

Brevi note sull'art. 41 bis O.P.

di *Sergio Romice*

Sommario: 1. Nozione e contenuto. – 2. Fondamento, natura giuridica e caratteri. – 3. Il procedimento: competenza, presupposti applicativi, regime delle impugnazioni. – 4. I contenuti e i presupposti del 41 bis in una prospettiva di riforma: segregazione cellulare, lavoro e giurisdizionalizzazione della misura.

1. Nozione

L'art. 41 bis comma 2 della legge n.354/1975¹ fu introdotto nell'ordinamento italiano² dal Decreto Legge n.306/1992. La norma in esso contenuta ha previsto,

¹ Sul 41 bis O.P., tra le numerose opere presenti in letteratura, si rinvia alle seguenti: V.GREVI, Premessa, in AA.VV. L'Ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze, a cura di V.Grevi, Padova,1994,3 e segg.; D.DELLA CASA, Le recenti modificazioni dell'Ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica, agli insidiosi pragmatismi del doppio binario ivi, 73 e segg.; S.GIAMBRUNO, La sicurezza e la disciplina penitenziaria, in AA.VV., Manuale dell'esecuzione penitenziaria, a cura di P.CORSO BOLOGNA, Monduzzi, 2006,121 e segg.; A.SCAGLIONE, Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo, www.csm.it ricerche 2007; S.ARDITA, L'attività del Ministero della Giustizia nella fase di applicazione dell'istituto, problemi originari e derivati alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. Ipotesi di modifiche legislative allo studio del Ministero, in www.csm.it, ricerche, 2007; S.CHIEFFI, Il controllo di legittimità dell'ordinanza di reclamo, in www.csm.it, ricerche,2007; A DELLA BELLA, Il regime detentivo speciale di cui all'art.41 bis Ord.Penit. in S.CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L.GATTA, Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009, Milano, 2009; 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., MILANO 2016; L.CESARIS, Commento agli artt.14 bis, 14 quater,41 bis e 47 ter, in F. DELLA CASA, G.GIOSTRA, Ordinamento Penitenziario commentato, Padova,2015; C.FIORIO, Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: art.4 bis e 41 bis O.P., in A.BARGI (a cura di), Il doppio binario nell'accertamento dei reati di mafia, Torino,2013; F.GIUNTA, S.ARDITA, M.PAVARINI, il carcere duro tra efficacia e legittimità, opinioni a confronto, Criminalia 2007.

² Il secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario fu inserito come norma ad efficacia temporalmente limitata a tre anni dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 (artt. 19 e 29); tale efficacia fu poi prorogata fino al 31 dicembre 1999 dall'art. 1 della legge 16 febbraio 1995, n. 36. La norma a carattere temporaneo fu prorogata di tre anni in tre anni fino alla sua definitiva stabilizzazione nel 2002. La legge 279/2002 con lo stabilizzare l'istituto, ne ha anche rimodellato profondamente la disciplina riconducendola entro gli argini di costituzionalità individuati dalla Corte Costituzionale in una serie di importanti sentenze interpretative di rigetto, rese nei primi 10 anni di applicazione dell'istituto. Nel 2009 un nuovo intervento ha inasprito le

fin dalla sua prima e originaria formulazione, un regime detentivo caratterizzato prevalentemente da una drastica riduzione delle opportunità di contatto della persona detenuta con il mondo libero³; con tale previsione, precisamente, è stato introdotto nell'ordinamento, un modello di detenzione⁴ differenziato da quello previsto per tutti gli altri detenuti; esso consiste in un elenco preciso e ora, anche parzialmente normativamente definito, di limitazioni alle residue libertà della persona incarcerata, ispirate all'esigenza di interrompere i collegamenti tra la stessa persona detenuta e l'associazione criminosa di appartenenza⁵.

Si tratta, precisamente, di un modello di vita carceraria che si afferma nella nostra legislazione come strumento per la repressione della criminalità organizzata⁶ e come strumento di tipo investigativo⁷, per contrastare le più importanti organizzazioni criminali, su uno dei terreni assolutamente essenziali per la loro stessa sussistenza, quello della comunicazione tra capi detenuti e gli appartenenti alle associazioni.

Vediamo di cosa si tratta in concreto.

Le disposizioni dell'art.41 bis intervengono sulle regole alle quali un detenuto deve attenersi in via ordinaria, sottraendo ulteriori spazi di libertà; il regime detentivo speciale derivante dall'applicazione dell'art. 41 bis costituisce una sottrazione di spazi di libertà già di per sé compromessi dall'incarcerazione; e come se nel carcere si introducesse una ulteriore incarcerazione (*imprisonment within prison*), anche se questo aspetto tende ad essere nascosto sotto la formula della modalità di esecuzione di una pena sempre identica a se stessa; accade così che quella libertà residua, che deve comunque riconoscersi in via ordinaria ad un detenuto al momento dell'incarcerazione, per effetto dell'applicazione del regime di cui all'art.41 bis o.p. risulterà ulteriormente limitata, compressa o dimensionata.

Gli interessi sostanziali alla base delle posizioni giuridiche dei detenuti, per effetto dell'applicazione del regime di cui all'art.41 bis subiscono l'estremo "dimensionamento" contenutistico; possiamo dire che per effetto del regime di cui all'art.41 bis *l'aggressione del potere* alla persona umana è massima⁸; oltre il 41

prescrizioni allungando il termine di durata del decreto e modificando sotto diversi aspetti il sistema di tutela giurisdizionale avverso il provvedimento.

³ 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., cit..

⁴ S.ARDITA, L'attività del Ministero della giustizia nella fase di applicazione dell'istituto problemi originari e derivati alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. Ipotesi di modifiche legislative allo studio del Ministero, cit..

⁵ SCAGLIONE, Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo, www.csm.it ricerche 2007

⁶ SCAGLIONE, Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo, www.csm.it ricerche 2007

⁷ P.GRASSO M. PRESTIPINO, Il regime differenziato dell'art.41 bis ord.pen. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata? In F.I. 2007, II,248.

⁸ I detenuti ergastolani sottoposto al regime del 41 bis subiscono un fenomeno di triplice schiacciamento perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani, privati di ogni residua speranza in quanto ostativi, stralciati dalle normali regole del trattamento

bis non c'è più nulla, il 41 bis costituisce la frontiera più avanzata dell'intervento punitivo dello Stato, con una incapacitazione o una incisione degli interessi sostanziali della personalità umana profondissima.

Si tratta comunque, occorre dirlo, della risposta dello Stato a pericolosissimi criminali che hanno compiuto azioni efferate tra le più intollerabili e che, in altri tempi o in altri luoghi, fuori dai confini nazionali, avrebbero subito o subirebbero risposte punitive ancor più pesanti; di una risposta prevista dalla legge ad una forma di criminalità tra le più pericolose e insidiose esistenti: la criminalità organizzata mafiosa e terroristica; una risposta che sebbene durissima deve ispirarsi e orientarsi al rispetto della personalità e della dignità del condannato.

Per effetto delle disposizioni accennate, accade che subito dopo la notifica del decreto di applicazione del regime di cui all'art.41 bis, il detenuto è assegnato o trasferito in un istituto esclusivamente dedicato alla gestione di detenuti sottoposti al regime del 41 bis, collocato preferibilmente in aree insulari, ovvero all'interno di sezioni speciali logisticamente separate dal resto dello stesso o di altro carcere (art.41 bis comma 2 quater O.P.).

All'arrivo in questo carcere o in queste sezioni speciali il detenuto verrà accolto e gestito (custodito dice la legge) da reparti specializzati della Polizia Penitenziaria; quindi, verrà immatricolato, sarà spogliato, perquisito, dovrà lasciare i suoi abiti⁹ e i suoi effetti personali, e riceverà al loro posto oggetti dell'Amministrazione standardizzati uguali per tutti, sarà visitato da un medico, avrà la possibilità di

penitenziario in quanto sottoposti al regime differenziato del 41 bis A.Pugiotto, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi) in www.penalecontemporaneo.it

⁹ Sono rimessi al regolamento interno i casi in cui i ristretti possono essere ammessi a fare uso di corredo di loro proprietà; i detenuti sono generalmente autorizzati ad indossare abiti personali purchè non abbiano consistente valore economico; la possibilità di indossare abiti lussuosi o griffati che sarebbe possibile solo da parte di detenuti particolarmente facoltosi, non solo altererebbe la tendenziale par condicio che deve presiedere alla condizione carceraria che non può sopportare ingiustificate distinzioni nell'esecuzione della pena ma finirebbe per creare in ambito carcerario posizioni di predominio (circolare DAP 0051771 del 10/2/2014; sul punto concorda CASS. n.42605/2013 secondo cui "non può non rilevarsi che l'adozione, da parte di alcuni detenuti, di un vestiario particolarmente pregiato ed anche francamente lussuoso, adatto ad altri ambienti e scenari, sicuramente darebbe origine a contrasti e gravi disarmonie nella popolazione carceraria, nonché sarebbe di intralcio (si pensi solo alla necessità di plurimi cambi d'abito nella stessa giornata) nella scansione esplicativa delle normali attività intramurarie" "L'adozione di vestiario lussuoso -che sarebbe possibile solo da parte dei detenuti particolarmente facoltosi- non solo altererebbe la tendenziale par condicio che deve presiedere alla condizione carceraria, che non può sopportare ingiustificate distinzioni nell'esecuzione della pena, ma finirebbe anche per riproporre ed esaltare in ambito carcerario posizioni di predominio, anche in un ben differenziato aspetto esteriore, ricalcato proprio dalle organizzazioni malavitose di provenienza, il che è davvero inammissibile. Non può non riconoscersi, invero, che il vestiario che solo un boss può permettersi, che lo ha contraddistinto in libertà, e che un mero affiliato non si sarebbe mai arditto di indossare (per rispettare le ineludibili gerarchie interne), costituirebbe motivo di distinzioni, vassallaggi, ossequi o invidie, e simili gravi turbative, ben pericolose per l'ordine e la sicurezza, quanto meno interne". In questo senso anche la Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 12.

parlare con un educatore o con uno psicologo e, quindi, sarà avviato ad occupare una cella, da solo, con un letto composto da effetti di proprietà dell'Amministrazione, un armadietto per appoggiare i pochi panni che potrà avere a sua disposizione, con un bagno, un lavandino, uno specchio e una mensola porta oggetti di piccole dimensioni e in una sezione, la cui la porta di accesso rimarrà chiusa e dove presterà servizio almeno un agente, con l'obbligo di permanervi e non potersene allontanare senza sostituzione e dove è vietato a chicchessia di entrare se non per motivi d'ufficio e nei casi previsti dalla legge, di cui l'agente dovrà comunque rendere conto attraverso le relative annotazioni di servizio relative, tra l'altro all'orario e al nominativo della persona che vi ha fatto ingresso¹⁰.

In cella gli sarà consentito di avere pochissime cose sue: nessun medicinale¹¹; nessuna fotografia, nessun quadro o poster, nessun orologio potranno essere appesi alle pareti¹², nessun apparecchio elettrico o elettronico potrà essere ivi custodito¹³, ad eccezione di un televisore, di proprietà dello Stato, con ricezione di canali selezionati dallo stesso Stato¹⁴ e, così, la cella, apparirà come disabitata, nel rigore del bianco delle pareti che sbiadisce anche la vita vissuta all'interno di quella cella. Questa, la cella, sarà il luogo che lo ospiterà per il tempo necessario per l'esecuzione della pena e del regime del 41 bis; vi dovrà "sostare" per 22 ore al giorno da solo, perché solo due saranno le ore, peraltro prefissate dalla direzione

¹⁰ Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 26.

¹¹ Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 7.

¹² Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 13.

¹³ Secondo le disposizioni della circolare D.A.P. n.3592/6042 del 9 ottobre 2003 è consentito l'utilizzo dei rasoi elettrici: il rasoio dovrà essere del tipo autoalimentato attraverso batteria incorporata; l'acquisto potrà essere consentito attraverso il servizio del sopravvitto; il rasoio sarà consegnato al detenuto ogni volta che ne faccia richiesta e comunque non più di una volta al giorno e per il tempo strettamente necessario all'uso; al termine della rasatura il detenuto dovrà consegnare il rasoio al personale di vigilanza, il quale provvederà a custodirlo nell'armadietto posto all'esterno della camera detentiva. Questa disposizione è stata confermata dalla Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 10.

¹⁴ Sulla ricezione dei canali televisivi, la Corte Costituzionale con la decisione n. 135 del 3 giugno 2013, ha riconosciuto l'esistenza, a fronte di un provvedimento limitativo dell'Amministrazione pubblica, adottato nei confronti della generalità dei detenuti sottoposti al regime del 41 bis O.P., l'esistenza del "diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost.", la Corte Costituzionale ha comunque precisato che "l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere" e che "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." Nel caso specifico, l'Amministrazione non fu in grado di dimostrare l'esistenza di tali esigenze, a fronte dell'oscuramento di alcuni canali della piattaforma della RAI TV. La circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 14 precisa ora che "la visione dei programmi sarà limitata ai principali canali della rete nazionale vale a dire pacchetto RAI (1,2,3,4,5,news, movie, scuola, storia, RAI sport 1 e 2, premium, yoyo, gulp), Canale 5, Rete 4, Italia 1, La sette, Cielo Iris e TV 2000, preventivamente sintonizzati ed abilitati da tecnico di fiducia della direzione.

ospitante nell'arco della giornata, che potrà trascorrere fuori dalla cella, all'aria, salvo che non vi rinunci o preferisca trascorrere almeno una delle due nella biblioteca o nella palestra o nella sala pittura e in gruppi non superiori a quattro persone, senza possibilità alcuna di scegliere le persone con cui avere momenti di socializzazione¹⁵ e, quindi, con persone “talvolta non desiderate o non gradite, con rapporti sociali imposti o subiti, con la solitudine più amara, quella di stare con altri fra altri, epperò non assieme ad altri”¹⁶.

Gli spostamenti all'interno dell'istituto potranno avvenire solo per motivo legittimo come ad esempio per incontrare un medico o un educatore o per recarsi a colloquio con la famiglia; ma tali movimentazioni che avverranno sotto controllo ma, possiamo dire, sotto scorta del personale preposto, costituiranno occasione per l'imposizione della perquisizione personale le cui modalità solo di recente hanno ricevuto una contrazione ma che continuano a prevedere il denudamento e la flessione¹⁷.

La cella sarà sottoposta a frequenti perquisizioni e controlli consistenti nella battitura delle inferriate delle finestre, nell'ispezione dei muri perimetrali, nel controllo della dotazione personale consentita e delle dotazioni dell'Amministrazione ospitante.

Durante l'effettuazione di questi controlli al detenuto verrà richiesto di uscire dalla cella e verrà consentito di farvi rientro a conclusione dei controlli; e così tutti i suoi

¹⁵ Secondo le indicazioni della Circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n.3592/6042 del 9 ottobre 2003 e le successive precisazioni, le Direzioni degli istituti ospitanti detenuti sottoposti al regime del 41 bis devono procedere con la massima attenzione nell'individuazione dei soggetti (detenuti) da inserire nei gruppi di socialità al fine di impedire che attraverso tali gruppi si consolidino alleanze o piani criminali; a tal fine, si richiede, tra l'altro, che i gruppi siano “connotati da estrema rigidità e strutturati in modo che non vi siano contatti tra i detenuti che partecipano a moduli di socialità diversi”.

¹⁶ N.AMATO, *Diritto delitto carcere*, Milano, 1987, 199; l'autore, si precisa, pensava a tali conseguenze della pena, con riferimento alla detenzione nel regime ordinario; nella cella.

¹⁷ Tali pratiche, invero invasive fino al limite della lesione della dignità umana, continuano ad essere legittimate da un colpevole ritardo dello Stato Italiano nell'ammodernamento dei sistemi di sicurezza per il controllo delle persone incarcerate; l'adozione di strumenti di controllo nelle carceri, analoghi a quelli adottati negli aeroporti o negli stadi, adozione peraltro già prevista dall'Amministrazione penitenziaria in una circolare del 2000, potrebbe risolvere questo problema e coadiuvare gli operatori penitenziari nella limitazione se non nella eliminazione di tali controlli così invasivi. A tal proposito occorre comunque precisare che nella recentissima circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017, al punto 25.1, non vi è più cenno alcuno alle “flessioni” ma solo al “denudamento”; pur tuttavia nella nota n.6, richiamata dallo stesso punto 25.1, si continuano a legittimare modalità della perquisizione “diverse da quelle ordinarie o che comportano una ispezione corporale”. Inoltre, nella stessa Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017, al punto 16, con riferimento ai casi dei colloqui visivi dei detenuti con i famigliari, è previsto ora, superando una precedente più rigida disposizione, che il detenuto ammesso al colloquio “sarà perquisito con l'ausilio del metal detector prima e dopo la fruizione del colloquio stesso. La perquisizione manuale è consentita soltanto quando sussistono comprovate ragioni di sicurezza sulla sussistenza delle quali contestualmente all'effettuazione della perquisizione dovrà essere redatta apposita relazione di servizio attestante le motivazioni dell'attività compiuta”.

oggetti, i generi alimentari ammessi, gli armadi, i vestiti, i libri, i quaderni, saranno toccati, spostati o, comunque, riposti, anche in luoghi diversi da quelli scelti dal detenuto, a volte disordinati, rispetto all'ordine dato dal detenuto e, così, nulla di privato rimarrà al detenuto e tutto sarà esposto al pubblico potere.

Nella cella, il detenuto potrà liberamente pensare, ma non potrà liberamente scrivere, perché i suoi scritti e, in particolare, le sue lettere, salve particolari eccezioni, saranno sottoposti a censura o a visto di controllo¹⁸; né potrà liberamente leggere, perché le sue letture saranno limitate a quei pochi libri o a quelle riviste che avrà acquistato esclusivamente tramite la Direzione del carcere ospitante¹⁹ e

¹⁸ In riferimento al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen., la CEDU aveva più di una volta evidenziato il contrasto tra il diritto al mantenimento delle relazioni affettive e le norme dell'ordinamento penitenziario che disciplinavano la corrispondenza dei detenuti, nella misura in cui queste non prevedevano, né la durata delle misure di controllo della corrispondenza dei detenuti, né i motivi che potevano giustificarle e non indicavano con sufficiente chiarezza l'ampiezza e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle autorità competenti nel campo in questione; in tal senso decisione Diana c. Italia, 15 novembre 1996; Domenichini contro Italia, 15 novembre 1996; Rinzivillo c. Italia, 21 dicembre 2000; Natoli c. Italia, 9 gennaio 2001; Di Giovine c. Italia, 20 luglio 2001; Labita c/Italia 6/4/2000; Musumeci c/Italia, 11 gennaio 2005; De Pace c/Italia, 17 luglio 2008; Piacenti c/Italia 7 luglio 2009. In tali occasioni, la Corte europea ha ricordato che l'art. 8 della CEDU assicura ad ogni persona il «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza», consentendo ingerenze dell'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto solo se previste dalla legge e costituenti misure necessarie, in una società democratica, «alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Il legislatore ha quindi provveduto ad una modifica delle regole attraverso l'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. 18 ter (introduzione avvenuta per effetto della legge n.95 del 2004). In tal modo è stata introdotta una tutela rafforzata della corrispondenza dei condannati da intendere come espressione del diritto di "comunicare il proprio pensiero" e/o di ricevere quello dei soggetti con cui si mantengono relazioni affettive", nel quadro più generale del diritto alle relazioni affettive, "intangibile" anche in rapporto alle forme di restrizione più intensa della libertà personale, pur se correlata a reati di particolare gravità e al contenimento della accertata pericolosità; diritto che ha trovato ora riconoscimento normativo in una più ampia versione, nella legislazione ordinaria per effetto della norma di cui all'art. 1 comma 85 lettera n, della legge delega n. 103/2017 che prevede appunto che il Governo provveda al "riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplini le "condizioni generali per il suo esercizio". L'art. 18-ter ord. pen., prevede, ora, un obbligo specifico di motivazione e un limite temporale stringente, salva la possibilità di proroghe, in ogni caso autonomamente motivate; in questo modo possono dirsi superati i rilievi mossi alla legislazione italiana alla disciplina della corrispondenza delle persone incarcerate che prevedeva bensì l'intervento dell'autorità giudiziaria, ma con provvedimento motivato genericamente sulle esigenze di sicurezza e privo di limiti temporali.

