



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI  
MESSINA**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche  
XXXIII CICLO**

*Curriculum:* Tutela penale e garanzie della persona nel diritto interno,  
comparato, europeo e internazionale: profili sostanziali e processuali.  
SSD IUS/17

Trattamenti penitenziari differenziati tra diritto  
interno e sollecitazioni sovranazionali.  
Il caso del 41-*bis* ord. pen.

**DOTTORE  
GIUSEPPE ROMEO**

**TUTOR  
PROF.SSA T. VITARELLI**

**COORDINATORE  
PROF.SSA C. PARRINELLO**

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

## INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### **Evoluzione, natura e funzioni dell'art. 41-*bis* ord. pen.**

1. Perché punire? Un'esposizione sintetica delle teorie della pena dall'Italia <i>post</i> unitaria alla riforma penitenziaria.....	6
2. L'introduzione del regime di carcere duro e la sua evoluzione legislativa: dall'art. 90 l. 354/1975 all'art. 41- <i>bis</i> .....	17
2.1. Gli interventi riformatori degli anni novanta .....	22
2.2. L'istituzionalizzazione del regime del "carcere duro" .....	28
2.3. Il c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009.....	30
3. L'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte Costituzionale .....	37
3.1. La portata dell'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. alla luce dei suoi limiti "esterni" e "interni". La sindacabilità dei provvedimenti impositivi.....	38
3.2. Le condizioni di applicabilità: titolo di reato o pericolosità sociale?.....	45
3.3. Ulteriori pronunce della Corte Costituzionale successive alle riforme del '99 e 2002.....	48
3.4. Le pronunce successive alla riforma del 2009 .....	50
3.4.1. Le pronunce recenti. Diritto all'informazione e divieto di cuocere cibi.....	52
4. L'art. 41- <i>bis</i> oggi .....	57
5. Le funzioni dell'art. 41- <i>bis</i> .....	61
6. Natura giuridica e inquadramento sistematico della misura .....	69
6.1. L'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. come modalità esecutiva della pena detentiva ....	69
6.2. L'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. come misura di prevenzione.....	72
6.3. L'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. come misura di sicurezza ovvero come pena accessoria.....	78
6.4. I profili cautelari dell'art. 41- <i>bis</i> ord. pen.....	82
6.5. Le possibili soluzioni alla collocazione sistematica dell'art. 41- <i>bis</i> .....	83
7. L'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. e la funzione rieducativa. Un valore residuale?.....	88
7.1. <i>Segue</i> . Esigui spazi di compatibilità tra art. 41- <i>bis</i> e funzione rieducativa della pena .....	97
8. L'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. come espressione di un diritto penale del nemico? ..	105
8.1. Il concetto di diritto penale del nemico.....	108
8.2. La lotta alla criminalità organizzata come espressione del "doppio binario".....	115
8.2.1. Il rapporto con i principi fondamentali del diritto penale .....	118
8.2.2. La torsione delle regole processuali.....	125
8.2.3. Le "scorciatoie probatorie" .....	130

8.2.4. Il “doppio binario” penitenziario .....	132
8.2.5. Il 41- <i>bis</i> come pietra del mosaico che raffigura il mafioso come nemico .....	132

## CAPITOLO II

### Struttura e contenuto dell’art. 41-*bis* ord. pen.

1. I destinatari del provvedimento .....	139
1.1. La posizione di detenuto o internato .....	144
1.2. Il cumulo di pene o di titoli detentivi .....	146
1.3. Il ruolo del detenuto all’interno della consorterìa .....	149
1.4. La capacità di collegamento con un’associazione criminale, terroristica o eversiva .....	151
1.5. L’art. 41- <i>bis</i> e i <i>crimina iuris gentium</i> .....	158
2. Il procedimento applicativo. La competenza .....	158
2.1. La fase istruttoria .....	160
3. La durata e la disciplina della proroga .....	163
3.1. L’onere di motivazione del provvedimento di proroga .....	169
3.2. Questioni interpretative in tema di proroga .....	174
4. Il contenuto .....	178
4.1. Le singole restrizioni. La disciplina dei colloqui con i familiari .....	181
4.1.1. I colloqui con il difensore .....	188
4.2. La censura della corrispondenza .....	193
4.3. Le altre restrizioni conseguenti all’applicazione del 41- <i>bis</i> .....	201
4.4. Una norma di chiusura: l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna .....	209
5. La partecipazione al dibattimento a distanza .....	212
6. L’accesso alle sezioni speciali da parte del Garante nazionale dei diritti dei detenuti .....	223
7. Il procedimento per reclamo .....	225
7.1. I poteri di cognizione del Tribunale di sorveglianza .....	232
7.2. Il ricorso per cassazione .....	236
7.3. La rinnovazione del provvedimento ministeriale .....	237

## CAPITOLO III

### I diritti fondamentali dei detenuti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

1. La giurisprudenza della Corte Edu come banco di prova della tutela dei diritti dei detenuti al 41- <i>bis</i> .....	240
2. L’art. 3 CEDU: profili generali .....	242
2.1. Il 41- <i>bis</i> come trattamento inumano e degradante? .....	245
2.2. L’applicazione prolungata del regime detentivo speciale .....	252

2.2.1. Qualche riflessione sulla durata prolungata del 41- <i>bis</i> .....	254
2.3. L'incidenza delle condizioni di salute sull'umanità del trattamento .....	258
2.3.1. La tutela della salute dei detenuti al 41- <i>bis</i> di fronte all'emergenza Covid-19 .....	265
2.4. La contrarietà all'art. 3 CEDU della normativa in tema di ergastolo ostativo. Il caso Viola c. Italia .....	272
3. Art. 8 CEDU: profili generali .....	276
3.1. Il rispetto della vita privata e familiare nel contesto della detenzione .....	280
3.2. Il 41- <i>bis</i> al cospetto dell'art. 8 CEDU .....	282
3.2.1. <i>Segue</i> . Il controllo della corrispondenza .....	284
3.2.2. <i>Segue</i> . Le perquisizioni personali e la video-sorveglianza della cella .....	287
3.2.2.1 La video-sorveglianza come ipotesi di limitazione del diritto alla riservatezza non “ <i>in accordance with the law</i> ” .....	289
4. Art. 6 CEDU: profili generali .....	291
4.1. Il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41- <i>bis</i> : un ricorso, in origine, non effettivo .....	296
4.2. La partecipazione al dibattimento a distanza al vaglio della Corte Edu .....	300

## CAPITOLO IV

### **Contrasto alla *Organisierte Kriminalität*: uno sguardo all'ordinamento tedesco**

1. Il contrasto alla criminalità organizzata nell'ordinamento giuridico tedesco .....	303
2. Gli strumenti di polizia e investigativi .....	308
3. La sottrazione delle fonti di guadagno .....	310
4. Possibile il contrasto alla criminalità organizzata mediante speciali forme di detenzione? Uno sguardo alla <i>Sicherungsverwahrung</i> .....	314
4.1. La <i>Sicherungsverwahrung</i> all'esame del <i>Bundesverfassungsgericht</i> e della Corte Edu .....	319
4.1.1. <i>Segue</i> . Il <i>revirement</i> del <i>Bundesverfassungsgericht</i> .....	325
4.2. La disciplina attuale della <i>Sicherungsverwahrung</i> .....	329
5. Carcere duro <i>ex art. 41-bis</i> ord. pen. e <i>Sicherungsverwahrung</i> : differenze e punti di contatto .....	331

## CAPITOLO V

### **Osservazioni conclusive e prospettive di riforma**

1. Le ombre del 41- <i>bis</i> : i rilievi e le raccomandazioni del Garante Nazionale dei Diritti dei Detenuti e del Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT) .....	336
--	-----

2. Il problema della durata del regime detentivo speciale: la fissazione di un limite temporale quale prospettiva di riforma .....	340
3. Esigenze di giurisdizionalizzazione .....	344
4. Riflessioni <i>de iure condendo</i> sul procedimento per reclamo .....	348
5. Conclusioni. Un <i>Gesamtkonzept</i> per il 41- <i>bis</i> .....	351
<b>INDICE BIBLIOGRAFICO</b> .....	<b>355</b>



## INTRODUZIONE

Kant, nella *Metafisica dei Costumi*<sup>1</sup>, teorizzava la dignità come valore insopprimibile della persona e, quale bene non compensabile con altri beni, insuscettibile di qualsivoglia transazione e offesa. Ne derivava, nella teoria kantiana, l'impossibilità di una strumentalizzazione teleologica e consequenzialista della persona umana.

La dignità, concepibile dunque come valore cardine di qualsiasi categoria di persone<sup>2</sup>, va riconosciuta anche ai detenuti, i quali, seppure sottoposti a un regime che per definizione implica una riduzione delle libertà personali, non devono vedere soppressi i diritti primari dell'individuo.

---

<sup>1</sup> I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1870, p. 434.

<sup>2</sup> La dignità è un concetto suscettibile di assumere significati diversi, seppure tra loro non inconciliabili. Sotto un profilo filosofico, la dignità è, anzitutto, un valore, da intendersi come «preferenza intersoggettiva orientata». Essa costituisce dunque un bene finale, destinato a realizzarsi attraverso attività teologicamente orientate. In questo senso, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, ed. it. a cura di L. CEPPA, Milano, 1996, p. 303. Da un punto di vista giuridico, invece, la dignità, intesa sempre come valore, può essere osservata nell'ottica del pluralismo e del conflitto, con conseguente necessità, di volta in volta, di valutare la sua idoneità a soccombere a o sopraffare un altro valore fondamentale. Sulla conflittualità dei valori, I. BERLIN, *Introduzione*, in ID., *Libertà*, Milano, 2005. La dignità può atteggiarsi, inoltre, come principio, espressivo del valore corrispondente, e condivide dei principi la caratteristica di poter operare a prescindere da un riconoscimento espresso, bastando la conformità alle concezioni diffuse sul dover essere del diritto: al riguardo, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1986, p. 104. La dignità può essere valutata, poi, da un punto di vista astratto, da intendersi come attributo immutabile naturale e intrinseco dell'individuo/persona in quanto tale. È una qualità costituita da un livello minimo essenziale di prerogative; queste ultime spettano anche al soggetto incapace e privo di autonomia, ma comunque titolare dei diritti inviolabili che si fondano sulla sua dignità e qualità di persona. In una prospettiva concreta, invece, la dignità si sviluppa nell'evoluzione – di ordine sociale, culturale, economico e giuridico – da persona a cittadino, con il progressivo riconoscimento e la successiva costituzionalizzazione dei suoi diritti di cittadino nei confronti degli altri e dello Stato; e poi, da ultimo, con il superamento dello *status* del cittadino in favore del riconoscimento dello *status* e dei diritti dell'uomo in quanto tale: G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Rivista AIC*, 2014, fasc. 4. La dignità umana può assurgere, altresì, a bene giuridico, suscettibile di protezione nel contesto del diritto penale. Essa sarebbe, infatti, lesa tutte le volte in cui siano distrutte o gravemente compromesse le possibilità di un vivere umano: non solo quando l'uomo venga del tutto privato della vita, ma anche nei casi di schiavitù, *apartheid*, tortura e trattamenti inumani e degradanti, e nei casi più gravi di violenza sessuale: al riguardo, G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005, pp. 238 ss. Proprio per l'importanza rivestita al livello sia filosofico che giuridico, la dignità umana è andata incontro a un percorso di giurisdizionalizzazione, al punto da trovare ingresso nelle Carte Costituzionali e in documenti internazionali di protezione dei diritti umani. Il *Grundgesetz* riconosce infatti all'art. 1 la *Menschenwürde*, sancendo in modo evocativo come essa sia intangibile. Anche la Costituzione italiana tutela in modo esplicito la dignità umana, sebbene in via indiretta. Tale principio è richiamato dall'art. 3, in base al quale «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono

La stessa Corte Costituzionale ha affermato che «Chi si trova in stato di detenzione, pur essendo privato della maggior parte delle sue libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale»<sup>3</sup>.

E allora le diverse funzioni della pena<sup>4</sup> devono essere sempre declinate secondo il paradigma della dignità umana e del rispetto dei diritti essenziali, in quanto tali insopprimibili.

E' questa la premessa da cui prende le mosse il presente lavoro: chiunque è titolare di un nucleo duro di diritti, anche i detenuti, e indipendentemente dalla gravità dei reati commessi. Lo Stato, infatti, nell'ottica di reprimere forme particolarmente odiose di criminalità, specie se organizzata e di stampo mafioso, non deve mai perdere di vista i valori costituzionali della persona, garantendo un bilanciamento costante tra tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e tutela dei diritti fondamentali.

Con le esigenze appena accennate dovrà misurarsi l'art. 41-*bis*, c. 2, della legge 26 luglio 1975 n. 354, in base al quale, nei confronti di determinate categorie di detenuti, principalmente autori di reati di mafia e terrorismo, è con-

---

uguali davanti alla legge»; dall'art. 36, in base al quale «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione [...] sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa»; dall'art. 41, secondo cui «L'iniziativa economica è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Emerge, dunque, come, se per l'ordinamento tedesco la dignità abbia un'origine giusnaturalistica, volta a combattere l'ideologia nazista dell'*Untermensch*; in Italia essa acquisisce una proiezione prevalentemente sociale, sebbene l'ancoraggio con i diritti umani viene garantito dall'art. 2. Sul confronto tra Costituzione tedesca e italiana in punto di dignità, cfr. U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, pp. 119 s. Con riferimento alla CEDU, sebbene il concetto di dignità non compaia in alcuna disposizione, la Corte di Strasburgo non ha avuto difficoltà, a partire dal caso Tyrer c. Regno Unito, a riconoscerla come valore immanente alla Convenzione, strettamente connesso all'art. 3 in materia di divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti: per tutti, R. SPANO, *Deprivation of liberty and human dignity on the case law of the European Court of Human Rights*, in *Bergen Journal of criminal law and criminal justice*, 2016, pp. 152 ss.

<sup>3</sup> Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 122, in *Pluris*.

<sup>4</sup> La sanzione detentiva svolge, come noto, più funzioni, tutte essenziali in una società democratica: quella repressiva verso forme di pericolosità sociale a tutela dei consociati; quella retributiva, che staticamente presuppone una certa proporzionalità tra gravità del fatto commesso ed entità della pena; quella preventiva in senso sia generale (ossia di deterrenza verso la collettività) che speciale (di impedimento della recidiva del reo); nonché, infine, quella rieducativa, che presuppone che il trattamento sanzionatorio sia dinamicamente eseguito in modo da consentire una possibile ed eventuale risocializzazione del reo. Per un esame più approfondito delle funzioni della pena, in particolare quella rieducativa, si rinvia al Cap. 1, par. 7. Sul rapporto tra le teorie della pena e la realtà carceraria odierna, da ultimo, M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena e la realtà carceraria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 1297 ss.



sentito al Ministro della Giustizia, con decreto ministeriale, sospendere le regole di detenzione ordinaria, e applicare le restrizioni più opportune alla tutela dell'ordine dell'istituto penitenziario e alla sicurezza pubblica. Si è voluto così rispondere alla pressante emergenza del tempo di porre un freno alla criminalità di stampo mafioso, e impedire che i detenuti continuassero a mantenere rapporti di interlocuzione costante con gli ambienti criminali di provenienza e a gestire indisturbati i propri affari criminali direttamente dal carcere<sup>5</sup>.

Tuttavia, questo strumento di contrasto della criminalità organizzata si è sin da subito rivelato un trattamento estremamente rigoroso, idoneo a comprimere in modo drastico i diritti dei soggetti che vi sono sottoposti, così ponendo costantemente l'esigenza di verificare, nell'ottica del bilanciamento, che la tutela della sicurezza pubblica non sconfinasse in una inammissibile compressione di altri diritti costituzionalmente tutelati.

La necessità di arginare l'elevata pericolosità sociale di alcune categorie di detenuti, tuttavia, è spesso sbilanciata a vantaggio di esigenze securitarie.

Il compito di ripristinare il punto di equilibrio è dunque attribuito all'autorità giudiziaria, titolare del potere di valutare la legittimità della misura sia a monte, ponendo, se del caso, questione di costituzionalità, sia a valle, potendo annullare il decreto impositivo della misura adottato dal Ministro della Giustizia nei confronti di un detenuto, laddove dovessero ritenersi insussistenti i suoi presupposti di applicazione.

E infatti, proprio grazie al presidio svolto dalla magistratura di sorveglianza, la Corte Costituzionale è potuta intervenire, con numerose pronunce che si avrà modo di esaminare nel prosieguo, a ridisegnare i confini incerti della

---

<sup>5</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, pp. 7 ss., descrive efficacemente, attraverso la narrazione di alcuni casi giurisprudenziali eclatanti, come gli esponenti di spicco della criminalità mafiosa di Cosa Nostra erano in grado di mantenere intatti i contatti con l'esterno e di impartire le direttive al gruppo sfruttando i contatti con l'esterno offerti, ad esempio, dai colloqui con i difensori e con i familiari.

fattispecie, allo scopo di dare all'istituto una fisionomia maggiormente rispettosa dei principi fondanti dell'ordinamento penitenziario e costituzionale<sup>6</sup>.

Il sindacato di legittimità proviene, poi, anche da parte di autorità giudiziarie che si pongono al di fuori dell'ordinamento italiano, come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, in presenza di una violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), e qualora a tale violazione non abbiano posto rimedio le autorità nazionali preposte, può pronunciarsi con un provvedimento reso sotto forma di sentenza vincolante per l'ordinamento inadempiente.

E' in questo solco che si inserisce la presente analisi, che, muovendo da un esame dell'istituto, si pone l'obiettivo di valutare se la fattispecie astratta del 41-*bis*, e soprattutto le concrete modalità con cui la medesima viene attuata all'interno delle mura carcerarie, si pongano o meno in violazione dei diritti umani, e, in particolare, con i diritti tutelati dalla Costituzione e dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Questa, infatti, pur ritenendo la misura in parola non incompatibile con la Convenzione e prendendo atto della necessità di mantenere l'istituto nell'ordinamento giuridico italiano, alla luce del contesto storico e socio-politico di riferimento<sup>7</sup>, ha nel tempo dimostrato un certo rigore circa l'esigenza che tale trattamento non superi determinate soglie, oltre le quali l'Italia si porrebbe in insanabile contrasto con le norme convenzionali.

In questo modo sarà possibile verificare se, in effetti, il regime carcerario differenziato sia oggi rispettoso dei diritti umani dei detenuti, ovvero se sia ancora possibile aspirare a un ulteriore innalzamento dei livelli di tutela, anche considerate le persistenti ombre evidenziate al riguardo da organismi di controllo e prevenzione indipendenti, sia interni, come il Garante dei detenuti, che in-

---

<sup>6</sup> Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349; Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351; Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376; Corte Cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417; Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 190; Corte Cost., 20 giugno 2013, n. 143; Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 122.

<sup>7</sup> Cfr. *ex plurimis*, Vincenzo Guidi c. Italia, n. 28320/02, Corte Edu 2008; S. e Marper c. Regno Unito, nn. 30562/04 e 30566/04, Corte Edu [GC], 4 dicembre 2008; Messina c. Italia, n. 25498/94, Corte Edu 2000; Ganci c. Italia, n. 26772/95, Corte Edu 2000.

ternazionali, come il Comitato di Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti e Pene Inumani e Degradanti (CPT).

## CAPITOLO I

### **Evoluzione, natura e funzioni dell'art. 41-bis ord. pen.**

SOMMARIO: 1. Perché punire? Un'esposizione sintetica delle teorie della pena, dall'Italia *post* unitaria alla riforma penitenziaria. — 2. L'introduzione del regime di carcere duro e la sua evoluzione legislativa: dall'art. 90 l. 354/1975 all'art. 41-bis. — 2.1. Gli interventi riformatori degli anni novanta. — 2.2. L'istituzionalizzazione del regime del "carcere duro". — 2.3. Il c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009. — 3. L'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte Costituzionale. — 3.1 La portata dell'art. 41-bis alla luce dei suoi limiti "esterni" e "interni". La sindacabilità dei provvedimenti impositivi.— 3.2. Le condizioni di applicabilità: titolo di reato o pericolosità sociale? — 3.3. Ulteriori pronunce della Corte Costituzionale successive alle riforme del '99 e 2002. — 3.4. Le pronunce successive alla riforma del 2009. — 3.4.1. Le pronunce recenti. Diritto all'informazione e divieto di cuocere cibi. — 4. L'art. 41-bis oggi. — 5. Le funzioni dell'art. 41-bis — 6. La natura giuridica e inquadramento sistematico della misura. — 6.1. L'art. 41-bis come modalità esecutiva della pena detentiva — 6.2. L'art. 41-bis come misura di prevenzione. — 6.3. L'art. 41-bis come misura di sicurezza ovvero come pena accessoria. — 6.4. I profili cautelari dell'art. 41-bis — 6.5. Le possibili soluzioni alla collocazione sistematica dell'art. 41-bis. — 7. L'art. 41-bis e la funzione rieducativa. Un valore residuale? — 7.1. *Segue*. Esigui spazi di compatibilità tra art. 41-bis e funzione rieducativa della pena. — 8. L'art. 41-bis come espressione di un diritto penale del nemico? — 8.1 Il concetto di diritto penale del nemico. — 8.2. La lotta alla criminalità organizzata come espressione di un "doppio binario". — 8.2.1. Il rapporto con i principi fondamentali del diritto penale. — 8.2.2. La torsione delle regole processuali. — 8.2.3. Le "scorciatoie probatorie". — 8.2.4. Il "doppio binario" penitenziario. — 8.2.5. Il 41-bis come pietra del mosaico che raffigura il mafioso come nemico.

#### **1. Perché punire? Un'esposizione sintetica delle teorie della pena, dall'Italia *post* unitaria alla riforma penitenziaria.**

Nell'affermare che «la pena è un male che il sovrano minaccia a coloro dei suoi sudditi che sarebbero disposti a violare le leggi, e che di fatto egli infligge in giusta proporzione quando le hanno violate, indipendentemente dalla riparazione del danno, nella prospettiva di un bene futuro e di una riuscita finale, per la sicurezza e la tranquillità della società»<sup>1</sup>, Denis Diderot riassume efficacemente le principali teorie della pena: nella prospettiva del "bene futuro" e della "riuscita finale" si annidano profili di prevenzione speciale, emenda e rieducazione, nella "sicurezza e tranquillità della società" si intravedono spunti di prevenzione generale e difesa sociale.

Queste teorie costituiscono, singolarmente e cumulativamente, a seconda del momento, delle risposte alla atavica domanda "Perché punire?", risposte che dipendono inevitabilmente dalle condizioni storiche, politiche, sociali, cul-

---

<sup>1</sup> D. DIDEROT, voce *Castigo*, in *Enciclopedia* (ed. 1770), Torino, 1967.

turali e scientifiche presenti nel periodo di riferimento, manifestandosi ora come affermazione, ora come reazione rispetto allo *status quo*.

L'analisi che ci si accinge a svolgere non ha come scopo quello di approfondire l'esame delle varie teorie della pena, quanto quello di comprendere, attraverso una breve percorso storico, il *background* giuridico che ha dato luogo alla riforma penitenziaria del 1975, e, dunque, all'art. 90 della medesima legge che, come si vedrà, rappresenta il precursore del moderno art. 41-*bis* ord. pen.

Punto di partenza della presente disamina va rinvenuto nel diffondersi subito dopo l'Unità d'Italia, in coincidenza con il prevalere del mondo politico conservatore, della c.d. Scuola classica del diritto penale, caratterizzata da un forte ancoraggio al culto dei valori formali calati in un contesto di disegualianze e paternalismo, ove la pena è giuridicamente necessaria in quanto funzionale alla tutela del diritto violato e alla restaurazione dell'ordine sociale<sup>2</sup>. Ne consegue un rilancio dell'idea retributiva e una corrispondente attenuazione dei temi della risocializzazione del condannato<sup>3</sup>.

