuita capacità di collegamento dal percorso individuale del detenuto" finirebbe per negare "ogni reale funzione di prevenzione all'istituto", attribuendovi invece "una funzione meramente retributiva"; cfr. S Ardita, *Il regime detentivo speciale*, cit., 240 ss.

(63) La dottrina è concorde nel ritenere che, nella prassi, l'offerta trattamentale nell'ambito del 41 *bis* risulti quanto meno insoddisfacente cfr. A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 264; S Ardita, *Il regime*, cit., 62 e 240 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(64) Sulle quali si rinvia ad A. Morrone, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in questa *Rivista*, 2004, 755.

(65) Corte EDU, Grande camera, sent. n. 9 luglio 2013, Vinter c. Regno Unito, par. 119-22.

(66) Come noto nel Regno Unito la valutazione in merito alla concessione dei benefici penitenziari all'ergastolano (destinatario di un whole life order) è affidata al Segretario di Stato alla giustizia; circa la conformità di tale assetto di disciplina con l'art. 3 CEDU cfr. ora Corte EDU, sent. n. 3 febbraio 2015, Hutchinson v. Regno Unito.

(67) A commento di questa pronuncia si legga ora M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.

(68) Vedi Corte EDU, sent. n. 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia.

(69) Sul punto, in dottrina, cfr. M. Canepa - S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 216; sul punto vedi anche, nella giurisprudenza di Strasburgo, il *leading case* Corte EDU, sent. n. 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, par. 139 ove, circa le motivazioni che giustificano la decisione di proroga di un regime speciale, si afferma che "the statement of reasons will need to be increasingly detailed and compelling the more time goes by". Nello stesso senso, da ultimo, Corte EDU, 17 aprile 2012, Piechowicz c. Polonia, par. 165.

Consulta, messo in pratica dalla giurisprudenza di legittimità e di merito e, indirettamente, sposato dalla Corte di Strasburgo.

Sennonché, come si è cercato di illustrare, un più ampio controllo giurisdizionale sulle restrizioni operate nell'ambito del carcere duro richiederebbe di sviluppare ulteriori criteri di giudizio. In particolare un controllo ispirato a un ideale di proporzione in senso stretto, permetterebbe di escludere la legittimità di quelle misure restrittive che pur essendo idonee a perseguire le finalità preventive del 41 bis, risultino però intrinsecamente arbitrarie e suscettibili di produrre conseguenze oltremodo afflittive per l'interessato.

Tale diversa prospettiva si apprezza ove si collochi la riflessione in merito alle suddette restrizioni sul piano di un bilanciamento tra valori e interessi contrapposti: come si è cercato di mostrare, infatti, anche qualora le posizioni soggettive del detenuto siano poste in bilanciamento con le esigenze di ordine e sicurezza, occorrerà comunque verificare che tale contemperamento non determini una totale compressione dei diritti su cui incide il regime speciale (70).

La Corte EDU, dal canto suo, ha affermato con chiarezza che dalla durata del regime speciale dipende in larga misura anche la legittimità di quest'ultimo, quanto meno ove se ne considerino le implicazioni per la persona alla stregua del divieto di cui all'art. 3 CEDU. Consapevole del carattere "imbutiforme" del regime italiano e del

tendenziale automatismo dei meccanismi di proroga, la Corte di Strasburgo ha infatti richiesto alle autorità italiane un reale sforzo di individuazione nel giudizio sulla pericolosità del detenuto. Si tratta di un cambio di paradigma necessario a scongiurare che l'imposizione del 41 bis finisca per perpetuarsi in forza di mere presunzioni, evitando l'imposizione una pena inutilmente rigorosa a individui ormai non più pericolosi e con finalità meramente simboliche (71). Certo: la rigidità che caratterizza sin dall'astratta configurazione normativa, l'imposizione e la proroga del carcere duro non sembra agevolare il compito delle autorità ministeriali. Un tentativo di ripristinare dei pur limitati spazi di discrezionalità potrebbe allora consistere nel recupero di una proposta meritoriamente avanzata dal Tavolo II degli Stati Generali dell'Esecuzione penale: ridurre l'ordinaria durata delle proroghe e restituire un margine di apprezzamento attraverso la previsione di un minimo (1 anno) e di un massimo (2 anni) del periodo di proroga.

Va riconosciuto che anche la realizzazione di una modesta proposta come quella appena rammentata appare, nell'attuale temperie politico-istituzionale, assai poco realistica. Per il momento, dunque, non resta che muoversi all'interno della topografia di garanzie parzialmente ricostruita da questo lavoro, sollecitando ove necessario un nuovo intervento delle Corti a presidio della dignità di ciascun detenuto.

(70) Sebbene il compito di procedere a un bilanciamento spetti in prima battuta al legislatore, nel caso di provvedimenti ministeriali adottati sulla scorta di restrizioni c.d. "atipiche" (per cui vedi supra) va riconosciuta anche al giudice ordinario la possibilità di "verificare che la limitazione, benché parzialmente utile a fini di prevenzione non si traduca in un sacrificio eccessivo del diritto del detenuto", cfr. A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 437. In questo senso, del resto, si orienta anche la prassi giurisprudenziale, cfr. ancora Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, in tema di videosorveglianza continua del bagno.

(71) Nelle more della pubblicazione di questo contributo è stato reso noto il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex*

articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario curato dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale, vi si legge al riguardo che: "il Garante nazionale chiede che si apra con urgenza un confronto sulla continuazione o meno di applicazione di un regime di particolare specialità nei confronti di persone che, per patologie gravi, non presentino più quel pericolo di comunicazione con le organizzazioni criminali in virtù del quale il regime speciale è stato imposto. Teme, infatti, che a volte rischi di divenire prevalente il valore simbolico che il mantenimento della specialità anche in casi estremi assume - per esempio, come pure è avvenuto, quando la persona non è più in grado di comprendere e interagire" (p. 21).