¹⁹ CASS. Sez.I n. 1774/2015; CASS Sez.I n. 19204/2015; CASS. Sez.I n. 6889/2015; CASS. Sez. I n. 46783/2013; CASS. Sez. I n. 42902/2013; CASS. Sez.I n. 9674/2013; Cass. Sez. I, n. 1774/2014. Secondo la massima di quest'ultima sentenza della Cassazione "È illegittima l'ordinanza con cui il magistrato di sorveglianza disapplica la circolare ministeriale del DAP del 16 novembre 2011, con cui si prevedono limitazioni relative all'invio e alla ricezione di libri, riviste o scritti nei confronti del detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen., trattandosi di forme particolari di

comunicazione che non rientrano nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza ai sensi dell'art. 18-ter ord.pen., né rinvenendosi, nelle disposizioni della normativa secondaria in questione, un'eccessiva ed ingiustificata limitazione del diritto di informazione e di studio. (Annulla senza rinvio, Mag. sorv. L'Aquila, 10/10/2013); la giurisprudenza distingue quindi dalla "corrispondenza", espressione del diritto di "comunicare il proprio pensiero" e/o di ricevere quello dei soggetti con cui si mantengono relazioni affettive e per la quale l'adozione del decreto di sottoposizione al regime di cui all'art.41 bis funge da presupposto legittimante l'emissione del provvedimento di cui all'art. 18, ter comma 3, ma la scelta sul trattenimento o meno della missiva "spetta" alla autorità giudiziaria (con facoltà di specifico reclamo) e non a quella amministrativa, dalla "ricezione della stampa" o dalla "ricezione dall'esterno - tramite spedizione - di pubblicazioni che riportano elaborati grafici redatti da terzi", espressione - in realtà - di diversa facoltà del detenuto, quella di informarsi e istruirsi (ai sensi della L. n. 354 del 1975, art. 18, comma 6, e D.P.R. n. 230 del 2000, art. 21); secondo l'insegnamento della S.C. se è vero che - in via generale - "anche le limitazioni alla ricezione della stampa sono previste come possibili nell'ambito del modello disegnato dall'art. 18, comma 1, lett. a ord. pen. e dunque con intervento giurisdizionale (art. 18, comma 3 stessa legge), ciò non esclude la legittimità di forme limitative del diritto alla informazione o alla istruzione (che lo si ripete sono nozioni concettualmente diverse dalla corrispondenza in senso stretto) che derivino dalla sottoposizione del detenuto al regime differenziato di cui all'art. 41 bis, anch'esso previsto dalla legge di ordinamento penitenziario, con carattere di specialità derogante (in tale limitato ambito). In definitiva, vi sarebbe distinzione tra il diritto dei detenuti ad avere corrispondenza epistolare e telegrafica e il diritto a ricevere e a tenere presso di sé la stampa. La nozione comune di «corrispondenza», recepita dal legislatore, evocerebbe, d'altra parte, una forma di comunicazione del proprio pensiero a persone determinate tramite scritti, sostitutiva della comunicazione verbale e strumentale al mantenimento delle relazioni interpersonali e affettive definito «intangibile», in sede sovranazionale, anche di fronte alle forme di restrizione più intense della libertà personale. Detta nozione non includerebbe la ricezione dall'esterno, tramite servizio postale, di pubblicazioni - quali libri e riviste - che riportano il pensiero di terzi, la quale esulerebbe dall'ambito della garanzia prefigurata dall'art. 15 Cost., costituendo espressione di una diversa facoltà del detenuto, quella di informarsi e di istruirsi. La Corte Cost. con la sentenza n. 122/2017 ha confermato la legittimità dell'interpretazione finora fornita dalla Corte di Cassazione ormai "diritto vivente", ribadendo la distinzione tra le comunicazioni tutelate dalla norma contenuta nell'art. 15 della Costituzione (secondo cui «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili») e che consistano indubitabilmente nella trasmissione di idee, sentimenti e notizie da una persona a una o più altre persone determinate (e di cui la «corrispondenza», secondo la Corte, rappresenta una species, di tali comunicazioni, come attesta l'uso dell'aggettivo indefinito «altra»); e la diversa ipotesi della trasmissione di idee, sentimenti e notizie a destinatari sono indeterminati - come nel caso dei libri e delle riviste, rivolti ad una collettività indifferenziata di potenziali lettori la cui tutela ricade nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). Libri, riviste e quotidiani, secondo la Corte "rappresentano lo strumento per l'esercizio di distinti diritti dei detenuti, quelli di informazione e di studio": diritti che, "non possono ritenersi compromessi in modo costituzionalmente significativo - quanto ai detenuti in regime speciale - dalla introduzione di regole limitative in ordine ai canali di acquisizione del materiale". Con riferimento in particolare al diritto allo studio la Corte ha comunque ammonito che "la misura in discussione, nella sua concreta operatività, non deve tradursi in una negazione surrettizia del diritto. Nel momento stesso in cui impone al detenuto di avvalersi esclusivamente dell'istituto penitenziario per l'acquisizione della stampa, l'amministrazione si impegna a fornire un servizio efficiente, evitando lungaggini e "barriere di fatto" che penalizzino, nella sostanza, le legittime aspettative del detenuto. In tal senso, ricorda la Corte, la Corte di cassazione si era, già espressa chiaramente: "i libri e

che avrà la possibilità di tenere in cella²⁰; mentre tutte le eventuali annotazioni di studio a matita sul libro o su fogli di carta che potrà richiedere di avere a disposizione, saranno controllate, scrutate, verificate, interpretate; anche i movimenti in cella per alcuni detenuti più pericolosi saranno controllati a distanza a mezzo videosorveglianza²¹. E così resterà poco o niente dell'intimità di quell'uomo mentre resterà certamente "il numero di una pratica, un fascicolo contenente carte, una collocazione nello spazio e nel tempo, freddi e ostili, di un apparato amministrativo che assorbe, pervade, scruta, classifica, giudica"²².

Non potrà lavorare, tranne che a rotazione per assicurare la distribuzione dei pasti e delle pulizie della sezione, per tempi limitatissimi e solo sufficienti a garantire il minimo di igiene²³.

le riviste – tutti i libri e tutte le riviste – dovranno pervenire ai detenuti richiedenti in un tempo ragionevole; aspetto sul quale il magistrato di sorveglianza potrà esercitare la sua funzione di controllo (Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre 2014-17 febbraio 2015, n. 6889).

L'eventuale *vulnus* dei diritti del detenuto deriverebbe, comunque sia, non dalla norma, ma dal non corretto comportamento dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad applicarla, esulando perciò dalla prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale.

²⁰ Quanto ai libri è attualmente previsto che i detenuti possano avere a disposizione solo 4 libri; per il detenuto/internato iscritto ai corsi di studio il numero dei testi può essere ampliato su richiesta dell'interessato secondo le esigenze didattiche ed il prudente apprezzamento della direzione (Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 11.6).

²¹ Cass. pen. Sez. I, n. 49988/2009, in motivazione: il giudice a quo non ha espresso valutazione alcuna in riferimento alla doglianza relativa al controllo a mezzo di video - sorveglianza disposto sull'intero arco della giornata, fino a ricomprendervi quello relativo anche ai momenti in cui il detenuto utilizza la toilette. Appare, siffatta prescrizione, in contrasto sia con l'art. 3 della CEDU, che vieta i trattamenti degradanti, sia dell'art. 8 della CEDU, che riconosce solennemente il diritto della persona umana alla sua vita privata, nozione questa che va intesa fino a ricomprendervi i momenti di intimità personale fruibili altresì da parte dei detenuti, sia dell'art. 27, comma 2 della nostra Carta Costituzionale, che vieta trattamenti detentivi contrari al senso di umanità. Non possono certo negarsi ragioni, pur possibili ed ipotizzabili, per le quali i diritti di superiore rango facenti capo al detenuto possano trovare legittima limitazione, limitazione a parere della Corte individuabili in un'unica direzione, quella del *favor custodiae* che può ricorrere, ad esempio, quando v'è ragionato pericolo di atti di autolesionismo, eppertanto di evenienze che la P.A. deve istituzionalmente contrastare nell'interesse del detenuto. 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 esclusivamente in presenza di evidenziate e motivate necessità, che il giudice territoriale dovrà nello specifico motivatamente illustrare, tenendo conto dei principi di diritto innanzi indicati. 5. Alla stregua delle esposte considerazioni l'ordinanza impugnata la prima, va annullata con rinvio al giudice a quo limitatamente alla omessa considerazione circa la legittimità e la necessità della disposta video-sorveglianza del detenuto anche nel momento di utilizzo della toilette.

²² N. AMATO, *Diritto delitto carcere*, MILANO, 1987, 199.

²³ All'attività lavorativa dei detenuti sottoposti al regime del 41 bis la recentissima circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 al punto 33, riserva appena due righe e mezzo: "il detenuto internato può svolgere attività lavorativa nell'ambito della sezione di allocazione fermo restando quanto previsto dalla vigente normativa circa il divieto di comunicazione tra

Sarà privato drasticamente dei suoi affetti; gli sarà consentito incontrare soltanto i parenti più stretti (ossia i familiari e i conviventi)²⁴, in modo non riservato²⁵ e in apposite sale o, meglio, in appositi “locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti” e, quindi, in un contesto di assoluta costrizione²⁶, trovandosi il detenuto dietro un vetro a tutt'altezza attraverso il quale può solo vedere il familiare senza potersi avvicinare e senza avere alcun contatto fisico²⁷; con frequenza non superiore a una volta al mese da intendersi nel senso che "tra un incontro e l'altro dovrà trascorrere un intervallo di tempo di circa un mese",

diversi gruppi di socialità”. Secondo le disposizioni interne attualmente in vigore per la pulizia della sezione, si procede con l'estrazione a sorte di uno o più detenuti, secondo le esigenze. Per la pulizia della sezione (ma anche per la pulizia delle singole celle), essi saranno dotati dei necessari prodotti dosati e razionati al fine di evitare accumuli di materiale ed utilizzo di tipo diverso da quello previsto.

²⁴ Si tratta dei soggetti indicati all'art.14 quater o.p. ossia il coniuge il convivente i figli i genitori e i fratelli; ma la Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 al punto 16 ha ora esteso la legittimazione ai colloqui ai familiari entro il terzo grado di parentela o affinità, adottando così una regola già in vigore per i detenuti di categoria AS..

²⁵ In base all'art. 41 bis comma quater lettera b “*i colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente*” e precisamente di quella indicata nel secondo comma dell'art. 11 della Legge 354/1975. Sulla base della stessa norma inoltre “*i colloqui sono comunque video-registrati*”; l'uso del termine “comunque” sembrerebbe significare che la videoregistrazione può effettuarsi anche nel caso in cui il giudice abbia negato l'autorizzazione per la registrazione dell'audio: 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.,Cit.,239.

²⁶ 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.,Cit.,371.

²⁷ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si è pronunciata più volte sulla questione se le restrizioni derivanti dall'applicazione dell'articolo 41 bis nel campo della vita privata e familiare costituissero un'ingerenza censurabile sotto il profilo dell'art. 8 § 2 che censura appunto le restrizioni apportate al diritto al rispetto della vita privata e familiare che costituiscano un “eccesso” a quanto sia necessario, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati. Al fine di escludere l'illegittimità delle restrizioni, la CEDU richiama la ratio del regime; nella decisione del 13 novembre 2007 - Ricorso n. 65039/01 - Schiavone c/Italia la Corte richiama la propria giurisprudenza affermando che “il regime previsto all'articolo 41 bis mira a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e l'ambiente criminale d'origine, al fine di ridurre al minimo il rischio di contatti personali di quei detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di tale ambiente. Prima dell'introduzione del regime speciale, un gran numero di detenuti pericolosi riuscivano a mantenere la loro posizione in seno all'organizzazione criminale di appartenenza, a scambiare informazioni con gli altri detenuti e con l'esterno e ad organizzare e a fare eseguire reati”. In questa prospettiva la CEDU ritiene che, “tenuto conto della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata, in particolare di tipo mafioso, e del fatto che molto spesso le visite familiari hanno consentito la trasmissione di ordini e istruzioni verso l'esterno, le restrizioni, certamente importanti, alle visite e i controlli che ne accompagnano lo svolgimento non possano essere considerati sproporzionati agli scopi legittimi perseguiti (si vedano anche le decisioni della CEDU nella causa Indelicato c. Italia (dec.), n. 31143/96, 6 luglio 2000; Salvatore c. Italia (dec.), n. 42285/98, 7 maggio 2002, e Bastone c. Italia (dec.), n. 59638/00, CEDU 2005 II)

escludendosi così la possibilità che i colloqui possano concedersi a distanza ravvicinata, come ad esempio negli ultimi giorni di un mese e nei primi del mese successivo e per una durata di una sola ora, salvo quanto previsto dall'art. 37 comma 10 D.P.R. 230/2000 secondo l'interpretazione della Suprema Corte di Cassazione²⁸. Non potrà nemmeno abbracciare la moglie o i propri genitori; nel

²⁸ CASS.20486/2015 secondo cui, “il disposto normativo di cui al D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, art. 37, comma 10, laddove consente il prolungamento a due ore dei colloqui con congiunti o conviventi se residenti in comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto penitenziario, a condizione che nella settimana precedente non si sia fruito di colloqui e che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano, è applicabile anche ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen. (in tal senso, Cass. sez. 1, n. 39537 del 24/6/2013, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Emilia in proc. Mandalà, non massimata; sez. 1, n. 49725 del 26/11/2013, Ministero Giustizia in proc. Dell'Aquila, rv. 258764; sez. 1, n. 49726 del 26/11/2013, Ministero della Giustizia in proc. Catello, rv. 258421); deve ritenersi “esclusa l'esistenza di un divieto assoluto per i detenuti nei cui confronti sia stata disposta che la sospensione delle normali regole di trattamento di fruire di un colloquio mensile protratto coi familiari” e “competete di volta in volta alla direzione del carcere, nella ricorrenza delle condizioni previste dal D.P.R. n. 230 del 2000, art. 37, comma 10, ed a fronte delle specifiche esigenze e dell'organizzazione dell'istituto, valutare la possibilità o meno di accogliere l'istanza di proroga della durata del colloquio”; “l'art. 41 bis ord. pen. non stabilisce il limite di durata dell'unico colloquio mensile, diversamente da quanto previsto per il colloquio straordinario effettuato a mezzo del telefono, fissato in dieci minuti, sicchè il parametro legislativo di riferimento va effettivamente individuato nell'art. 37, comma 10, del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, il quale indica in un'ora la durata massima per tutti i colloqui ordinari e disciplina due ipotesi di protrazione della durata del colloquio, la prima in dipendenza di “eccezionali circostanze” da valutarsi caso per caso, la seconda correlata a due condizioni obiettive rappresentate dalla extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti e dalla mancata fruizione del colloquio nella “settimana precedente”, (da intendersi nel mese precedente per i detenuti sottoposti a 41 bis) sempre che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano; l'impossibilità di protrazione della durata del colloquio non può basarsi su una generica e astratta pretesa di incompatibilità tra la disciplina speciale dell'art. 41-bis e la disciplina dei colloqui ordinari, senza che al contempo siano evidenziate ragioni di sicurezza interna od esterna, poiché è solo sulla base di tali ultime esigenze che il nuovo comma 2-quater della norma di cui all'art.41 bis prevede la possibilità di assumere determinazioni atte a prevenire collegamenti, contrasti o interazioni con singoli o con realtà criminali organizzate o con altri detenuti; ulteriori limitazioni, al di là di quelle testualmente previste dall'art.41 bis, (come quella di ridurre ad un'ora sola la durata del colloquio pur in presenza delle condizioni previste dall'art.37 comma 10 del D.P.R.230/2000 non sono possibili, salvo che derivino da una assoluta incompatibilità della norma ordinamentale - di volta in volta considerata - nel caso specifico l'art.37 comma 10, con i contenuti normativi tipici del regime differenziato. Cass. pen. Sez. I, n. 49725/2013: il disposto normativo di cui all'art. 37, comma decimo del d.P.R. del 30 giugno 2000 n. 230, che prevede la possibilità per il detenuto di fruire di un colloquio prolungato sino a due ore, si applica anche ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 bis Ord.Pen., previo adattamento alle caratteristiche ontologiche di questa speciale forma di detenzione. (In motivazione, la Corte ha precisato che la mancanza di colloquio nella “settimana” precedente, presupposto necessario per ottenere il colloquio prolungato, deve intendersi, nel caso di detenuto sottoposto a regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen., come mancanza del colloquio nel “mese” precedente). (Rigetia, Mag. sorv. Novara, 04/04/2013) L'art. 37, comma 10, del D.P.R. n. 230 del 2000 prevede, in via generale e per tutti i detenuti, due ipotesi di ampliamento della

solo caso in cui il colloquio avvenga con un figlio infradodicesimo, o un nipote ex filio infradodicesimo²⁹, gli sarà consentito di poter effettuare il colloquio, anche senza il vetro divisorio³⁰. A quest'ultimo proposito, val la pena di evidenziare che l'art. 41 bis comma 2 quater lettera b, introduce limitazioni allo svolgimento di colloqui, mentre, a rigori, l'incontro tra un detenuto e un figlio nell'età dell'allattamento, non può essere tecnicamente definito "colloquio"³¹. In tal modo, sarà comunque posta una barriera insuperabile tra il detenuto e la sua famiglia³².

durata del colloquio. La prima correlata ad "eccezionali circostanze" da valutarsi caso per caso; la seconda correlata all'extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti ed alla mancata fruizione del colloquio nella settimana precedente e sempre che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano. Orbene, la prima ipotesi non è in contrasto con le previsioni normative caratterizzanti il regime differenziato, la seconda deve essere adattata alle caratteristiche ontologiche della detenzione conformata ai sensi dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975). Ed infatti, ricorrendo tendenzialmente in modo stabile il presupposto dell'extraterritorialità, è evidente che il secondo presupposto, ovvero la mancanza di colloquio nella settimana precedente, non può riferirsi alla categoria dei detenuti in questione, non essendoci per questi il colloquio settimanale, sostituito da quello mensile. Di talché, detta parte della norma trova applicazione lì dove il detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario non abbia effettuato il previsto colloquio nel mese antecedente. 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 di cui all'art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975). La disposizione normativa contenuta nell'art. 37 comma decimo del d.P.R. n. 230 del 2000, che riconosce al detenuto, in presenza di determinati presupposti, la possibilità di fruire di un colloquio prolungato sino a due ore, è applicabile anche ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 bis Ord. pen e, laddove la norma richiede il presupposto della mancata fruizione "del colloquio settimanale" - non previsto per il detenuto sottoposto a regime differenziato - questo deve ritenersi integrato quando il detenuto non abbia effettuato il colloquio nel "mese" antecedente. (Rigetta, Mag. sorv. Novara, 04/04/2013)

²⁹ Circolare D.A.P. n.3592/6042 del 9 ottobre 2012.

³⁰ Al colloquio con i minori erano riservati dieci minuti dei sessanta complessivi a disposizione dei detenuti. Con una nota dell'aprile del 2013 rivolta ai direttori degli istituti in cui sono presenti sezioni di detenuti in regime speciale, il DAP aveva dato indicazioni in merito a questi ultimi colloqui affermando che, "ove la conformazione logistica delle sale lo imponga, con l'apertura del vetro si provvederà alla contestuale fuoriuscita degli altri familiari adulti già presenti a colloquio". Un'ulteriore comunicazione del DAP ai direttori degli istituti, intervenuta il 28 aprile 2014, aveva modificato tale indicazione; i detenuti furono così autorizzati ad effettuare la parte di colloquio consentita senza il vetro divisorio con la contestuale presenza dei familiari adulti dall'altra parte del vetro; con questa nota veniva disposto dal DAP che tali colloqui dovevano avvenire alla contestuale presenza dei familiari adulti dall'altra parte del vetro divisorio, per la durata di un 1/6 del colloquio. La circolare del D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 al punto 16 prevede ora che "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, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri famigliari dall'altra parte del vetro".

³¹ L'ordinamento penitenziario e l'art.41 bis comma 2 quater lettera b si occupano dei colloqui; il termine colloquio implica la possibilità di poter comunicare con la parola;

Non potrà svolgere colloqui con persone diverse da famigliari e conviventi se non nei casi previsti dall'art.41 bis, comma 2 quater lett. b, legge 354/1975 e con riferimento ai casi eccezionali ivi previsti.

In tutti i casi in cui avrà effettuato colloquio, non potrà telefonare ai suoi famigliari; la corrispondenza telefonica con i famigliari sarà possibile, senza riservatezza e per un massimo di dieci minuti, esclusivamente in caso di mancata fruizione, nell'arco del mese solare, del colloquio visivo (quindi solo in sostituzione del colloquio visivo) e sempreché siano trascorsi almeno sei mesi dal momento della prima applicazione del regime³³.

Potrà ricevere assistenza legale attraverso colloqui, che potranno avvenire senza limiti, salvi quelli posti dal regolamento interno dell'istituto ospitante, e telefonate³⁴; anche queste ultime, dovrebbero ritenersi possibili senza limiti e senza l'intermediazione del potere dell'Amministrazione penitenziaria, ai sensi dell'art.39 del D.P.R.230/2000; ma, sul punto continuano a registrarsi incertezze applicative³⁵. Resta comunque fermo che il difensore dovrà continuare a ricevere le telefonate presso l'istituto penitenziario più vicino al luogo ove ha sede lo studio legale.

Non potrà partecipare personalmente ai processi che lo riguardano dovendovi partecipare necessariamente attraverso il sistema della videoconferenza³⁶.

colloquio equivale cioè a conversazione con scambio di idee; appare difficile inquadrare gli incontri dei detenuti con i figli nell'età dell'allattamento o in cui non sono in grado ancora di intrattenere una vera e propria conversazione tra i colloqui.

³² Secondo N.AMATO, *Diritto delitto carcere*, MILANO,1987,198, tali barriere avrebbero la conseguenza di rendere “più struggente il ricordo e più acuto il bisogno di coloro a cui si vuol bene; il desiderio o l'esigenza di amare o di essere amati diventerà irrealizzabile e sarà acuito fino al limite del sopportabile e una fotografia sempre più sbiadita prenderà il posto di un volto; e un'eco sempre più pallida prenderà il posto di una voce”. L'Autore individua tali conseguenze con riferimento alla detenzione ordinaria.