E' comprensibile, dunque, come la Scuola classica cominci a perdere consensi in coincidenza con l'evoluzione dei rapporti tra le varie classi sociali, e, soprattutto, con il nascere della c.d. Scuola positiva.

Nella tensione verso l'industrializzazione, verso il diffondersi delle scienze e delle tecnologie trova terreno fertile l'ideale positivista che, in ambito giuridico, cerca di trasporre nel diritto penale l'interesse verso la scienza e il metodo induttivo. L'attenzione si sposta dal delitto al delinquente, mentre al diritto penale viene attribuito il ruolo di elaborare gli strumenti per un'efficace difesa del corpo sociale. La diffusione delle teorie scientifiche conduce all'abbandono della metafisica, alla rinuncia ai concetti di "colpa" e "retribuzione",

---

<sup>2</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Lucca, 1867, pp. 614 s., individuava il fine della pena non nel puro piacere di punire, ma nella necessità di riparare al male politico del delitto. Secondo l'A., il delitto intimorisce i buoni e incoraggia i male inclinati, per cui la pena deve porsi l'obiettivo di rialzare il coraggio dei buoni e di deprimere l'audacia dei perversi, così il diritto, negato dal delitto, potrà essere riaffermato dallo stesso colpevole mediante l'espiazione della sanzione.

<sup>3</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, pp. 20 ss.

nonché allo svuotamento della categoria dell'imputabilità, in conseguenza della crisi del mito del libero arbitrio. Queste teorie portano inevitabilmente ad escludere che la pena possa fungere da retribuzione di un fatto sganciato da colpa. Di conseguenza la sanzione può consistere unicamente in un mezzo giuridico di difesa sociale contro il delinquente, che deve essere riadattato alla vita sociale e, se ciò non fosse possibile, neutralizzato<sup>4</sup>.

Nell'ultimo decennio del diciannovesimo secolo mutano le condizioni economico-sociali del Paese: si registra la diffusione delle grandi imprese industriali, la crescita del proletariato di fabbrica, l'avvento dell'urbanesimo, l'aumento della spesa pubblica. In questo contesto si genera un pensiero giuridico-politico che affronta i temi del diritto penale in chiave dichiaratamente di classe: il socialismo giuridico<sup>5</sup>. Il delitto è prefigurato dalle classi dominanti, che definiscono il reato come violazione dei propri interessi da parte delle classi subalterne. Si contesta il concetto di difesa sociale elaborato dai positivisti, dal momento che il diritto penale, si dice, tutelerebbe non l'assetto

---

<sup>4</sup> C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Torino, 1876, p. 518, concepiva il delitto come fenomeno naturale e necessario, al pari della nascita, della morte, dei concepimenti; dunque, altrettanto naturale e necessaria appariva la pena quale risposta al delitto. A causa della crisi del mito del libero arbitrio e la diffusione della concezione secondo cui il delitto veniva visto come espressione di impulsi biologici e sociali, anche il delinquente veniva dunque studiato come fenomeno naturale, nei confronti del quale la pena doveva svolgere una funzione più di cura che di punizione. R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, pp. 70 ss., nel condividere le posizioni lombrosiane in tema di imputabilità e trattamento del delinquente, sosteneva che la sanzione, proprio perché doveva fungere da cura, non doveva essere raggugliata al delitto ma alla pericolosità del soggetto. Per tale motivo, secondo l'A. sia le misure di prevenzione che di repressione dovevano avere durata indeterminata. Seguendo la medesima corrente di pensiero giuridico, E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884, pp. 172 ss., riteneva che la responsabilità penale prescindesse del tutto dall'imputabilità del reo e dalla tipicità della sanzione. Il delitto, infatti, costituiva sicuro indice della pericolosità del reo, per cui, a tale responsabilità doveva corrispondere una sanzione volta a realizzare un fine di difesa del corpo sociale, sanzione da misurare non in ragione della gravità del delitto ma della pericolosità del soggetto.

<sup>5</sup> Sull'argomento, F. COSENTINI, *Socialismo giuridico*, in *Critica sociale*, 1906, pp. 77 ss., che definisce tale filone di pensiero come quella tendenza riformistica che propugna il rafforzamento della posizione sociale del proletariato e l'attuazione di quelle riforme che concilino le vecchie costumanze con le nuove esigenze e con i nuovi ideali sociali. Vedi anche, G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura*, Bari, 1969, *passim*; ID., *Una "scuola" dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1971, pp. 29 ss.; U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 1974, pp. 431 ss., il quale ultimo criticamente osserva come il socialismo giuridico non sia altro che uno sviluppo della Scuola positiva che fa proprio il discorso sociale, giungendo a rintracciare le cause della criminalità e della delinquenza nel fattore economico, che spinge con l'assillo della miseria migliaia di individui a soddisfare i propri bisogni con mezzi illeciti, e con l'organizzazione del Capitale che permette la proliferazione del delitto con il tenere costante una riserva industriale di disoccupati.

ideale della società, ma quella specifica organizzazione sociale formatasi in un dato momento storico. Anche il carcere viene visto come istituzione di classe, il carcerato come prigioniero politico, il diritto penale come strumento di controllo e repressione di classe<sup>6</sup>.

Nel periodo che segue la prima guerra mondiale, la crescita del movimento operaio e il mutamento del clima politico-culturale consentono di recuperare alcuni dei portati della Scuola positiva: con specifiche circolari degli anni 1921-22 viene richiesto che il detenuto sia considerato oggetto di cura e non di repressione; che gli strumenti di coercizione e di contenzione meccanica siano epurati da ogni senso di rappresaglia e di punizione; che i colloqui e la corrispondenza vadano concessi con maggiore larghezza<sup>7</sup>. In questo contesto viene emanato il nuovo regolamento carcerario<sup>8</sup> che, da un lato, recepisce alcune di queste innovazioni, dall'altro, ne introduce delle ulteriori, come l'attenuazione della disciplina delle case di rigore.

Il momento è, tuttavia, caratterizzato da una certa precarietà, se si considera che l'avvento del fascismo è alle porte, e il riflusso autoritario si fa imminente.

Espressione giuridica di questo periodo storico è rappresentata — come noto — dalla c.d. Scuola Umanistica che ripropone il ritorno al principio correzionalistico, accentua il carattere etico del diritto penale, cui va assegnato un fine educativo, fino a giungere alla piena confusione tra diritto e morale<sup>9</sup>.

Posto il baricentro della pena nella rieducazione morale e nell'espiazione consapevole del reo, si perviene a considerare imputabile solo chi è edu-

---

<sup>6</sup> A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *Scuola pos.*, 1896, pp. 68 ss.

<sup>7</sup> G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973, pp. 1956 s.

<sup>8</sup> Regio Decreto 19 febbraio 1922, n. 393.

<sup>9</sup> V. LANZA, *Umanesimo e diritto penale*, Catania, 1929, pp. 7 ss., afferma la piena ed incondizionata unificazione del campo della penalità e del campo della vita morale, e ciò partendo dal presupposto che ogni delitto, prima che violazione della legge penale, costituisce violazione del sentimento morale e l'illecito penale, parimenti, prima di essere un illecito giuridico, costituisce illecito morale. Ne consegue che la pena non può svolgere più una funzione di difesa sociale, né di tutela giuridica, né di castigo, né di vendetta, ma di educazione per il tramite di un magistero pedagogico. Secondo l'A. infatti, la legge penale può esigere rispetto ed obbedienza solo se è ispirata ai principi della moralità. Legge penale e pena si annunziano pertanto come educazione, in quanto la pena rafforza un comando di natura morale. Ne deriva che compito dello Stato è quello di ricondurre sulla via della moralità e delle abitudini oneste colui che ha peccato.

cabile, e a riversare nella pena funzioni, come visto, educative, così svuotando di contenuti e di valore le misure di sicurezza. I non imputabili, viceversa, vengono considerati “incorreggibili” per tara personale: nei loro confronti l’educazione diventa impossibile e, pertanto, la pena si spoglia di ogni fine solidaristico per consentire unicamente la cura in senso clinico del reo<sup>10</sup>.

Viene fortemente propugnato il concetto di difesa sociale, mutuato dai positivisti: secondo la concezione fascista, il diritto di punire è null’altro che un diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo, e sostanzialmente diverso dal diritto di difesa dell’individuo, avente come scopo fondamentale quello di assicurare le condizioni indispensabili della vita in comune<sup>11</sup>.

Lo Stato viene identificato in un valore assoluto, in un *quid* di mitico, chiamato a punire il delinquente non perché debba difendersi da esso, ma perché questi, con la sua azione criminosa, disobbedisce alle leggi dello Stato, lo ferisce nella sua dignità e autorità e viene meno al suo dovere di fedeltà<sup>12</sup>.

Il frutto principale del periodo fascista va rinvenuto — notoriamente — nell’elaborazione del codice penale. Se, da un lato, i codificatori cercano di respingere una totale affermazione delle teorie retributive, d’altro lato, si ritiene necessario abbandonare ogni pericoloso criterio di pietismo. Alla pena viene

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 248. L’A. perviene ad un secco distacco dell’imputabilità dal libero arbitrio e dal determinismo, al contrario cioè di quanto sostenuto da altre Scuole di pensiero. Ed invero dovendo riservarsi alla pena una seria funzione pedagogica, tale finalità sarebbe negata dal collegamento dell’imputabilità a siffatti presupposti di carattere prettamente filosofico. A chi oppone la incorreggibilità della grande massa dei delinquenti, desunta da recidiva ed abitualità, l’A. risponde che nessuna prova sia data in tal senso, dal momento che il sistema carcerario, anziché soddisfare le propugnatte esigenze pedagogiche, costituisce piuttosto una scuola di perfezionamento nel delitto e di demoralizzazione dello spirito umano.

<sup>11</sup> B. SARROCCI, *Relazione alla Camera de Deputati, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, 1928, p. 82.

<sup>12</sup> G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, pp. 153 ss., nel rintracciare il fondamento del diritto di punire, tra le teorie dell’emenda, della difesa sociale e della retribuzione, in una visione totalitaria del diritto penale predilige quest’ultima, giacché essa pone l’accento sia sull’individuo, il quale è chiamato a rispondere del suo fallo, sia sullo Stato portatore dell’ordinamento giuridico verso cui egli deve rispondere. L’A., tuttavia, riconosce come la teoria retributiva metta in ombra il momento politico necessario per comprendere perché una colpa possa trasformarsi in delitto, ossia perché essa attenta all’autorità e maestà dello Stato. Il delitto diventa, dunque, un *crimen lesae majestatis*: ogni delitto è in fondo un delitto politico. Ne deriva che lo Stato non si difende dal delinquente e neppure mira a correggerlo, ma riafferma con la pena la sua autorità e maestà offesa.



ricondotta, contemporaneamente, finalità repressiva e preventiva, e ciò sul presupposto che ogni pena, nella repressione, persegue una finalità di prevenzione, ed ogni misura di sicurezza può avere funzione preventiva attraverso la repressione<sup>13</sup>.

Con la seconda guerra mondiale e la conseguente caduta del regime fascista, inizia una fase di restaurazione i cui germogli si intravedono nell'attività dell'Assemblea Costituente e nella stessa Costituzione. In materia di pena, infatti, all'art. 21 del testo approvato — poi divenuto l'attuale art. 27 Cost. — viene solennemente sancito che: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»<sup>14</sup>.

La funzione rieducativa viene sottratta a un'impronta paternalistica, per diventare strumento di promozione della persona in senso fortemente antagonista rispetto alle modalità espiative tipiche del periodo fascista, che cercavano di iniettare nella pena contenuti educativi ai valori del regime<sup>15</sup>.

Il primo decennio repubblicano, a causa della progressiva espansione dell'industrialismo capitalistico e del prevalere egemonico del mondo cattolico, con conseguente confessionalizzazione delle istituzioni, dal punto di vista della riflessione sulle funzioni della pena si caratterizza per una spiccata sottolineatura delle teorie di prevenzione generale<sup>16</sup>, per la mortificazione delle teorie di

---

<sup>13</sup> E. ALTAVILLA, *La parte generale del codice penale*, Napoli, 1934, pp. 263 s. La tesi che la pena detentiva risponda anche a fini di prevenzione speciale in quanto impedisce materialmente la recidivanza, si deve però già alla dottrina tedesca più risalente, cfr. A. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1899, pp. 175 s.; F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1927, p. 31.

<sup>14</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 71, osserva come l'istanza rieducativa sia il frutto di una nuova sensibilità politica, in quanto molti dei padri Costituenti avevano sperimentato le galere fasciste, così instaurando un contatto effettivo con le realtà penitenziarie. La rieducazione del condannato, infatti, è il concetto che meglio concilia l'esigenza di conservare una risposta al reato con l'obiettivo di una crescente integrazione delle masse nello Stato.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>16</sup> R. PANNAIN, *Il diritto penale e la morale*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 345, sostiene l'esigenza, per determinare lo scopo e la funzione della pena, di valorizzare non solo il momento successivo alla commissione del reato, ma anche quello anteriore, in cui essa realizza una funzione di minaccia e intimidazione, dunque, una funzione general-preventiva. Ne deriva una severa critica ai sostenitori della teoria retribuzionista che valorizzano, viceversa, solo il momento successivo alla commissione del reato.

prevenzione speciale<sup>17</sup>, e per il rilancio delle teorie retributive<sup>18</sup>. A fianco di queste teoretiche che, come visto, trovano fondamento nella forte presenza cattolica di quegli anni, si diffondono teorie di prevenzione generale e di difesa sociale che traggono spunto, invece, dalla caduta dell'idea etica e assolutistica dello Stato e dalla crescita impetuosa del neo-capitalismo, in virtù delle quali la pena non deve avere funzione diversa da quella di orientamento culturale collettivo e di deterrente rispetto a condotte riprovate socialmente.

Nella seconda metà degli anni cinquanta, in contemporanea con il districarsi della guerra fredda, si assiste, sul piano politico, al declino del centrismo degasperiano e scelbiano, mentre, sul piano istituzionale, si pone il problema di cercare nuove articolazioni di governo.

Il pensiero penalistico, dal canto suo, risente delle novità politico-istituzionali, così caratterizzandosi per l'abbandono delle teorie della prevenzione generale, in favore di quelle della prevenzione speciale, stavolta maggiormente inclini ad assimilare spinte innovatrici. La funzione rieducativa della pena rimane postulato attuale, tuttavia essa viene relegata in secondo piano, riconoscendovi un ruolo subordinato alla neutralizzazione del detenuto: la risocializzazione è perseguibile solo dopo che siano fatte salve le esigenze di custodia e di segregazione<sup>19</sup>.

Nel tentativo di trovare la quadratura del cerchio tra carcere e rieducazione, si valorizza la categoria dell'imputabilità: la sanzione non potrebbe essere concepita come retribuzione quando è impossibile misurare il grado esat-

---

<sup>17</sup> G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 369, ricollega la funzione special-preventiva essenzialmente alle misure di sicurezza, le quali, sebbene vadano coordinate rispetto alle pene vere e proprie, devono rimanere dalle stesse distinte, dal momento che conseguono a presupposti differenti (le prime all'accertamento della pericolosità sociale del reo, mentre le seconde all'accertamento della sua colpevolezza), e tendono a fini diversi. Cfr. anche ID, *Orientamenti generali nel diritto penale*, in *Jus*, 1951, p. 451.

<sup>18</sup> Cfr. B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, pp. 573 ss., esprime con forza l'idea retributiva contenuta nel codice Rocco, con il quale sarebbe stato consacrato un sistema della esecuzione delle pene detentive che conserva alla pena il suo carattere fondamentale di castigo, ma che segna, altresì, la necessità che il regime carcerario serva alla rigenerazione del condannato. La retribuzione, dunque, pur rimanendo componente fondamentale della pena apre i suoi cancelli ai moderni e civili criteri di elevazione della vita del condannato.

<sup>19</sup> R. PANNAIN, *Il diritto penale e la morale*, cit., p. 359; G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in ID, *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, p.184.

to di responsabilità e l'influenza di fattori esterni al delitto sul soggetto agente. Ne consegue che la sanzione non potrà essere concepita esclusivamente come retribuzione, poiché entità e modalità di esecuzione della stessa andranno determinate in relazione alla pericolosità del soggetto oltre che in funzione di difesa sociale e, infine, di rieducazione<sup>20</sup>.

Si apre così un dibattito sul significato da attribuire al concetto stesso di rieducazione, il cui punto di intesa è rappresentato dall'idea che esso costituisca l'apice di un percorso di trattamento del condannato, reso capace di diventare soggetto attivo della propria risocializzazione, attraverso la presa di coscienza delle responsabilità che gli competono all'interno della collettività e soprattutto attraverso l'acquisizione della volontà di vivere nel rispetto della legge<sup>21</sup>.

Con la fine degli anni sessanta il monopolio della riflessione penalistica e carceraria da parte degli accademici viene sopraffatto dalle rivolte carcerarie e dal collegamento che si instaura con la realtà esterna: eventi che danno voce ai

---

<sup>20</sup> P. NUVOLONE, *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 9, ritiene l'imputabilità una categoria normativa che trae il proprio contenuto dall'esperienza, necessaria per individuare quei processi morbosi che, incidendo sull'intelletto e sulla volontà, vengono assunti in sede giuridica come perturbatori della imputabilità. Poiché però l'esperienza insegna che la zona dell'imputabilità può estendersi ben oltre i confini della malattia mentale, e che non è sempre possibile giungere con certezza ad un giudizio di capacità o di incapacità, né è possibile misurare il grado esatto di responsabilità e l'influenza di fattori esterni sulla volontà del soggetto nella determinazione del delitto, la sanzione penale non potrà essere concepita come mera retribuzione-castigo. Al contrario, la sanzione penale dovrà assorbire anche l'istanza di prevenzione, di rieducazione e di recupero sociale. L'A. giunge così ad affermare che la retribuzione inerisce alla pena come istituto, ma non può condizionarne né la misura né le modalità di esecuzione che, invece, andranno impostate dalle esigenze di difesa sociale, di rieducazione e di emenda.

<sup>21</sup> G. GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 261, osserva come la vita carceraria, anziché spegnere l'anima nell'inedia, dovrebbe essere attiva, fatta di lavoro, il più adatto possibile alle attitudini del detenuto, il più fruttifero per la società e per la vittima, a beneficio della quale ultima vanno i risultati. La pena, infatti, continua l'A., essendo ispirata al principio di giustizia, da un lato deve mantenere il suo carattere afflittivo e di reazione morale, ma dall'altro deve perseguire la finalità di riadattamento sociale del colpevole. P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 347, ritiene che la rieducazione debba ottenersi con una serie di trattamenti compatibili con la limitazione della libertà personale e con il rispetto della personalità umana, rinvenendo mezzi educativi, primariamente, nel lavoro, nella scuola, nelle biblioteche circolanti, negli spettacoli educativi e negli sport non violenti. G. ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 55, nella convinzione che l'opera di rieducazione debba rientrare nei compiti di uno Stato moderno che voglia favorire la realizzazione degli interessi individuali e collettivi che si ricollegano ad un'ordinata convivenza, ritiene più opportuno attribuire alla misura di sicurezza la realizzazione di tale funzione da considerare però non tendenziale ma necessaria, lasciando alla pena la funzione prettamente retributiva.

detenuti, i quali riveleranno all'opinione pubblica le arretratezze della vita in carcere e la loro condizione subumana<sup>22</sup>.

Non si discute più sugli scopi della pena in astratto, ma su quale sia la legittimazione di una pena gestita esclusivamente da una classe a danno dell'altra. La constatazione della bassa estrazione sociale della maggior parte dei detenuti viene utilizzata per un processo di delegittimazione delle istituzioni: si riconosce che il delinquente costituisce una classe speciale, proprio perché il

---

<sup>22</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., pp. 98 s.

processo della sua criminalizzazione è gestito dalla classe antagonista<sup>23</sup>. Si sottolinea, dunque, il preponderante aspetto politico del concetto di devianza di fronte al manifestarsi di comportamenti collettivi disfunzionali rispetto a un ben determinato assetto sociale. La pena, pertanto, deve spogliarsi dei suoi retaggi

---

<sup>23</sup> A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, p. 7, nell'intento di elaborare una critica all'ideologia della difesa sociale, secondo cui il reato è un danno per la società e il delinquente è un elemento disfunzionale del sistema sociale — motivo per cui la pena non ha funzione di retribuire ma di prevenire e risocializzare —, dà risalto alla sociologia criminale e, in particolare, ad alcune teorie elaborate nell'ambito di tale scienza. La teoria funzionalistica, ad esempio, ricerca le cause della devianza nella sproporzione tra gli scopi culturalmente riconosciuti come validi (il benessere economico per esempio) e i mezzi legittimi messi a disposizione dell'individuo per raggiungerli. La teoria delle subculture criminali, invece, sostiene che la distribuzione della *chances* di accesso ai mezzi legittimi di raggiungimento degli scopi riconosciuti avviene prevalentemente in favore delle classi più agiate, determinando così la reazione delle minoranze più svantaggiate che creano, appunto, subculture criminali. La devianza non è altro, dunque, che la interiorizzazione e neutralizzazione di valori e norme di comportamento antagonisti rispetto a quelli socialmente e generalmente accettati dalla maggioranza dei cittadini, e finalizzati al perseguimento di quegli scopi per il cui raggiungimento non si dispongono mezzi legittimi. Secondo la teoria del *labelling approach* la devianza non è altro che la conseguenza della creazione delle norme incriminatrici da parte di alcuni gruppi sociali, che non fanno altro che etichettare (*to label*, appunto) gli *outsiders* come criminali. La devianza non, è quindi, una qualità dell'atto commesso dalla persona, ma solo una conseguenza dell'applicazione di norme e sanzioni ad un soggetto considerato delinquente da altri. Ciò sarebbe dimostrato da quegli studi statistici che accertano come soltanto un certo tipo di reati viene effettivamente e prevalentemente perseguito dagli organi giudiziari. Mentre altri reati, come quelli dei colletti bianchi, tendono a rimanere sommersi. La devianza, dunque, è un atteggiamento generalizzato della società, ma i gruppi sociali dominanti, da un lato, plasmano le norme incriminatrici al fine di tutelare i propri interessi, e, dall'altro, condizionano l'accertamento e il perseguimento dei reati commessi da propri esponenti. Tali teoretiche non sono tuttavia pienamente soddisfacenti per l'A., in quanto sarebbero tutte espressione di una visione universalizzante del reato e della reazione punitiva, che, invece, andrebbero osservati nel loro reale contenuto, alla luce dei reali rapporti socio-economici nei quali si iscrivono. L'A., dunque, partendo dal presupposto di una forte discrepanza tra strategia politico-criminale (corrispondente alle esigenze della classe dominante e basata sul controllo sociale di quelle forme di devianza che sono disfunzionali al sistema di valorizzazione e di accumulazione capitalistica di cui la classe dominante è espressione e conseguentemente immune da quei comportamenti socialmente dannosi e illeciti ma funzionali rispetto al sistema) e scienza sociale borghese che, invece, mette a nudo tali realtà, giunge a costruire una teoria della devianza e della criminalizzazione di stampo materialistico e di ispirazione marxista, la c.d. politica criminale del movimento operaio. Secondo l'A., infatti, solo la classe operaia è veramente interessata ad una radicale lotta alla criminalità, ad un superamento delle sue cause, nonché alla penalizzazione effettiva di importanti zone di devianza lasciate immuni dal processo di criminalizzazione, potendo così porsi come unica prassi teorica e politica alternativa a quella dominante capace di cogliere alla radice i vizi del sistema e di saper incidere sulle loro cause. Cfr. anche, ID, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976, p. 237, in cui l'A. rinviene uno stretto legame funzionale tra sistema scolastico e sistema penale nel processo di emarginazione degli strati sociali più svantaggiati. Come il sistema scolastico riflette la struttura verticale della società e contribuisce a crearla e conservarla attraverso meccanismi di selezione, discriminazione ed emarginazione, così il sistema penale riflette la posizione e le esigenze della classe dominante, come emerge dalla prevalente incriminazione astratta di forme di devianza tipiche dei gruppi socialmente più emarginati, e dalla tendenza ad applicare in concreto sanzioni penali prevalentemente nei confronti di esponenti di tali gruppi sociali. E ciò soprattutto a causa della distanza linguistica che separa giudicanti e giudicati, della minore possibilità di svolgere un ruolo attivo nel processo e della impossibilità di servirsi dell'opera di legali prestigiosi a causa della debolezza economica di tali soggetti, oltre che la tendenza dei giudici a non concepire l'applicazione di una sanzione penale detentiva nei confronti di un proprio pari, e a considerarla, viceversa, come più adeguata e meno compromettente lo *status* sociale di soggetti già socialmente emarginati.

idealistici e, rivelati i suoi connotati classisti, deve trasformarsi in un risarcimento sociale offerto a coloro che non hanno fruito di una precedente socializzazione<sup>24</sup>.

All'alba della riforma penitenziaria, a causa degli insuccessi delle varie forme di trattamento in libertà praticate in altri paesi, della crisi economica, e, soprattutto, dell'emersione di nuove forme di criminalità che richiede l'enfaticarsi della risposta repressiva nei confronti della criminalità organizzata e terroristica, si registra una forte crisi delle conquiste più innovative degli ultimi anni<sup>25</sup>.

Ciò determina un "ritorno neoclassico"<sup>26</sup>, con un rilancio delle teorie dell'intimidazione. Constatata la debolezza pratica dell'idea rieducativa, trova terreno fertile il rilancio della teoria della neutralizzazione in chiave di rigida prevenzione speciale, vista come strumento per impedire coattivamente il ripetersi del delitto<sup>27</sup>.

La riforma penitenziaria varata il 26 luglio 1975, con legge n. 354, si presenta così come un crocevia tra quelle istanze più innovative manifestatesi negli ultimi anni — che avevano posto a fondamento del trattamento penitenziario l'idea rieducativa —, e le nuovissime tendenze neoclassiche supportate dalle forze moderate<sup>28</sup>.

Esito di questo compromesso è l'alleggerimento della pressione penale sulla criminalità di piccolo stampo, che svolge anche funzione di sedativo sociale, e il rafforzamento della lotta alla devianza più pericolosa (terrorismo e criminalità organizzata), così dando luogo alla c.d. "strategia differenziata"<sup>29</sup> (o

---

<sup>24</sup> G. NEPPI MODONA, *I rischi di una riforma settoriale*, in *Quale giustizia*, 1971, p. 645.

<sup>25</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., pp. 104 s.

<sup>26</sup> L'espressione "renaissance nèo-classique" è utilizzata da C. PEDRAZZI, *Relazione di sintesi al Quinto congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine ed il trattamento dei delinquenti*, Ginevra, 1-12 settembre 1975.

<sup>27</sup> C. BASSIOUNI, *Relazione al Quinto Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine ed il trattamento dei delinquenti*, cit., p. 12.

<sup>28</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 105.

<sup>29</sup> Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, Ufficio Studi e Ricerche, *Una strategia differenziata per la difesa sociale del delitto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 209.

“doppio binario”<sup>30)</sup>, che si avrà modo di esaminare più ampiamente nel prosieguo.

Contemporaneamente, rispetto al trattamento penitenziario, l'esito compromissorio si rinviene nella scelta puramente ideologica di aver sostituito la funzione rieducativa alla logica punitiva, dal momento che si prevede un sistema in cui, partendo dalla irrinunciabilità della reclusione come prototipo della pena, il legislatore introduce una serie di riconoscimenti, diritti e misure alternative alla segregazione che, pur rappresentando la spinta più innovativa della riforma, mantengono come metro di riferimento le esigenze del carcere<sup>31</sup>.

## **2. L'introduzione del regime di carcere duro e la sua evoluzione legislativa: dall'art. 90 l. 354/1975 all'art. 41-bis.**

Con la riforma dell'ordinamento penitenziario, ad opera della citata l. 26 luglio 1975 n. 354, si è cercato di abbandonare, come anticipato, l'ottica prevalentemente custodialistico-retributiva della precedente regolamentazione<sup>32</sup> in favore di un'impostazione tendente al reinserimento sociale del condannato<sup>33</sup> in ossequio ai principi sanciti dalla Carta fondamentale e, in particolare, dall'art. 27, comma 3, Cost. L'obiettivo, però, di orientare l'esecuzione della pena e della misura di sicurezza in senso spiccatamente risocializzante, si scontrava con il problema della presenza di detenuti evidentemente refrattari al trattamento ri-

---

<sup>30</sup> A. BITONTI, *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., 2005, pp. 393 ss., descrive la «metafora ferroviaria» del «doppio binario» come l'affiancamento all'ordinario regime, attuato per i reati e per i procedimenti ordinari, di speciali norme incriminatrici, processuali e penitenziarie applicabili nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, in particolare di stampo mafioso. L'espressione viene adoperata, poi, anche nella distinzione di trattamento che il legislatore ha riservato nei confronti di coloro che cedono a condotte collaborative, rispetto ai quali viene adoperato un regime premiale, e gli irriducibili, ai quali viene riservato il regime di rigore di cui agli artt. 4-bis e 41-bis ord. pen.

<sup>31</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia*, cit., pp. 145 s.

<sup>32</sup> R.D. 18 giugno 1931, n. 787 (c.d. Regolamento Rocco).

<sup>33</sup> T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. GREVI, Bologna, 1981, p. 291, osserva, in modo critico, come nella riforma penitenziaria, dietro l'idilliaco paravento della funzione rieducativa e di risocializzazione, è stata occultata una normativa essenzialmente volta alla tutela dell'ordine e della sicurezza.

abilitativo e comunque pericolosi per gli altri detenuti e per l'ordine pubblico in generale<sup>34</sup>.

Nondimeno, questa legge si inseriva in un contesto storico peculiare, quello degli “anni di piombo”, nel quale il diffondersi di episodi di evasioni dalle carceri e di violenza tra detenuti e agenti di polizia penitenziaria e tra detenuti stessi creavano una situazione di effettivo pericolo nei confronti della sicurezza pubblica e delle strutture penitenziarie<sup>35</sup>, tale da richiedere un regime carcerario differenziato rispetto a quello ordinario da applicarsi ai detenuti più pericolosi<sup>36</sup>.

Per rispondere a siffatte esigenze securitarie, e per contrastare la criminalità politica negli anni segnati dal terrorismo, veniva istituita in primo luogo una rete carceraria di “massima sicurezza”<sup>37</sup>, per poi attribuire, ai sensi dell'art. 90 della predetta legge<sup>38</sup>, la facoltà al Ministero di Grazia e Giustizia di sospendere, in uno o più stabilimenti penitenziari, le regole di trattamento e gli

---

<sup>34</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. GREVI, Padova, 1994, p. 151.

<sup>35</sup> G. BAER, *Il carcere duro in Italia fra illegittimità costituzionale e necessità investigative*, in *Paginauno* n. 28, giugno-settembre 2012.

<sup>36</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010, pp. 113 s., osserva come, con la riforma penitenziaria, in un contesto volto a favorire la risocializzazione dei detenuti, si era resa necessaria l'introduzione di un trattamento differenziato per soggetti dotati di particolare capacità a delinquere o determinati da finalità di lotta politica violenta.

<sup>37</sup> Cfr. E. SOMMA, *Palingenesi, razionalizzazione e «sperimentazione» nella novella penitenziaria del 1986*, in *Legisl. pen.*, 1987, p. 82; T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari*, cit., p. 306 s.

<sup>38</sup> La fattispecie, rubricata “Esigenze di sicurezza”, recitava: «Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza».

Sull'art. 90 ord. pen., T. PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari*, cit., pp. 288 ss.; G. LA GRECA, *Documenti per una riflessione sugli istituti di «massima sicurezza»*, in *Foro it.*, 1983, II, pp. 473 s.; V. GIAMBRUNO, *Diritto penitenziario*, Milano, 2006, pp. 197 ss.; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, pp. 4 ss.; L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, Padova, 2015, p. 446.



istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, in presenza di gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza<sup>39</sup>.

Si trattava, all'evidenza, di una disposizione legislativa in controtendenza rispetto all'impostazione prevalentemente garantista assunta dalla riforma penitenziaria, in quanto attribuiva a un'autorità prettamente politica, e non giurisdizionale, ossia il Ministro di Giustizia, il potere di "sospendere", e non semplicemente modificare, le regole ordinarie di trattamento carcerario.

La norma aveva tuttavia suscitato forti dubbi, in particolare, a causa del suo ambito di operatività esteso a interi istituti penitenziari, che implicava l'estensione del regime a tutti i detenuti indistintamente, per il solo fatto di essere stati ristretti in un determinato penitenziario senza possibilità di differenziazione interna<sup>40</sup>.

La fattispecie si caratterizzava, inoltre, per l'insussistenza, in capo al detenuto colpito dal provvedimento, di alcuno strumento di ricorso al magistrato di sorveglianza<sup>41</sup>, con evidenti rischi di strumentalizzazione ai fini di repressione del terrorismo politico di quegli anni. Mancava l'indicazione di criteri soggettivi e oggettivi di applicazione di tali misure repressive, stante l'indeterminatezza e genericità della relativa fattispecie, con la conseguente possibilità e potestà dell'amministrazione di sottoporre a detenzione speciale chiunque<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 166, identifica il concetto di "ordine" con l'istanza disciplinare dell'istituzione, presupponendo l'adeguamento del detenuto alla vita istituzionale e al rispetto delle regole penitenziarie. Il concetto di "sicurezza" si risolve, invece, nell'astensione da condotte suscettibili di ledere gli interessi coinvolti nell'attività dell'istituzione penitenziaria, sia che si tratti di interessi personali e patrimoniali delle persone che in essa vivono ed operano (c.d. sicurezza interna), sia che si tratti, invece, dell'interesse all'effettiva esecuzione della misura detentiva (c.d. sicurezza esterna). Sui concetti di "ordine" e "sicurezza" cfr., altresì, p. 106; G. TAMBURINO, *La sicurezza nel quadro del regime penitenziario*, in C.S.M., *Diritto penitenziario e misure alternative*, Roma, 1979, p. 101; M. GENGHINI, *Sicurezza degli istituti penitenziari. Diritti soggettivi ed interessi legittimi dei detenuti*, in C.S.M., *Diritto penitenziario*, cit., pp. 87 s.; G. ZAPPA, *Magistratura di sorveglianza ed amministrazione penitenziaria di fronte ai problemi attuali del carcere*, in C.S.M., *Incontro del C.S.M. con i magistrati di sorveglianza*, Roma, 1985, pp. 47 s.

<sup>40</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 114.

<sup>41</sup> Figura di magistrato — come noto — introdotta anch'essa con la l. 354/75, che aveva (e ha) il compito di vigilare sull'esecuzione della pena nel rispetto dei diritti dei detenuti e degli internati e di intervenire in materia di applicazione delle misure di detenzione.

<sup>42</sup> S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto - Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, p. 252; G. MANNOZZI, *Sub art 41-bis, L. 26 luglio 1975, n. 354*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO - C. E. PALIERO, Padova, 2007, p. 1944.

L'art. 90 poneva, poi, esigenze di maggiore determinatezza<sup>43</sup> a causa di una definizione legislativa carente non soltanto dell'*an* della punizione (ossia dei presupposti applicativi), ma anche del *quomodo* della sua realizzazione (cioè del complesso delle restrizioni che la misura avrebbe potuto comportare), in patente contraddizione con i principi sanciti dagli artt. 13, co. 2, e 25, co. 2, Cost.<sup>44</sup>

Sorgeva, infine, un'urgenza di giurisdizionalizzazione<sup>45</sup>, considerato che una eventuale definizione normativa di presupposti, contenuti e limiti di applicazione del regime *ex art. 90*, sarebbe stata suscettibile di abusi in assenza di un vaglio giudiziale<sup>46</sup>.

Gli estremi margini di discrezionalità e la necessità di differenziazione dell'esecuzione penitenziaria non tra interi istituti ma anche all'interno di singole strutture, richiedevano, soprattutto sulla spinta di alcuni magistrati di sorveglianza, l'adozione di una riforma, che veniva attuata con la legge 10 ottobre 1986, n. 633 (c.d. legge Gozzini)<sup>47</sup>. Questa legge mirava a trovare punto di equilibrio tra due opposte esigenze: la sicurezza interna ed esterna e la progressiva proiezione del trattamento individualizzato oltre le mura penitenziarie<sup>48</sup>.

Al fine di garantire la sicurezza e l'ordine all'interno dell'istituto e consentire una differenziazione del trattamento penitenziario tra singoli detenuti, veniva introdotto, con l'art. 14-*bis*, il regime di sorveglianza particolare indi-

---

<sup>43</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 155.

<sup>44</sup> Sulla necessità che tutte le misure incidenti sulla libertà personale, disposte nel corso dell'esecuzione penitenziaria, rispettino le relative garanzie costituzionali, cfr. P. NUVOLONE, *Il processo penale e l'esecuzione delle pene*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Padova, 1969, p. 1465; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 232.

<sup>45</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 156.

<sup>46</sup> E. SOMMA, *La «giurisdizionalizzazione» dell'esecuzione. Processo penale e processo di sorveglianza*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, pp. 159 s.

<sup>47</sup> Sulla riforma del 1986 cfr., F. PALAZZO, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Pol. dir.*, 1988, pp. 225 ss.; F. GIUNTA, *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 586 ss.; G. PIERRO, *Spunti d'insieme sulla legge 10 ottobre 1986 n. 633*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 372 s.; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria fra pareri amministrativi e controllo giurisdizionale*, in *Indice pen.*, 1990, pp. 147 ss.

<sup>48</sup> V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 633*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 25.

vidualizzato<sup>49</sup>. Scopo dell'istituto era quello di reprimere, in una prospettiva di autodifesa delle regole di convivenza in istituto rispetto al pericolo di turbative provenienti dall'interno della stessa comunità carceraria, la pericolosità c.d. penitenziaria<sup>50</sup> di alcuni soggetti.

L'art. 90, a sua volta, veniva sostituito con l'art. 41-*bis*, il cui primo comma così testualmente recitava: «In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e di giustizia ha la facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto».

Ecco che, pur in presenza di una disposizione letteralmente molto simile alla precedente e con essa in rapporto di forte continuità, si tentava di fare maggiore chiarezza su presupposti applicativi e ambito di operatività, e quindi di definire i limiti del potere del Ministro della Giustizia.

Se l'art. 90 si riferiva a «gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza», l'art. 41-*bis* prevedeva, quale presupposto applicativo del decreto di sospensione, «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza», una formula certamente più coerente con la stessa *ratio* del vecchio art. 90 di reazione a situazioni impreviste e incontrollabili. L'oggetto della sospensione veniva, poi, individuato nelle «normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati», escludendo l'ulteriore richiamo agli «istituti»<sup>51</sup>.

L'aspetto più innovativo della modifica va rinvenuto, però, nel diverso ambito applicativo: se l'art. 90 poteva applicarsi indistintamente a uno o più istituti penitenziari, l'art. 41-*bis*, invece, poteva trovare esecuzione solo all'interno dell'istituto interessato o in parte di esso<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., pp. 115 s.

<sup>50</sup> Si tratta di una forma di pericolosità che si contrappone alla c.d. pericolosità sociale, rilevante sul piano del diritto penale sostanziale, e che si connette ai comportamenti interni al carcere, in quanto espressivi di atteggiamenti gravemente antitetici con la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati.

<sup>51</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 159.

<sup>52</sup> P. CORVI, *Trattamento differenziato*, cit., p. 117.

Ulteriore differenza si rinveniva, poi, nella diversa collocazione della fattispecie: mentre l'art. 90 figurava tra le «Disposizioni finali e transitorie», l'art. 41-*bis* veniva collocato nell'ambito del «Regime penitenziario», immediatamente dopo la disciplina dei «Mezzi coercitivi». Se la precedente sistemazione suggeriva l'idea di una norma di chiusura che presupponeva, per trovare applicazione, eccezionali esigenze di ordine e sicurezza, la nuova collocazione dell'art. 41-*bis* sembrava implicare, in un primo momento, una minore innovatività, consentendo di assicurare ordine e sicurezza nei confronti di una collettività di detenuti — relegati nelle carceri di massima sicurezza — laddove l'intervento nei confronti del singolo non fosse stato possibile. Il trattamento individualizzato era, invece, assicurato dal regime di sorveglianza particolare<sup>53</sup>.

Con la riforma del 1986 si apriva la prospettiva di un vero e proprio “doppio regime” penitenziario riconducibile ad un criterio di differenziazione connesso alla natura del reato commesso, e diretto a diversificare non solo le regole trattamentali, ma anche le regole probatorie dettate per l'ammissione alle varie misure<sup>54</sup>.

## **2.1. Gli interventi riformatori degli anni novanta.**

Con la recrudescenza del fenomeno mafioso e la commissione delle stragi di Capaci e Via D'Amelio, veri e propri attacchi alle istituzioni da parte delle organizzazioni criminali, emergeva l'esigenza di una svolta nella legislazione penitenziaria.

Di fronte alla necessità di reagire alla strategia stragista della criminalità organizzata di stampo mafioso e di porre in primo piano il problema dell'ordine e della sicurezza pubblica, si profilava, infatti, l'esigenza di un intervento di riforma caratterizzato da particolare rigore e severità, finalizzato a precludere che i diritti esercitabili nell'ambito penitenziario potessero essere sfruttati per

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 160 s.

<sup>54</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 4.

manovrare le violente aggressioni alla sicurezza dello Stato, grazie al persistere dei legami con la criminalità organizzata che gli ordinari strumenti di reclusione non erano in grado di recidere<sup>55</sup>.

Primo intervento, seppur piuttosto flebile dal punto di vista del contenuto e degli effetti, è rappresentato dall'approvazione della L. 13 marzo 1990 n. 55, il cui art. 13 inseriva nell'ordinamento penitenziario l'art. 30-*ter*, co. 1-*bis*, ai sensi del quale, ai fini della concessione dei permessi premio ai condannati per reati di criminalità organizzata, era necessaria l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità del collegamento con l'organizzazione di appartenenza<sup>56</sup>.

Gli interventi di maggiore spessore si ravvisavano, invece, nel D. L. 13 maggio 1991 n. 152 (convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203) e nel D. L. 8 giugno 1992 n. 306 (convertito in legge 7 agosto 1992 n. 356), con i quali veniva introdotto nell'ordinamento penitenziario il sistema del cd. "doppio binario", recante un circuito trattamentale *ad hoc*, destinato, per lo più, ai detenuti per

---

<sup>55</sup> M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, 1996, p. 166.

<sup>56</sup> «Per i condannati per reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale, devono essere acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata». Il legislatore, con il D.L. 13 maggio 1991 n. 152, convertito con la legge 12 luglio 1991 n. 203, ha abrogato il comma in esame ma contestualmente ha inserito i permessi premio tra il novero dei benefici e delle misure (di cui all'art. 4-*bis* o.p.) che possono essere concessi solo se, con riferimento a determinati reati, sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Nel senso di riconoscere a tale riforma una manifestazione della progressiva diversificazione tra trattamento penitenziario ordinario e trattamento penitenziario per detenuti per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., V. GREVI, *Verso un regime penitenziario differenziato*, cit., p. 5.

reati di criminalità organizzata<sup>57</sup>. Con questi provvedimenti si è dato luogo «alla combinazione di un reticolo di preclusioni e premi»<sup>58</sup> volto, da un lato, ad incentivare la collaborazione con la giustizia da parte di soggetti legati ad associazioni delinquenti e, dall'altro, a rafforzare la carica repressiva della segregazione carceraria. Si trattava di una ben precisa strategia politico-legislativa, finalizzata a divaricare progressivamente la forbice del doppio regime carcerario in funzione della scelta di collaborare o meno con la giustizia<sup>59</sup>.

La legge 203/91, inserendo nell'ord. pen. l'art. 4-bis ord. pen., precludeva la concessione di taluni benefici penitenziari (lavoro all'esterno, permessi premio, misure alternative, fatta eccezione per la libertà anticipata) a determinate categorie di detenuti e internati autori di reati di criminalità organizzata.

Sempre nell'ottica dell'aggravamento del trattamento con l'obiettivo di favorire la collaborazione con la giustizia, si collocavano le modifiche agli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4 e 50, co. 2, ord. pen. (rispettivamente concernenti l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e la semilibertà)<sup>60</sup>.

Si sceglieva di intervenire, poi, ad ulteriore inasprimento del processo di diversificazione del trattamento penitenziario, nei confronti dei detenuti per

---

<sup>57</sup> B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, p. 123 e ss.; ID., *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. GIOSTRA - G. INSOLERA, Milano, 1995, p. 141 e ss.; ID., *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. CORSO - G. INSOLERA - L. STORTONI, Torino, 1995, p. 740 e ss.; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., p. 3 e ss.; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 139 e ss.; ID., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1257 e ss.; A. PRESUTTI, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. PRESUTTI, Milano, 1994, p. 59 e ss.; M. CANEPA, *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 118 e ss. Più recentemente V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, p. 241 e ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 28 e ss.; M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 485 e ss.; L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 228 e ss.; L. CARACENI, C. CESARI, *Sub art. 4-bis ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 44 e ss.

<sup>58</sup> V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, cit., p. 242.

<sup>59</sup> V. GREVI, *Verso un regime penitenziario*, cit. p. 13.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 7.

reati *ex art. 4-bis* ord. pen. che avessero posto in essere condotte evasive punibili *ex art. 385 c.p.* In tali casi, l'*art. 58-quater*, commi 1 e 3, ord. pen. prevedeva, per un periodo di tre anni, il divieto di concessione dei più comuni benefici penitenziari. Nei confronti dei detenuti per delitti particolarmente gravi (come nel caso del sequestro di persona), qualora fosse stata cagionata la morte della vittima, l'*art. 58-quater*, co. 4, sanciva, invece, una rigida esclusione da tutti i benefici penitenziari finché non fossero stati espiati effettivamente almeno i due terzi della pena inflitta o, in caso di ergastolo, almeno ventisei anni di reclusione.

Di converso, con la L. 356/92, veniva incentivata, seguendo l'altra direttiva della riforma — la collaborazione con la giustizia — mediante la previsione di un divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti per i reati di cui all'*art. 4-bis* di “prima fascia” (ossia quelli di certa riferibilità al crimine organizzato) nel caso in cui gli stessi non avessero collaborato con la giustizia ai sensi dell'*art. 58-ter* ord. pen. Non bastava più, come secondo la precedente formulazione dell'*art. 4-bis*, la dimostrazione dell'interruzione di ogni forma di collegamento con la criminalità organizzata, data la nuova vigenza di una rigida presunzione *ex lege*, che richiedeva la dimostrazione della rottura dei legami con l'esterno solo attraverso la scelta collaborativa<sup>61</sup>.

Sul diverso, ma contiguo, versante del “carcere duro”, la l. 356/92 aggiungeva all'*art. 41-bis* un secondo comma, ai sensi del quale: «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica anche a richiesta del Ministro dell'Interno, il Ministro di Grazia e Giustizia ha altresì la facoltà di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'*art. 4-bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza».

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 9 ss.

Si introduceva, quindi, un regime speciale applicabile unicamente ai detenuti per i reati di cui all'art. 4-*bis*<sup>62</sup>, che dimostrava la scelta consapevole del legislatore di utilizzare strumentalmente la natura di alcuni reati per escludere certe categorie di detenuti dall'applicazione dei benefici<sup>63</sup>.

La disposizione in esame, stante la sua natura eccezionale e derogatoria alle regole ordinarie, non era destinata ad inserirsi stabilmente all'interno dell'ordinamento penitenziario, ma assumeva carattere temporaneo in funzione dell'art. 29 del D.L. 306/92, che ne circoscriveva l'efficacia ad un periodo di tre anni a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione<sup>64</sup>.