³³ È sempre N.AMATO, *Diritto delitto carcere*, cit.,199 a ricordare come con tali distanze comunicative, provocate dall'incarcerazione, può dirsi “compiuta la spoliazione dei ruoli che nella vita libera si susseguivano e si sommavano: il padre, la madre, il marito o la moglie, il figlio o la figlia, il lavoro, l'amicizia, il divertimento, l'amore, il sesso, tutto quello che si faceva e poteva non farsi o non si faceva e poteva farsi”.

³⁴ Particolari perplessità suscitava la compressione al diritto di difesa, operata attraverso le limitazioni “quantitative” apportate alla possibilità di effettuare colloqui o telefonate con il difensore dall'art. 41 bis comma 2 quater lettera b. tali limitazioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 143/13; la Corte nel dichiarare costituzionalmente illegittime tali limitazioni, ha ribadito la necessità che “le restrizioni del carcere “duro” siano strettamente paramtrate alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica”; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 2013, pp. 2176; C.FIORIO, *Regime penitenziario di rigore e colloqui difensivi in Il libro dell'anno del diritto 2014* www.treccani.it 2014

³⁵ Critiche a CASS.3729/2015 sono formulate da 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.,Cit.,250.

³⁶Corte Cost. n.88/2004; Corte Cost. n.483/2002; Corte cost. n.234/2000; Corte Cost. n. 342/1999: “mediante la partecipazione al dibattito a distanza viene assicurato il livello

Non potrà ricevere dall'esterno somme in peculio superiori all'ammontare mensile stabilito ai sensi dell'art.57, comma 6, D.P.R. 30 giugno 2000, n.230.

Non potrà ricevere dall'esterno pacchi contenenti generi ed oggetti, in quantità superiore a due pacchi al mese, complessivamente di peso non superiore a dieci chili, e due pacchi annuali straordinari contenenti esclusivamente abiti, biancheria, indumenti intimi, calzature ciascuno del peso non superiore a dieci kg.³⁷;

Non potrà essere nominato né partecipare alle rappresentanze dei detenuti e degli internati (articoli 9,12,27 e 31 legge n.354/1975).

Non potrà mai ricevere dall'esterno o acquistare al sopravvitto, generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura, mentre potrà utilizzare fornelli personali³⁸ solo per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande calde e cibi di facile e rapido approntamento³⁹; quindi fatta salva tale possibilità i cibi che il detenuto potrà consumare, sono solo quelli confezionati in carcere attraverso la mensa comune⁴⁰.

minimo di garanzie necessario per tutelare il diritto di difesa di imputati detenuti per reati di eccezionale gravità, nei cui confronti il diritto di partecipare, e quindi difendersi, per tutto l'arco del dibattimento va contemperato con le esigenze di sicurezza della collettività e dell'ordinato svolgimento dei processi"; sulla stessa linea si muove anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU, sez.III, 5 ottobre 2006, Viola C.Italia, ric.n.45106/04; C.E.D.U. 27 novembre 2007, Ascitutto c. Italia in Dir. pen. proc., 2008, p. 1189 s., con nota di P. CORVI, La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale) secondo cui, nei casi esaminati, "la partecipazione del ricorrente alle udienze in videoconferenza" ha perseguito "fini legittimi secondo la Convenzione, in particolare la difesa dell'ordine pubblico, la protezione dal crimine, nonché la protezione dei diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza dei testimoni e delle vittime dei reati e il rispetto dell'esigenza del termine ragionevole di durata del processo.

³⁷ Circolare Amm. Pen. prot. n.0286202 del 4 agosto 2009.

³⁸ Secondo le disposizioni della circolare D.A.P. n.3592/6042 del 9 ottobre 2003, confermate dalla più recente circolare n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 8, l'utilizzazione dei fornelli personali è consentita con le seguenti modalità: 1. il fornello sarà consegnato al detenuto al momento dell'apertura del blindato della camera e sarà ritirato alla chiusura del medesimo; 2. ogni detenuto avrà il diritto di fruire di un solo fornello e relativa bomboletta del gas di capacità non superiore a kg 0,2; 3. sarà consentita la detenzione di una sola bomboletta del gas di scorta da custodirsi in bilancetta o armadietto esterno alla camera.

³⁹ La possibilità di preparare "cibi di facile e rapido approntamento" è prevista dalla circolare del D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 8; quest'ultima circolare, allo stesso punto 8, prevede la sostituzione dei fornelli a gas con i fornelli ad induzione elettrica (di cui però non precisa né le dimensioni né le caratteristiche tecniche); è da ritenere che per effettuare tale sostituzione, gli impianti elettrici delle celle debbano essere adeguati al maggiore carico di consumo che ne deriva e che debbano essere previsti dei contatori a "diffalco" per imputare le relative spese di consumo agli utilizzatori; tali adeguamenti, si presume, saranno a carico dell'erario.

⁴⁰ Riguardo al vitto, secondo le disposizioni della circolare D.A.P. n.3592/6042 del 9 ottobre 2003, confermate dalla più recente circolare n.3676/6126 del 2 ottobre 2017 punto 9, esso sarà trasportato fino all'ingresso della sezione speciale dal detenuto o dai detenuti porta-vitto, sempre accompagnati da agenti di Polizia penitenziaria, senza che venga aperto e varcato il cancello o la porta di ingresso alla sezione speciale. Il detenuto o i detenuti porta vitto, torneranno indietro sempre accompagnati da agenti di Polizia penitenziaria e

Come se non bastasse, i sottoposti al regime del 41-*bis* potranno essere puniti con l'isolamento cellulare e potranno subire l'inflizione del regime della sorveglianza particolare ex artt. 14-*bis*

Con l'isolamento disciplinare, alle costrizioni tipiche del regime si aggiungerà quella tipica dell'isolamento⁴¹, secondo cui ai detenuti che sono in isolamento “sono assicurati il vitto ordinario e la normale disponibilità di acqua”.

Con la sorveglianza particolare, alle restrizioni tipiche del regime se ne possono aggiungere delle ulteriori, come, ad esempio, il divieto di avere in cella l'apparecchio tv⁴².

Molti di essi, in regime di 41 bis, saranno sottoposti alla pena ulteriore dell'isolamento diurno⁴³ o collocati in aree riservate⁴⁴.

Altri, scontata la pena proseguiranno il regime del 41 bis da internati o sottoposti a misura di sicurezza restrittiva della libertà personale⁴⁵.

successivamente il vitto sarà fatto entrare nella sezione speciale. Saranno estratti a sorte uno o più nominativi di detenuti occupanti la sezione speciale, i quali provvederanno alla distribuzione del vitto.

⁴¹ L'art. 73 comma 5 del D.P.R. 230/2000 per i detenuti in isolamento afferma “sono assicurati il vitto ordinario e la normale disponibilità di acqua”; secondo l'interpretazione più rigorosa della norma, il detenuto, durante l'isolamento disciplinare, non potrebbe effettuare acquisiti al sopravvitto di nessun genere.

⁴² Nel senso che il regime della sorveglianza particolare rimarrebbe assorbito dal regime di cui all'art. 41 bis e pertanto non sarebbe possibile una contemporanea applicazione dei due istituti R.GRIPPO, Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare sanzioni disciplinari, 41 bis e circuiti: strumenti alternativi o sovrapposizioni? in www.penalecontemporaneo.it che ritiene che “l'attuale 41 bis prevedendo svariate e gravi restrizioni, neutralizzi anche i comportamenti pericolosi per la sicurezza interna”.

⁴³ Ciò comporterà l'impossibilità di avere momenti di socialità con altri detenuti ma non di partecipare alle attività lavorative.

⁴⁴ Il fondamento della collocazione di un detenuto in un area riservata si rinviene nell'art 32 del D.P.R. 230/2000. Secondo l'orientamento della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, “l'isolamento sensoriale completo, combinato con un isolamento sociale totale, può distruggere la personalità e costituisce una forma di trattamento inumano che non può essere giustificato da esigenze di sicurezza o da qualsiasi altra ragione. Al contrario, il divieto di contatti con altri detenuti per ragioni di sicurezza, di disciplina e di protezione non costituisce di per sé una forma di pena o trattamento inumani (decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 novembre 2007 - Ricorso n. 65039/01 - Schiavone c/Italia e, richiamate in motivazione, Öcalan c. Turchia [GC], no 46221/99, § 191, CEDH 2005-IV, e Ramirez Sanchez c. Francia [GC], no 59450/00, § 123, 4 luglio 2006).

⁴⁵ Si avrà così l'assurdo tutto Italiano di una persona sottoposta a misura di sicurezza e, quindi, ad una misura cui è assegnata una funzione essenzialmente rieducativa o curativa, cui saranno sottratte, per effetto del regime di cui all'art.41 bis le principali occasioni del trattamento rieducativo stesso cui dovrebbe essere sottoposto in quanto internato. In dottrina (G.FIANDACA E.MUSCO, Diritto penale, parte generale, Bologna 2004,791) si afferma che in seguito al riconoscimento costituzionale del finalismo rieducativo delle pene, è venuta meno quella distinzione di scopi che in origine giustificava lo sdoppiamento del sistema sanzionatorio nell'assetto codicistico del 1930, tra pena, cui si era assegnata la funzione di retribuzione e prevenzione generale e misura di sicurezza, cui si era assegnata la funzione di prevenzione speciale, a mezzo di incapacitazione e/o risocializzazione. Appunto perché “deve tendere alla rieducazione del condannato”, la stessa pena dovrebbe

L'aggressione del potere alla persona umana supera, in questi casi, ogni immaginazione e raggiunge il culmine di romana memoria del "*sit eis vita supplicium et mors solatium*"; una nuova, più raffinata e più terribile forma di esecuzione capitale, dietro le mentite spoglie di una forma di isolamento o segregazione cellulare, solo appena mitigato da tiepide forme di socialità controllata.

Per effetto di tali limitazioni l'essere umano è drasticamente e totalmente annientato. Esiste fisicamente ossia vive, ma la sua vita è conformata costretta nelle catene poste dal regime. Resta una sagoma dalle sembianze umane con un nome e cognome, ma a quell'uomo è sottratta tutta la vita diversa dall'esistenza fisica; gli è imposta una vita diversa coatta pensata per lui dallo Stato quasi come modello anestetizzante o anchilosante.

L'uomo detenuto al 41 bis è prigioniero imprigionato e, quindi, non più espressione di sé, ma surrogato del potere che attraverso un' invasione annientatrice gli sopprime o tenta di sopprimergli la pericolosità imponendogli di fare solo quello che il potere vuole che egli faccia; e così egli diventerà un "detenuto uomo" secondo lo schema, descritto dalla dottrina⁴⁶, per il quale l'uomo libero, con l'incarcerazione e, si aggiunge, particolarmente con l'applicazione del regime di cui all'art.41 bis o.p., "sarà trasformato in uomo detenuto e offerto alla macchina amministrativa dell'istituzione che a sua volta lo trasformerà, alla fine, in detenuto uomo" nel senso che "l'uomo sarà affidato ad un'istituzione che lo manipolerà e, via, via, lo trasformerà attraverso molteplici procedimenti, ai quali il detenuto-uomo non potrà o potrà solo con grande difficoltà ed entro limiti assai ristretti sottrarsi⁴⁷; procedimenti, a volte anche scanditi ed accompagnati, da "umiliazioni, mortificazioni, degradazioni, profanazioni del sé e da taluni meccanismi di reazione e difesa da parte sua"⁴⁸; "e dalla indotta consapevolezza, avvilita e degradante, di avere bisogno di un permesso anche per quelle poche attività consentite, anche per la più semplice o la più modesta; il tutto all'interno di una dimensione o di un luogo che esige umiltà, sottomissione, collaborazione,

farsi già carico di neutralizzare o attenuare la pericolosità del reo e impedirne la ricaduta nel delitto. Con l'esplicito riconoscimento costituzionale del finalismo rieducativo la pena viene ad assumere anche la funzione di prevenzione speciale già affidata alla misura di sicurezza che, pertanto, diventerebbe inutile. Stando così le cose diventa allora un problema continuare a legittimare la sopravvivenza delle misure di sicurezza e, non a caso, la dottrina più avveduta si interroga circa lo spazio residuo che ad esse possa legittimamente essere riservato all'interno di un diritto penale costituzionalmente orientato. Pur tuttavia, la Costituzione stessa (art.25 comma 3 Cost.) continua a prevedere le misure di sicurezza e a tale previsione non si accompagna nemmeno una esplicita indicazione della finalità e, il difetto nel testo costituzionale di un'esplicita indicazione della finalità della misura di sicurezza, si giustifica, con tutta probabilità, con il fatto che essa è rieducativa per definizione e, quindi, per essa, a differenza della pena, che non è soltanto rieducativa, il legislatore non ha sentito il bisogno di circoscriverne il contenuto.

⁴⁶ N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,197.

⁴⁷ N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,197.

⁴⁸ N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,196,206.

obbedienza e non tollera autonomia di determinazione e libertà di scelta che non tollera nulla di ciò che rende ciascun uomo se stesso e diverso dagli altri ma che impone il controllo continuo del corpo e dello spazio, di quel che si fa o si ha”⁴⁹ e che, in definitiva, vorrebbe, “nella dimensione di un dominio inglobante e totalizzante, controllare perfino il pensiero”⁵⁰.

In definitiva, con il 41 bis si tenta di contrastare la pericolosità del detenuto attraverso il controllo dell’autodeterminazione dell’individuo; con il 41 bis si tenta o si prova “a tenere a bada” il mafioso e con esso la pericolosità endemica o il germe patogeno di cui è portatore, per il fatto di essere appartenente o il capo di un sodalizio o di un’organizzazione criminale pericolosissima, permeata di forza intimidatrice⁵¹.

2. Fondamento, natura giuridica e caratteri

Sulla ratio e sulla natura giuridica dell’istituto vi sono contrasti in dottrina.

Scopo perseguito dalla norma di previsione del regime, si precisa, non è quello della sicurezza interna dell’istituto penitenziario dove sono ristretti tali pericolosi detenuti, ma è, principalmente, quello della sicurezza pubblica esterna all’istituto, sicurezza che si ritiene di dovere e potere tutelare, impedendo o quanto meno contrastando, il collegamento del detenuto con l’organizzazione criminale operante (o che continua ad operare) all’esterno⁵²; in questo senso, all’istituto sono

⁴⁹ N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,201.

⁵⁰ N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,201.

⁵¹ Secondo l’interpretazione corrente per la configurabilità del reato di associazione di stampo mafioso, non basta che gli associati si propongano di sfruttare la forza di intimidazione. L’espressione *si avvalgono*, contenuta nell’art.416 bis c.p., esige la prova di un reale sfruttamento della forza intimidatrice; sembrerebbe necessaria una condotta punibile almeno sotto forma di tentata violenza privata o un’associazione che delinque almeno a livello di tentata violenza privata (G.FIANDACA, L’associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali, F.I.,1985,V,301); il modello normativo di un’associazione mafiosa, quindi, è esclusivamente operativo e non progettuale; *l’intimidazione* è comunque cosa diversa dagli specifici atti di violenza e minaccia propri dei reati fine; si tratta di un dato costante legato alla presenza al modo di essere e all’operatività dell’associazione; nasce dalle azioni del gruppo esemplari, efferate determinate; quindi da singoli reati e dalla carica di intimidazione ad essi connessa ma non si esaurisce in essi.

⁵² S.CHIEFFI, Il controllo di legittimità dell’ordinanza di reclamo in www.csm.it ricerche,2007; Corte Costituzionale n.351/1996, in F.I., 1997, I,2785, secondo cui, “Il secondo comma dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario è inteso a consentire all’Amministrazione penitenziaria, per esigenze emergenti di ordine e sicurezza non già interne ai singoli stabilimenti carcerari (al che provvedono il regime di sorveglianza particolare di cui all’art. 14-bis nonché il potere di provvedere a situazioni di emergenza conferito al Ministro di grazia e giustizia dal primo comma dell’art. 41-bis dello stesso ordinamento penitenziario), ma esterne, e dunque attinenti alla lotta alla criminalità organizzata, di disporre che singoli detenuti per delitti connessi a tale forma di criminalità vuoi in corso di esecuzione della pena, vuoi in custodia cautelare, siano sottoposti ad un regime carcerario derogatorio, attraverso la sospensione totale o parziale, nei loro confronti, dell’applicazione di regole di trattamento e di istituti previsti dalla legge, allorché tali

assegnate finalità preventive⁵³, di tutela della sicurezza pubblica; la ratio, si identifica, in definitiva, nella funzione di disarticolazione⁵⁴ dell'organizzazione mafiosa, mediante la privazione, per queste ultime, dell'apporto che i loro capi, finalmente assicurati alla giustizia e raggiunti da condanna per reati gravissimi, potrebbero continuare ad assicurare, anche in regime detentivo ordinario; il tutto sul presupposto, in qualche modo paradossale⁵⁵, delle insufficienze della normale detenzione carceraria, di per se stessa già privativa, contenitiva e costringitiva, ad arginare o a neutralizzare la pericolosità sociale di alcune persone detenute, pericolosità che, in alcuni casi accertati dall'esperienza giudiziaria, si era perfino rafforzata, proprio durante la detenzione carceraria ordinaria⁵⁶.

regole e istituti "possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza".

⁵³ P.CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata PADOVA*, 2010,119; Cass. Penale Sez. 1, n.16019/2016: la natura «trattamentale» ed essenzialmente di carattere amministrativo, della misura prevista dall'art. 41*bis* ord.pen. - operante nei confronti di individui già soggetti a restrizione della libertà personale (per titolo cautelare o definitivo), possiede essenzialmente finalità preventive (si veda, di recente, quanto precisato da Sez. I n. 52054 del 29.4.2014, rv 261809, in riferimento alla immutata natura preventiva della misura in parola pure a seguito delle modifiche apportate con legge n.94 del 15 luglio 2009), tese alla inibizione di contatti con il contesto criminale di provenienza.

⁵⁴ V.MACRÌ Art.41 bis 2° comma O.P. Seminario di studi, 2 – 3 luglio 2007 in www.csm.it ricerche.

⁵⁵ V.MACRÌ Art.41 bis 2° comma O.P. Seminario di studi, 2 – 3 luglio 2007, cit.,2; in tema di reato permanente l'arresto non determina necessariamente la cessazione della permanenza e la data di commissione del reato, ove non diversamente precisato nel capo d'imputazione, deve ritenersi protratta fino al momento della sentenza di primo grado Cass. Pen. Sez.I, 14 dicembre 1995 Rep. F.I 1996, voce reato in genere, n. 38).

⁵⁶ V.MACRÌ Art.41 bis 2° comma O.P. semirio di studi 2 – 3 luglio 2007, cit.,2; secondo il Procuratore, nonostante l'incarcerazione, “si è potuto osservare ed accertare che l'ambiente criminale di provenienza non cessava di usufruire dell'attività propositiva ed organizzativa del suo esponente collocato temporaneamente o stabilmente all'interno della struttura carceraria e che il carcere poteva diventare come in effetti lo diventò, il territorio alla pari di un quartiere cittadino o di un paese, sede di un organismo mafioso, trasformandosi da luogo dell'espiazione e della rieducazione in quello della crescita di potere della criminalità organizzata; gli fanno eco, P.GRASSO M. PRESTIPINO, *Il regime differenziato dell'art.41 bis ord.pen. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?* In F.I. 2007, II,248, secondo cui “la comune detenzione di esponenti di cosche diverse, costituisce premessa per ulteriori aggregazioni associative, mentre gli ordinari sistemi di controllo vigenti per i detenuti ordinari non riescono ad ostacolare il flusso in entrata e in uscita di informazioni direttive messaggi necessari per assicurare la continuità dei ruoli già ricoperti”. La Corte Costituzionale nella recente sentenza 122/2017, richiamando anche la precedente giurisprudenza sul tema, ha affermato che “Detto regime mira a far fronte ad esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza esterne al carcere e connesse alla lotta alla criminalità organizzata, terroristica ed eversiva, impedendo, in particolare, i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno, che lo stesso ordinamento penitenziario pure favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale (sentenza n. 376 del 1997; ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998). Si intende evitare, soprattutto, che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione, sfruttando il normale regime penitenziario,

L'idea che ha portato alla introduzione del regime detentivo in esame nel nostro ordinamento, quindi, è abbastanza semplice⁵⁷: “far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà” escludendo o fortemente limitando quei “collegamenti che potrebbero realizzarsi - come l'esperienza dimostra - attraverso l'utilizzo delle opportunità di contatti che l'ordinario regime carcerario, consente e in certa misura favorisce (come quando si indica l'obiettivo del reinserimento sociale dei detenuti anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno; vedasi art. 1, sesto comma, dell'ordinamento penitenziario)”.

Il 41 bis esce dalla logica della detenzione ordinaria⁵⁸ o dalle normali regole contenitive e costrittive delineate per tutti i detenuti dalla legge n.354/1975 e, preso atto delle insufficienze della stessa o delle stesse ad arginare pericolosissime forme di criminalità organizzata, impone regole o limitazioni di vita personale, fortemente invasive e penalizzanti, con il dichiarato scopo di garantire o tentare di garantire, l'impermeabilità del carcere rispetto all'esterno, in un'ottica orientata prevalentemente alla neutralizzazione⁵⁹ della pericolosità e con essa dell'uomo che ne è portatore.