I destinatari del provvedimento venivano identificati con le categorie normative di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., rispetto ai quali vigeva una presunzione di pericolosità che poteva essere vinta (nei casi di detenuti o internati per delitti di associazione di stampo mafioso o commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p.) solo attraverso la collaborazione con la giustizia e (nei casi di detenuti o internati per delitti eversivi o terroristici, per omicidio volontario, rapina aggravata, estorsione aggravata, produzione o traffico aggravati di sostanze stupefacenti) dal mancato riscontro di legami con la criminalità organizzata.

Il comma secondo dell'art. 41-*bis* si differenziava dal primo per due profili: l'ambito di operatività, in quanto applicabile non ad intere realtà penitenziarie, ma a singoli detenuti, e la *ratio*, in quanto, se il primo comma trova-

---

<sup>62</sup> Ossia, secondo la sua formulazione originaria, quei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, associazione di tipo mafioso e favoreggiamento alla mafia. Nella sua versione attuale l'art. 4-*bis*, co. 1 prevede anche la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, l'induzione o lo sfruttamento della prostituzione minorile, la produzione e il commercio di materiale pornografico minorile, la tratta di persone, l'acquisto e l'alienazione di schiavi, la violenza sessuale di gruppo e l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, così dando luogo ad un catalogo di destinatari del doppio binario penitenziario particolarmente eterogeneo.

<sup>63</sup> G. BAER, *Il carcere duro*, cit., secondo la quale, in particolare, il regime detentivo cui sono sottoposti alcuni detenuti particolari, anche durante il periodo della custodia cautelare, non dipendeva più dall'effettiva pericolosità all'interno delle mura carcerarie, ma dal tipo di imputazione *tout court*.

<sup>64</sup> Nei fatti, però, l'efficacia della disposizione è stata prorogata fino al 31 dicembre 1999; poi, con legge n. 26 novembre 1999 n. 446 fino al 31 dicembre 2000; e, infine, con decreto legge 24 novembre 2000 n. 341, convertito in legge 19 gennaio 2001 n. 4, fino al 31 dicembre 2002.



va fondamento nell'esigenza di ristabilire l'ordine all'interno dell'istituto, il secondo era proiettato ad arginare la pericolosità di soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, e dunque a far fronte a situazioni di turbativa sociale estranee ed esterne al carcere<sup>65</sup>.

Con riferimento al contenuto del provvedimento sospensivo, veniva proposto un modello di gestione dell'ordine e della sicurezza largamente ricalcato sulla falsariga dell'abrogato art. 90, anche se esteso alla tutela di fenomeni extra-penitenziari (la norma richiamava — tra l'altro — esigenze di sicurezza pubblica), e circoscritto, pur in modo evidentemente vago e fumoso, alla possibilità di sospendere solo quelle regole penitenziarie che potessero porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza<sup>66</sup>.

Il carcere duro *ex art. 41-bis* si iniziava a caratterizzare come punizione ulteriore dai connotati fortemente politici, con lo scopo esplicito di convincere i detenuti a collaborare con la giustizia o a impedire loro di mantenere contatti con l'esterno<sup>67</sup>.

I limiti che il nuovo co. 2 dell'art. 41-*bis* ord. pen. però manifestava, erano l'evidente frutto del peccato originale che la fattispecie scontava, ovvero la sua origine emergenziale, conseguente all'esigenza di non cedere di fronte all'offensiva eversiva delle organizzazioni criminali, che ha fatto leggere l'art. 41-*bis* come un sostanziale ritorno al rigore repressivo dell'art. 90<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Una efficace differenziazione circa l'ambito di applicabilità e *ratio* tra l'art. 14-*bis*, che disciplina il diverso ma contiguo regime di sorveglianza particolare, e i commi primo e secondo dell'art. 41-*bis* viene svolta da, P. CORVI, *Trattamento differenziato*, cit., pp. 115 ss. Cfr. altresì, S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, p. 4, secondo cui con il secondo comma è stata confermata la natura extrapenitenziaria dei fenomeni idonei a provocare turbamento all'ordine e alla sicurezza pubblica, laddove la condotta carceraria del detenuto risultava irrilevante ai fini dell'applicazione del regime, e suscettibile di essere affrontata con il diverso istituto della sorveglianza particolare *ex art. 14-bis*. Le situazioni generali di pericolo interno non riferibili al singolo erano invece compendiate nel primo comma dell'art. 41-*bis*.

<sup>66</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., pp. 186 ss.

<sup>67</sup> G. BAER, *Il carcere duro*, cit.

<sup>68</sup> Sulla continuità tra l'art. 90 ord. pen. e l'art. 41-*bis*, c. 2, R. MERANI, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: la sicurezza accentuata*, in C.S.M., *Incontro con i magistrati di sorveglianza*, 287 ss.; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari*, cit., p. 795; G. MANNOZZI, *Sub art 41-bis, L. 26 luglio 1975, n. 354 cit.*, p. 1944. *Contra*, N. DE RIENZO, *Il regime sospensivo, previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ord. penit.: una rilettura del sistema della sicurezza*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., p. 102.

Inoltre, con la legge 7 gennaio 1998 n. 11 veniva estesa ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale l'istituto della partecipazione a distanza alle udienze e si introduceva, altresì, la possibilità di impugnare davanti ad un giudice il provvedimento ministeriale di applicazione e proroga dell'istituto.

Con la prima innovazione si voleva porre fine ai fenomeni di “turismo giudiziario”<sup>69</sup> che, da un lato, gravavano fortemente le casse dello Stato, e incidavano negativamente sull'economia processuale, posto che i detenuti dovevano essere costantemente trasportati dal carcere alle aule giudiziarie; dall'altro, vanificavano sostanzialmente la funzione del 41-*bis*, consentendo costanti collegamenti tra i detenuti e gli ambienti esterni con cui venivano in contatto in occasione degli spostamenti.

Con la seconda novità si recepiscono le pronunzie della Corte Costituzionale (vedi *infra*, par. 2.2), che avevano ammesso la sindacabilità del provvedimento di applicazione dell'istituto dinnanzi al magistrato di sorveglianza del *locus custodiae*.

## **2.2. L'istituzionalizzazione del regime del “carcere duro”.**

Con legge 23 dicembre 2002 n. 279, a dispetto della sua origine e natura eccezionale, il regime del “carcere duro” *ex art. 41-bis* veniva istituzionalizzato e trasformato da misura meramente temporanea in strumento stabilmente acquisito all'ordinamento<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 411, riferisce che la nozione di “turismo giudiziario” non concerne solo gli imputati, ma anche i testi, e giustifica, al fine di impedire alle associazioni criminali di attentare alla vita di questi oltre che l'usura della fonte di prova, quelle norme che limitano l'esame dibattimentale dei testimoni e favoriscono l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese.

<sup>70</sup> Secondo F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, p. 438, la definitiva «messa a regime costituzionale» del 41-*bis* costituisce il bilanciamento effettuato dal legislatore a fronte della trasformazione dell'istituto da norma di eccezionale e provvisoria vigenza a strumento ordinario di rigore all'interno degli istituti di pena. P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 123 s., osserva come l'istituzionalizzazione del 41-*bis* ord. pen. avesse sollevato aspre critiche da parte di coloro che definivano il regime differenziato una anomalia giustificata da esigenze di emergenza contingenti, laddove, invece, esso era stato salutato con soddisfazione da chi rinveniva l'anomalia proprio nella temporaneità dell'istituto, ritenendo che esso rispondesse ad esigenze di sicurezza non eccezionali ma permanenti.

La presente riforma, pur non incidendo sulla formulazione del primo comma della norma in esame, interveniva in modo articolato sul testo originario dei commi 2 e *2-bis*, per poi inserire ulteriori quattro commi (da *2-ter* a *2-sexies*).

Il novellato comma secondo si caratterizzava, ora, per elementi che ne accentuavano gli aspetti di garanzia nei confronti dell'operato dell'Amministrazione penitenziaria<sup>71</sup>: enucleava, mediante un'opera di recepimento delle indicazioni fornite al riguardo dalla giurisprudenza sotto la vigenza del vecchio *41-bis*, i presupposti in presenza dei quali potesse essere adottato il decreto di sospensione; individuava, in un'ottica significativa di tassativizzazione e uniformazione del trattamento<sup>72</sup>, i contenuti del provvedimento; descriveva le modalità di adozione e revoca del decreto impositivo (officiosa o su istanza dell'interessato) e di reclamo avverso il medesimo.

Rispetto alla formulazione precedente, il legislatore richiamava solo i delitti elencati dall'art. *4-bis* ord. pen. primo comma, primo periodo, così legittimando l'applicazione dell'istituto ai soli reati realizzati all'interno di un sodalizio criminoso<sup>73</sup>. In secondo luogo, subordinava l'applicazione dell'istituto all'accertamento in concreto della sussistenza di collegamenti con le associazioni criminali di riferimento, così dimostrando di aver recepito le indicazioni formulate dalla Corte Costituzionale<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma*, cit., p. 438.

<sup>72</sup> Circolare del Ministero della Giustizia, 9 ottobre 2003, n. 100844, secondo cui «la corretta funzionalità del regime speciale presuppone uniformità tra i vari istituti nella individuazione delle prassi che caratterizzano la vita di reparto con riguardo alle possibilità di contatto che i detenuti sottoposti al regime possono avere tra loro e con la comunità esterna». Al contrario, un'applicazione differenziata dell'istituto consentirebbe a coloro che sono sottoposti alle restrizioni più severe di eluderle profittando di coloro cui sono concessi sporadici contatti con l'esterno.

<sup>73</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 40, accoglie con favore siffatta riforma, idonea a superare il difetto di chiarezza che la precedente formulazione poneva a causa del richiamo generalizzato all'art. *4-bis*. Ciò aveva imposto di desumere dalla prassi l'effettiva destinazione dello strumento al contrasto della criminalità organizzata, potendosi applicare l'istituto, visto il richiamo generalizzato al *4-bis*, anche agli autori di delitti passionali.

<sup>74</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 143, riconnette a tale seconda novità la manifestazione di una evidente funzione di prevenzione della pericolosità individuale di determinati detenuti.

Si stabiliva, inoltre, che i provvedimenti avessero durata non inferiore ad un anno e non superiore a due anni, e che fossero prorogabili per periodi successivi, ciascuno non superiore ad un anno.

Da istituto nato quale risposta emergenziale ad una situazione di crisi acuta dello Stato, e dichiaratamente inserito a tempo nell'ordinamento dalla L. 356/92, il regime del "carcere duro" per i detenuti e gli internati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. veniva finalmente reso più coerente con il dettato costituzionale e, soprattutto, inserito in modo stabile nell'ordinamento<sup>75</sup>.

### **2.3. Il c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009.**

Con l'approvazione del Pacchetto Sicurezza (l. 15 luglio 2009, n. 94, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica") si è cercato di colmare le falle che erano emerse nel corso dell'applicazione del regime detentivo speciale. Dichiarato scopo della riforma era quello di «dare più rigore al 41-*bis*»<sup>76</sup>, sia a causa di quegli accertamenti giudiziali che avevano messo in luce come i detenuti sottoposti a regime siffatto riuscissero a mantenere contatti con l'associazione — alla quale trasmettevano ordini e direttive — sia a causa dell'esigenza di limitare l'uso troppo disinvolto dei Tribunali di Sorveglianza, competenti sui reclami, dei poteri di annullamento dei decreti ministeriali di applicazione dell'istituto<sup>77</sup>.

Più in particolare, poiché erano stati assicurati alla giustizia numerosi componenti di spicco delle principali consorterie mafiose, da un lato, il profilo

---

<sup>75</sup> F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma*, cit., p. 439, osserva come l'avvenuta istituzionalizzazione del 41-*bis* si scontri, inevitabilmente, con tre profili: 1) la prevalente finalità rieducativa della pena, di fatto obliterata dall'adozione del regime di cui all'art. 41-*bis*; 2) la progressiva giurisdizionalizzazione del rapporto esecutivo penale, in presenza della istituzione di un circuito penitenziario attivato dall'Autorità amministrativa; 3) gli obiettivi dell'esecuzione penitenziaria, estranei alle logiche di polizia preventiva perseguite con la riforma.

<sup>76</sup> Cfr. *Relazione delle commissioni permanenti 1a e 2a riunite sul d.d.l. 733*, comunicata alla Presidenza l'11 novembre 2008 (relatori Berselli e Vizzini), in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>77</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 151; ID., *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA, Milano, 2009, p. 447, ricorda significativi titoli di giornale (es. "Stop al carcere duro per il boss Madonia. Record di annullamenti: 89 in un anno" - *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2007), che dimostrano come l'opinione pubblica, ma soprattutto la classe politica, fosse particolarmente attenta alla questione.

strategico delle associazioni risultava sempre più legato alle componenti in carcere<sup>78</sup>, dall'altro, come già anticipato, i capi detenuti erano capaci di indicare e sostenere le scelte operative ed economiche del gruppo di riferimento nonostante gli stretti vincoli del regime differenziato<sup>79</sup>.

Superata, dunque, l'esigenza, attuata con la riforma del 2002, di stabilizzare l'emergenza, la novella del 2009 si elevava a segnale di una inequivocabile radicalizzazione delle posizioni politiche di imporre con vigore l'opzione custodialistica nei confronti degli esponenti della criminalità organizzata<sup>80</sup>.

La riforma interveniva, *in primis*, con riferimento ai presupposti applicativi della misura di rigore. Come visto, essa poteva conseguire alla individuazione di due condizioni: una oggettiva, relativa alla tipologia di reati per i quali il soggetto è detenuto; una soggettiva, relativa all'accertata sussistenza di collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza.

La novella incideva sul primo requisito, attraverso una sostanziale riformulazione dell'art. 4-*bis*. Tra i reati presupposto veniva, infatti, inserito il delitto di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile, di cui all'art. 600-*bis*, co. 1, c.p.; la pornografia minorile, limitatamente alle ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 600-*ter* c.p.; la violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p.<sup>81</sup>

Sempre con riferimento ai presupposti applicativi, particolare rilievo assumeva l'inserimento, nell'ultimo periodo del co. 2 dell'art. 41-*bis*, del c.d. cumulo dei titoli detentivi, secondo cui, in caso di unificazione di pene o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione delle regole pen-

---

<sup>78</sup> *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza*, 2008, a cura del Dipartimento Informazioni per la Sicurezza (Presidenza del Consiglio), presentata al Parlamento in data 10 marzo 2009, p. 34.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 34 s.

<sup>80</sup> C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA - F. VIGANÒ, Torino, 2009, p. 396.

<sup>81</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 450, ricorda come, nonostante l'estensione dei reati presupposto, ciò non avesse determinato rilevanti ripercussioni nella prassi, dal momento che la stragrande maggioranza dei destinatari del regime detentivo speciale continuava ad essere rappresentato da detenuti imputati o condannati per delitti di associazione di stampo mafioso o comunque di delitti commessi avvalendosi delle metodo mafioso o al fine di agevolare siffatte organizzazioni (si riferisce di ben 510 detenuti su 582).

itenziarie ordinarie può ora essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.<sup>82</sup>. Ciò in ossequio, da un lato, al principio dell'unità della pena cumulata *ex art. 76 c.p.*, e, dall'altro, alla contestuale ritenuta inapplicabilità al 41-*bis* ord. pen. dell'opposto principio dello scioglimento del cumulo<sup>83</sup>, che consentirebbe di riferire i periodi di carcerazione espiati ai vari titoli detentivi<sup>84</sup>.

Nessuna modifica veniva apportata, invece, alla disciplina della procedura applicativa, che continua ad essere di competenza del Ministro della Giustizia. Unica novità è rappresentata dalla previsione secondo cui l'adozione del decreto ministeriale può oggi avvenire anche su richiesta del Ministro dell'Interno. Siffatta precisazione, si è detto, ha segnato il definitivo tramonto degli

---

<sup>82</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., pp. 450 s., rileva come l'inserimento di tale previsione fosse funzionale a contrastare la prassi giurisprudenziale dei Tribunali di Sorveglianza che procedevano sistematicamente allo scioglimento del cumulo, consequenzialmente annullando i decreti applicativi del 41-*bis* per mancanza di idoneo titolo detentivo. Cfr. anche C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., pp. 407 s., il quale, riferisce del contrasto giurisprudenziale tra magistratura di sorveglianza — che, come visto, sulla scorta degli insegnamenti della Corte Costituzionale (sent. n. 361/94) e della Cassazione a Sezioni Unite (214355/1999), provvedevano a sciogliere il cumulo —, e giurisprudenza di legittimità — che considerava irrilevante l'avvenuta espiazione di parte di pena relativa a reati che legittimavano l'applicazione del regime differenziato, così annullando le decisioni dei magistrati di sorveglianza —.

<sup>83</sup> Sul principio dell'unità della pena e sull'opposto principio dello scioglimento del cumulo, B. RIVA, *Sub art. 76 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, fondato da E. DOLCINI - G. MARINUCCI, diretto da E. DOLCINI - G. L. GATTA, Milano, 2015, pp. 1462 ss., secondo il quale, in relazione al regime detentivo speciale di cui al 41-*bis* ord. pen., l'orientamento della giurisprudenza era molto rigoroso tenuto conto non solo del principio di unicità della pena, ma anche delle specifiche finalità di ordine e sicurezza che l'istituto persegue. Da ciò consegue l'irrelevanza che il condannato, in caso di cumulo di pene, abbia già espiato la parte di pena relativa a delitti legittimanti l'adozione di tale regime, che potrà essere applicato, dunque, per tutta la durata della pena detentiva risultante dal cumulo. A sua volta, S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 30 s., ritiene condivisibile la scelta a favore del cumulo dei titoli detentivi, contestando l'estensione da parte dei Tribunali di sorveglianza al 41-*bis* di quella giurisprudenza che, in relazione alla diversa materia della custodia cautelare, aveva affermato l'opposto principio della scindibilità del cumulo (Sez. Un. Ronga). Così si sarebbe trascurata, infatti, la finalità eminentemente preventiva dell'istituto, riconoscendovi, invece, una componente retributiva in realtà, secondo l'A., non presente. Alla luce delle esigenze di prevenzione e di recisione dei contatti con le organizzazioni di riferimento, risulterebbe del tutto irrilevante che il detenuto abbia espiato la porzione di pena riferibile al reato di cui al 4-*bis*.

<sup>84</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 541, evidenzia la non divisibilità della scelta legislativa di introdurre il cumulo dei titoli di reato ai fini dell'esecuzione unitaria della pena, e ciò in relazione alle argomentazioni formulate dalla Corte Costituzionale, con sent. 361/1994, che si è espressa, viceversa, in favore dello scioglimento dei cumuli nei confronti dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., al fine di consentire loro di fruire dei benefici penitenziari. Ciò perché, in caso contrario, si sarebbe creato a carico del condannato *ex art. 4-bis* ord. pen. una sorta di *status* di "detenuto pericoloso", che avrebbe permeato di sé l'intero rapporto esecutivo, in contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 della Costituzione.

«aneliti alla giurisdizionalizzazione», a vantaggio di una più marcata connotazione amministrativa del procedimento<sup>85</sup>.

Significativa appare, poi, la modifica dei termini di durata della misura: da una durata non inferiore ad un anno e non superiore a due, con possibilità di proroga per periodi successivi di un anno, essa veniva «macroscopicamente dilatata»<sup>86</sup> dal nuovo comma 2-*bis* in quattro anni<sup>87</sup>, con possibilità di successive proroghe, ciascuna pari a due anni<sup>88</sup>.

Con specifico riferimento alla proroga, poi, veniva riformulato il co. 2-*bis*, ai sensi del quale, ora, essa può essere disposta «quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno». A fronte di una formulazione precedente in negativo («quando non risulta») che aveva fatto sorgere non pochi dubbi interpretativi<sup>89</sup>, soprattutto circa la sussistenza o meno di un'inversione dell'onere probatorio a carico del detenuto, la nuova lettera pareva scongiurare i dubbi di *probatio diabolica* a vantaggio di un assetto che postula un inequivocabile onere motivazionale a carico del ministro<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., p. 405; L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 30; G. FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 1, p. 43.

<sup>86</sup> Usa questa espressione, C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., p. 409.

<sup>87</sup> C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., p. 409, osserva come il legislatore abbia voluto inibire qualsivoglia discrezionalità ministeriale in ordine al *quantum*, prevedendo un rigido periodo di durata iniziale del 41-*bis* di quattro anni. L'A. osserva, parimenti, come siffatto innalzamento abbia suscitato non pochi dubbi soprattutto in ordine all'incremento di afflittività del regime e alle ragioni giustificatrici dell'incremento. Se l'iniziale innalzamento dei termini di durata del regime, approntato con la riforma del 2002, era stato giustificato dalla necessità di far fronte alla irragionevole durata dei procedimenti per reclamo, tale ulteriore innalzamento non poteva trovare analoga giustificazione.

<sup>88</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 452.

<sup>89</sup> S. ARDITA, *La costituzionalità del 41-*bis* e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1561 s.; ID., *I presupposti della proroga del provvedimento di applicazione del regime 41-*bis* ord. pen., dopo la novella della l. 279 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3404; L. FILIPPI, *Proroga del regime di cui al 41-*bis* ord. penit. e "giudicato di sorveglianza"*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 241 ss.; F. FIORENTIN, *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-*bis*, L.26 luglio 1975, n. 354*, in *Giur. merito*, 2007, pp. 2018 ss.; F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41-*bis* ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 2356 s.; V. GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-*bis* ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4590 s.

<sup>90</sup> C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., pp. 410 s.; F. FIORENTIN, *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 33, p. 74.

Nel solco della progressiva tassativizzazione, il legislatore riteneva, poi, di indicare gli elementi da valutare per accertare la persistenza della capacità di mantenere collegamenti con l'esterno<sup>91</sup>.

Un'altra importante novità consisteva nell'abrogazione del co. 2-ter, che disciplinava la revoca ministeriale officiosa dei provvedimenti impositivi, nei casi in cui, prima della scadenza del termine, fossero venute meno le condizioni che ne avevano determinato l'adozione o la proroga<sup>92</sup>.

Con riferimento alle strutture deputate alla detenzione di coloro cui viene applicato il regime differenziato, si prevedeva, al co. 2-quater, che essi venissero ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto, e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria<sup>93</sup>.

Rispetto, invece, al contenuto e alle modalità esecutive del regime, le modifiche apportate dalla L. 94/2009 al co. 2-quater erano ispirate dalla già indicata esigenza di irrigidimento delle restrizioni imposte sui detenuti, ma anche dall'obiettivo di comprimere i margini di discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria nella determinazione del contenuto delle prescrizioni del decreto

---

<sup>91</sup> Il comma 2-bis richiede di tener conto «del profilo criminale e dalla 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».

<sup>92</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 455, si interroga sulle conseguenze di tale modifica, chiedendosi se l'accertamento del venir meno della capacità del detenuto di collegarsi con la sua associazione, in conseguenza, ad esempio, dell'adozione di una scelta collaborativa, determini comunque la necessaria sottoposizione del detenuto a regime siffatto sino alla scadenza del termine di durata del provvedimento. L. A. propende per una diversa soluzione, ricavando una possibilità di revoca officiosa del Ministro dal potere proprio di ogni autorità amministrativa di procedere all'autoannullamento dei propri atti quando si rivelino illegittimi. L'abrogazione del co. 2-ter sarebbe allora conseguenza della riconosciuta ultroneità della disposizione. Nello stesso senso, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4. La corte di Cassazione, se in un primo momento aveva ritenuto che l'abrogazione del co. 2-ter avesse fatto venir meno il potere ministeriale di revoca, in un secondo momento, e in particolare con sent. 25 febbraio 2011, n. 18021, ammette l'esistenza di un dovere implicito di revoca qualora vengano meno i presupposti applicativi del regime speciale di detenzione o comunque sulla base di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, così riconoscendo un corrispondente diritto del detenuto ad invocare il controllo di un giudice sul mancato esercizio della revoca.