Ma, come osservato⁶⁰, la dichiarata finalità dell'istituto “è assai poco espressiva, nel senso che è reticente su diversi aspetti”; la sospensione di alcune regole trattamentali, infatti, non risulterebbe “sempre giustificabile perché effettivamente capace di impedire le relazioni pericolose del detenuto con l'organizzazione”, contribuendo invece a rendere “più dura l'esecuzione” aumentando significativamente “la sofferenza della pena”.

In questa prospettiva la ratio dell'istituto si arricchisce di profili che vanno oltre la mera prevenzione e sconfinano nella repressione. E in effetti, con l'introduzione del regime di cui all'art.41 bis O.P. il campo dell'esecuzione penale è divenuto terreno per l'intervento dello Stato contro la criminalità organizzata e, in particolare, di quella di stampo mafioso, attraverso l'introduzione di un “sottosistema autonomo o di un modello di disciplina differenziata a forbice”⁶¹; tale sottosistema sarebbe costituito, più precisamente, da un lato, dall'irrigidimento del

«possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa» (sentenza n. 143 del 2013)”. .

⁵⁷ Corte Cost. n. 376/1997, cit.

⁵⁸ 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. , cit.375

⁵⁹ 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. cit.,375

⁶⁰ M.PAVARINI, in F.GIUNTA, S.ARDITA, M.PAVARINI, Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità,CRIMINALIA 2007,265.

⁶¹ G.FIANDACA E.MUSCO Diritto penale, parte generale, 2014,762.

trattamento che inasprisce di molto la vita carceraria⁶², in una prospettiva di rigorosa *retribuzione e neutralizzazione* della pericolosità soggettiva; dall'altro, da sconti di pena in forma di attenuanti e immediato accesso alle misure alternative (affidamento in prova al di là del limite di tre anni) e agli altri benefici penitenziari (permessi premio) per i detenuti ammessi allo speciale programma di protezione in quanto pentiti o collaboratori di giustizia”.

Premialità estrema e carcere duro, estremi(smi) necessari, si dice ⁶³, all'implementazione della “soave inquisizione”, capace di “sciogliere le lingue” degli affiliati; sul presupposto, più o meno esplicito o esplicitato, a tutti i livelli, che lo stato di detenzione ordinario non comporta necessariamente l'interruzione dei vincoli associativi preesistenti ⁶⁴.

Nel contempo, al regime sospensivo sono attribuite e riconosciute funzioni di deterrenza⁶⁵ nei confronti degli affiliati alle organizzazioni che non siano stati ancora arrestati e siano ancora in libertà, nonché finalità rieducative.

A quest'ultimo proposito, secondo le precisazioni della giurisprudenza del giudice di legittimità delle leggi⁶⁶, 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

⁶² Parla, senza mezzi termini, di rafforzamento della funzione custodialistica del carcere, per spezzare ogni legame tra il carcere e il mondo esterno, isolando in tal modo i detenuti appartenenti ad organizzazioni criminali che approfittando degli strumenti tratta mentali, avrebbero potuto promuovere e dirigere azioni contro lo Stato, L.CESARIS, in, V.GREVI G.GIOSTRA F.DELLA CASA Ordine penitenziario, Padova 2011, 344, 346.

⁶³ T.PADOVANI La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento Riv.Italiana di dir. e proc.pen., 1981.

⁶⁴ P.GRASSO, M. PRESTIPINO, Il regime differenziato dell'art.41 bis Ord.Pen. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata? In, F.I. 2007, II,254. In giurisprudenza (ex plurimis CASS. n.25311/2012; CASS. n.1703/2013; CASS. n.8027/2013) è costante il principio di diritto secondo il quale “il vincolo associativo tra il singolo e l'organizzazione si instaura nella prospettiva di una futura permanenza in essa a tempo indeterminato e si protrae sino allo scioglimento della consorteria, potendo essere significativo della cessazione del carattere permanente del reato soltanto l'avvenuto recesso volontario, che, come ogni altra ipotesi di dismissione della qualità di partecipe, deve essere accertato caso per caso in virtù di condotta esplicita, coerente e univoca e non in base a elementi indiziari di incerta valenza, quali quelli dell'età, del subingresso di altri nel ruolo di vertice e dello stabilimento della residenza in luogo in cui si assume non essere operante una famiglia di cosa nostra”.

⁶⁵ M.PAVARINI, Lo scambio penitenziario: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva, Martina Ed. 1996,165; M.CANEPA S.MERLO, Manuale di diritto penitenziario,MILANO,2010,185.

⁶⁶ Corte Cost. n.376/1997, che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis comma 2, e dell'art. 14-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 25, 27, secondo e terzo comma, e 113 della Costituzione, con ordinanze emesse il 18 marzo 1996 dal Tribunale di sorveglianza di Napoli ed il 6 giugno 1996 (n. 2 ordinanze) del Tribunale di sorveglianza di Firenze..

della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare. L'art. 41-bis, comma 2, non è la "sede di un'ulteriore penalizzazione" né ad esso può attribuirsi la "sola funzione di contenimento e di un contenimento il più possibile afflittivo".

Si riscontrano, quindi, nel regime del 41 bis O.P., le funzioni proprie assegnate alla pena criminale ossia la funzione di retribuzione, di prevenzione generale e di prevenzione speciale⁶⁷. E non potrebbe essere altrimenti, perché il regime di cui all'art.41 bis non è una pena altra o la "sede di un'ulteriore penalizzazione" o una pena diversa dalle pene conosciute nel ns. ordinamento penale. Il regime di cui all'art.41 bis O.P., precisamente, è una modalità esecutiva della reclusione o dell'ergastolo e, quindi, ripete le funzioni tradizionali assegnate alla pena nel nostro ordinamento.

E, vale proprio la pena di ricordare che, negli orientamenti più recenti della Corte Costituzionale⁶⁸, tende a prevalere la concezione polifunzionale della pena, dove retribuzione, prevenzione generale e finalismo rieducativo, sono posti sullo stesso piano, in posizione flessibile, secondo l'orientamento politico del legislatore, che, si dice, non può trascurare, nel minimo, nessuna delle tre esigenze o funzioni e, comunque, laddove operi una graduazione o valorizzazione di una esigenza a favore o a discapito di un'altra, deve farlo comunque razionalmente o nei limiti della ragionevolezza; mentre, la stessa Corte Costituzionale, nel passato più recente, ha potuto affermare che⁶⁹ "il principio della rieducazione del condannato è

⁶⁷ Nei tempi moderni la prevenzione speciale assume a criterio guida la rieducazione concepita come risocializzazione; la neutralizzazione del soggetto potenzialmente pericoloso viene comunque indicata come una delle tecniche sanzionatorie che consentono il perseguimento dell'obiettivo della prevenzione speciale; in questi termini v. G.FIANDACA, E.MUSCO, in *Diritto Penale, Parte Generale*, BOLOGNA, 2014, 754.

⁶⁸ Corte Cost. 306/1993: "tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena (...) quella di prevenzione generale e difesa sociale con i connessi caratteri di afflittività e retributività e (...) quelle di prevenzione speciale e di rieducazione che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo, non può stabilirsi una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte e in ogni condizione". Il legislatore tuttavia "nei limiti della ragionevolezza" può dare la preferenza di volta in volta all'una o all'altra finalità "a patto che nessuna di essa ne risulti obliterata"; e, ancora, C.Cost. 257/2006, in materia di permessi premio, afferma che tra gli scopi della pena non è possibile fare aprioristicamente una gerarchia fissa poiché "le differenti contingenze storicamente mutevoli che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale così da dar vita a un sistema normativamente flessibile" e non c'è elusione delle funzioni costituzionali della pena "in quanto il sacrificio dell'una, sia il minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché, soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi dell'adeguatezza e della proporzionalità delle misure (...) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e quindi la compatibilità costituzionale) degli equilibri prescelti dal legislatore"; in questo senso, più di recente anche e Corte Cost. n.78/2007.

⁶⁹ Corte Cost. 12/1966.

stato elevato al rango di precetto costituzionale senza negare l'esistenza e la legittimità della pena laddove essa non contenga o contenga minimamente le condizioni idonee a realizzare detta finalità” e che⁷⁰ “funzione e fine della pena, non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile; a prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non v'è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”.

A tale visione della pena, si oppone parte della dottrina moderna⁷¹, secondo cui, la teoria polifunzionale della pena costituirebbe una sorta di “rotonda stradale” “capace di orientare in tutte le direzioni possibili e allo stesso tempo di disorientare”, facendo smarrire “il senso indicato dalla segnaletica costituzionale”, ossia, la rieducazione dei condannati, “unico scopo testualmente espresso” o “consacrato” nell'art.27 comma 3 della Costituzione; secondo questa dottrina⁷², l'idea della rieducazione “avrebbe carattere universale e non darebbe alcuna possibilità di distinguere tra reati o tra condannati per certi reati o di differenziare il regime penitenziario per tipi di autore”⁷³; l'esecuzione della pena e l'apparato carcerario, con tali differenziazioni, secondo la dottrina in esame⁷⁴, finirebbero per diventare “strumento di pressione diretto all'ottenimento di informazioni” agendo come “protesi aguzzina dell'azione investigativa” ed è proprio in ragione di tale scopo mascherato “che il regime del carcere duro è stato progressivamente inasprito spesso con restrizioni vessatorie estranee all'esigenza (dichiarata) di impedire collegamenti tra capi dentro e chi delinque fuori”; “qui davvero la legge è sempre in bilico sul filo dell'incostituzionalità”⁷⁵. Perché ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza fisica o mentale, per ottenere da essa informazioni o confessioni, secondo l'art. 1 della pertinente convenzione ONU del 1984, ha un nome proprio: tortura”⁷⁶.

⁷⁰ Corte Cost. 264/1974, che si è occupata della legittimità costituzionale dell'ergastolo.

⁷¹ A.PUGIOTTO, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi), in www.penalecontemporaneo.it, 2014.

⁷² A.PUGIOTTO, Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi), in www.penalecontemporaneo.it, cit.,6.

⁷³ Secondo M.CANEPA e S.MERLO, in Manuale di diritto penitenziario, MILANO 2010,209, la circostanza che in base alla legge il regime possa essere applicato “al detenuto o internato in caso di unificazione di pene concorrenti o di più titoli di custodia cautelare in carcere anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'art.4 bis” vale a far prevalere “il dato soggettivo dell'essere stato condannato o arrestato anche per un certo tipo di delitti, sul fatto oggettivo di essere in attuale espiazione della pena o assoggettato a custodia cautelare per quel delitto”. “Si tratta”, proseguono gli autori, “di una valorizzazione della pericolosità per tipi di autore” che crea qualche interrogativo anche di carattere pratico.

⁷⁴ A.PUGIOTTO, I nodi da sciogliere del 41 bis, in Il sole 24 ore, 16 giugno 2017.

⁷⁵ A.PUGIOTTO, I nodi da sciogliere del 41 bis, in Il sole 24 ore, 16 giugno 2017.

⁷⁶ La Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, nel suo articolo 1, definisce la tortura come un atto con il quale un

Sulla stessa linea altra dottrina⁷⁷ ha potuto affermare che l'art.41 bis o.p. perseguirebbe fini di "polizia preventiva" finendo per risultare del tutto estraneo agli obiettivi dell'esecuzione penale teso principalmente ad ottenere o incentivare la collaborazione con la giustizia.

A questo proposito, occorre precisare che il nuovo art. 613 bis del c.p., introdotto dall'art.1 della legge 110/2017, nel punire "con la pena della reclusione da quattro a dieci anni", la tortura, ossia il comportamento di chi "con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa", "se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona", precisa che tale punizione non si applica "nel caso di *sofferenze* risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti"; con implicito, ma chiaro riferimento ai provvedimenti di rigore⁷⁸ e, quindi, anche al regime di cui all'art.41 bis o.p., cui ora, per effetto di tali indicazioni contenute nel codice penale, che esplicitamente si riferiscono alle "sofferenze di misure privative

dolore o sofferenze acute, vengono intenzionalmente inflitte a una persona, in particolare allo scopo di ottenere da lei informazioni, di punirla o di intimidirla; V. IACOPINO, in "Treatment of survivors of political torture: commentary", The journal of Ambulatory Care Management 21 (2) 1998, 5-13 ricorda come la tortura suscita "preoccupazione profonda nella Comunità Mondiale; scopo di essa è distruggere deliberatamente, non solo il benessere fisico o emotivo degli individui, ma anche, in alcuni casi, la dignità e la volontà di intere comunità. Essa riguarda tutti i membri della famiglia umana, poiché mette in discussione il significato stesso della nostra esistenza e la nostra speranza di un futuro migliore"; la Corte Europea dei diritti dell'Uomo (Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° luglio 2014 - Ricorso n.36629/10 - Saba c . Italia; Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 aprile 2015 - Ricorso n. 6884/11 - Cestaro c. Italia, entrambe in www.giustizia.it , qualifica come tortura "quei trattamenti inumani deliberati che provocano sofferenze molto gravi e crudeli"; secondo le valutazioni della Corte Europea, per stabilire se una determinata forma di maltrattamento debba essere definita tortura "occorre tenere presente la distinzione operata dall'articolo 3 tra questa nozione e quella di trattamenti inumani o degradanti". "Questa distinzione sembra essere stata sancita dalla Convenzione per marchiare di una particolare infamia alcuni trattamenti inumani deliberati che provocano sofferenze estremamente gravi e crudeli. Il carattere acuto delle sofferenze è per la sua stessa natura relativo; esso dipende dai dati della causa considerati complessivamente, in particolare dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o psichici nonché, a volte, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute della vittima, ecc.. Oltre alla gravità dei trattamenti, la tortura implica una volontà deliberata, come riconosciuto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987 nei confronti dell'Italia, che definisce la «tortura» come qualsiasi atto con il quale vengono intenzionalmente inflitti a una persona un dolore o delle sofferenze acute allo scopo, soprattutto, di ottenere dalla stessa informazioni, di punirla o di intimidirla.

⁷⁷ F.FIORENTIN Appunti in tema di riforma degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975 n. 354 in Giust. Pen. 2003 III 439.

⁷⁸Sui provvedimenti di rigore, chiarissimi L.FILIPPI G.SPANGHER, Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza Milano,2007 , 154 e segg..

o limitative di diritti”, non pare possa più disconoscersi, una funzione anche retributiva, in conseguenza della consumazione dei gravissimi delitti che ne legittimano l’applicazione⁷⁹.

Sta di fatto che le esigenze del diritto⁸⁰, prima ancora che le indicazioni della nostra Costituzione o della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, impongono “la rieducazione sociale” e “la rieducazione individuale del condannato che, redimendo il delinquente, lo ricongiunge all’organismo etico dell’umana convivenza, trasformandolo da ostacolo, in mezzo per il miglioramento dell’Umana famiglia”; il tutto attraverso l’abbandono delle “pene feroci” che non possono essere “lo strumento di combattimento per il trionfo del diritto, perché contengono sempre in sé una qualche violazione dello stesso diritto”.

Tra dubbi di legittimità costituzionale, ipotesi di configurabilità di torture legali, l’opinione assolutamente prevalente, suffragata dalla posizione costante della Corte Costituzionale⁸¹ e della Corte di Cassazione⁸² nonché della Corte Europea dei

⁷⁹ Avendo la legge ora fatto esplicito riferimento alle “sofferenze”, si potrebbe riaprire la strada per una nuova valutazione di costituzionalità del regime di cui all’art.41 bis dell’O.P.; per la prima volta, infatti, a livello legislativo viene riconosciuto un effetto “emotivo” ad un trattamento penale di rigore, che, si ritiene, possa riaprire la strada alla verifica di compatibilità costituzionale, non tanto con il principio della rieducazione, quanto piuttosto con l’imperativo della non contrarietà della pena al senso di umanità”.

⁸⁰ E.PESSINA Elementi di diritto penale sul codice del 1859, Stamperia della Regia Università di Napoli, 1865, R.Marghieri NAPOLI, 1882,1885; secondo la citazione di F.P. CASAVOLA, Ritratti Italiani, individualità e civiltà nazionale tra XVIII e XXI secolo, raccolti e prefati da U.PISCOPO, A.GUIDA Editore, 2010,113, E.Pessina così scriveva a metà dell’ottocento italiano: “ a coloro i quali dicono che questa maniera di vedere è un’utopia che essa è favoreggiatrice del delitto, che essa incoraggia i delinquenti, perché si oppone ad essi una mitezza rilassata, senza intendere il vero significato della coercizione rigeneratrice, noi rispondiamo che gran parte di quel male che nell’operare del delinquente apparisce, è dovuta ad alcune cagioni superiori al valore stesso dei delinquenti ed alle stesse imperfezioni della vita sociale, all’ignoranza delle moltitudini, all’inferiorità della condizione ed alle piaghe sociali della miseria e della viziosa educazione sociale. Noi risponderemo, che la pena feroce per intimidazione, non è vero combattimento per il trionfo del diritto, perché contiene in sé qualche violazione del diritto e che la pena conforme alle esigenze del diritto, al cui imperio, al cui trionfo essa deve servire, debba avere per contenuto necessario, non pure l’espiazione del male operato, ma la rieducazione sociale, mercè l’esemplarità della sua apparizione e la rieducazione individuale che redimendo il delinquente, lo ricongiunge all’organismo etico dell’umana convivenza, trasformandolo di ostacolo in mezzo per il miglioramento dell’umana famiglia”. M.N.Miletti in www.treccani.it avverte che E.Pessina “è solitamente ascritto alla scuola ‘classica’ del diritto penale, della quale condivideva appieno i postulati liberal-garantistici. Il mai rinnegato eclettismo lo spingeva, tuttavia, a guardare con interesse al positivismo non solo filosofico, ma anche penalistico, salvo prendere le distanze da certi esiti radicali della scuola positiva e respingerne la pretesa di ‘arruolarlo’. Per altro verso, la sua visione integralmente ‘giuridica’ del penale, antidoto alle derive socioantropologiche, fu salutata come un presagio dell’indirizzo tecnico-giuridico (A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I (1910), 1, p. 512, nota 29)”.

⁸¹ Corte Costituzionale sentenza n. 349/1993 in motivazione: “Vi è infatti una distinzione sostanziale tra modalità di trattamento del detenuto all’interno dell’istituto penitenziario - la

cui applicazione è demandata di regola all'Amministrazione, anche se sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza (v. art. 69 Ordinamento Penitenziario), o con possibilità di reclamo al Tribunale di sorveglianza (v. art. 14-ter Ordinamento Penitenziario) - e misure che ammettono a forme di espiazione della pena fuori dal carcere (previste, per lo più, al Capo VI del Titolo I dell'Ordinamento Penitenziario, "Misure alternative alla detenzione": affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione anticipata, licenze; ma anche l'assegnazione al lavoro esterno o i permessi premio previsti al Capo III) le quali sono sempre di competenza dell'Autorità Giudiziaria (v. artt. 21, 30, 30-ter, 69 e 70 dell'Ordinamento penitenziario) proprio perché incidono sostanzialmente sull'esecuzione della pena e, quindi, sul grado di libertà personale del detenuto". E, ancora "la censura non risulta fondata in quanto la corretta lettura della norma (in base ai principi costituzionali prima indicati ed al canone ermeneutico rigorosamente restrittivo delle norme di carattere eccezionale) non può che limitare il potere attribuito al Ministro alla sola sospensione di quelle medesime regole ed istituti che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto. Eventuali variazioni di tale regime possono comportare evidentemente un maggiore o minore contenuto afflittivo per chi ad esse è assoggettato, proprio perché un certo grado di flessibilità può rivelarsi necessario sia ai fini di rieducazione del detenuto che per l'ordine e la sicurezza interni (dovendosi del pari prendere atto che la realtà di ogni istituzione penitenziaria comprende anche la presenza di soggetti refrattari a qualsiasi trattamento riabilitativo, ed anzi così spiccatamente pericolosi da rendere indispensabile la possibilità di un regime differenziato nei loro confronti), ma nel novero delle misure attualmente previste dall'Ordinamento penitenziario esse non esulano dall'ambito delle modalità di esecuzione di un titolo di detenzione già adottato con le previste garanzie costituzionali". Si riporta anche il contenuto della censura che era stata formulata innanzi alla Corte Costituzionale: "premesso che la tutela prevista dal secondo comma dell'art. 13 della Costituzione si sostanzia in una riserva di legge e in una riserva di giurisdizione sul diritto alla libertà personale, il remittente ritiene che il concreto contenuto precettivo del regime introdotto dalla disposizione in esame comporti una restrizione della libertà personale riconducibile alla citata tutela costituzionale: il detenuto sottoposto a tale regime detentivo vede ulteriormente compressi i propri spazi residui di libertà personale (permanenza all'aria aperta, possibilità di esperire attività lavorativa artigianale per conto proprio e per conto terzi, acquisto di generi alimentari, colloqui con i familiari, sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo, possibilità di ricevere pacchi dall'esterno, ecc.) rispetto a ciò che costituisce il trattamento ordinario. Il fatto che tali restrizioni vengano applicate da un atto della pubblica amministrazione (nella specie: dell'amministrazione penitenziaria) senza che sia previsto un intervento, neanche in via di ratifica, dell'Autorità giudiziaria, costituisce, ad avviso del remittente, un evidente contrasto con il disposto del secondo comma dell'art. 13 della Costituzione".