<sup>93</sup> C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., pp. 413 s., osserva come la disposizione in esame tenti una sorta di *remake* delle "carceri fortezza", cercando di ritornare alle origini dell'art. 41-bis e alle carceri di Asinara e Pianosa.



applicativo, al fine di assicurare maggiore uniformità di trattamento di tutti gli internati sottoposti al 41-*bis*<sup>94</sup>.

In tale ottica, i colloqui personali, dei quali è ora prevista sempre la videoregistrazione, venivano diminuiti da non più di due al mese a uno solo, e i colloqui telefonici sono fruibili solo se non sono stati effettuati colloqui personali. Per quanto riguarda, invece, i colloqui con i difensori, il legislatore introduceva notevoli restrizioni, che hanno fatto sorgere rilevanti dubbi di costituzionalità (cfr. *infra*, par. 2.3). In particolare, il detenuto non può ora avere con questi più di tre colloqui o tre telefonate alla settimana, della stessa durata di quelli previsti con i familiari, senza aver previsto alcun coefficiente di flessibilità idoneo a calibrare la misura alle effettive esigenze difensive del detenuto.

Al comma 2-*quater*, lett. f), veniva, poi, aggiunta la previsione circa la possibile adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi». Considerata la genericità della disposizione, si ritiene che essa vada riferita, preferibilmente, solo alla previsione di misure di ordine logistico e organizzativo delle strutture penitenziarie e non, invece, a misure che incidano sulle regole del trattamento penitenziario<sup>95</sup>.

In tema di reclamo, il c.d. Pacchetto Sicurezza è intervenuto pure sul comma 2-*quinquies*, da un lato, allungando il termine per proporre impugnazione avverso il provvedimento impositivo da dieci a venti giorni; dall'altro,

---

<sup>94</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 458. S. ARDITA, *La riforma del 41-bis alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 728, ricordano che l'uniformità del trattamento, oltre ad essere utile sul piano della gestione pratica della misura, è anche coerente con lo scopo detentivo del regime speciale, dal momento che una sua applicazione differenziata, potrebbe aprire varchi nel sistema, concedendo maggiori occasioni di contatto con l'esterno.

<sup>95</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 458.

affidando al Tribunale di Sorveglianza di Roma la competenza a decidere su tali reclami<sup>96</sup>.

Al comma 2-*sexies* venivano ristretti i poteri del giudice competente per il reclamo, il quale potrà ora valutare esclusivamente «la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento», senza potere più sindacare la congruità del contenuto. Non sarà, dunque, più possibile disapplicare o modificare singole prescrizioni del decreto considerate incongrue<sup>97</sup>. In caso di accoglimento del reclamo, il ministro, per disporre un nuovo provvedimento, sarà tenuto ad evidenziare elementi nuovi o non valutati in precedenza<sup>98</sup>.

Con l'introduzione, infine, del comma 2-*septies*, si prescriveva l'applicazione dell'istituto della partecipazione a distanza alle udienze per il detenuto o internato sottoposto al regime detentivo speciale in occasione delle udienze del procedimento di reclamo.

E' evidente il giro di vite operato dal legislatore, e ciò senza considerare che i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale vengono sottoposti a ulteriori restrizioni — adottate con discrezionalità — del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria. Limitazioni, queste, spesso riguardanti aspetti di carattere minimale della vita quotidiana, ma che, se viste nell'ottica di un soggetto sottoposto a isolamento nella propria cella blindata, possono ben rappresentare prevaricazioni alla corretta esplicazione della personalità e dignità del detenuto, se solo si consideri che la lettura di un giornale o di corrispondenza

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 459, espone come tale modifica del criterio del *locus custodiae* sia stata giustificata politicamente dall'esigenza di assicurare una giurisprudenza uniforme in materia di applicazione e revoca del 41-*bis*. L'A. sostiene, però, che, a volere così giustificare la riforma, si rischierebbe di incorrere in possibili profili di illegittimità costituzionale. Se, invece, si guarda la modifica nell'ottica della progressiva centralizzazione delle competenze in materia (il potere di applicazione e proroga del regime è, infatti, centralizzato nelle mani del Ministro dell'Interno), e di progressiva specializzazione del giudice, sembra potersi trovare una legittimazione idonea a ricondurre tale novità entro gli argini costituzionali. Cfr., altresì, C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., pp. 416 s.

<sup>97</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale*, cit., p. 464; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., p. 419.

<sup>98</sup> A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. DI CHIARA, Torino, 2003, p. 313, identifica tale novità con una sorta di *ne bis in idem* del regime di rigore, per effetto del quale l'onere motivazionale del nuovo decreto applicativo dovrà evidenziare elementi nuovi, in quanto sopravvenuti alla decisione adottata in sede di reclamo, ovvero dati non valutati e, quindi, pretermessi.

(che potrebbe essere censurata), o l'utilizzo di un tipo di vestiario invece di un altro (passibile di divieto), o la semplice cottura di un pasto (che poteva essere vietata, almeno sino alla sentenza della Corte Costituzionale del 12 ottobre 2018, n. 186 con la quale tale divieto è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, cfr. *infra*) possono rappresentare elementi di quotidianità in grado di rallentare il processo di abbruttimento del detenuto.

### **3. L'interpretazione evolutiva fornita dalla Corte Costituzionale.**

Istituto — come già precisato — di introduzione emergenziale, l'art. 41-*bis*, a causa della particolare vaghezza e genericità della sua formulazione originaria, possibile fonte di abusi a discapito dei diritti fondamentali di chi vi veniva sottoposto, aveva fatto sorgere forti dubbi sulla sua tenuta costituzionale. Nei primi tempi, pertanto, tale regime è potuto sopravvivere soprattutto grazie all'opera di “costituzionalizzazione” svolta dal Giudice delle Leggi, a seguito delle questioni sollevate dai Magistrati di sorveglianza.

La Corte Costituzionale, a volte con operazioni di vera e propria “ortopedia legislativa”<sup>99</sup>, ha provveduto così ad «incanalare la disciplina del 41-*bis* negli argini di costituzionalità, trasformando la misura da risposta emergenziale a strumento permanente di prevenzione speciale»<sup>100</sup>, senza mancare di individuare regole additive allo scarno testo originario, soprattutto riguardo alla tutela giurisdizionale e alle proponibilità di mezzi di gravame<sup>101</sup>.

I giudici della Consulta, pur avendo sempre giudicato il regime speciale di detenzione quale strumento necessario e adeguato di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, hanno provveduto, allo stesso tempo, a fissare dei limiti alla riscontrata vaghezza della norma, oltre i quali vi sarebbe stata violazione irrimediabile dei diritti fondamentali dei detenuti. E' opportuno, dunque, anticipare che le pronunce della Corte al riguardo sono state quasi tutte

---

<sup>99</sup> Utilizza questa espressione, T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 188.

<sup>100</sup> 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, p. 116.

<sup>101</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, cit., p. 42.

interpretative di rigetto. Ciò dimostra, da un lato, come questa abbia cercato sempre di difendere la norma senza mai dichiararne la totale, o parziale, illegittimità costituzionale, e, dall'altro, come sia stato necessario fornire una interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie per correggerne i vizi e così orientare le future scelte del legislatore che, cogliendone i *caveat*, è più volte intervenuto sulla formulazione legislativa dell'art. 41-*bis*.

La logica che ha ispirato la Corte è stata, dunque, quella del difficile bilanciamento tra le antitetiche e, nondimeno, essenziali esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubbliche e della tutela dei diritti fondamentali della persona, che vanno riconosciuti anche ai detenuti, indipendentemente dalla gravità dei reati commessi e dalla loro pericolosità sociale<sup>102</sup>.

### **3.1. La portata dell'art. 41-*bis* ord. pen. alla luce dei suoi limiti “esterni” e “interni”. La sindacabilità dei provvedimenti impositivi.**

La disamina degli interventi correttivi della Corte Costituzionale prende le mosse dalla sentenza 349/1993<sup>103</sup>, con la quale il giudice delle leggi ha affrontato la questione del contenuto del 41-*bis*<sup>104</sup>, norma che, nella sua originaria e scarna formulazione, prevedeva genericamente la possibilità di «sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge», vale a dire di consentire nei confronti dei detenuti per i reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis*, per non meglio precisati motivi di ordine e sicurezza, la disapplicazione delle regole di trattamento introdotte nel '75 per favorire il mantenimento dei contatti con l'esterno e il loro progressivo reinserimento, ai fini — dichiarati — di precludere qualsivoglia contatto con gli ambienti di origine nonché — taciti — di reprimere con maggiore vigore reati particolarmente gravi<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., pp. 116 s.

<sup>103</sup> Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349.

<sup>104</sup> S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-*bis* O.P. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2855. Cfr. anche G. LA GRECA, *L'applicazione “dell'art. 41-*bis*” sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 755.

<sup>105</sup> Per un accenno alle finalità esplicite ed implicite del neo-introdotta art 41-*bis*, cfr., A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 105 ss.

La disposizione si prestava soprattutto ad interpretazioni estensive, dal momento che non erano previsti limiti alle deroghe al trattamento carcerario ordinario, al punto da indurre la magistratura di sorveglianza ad interrogarsi sulla compatibilità costituzionale di tale norma, in particolare in relazione agli artt. 13, 15, 27 e 97 Cost.

Con la sentenza in esame, la Corte, dopo aver premesso che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, ha affermato che la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà, in quanto, pur costituendone una grave limitazione, non può mai determinarne una definitiva soppressione.

Ne conseguiva, secondo il ragionamento della Corte, che l'Amministrazione penitenziaria, da un lato, potesse adottare provvedimenti volti ad incidere sulla modalità di esecuzione della pena che non eccedessero quel coefficiente minimo di sacrificio già fisiologicamente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che fossero naturalmente soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma, Cost.), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma, Cost.), ed al diritto di difesa (art. 24 Cost.). La stessa, dall'altro, non poteva adottare misure di natura sostanziale che ricadessero sulla qualità e quantità della pena, e dunque suscettibili di gravare sul grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto<sup>106</sup>.

Invero, qualsiasi ulteriore intervento che, oltre tale limite, avesse potuto incidere sulla libertà personale del recluso, andava necessariamente soggetto alla duplice riserva di legge e di giurisdizione ai sensi dell'art. 13, co. 2, Cost., secondo cui ogni forma di detenzione ovvero di restrizione della libertà person-

---

<sup>106</sup> M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 211.

ale sono ammesse solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

Venivano, così, individuati i cc.dd. “limiti esterni”<sup>107</sup> all'applicazione dell'art. 41-*bis*, che impongono di lasciar salve dal provvedimento sospensivo quelle misure che, corrispondendo a diritti inviolabili della persona, non possono essere comprese senza violare il senso di umanità che deve presiedere all'esecuzione della pena<sup>108</sup>, o possono incidere indirettamente sulla concedibilità dei benefici penitenziari.

I provvedimenti ministeriali che impongono il regime differenziato non potevano, secondo la valutazione della Corte, prescindere dalla considerazione specifica della condizione del singolo detenuto, in forza del principio, richiamato dalla sentenza, di personalizzazione della pena<sup>109</sup>. D'altro canto, tali misure non dovevano essere ostative dei residui ambiti di libertà personale, non potendo più incidere (dopo la modifica dell'art. 41-*bis* attuata con la riforma penitenziaria dell'86 - cfr. par. 2) sui cc.dd. “istituti” del trattamento penitenziario, ossia su quelle modalità di trattamento che comportano un'esecuzione anche extra-muraria e che affievoliscono, in forza del principio di progressività, le limitazioni imposte dallo stato di detenzione. Ne conseguiva che un eventuale intervento limitativo dell'Amministrazione penitenziaria rispetto a tali “istituti” avrebbe violato il principio di riserva di legge imposto dall'art. 13, co. 2, Cost<sup>110</sup>.

La norma, però, non si atteneva unicamente alla previsione di un regime detentivo le cui modalità di esecuzione fossero interamente predeterminate per legge, ma provvedeva ad affidare comunque all'Amministrazione penitenziaria un'ampia discrezionalità sull'effettivo svolgimento del regime derogatorio in relazione al singolo caso concreto. E proprio al fine di arginare e delimitare

---

<sup>107</sup> A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 122 s.; ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41 bis*, cit., 51.

<sup>108</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 188, ricollega tali indicazioni della Corte Costituzionale alla volontà di ricondurre l'art. 41-*bis* entro gli argini del regime di sorveglianza particolare, perlomeno nei punti nevralgici della disciplina.

<sup>109</sup> S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis O.P.*, cit., p. 2865.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 2866.

questo potere, la Consulta — nel consentire il sindacato giurisdizionale sul provvedimento impositivo (vd. *infra*) — ha individuato ulteriori limiti all'applicazione dell'istituto, che si affiancano a quelli volti a precludere l'eventuale lesione di situazioni non comprimibili (i citati "limiti esterni"), e che concernono la necessaria *congruità* delle misure in concreto disposte *rispetto ai fini* per i quali la legge consente all'Amministrazione di disporre un regime in deroga a quello ordinario.

Con una sentenza di poco successiva<sup>111</sup> la Corte Costituzionale, sviluppando ulteriormente la sua interpretazione adeguatrice già avviata con la sentenza 349/1993, dall'esigenza di rinvenire una stretta congruità tra l'adozione della misura e i fini che essa si propone di realizzare ha enucleato i cc.dd. "limiti interni" al 41-*bis*. In particolare, la Corte ha affermato che: «non possono cioè disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»<sup>112</sup>.

Fermi i principi stabiliti dal Giudice delle leggi, ne è derivata la illegittimità consequenziale di quelle misure restrittive irrogate a scopo dimostrativo o esemplare, volte, non tanto alla limitazione delle forme di collegamento con l'esterno e alla compressione della pericolosità del detenuto, quanto a privare

---

<sup>111</sup> Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2785.

<sup>112</sup> G. LA GRECA, *L'applicazione "dell'art. 41-bis"*, cit., p. 755, ricorda come la Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, nel sancire la sindacabilità giurisdizionale del provvedimento impositivo, l'ha estesa, come visto, non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo, al fine di precludere la eventuale lesione di situazioni non comprimibili, e garantire la congruità della misura rispetto ai fini per i quali è previsto il regime derogatorio. Nello svolgere sindacato siffatto, la legittimità dei provvedimenti va verificata anche in relazione alle conseguenze indirette che possono discendere sulla concedibilità di benefici incidenti sullo stato di libertà, e alle esigenze di ordine e sicurezza che consentono di sospendere il regime penitenziario ordinario.

una categoria di internati delle cc.dd. “manifestazioni di potere reale” e delle occasioni per aggregare intorno ad essi “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensive criminali, proprio in quanto irrispettosi dei “limiti interni” dell’istituto, strettamente ancorati all’esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza<sup>113</sup>.

Veniva così delineato e ricondotto nell’alveo dei principi costituzionali il contenuto del provvedimento impositivo del regime detentivo speciale, in un momento legislativo in cui la fattispecie, vista la sua genericità, si prestava a facili abusi.

Il giudice delle leggi è intervenuto, altresì, come si è avuto modo di anticipare, sul diverso versante della tutela giurisdizionale conseguente all’applicazione dell’istituto<sup>114</sup>. Sul punto, nonostante la legge nella sua formulazione originaria non avesse previsto alcunché al riguardo, la Corte ha riconosciuto, in funzione additiva, la sindacabilità dei provvedimenti impositivi da parte dell’autorità giudiziaria<sup>115</sup>, la quale, in caso di reclamo, e salvo il rispetto dell’onere motivazionale da parte dell’Amministrazione penitenziaria<sup>116</sup>, avrebbe potuto esercitare su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l’Ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull’operato dell’Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l’esecuzione delle pene<sup>117</sup>. Affinché il giudice potesse esplicitare al meglio il proprio controllo, era necessario, secondo la Corte, che venisse assolto l’obbligo moti-

---

<sup>113</sup> A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 123.

<sup>114</sup> Cfr. sul punto, anche Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 410, in *Cons. Sato*, 1993, II, p. 1879.

<sup>115</sup> Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351, in *Giust. pen.*, 1997, p. 118 ss., con nota di G. POSCIA, ricorda che la Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass. pen. Sez. I, 31 marzo 1995, n. 425), prima che intervenisse la Corte Costituzionale, aveva ritenuto di limitare il potere del Tribunale di Sorveglianza al solo controllo di legittimità delle disposizioni contenute nel decreto ministeriale senza potere in alcun caso sostituirsi all’amministrazione, integrando, eventualmente, le scelte dalla stessa operate o dichiarando inefficaci alcune delle disposizioni fissate dal Guardasigilli.

<sup>116</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 188.

<sup>117</sup> S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull’art. 41-bis O.P.*, cit., p. 2866, osserva che, nonostante l’affermazione da parte della Corte Costituzionale della sindacabilità dei decreti impositivi, la norma nulla prevedeva al riguardo. Per colmare vuoto siffatto è intervenuta, allora, la magistratura di sorveglianza la quale ha applicato in via analogica l’art. 14-ter ord. pen. che prevedeva la possibilità di reclamo avverso i provvedimenti impositivi del regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis ord. pen. Il legislatore, recependo le indicazioni provenienti dal giudice delle leggi e anche dalla magistratura di sorveglianza, ha introdotto, con la riforma del 2002, il principio della reclamabilità dei provvedimenti impositivi e di proroga del regime di detenzione speciale.



vazionale, sia riguardo ai presupposti di applicazione della misura sia riguardo ai contenuti, nel costante rispetto dei principi di proporzionalità e legalità.

Circa l'estensione del sindacato giurisdizionale, la Corte ha ritenuto che esso potesse riguardare non solo l'esistenza dei presupposti e la congruità della relativa motivazione, ma anche il rispetto dei limiti interni ed esterni al potere ministeriale, e ciò in quanto nessuna restrizione poteva essere imposta al sindacato del giudice ordinario sulla legittimità degli atti dell'amministrazione<sup>118</sup>. Ne conseguiva che il controllo del Tribunale di Sorveglianza, nel tenere quale costante *tertium comparationis* la tutela dell'ordine e della sicurezza (contemporaneamente finalità e limite delle misure derogatorie al regime detentivo ordinario), doveva estendersi anche al contenuto dispositivo dei provvedimenti dell'amministrazione, e, dunque, alla *legittimità in concreto* delle singole misure con essi disposte<sup>119</sup>.

La soluzione adottata dal giudice delle leggi non si è sottratta, tuttavia, a critiche da parte della dottrina.

E' stato osservato che il potere del Tribunale di Sorveglianza di sindacare il decreto ministeriale avrebbe legittimato un vaglio giudiziale sulle scelte di tipo politico che sottostanno al 41-*bis* ord. pen. e ai singoli provvedimenti impositivi, di competenza esclusiva del Ministro della Giustizia. Il provvedimento ministeriale avrebbe dovuto riflettere, infatti, l'indirizzo politico del Parlamento, e il Guardasigilli, a sua volta, con l'emanazione del decreto di

---

<sup>118</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 15, individua la ragione del giudizio di congruità rimesso al Tribunale di sorveglianza esclusivamente nel fatto che venisse affidato un ampio spazio di scelta all'amministrazione riguardo al concreto atteggiarsi del regime derogatorio. L'A. contesta però il diffondersi nella giurisprudenza dei Tribunali di sorveglianza di una nozione di "congruità soggettiva", che induceva gli stessi ad annullare, anche in modo parziale, i provvedimenti impositivi sulla base di una valutazione soggettiva e personale del soggetto che veniva sottoposto al regime derogatorio. L'A. non condivide, infatti, la possibilità di formulare un giudizio individualizzante, alla luce delle specifiche esigenze di prevenzione connesse all'applicazione dell'istituto e della necessità di tener conto dell'obiettivo di recidere i contatti con le organizzazioni di riferimento, che rischia di essere eluso da una applicazione parziale delle misure derogatorie di cui al comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*.

<sup>119</sup> Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351, cit., p. 124, osserva che giurisprudenza contemporanea della Corte di Cassazione aveva già riconosciuto la pienezza del sindacato giurisdizionale sui decreti *de quibus*, ammettendo la disapplicazione totale e parziale dei provvedimenti illegittimi da parte del Tribunale di Sorveglianza, e ciò in esecuzione della norma di carattere generale secondo cui il giudice applica i regolamenti e gli atti amministrativi solo se ed in quanto legittimi.

applicazione, avrebbe dovuto assumersi la responsabilità delle proprie decisioni di fronte al Parlamento<sup>120</sup>.

Tuttavia, essendo stato inserito nel sistema uno strumento di natura eminentemente politica, che però incide parimenti sulle modalità di esecuzione del trattamento penitenziario del detenuto, e, di riflesso, sulla sua libertà personale, ne conseguiva — in modo apparentemente paradossale, ma giuridicamente inevitabile — la necessità di subordinare le scelte, politiche appunto, del Ministro della Giustizia ad un vaglio di legittimità di un organo giudiziario, e ciò indipendentemente dalla possibilità di considerare i diritti dei detenuti come “affievoliti” o “compromessi” dalla sentenza di condanna.

Il carattere politico-amministrativo dell’atto di imposizione del regime carcerario differenziato aveva posto, poi, il problema della riconducibilità al giudice ordinario del sindacato giurisdizionale di legittimità sull’atto impositivo. La Corte, come già anticipato, non solo ha risolto il contrasto dottrinale sull’impugnabilità astratta del provvedimento ministeriale, ma ha conferito al magistrato di sorveglianza il potere di effettuare tale controllo, così dirimendo alla radice la questione. Il dubbio interpretativo era sorto proprio perché il provvedimento aveva una evidente natura amministrativa e, a dimostrazione di ciò, veniva emanato da un’autorità ministeriale, motivo per cui il giudice amminis-

---

<sup>120</sup> L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l’art. 41-bis comma 2 ord. penit., norma effettiva o virtuale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3189, sostiene, tra l’altro, che la riconducibilità del Tribunale di Sorveglianza e del Ministro di grazia e giustizia a differenti poteri dello Stato, incide inevitabilmente sul sindacato del primo sul provvedimento adottato dal secondo, dal momento che l’organo giudiziale potrebbe, nel caso concreto, ritenere insussistente quel presupposto applicativo ritenuto invece sussistente, sulla base di valutazioni diverse, da parte dell’organo amministrativo, che persegue un interesse pubblico ben preciso.

trativo ne deduceva, *prima facie*, la propria giurisdizione<sup>121</sup>. In realtà, la magistratura di sorveglianza, sulla base di considerazioni condivise dalla stessa Corte Costituzionale, aveva ritenuto che il regime penitenziario speciale non incidesse su posizioni tutelabili in via amministrativa, bensì su diritti essenziali della persona (come la libertà personale, la libertà di espressione e di comunicazione) la cui compressione non avrebbe mai potuto determinarne l'affievolimento ad interesse legittimo, e il cui vaglio giurisdizionale sarebbe inevitabilmente spettato all'autorità giudiziaria ordinaria<sup>122</sup>.