⁸² CASS. Pen. n. 19811/2016 in motivazione: Non può essere condiviso, infatti, l'assunto del ricorrente, secondo il quale l'istituto previsto dall'art. 41-bis ord. pen. avrebbe natura di misura di prevenzione e, quindi, sarebbero costituzionalmente illegittime sia la mancata previsione dell'attribuzione all'Autorità giudiziaria del potere di adottare la misura, sia la mancanza di contraddittorio, sia la mancata previsione della pubblicità - ove richiesta - delle udienze di trattazione dei reclami. È vero, infatti, che l'istituto previsto dall'art. 41-bis ord. pen. ha la funzione di prevenzione criminale così come le misure di prevenzione, ma da queste si differenzia perché esso è inerente alla esecuzione della pena inflitta in modo definitivo a seguito di sentenza di condanna. Del resto, la tutela dei diritti soggettivi e, segnatamente, la garanzia del contraddittorio, è adeguatamente assicurata in modo ampio dalla partecipazione del condannato e del suo difensore al procedimento di reclamo (Sez. I, n. 16302 del 15/03/2011 - dep. 26/04/2011, Guadagnuolo, Rv. 249973).

diritti dell'Uomo⁸³, assolve il regime di cui all'art.41 bis O.P.; tale regime, si afferma, è in linea con il dettato costituzionale e con il dettato della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo poiché costituisce “solo” una mera modalità esecutiva di una misura privativa della libertà personale, sia essa cautelare o definitiva. Si tratterebbe di una misura attinente soltanto al regime penitenziario o di una misura intramuraria o di una variante del trattamento e non di una pena diversa e autonoma rispetto alla reclusione o all'ergastolo o all'isolamento diurno; in quanto essa non produce effetti “sulla qualità o quantità della pena e sarebbe ricompresa nel quantum di privazione della libertà personale derivante dalla sentenza di condanna, non eccedendo mai, indipendentemente dal suo contenuto, il sacrificio di libertà personale già insito nello stato di detenzione”⁸⁴.

Si oppongono a tale “visione” dell'istituto, almeno due ipotesi ricostruttive alternative.

Secondo una prima differente tesi⁸⁵, l'istituto perseguirebbe finalità preventive e si inquadrerebbe tra le misure di prevenzione; secondo questa tesi sarebbe da escludere ogni finalità retributiva e perciò la riconducibilità agli istituti di diritto penale sostanziale. Esso non conseguirebbe all'accertamento di responsabilità singole, non si legherebbe con un nesso di consequenzialità necessario ad un reato presupposto e sarebbe applicabile per legge (art.41 bis comma 2 ultimo periodo), in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, “anche quando sia stata espia la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis”. Il reato presupposto rilevarebbe solo nella fase di attivazione; il reato presupposto non rilevarebbe nella fase di esecuzione che può prescindere dal reato presupposto, come nel caso in cui risulti che il detenuto abbia espia la porzione di pena riferibile ai reati di cui all'art.4 bis

⁸³ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sentenza del 19/3/2013, S.Riina C.Italia, ric.n. 43575/09, rammenta, in motivazione, “di avere esaminato il regime 41 bis in più occasioni e di averlo giudicato compatibile con la Convenzione”; e che “la compatibilità del regime 41 bis con la Convenzione è stata confermata anche quando il regime 41 bis è associato all'isolamento diurno (Genovese c. Italia (dec.), n. 24407/09, 10 novembre 2009), dato che tale situazione non consiste né in un isolamento sensoriale completo né in un isolamento sociale completo.

⁸⁴ Corte Cost.n.349/1993, in motivazione.

⁸⁵ Si tratta della tesi istituzionale o del Ministero della Giustizia; nei decreti applicativi del regime si legge testualmente: “tale regime differenziato costituisce una misura di prevenzione (...) 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 a questo Ministero”; la premessa alla Circolare D.A.P. n.3676/6126 del 2 ottobre 2017, esordisce col dire che “il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario è una misura di prevenzione che ha come scopo quello di evitare - 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 detenuti delle varie organizzazioni e quelli ancora operanti all'esterno”..

o.p. (divieto di scioglimento del cumulo⁸⁶). Una tale ipotesi ricostruttiva, secondo i suoi sostenitori, consentirebbe l'adozione del regime con uno "standard probatorio" ben inferiore non solo a quello dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" ma anche a quello dei "gravi indizi" di commissione di uno specifico e grave reato".

Alla tesi della misura di prevenzione è stato, tuttavia, opposto⁸⁷ che l'analisi comparativa del regime di cui all'art.41 bis e del sistema delle misure di prevenzione personali, "evidenzia marcate differenze di presupposti e di funzioni"; le misure di prevenzione, in particolare, a differenza di quanto accade per il regime di cui all'art.41 bis, verrebbero imposte "per fronteggiare il rischio della delinquenza nei confronti di chi sia pericoloso sulla base, non di eventuali condanne o di misure cautelari, ma dello stile di vita e dei pregressi comportamenti devianti, il cui accertamento costituisce il presupposto e la base giustificativa della prognosi sulla futura commissione di condotte criminose, che s'intende prevenire. Per cui è da escludere senz'altro la riconducibilità del regime di cui all'art.41 bis

⁸⁶ Come avvertono M.CANEPA e S.MERLO in, *Manuale di diritto penitenziario*, MILANO,2010,209, per espressa disposizione di legge, "il regime può essere applicato al detenuto o internato in caso di unificazione di pene concorrenti o di più titoli di custodia cautelare in carcere anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'art.4 bis".

⁸⁷ CASS Pen. Sez. 1 n. 19672/2017 secondo cui " La norma di cui all'art. 41 bis contempla una serie di limitazioni alla libertà personale del sottoposto, che trovano giustificazione nell'esigenza, ritenuta preminente nei giudizi di valore espressi dal legislatore, di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici. L'analisi comparativa di tale regime e del sistema delle misure di prevenzione personali evidenzia marcate differenze di presupposti e di funzioni. Sotto il primo profilo l'art. 41 bis postula condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche legate all'esigenza del contrasto dello specifico fenomeno mafioso, altre soggettive derivanti dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale del soggetto in relazione a reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, nonché la perdurante esistenza ed operatività dell'organizzazione cui egli appartiene; per contro, le misure di prevenzione vengono imposte per fronteggiare il rischio della delinquenza nei confronti di chi sia pericoloso sulla base, non di eventuali condanne o di misure cautelari, ma dello stile di vita e dei pregressi comportamenti devianti, il cui accertamento costituisce il presupposto e la base giustificativa della prognosi sulla futura commissione di condotte criminose, che s'intende prevenire. Quanto alla funzione, la sospensione delle regole detentive ordinarie riguarda l'esecuzione della pena nei confronti di quei detenuti che presentano la capacità di mantenere collegamenti con le associazioni di appartenenza e di trasmettere ordini e direttive all'esterno del carcere e comporta una compressione dei diritti soggettivi, non già la loro privazione, tant'è che essa viene imposta, non in via automatica nei confronti di tutti i detenuti che abbiano riportato condanna per determinati titoli di reato, ma a coloro di essi che presentino caratteristiche personali e specifiche di pericolosità, legate alla loro appartenenza ad organizzazioni criminali strutturate, e, sulla base dei dati ricavati dalle pregresse esperienze processuali e dalle conoscenze criminologiche, capaci di stabilire contatti anche con quanti siano detenuti, caratteristiche che li distinguono dai comuni soggetti ristretti in carcere. Tali rilievi e l'attinenza del regime detentivo speciale alle modalità esecutive della pena convincono della coerenza col sistema e coi valori costituzionali dell'attribuzione all'autorità amministrativa della competenza funzionale all'adozione del provvedimento impositivo o della sua proroga e dell'assenza di alcun profilo di disuguaglianza ed irragionevole disparità di trattamento rispetto al rito ed al sistema della prevenzione in contrasto con i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost."

O.P. alle misure di prevenzione. Inoltre, è perlomeno dubbio che la “prova” per l’applicazione di una misura di prevenzione, possa equipararsi alla prova necessaria per l’applicazione del regime di cui all’art.41 bis o.p.⁸⁸, senza tacere che la Corte Europea dei diritti dell’Uomo⁸⁹, sulle misure di prevenzione⁹⁰, ha di recente affermato (n.117 della decisione) che “l’applicazione di tali misure resta legata a un’analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali” “dato che né la Legge, né la Corte costituzionale, hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione”, concludendo che la Legge italiana sulle misure di prevenzione (illo tempore vigente), non contiene “disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento” che devono essere considerati costituire un pericolo per la società.

Secondo un’altra ipotesi ricostruttiva, il 41 bis O.P. non potrebbe essere considerato né come una mera modalità esecutiva della pena detentiva o una modalità del trattamento penitenziario rimessa alla discrezionalità dell’Amministrazione penitenziaria, né come una misura di prevenzione. La tipologia e la severità delle restrizioni che esso implica sarebbero tali da modificare radicalmente la fisionomia della pena detentiva; in questa prospettiva, secondo questa tesi⁹¹, il regime di cui all’art.41 bis o.p., avrebbe natura di “sanzione autonoma”, poiché realizzerebbe un sacrificio ulteriore della libertà e dei diritti fondamentali del detenuto; quale sanzione autonoma, non si tratterebbe però, come vorrebbe una dottrina⁹², di una misura di sicurezza⁹³, ma di vera e propria

⁸⁸ 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. , cit.379 considera la norma che disciplina la pericolosità a base del regime differenziato come “permeata da notevole ambiguità”.

⁸⁹ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso C. Italia in www.penalecontemporaneo.it, con commento di F.VIGANÒ: La corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali; di A.M. MAUGERI, Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera; e di R. MAGI, Per uno statuto unitario dell’apprezzamento della pericolosità sociale.

⁹⁰ Già previste agli articoli 3 e 5 della Legge n. 1423/1956, successivamente abrogati, unitamente a tutti gli altri articoli della legge, dal D.L.vo n.159/2011, recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010 n.136.

⁹¹ 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. , cit.386; nel senso che il decreto di sospensione delle normali regole trattamentali “determina in fase esecutiva una vera e propria pena “altra” da quella edittalmente prevista, in violazione del principio di stretta legalità” M.PAVARINI, il carcere duro tra efficacia e legittimità, opinioni a confronto Criminalia 2007,268.

⁹² In tal senso, M.RONCO Riflessioni su una nuova “sanzione”: l’art.41 bis dell’ordinamento penitenziario, in M.Amisano M.Caterini (a cura di) Persona pena

pena da applicare agli autori dei reati presupposto nel caso in cui si accerti l'esistenza di legami attuali con le associazioni criminali di appartenenza; ma non di una nuova pena detentiva principale (reclusione speciale o ergastolo speciale) quanto, piuttosto, di una pena accessoria⁹⁴ o di una pena che si aggiunge ad un'altra principale, per un certo periodo di tempo; speciale perché si riferisce a specifiche fattispecie delittuose e non automatica ma discrezionale⁹⁵ e che assumerebbe i caratteri della misura cautelare nei confronti degli imputati⁹⁶.

La particolarità e specificità dell'istituto, in uno con le incertezze relative alla identificazione di un chiaro e univoco fondamento, dovrebbero consentire di poter formulare, una terza alternativa ipotesi ricostruttiva dell'istituto che ne esalti il ruolo di misura restrittiva strumentale, anche eventualmente a fronte delle esigenze cautelari che dovessero permanere dopo la sentenza di condanna, esigenze che, come è noto, laddove esistenti prima della condanna, impongono al giudice procedente l'applicazione della custodia cautelare in carcere⁹⁷. Una tale ipotesi ricostruttiva prende le mosse dalle affermazioni della dottrina⁹⁸ secondo cui esisterebbe “un evidente terreno comune tra la disciplina del regime speciale e la misura endoprocessuale della custodia cautelare per i reati di associazione mafiosa rimessa alla iniziativa dei Procuratori della Repubblica”. La misura cautelare e il regime speciale, secondo la dottrina citata, avrebbero “la stessa base conoscitiva o lo stesso bagaglio conoscitivo da cui attingere”; la custodia cautelare obbligatoria per i componenti delle associazioni mafiose, in analogia a quanto previsto per

processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M.Gallo ESI,2012 ,217 segg..

⁹³ 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. , cit.388, evidenzia gli aspetti del 41 bis incompatibili con l'inquadramento tra le misure di sicurezza; secondo la chiara Autrice, la pericolosità a base del 41 bis non è una pericolosità soggettiva ma oggettiva o oggettivizzata; essa non discende o non discende soltanto dalle caratteristiche soggettive del detenuto ma coinvolge il contesto criminale nel quale il soggetto si muove; si tratta, inoltre, di una pericolosità che a differenza di quella a base della misura di sicurezza, non attinge all'art. 133 del c.p.; infine, a differenza della misura di sicurezza, che si applica dopo la pena, il 41 bis si applica anche all'imputato e in costanza di esecuzione della pena.

⁹⁴ 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. cit.,391.

⁹⁵ 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. cit.,395.

⁹⁶ 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. cit.,400.

⁹⁷ Il codice di procedura penale, (art.275 comma 3 c.p.p.), nell'ipotesi in cui sussistano i gravi indizi dei reati ex artt. 270, 270-bis e 416-bis cod. pen. e i pericula libertatis, contempla un apprezzamento legale, vincolante, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze cautelari, a nulla rilevando la natura ed il grado delle stesse, con conseguente esclusione di ogni soluzione intermedia tra la custodia intramuraria e lo stato di piena libertà dell'imputato.

⁹⁸ S.ARDITA L'attività del Ministero della giustizia nella fase di applicazione dell'istituto problemi originari e derivati alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. Ipotesi di modifiche legislative allo studio del Ministero in www.csm.it ricerche, 2007,

l'applicazione del regime del 41 bis O.P., sarebbe una misura "ancorata a ragioni di pericolo per la sicurezza pubblica, riferibili non tanto o non solo al singolo indagato, quanto più al gruppo mafioso di riferimento al quale egli può fornire un apporto di qualsivoglia natura nell'ambito delle diverse condotte previste nella fattispecie"; e "rappresenta una risposta alla generale necessità di prevenire la commissione di reati". E, in questo senso, continua la dottrina citata, emergerebbe "la necessità di un raccordo tra la funzione di prevenzione endoprocessuale in sé rappresentata dal carcere obbligatorio per gli imputati di mafia e la funzione di prevenzione penitenziaria costituita dal regime speciale di detenzione per i detenuti mafiosi di maggior rilievo", con la conseguenza inevitabile di rimettere "ai medesimi organi giudiziari competenti a determinare lo stato di custodia, la individuazione dei soggetti da sottoporre al 41 bis".

Orbene tanto la teoria della "pena autonoma", quanto l'ipotesi ricostruttiva che, ne evidenzia la natura cautelare, rendono evidenti i limiti dell'attuale disciplina del regime del 41 bis e il possibile contrasto della stessa con le garanzie costituzionali sulla libertà personale (art.13 Cost.) e le ulteriori garanzie poste sullo stesso tema, dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹⁹.

Passando ora ai caratteri del "carcere duro" si può evidenziare che, quale modalità di esecuzione della pena detentiva, il regime si caratterizza particolarmente perché prevede un complesso di limitazioni o di restrizioni che si applicano in modo necessariamente congiunto¹⁰⁰. Nessuna incidenza sull'applicazione del regime e delle restrizioni o limitazioni che lo compendiano, possono avere le circostanze o le esigenze del caso concreto anche di carattere personale o individuale, per cui, il contenuto del decreto di applicazione del regime non può prescindere, sempre e in ogni caso, dalla previsione integrale di applicazione di tutte le limitazioni proprie

⁹⁹ Secondo l'interpretazione prevalente della CEDU, la disposizione di cui all'art5 CEDU non attiene in alcun modo alle condizioni di detenzione le quali possono venire in rilievo ai fini dell'art.3 (S. BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, PADOVA, 2012, SUB ART.5, 113); tuttavia si segnala la diversa conclusione cui la Corte è giunta in ordine a un mutamento della natura della misura detentiva: in un caso in cui gli arresti domiciliari erano stati sostituiti dall'internamento in un ospedale psichiatrico la Corte ha stabilito che siffatto mutamento non incideva solo sulla condizione della detenzione ma assumeva rilevanza come una effettiva ulteriore restrizione della libertà della quale andava autonomamente valutata la regolarità (decisione Gulub Atanasov C.Bulgaria del 6/11/2008 citata da S. BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit. 113)

¹⁰⁰ La formula usata dal legislatore ("la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede"), frutto di un ritocco in senso rigoristico avvenuto con la Legge 15 luglio 2009 n. 94, non lascerebbe dubbi all'applicazione congiunta di tutte le restrizioni elencate nell'art. 41 bis comma 2 quater : 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., Cit.,232

del regime. Una tale caratteristica ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale per una possibile violazione del principio di uguaglianza¹⁰¹.

La durata del regime di cui all'art. 41 bis o.p., inoltre, non ha un limite temporalmente definito¹⁰²: si tratta di un regime a durata tendenzialmente indeterminata.

Si tratta di un regime che non si rapporta alla colpevolezza del detenuto ma alla sua pericolosità che tende a contrastare o a neutralizzare; precisamente non si rapporta alla pericolosità soggettivizzata ma alla pericolosità oggettivizzata (o relativa al contesto criminale nel quale il soggetto si muove)¹⁰³ del detenuto, contenuta comunque nell'ambito dei reati previsti dall'art.4 bis O.P..

Caratteristica ulteriore del regime è che esso trova applicazione non solo per i condannati ma anche per gli imputati.

Quando si applica ai condannati il regime si esegue contestualmente alla pena ma non coincide o non si sovrappone identicamente alla pena, con cui si esegue contestualmente¹⁰⁴: non vi è coincidenza, salvi casi eccezionali, tra durata della pena inflitta per il reato presupposto e durata del regime detentivo speciale.

Con riferimento al regime di cui all'art.41 bis O.P., infine, appaiono declinabili, sia pure con qualche adattamento, taluni caratteri propri delle misure cautelari endoprocessuali¹⁰⁵, quanto meno per il regime applicato all'imputato, quali la strumentalità, l'urgenza, la provvisorietà, l'impugnabilità.

La strumentalità, in particolare, per il regime applicato al condannato si coglierebbe in relazione allo scopo del regime che indubbiamente tende ad evitare l'aggravamento delle conseguenze del reato o la commissione di ulteriori reati e, in un certo senso, contribuisce ad assicurare l'esecuzione della sentenza definitiva (non avrebbe senso una condanna se la persona nonostante l'ergastolo o la reclusione continui a delinquere) e l'accertamento del reato, nella parte in cui è rimasto in ombra.

Sembra ovvio anche il riferimento alla prevenzione del pericolo che vengano commessi ulteriori reati, ossia ad una tipica esigenza cautelare della misura cautelare endoprocessuale, che in caso di violazione del 416 bis c.p. è presunta iuris tantum in presenza di gravi indizi di colpevolezza; esigenza che appare insita anche nell'applicazione del regime di cui all'art.41 bis o.p..

¹⁰¹ L.CESARIS Commento agli artt.14 bis, 14 quater,41 bis e 47 ter in F. DELLA CASA, G.GIOSTRA Ordinarmento penitenziario commentato Padova,2015,459.

¹⁰² 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., Cit.,372

¹⁰³ R.BARTOLI Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio) in Riv. It.dir. e proc.pen. 2013,731; 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. cit.,388

¹⁰⁴ 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.,Cit.,391

¹⁰⁵ Sulle quali si rimanda a P.TONINI, Manuale di procedura penale, MILANO, 2007,337.

3. Il procedimento: competenza, presupposti applicativi, regime delle impugnazioni.

Il 41 bis è applicato dal Ministro della giustizia con decreto. Il decreto sospende l'applicazione di alcune delle regole legali ordinarie di disciplina della vita penitenziaria (“l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge” secondo la formula adottata dalla norma) e, quindi, ridefinisce in senso più restrittivo gli spazi di libertà all'interno del carcere, già previsti o contemplati o regolamentati in via ordinaria per tutti i detenuti, per tutte le persone sottoposte a pene detentive o misure di sicurezza detentive, dall'ordinamento penitenziario e, precisamente, (secondo il dettato normativo) degli istituti “che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza”.

Tale regime può essere applicato: a) 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, (alias nei confronti di detenuti e internati per delitti di criminalità organizzata di terrorismo e per le altre fattispecie penali di cui all'art. 4 bis comma 1 primo periodo o.p.) (cd. presupposto formale di accesso al regime¹⁰⁶ o cd “porta” che conduce all'applicazione del regime¹⁰⁷). Si precisa 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; b) in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva (è richiesta la prognosi di pericolosità del detenuto nel senso che il giudice dovrà valutare la sussistenza in concreto del rischio che il soggetto, per l'attualità dei legami con l'associazione criminale di appartenenza, continui ad esercitare dal carcere le funzioni connesse al suo ruolo all'interno dell'organizzazione).

Il provvedimento di applicazione del regime ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile per successivi periodi, ciascuno pari a due anni.

La norma, con terminologia equivoca¹⁰⁸, dispone che il regime di cui all'art.41 bis si applichi “quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica”, “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

¹⁰⁶ S.ARDITA, Art.41 bis o.p..L'attività del Ministero della Giustizia nella fase di applicazione dell'istituto: problemi originari e derivati alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale. Ipotesi di modifiche normative allo studio del Ministero, seminario di studi 2-3 luglio 2007 del Consiglio Superiore della Magistratura in www.csm.it .

¹⁰⁷ S.ARDITA, Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione in Cass.Pen. 2006,1899.

¹⁰⁸ 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.,Cit.,227: “l'espressione usata dal legislatore non è certo delle più felici perché sembrerebbe aprire la porta a valutazioni meramente indiziarie”.

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”.

Secondo l'interpretazione corrente¹⁰⁹, in presenza di fatti di reato di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque di delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, non occorre la prova positiva dei collegamenti con una associazione criminale, ma sono sufficienti soltanto indizi in tal senso¹¹⁰; dovrebbe trattarsi, della prova della capacità di continuare a partecipare alle attività criminali dell'associazione o della capacità di prosecuzione delle attività criminali nell'associazione o per l'associazione criminale o della prova della sussistenza in capo al detenuto del vincolo associativo¹¹¹.

Quando si raggiunge tale prova ricorrerebbero, altresì, i “gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica” richiesti dalla norma¹¹².

La formulazione della norma, si osserva¹¹³, “può indurre una lettura dell'art.41 bis esclusivamente fondata su caratteristiche del tipo d'autore e capace di introdurre una grave presunzione di pericolosità nei confronti di alcuni detenuti”; perciò parte

¹⁰⁹ L.FILIPPI G.SPANGER, Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza, cit.,171.

¹¹⁰ Per CASS. sez.I, 46013/2004 in www.unife.it : “dalla chiara formulazione della norma, emerge come per il riconoscimento di detta condizione non occorra che la, sussistenza dei detti collegamenti risulti positivamente dimostrata (come sarebbe invece necessario per un'affermazione di penale responsabilità), essendo invece necessario e sufficiente che essa possa essere ragionevolmente ritenuta probabile, sulla base degli elementi di volta in volta disponibili; e non può certo revocarsi in dubbio che fra tali elementi ben possano rientrare anche quelli costituiti dalla pendenza di procedimenti per altri delitti di criminalità organizzata, ai quali si fa cenno, senza in alcun modo contestarne l'esistenza, nello stesso atto di ricorso;

¹¹¹ insiste sull'ambiguità della formulazione della norma 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.,Cit.,379, secondo cui tale notevole ambiguità si ripercuoterebbe “sull'accertamento del presupposto applicativo del 41 bis ed in particolare la sussistenza in capo al detenuto del vincolo associativo”.

¹¹² Osseva V.MACRÌ, Art.41 bis 2° comma O.P., Seminario di Studi 2-3 luglio 2007, in www.csm.it ricerche,2007,10, “se, infatti un soggetto detenuto per reati associativi di tipo mafioso o terroristico può anche durante la detenzione collegarsi comunicare o comunque tenere contatti con l'organizzazione di provenienza (e ciò sia attraverso un collegamento diretto con l'esterno sia attraverso altri detenuti) tale potenziale collegamento genera pericolo in quanto la cosca continua a ricevere il contributo organizzativo decisionale di uno dei suoi esponenti principali in tal modo rafforzando la propria operatività (anche per effetto del prestigio derivato dal personaggio detenuto di riferimento) mentre il detenuto continua ad usufruire del potere di leadership a lui derivato dalla operatività attuale della cosca di appartenenza con conseguente rafforzamento del suo potere personale dentro e fuori dal carcere”.

¹¹³ B.GUAZZALOCA Differenziazione esecutiva e legislazione in materia penitenziaria in Dei delitti e delle pene 1992,III130; F.C..PALAZZO C.E.PALIERO, Commentario breve alle leggi penali complementari,Padova,2007,1946.

della dottrina auspica ¹¹⁴ “di ancorare il ricorso alla misura sospensiva alla sussistenza di un effettivo rapporto tra la popolazione carceraria che ne è destinataria e lo stato di allarme sociale: dovrà accertarsi che il problema di ordine e sicurezza pubblica sia riferibile ai destinatari del provvedimento in virtù dell’esistenza di rapporti attuali tra questi ultimi e le organizzazioni criminali che hanno determinato la situazione di emergenza”; un tale ancoraggio, tuttavia, non esclude il rischio di una interpretazione “riduzionistica” della norma e del presupposto applicativo e, perciò, si ritiene che la misura dovrebbe, piuttosto, collegarsi ed essere giustificata, più significativamente, in relazione ad effettive attuali e concrete esigenze di lotta alla criminalità organizzata, che dovessero perdurare dopo l’intervento dell’Autorità Giudiziaria.

Nella prassi applicativa ai fini dell’accertamento di tale pericolosità, occorrono o soccorrono due indici: a) il grado di capacità operativa sul territorio dell’organizzazione alla quale il detenuto appartiene; b) il ruolo rivestito dal soggetto all’interno dell’organizzazione fino al momento dell’arresto con particolare riguardo alle cariche direttive eventualmente ricoperte in seno all’associazione criminale, alla partecipazione ai gruppi di fuoco della stessa associazione e alla capacità di veicolare all’esterno informazioni, messaggi, ordini. Si tratta di indici presuntivi e di elementi indiziari ¹¹⁵, basati su massime d’esperienza o su fatti sopravvenuti.

Tali indici di pericolosità sono tratti (fonti della pericolosità) dall’ufficio del P.M. o del Giudice procedente, dalla Direzione Nazionale Antimafia e dagli organi di Polizia centrali e quelli specializzati nell’azione di contrasto alla criminalità organizzata terroristica o eversiva e sono fondati essenzialmente sulla comprovata appartenenza del soggetto ad associazione di tipo mafioso (o terroristico ed eversivo) risultante dal titolo di detenzione e da eventuali procedimenti pendenti. La prova (a differenza dei casi di proroga come vedremo) riguarda l’esistenza, sia pure solo indiziaria di tali potenziali collegamenti.

L’acquisizione di informazioni è sottratta al contraddittorio; può anche accadere ¹¹⁶ che le stesse informazioni siano generiche e non indicative di fatti specifici e quindi non verificabili.

A differenza del caso della prima applicazione che richiede un accertamento in concreto circa la sussistenza di potenziali legami tra il detenuto e l’associazione criminale di appartenenza per il caso della proroga, la legge si accontenta di una

¹¹⁴ A.MARTINI, commento all’art.14,14 bis 15 del D.L. 306/1992 in *Legisl.pen.*,1993,207.

¹¹⁵ V.MACRÌ, Art.41 bis 2° comma O.P., Seminario di Studi 2-3 luglio 2007, in www.csm.it ricerche,2007,12.

¹¹⁶ Accennano a questa possibilità, L.FILIPPI e G.SPANGHER, in *Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza MILANO*,2007,171 secondo i quali, “le regole del giusto processo devono trovare applicazione in ogni processo e quindi anche nella fase dell’esecuzione penitenziaria compreso il fondamentale momento di applicazione del regime di cui all’art.,41 bis o.p. che non può essere adottato sulla base di elementi sui quali non è consentito il contraddittorio”.

presunzione¹¹⁷ prevedendo che la proroga “è disposta quando risulta che la capacità di mantenere tali collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche 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.

In tal senso il provvedimento di proroga deve, quanto meno, richiamare ed elencare “il curriculum criminale del detenuto”, con specifico riferimento ai delitti commessi e alla loro gravità, anche in relazione alle eventuali conseguenze politiche, economiche e sociali ad essi connesse (quali ad esempio quelle scaturite a seguito dei reati che negli ultimi trenta anni hanno tristemente segnato la storia stessa del nostro Paese, avvenuti a Capaci, in via D'Amelio, a Roma, a Firenze, e a Milano) e la loro riconducibilità ad una strutturale strategia mafiosa, vissuta al suo massimo livello associativo. A questo proposito, si precisa che il mero decorso del tempo, non costituisce, di per sè, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa”. In definitiva¹¹⁸, ai fini della proroga del regime, la legge si accontenta della potenziale attitudine a riacciare i contatti, nell'ipotesi di una collocazione del detenuto in regime detentivo ordinario; una prova, anche questa, che lungi dal basarsi su effettivi fatti concreti, viene desunta (o assunta) da ciò che solo normalmente accade o è accaduto, in situazioni di detenzione ordinaria e che, la legge, assume siano suscettibili di ripetersi, nella situazione specifica della persona detenuta che vi è sottoposta.

Si ritiene, comunque, che debba essere l'autorità amministrativa a fornire la prova di tale capacità.

I decreti di proroga del regime di detenzione differenziato previsto dall'art. 41 bis Ord. pen., analogamente a quelli che lo dispongono, devono essere dotati di congrua e autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi da cui risulti la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e di sicurezza, correlate ai pericoli insorgenti dalla persistente capacità del condannato di tenere contatti con la criminalità organizzata che le misure mirano a prevenire. Ne consegue che non sono consentite, per una sorta di inammissibile automatismo, immotivate proroghe

¹¹⁷ 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: *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, a cura di A.GABOARDI, G.GARGANI G.MORGANTE A.PRESOTTO M.SERRAINO, TORINO,2013,129

¹¹⁸ 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: *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, a cura di A.GABOARDI, G.GARGANI G.MORGANTE A.PRESOTTO M.SERRAINO, cit.,129

del regime di detenzione speciale ovvero motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte¹¹⁹.

La necessità di un'autonoma motivazione puntualmente giustificativa dei provvedimenti di proroga è il risultato dell'interpretazione "adeguatrice", o *secundum Constitutionem*¹²⁰, della normativa di cui all'art. 41 bis Ord. pen., comma 2 bis, in base alla quale è da escludere che, ai fini del controllo della legittimità della proroga, gravi sul condannato l'onere di provare che sono venute meno le condizioni poste a base dell'applicazione del regime di detenzione differenziato.

La formula declinata al singolare secondo cui "la proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno" implica l'obbligo di dimostrare, di volta in volta, la permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire degli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali o con l'organizzazione criminale di appartenenza; mentre è da escludere che sussista un onere (o un'inversione dell'onere della prova) a carico del condannato, di offrire prova della cessazione di tale pericolo.

Il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo avverso il procedimento applicativo.

¹¹⁹ CASS. Sez. I, 10 gennaio 2005, ric. Lombardo, Rv. 230554; CASS. Sez. I, 26 gennaio 2004, ric. Zara, Rv. 228049

¹²⁰ Corte Cost. ord. n. 417 del 13/12/2004; Cass. Penale Sent. n.15780 anno 2017 in CED Cassazione 2017; Cass. sez. 5, n. 40673 del 30/05/2012, Badagliacca, rv. 253713; CASS. sez. V, n. 18054 del 25/01/2012, Russo, rv. 253759; CASS. sez. I, n. 14822 del 03/02/2009, rv. 243736; CASS. Sez. I, 26 gennaio 2004, ric. Zara, Rv. 228049; "la conformità alla Costituzione della disposizione è garantita soltanto a condizione che ogni decreto applicativo o di proroga sia dotato di congrua e propria motivazione in ordine alla sussistenza o persistenza dei presupposti per la sottoposizione al regime detentivo differenziato, non consentendo l'ordinamento giuridico una perpetuazione automatica della compressione dei diritti del condannato in espiatione di pena, disposta al di fuori del vaglio giudiziale ancorato alla situazione personale concreta ed alla reale ed attuale pericolosità sociale nella sua forma specifica della capacità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza. Al riguardo, tenuto conto della riforma ulteriore del comma 2-bis dell'art. 41-bis introdotta nel 2009, la proroga del decreto ministeriale postula l'accertamento della persistenza della capacità del condannato di tenere contatti con l'associazione di riferimento, non già l'effettivo mantenimento di tali relazioni, verifica da condurre anche utilizzando gli specifici parametri, ritenuti dal legislatore significativi e non necessariamente compresenti, del profilo criminale, della posizione rivestita dal soggetto in seno organizzazione, della perdurante operatività del sodalizio, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non considerate in precedenza, degli esiti del trattamento intramurario e del tenore di vita dei familiari, in ordine ai quali è necessario che il provvedimento del Tribunale di sorveglianza espliciti la valutazione condotta sulla scorta di circostanze ed elementi concreti, significanti che il pericolo di contatti del condannato con l'esterno ed i gruppi criminali di appartenenza, quindi della ripresa dell'attività criminosa, non è cessato".

Il reclamo è presentato nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma¹²¹.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento.

Il tribunale, entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo di cui al comma 2-quinquies, decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale, sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento¹²². All'udienza le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del Procuratore della Repubblica di cui al comma 2-bis o del Procuratore nazionale antimafia.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 bis co. 2 sexies L. 354/1975, l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza che abbia deciso sul reclamo proposto avverso il Decreto Ministeriale di cui all'art. 41-bis co. 2-bis, è ricorribile in cassazione soltanto "per violazione di legge".

Secondo il dettato della norma precisamente "il Procuratore Nazionale Antimafia, il Procuratore di cui al comma 2-bis, il Procuratore Generale presso la Corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore, possono proporre, entro dieci giorni dalla sua comunicazione, ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale per violazione di legge. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di Cassazione. Se il reclamo viene accolto, 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".

¹²¹ Secondo M.CANEPA e S.MERLO, *Manuale di diritto penitenziario MILANO*, 2010,217, "tale scelta corrisponde al duplice intento di ridurre il tasso di difformità delle decisioni (intento questo, secondo gli autori, discutibile poiché a tanto dovrebbe provvedere la Corte di Cassazione piuttosto che un giudice di merito) e di concentrare i mezzi tecnici e amministrativi necessari alla trattazione dei complessi procedimenti in materia di 41 bis in un unico ufficio giudiziario.

¹²² Il tribunale non può scrutinare la congruità del contenuto del decreto rispetto allo scopo ma può solo confermare o annullare in toto il decreto applicativo; nel senso che tutto ciò genera un vuoto di tutela 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.*, Cit.,298; un vuoto che però può essere colmato attraverso l'intervento del magistrato di sorveglianza territorialmente competente sul carcere nelle forme del reclamo, così come proposto da M.CANEPA e S.MERLO, *Manuale di diritto penitenziario MILANO*, 2010,219 e successivamente confermato dalla prassi applicativa; a tal proposito la cassazione con sentenza 37835/2015 in CED on line, ha chiarito che "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 ed 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. (CASS. n. 18191/2014, non massimata; e, in un quadro normativo parzialmente diverso, CASS. n. 47736/2004).

Secondo l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza¹²³, la limitazione dei motivi di ricorso alla sola violazione di legge, escluderebbe la possibilità di ricorrere alla Corte, in caso di vizio di insufficienza, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, mentre risulterebbe possibile ricorrere alla cassazione, oltre che nei casi di inosservanza di specifiche disposizioni di legge sostanziale e processuale, nei casi di mancanza di motivazione¹²⁴, integrante in sé un'ipotesi di trasgressione¹²⁵, sia del disposto generale dall'art. 125 cod.proc.pen., sia della prescrizione dell'art. 41 bis ord. pen., comma 2 sexies, secondo la quale il Tribunale di Sorveglianza "decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p., sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2".

4. I contenuti e i presupposti del 41 bis in una prospettiva di riforma: segregazione cellulare lavoro e giurisdizionalizzazione della misura

Il metodo scelto è utilizzato dalla legge, attraverso gli interventi e le limitazioni proprie del 41 bis O.P. sembra potersi accostare al metodo cellulare o della segregazione cellulare di storica memoria nell'esecuzione delle pene più gravi nella tradizione penalistica italiana.

La segregazione cellulare già prevista dal codice Zanardelli¹²⁶, prevedeva, l'obbligo del lavoro per il condannato e nessuna forma di socialità.

¹²³ Cass. Penale Sent. n.15780 anno 2017 in CED Cassazione 2017

¹²⁴ La "mancanza di motivazione" comprende il caso della motivazione "graficamente assente" (il provvedimento contiene solo il dispositivo) nonché i casi in cui l'apparato giustificativo del provvedimento risulti privo "dei requisiti minimi di coerenza, completezza e di logicità, al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidoneo a rendere comprensibile la ratio decidendi" (come quando le relative linee esplicative sono talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da compromettere l'intelligibilità della decisione, ovvero, ancora, quando le relative linee esplicative non affrontino le tematiche poste col reclamo, sostanzialmente eluse), tutte situazioni nelle quali "le argomentazioni giustificative, pur presenti, in realtà non assolvano alla funzioni cui sono destinate" (CASS. SS. UU. 28/5/2003, ric. Pellegrino, rv. 224611; CASS. Sez. I, 9/11/2004, ric. Santapaola, rv. 230203).

¹²⁵ Avverte la giurisprudenza (CASS. Penale Sent. Sez. 1 Num. 15779 Anno 2017) che secondo il costante e risalente insegnamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. pen. 13.03.92, p.c. in c. Bonati) "la violazione di legge concernente la motivazione trova il suo fondamento nella disciplina costituzionale di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 111 e consiste nella omissione totale della motivazione stessa ovvero allorché ricorrano le ipotesi di motivazione fittizia o contraddittoria, che si configurano, la prima, allorché il giudice 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".

¹²⁶ Si riportano gli artt. 11 e 12 del codice penale per il Regno d'Italia di cui alla "legge che dà la facoltà al Governo di pubblicare il nuovo Codice penale per il regno d'Italia del 22 novembre 1888, cd. codice Zanardelli; art.11: "la pena dell'ergastolo è perpetua, e si sconta

Il regime del 41 bis, ora, prevede una modalità di esecuzione della pena che si avvicina di molto alla segregazione cellulare¹²⁷ ma non contempla tra le prescrizioni l'obbligo del lavoro.

E se è vero che quell'obbligo, durante la vigenza del codice Zanardelli è rimasto pressoché lettera morta, per mancanza di fondi, è altrettanto vero che per il detenuto sottoposto al regime del 41 bis l'obbligo del lavoro, comunque desumibile dalle norme più generali contemplate dall'ordinamento penitenziario¹²⁸ trova una limitatissima attuazione attraverso quei piccoli lavori domestici ai quali il detenuto può essere ammesso tanto da potersi affermare che non è certo sul lavoro che punta l'ordinamento per il miglioramento del condannato.

A proposito del metodo cellulare, a proposito della pena carceraria basata sul sistema cellulare, che a differenza di quanto previsto dal regime del 41 bis, non prevedeva alcuna forma di socialità tra i condannati, è noto come la scuola positiva¹²⁹ nei primi anni del 900, si fosse già pronunciata in termini fortemente critici.

Agli inizi del novecento si ragionava nel senso di ritenere la cella, importata dalle terre d'America in Europa, “una energica ma esagerata reazione contro, la mescolanza immorale e funesta dei delinquenti”, “attuata per ottenere il pentimento mercé l'austerità della solitudine”¹³⁰. “Inoltre il sistema della cella è enormemente costoso è una inutile disumana e costosissima tomba di viventi; un tale sistema, spinge i penitenziaristi ad interventi volti all'attenuazione dei difetti tra cui la

in uno stabilimento speciale, dove il condannato rimane in segregazione cellulare continua con l'obbligo del lavoro”; art.12: la pena della reclusione si estende da tre giorni a 24 anni: se non eccede un anno si sconta in un carcere giudiziario con l'obbligo del lavoro e con segregazione cellulare continua per tutta la durata della pena computandosi due giorni di segregazione per tre giorni di pena. Se eccede un anno si sconta in una casa di forza: con segregazione cellulare continua per un primo periodo uguale al sesto dell'intera durata della pena purché non sia minore di sei mesi né maggiore di tre anni; con segregazione notturna e silenzio durante il giorno per il resto della pena; e sempre con l'obbligo del lavoro.

¹²⁷ La più volte citata circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n. 3592-6042 del 9.10.2003, riguardo alla collocazione dei detenuti all'interno delle sezioni dispone che "avverrà sempre rigorosamente in cella singola"

¹²⁸ Art.20 comma 3 legge 354/1975: “il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro.

¹²⁹ RICCI, L'evoluzione della vita notturna nella segregazione cellulare continua, in Scuola Positiva, 1901,513, 577; COLUCCI, Gli effetti della cella nei corrigendi, in Scuola Positiva 1905, 265 E. FERRI Sociologia criminale, TORINO, 1892, capitolo IV, par.V, pag.711-765.

¹³⁰ Secondo il pensiero di questi studiosi (si veda a tal proposito E.FERRI, Sociologia criminale, TORINO, cit.,746), “la cella non corrisponde a nessuno dei requisiti e dei fini della pena quando questa sia considerata dal punto di vista dell'interesse sociale: non migliora e non rende socialmente idoneo il delinquente perché anzi lo prostra fisicamente lo abbrutisce moralmente lo spegne intellettualmente ne forma un focolare di odio contro la società non lo educa al lavoro che nella cella è impossibile”. “Il sistema cellulare è feroce ed inumano senza riuscire utile, anzi è uno strumento vano nell'organizzazione dei mezzi penali di difesa sociale; esso corrisponde solo al criterio afflittivo della pena in senso barbarico e brutale”. “Il sistema cellulare elimina e atrofizza l'istinto sociale che già è molto atrofico nei delinquenti; rende inevitabile la pazzia fra i detenuti o la consunzione (per onanismo per insufficienza di moto di aria).

costruzione immorale di celle ben comode per gli assassini che sono un insulto atroce alla miseria delle capanne e delle soffitte dei contadini e degli operai onesti¹³¹”. “L’incrudelimento di una lunga segregazione cellulare fiacca la fibra morale del condannato se non mina la sua esistenza fisica; le strutture destinate ad ospitare lunghe pene detentive segreganti e cellulari sono ciò che di più lugubre e spaventoso l’umana immaginazione potrebbe concepire tombe di esseri viventi che la società ha reietto per sempre dal suo seno”; “l’ergastolo costringe alla segregazione individuale e cellulare continua cioè ad una vita forse peggiore della morte stessa¹³²”.