### **3.2. Le condizioni di applicabilità: titolo di reato o pericolosità sociale?**

Con la sentenza 376/97<sup>123</sup> la Corte si è interrogata, invece, circa la compatibilità dell'art. 41-*bis* o.p. con l'art. 3 della Costituzione. Il dubbio di costituzionalità concerneva la sussistenza o meno di una disparità di trattamento tra detenuti ordinari e quella categoria di reclusi, imputati o condannati che, sulla base di uno specifico titolo di reato, potevano essere sottoposti ad un regime di esecuzione differenziato. In altri termini, ci si è chiesti se l'art. 41-*bis* potesse essere applicato solo in virtù del reato commesso, indipendentemente da situazioni di eccezionalità ed emergenza, dettagliatamente motivate, nonché da

---

<sup>121</sup> S. F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis O.P.* cit., p. 2866. Cfr. anche, A. MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 306/92*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 213. Secondo l'A. viene, così, ratificato l'indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa di un assoluto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella materia della sindacabilità giurisdizionale dei decreti impositivi del regime detentivo speciale. Già con riferimento all'art. 90 ord. pen., il TAR Lazio, sezione prima, sent. 13 settembre 1984, n. 771, aveva affermato che, agli effetti del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che acquisiva rilevanza non era la qualificazione giuridica che l'istante conferisce alla posizione soggettiva di cui chiede tutela, ma la reale consistenza di detta posizione così come risulta disciplinata dalle fonti di normazione, non potendo dubitarsi che i provvedimenti ministeriali che dispongono nei confronti dei detenuti la sospensione delle regole del trattamento carcerario incidono in via immediata e diretta su posizioni giuridiche soggettive qualificabili come diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Nei confronti delle determinazioni impugnate i detenuti si presentano quindi come titolari di diritti soggettivi inviolabili, suscettibili di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

<sup>122</sup> Tribunale di Sorveglianza di Milano, ord. del 7 aprile 1993, n. 396. Condivide i medesimi principi di diritto, Corte Cost., 5 novembre 1993, n. 410.

<sup>123</sup> Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. cost.*, 1997, fasc. 6, con nota redazionale di R. D'ALESSIO.

ogni previsione temporale e da una verifica costante degli sviluppi della situazione, con il rischio, dunque, di pericolosi automatismi.

Rischio siffatto conseguiva alla eccessiva vaghezza dei presupposti applicativi dell'istituto, la cui lettera si limitava ad estendere il regime detentivo speciale a soggetti detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen., laddove ricorressero gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica. Quali fossero tali motivi non era, tuttavia, meglio precisato nella norma, così potendosi consentire un aggravamento del regime carcerario anche per questioni estranee a profili di eccezionalità ed emergenza.

La Corte Costituzionale, dopo aver dichiarato che il regime *ex art.* 41-*bis* ord. pen. si manifesta come strumento di intervento efficace di fronte ai ben noti e pericolosi caratteri della criminalità organizzata, ha affermato che l'istituto non potesse constare di misure diverse da quelle riconducibili con rapporto di congruità alle finalità di ordine e sicurezza proprie del provvedimento ministeriale.

Vero è che la disposizione normativa, con il riferimento a generici "motivi" ed "esigenze" di ordine e di sicurezza pubblica, sembrava consentire, in relazione al solo titolo del reato, l'applicazione di un regime derogatorio indeterminato e dunque non vincolato a specifici contenuti né a specifiche finalità congruamente perseguibili nei limiti delle competenze attribuite all'amministrazione carceraria. Tuttavia, la Corte ha ritenuto doverosa una diversa e più restrittiva interpretazione della norma, secondo cui essa avrebbe potuto applicarsi non tanto per aggravare la posizione detentiva di soggetti colpevoli di aver commesso reati particolarmente gravi, quanto per far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza enucleabili e desumibili 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<sup>124</sup>: collegamenti che avrebbero potuto realizzarsi, appunto, attraverso l'utilizzo delle opportunità di contatti che l'ordinario regime carcerario consente e in certa misura favorisce.

Dunque, i motivi di ordine e sicurezza, secondo la Corte, andavano rintracciati, in senso specifico, in quei casi in cui vi fosse un effettivo pericolo di permanenza di collegamenti con gli ambienti criminali esterni, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa, e non certo mero presupposto giuridico di applicazione della norma.

Ulteriore delicato profilo, affrontato con particolare cautela, è stato quello dell'applicabilità del regime detentivo speciale anche a soggetti ancora imputati, e ciò in possibile contrasto con la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.* La Corte ha risolto la questione, ritenendo che le misure in oggetto non avessero e non potessero avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo funzione cautelare in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza collegati in concreto alla detenzione di detenuti imputati per delitti di criminalità organizzata.

In effetti, la soluzione prospettata dalla Consulta pare quella maggiormente coerente con le finalità perseguite dal provvedimento ministeriale, ossia la tutela della pubblica sicurezza mediante la neutralizzazione della pericolosità del soggetto *in vinculis*. Una diversa soluzione sarebbe stata, invero, lesiva delle predette finalità, in quanto avrebbe consentito ad un soggetto, per tutto il tempo in cui è imputato, di compromettere esigenze siffatte, godendo dei meccanismi

---

<sup>124</sup> L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997*, cit., p. 3179, ricollega, secondo il medesimo ragionamento fatto proprio dalla Corte Costituzionale, l'adozione del provvedimento ministeriale alla sussistenza di specifiche esigenze di ordine e sicurezza, nonché alla necessità di impedire collegamenti tra detenuti e organizzazioni criminali di riferimento. Infatti, la necessità di un regime differenziato da quello ordinario deriva dalla circostanza che le normali modalità di esecuzione del trattamento penitenziario, al fine di favorire la finalità rieducativa della pena, incentivano i collegamenti con il mondo esterno, che, viceversa, vanno in tali casi necessariamente esclusi, mentre quelle attività trattamentali che non possono essere definitivamente compromesse, devono comunque essere organizzate con modalità idonee ad impedire tali contatti.

di contatto con l'esterno che il regime ordinario — come già detto — favorisce<sup>125</sup>.

Nel primo periodo di vita dell'art. 41-*bis*, caratterizzato ancora da estrema vaghezza, le pronunce appena esaminate hanno svolto un ruolo determinante nel delimitarne il volto e specificarne i contenuti, elementi che poi sono stati fatti propri dall'Amministrazione penitenziaria, per essere, infine, cristallizzati dal legislatore, mediante tipizzazione del contenuto del decreto ministeriale.

### **3.3. Ulteriori pronunce della Corte Costituzionale successive alle riforme del '98 e del 2002.**

Con le sentenze precedentemente indicate, come detto, è stata data all'art. 41-*bis* una lettura costituzionalmente orientata senza, con ciò, dichiararne mai l'illegittimità. Sulla base di questa interpretazione l'Amministrazione penitenziaria ha potuto emanare apposite circolari al fine di regolare le modalità di attuazione dell'istituto, e lo stesso legislatore è intervenuto a più riprese sul tema con le riforme, già esaminate, del 1998 e del 2002, così definitivamente istituzionalizzando all'interno dell'ordinamento penitenziario il regime carcerario differenziato.

Da questo momento in poi, avendo l'istituto acquisito una fisionomia più confacente ai profili costituzionali del nostro ordinamento, gli interventi della Consulta si sono fatti più rari.

Tra gli sporadici interventi della Corte Costituzionale sul 41-*bis* successivamente alla sua istituzionalizzazione, può ricordarsi la sentenza n. 417/2004<sup>126</sup>, avente ad oggetto la precisazione del contenuto del decreto minis-

---

<sup>125</sup> L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997*, cit., pp. 3187 s.

<sup>126</sup> Corte Cost., Ord. 23 dicembre 2004, n. 417, in *Riv. pen.*, 2005, p. 545, con nota di P. TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*.

teriale di proroga<sup>127</sup>. La questione di legittimità costituzionale investiva il comma 2-*bis*, così come modificato dalla riforma del 2002, nella parte in cui prevedeva che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento fossero prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno».

Tale formulazione aveva fatto sorgere la preoccupazione di andare incontro, in sede di accertamento dei presupposti applicativi della proroga, ad una presunzione di pericolosità che fosse idonea a legittimare la sistematica conferma dei provvedimenti impositivi sulla base della mera presa d'atto delle relazioni fornite dalle forze di polizia, senza la oggettiva possibilità di fornire convincenti elementi di contrasto. Si riteneva, inoltre, che la novella potesse legittimare una inversione dell'onere probatorio a danno del soggetto *in vinculis*<sup>128</sup>.

A fronte delle censure di incostituzionalità formulate, la Consulta, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha salvato la disposizione, ritenendo che, ai fini della proroga, fosse comunque necessario fornire una motivazione specifica circa la persistenza della pericolosità sociale del detenuto. La Corte ha precisato, poi, che la valutazione delle condizioni di permanenza di tale peri-

---

<sup>127</sup> La Corte Costituzionale aveva già affrontato la questione inerente all'onere motivazionale del decreto di proroga con la sentenza 376/1997, con la quale aveva precisato, con motivazione richiamata dalla sentenza 417/2004, che esso dovesse contenere una motivazione congrua in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza, e autonoma rispetto ai provvedimenti di prima applicazione. La motivazione, in sostanza, avrebbe dovuto giustificare in termini di attualità le misure disposte. *Contra*, S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 25, secondo cui addossare l'onere della prova in capo all'Amministrazione penitenziaria determinerebbe il rischio di una caducazione del decreto applicativo, tanto più agevole quanto più sia distante il momento in cui abbia avuto inizio la detenzione. Considerato che l'assenza di collegamenti con l'esterno è, prima di tutto, dimostrazione di efficacia della misura, con il prevedere un simile onere probatorio si rischierebbe di andare incontro ad una vera e propria *probatio diabolica*.

<sup>128</sup> P. TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche*, cit., p. 549. Sul rischio di una presunzione di pericolosità, e di una conseguente tipizzazione del detenuto speciale, N. FERRARO, *Decreto ministeriale ex art. 41-bis comma 2 ord. pen. e controllo giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1294; B. BOCCHINI, *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1153; F. GIUNDECHI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41 bis ord. pen.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 355 ss. Un parallelismo tra presunzione di pericolosità insita del provvedimento di proroga e presunzione di pericolosità insita nell'art. 275 c.p.p. sull'applicazione della misura della custodia cautelare agli imputati di delitti connessi con la criminalità organizzata, viene svolto invece da, S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 5.

colosità dovesse essere rapportata al singolo detenuto, alla sua effettiva condotta e alla concreta possibilità che questi persistesse nell'intrattenere collegamenti con gruppi criminali, senza che il Tribunale di Sorveglianza potesse trincerarsi dietro il paravento di definizioni di stile o modelli argomentativi standardizzati grazie al semplice riferimento ad una astratta categoria di soggetti, del tutto avulso dal caso concreto<sup>129</sup>.

Alla luce delle argomentazioni svolte, la Consulta ha rimarcato con forza l'esigenza di una motivazione adeguata a sostegno dell'atto impositivo e la conseguente necessità di un opportuno vaglio giurisdizionale sull'esistenza dei presupposti di applicazione della misura, cui è evidentemente prodromico il dovere di indicazione, in motivazione appunto, degli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali<sup>130</sup>.

### **3.4. Le pronunce successive alla riforma del 2009.**

Ulteriori interventi correttivi — quasi sempre sul piano interpretativo — della Corte Costituzionale si sono resi necessari in seguito alle modifiche apportate alla fattispecie in esame dal Pacchetto Sicurezza del 2009, con cui è stato ulteriormente inasprito il trattamento penitenziario dei detenuti sottoposti a *41-bis*.

Con la sentenza n. 190/2010<sup>131</sup>, la Corte, interrogata sulla legittimità costituzionale del novello comma 2-*sexies* nella parte in cui non consentiva più il sindacato giurisdizionale sulla *congruità* del provvedimento di sospensione delle ordinarie regole trattamentali rispetto alle finalità della norma, ha dichiarato inammissibile la questione. La riforma operata dalla legge 94/2009 aveva, infatti, eliminato l'espreso riferimento, contenuto nella parte iniziale del comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis*, al controllo giurisdizionale «sulla congruità del contenuto». L'intervento riduttivo del legislatore era stato determinato dalla ne-

---

<sup>129</sup> P. TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche*, cit., p. 549.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>131</sup> Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 190, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 800.



cessità di rafforzare il regime detentivo speciale a fronte di pratiche elusive dei detenuti sottoposti alla misura in oggetto e a fronte della prassi dei Tribunali di sorveglianza di annullare, totalmente o parzialmente, i decreti ministeriali. Nonostante la censura di costituzionalità conseguisse al riscontrato rischio di precludere il sindacato del Tribunale di sorveglianza sul contenuto del regime derogatorio, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione, in quanto sarebbe stata, a suo avviso, praticabile un'interpretazione conforme a Costituzione della novella. Infatti, a fronte della restrizione del sindacato giudiziale sui decreti applicativi, la Consulta ha ricordato, specularmente, di un'altra sostanziale modifica attuata con la riforma del 2002, quella, cioè, con cui è stato fissato con maggiore precisione il contenuto dei decreti impositivi, mediante l'elencazione, al co. 2-*quater*, delle varie prescrizioni che possono essere con esso adottate. La restrizione del sindacato conseguiva, dunque, alla ridotta discrezionalità del Ministro in sede applicativa dell'istituto<sup>132</sup>. In altri termini, la censura di costituzionalità formulata dal Tribunale di sorveglianza sarebbe il frutto della considerazione isolata della norma censurata. Viceversa, secondo una ricostruzione sistematica del quadro normativo, emergeva come la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, in uno con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha con ciò eliminato il vaglio di legittimità sul contenuto dell'atto in ordine all'eventuale violazione dei diritti soggettivi del

---

<sup>132</sup> In particolare, la Corte Costituzionale ha dichiarato che «La forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto. Si è ritenuto, in altre parole, che non vi fosse più necessità di una norma specifica. Resta impregiudicato, peraltro, il rimedio generale previsto dall'ordinamento penitenziario [quello dell'art. 14-*ter* n.d.r.], mai abrogato e ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte applicabile, come prima si è ricordato, anche al regime di cui all'art. 41-*bis*».

detenuto, praticabile attraverso il rimedio ordinario di cui all'art. 14-*ter* ord. pen.

In secondo luogo, la Corte ha ricordato che il Tribunale di sorveglianza avrebbe avuto comunque la possibilità di esercitare un controllo sul contenuto del decreto ministeriale, qualora esso fosse stato finalizzato all'individuazione di eventuali violazioni dei diritti del detenuto, e ciò per mezzo del rimedio generale del reclamo *ex art. 14-ter* ord. pen.<sup>133</sup>.

La soluzione adottata dalla Corte non è andata, tuttavia, esente da critiche da parte della dottrina. Con riferimento alla prima argomentazione, è stato osservato che, sebbene con l'introduzione del co. 2-*quater* il legislatore abbia considerevolmente ridotto la discrezionalità del ministro circa il contenuto del decreto applicativo, d'altro canto l'amministrazione avrebbe goduto comunque di un'ampia discrezionalità sull'effettivo contenuto del regime (si pensi, ad esempio, alle non meglio precisate misure di elevata sicurezza interna ed esterna di cui alla lett. a) del co. 2-*quater*). Con riferimento alla seconda motivazione, si è detto che un conto è parlare di un sindacato finalizzato a verificare la congruità delle singole restrizioni stabilite — giudizio certamente più penetrante —, un altro conto è richiedere, da parte del medesimo organo, di verificare se taluna delle limitazioni imposte implichi la violazione di un diritto soggettivo del destinatario del provvedimento ministeriale, rischio evidentemente più remoto<sup>134</sup>.

### **3.4.1. Le pronunce recenti. Diritto all'informazione e divieto di cuocere cibi.**

---

<sup>133</sup> F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 2512 ss.

<sup>134</sup> F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem*, cit., pp. 2514 ss., osserva come restino invariate, anche a seguito della novella del 2009, le ragioni che avevano indotto la Corte Costituzionale, con la sentenza 351/1996, a richiedere la pienezza del sindacato giurisdizionale sul contenuto del decreto ministeriale, esteso, cioè, alla congruità delle misure adottate dal ministro rispetto alla finalità della detenzione speciale.

Negli ultimi anni, la Corte Costituzionale è tornata a interessarsi di regime detentivo differenziato, pronunciandosi nuovamente sul contenuto del *41-bis*.

Con la sentenza 122/2017<sup>135</sup>, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale del comma *2-quater* nella parte in cui consentiva (e consente tuttora) all'Amministrazione penitenziaria di vietare, mediante circolare, la ricezione e l'invio di libri e riviste tra i detenuti sottoposti a regime e l'esterno.

La questione prendeva le mosse dall'emanazione della circolare DAP 16 novembre 2011, n. 8845<sup>136</sup>, con cui è stata rigidamente regolamentata la ricezione e l'invio di libri, riviste e quotidiani tra i detenuti sottoposti a *41-bis* e familiari, al dichiarato scopo di impedire che le pubblicazioni potessero essere utilizzate, come successo in passato, quale strumento per veicolare messaggi criptati, e così eludere le restrizioni cui tali detenuti sono soggetti<sup>137</sup>.

La circolare in questione aveva dato luogo a un contrasto giurisprudenziale tra magistratura di sorveglianza, che sistematicamente provvedeva a disapplicare la stessa in quanto ritenuta lesiva dell'art. 18-*ter* ord. pen. — che attribuisce all'autorità giudiziaria, e non all'amministrazione penitenziaria, il potere di controllare e limitare la corrispondenza e la stampa —, e giudici di legittimità, che altrettanto regolarmente annullavano le decisioni dei Tribunali di sorveglianza, sul presupposto che l'art. 18-*ter* ord. pen. non potesse trovare applicazione nei confronti dei detenuti a regime speciale, ai quali andavano ap-

---

<sup>135</sup> Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 122, in *Foro It.*, 2018, 12, 1, p. 3786.

<sup>136</sup> Le cui disposizioni in tema di corrispondenza dei detenuti sono confluite prima nella circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria 11 febbraio 2014, n. 3701, e poi nella Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

<sup>137</sup> A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41-bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 6/2017, p. 256, osserva come l'intervento limitativo dell'Amministrazione Penitenziaria era stato reso possibile mediante il riferimento al comma *2-quater*, lett. a), dell'art. *41-bis* ord. pen., che consente l'adozione di «elevate misure di sicurezza interna ed esterna», nonché alla lett. c) del medesimo comma che consente l'imposizione di limiti «ai beni e oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno».

plicate, invece, le lettere a) e c) del comma 2-*quater* del 41-*bis*, quali norme con carattere di specialità derogante<sup>138</sup>.

La Consulta, dopo aver ritenuto ammissibile la questione, l'ha dichiarata, tuttavia, non fondata nel merito, in quanto le limitazioni imposte dal DAP, se potevano incidere sulle modalità di ricezione di libri, riviste e quotidiani, non erano, viceversa, dirette a legittimare una censura sul tipo e sulla quantità di pubblicazioni da far pervenire al detenuto<sup>139</sup>.

Nè potevano assumere rilievo, a parere della Corte, eventuali “effetti indiretti”, derivanti dalle inefficienze dell'amministrazione, come rilevato dal giudice rimettente, dal momento che la limitazione del diritto non sarebbe derivata dalla formulazione della norma, ma dal comportamento di chi è chiamato ad applicarla, esulando, così, dalla prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale.

Conclusioni siffatte, per quanto dovute<sup>140</sup>, sono state oggetto di riflessioni da parte di attenta dottrina, che ha osservato come solo in una situazione fisiologica le limitazioni poste alle modalità di ricezione di libri e riviste non possono tradursi in una frustrazione del diritto corrispondente. In un sistema in cui, viceversa, l'amministrazione penitenziaria non è in grado, sistematicamente, di rispondere in modo tempestivo alle richieste dei propri internati, il diritto a ricevere libri e riviste viene sostanzialmente pregiudicato<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41-bis: la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 64.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 65, osserva come la Corte non ritiene di aderire a quella tesi, avanzata dal giudice *a quo*, e che aveva fondato prevalentemente l'ordinanza di remissione, secondo cui lo scambio di comunicazioni è una forma di corrispondenza. La Consulta osserva che tale ragionamento porterebbe a risultati paradossali, dal momento che non solo un libro, ma qualsiasi oggetto, potrebbe fungere da veicolo per la comunicazione di idee, sentimenti e notizie tra il mittente e il destinatario, con la conseguenza che l'Amministrazione penitenziaria non potrebbe imporre più alcun vincolo nella ricezione di qualsivoglia oggetto dall'esterno.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 66. L'A. osserva come alla luce delle esigenze di prevenzione e dei parametri costituzionali indicati, la soluzione della Corte non poteva essere diversa. L'A. si chiede, però, se tale soluzione rimanga tale anche prendendo in considerazione, secondo un diverso angolo visuale, altri parametri costituzionali, come l'art. 3, che legittimerebbe ad interrogarsi sulla ragionevolezza e proporzionalità di divieti siffatti.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 66. L'A. si domanda se il giudice delle leggi non debba forse interessarsi di come le norme vivono nella prassi, perlomeno laddove le inefficienze dell'amministrazione non siano il frutto di contingenze episodiche, ma dipendano da carenze strutturali ed organizzative “endemiche” al sistema e laddove ad essere frustrate non siano legittime aspettative ma diritti fondamentali della persona.

Considerando sia le ragioni che hanno indotto il legislatore all'introduzione dell'art 18-ter— ossia colmare le lacune in tema di disciplina delle limitazioni della corrispondenza nei confronti dei detenuti — sia la sua lettura combinata con l'art. 41-bis, comma 2-quater, lett, a) e c)<sup>142</sup>, è stato osservato come tra le due norme non vi sia alcun rapporto di specialità, quanto, semmai, di integrazione<sup>143</sup>. Se la tesi del rapporto di specialità aveva indotto la Corte ad escludere l'applicabilità dell'art. 18-ter ord. pen., così diversamente interpretando l'interazione tra le due fattispecie, si sarebbe potuti pervenire all'opposta soluzione.

Nonostante i dubbi sollevati, la Corte ha, comunque, ritenuto la limitazione *de qua* coerente con il principio di proporzionalità<sup>144</sup>, controllo richiesto dal medesimo art. 41-bis ove parla della sospensibilità delle disposizioni che comportano le «restrizioni *necessarie* per il soddisfacimento delle predette esigenze»<sup>145</sup>.

La Corte Costituzionale, sempre nell'ottica di riportare il regime differenziato all'interno degli argini costituzionali, è intervenuta in relazione ad un altro profilo attinente al contenuto del 41-bis, quello del divieto di cuocere cibi di cui al comma 2-quater, lett. f). Essa aveva già avuto modo di affrontare il caso con l'ordinanza n. 56/2011, con cui però la questione era stata dichiarata inammissibile per carenza di pregiudizialità, così precludendo un esame di merito.

---

<sup>142</sup> A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41-bis*, cit., p. 67.

<sup>143</sup> Per un'analisi della disciplina contenuta nell'art. 18-ter, cfr. C. SANTINELLI, *Sub art. 18-ter*, in, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 242 ss.

<sup>144</sup> Riguardo il principio di proporzionalità nella teoria della pena, cfr. E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956. Con riferimento al 41-bis ord. pen., cfr., M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137.

<sup>145</sup> A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41-bis*, cit., p. 68.

Con la sentenza 186/2018<sup>146</sup>, la Consulta ha dichiarato, invece, la illegittimità costituzionale della norma in commento per violazione degli artt. 3 e 27 Cost.

Il giudice *a quo* aveva sollevato, infatti, la questione per violazione degli artt. 3, 27, 32 Cost<sup>147</sup>, in quanto, in base al combinato disposto di cui all'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. f) e la circolare del DAP n. 286202 del 4 agosto 2009, ai detenuti sottoposti al regime differenziato non era consentito cuocere cibi, ma solo utilizzare un fornello personale per riscaldare liquidi e cibi già cotti e per la preparazione delle bevande. Il Giudice delle leggi, tenendo a mente la *ratio* comunemente ricondotta al divieto in oggetto, ossia impedire che il detenuto possa assumere una posizione di prestigio e potere grazie alla disponibilità di generi alimentari di lusso, è pervenuto alla conclusione che rischio siffatto non fosse strettamente collegato alla possibilità di cuocere cibi, ben potendo derivare anche dalla disponibilità di alimenti crudi. In secondo luogo, a sconfessare tale pericolo sarebbero state sufficienti le ordinarie regole penitenziarie, tra cui, in particolare, i limiti all'acquisto e alla ricezione di generi alimentari. Infine, non sono state rinvenute altre peculiari esigenze di ordine e sicurezza che potessero giustificare la limitazione *de qua*, alla luce della *ratio* e delle funzioni dell'istituto di precludere i contatti con altri appartenenti alla medesima consorte criminale. Da ciò è stata fatta conseguire la violazione dell'art. 3 Cost<sup>148</sup>.