Assai significativo è inoltre il monito di lombrosiana memoria secondo cui “Il volgo e anche il mondo scientifico credono in buona fede il carcere specie il cellulare sia un organismo muto e paralitico privo di lingua di mani perché la legge gli ha imposto di tacere e di restare immobile ma siccome nessun decreto per quanto sostenuto dalla forza può contro la natura delle cose così quest’organismo parla si muove e qualche volta ferisce uccide a dispetto di tutti i decreti esso si esplica per le vie meno note e sempre sotterranee e nascoste”¹³³.

In alternativa al sistema cellulare, in quegli anni, si proponeva il modello del lavoro coatto¹³⁴; a sostegno di tale proposta, facendo leva sull’importanza del lavoro nella società moderna come fattore di benessere, di prosperità, di moralità, si affermava, tra l’altro, che caratteristica frequente dei delinquenti è “l’odio e la ripugnanza al lavoro”; “è l’incapacità ad un’occupazione continuata e metodica”; “è quello stato psichico che in Germania dicono arbeitsscheu” (infingardaggine pigrizia, n.d.s.) . “Se pertanto noi vogliamo non punire per punire, bensì trattare i delinquenti in modo da toglierne o diminuirne la temibilità o da renderli in quanto sia possibile socialmente idonei, dobbiamo organizzare i nostri mezzi e metodi di pena in modo da risvegliare o restaurare in essi il sentimento e l’attitudine al lavoro a seconda delle varie capacità e consuetudini, di qui la necessità di rendere l’obbligo del lavoro elemento indispensabile della cd pena carceraria”. “Il lavoro all’aperto, la luce, il moto, il lavoro agricolo, ma anche il lavoro negli opifici industriali possono

¹³¹ E.FERRI, *Sociologia criminale*, TORINO, cit.,746: “Gli adeguamenti delle celle i perfezionamenti architettonici e igienici finiscono per danneggiare ulteriormente la società che ne deve sopportare il costo attraverso l’aumento delle imposte e delle tasse” “Aggiungasi che la sofferenza della cella è assai diversamente sentita dai cittadini urbani e dai contadini, dai settentrionali e dai meridionali, dagli uomini robusti avidi di aria e di moto e dai deboli di tendenze sedentarie inclinati alla quiete”..

¹³² E.FERRI, *Sociologia criminale*, TORINO, cit.,746; “la carcerazione cellulare determina uno stato miserrimo a cui l’uomo libero non può pensare senza terrore”. Si tratta di un sistema anche inefficace, perché “l’isolamento morale che è uno degli scopi della segregazione cellulare non si può ottenere”; “i detenuti trovano mille modi per comunicare tra di loro o nelle aree di passeggio o scrivendo sui libri dati loro a leggere o persino scrivendo sulla sabbia dei cortili o battendo con alfabeti convenzionali dei colpi sulle mura delle celle”; e il carcere diventa “la sede infetta della camorra della mafia e della teppa”, “il luogo dove l’infezione morale è anche più forte dell’infezione igienica”.

¹³³ C.LOMBROSO, *I palinsesti del carcere*, TORINO,1891, prefazione.

¹³⁴ E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale vol.I, parte II, Dei reati e delle pene in generale*, MILANO VALLARDI, s.d. (pubblicati probabilmente tra il 1902 e il 1907), 22.

rigenerare delinquenti impedendo la consunzione, l'instupidimento". "Ovunque vi è un agglomerato umano ivi vi è fermentazione e putrefazione umana; solo il lavoro all'aperto risponde alle necessità dell'igiene fisica e morale¹³⁵. "Solo in questa guisa si potrebbe conseguire l'emenda degli emendabili rendere cioè socialmente idonei quelli che sono suscettivi di purgarsi dall'inclinazione e dall'abito del delinquere"¹³⁶

Un tale modello di "lavoro coatto" e forzato gratuito, nonostante alcune recenti autorevoli "sponsorizzazioni" di esponenti del mondo istituzionale giudiziario¹³⁷ di cui, comunque, andrebbero approfondite meglio le motivazioni, delle pur criticabili conclusioni sul tema del lavoro dei detenuti¹³⁸, non è proponibile nel nostro ordinamento, poiché del tutto incostituzionale¹³⁹.

¹³⁵ E.FERRI, *Sociologia criminale*, TORINO, cit.,750.

¹³⁶ E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale vol.I, parte II, Dei reati e delle pene in generale*, cit. 23. E tutto ciò dovrebbe essere organizzato e sviluppato per via di colonie agricole di compagnie adibite a pubblici lavori ed in ultimo di opifici industriali". Al fine di evitare una pena fine a se stessa la proposta della dottrina in esame è "lavoro in comune durante il giorno a seconda delle varie attitudini, con segregazione personale durante la notte".

¹³⁷ Ci riferiamo alle opinioni espresse dal procuratore dr.Nicola Gratteri e che hanno suscitato forti reazioni critiche; per tutti Franco Corleone IL MANIFESTO 18 giugno 2014, che a proposito delle affermazioni del Procuratore così riportate in virgolettato "Io sono per i campi di lavoro, non per guardare la tv. Chi è detenuto sotto il regime del 41 bis coltiva la terra se vuole mangiare. In carcere si lavora come terapia rieducativa. Occorre farli lavorare come rieducazione, non a pagamento. Se abbiamo il coraggio di fare questa modifica, allora ha senso la rieducazione. Farli lavorare sarebbe terapeutico e ci sarebbe anche un recupero di immagine per il sistema" ha commentato: "ci vorrebbe davvero un bel coraggio a fare strame delle norme penitenziarie europee, delle sentenze della Corte Costituzionale, della legge Smuraglia e della riforma penitenziaria del 1975, peggiorando addirittura il Regolamento di Alfredo Rocco del 1932! Nei resoconti dell'audizione non si leggono le reazioni dei commissari. Il silenzio glaciale appare la risposta adeguata. Di fronte a simili derive è il caso che il ministro Orlando avvii subito le procedure per la nomina del garante nazionale dei diritti dei detenuti".

¹³⁸ Muove critiche alle affermazioni del Procuratore Gratteri anche, tra gli altri, M.Bortolato, *lavorare...che pena? Note sul lavoro in carcere, fra vecchie certezze e nuove provocazioni*, in *Questione Giustizia*, 2/2015,102, secondo cui, il lavoro gratuito e terapeutico in carcere, altro non è che il lavoro forzato "che aggiunge alla privazione della libertà una maggiore afflizione" e "che degrada il detenuto kantianamente a cosa".

¹³⁹ Il lavoro coatto o obbligatorio o gratuito-terapeutico che dir si voglia appare in contrasto con gli artt. 4 e 36 della Costituzione Italiana; a livello internazionale la convenzione sul lavoro forzato e obbligatorio del 1930 precisa che "il termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente" e che il termine lavoro forzato o obbligatorio non comprenderà, ai fini della convenzione "ogni lavoro o servizio richiesto a una persona a seguito di una condanna emessa in tribunale, a condizione che tale lavoro o servizio venga eseguito sotto la vigilanza e il controllo delle pubbliche autorità e che la persona non sia impiegata o messa a disposizione di singoli privati, o di imprese e società private"; l'art. 8 del patto sui diritti civili e politici delle nazioni unite del 1966 entrato in vigore in Italia nel 1976, afferma che "nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio"; ma precisa che tale affermazione "non può essere interpretata nel senso di proibire, in quei Paesi dove certi delitti possono essere puniti con la detenzione accompagnata dai lavori forzati, che sia scontata una pena ai lavori forzati, inflitta da un

Non sembra fuori luogo però interrogarsi sul se la richiesta di imposizione di un lavoro (forzato) nella situazione attuale del 41 bis, sia più grave del sistema della segregazione cellulare su cui il regime si basa che, incidendo su tutta la vita del condannato, gli impedisce di viverla in forme diverse dall'esistenza fisica.

Mentre appare evidente che alcune delle considerazioni che sostengono questo modello, hanno una loro verità e un loro fondamento, specie laddove si afferma che “se noi vogliamo non punire per punire bensì trattare i delinquenti in modo da toglierne o diminuirne la temibilità o da renderli, in quanto sia possibile socialmente idonei, dobbiamo organizzare i nostri mezzi e metodi di pena in modo da risvegliare o restaurare in essi il sentimento e l'attitudine al lavoro, a seconda delle varie capacità e consuetudini; solo il lavoro risponde alle necessità dell'igiene fisica e morale”.

Caute aperture a favore di un lavoro non retribuito, arrivano da chi¹⁴⁰, dopo aver denunciato come i lavori forzati, trasformerebbero i condannati in veri e propri schiavi, osserva che è possibile far lavorare gratuitamente i condannati, senza farli diventare schiavi, a condizione che il lavoro gratuito diventi un'alternativa al carcere; secondo tali indicazioni, “così la condanna assume un significato completamente diverso, non è più una punizione fine a se stessa, ma serve a riparare il danno arrecato dal reato. Si potrebbe allora lasciare la possibilità ai detenuti di scegliere di rinunciare alla paga, in cambio di uno sconto di pena per ogni giorno di lavoro svolto in carcere o fuori per la collettività (in Romania ad esempio 3 giorni di lavoro gratuito comportano uno sconto di 4 giorni di pena)”¹⁴¹. Riteniamo, tuttavia, che tale soluzione, potrebbe avere una propria validità, se innestata in un sistema capace di consentire ai condannati di scegliere effettivamente tra un lavoro retribuito e un lavoro non retribuito. Ma sappiamo

tribunale competente”; le regole penitenziarie europee allegate alla Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006 tra l'altro affermano (regola 26) “il lavoro deve essere considerato un elemento positivo del regime penitenziario e in nessun caso può essere imposto come punizione”; (regola 105) “qualora venga imposto di lavorare a un detenuto condannato, le condizioni di lavoro devono essere conformi alle norme e ai controlli in uso all'esterno”.

¹⁴⁰ Giustizia: Gratteri stia sereno, i lavori forzati ci sono già, di Giuseppe Caputo (Ph. D Università di Firenze e membro dell'Altro diritto), *Il Garantista*, 30 novembre 2014.

¹⁴¹ Il prof. Giuseppe Caputo nel suo intervento su il garantista sopra cit. continua affermando che in questo modo, “non ci sarebbe alcuna violazione, perché il lavoro gratuito non solo non rende schiavi ma, al contrario, avvicina il momento della scarcerazione”. “Sarebbe un modo per responsabilizzare i detenuti che potrebbero scegliere se risarcire il danno attraverso il lavoro gratuito oppure con più carcere e una paga ridotta. Sarebbe forse un primo passo per superare l'attuale concezione paternalista del carcere, inteso come luogo di punizione e di cura, in favore di un nuovo modello basato sull'idea che all'individuo deve essere data la possibilità e la responsabilità di restituire qualcosa alla società, senza dover rinunciare ai diritti fondamentali. Sarebbe un vantaggio per la collettività che si vedrebbe restituire individui meno abbruttiti da anni di ozio e di carcerazione inumana e in moltissimi casi anche per le vittime dei reati (pensate ad esempio a chi subisce un furto) che finalmente avrebbero la possibilità di essere ripagati del danno”.

quale sia oggi la situazione del lavoro penitenziario, per potere nutrire dubbi sulla praticabilità di un tale sistema di lavoro gratuito - riparativo.

Inoltre, si tratta di valutare se una tale soluzione, sia praticabile e possa avere un'utilità in termini di rieducazione, per i detenuti condannati per mafia.

Secondo un'opinione¹⁴², espressa in un famoso libro, più volte richiamato in questo scritto, a fronte dei cosiddetti delitti professionali o strumentali o commessi da coloro i quali ne fanno un sistema di vita, una professione o che sono espressione delle organizzazioni criminali politiche mafiose o comuni, delitti gravissimi perché più direttamente e pesantemente in contrasto con le esigenze della convivenza civile in ragione della loro violenza, ispirazione eversiva, capacità di inquinamento istituzionale, "la prigione potrebbe servire in quanto pena minacciata, ma non serve in quanto pena inflitta ed eseguita". Secondo l'autore, "il problema non si risolve minacciando irrogando ed eseguendo pene sempre più severe con velleità di controllo sempre più accentuate. Il problema si risolve piuttosto sostituendo la prevenzione alla repressione. Per evitare in forma generale e radicale le attività criminali di tipo professionale l'unico strumento, l'unica specie di controllo e di rieducazione possibili, è l'impegno culturale e politico, piuttosto che il puntiglioso furore della punizione; l'impegno capace di dar vita ad un sistema sociale giusto e trasparente, dove prevalgano sempre gli interessi generali su quelli particolari, in modo tale che queste forme di criminalità non possano trovare più motivazione alimento ragion d'essere".

Un ideale "spero non irraggiungibile", diceva l'autore nel 1987.

Sta di fatto che gli anni che viviamo, sono permeati da una recrudescenza insidiosissima della criminalità organizzata, corroborata da un diffusissimo sistema di corrottele che lo Stato è ancora ben lontano dal debellare; di fronte a tale realtà, l'intento di migliorare la nostra società senza ricorrere a forme durissime di reazione, appare velleitario e obiettivo lontanissimo dal poter essere raggiunto.

Di qui la necessità anche del carcere e del carcere duro; ma, con il carcere e il carcere duro, anche di contenuti che prevedano un ricorso più ampio al lavoro.

L'attuale modalità di esecuzione del regime di cui all'art. 41 bis, senza un intervento riformatore in materia di lavoro, potrebbe essere destinata al bando dal nostro ordinamento. Una pena senza un lavoro non è una pena legale; il lavoro è essenziale alla pena¹⁴³, sta con la pena e con l'uomo che la esegue.

¹⁴² N.AMATO, Diritto delitto carcere, cit.,226

¹⁴³ M.CANEPA S.MERLO, Manuale del diritto penitenziario MILANO,2010,130 secondo cui "il lavoro nell'ordinamento penitenziario riveste eccezionale rilevanza e costituisce indubbiamente se non l'unico il più importante strumento del trattamento rieducativo; sul diritto alla retribuzione da intendersi come "diritto fondamentale dell'Uomo C.M.BIANCA Diritto Civile vol.I MILANO,2002,2015 secondo cui "questo diritto si pone tra i diritti fondamentali, in quanto la retribuzione non è un semplice corrispettivo del lavoro, ma una prestazione dovuta in funzione del sostentamento del lavoratore e, quindi, in funzione di una condizione necessaria per l'espletamento della sua personalità". "La tutela della dignità umana" prosegue il Chiaro autore, "esige che il lavoro non divenga una forma di

Ma un intervento riformatore sul regime di cui al 41 bis appare necessario anche in relazione ai presupposti, alla durata e alla competenza all'applicazione del regime. La giurisprudenza¹⁴⁴, ha più volte ricordato che il delitto di associazione di tipo mafioso è “normativamente connotato – di riflesso ad un dato empirico-sociologico – come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso”.

Si tratta di un reato permanente che, in quanto tale, è destinato a durare nel tempo e sul quale, l'intervento dell'Autorità Giudiziaria determina o può determinare un'interruzione del reato solo di carattere tecnico. L'interruzione precisamente può decorrere dalla sentenza di condanna¹⁴⁵; ma, si tratta di una interruzione che può essere solo giuridica; secondo autorevole dottrina¹⁴⁶ la consumazione di questo reato si potrebbe protrarre “sino a quando non intervenga lo scioglimento o l'abbandono del soggetto attivo”; non osterebbe, quindi, alla esistenza del reato, l'intervenuto stato di detenzione¹⁴⁷.

sfruttamento dell'Uomo” e che la garanzia di una vita dignitosa “sia posta a carico di chi utilizza a proprio vantaggio il lavoro altrui”.

¹⁴⁴ sentenza C.Cost.n. 231 del 2011

¹⁴⁵ CASS.SS.UU. 13 luglio 1998 F.I. 1999,II 451 con nota di I.GENOVESE: “La sentenza di primo grado segna il momento interruttivo della permanenza e l'inizio della decorrenza del termine di prescrizione”; sul carattere unitario del reato permanente concordano le opinioni prevalenti della dottrina (COPPI, reato permanente, Digesto pen. TORINO,1996,IX,319) e della giurisprudenza (CASS. SS.UU. 12/10/1993 Pulera, F.I. Rep. 1994, voce sanità pubblica, n.364)

¹⁴⁶ F.ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte Speciale, II, quattordicesima edizione integrata e aggiornata a cura di L.CONTI, MILANO, 2003,250.

¹⁴⁷ CASS. pen. Sez. I, 23/11/1992, in Cass. Pen., 1995, 46; in Mass. Cass. Pen., 1993, fasc. 4, 64: con riferimento all'associazione per delinquere di cui all'art.416 ha affermato che “in tema di associazione per delinquere, la permanenza nel reato non è interrotta dallo stato di detenzione, tranne che sia raggiunta la prova dell'estromissione della persona dall'associazione criminosa o il suo recesso da questa. Diversamente è a dire, invece, per la sentenza, anche non irrevocabile, che accerti la responsabilità dell'imputato. Essa, infatti, vale, per finzione giuridica, automaticamente ad interrompere l'attività eventualmente ancora in corso, con la conseguenza che la parte di condotta illecita successiva alla pronuncia sarà perseguibile a titolo di reato autonomo. In senso analogo con riferimento all'associazione di stampo mafioso CASS. pen., 13/06/1987 Riv. Pen., 1988, 1195, secondo cui “nell'ipotesi di sussistenza di elementi costitutivi di un'associazione di tipo mafioso e della partecipazione di un soggetto al sodalizio al momento dell'entrata in vigore della l. 13 settembre 1982, n. 646, che tale fattispecie ha criminalizzato, il momento perfezionativo del nuovo delitto si è sostanzialmente realizzato a tale data, con assorbimento in esso, quale reato pregressivo permanente, del reato meno grave di associazione per delinquere eventualmente in precedenza già sussistente, mentre il momento consumativo di tale nuovo delitto si verificherà solo all'atto del recesso volontario

Con il reato è punita *la partecipazione* all'associazione mafiosa: è punito chiunque ne fa parte; il reato, è, quindi, un reato a forma libera; la condotta, può assumere forme e contenuti diversi e variabili. Secondo la cd. teoria o concezione organizzatoria¹⁴⁸, la partecipazione consisterebbe nell'oggettivo inserimento del soggetto nella struttura dell'organizzazione ovvero, come anche si afferma, nell'assunzione di un ruolo nell'associazione criminale; secondo questa teoria, ciò che rileva per la partecipazione, non è la capacità di produrre un effetto, ma è solo il legame o il vincolo funzionale in senso operativo che lega ogni adepto alla struttura associativa, insomma, l'acquisita qualità di componente stabile del sodalizio; un tipo di vincolo che, secondo le valutazioni della dottrina, è concettualmente rappresentabile alla stregua delle teorie sociologiche dell'organizzazione¹⁴⁹. Il modello organizzatorio può essere concepito secondo diverse gradazioni di corposità¹⁵⁰. L'inserimento nell'organizzazione, in particolare, può essere inteso o come semplice messa a disposizione anche solo potenziale della propria attività a favore dell'associazione (concezione organizzatoria di tipo statico; questa concezione coincide o è molto vicina alla concezione psicologica del vincolo; in ogni caso vi è smaterializzazione o spiritualizzazione del vincolo) o, più correttamente, come effettiva partecipazione al sodalizio il che implica la possibilità di individuare comportamenti concreti espressivi della condizione di partecipe attivo (concezione organizzatoria di tipo dinamico); secondo quest'ultima versione il ruolo di componente organico e stabile del sodalizio rileva come un ruolo funzionale e dinamico. Quest'ultima concezione (concezione organizzatoria di tipo dinamico), è stata accolta dalla giurisprudenza

del partecipe all'associazione; ovvero in Riv. Pen., 1988, 1195 ove riportata la seguente massima: "l'associazione per delinquere di tipo mafioso, in quanto delitto associativo, ha natura permanente e si protrae nel tempo sino allo scioglimento della *societas sceleris* oppure sino all'arresto dei consociati o al momento della commissione dell'ultimo reato da parte degli stessi con susseguente venir meno del sodalizio e del vincolo associativo". CASS. pen. Sez. I, 21/04/1986, n. 1799, in Riv. Pen., 1987, 258; in Giur. It., 1988, II, 46, ancor più esplicitamente afferma: la mera notificazione in carcere ad un imputato detenuto di un ordine o di un mandato di cattura per delitto di partecipazione ad associazione per delinquere non può far conseguire l'effetto sostanziale di interrompere lo stato di consumazione in corso, trattandosi di un fatto addirittura irrilevante anche ai soli fini della prova dell'avvenuto recesso; un tale effetto può essere riconosciuto solo alla sentenza di primo grado, posto che la cristallizzazione dell'imputazione nel decreto di citazione a giudizio e la possibilità della contestazione suppletiva al dibattimento con la precisazione sino a quella data della effettiva permanenza del reato, segnano il momento di saldatura, *sia pur per necessaria fictio iuris*, dell'aspetto sostanziale con quello processuale del reato e, salvaguardando il principio del *ne bis in idem*, impediscono lo sviamento del procedimento penale dalla sua istituzionale e garantistica funzione di strumento di applicazione del diritto penale sostanziale.

¹⁴⁸ G.FIANDACA G.VISCONTI, Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite, in F.I., 2006, II, 88.

¹⁴⁹ in questo senso sembrerebbe anche F.ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, vol. II, 249: "non basta il mero accordo, occorre una struttura organizzativa qualsiasi".

¹⁵⁰ G.FIANDACA G.VISCONTI, Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite, cit., 88.

delle S.U. della Cassazione¹⁵¹, secondo cui risponde di partecipazione ad associazione mafiosa “colui che risulta in rapporto di stabile e organica compenetrazione nel tessuto organizzativo del sodalizio tale da implicare l’assunzione di un ruolo dinamico e funzionale in esplicazione del quale l’interessato prende parte al fenomeno associativo rimanendo a disposizione dell’ “ente” per il perseguimento dei comuni fini criminosi”. Precisa la giurisprudenza¹⁵² che sul piano probatorio “rilevano tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza, attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio”; deve trattarsi, però, di indizi gravi e precisi, tra i quali le prassi giurisprudenziali hanno individuato “i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di osservazione e prova, l’affiliazione rituale, l’investitura della qualifica di uomo d’onore, la commissione di delitti scopo, oltre a qualsiasi altro comportamento da cui è possibile dedurre la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo, nonché la duratura e sempre utilizzabile messa a disposizione della persona per ogni attività del sodalizio criminoso”¹⁵³.

Tali peculiari connotazioni del reato¹⁵⁴ hanno imposto sul fronte processuale cautelare, innanzitutto, l’adozione del carcere come misura obbligata e senza alternative, in quanto idonea – così come affermato anche dalla Corte europea dei

¹⁵¹ CASS.S.U.PENALI, 12 luglio 2005 in F.I.,2006,II,80

¹⁵² CASS.S.U.PENALI, 12 luglio 2005, cit..

¹⁵³ Tra gli elementi sintomatici dell’organizzazione mafiosa si annoverano in generale, nella giurisprudenza (es. CASS., 30 gennaio 1992): il paragone tra gli adepti, la segretezza del vincolo, la religione dell’omertà, i riti di iniziazione e di promozione dei capi, il linguaggio oscuro e convenzionale, l’assoluto vincolo gerarchico, l’accollo alla cosca delle spese di giustizia. Riconducibile alla condotta di partecipazione è senza dubbio anche l’attività di trasmissione di messaggi scritti tra componenti dell’associazione mafiosa anche latitanti; secondo la giurisprudenza (CASS.Pen.sez.I, 25 giugno 1996), in particolare, “integrano la condotta di partecipazione all’associazione mafiosa la fornitura di mezzi materiali a membri di detta associazione e l’attività di trasmissione di messaggi scritti (cd. pizzini) tra membri influenti della medesima in quanto esse ineriscono al funzionamento dell’organismo criminale sia sotto il profilo della disponibilità di risorse materiali utilizzabili per l’attività di questo sia sotto quello del mantenimento di canali informativi tra i suoi membri che è l’incombenza di primaria importanza per il funzionamento dell’associazione per delinquere”.

¹⁵⁴ Gli orientamenti come sopra tracciati sulla condotta di partecipazione all’associazione di stampo mafioso, non sono presenti nella giurisprudenza sempre in modo chiaro e nitido. Si riscontrano, infatti, formule definitorie di tipo compromissorio o sincretistico (L.PARLATO, nota a CASS.S.U.Penali 12 luglio 2005 in F.I.2006,II,80). Il riferimento, in particolare, è a quella giurisprudenza (CASS.15 ottobre 2005 sul caso Andreotti, in F.I.,2006,II,114) secondo cui, il contributo all’associazione sarebbe individuabile nel caso in cui si riscontri un contributo causale al rafforzamento o alla conservazione del sodalizio e l’assunzione di un ruolo nell’organico associativo; l’associazione, secondo questo orientamento si sostanzierebbe nella volontà dei suoi vertici di includervi il soggetto e nell’impegno di costui di contribuirne alla vita sempreché la condotta si concreti in un contributo causale alla vita del sodalizio o alla realizzazione del programma criminoso.

diritti dell'uomo¹⁵⁵ – “a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine”, minimizzando “il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti”

Si ha allora che, nella fase cautelare o endoprocessuale, quando si procede per il reato di cui all'art.416 bis c.p., si arriva al carcere ordinario, attraverso l'ordinanza di custodia cautelare: una via obbligata per il giudice¹⁵⁶, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza e i pericula libertatis non sono smentiti dai fatti di causa¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Decisione del 6 novembre 2003, Pantano contro Italia.

¹⁵⁶ La norma di cui al comma 3 dell'art. 275 ha subito, nel corso del tempo, diverse trasformazioni ora in senso repressivo, ora in senso garantistico, in funzione del periodico oscillare delle scelte di politica criminale. Il legislatore con la legge 16 aprile 2015, n. 47 ha dovuto riscrivere la norma, dopo reiterati interventi demolitori del giudice delle leggi. Si ricordano in ordine di tempo: il D.L. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con L. 12 luglio 1991, n. 203) e il D.L. 9 settembre 1991, n. 292 (conv. con L. 8 novembre 1991, n. 356), con i quali, in risposta alla recrudescenza del fenomeno della criminalità mafiosa, nel secondo periodo del comma 3, veniva previsto, per taluni procedimenti tra cui quelli in cui vi fosse contestazione del 416 bis c.p., una duplice presunzione, l'una relativa, di sussistenza di esigenze cautelari - dunque di pericolosità -, l'altra assoluta, di adeguatezza della sola custodia in carcere a farvi fronte; la legge 8 agosto 1995, n. 332, con cui il legislatore ha delimitato il campo di operatività della duplice presunzione, ai soli procedimenti per delitti di mafia in senso stretto ossia ai soli procedimenti per il reato ex art. 416-bis c.p.p. e per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste da detta norma ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste da detto articolo; il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 (conv. con L. 23 aprile 2009, n. 38), con cui il legislatore ha di nuovo ampliato il campo di applicazione della aduplice presunzione a tutti i procedimenti in cui si contesti la violazione di norme penali ritenute di particolare allarme sociale quali ad esempio, l'omicidio, l'associazione ex art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, i delitti sessuali ex artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies cod. pen., salvo le ipotesi attenuate; i delitti ex artt. 600, 601, 602 e 603 cod. pen.; in tali procedure la legge ha consentito l'operatività della doppia presunzione, in presenza di gravi indizi di colpevolezza e ha imposto la misura cautelare della custodia carceraria "salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari". La disciplina introdotta nel 2009 è stata reiteratamente censurata dalla Corte Costituzionale: la Corte costituzionale ha dichiarato più volte l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. - per violazione degli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost. -, nella parte in cui impone l'applicazione della custodia in carcere e non fa salva la possibilità di valutare elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari del caso concreto possono essere soddisfatte anche con una misura diversa cancellando così la presunzione assoluta (cioè l'imposizione del carcere senza alternative) in relazione ai seguenti delitti: ex artt. 609-bis e 609-quater cod. pen (C. cost. n. 265/2010); ex art. 575 cod. pen. (C. cost. n. 164/2011); ex art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (C. cost. n. 231/2011); ex artt. 416, 473 e 474 cod. pen (C. cost. n. 110/2012); in relazione ai delitti aggravati dal metodo mafioso o dall'agevolazione mafiosa (C. cost. n. 57/2013); in relazione all'art. 630 cod. pen (C. cost. n. 213/2013); in relazione all'art. 609-octies cod. pen. (C. cost. n. 232/2013) in relazione al concorso esterno in associazione mafiosa (C. cost. n. 48/2015). Con l'intervento riformatore del 2015, il legislatore anche al fine di scongiurare ulteriori interventi demolitori della Corte costituzionale rispetto alle varie ipotesi di presunzione assoluta di idoneità della sola custodia cautelare in carcere, ha fortemente ridimensionato l'ambito di operatività delle presunzioni disciplinate dall'art. 275, comma 3. La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere cui al comma 3 dell'art. 275 continua ad essere operante con limitato riguardo ai delitti di associazione

Quegli stessi fini che impongono il carcere (ordinario) nella fase endoprocessuale (tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine; ridurre il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture

sovversiva (art. 270 cod. pen.), di associazione terroristica, anche internazionale (art. 270-bis cod. pen.), e di associazione mafiosa ex art. 416-bis cod. pen.. Qualora sussistano i gravi indizi di colpevolezza di taluno di tali delitti e non ci si trovi in presenza di una situazione nella quale fa difetto una qualunque esigenza cautelare, deve trovare applicazione in via obbligatoria la misura della custodia in carcere. E bene ricordare che la presunzione prevista in relazione al delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen. ha già superato positivamente il doppio scrutinio di legittimità costituzionale (con sentenza della C. cost. n. 450/1995) e di compatibilità con la Convenzione Europea per i diritti dell'uomo nel 2003 (con sentenza della Corte EDU sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia), in considerazione della rilevata specificità del delitto di associazione mafiosa, tale da rendere "ragionevole" la presunta adeguatezza della sola custodia carceraria, in quanto misura più idonea a neutralizzare il periculum libertatis connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed organizzazione. Nell'ipotesi in cui sussistano i gravi indizi dei reati ex artt. 270, 270-bis e 416-bis cod. pen., allorchè la presunzione - relativa - di pericolosità non risulti vinta dalla rilevata assenza di una qualunque esigenza cautelare, subentra un apprezzamento legale, vincolante, di adeguatezza della sola custodia carceraria a fronteggiare le esigenze presupposte, a nulla rilevando la natura ed il grado delle stesse, con conseguente esclusione di ogni soluzione intermedia tra la custodia intramuraria e lo stato di piena libertà dell'imputato. La giurisprudenza (CASS n. 23012/2016, CED on line 2016), ha precisato, in motivazione che "sul piano pratico, tale disciplina si traduce, da un lato, in un'inversione dell'onere probatorio in favore della pubblica accusa, che è sollevata dal dovere di dimostrare l'esistenza dei pericula libertatis e l'idoneità della sola custodia in carcere, aspetti presupposti dalla valutazione "bloccata" del legislatore; dall'altro lato, in una semplificazione dell'impianto argomentativo dei provvedimenti de libertate ed in una marcata attenuazione dell'onere di motivazione. Come è stato efficacemente rilevato, la presunzione relativa di pericolosità sociale prevista dall'art. 275, comma 3, inverte gli ordinari poli del ragionamento giustificativo, nel senso che il giudice che applica o che conferma la misura cautelare non ha un obbligo di dimostrare in positivo la ricorrenza dei pericula libertatis, ma deve soltanto apprezzare le ragioni di esclusione, eventualmente evidenziate dalla parte o direttamente evincibili dagli atti, tali da smentire, nel caso concreto, l'effetto della presunzione (CASS. Sez. 1, n. 45657 del 06/10/2015, Varzaru, Rv. 265419). L'obbligo di motivazione potrà così ritenersi compiutamente assolto allorché il giudice abbia dato atto dei gravi indizi in merito alle ipotesi di reato sopra delineate e dell'assenza delle condizioni per ritenere del tutto assenti detti pericula, così da vincere la presunzione, con il corollario che spetta all'indagato confutare i presupposti e dunque dimostrare l'inesistenza in radice delle esigenze cautelari. Soltanto nel caso in cui l'indagato o la sua difesa abbiano allegato elementi di segno contrario, il giudicante sarà tenuto a giustificare la ritenuta inidoneità degli stessi a superare la presunzione".

¹⁵⁷ CASS. n. 31629/2017 CED online 2017; CASS. n. 23012/2016 CED online 2016: in tema di custodia cautelare in carcere applicata nei confronti di indagato del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso, la presunzione relativa di pericolosità sociale, di cui all'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., come novellato dalla legge n. 47 del 2015, può essere superata solo quando dagli elementi a disposizione del giudice emerga che l'associato abbia stabilmente rescisso i suoi legami con l'organizzazione criminosa ovvero quando, dagli elementi a disposizione del giudice emerga una situazione che, pur in mancanza di una rescissione del vincolo associativo, dimostri, in modo obiettivo e concreto, l'effettivo ed irreversibile allontanamento dell'indagato dal gruppo criminale e la conseguente mancanza delle esigenze cautelari (Sez. 6, n. 23012 del 20/04/2016, Notarianni, Rv. 267159).

delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti giustificano l'adozione del regime detentivo speciale contemplato nell'art.41 bis.

Anzi, nella fase endoprocessuale, il 41 bis si applicherebbe agli imputati detenuti in presenza degli stessi requisiti che legittimano l'adozione della misura cautelare: “da un lato i gravi indizi di colpevolezza connaturati allo stato custodiale dei detenuti, dall'altro il concreto pericolo della commissione di nuovi delitti (ossia l'esigenza cautelare di cui all'art.274 lettera c cp.p.)”¹⁵⁸.

Ma, non sembra che il 41 bis sia completamente sovrapponibile all'ordinanza di custodia cautelare.

Dal dettato dell'art.41 bis O.P. si apprende che il regime si applica 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'espressione “in relazione ai quali”, potrebbe essere interpretata nel senso che essa si riferisce non tanto o non solo agli autori degli stessi delitti quanto piuttosto anche *ai delitti commessi* ossia, alle ipotesi in cui, nonostante la carcerazione, l'associazione criminale può ritenersi ancora in vita.

Ossia, ai casi in cui non vi è ancora un'interruzione effettiva o sostanziale del reato permanente e ciò, sia durante la fase processuale, che dopo la sentenza di condanna.

La prova di questa capacità, dovrebbe, in tal modo essere ritenuta più ampia e più seria, dei gravi indizi di colpevolezza e della stessa prova di colpevolezza nel giudizio penale per il fatto storico preso in considerazione nel capo di imputazione, poiché essa si spinge oltre i fatti considerati e interviene su un profilo del reato che si sviluppa oltre il capo di imputazione contenuto nel provvedimento restrittivo della libertà personale, verso nuove contestazioni; e, perciò, il regime del 41 bis, dovrebbe essere applicato o poter essere applicato anche dal giudice¹⁵⁹; e, in particolare, dal giudice ordinario, su richiesta del pubblico ministero, con possibilità di ricorso al Tribunale del riesame e non al Tribunale di sorveglianza.

Potrà in questo modo essere lo stesso giudice procedente a valutare la collaborazione impossibile o inesigibile del condannato o dell'imputato, fin dal momento della sentenza o dell'applicazione della custodia cautelare in carcere.

¹⁵⁸ A.DELLA BELLA in 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. cit.,400

¹⁵⁹ A favore dell'attribuzione ad un giudice della competenza a imporre regimi detentivi che incidono significativamente sui diritti dei detenuti, con particolare riguardo al 41 bis P.CORVI, Trattamento penitenziario e criminalità organizzata PADOVA, 2011,142,143; F.GIUNTA, proroga delle disposizioni di cui all'art. 41 bis L.354/1975, in Leg.Pen., 1996,55; A.PENNISI, Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale ,TORINO,2002, 63.

Una tale lettura della norma affiderebbe al 41 bis anche una mission propriamente cautelare¹⁶⁰ e non soltanto repressiva; pur dopo l'intervento dell'A.G., si può avere ancora, l'esigenza di intervenire sul reato "a consumazione continuata"; "interrompere i collegamenti" o *abortire* la capacità di mantenerli, anzi, appare intervento doveroso e obbligato dello Stato¹⁶¹ proprio in tutti i casi in cui, né all'ordinanza di custodia cautelare, né alla sentenza di condanna corrisponda un'interruzione effettiva del reato.

Dovrebbe allora essere quanto meno ampliata la competenza all'adozione della misura in favore dell'A.G.¹⁶².

Così come attualmente configurato, lo strumento appare, del resto, permeato da connotazioni politiche ideologiche; e presenta i caratteri della misura di grande impatto simbolico anche quando viene chiamata a svolgere la funzione misura tecnico-processuale collegata alla repressione dell'associazione mafiosa.

¹⁶⁰ 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. cit.369 e segg., dopo aver evidenziato che il regime del 41 bis comporta un "carico afflittivo ulteriore rispetto a quello normalmente connesso all'esecuzione di una pena detentiva" e che la tipologia e la severità delle restrizioni del regime, "sono tali da modificarne radicalmente la fisionomia della pena detentiva", abbraccia la tesi secondo cui il 41 bis O.P. determina una modifica sostanziale nella natura e nel grado di privazione della libertà, rappresentando "un modo particolare e autonomo di restrizione" che concreta una autonoma "sanzione penale"; è poi costretta a correggere il tiro, con riguardo agli imputati, rispetto ai quali il regime del 41 bis andrebbe inquadrato tra le "misure cautelari" poiché "tale misura, già ora si applica agli imputati in presenza degli stessi requisiti: da un lato i gravi indizi di colpevolezza, connaturati allo stato custodiale dei detenuti, dall'altro il concreto pericolo della commissione di nuovi delitti (ossia l'esigenza cautelare di cui all'art.274 lettera c cp.p.)".

¹⁶¹ Sul dovere dello Stato di impedire la realizzazione di reati da parte di detenuti che in virtù di legami con le associazioni criminali costituiscono un serio pericolo per la sicurezza collettiva D.PULITANÒ, Sicurezza e diritto penale in Riv.It. di dir.proc.pen. 2009,547; F.VIGANÒ, La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano, Riv.It. di dir.proc.pen. 2012,1360; la CEDU nella decisione Maiorano C.Italia, ha affermato che "la prima parte dell'articolo 2 par. 1 della Convenzione obbliga lo Stato non solo ad astenersi dal provocare la morte in modo volontario e illecito ma anche ad adottare le misure necessarie alla protezione della vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione. L'obbligo dello Stato al riguardo va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita, predisponendo una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona: esso deve apprestare anche meccanismi di applicazione concepiti per prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni. Così, in alcune circostanze ben definite, l'articolo 2 può porre a carico delle autorità l'obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita sia minacciata da comportamenti criminali altrui".

¹⁶² A.DELLA BELLA in 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. cit.,400, come sopra indicato, afferma che il 41 bis si applica agli imputati detenuti "in presenza degli stessi requisiti: da un lato i gravi indizi di colpevolezza connaturati allo stato custodiale dei detenuti, dall'altro il concreto pericolo della commissione di nuovi delitti (ossia l'esigenza cautelare di cui all'art.274 lettera c cp.p.)"; ora è evidente che se i presupposti sono gli stessi per entrambe le misure, non si vede perché la misura del 41 bis non possa e non debba essere applicata dal giudice che applica la misura cautelare (lo imporrebbe anche una considerazione di economia dei mezzi giuridici).

Di pari passo, dovrebbero adottarsi strumenti tecnologici più efficaci per eliminare e non solo ridurre i rischi dei collegamenti con le organizzazioni criminali, laddove effettivamente esistenti, al fine di intervenire più efficacemente *sui fatti nuovi* che si disvelano dopo l'arresto; in questo senso, dovrebbe procedersi ad un effettivo ammodernamento dei sistemi di sicurezza all'interno delle carceri, come la videosorveglianza, i cui esiti dovrebbero essere immediatamente posti a disposizione delle Autorità inquirenti per la repressione di quelle che potremmo definire come propaggini associative post-provvedimentali.

Il legislatore del resto si è accorto delle attuali insufficienze del regime del 41 bis e mentre ha provveduto ad un suo irrigidimento, ha introdotto nell'ordinamento una norma ad hoc, per punire chi agevola i collegamenti¹⁶³ dei boss con la criminalità organizzata operante sul territorio.

Si tratta, quindi, in definitiva, di poter continuare a perseguire un colpevole o un presunto tale, anche oltre il carcere ordinario, per un reato che, nonostante l'arresto o la successiva condanna, non si è ancora consumato o non ha ancora esaurito, di fatto, la sua consumazione o non si è ancora disvelato del tutto agli occhi del giudice.

La durata della misura, in questi casi si aggancerebbe alle reali esigenze di lotta alla criminalità organizzata o di repressione del reato associativo (fatto salvo un limite massimo per questa qualificata cautela).

La misura in definitiva diventerebbe uno strumento al servizio effettivo delle investigazioni continuando la lotta alla criminalità organizzata anche all'interno delle carceri¹⁶⁴.

¹⁶³ F.SIRACUSANO, L'art.391 bis c.p. e la contiguità alla mafia, in Archivio penale 2015 n.1, secondo cui "proprio l'irrigidimento delle regole del regime speciale avrebbe dovuto rendere non più necessaria l'introduzione di una nuova fattispecie per punire le eventuali violazioni; nello stesso senso PADOVANI, L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi, in Guida al Diritto, 2009 ,33, secondo cui "se un regime carcerario come quello del 41 bis ulteriormente inasprito, esige il ricorso a una fattispecie ad hoc per reprimere pesantemente le comunicazioni elusive delle prescrizioni, v'è da chiedersi quale sia la tenuta effettiva dei compartimenti stagno eretti intorno al detenuto".

¹⁶⁴ P.GRASSO e M. PRESTIPINO, nello scritto "Il regime differenziato dell'art.41 bis ord.pen. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata? In F.I. 2007, II,248", affermavano, oltre 10 anni fa, che "presso ogni carcere è di regola istituita una cellula dell'organizzazione di riferimento e cioè una struttura associativa riprodotte quella esterna con le sue gerarchie le sue affiliazioni i suoi passaggi di grado" e che è necessario "restituire al regime differenziato anche attraverso soluzioni strutturali logistiche e funzionali, in sede applicativa la massima effettività".