La Corte ha dichiarato, parimenti, la violazione dell'art. 27, co. 3, Cost., dal momento che tali limitazioni, alla luce delle argomentazioni spese, si configuravano come ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, dotate di valenza meramente e ulteriormente afflittiva. Non si è trattato infatti di af-

---

<sup>146</sup> Corte Cost., 19 ottobre 2018, n. 186, in *Foro it.*, 12, I, p. 3786; Corte Cost., 19 ottobre 2018, n. 186, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 188, con osservazioni di E. APRILE; Corte Cost., 19 ottobre 2018, n. 186, in *Dir. e giust.*, 15 ottobre 2018, con nota di G. MARINO.

<sup>147</sup> G. ALBERTI, *Per la Corte Costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 ottobre 2018.

<sup>148</sup> *Ibidem*, osserva come il legislatore, nello stabilire il divieto di cuocere cibi nei confronti dei detenuti a 41-bis, ha violato i due limiti all'applicazione del regime, ovvero quello della congruità della misura rispetto allo scopo e quello del rispetto della funzione rieducativa della pena e del divieto di pene contrarie al senso di umanità.

fermare il “diritto fondamentale” di cuocere cibi, quanto, piuttosto, di consentire l’ammissione a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà individuale di chi si trova ristretto in carcere<sup>149</sup>.

L’ultima pronuncia in esame, pertanto, risulta particolarmente significativa non solo perché restituisce ulteriori spazi di libertà al detenuto, ma soprattutto perché, per la prima volta e sebbene con riferimento esclusivo al divieto di cuocere cibi, afferma espressamente la contrarietà al senso di umanità del regime penitenziario differenziato.

#### **4. L’art. 41-*bis* oggi.**

La formulazione originaria dell’art. 41-*bis* si limitava a prevedere la possibilità per il Ministro della Giustizia di sospendere le ordinarie regole di trattamento e gli istituti dell’ordinamento penitenziario nei confronti di detenuti imputati o condannati per reati *ex art. 4-bis*, qualora ricorressero gravi motivi di ordine e sicurezza.

Questa formulazione così stringata, come visto, aveva suscitato rilevanti dubbi interpretativi. Non era chiaro quali fossero i presupposti di applicazione del regime speciale vista la loro descrizione forse troppo sintetica, né era chiaro quale fosse l’estensione della potestà dell’amministrazione penitenziaria di derogare alle ordinarie regole trattamentali, potere considerato eccessivamente generico e idoneo a ledere i principi di legalità, difesa, libertà personale e la stessa funzione rieducativa della pena<sup>150</sup>. Non vi era chiarezza, quantomeno fino alla riforma del 2002, circa la tipizzazione dei reati cui poteva essere applicata la misura derogatoria<sup>151</sup>. In origine, il riferimento era infatti esteso all’art. 4-*bis* genericamente inteso. Come noto, però, siffatta disposizione si compone di più commi, ciascuno dei quali prevede una diversa graduazione del divieto di concessione dei benefici penitenziari a seconda dello specifico reato commesso.

---

<sup>149</sup> Corte Cost., 19 ottobre 2018, n. 186, cit., p. 197.

<sup>150</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 40.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 40.

Il trattamento più severo è evidentemente riservato ai detenuti per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico, e per quelli di criminalità organizzata, indicati al primo comma, e così doveva essere loro riservato anche l'applicazione del regime penitenziario differenziato. Tuttavia, il richiamo all'intera fattispecie avrebbe consentito, se non grazie ad un'interpretazione restrittiva che tenesse conto degli scopi della norma, l'applicazione della fattispecie, ad esempio, anche agli autori di reati di cessione di materiale pedo-pornografico, che niente hanno a che vedere con la finalità della misura.

Le riforme attuate dal legislatore hanno così avuto effetti positivi sulla formulazione dell'art. 41-*bis*, tra cui vanno evidenziati: a) il recepimento normativo delle pronunce della Corte Costituzionale circa i limiti "interni" ed "esterni" di applicazione dell'istituto; b) la definizione specifica del contenuto del regime derogatorio<sup>152</sup>; c) l'affermazione della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti impositivi unitamente alla specificazione dell'autorità giudiziaria competente, all'individuazione dell'estensione di tale vaglio e alla disciplina del relativo procedimento; d) la progressiva precisazione dei termini di durata del decreto impositivo e dei singoli provvedimenti di proroga.

L'attuale formulazione dell'art. 41-*bis* ord. pen. si compone di otto commi, frutto dei numerosi interventi legislativi determinati dall'esigenza di plasmare il regime penitenziario speciale in base alle esigenze ora di risposta alla recrudescenza del fenomeno mafioso, ora di adattamento al sistema giuridico-penitenziario.

Il primo comma è rimasto sostanzialmente invariato dal '75 ad oggi, e prevede, conformemente a quanto stabilito *illo tempore* dall'art. 90, il potere del Ministro di Giustizia di sospendere l'applicazione delle normali regole di trat-

---

<sup>152</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 41, evidenzia come la definizione di concreti contenuti del regime, per troppo tempo rimessa "in bianco" all'amministrazione penitenziaria, sia avvenuto in certi casi dettagliando eccessivamente alcune misure restrittive, fino a disciplinare attività che secondo l'A. sarebbe stato opportuno rimettere ad atti amministrativi di secondo grado. In altri casi, invece, ciò sarebbe avvenuto lasciando clausole aperte, quale quella di cui alla lett. a) del comma 2-*quater* che consente di adottare non meglio precisate misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con il rischio di rendere vano il senso della tipizzazione delle misure.



tamento dei detenuti e degli internati in casi di eccezionali emergenze a carattere intramurario.

Il secondo comma, introdotto, come visto, dal Decreto Martelli-Scotti, sancisce la possibilità di sospendere analogamente, in tutto o in parte, le regole ordinarie del trattamento penitenziario nei confronti dei detenuti per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., o di un delitto commesso al fine di agevolare associazioni di tipo mafioso, laddove vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, e proprio al fine di impedire detti legami.

E' previsto, altresì, che in caso di unificazione di pene concorrenti (o di concorrenza di più titoli custodiali), la sospensione può essere disposta anche se è stata espiata la parte di pena relativa ai delitti indicati dall'art. 4-*bis*. Come visto, questa previsione è stata oggetto di dibattito<sup>153</sup>, dal momento che, a chi sosteneva che la previsione consentisse al dato soggettivo dell'essere stato condannato o internato anche per un certo tipo di delitti di prevalere sul fatto oggettivo di essere in attuale espiazione di una pena per un delitto diverso (con conseguente rischio di valorizzazione del "tipo d'autore"<sup>154</sup>), si contrapponevano coloro che, viceversa, intravedevano nella previsione legislativa irrinunciabili esigenze di prevenzione dei delitti e dei collegamenti con le associazioni di origine<sup>155</sup>.

Il co. 2-*bis*, originariamente introdotto dalla l. 7 gennaio 1998 n. 11 che aveva previsto il potere di impugnazione del provvedimento, disciplina oggi il procedimento applicativo dell'istituto. Il provvedimento viene emesso dal Min-

---

<sup>153</sup> Vedi note nn. 82, 83, 84.

<sup>154</sup> M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 209. G. MANNOZZI, *Sub art 41-bis*, L. 26 luglio 1975, n. 354, cit., p.1946, ricollegano il rischio di configurare il problema del tipo d'autore in relazione, piuttosto, all'indeterminatezza dei presupposti applicativi dell'art. 41-*bis*. La soluzione prospettata, al fine di scongiurare pericolo siffatto, è quella di ancorare sempre 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, dunque, che il problema di ordine e sicurezza pubblica derivi dall'esistenza di rapporti attuali tra i destinatari della misura e le organizzazioni criminali che hanno fatto sorgere la situazione di emergenza. Nello stesso senso, R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. CORSO, Milano, 2013, p. 165.

<sup>155</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 30.

istro della giustizia su proposta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del P.M. che procede e acquisita ogni necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia<sup>156</sup>, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Si stabilisce la durata del provvedimento in anni quattro, prorogabili nelle stesse forme per periodi successivi, ciascuno di due anni laddove si ritenga persistente la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'associazione di riferimento. Si tiene conto, altresì, del profilo criminale dell'internato, e dalla posizione rivestita nel gruppo, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni, degli esiti del trattamento penitenziario nonché, infine, del tenore di vita dei familiari.

Il co. 2-ter, che attribuiva un potere di revoca anche d'ufficio al Ministro della giustizia qualora fosse risultato il venir meno delle condizioni che avevano determinato l'adozione o la proroga del provvedimento, è stato abrogato dall'art. 2, comma 25, lett. e), L. 15 luglio 2009, n. 94. Nonostante il comma in oggetto fosse ispirato da evidenti ragioni di giustizia sostanziale, che avevano indotto a responsabilizzare lo stesso organo preposto all'applicazione della misura alla costante valutazione della corrispondenza tra presupposti applicativi e attuali esigenze di sicurezza, è evidentemente prevalsa la finalità repressiva e di rafforzamento della funzione custodialistica della norma. Ciononostante, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di reintrodurre in via interpretativa il potere di revoca officiosa, individuando un corrispondente diritto del detenuto ad invocare il controllo giudiziale in caso di mancato esercizio di tale revoca<sup>157</sup>.

Il comma 2-quater prevede la sistemazione dei detenuti in istituti a loro dedicati, collocati prevalentemente in aree insulari, o comunque in sezioni spe-

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 43, ove l'A. auspicava un maggiore coinvolgimento delle Direzioni Distrettuali Antimafia e la Direzione Nazionale Antimafia nella fase di iniziativa. L'attuale disciplina consente al Ministro della Giustizia, infatti, solo di "sentire" questi organismi prima dell'emanazione del decreto applicativo, senza però prevedere un potere di iniziativa autonomo di queste né imporre le opportune sinergie tra soggetti istituzionalmente volti allo svolgimento di attività di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e l'esecutivo.

<sup>157</sup> Cass. pen. Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 18021, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 9 novembre 2012, n. 47919, in *Pluris*.

ciali e separate dal resto dell'istituto. Viene poi specificato l'eterogeneo contenuto dei possibili provvedimenti sospensivi delle ordinarie regole trattamentali: dall'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, al fine di prevenire contatti con l'organizzazione di appartenenza, alla limitazione dei colloqui in uno al mese e solo con i familiari; dalla limitazione delle somme e dei beni che possono riceversi dall'esterno, alla sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, e così via.

I commi da *2-quater.1* a *2-quater.3* individuano le figure dei Garanti dei diritti dei detenuti, attribuendo loro specifici diritti di visita e di colloquio.

Il comma *2-quinquies* prevede, infine, il principio della reclamabilità dei provvedimenti impositivi del regime differenziato o di proroga, il cui procedimento è disciplinato nei successivi commi *2-sexies* e *2-septies*.

L'art. *41-bis* è dunque il frutto di successive stratificazioni, legislative e giurisprudenziali, determinate dal progressivo studio delle migliori pratiche di contrasto al crimine organizzato e dalla costante verifica della loro legittimità costituzionale. Da risposta emergenziale, essendosi compresa la natura tendenzialmente immanente al sistema del fenomeno mafioso, l'art. *41-bis* è divenuto stabilmente presente nel nostro ordinamento, quale risposta ordinaria a reati di straordinaria gravità.

### **5. Le funzioni dell'art. 41-bis ord. pen.**

Atteso che il regime penitenziario previsto dall'art. *41-bis* ord. pen. va considerato quale irrinunciabile condizione di efficacia e serietà della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico<sup>158</sup>, risulta opportuno individuare le funzioni che il c.d. "carcere duro" si propone di realizzare.

Le finalità primarie del *41-bis* sono tre: quella preventiva; quella custodialistica; quella deterrente.

---

<sup>158</sup> F. GIUNTA, *Nota introduttiva*, in *Il carcere duro tra efficacia e legittimità*, *Criminalia*, 2007, p. 249, trae dalla esigenza di combattere la criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico implicito argomento in favore della legittimazione dell'istituto.

Quella certamente prevalente risulta essere la prima. La *ratio essendi* del regime differenziato risiede, infatti, nell'esigenza di impedire qualsivoglia forma di collegamento dei detenuti più pericolosi con gli ambienti esterni, così da precludere che dal carcere questi continuino a comunicare con i propri sodali e impartire loro direttive, ordinare la commissione di reati, gestire i propri affari in generale<sup>159</sup>. Poiché, dunque, lo stato detentivo è assolutamente insufficiente ad impedire che gli esponenti della criminalità organizzata continuino a gestire i propri traffici delittuosi anche da dentro il carcere<sup>160</sup>, l'art. 41-*bis* è stato introdotto proprio al fine di recidere ogni collegamento che consentisse all'esponente di vertice di proseguire indisturbato nella propria egemonia criminale.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha preso atto ormai da tempo di come la restrizione in carcere non determina, per ciò solo, il venir meno del vincolo associativo che sopravvive alla detenzione. In particolare si suole affermare che, anzi, la persistenza del legame con l'ambiente criminale di provenienza è presunta, considerata la prospettiva a lungo termine con cui lo stesso si instaura e il livello di coinvolgimento personale e familiare dei singoli appartenenti, salvo che vi siano manifestazioni esteriori obiettive di recesso dall'organizzazione criminale, da accertare caso per caso in virtù di una condotta esplicita<sup>161</sup>. Anche le Sezioni Unite, pronunciandosi sul tema della decorrenza del termine di applicazione delle misure cautelari, hanno riconosciuto, al riguardo, come «la permanenza in carcere normalmente non recide i legami degli associati, e soprattutto dei capi con l'associazione mafiosa e se, permanendo il reato associativo, fosse preclusa l'adozione di ulteriori misure cautelari l'ordinamen-

---

<sup>159</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 88.

<sup>160</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., 1 ss.

<sup>161</sup> Cass. pen. Sez. II., 15 marzo 2018, n. 23128, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. II, 4 luglio 2014, n. 41727, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 1703, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. II, 15 marzo 2012, in *Pluris*.

to resterebbe sguarnito nei confronti di fenomeni criminali di grande pericolosità»<sup>162</sup>.

Queste valutazioni, d'altro canto, lungi dal costituire il risultato di mere elucubrazioni giuridiche, costituiscono il risultato empirico di lunghi anni di attività investigativa e processuale, svolta grazie a intercettazioni in carcere, al sequestro di corrispondenza nei confronti dei detenuti, allo studio delle comunicazioni in occasione dei colloqui, alle analisi delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia<sup>163</sup>. Da queste attività è emerso come fossero stati elaborati artifici articolati e complessi per aggirare le regole carcerarie (o comunque utilizzare i canali con l'esterno che le stesse spesso consentivano) e, così, trasmettere i propri messaggi al di fuori degli istituti penitenziari. Tra le prassi più diffuse si possono ricordare: lo sfruttamento dei colloqui *vis-à-vis* con i familiari per riferire comunicazioni da trasmettere altrove; l'utilizzo di pizzini nascosti nella biancheria o semplicemente mostrati al proprio interlocutore; l'utilizzo di linguaggi criptati o di frasi allusive<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Cass. pen. Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 14535, in Ced, Rv 235910. Più recentemente, vd. anche Cass. pen. Sez. I, 7 novembre 2014, n. 46103, in *Pluris*, la quale ha osservato che «in tema di associazione per delinquere, il sopravvenuto stato detentivo di un soggetto non determina la necessaria ed automatica cessazione della partecipazione al sodalizio criminoso di appartenenza, atteso che, in determinati contesti delinquenziali, i periodi di detenzione sono accettati dai sodali come prevedibili eventualità le quali, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo e alla programmazione delle sue attività e, dall'altro, non fanno cessare la disponibilità a riassumere un ruolo attivo non appena venga meno il forzato impedimento».

<sup>163</sup> P. GRASSO - M. PRESTIPINO, *Il regime differenziato dell'art. 41-bis o.p. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *Foro it.*, f. 4, c. 253; V. MACRÌ, *Art. 41-bis 2° comma o.p.*, Seminario di studi 2-3 luglio 2007, Consiglio Superiore della Magistratura, su [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>164</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 13 ss., analizza una copiosa casistica in materia di detenzione carceraria di soggetti appartenenti a consorterie mafiose da cui emerge l'abilità degli stessi nell'aggirare le regole carcerarie al fine di far trapelare e diffondere i propri messaggi nei confronti di familiari, sodali, e comunque all'esterno del carcere. In particolare si esaminano i casi di Giuseppe Lipari, amministratore del patrimonio della famiglia di Cosa Nostra e fidato consigliere di Bernardo Provenzano, che si serviva dei colloqui con i familiari e del sistema dei pizzini per comunicare con l'esterno; il caso di Pino Rizzo, boss della famiglia mafiosa di Cerda, che esercitava il proprio ruolo di capo direttamente dal carcere, sfruttando i colloqui con i familiari, o nascondendo messaggi dentro oggetti come stecche di cioccolato; il caso di Crocifisso Smorta, uomo di vertice del clan gelese degli Emmanuello, che si serviva anch'esso dell'intermediazione dei familiari per diffondere le proprie direttive al gruppo; il caso di Giuseppe e Antonio Piromalli, che utilizzavano un linguaggio in codice, labiale o metafore per dare le proprie comunicazioni; il caso dei fratelli Graviano, efferati killer di Cosa Nostra, che, per eludere i controlli, utilizzavano nomi in codice.

Se la riforma del sistema penitenziario del 1975 si era mossa nella direzione di favorire l'apertura delle carceri verso l'esterno per facilitare così il progressivo reinserimento dei detenuti nella società,<sup>165</sup> le esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici che la criminalità organizzata di stampo mafioso poneva hanno dato luogo a bisogni contrapposti. Solo mediante l'inibizione delle comunicazioni, o la drastica riduzione delle stesse (ove non fosse stato possibile escluderle del tutto, come nel caso dei colloqui con i familiari o con gli avvocati) sarebbe stato, infatti, possibile prevenire la commissione di ulteriori reati<sup>166</sup>.

Il 41-*bis*, impedendo effettivamente le comunicazioni dei capi all'interno e all'esterno dei luoghi di detenzione, ha così precluso che il carcere diventasse una proiezione del territorio che l'organizzazione riuscisse a controllare facilmente<sup>167</sup>.

Mediante la recisione di ogni collegamento con l'esterno, si persegue, inoltre, l'obiettivo di isolare gli appartenenti alle organizzazioni criminali per indebolire la loro posizione. Invero, annullando le potenzialità criminogene di detenuti particolarmente pericolosi, si mira a ridurre la tensione e l'allarme sociale, oltre che impedire, in futuro, il compimento di atti eversivi<sup>168</sup>.

All'interno della funzione *de qua* può collocarsi, poi, quella che è stata definita finalità di polizia preventiva. Parte della dottrina ha avuto modo di affermare, infatti, come lo strumento emergenziale fosse stato utilizzato anche per fini estranei all'ordinamento penitenziario, ossia il recupero del soggetto, espressione della finalità rieducativa della pena. Ciò si desume, secondo la presente impostazione, dall'estraneità dall'ambito dell'esecuzione della pena delle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici che svolgerebbero,

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 82. L'A. osserva, infatti, come, laddove la legge del 1975 era idealmente tesa a garantire l'attuazione del principio rieducativo in fase di esecuzione della pena garantendo, attraverso le misure alternative alla detenzione, ampi spazi per un'esecuzione extra-muraria, le nuove norme antimafia avevano delineato un modello di esecuzione della pena detentive e anche della custodia cautelare, prettamente orientato alla eliminazione di qualsivoglia legame con l'esterno.

<sup>166</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, cit., p. 88.

<sup>167</sup> Cfr. Commissione parlamentare per la tutela e la promozione dei diritti umani, audizione n. 51, 26 giugno 2014, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>168</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 448.

viceversa, un compito di prevenzione a “carattere squisitamente poliziesco e impositivo”<sup>169</sup>.

L’esigenza di prevenzione costituisce, però, solo un “criterio preliminare di legittimazione normativa”<sup>170</sup> dell’istituto, dal momento che la sospensione di alcune regole trattamentali (così come anche la prassi della reiterazione del provvedimento impositivo per un periodo sostanzialmente corrispondente alla pena) non risulterebbe sempre giustificabile nell’ottica di impedire le relazioni pericolose tra detenuto e organizzazione, ma, al contrario, renderebbe più dura l’esecuzione e aumenterebbe significativamente la sofferenza della pena<sup>171</sup>.

Si è parlato, al riguardo, anche di repressione e di rafforzamento della funzione custodialistica del carcere, dal momento che lo Stato, nella lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, avrebbe proceduto, attraverso l’introduzione di un sottosistema autonomo o di un modello di disciplina differenziata a doppio binario, all’irrigidimento del trattamento, in una prospettiva di rigorosa retribuzione e neutralizzazione della pericolosità soggettiva<sup>172</sup>.

Proprio perché il regime ordinario di restrizione carceraria risultava inidoneo, non solo ad impedire i contatti con gli ambienti di origine, ma anche a contenere la pericolosità sociale di certi detenuti, era necessario incrementare l’efficacia restrittiva e limitativa del trattamento. Si tratta, pur sempre, di una estrinsecazione della funzione preventiva sopra descritta, cui viene però sommata una componente repressiva, strettamente funzionale a isolare i detenuti che avrebbero potuto profittare degli ordinari strumenti trattamentali per pro-

---

<sup>169</sup> F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma*, cit., pp. 440 ss., sostiene peraltro che, le finalità di prevenzione generale e speciale deve avvenire attraverso la proposta di strumenti ed offerte trattamentali cui faccia riscontro la libera (e perciò convinta) adesione del condannato.

<sup>170</sup> D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004.

<sup>171</sup> S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 265. Nello stesso senso, S. ROMICE, *Brevi note sull’art. 41-bis O.P.*, in *Giur. pen. web*, 2017, p. 18.

<sup>172</sup> S. ROMICE, *Brevi note sull’art. 41-bis O.P.*, cit., pp. 18 s.

muovere e dirigere azioni contro lo Stato, e a semplificare l'opera di disgregazione delle organizzazioni criminali cui essi appartengono<sup>173</sup>.

In quest'ottica, le numerose e significative restrizioni imposte durante il regime speciale sono implicitamente funzionali, tra l'altro, a indurre il detenuto alla collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. pen.<sup>174</sup>. La cooperazione rappresenta, infatti, da un lato, la chiave di accesso per il circuito ordinario e, soprattutto, per fruire delle misure alternative alla detenzione, al lavoro esterno e ai permessi premio (vd. art. 4-*bis* ord. pen.<sup>175</sup>), ma costituisce, dall'altro, uno dei più efficaci strumenti di contrasto alla criminalità organizzata grazie alle propalazioni di chi ben conosce le consorterie di riferimento<sup>176</sup>. La dottrina,

---

<sup>173</sup> G. MANNOZZI, *Sub art 41-bis, L. 26 luglio 1975, n. 354*, cit., p. 1945. L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 448, afferma che scopo immediato è il rafforzamento della funzione custodialistica del carcere, non disgiunto dall'intento di usare il regime in esame quale deterrente nei confronti degli associati ancora in libertà.

<sup>174</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 34 s. Analogamente, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 82, osserva come il sistema di cui alla legge 354/75 perseguisse, da un lato, il rafforzamento della funzione custodialistica e neutralizzativa del carcere, e, dall'altro, la conseguenziale incentivazione delle condotte collaborative, in particolare attraverso la legge 8/91 con la quale erano stati previsti rilevanti vantaggi in fase di esecuzione della pena per i collaboratori che avessero reso dichiarazioni di rilievo.

<sup>175</sup> L'art. 4-*bis* si pone a fianco dell'art. 41-*bis*, in quanto anch'esso proiettato a favorire la collaborazione con la giustizia del condannato per uno dei delitti dallo stesso elencati, essendo precluso, in caso di mancata cooperazione, l'accesso ai cc.dd. benefici penitenziari. Per tale motivo, la norma è stata da ultimo dichiarata illegittima dalla Corte Edu nel noto caso Viola c. Italia (n. 2), per la previsione di una presunzione di pericolosità non superabile se non per il tramite della collaborazione stessa. Allo stato, dunque, l'accesso ai benefici penitenziari non è più riservato ai soli collaboratori ma anche a coloro che riescano a dimostrare, altrimenti, la dissociazione dal gruppo di riferimento e il progressivo reinserimento sociale. V'è da chiedersi, dunque, se tale novità possa in qualche modo influire anche sul regime del 41-*bis*, consentendo in modo più realistico il passaggio dal regime speciale al regime ordinario a fronte della prassi generalizzata di prorogarne l'applicazione in maniera indefinita, ponendo a carico del detenuto un onere probatorio particolarmente gravoso, se non addirittura "diabolico".

Per una critica del sistema della cooperazione giudiziale, in particolare riferimento all'istituto dell'ergastolo ostativo, vd. L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, imm modificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, pp.1220 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1245; A. PUGIOTTO, *Come e perchè eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, pp. 17 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1500 ss.; G. M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1505 ss.; G. NEPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1509 ss.; D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *www.rivistaaic.it*, fasc. 4/2017.

<sup>176</sup> Emergono così le due componenti della funzione repressiva del regime detentivo speciale: una componente, per così dire, speciale, in quanto volta a colpire il detenuto in questione e a neutralizzare la sua pericolosità sociale; e una, per così dire, generale, in quanto volta a ottenere la disgregazione della consorteria mafiosa di appartenenza inducendo il soggetto a collaborare con le autorità giudiziarie, e così ottenere informazioni utili alla lotta alla criminalità organizzata nel suo complesso.



proprio a sottolineare il carattere fortemente premiale conseguente ad una scelta *ex art. 58-ter* ord. pen., ha parlato di “soave inquisizione”, il cui obiettivo è quello di “sciogliere le lingue” degli associati<sup>177</sup>.

Nel regime detentivo differenziato coesistono pertanto profili fortemente antitetici, ma non per questo contraddittori: alla delineata tendenza all’irrigidimento sanzionatorio si accompagnano meccanismi premiali, susseguenti alla scelta collaborativa, grazie ai quali il detenuto viene ammesso ai benefici penitenziari, di norma esclusi.

Si tratta dunque di una meccanismo di integrazione della funzione custodialistica, che ne esce rafforzata grazie all’esistenza di strumenti paralleli di contrasto alla criminalità di stampo mafioso. Ciò perché l’eventuale scelta collaborativa determina *ipso facto* la rottura del legame associativo, ponendosi perfettamente in linea con la finalità, immediata, di rescissione dei contatti con l’esterno, e con quella, mediata, della lotta al crimine organizzato.

Il regime speciale di detenzione manifesta, vieppiù, una funzione deterrente. E’ chiaro, infatti, l’intento del legislatore di utilizzare lo strumento, non solo quale mezzo indirizzato al miglior contenimento custodialistico dei singoli ristretti, ma quale vero e proprio deterrente nei confronti degli associati ancora operanti in libertà<sup>178</sup>.

E se si considera la risposta di Cosa Nostra all’introduzione prima e all’istituzionalizzazione poi del regime del 41-*bis*, che ha dato vita alla ben nota

---

<sup>177</sup> T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 529 ss., ravvisa nelle nuove forme di ravvedimento introdotte dalla legislazione penitenziaria una netta cesura rispetto alle ipotesi “classiche”, dal momento che presuppongono una sorta di “pentimento civile”. Dal piano oggettivo si passa al piano soggettivo, in quanto, se al ladro viene richiesto solo di non sottrarre il bene o di non impossessarsene, al terrorista, così come al mafioso, si chiede di cessare di essere tale. L’asse si sposta dalla reintegrazione dell’offesa alla disponibilità a collaborare per la sua repressione, dalla logica del risultato positivo a quella della scelta di campo.

<sup>178</sup> M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 211; L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 448; S. ROMICE, *Brevi note sull’art. 41-bis O.P.*, cit., p. 19.

“trattativa Stato-Mafia”<sup>179</sup>, il giudizio sulla funzione deterrente del carcere duro è certamente positivo.

Infine, sul presupposto che l’applicazione del regime differenziato non possa comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall’art. 13 dell’ordinamento penitenziario, né la preclusione al detenuto della partecipazione ad attività culturali, ricreative, sportive volte alla realizzazione della personalità (attività che potranno svolgersi laddove siano adottati gli accorgimenti necessari ad evitare possibili contatti con l’esterno), è stata rinvenuta, parimenti, una finalità rieducativa<sup>180</sup>. Tuttavia, va osservato al riguardo come un istituto ontologicamente volto ad eliminare qualsivoglia legame con l’esterno e ad incentivare la collaborazione con la giustizia attraverso l’applicazione di misure di estremo rigore e la preclusione dell’accesso ai benefici penitenziari non possa avere funzione rieducativa, che, diversamente, richiederebbe la progressiva responsabilizzazione e valorizzazione del detenuto. Al contrario, come si vedrà in seguito, bisogna

---

<sup>179</sup> Secondo quella che sembrerebbe la ricostruzione storico-giuridica privilegiata in ambito giudiziario, tra le istituzioni statali e gli esponenti mafiosi di Cosa nostra sarebbe intercorsa, nei primi anni Novanta dello scorso secolo, una trattativa, o più trattative, aventi come obiettivo un “ammorbidimento” della strategia di contrasto della criminalità mafiosa (grazie, ad esempio, a una attenuazione del rigore carcerario per i condannati sottoposti al regime di cui all’art 41-bis ord. pen.) e, più in generale, della stipula di un nuovo patto di convivenza, di una nuova intesa compromissoria tra stato e Cosa nostra (nel solco, peraltro, di una tradizione storica di “non belligeranza” risalente al secondo Ottocento). Dopo la conferma in Cassazione il 30 gennaio 1992 delle pesanti condanne inflitte dai giudici del maxiprocesso, la quale ha avuto l’effetto di mettere in crisi, anche simbolicamente, la tradizionale impunità dei *boss*, Cosa nostra avrebbe reagito ideando e in parte realizzando un programma stragista avente come fine ultimo la ricostruzione di un rapporto di pacifica convivenza tra il sottomondo mafioso e il mondo politico-istituzionale: le stragi costituivano, in questa prospettiva, uno strumento necessario per piegare psicologicamente il ceto politico di governo, nel senso di indurlo a desistere da una lotta a tutto campo contro la mafia, in vista di nuove intese basate sulla vecchia logica della reciprocità dei favori. In questo contesto sarebbe, dunque, nata l’iniziativa dei carabinieri del Ros – sollecitata, secondo la prospettazione accusatoria dei pm, da uno dei politici minacciati (cioè Calogero Mannino) – di contattare l’ex sindaco di Palermo Vito Ciancimino come possibile tramite di comunicazione con il vertice mafioso corleonese. Questa presa di contatto sfociata in più incontri, e ammessa peraltro nel corso delle indagini dagli stessi ufficiali dei carabinieri (Mori e De Donno) che ne sono stati protagonisti, avrebbe avuto uno scopo esplorativo finalizzato a tentare qualche strada per far desistere la mafia dal portare a termine le azioni criminali programmate. Al riguardo, si veda, G. FIANDACA, *La trattativa Stato-Mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012, pp. 67 ss.

<sup>180</sup> Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Pluris*, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 41-bis co. 2 e dell’art. 14-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 in relazione agli artt. 3, 13, 24, 25, 27, co. 2 e 3, e 113 Cost. Ravvisa, parimenti, una finalità di carattere rieducativo, S. ROMICE, *Brevi note sull’art. 41-bis O.P.*, cit., pp. 19 s.

domandarsi se il regime *ex art. 41-bis* in effetti non si ponga in contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost.

## **6. Natura giuridica e inquadramento dogmatico del provvedimento impositivo.**

La natura giuridica del provvedimento ministeriale impositivo del regime speciale di detenzione carceraria non pone particolari difficoltà ermeneutiche, in quanto non sembrano esservi dubbi circa la riconducibilità del Decreto adottato dal Ministro della Giustizia nell'ambito della categoria degli atti amministrativi aventi natura autoritativa, finalità di tipo preventivo, repressivo e deterrente, e contenuto giustiziale, in relazione allo stretto collegamento con la precedente condotta criminosa del detenuto e agli effetti che determina sulla vita carceraria del detenuto<sup>181</sup>. Tale provvedimento, pur amministrativo nella forma, avrebbe comunque connotati "politici", in quanto frutto di una valutazione discrezionale del Ministro della Giustizia circa l'opportunità di sottoporre il detenuto in questione al regime di rigore<sup>182</sup>.

Maggiori dubbi pone, invece, il possibile inquadramento sistematico dell'istituto, non essendoci unanimità di vedute al riguardo.

### **6.1. L'art. 41-bis ord. pen. come modalità esecutiva della pena detentiva.**

---

<sup>181</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 80 s.

<sup>182</sup> F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforme*, cit., pp. 440 s., ricorda come la natura amministrativa del provvedimento impositivo del regime di rigore abbia inciso, in un primo momento, sulla sua giustiziabilità. La giurisprudenza, in origine, qualificava l'atto come meramente amministrativo, non suscettibile in quanto tale di incidere sulla libertà personale, escludendone perciò la ricorribilità per Cassazione *ex art. 111 Cost.* Tale orientamento è però mutato in seguito ad alcune storiche sentenze della Corte Costituzionale (n. 349/93; 351/96; 376/97) che hanno sancito il principio della giustiziabilità del decreto ministeriale di imposizione del regime *ex art. 41-bis ord. pen.*, in quanto strumentale alla tutela di quei diritti incompressibili connessi alla dignità della persona, che possono essere intaccati da regime detentivo siffatto.

Secondo una delle prime interpretazioni, il “carcere duro” andrebbe qualificato come una semplice modalità esecutiva della pena detentiva<sup>183</sup>.

A tale approdo ermeneutico è giunta, per prima, la Corte Costituzionale nel 1993<sup>184</sup>. Il presupposto da cui la Consulta ha preso l’abbrivio nel pervenire a siffatta conclusione è che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell’uomo, e in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall’art. 13 Cost., opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com’è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta. Più in particolare, il Giudice delle leggi ha affermato che: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

Fatte tali rilevanti premesse, la Corte giunge così ad una declaratoria di compatibilità dell’art. 41-*bis*, co. 2, ord. pen. con l’art. 13 Cost. (rispetto alla quale disposizione era stato sollevato il dubbio di costituzionalità) proprio alla luce dell’inquadramento dogmatico dello stesso. Il provvedimento ministeriale, infatti, si differenzerebbe, a parere della Corte, da quelle misure che, modificando il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, incidono sulla qualità e quantità della pena (come le cc.dd. misure extra-

---

<sup>183</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare*, cit., p. 155, pur riconoscendo al regime di cui all’art. 90 ord. pen., poi sostanzialmente trasfuso nell’art. 41-*bis* o.p., un carattere prevalentemente neutralizzativo, sostiene che esso non costituisca una semplice variante del trattamento penitenziario, ma che esso rappresenti, piuttosto, un modo particolare con cui è attuata la restrizione della libertà personale, implicando una diversa e ridotta consistenza dei diritti riconosciuti in via ordinaria alla generalità dei detenuti.

<sup>184</sup> Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349, in *Foro it.*, 1995, I, p. 488.

murarie<sup>185</sup>), e che, quindi, non possono essere adottate al di fuori dei principi di riserva di legge e di giurisdizione, ma che devono, invece, uniformarsi ai principi di proporzionalità e individualizzazione della pena. Il provvedimento applicativo del regime differenziato costituirebbe, viceversa, una mera modalità esecutiva della pena detentiva, in base alla quale sarebbe consentita solo la 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.

Secondo la Corte, 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 esulerebbero dall'ambito delle modalità di esecuzione di un titolo di detenzione già adottato con le previste garanzie costituzionali.

Ne deriva, secondo il Giudice della legge, che l'art. 41-*bis* non può legittimare l'adozione di provvedimenti suscettibili di incidere sul grado di libertà personale del detenuto, e pertanto non viola l'art. 13 della Costituzione, primo e secondo comma.

Secondo la Corte, in definitiva, le misure che attengono unicamente al "regime penitenziario", per quanto afflittive, devono considerarsi semplici

---

<sup>185</sup> Le misure extra-murarie si distinguono dalle misure intra-murarie in quanto le prime consentono al detenuto di accedere a forme di esecuzione della pena anche al di fuori del carcere, le seconde, invece, comportano una sola variazione del regime penitenziario. Per la Corte Costituzionale, dunque, se le prime devono essere soggette alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. in quanto incidono sulla qualità e quantità della pena, a tale vincolo non sono soggette le seconde, che pertanto possono essere adottate anche dall'Amministrazione Penitenziaria, in quanto qualsiasi conseguenza che da esse derivi deve essere considerata già insita nel *quantum* di pena irrogato *ab origine* con la sentenza di condanna.

modalità esecutive della pena, e, in quanto tali, escluse dalle garanzie che assistono le sanzioni penali<sup>186</sup>.

Di tale tesi parte della dottrina ha criticato però la prospettiva fortemente formalistica, tendente a riconoscere certe garanzie solo in funzione della rigorosa distinzione tra misure intra-murarie ed extra-murarie<sup>187</sup>. Se è vero che un residuo di libertà personale andrebbe riconosciuto nei confronti di tutti i detenuti, anche nei confronti di quelli ristretti al regime 41-*bis*, questa conclusione si porrebbe in contraddizione con la considerazione che le misure intra-murarie, in quanto modalità esecutive della pena, non eccedono mai, indipendentemente dal loro contenuto, il sacrificio di libertà personale già insito nello stato di detenzione<sup>188</sup>.

Sarebbe più opportuno, invece, adottare un approccio maggiormente sostanzialistico, che guardi, al di là dal carattere intra-murario o extra-murario della misura, al contenuto delle restrizioni imposte ai detenuti, al fine di appurare se esse abbiano determinato un sacrificio ulteriore della libertà personale rispetto a quello ordinariamente connesso allo stato di detenzione<sup>189</sup>.

Secondo questo diverso punto di vista, è più evidente come un regime detentivo caratterizzato da una funzione non solo preventiva, ma anche repressiva (speciale e generale) e deterrente non può essere considerato quale mera modalità esecutiva della pena, possedendo, viceversa, una connotazione qualitativa che incide sul contenuto e sulla capacità afflittiva della pena stessa.

## **6.2. L'art. 41-*bis* ord. pen. come misura di prevenzione.**

---

<sup>186</sup> In tal senso, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 373.

<sup>187</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 374.

<sup>188</sup> M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 65, osserva come l'affermazione secondo cui lo stato di detenzione lascia sopravvivere in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un "residuo" di libertà personale, non può essere assimilata alla previsione di cui all'art. 13, co. 4, Cost, secondo cui è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, dovendosi invece intendere quale norma attributiva di un significato ampio al concetto di libertà personale come libertà della persona non comprimibile nemmeno nello stato di detenzione. Vd. altresì, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, pp. 32 ss.

<sup>189</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 374

Strettamente connessa alla funzione preventiva è la tesi che qualifica il regime *ex art. 41-bis* in termini di misura di prevenzione<sup>190</sup>, e ciò sulla base della valorizzazione della finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica esterna al carcere. La funzione di tipo retributivo viene, invece, notevolmente sminuita e circoscritta, in quanto prevalentemente assorbita dalla sanzione detentiva.

In buona sostanza, il *41-bis* non risulterebbe finalizzato all'irrogazione di una punizione, funzione già svolta dall'incarcerazione in senso stretto, ma, fondandosi su un giudizio di pericolosità del detenuto, è proiettato alla prevenzione dei reati per il tramite della rescissione di tutti i possibili contatti tra il detenuto e l'ambiente esterno<sup>191</sup>. A favore di questa tesi deporrebbero, del resto, una pluralità di indici, tra cui: l'esclusione di qualsivoglia finalità retributiva; l'assenza di un nesso di consequenzialità con un reato presupposto, che rilevarebbe, semmai, solo nella fase di attivazione ma non nella fase di esecuzione<sup>192</sup>; l'applicabilità di un regime unitario anche in caso di cumulo di reati.

Tale tesi è stata avallata, del resto, anche a livello istituzionale, come emerge, precisamente, nei decreti applicativi dell'istituto, in cui è stato affermato espressamente che «Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario è una *misura di prevenzione* che ha come scopo quello

---

<sup>190</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit. pp.85 ss; S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41-bis O.P.*, cit., pp. 25 ss.

<sup>191</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 82, al fine di sostenere la tesi della misura di prevenzione, fa riferimento anche a prassi e interpretazioni giurisprudenziali sulla base della quali si è ritenuto di dover applicare al *41-bis* le medesime regole vigenti per le misure di prevenzione, come nel caso dell'esclusione dell'applicabilità del regime speciale alle procedure di estradizione. Secondo, S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 258, la collocazione del *41-bis* tra le misure di prevenzione si spiega con la diffusione dei gravissimi delitti commessi in ambito di criminalità organizzata che ha comportato la necessità del varo di istituti normativi idonei a produrre una risposta anticipata dello Stato direttamente orientata a contrastare la loro concreta operatività, mentre il perseguimento e la ricostruzione dei singoli reati ha continuato ad essere oggetto dell'ordinario processo di cognizione. Sequestro dei beni, regime speciale di detenzione, gestione delle informazioni provenienti dalle collaborazioni con la giustizia, vanno pertanto considerati strumenti introdotti nell'ambito di una comune strategia, perché costituiscono un sistema di interventi di tipo integrato e volto a disarticolare l'operatività delle organizzazioni criminali.

<sup>192</sup> S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41-bis O.P.*, cit., pp. 25 s. S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze della prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1899, afferma che il *41-bis*, al pari delle misure di prevenzione, prende spunto dal reato presupposto, ma la sua funzione è quella di impedire la commissione di reati per il futuro.

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. Il precetto normativo — come evidente — è funzionale ad impedire la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza»<sup>193</sup>.

L'inquadramento giuridico del 41-*bis* tra le misure di prevenzione sarebbe funzionale, d'altronde, a consentire l'adozione di uno *standard probatorio* corrispondente a quello delle misure in parola, dunque di carattere meramente indiziario<sup>194</sup>. Ciò emergerebbe, tra l'altro, dall'ambigua formulazione della norma che prevede l'applicazione dell'istituto nei confronti dei detenuti o internati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, c. 1, ord. pen. in relazione ai quali vi siano *elementi tali* da far presumere l'esistenza di collegamenti con un'associazione criminale<sup>195</sup>.

Ulteriore conseguenza, andrebbe ravvisata, poi, nella *invariabilità soggettiva* dell'istituto<sup>196</sup>. A differenza delle sanzioni penali che richiedono il calcolo dosimetrico della pena, le norme a contenuto preventivo non si prestano a misurazioni: in quanto volte a precludere il verificarsi di condotte criminose da parte di soggetti ritenuti socialmente pericolosi, un impiego differenziato e graduato presupporrebbe la conoscenza anticipata dell'entità di quei rischi che, invece, si vogliono evitare. Per cui, una volta individuati i presupposti applicativi, esse andranno messe in pratica nel modo più uniforme e generalizzato possibile.

---

<sup>193</sup> Circolare D.A.P. n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, consultabile su [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it). Cfr. anche Circolare D.A.P. n. 3592/6042 del 9 ottobre 2003.

<sup>194</sup> V. MACRÌ, *Art. 41-bis co. 2 o.p.*, Seminario di studi 2-3 luglio 2007 del Consiglio superiore della Magistratura, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>195</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 380 ss.

<sup>196</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 86 s., sostiene che se le misure a carattere preventivo fossero personalizzate con riguardo alle caratteristiche individuali del detenuto, alla sua pericolosità sociale, si finirebbe per utilizzare un parametro non corrispondente alle finalità dell'istituto, che è quello di limitare le comunicazioni con l'esterno, con effetto ampiamente anticipatorio rispetto alla possibile commissione di reati.



In ciò risiede, infatti, la differenza principale con la funzione retributiva, tipica delle misure sanzionatorie prettamente penali, che richiede, invece, l'esatta commisurazione della sanzione al fatto commesso<sup>197</sup>.

Tuttavia, anche alla tesi del regime detentivo speciale quale misura di prevenzione sono state avanzate alcune critiche.

Innanzitutto sono state ravvisate marcate differenze nella *ratio* e nei presupposti: se l'art. 41-*bis* postula condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche, legate all'esigenza del contrasto allo specifico fenomeno mafioso, e altre soggettive, derivanti dall'applicazione di una pena o di una misura coercitiva in relazione a reati di particolare allarme sociale; per contro, le misure di prevenzione vengono imposte per fronteggiare il rischio della delinquenza nei confronti di chi sia pericoloso sulla base del mero stile di vita e dei precedenti comportamenti devianti<sup>198</sup>.

E' stato affermato, poi, che la pur eminente funzione preventiva del regime detentivo speciale è tuttavia insufficiente ad inquadralo tra le misure di prevenzione. Ciò alla luce delle teorie sulla pena che ravvisano lo scopo del punire non unicamente nella retribuzione, ma anche e preminentemente nella tutela preventiva dei beni giuridici<sup>199</sup>. Ne consegue che la comunanza di scopo tra pena e misura di prevenzione preclude all'interprete di rinvenire in questo aspetto l'argomento principe per il corretto inquadramento dogmatico del regime detentivo speciale<sup>200</sup>.

Ulteriore differenza tra "carcere duro" e misure di prevenzione è stata rintracciata sotto il profilo dei contenuti che siffatte misure possono adottare. Il regime detentivo speciale si caratterizza, infatti, come una misura privativa della libertà personale, in quanto foriero di una compressione dei diritti del detenuto ulteriore rispetto a quella che consegue all'applicazione del regime detentivo ordinario. Ciò posto, considerato che gli artt. 5 CEDU e 13 Cost. sanciscono

---

<sup>197</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 87.

<sup>198</sup> Cass. pen., Sez. I, 29 marzo 2017, n. 19672, in *Pluris*.

<sup>199</sup> L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, *passim*; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, *passim*.

<sup>200</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 382.

che la privazione della libertà personale, per essere legittima, deve essere prevista dalla legge ed essere riconducibile ad una delle ipotesi indicate dalla disposizione convenzionale<sup>201</sup>, non sarebbero ammesse misure restrittive *ante delictum*, ossia comminate in funzione di prevenzione di un reato, nell'ottica della mera neutralizzazione della pericolosità sociale, ma solo in quanto conseguenti alla commissione di un reato<sup>202</sup>.

Emerge dunque la differenza tra regime detentivo speciale, misura dal contenuto ben determinato e applicabile solo in conseguenza della commissione di un delitto, e sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, misura di prevenzione che svolge unicamente funzione preventiva e dal contenuto tanto generico da essere stata dichiarata convenzionalmente illegittima da parte della Corte Edu<sup>203</sup> per contrasto con l'art. 2, Protocollo n. 4 alla CEDU, sulla libertà di movimento, a causa della mancata individuazione, da parte della legge medesima e da parte della giurisprudenza costituzionale, delle specifiche tipologie di comportamento da tenere in considerazione al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società.

Anche la Corte di Cassazione, nel recepire alcune di queste considerazioni critiche, ha negato la riconducibilità del regime carcerario differenziato

---

<sup>201</sup> Ossia, solamente, le sanzioni penali o le misure cautelari applicate per la commissione di un reato (salve le peculiari ipotesi di cui alle lett. "d" ed "e" dell'art. 5).

<sup>202</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 383.

<sup>203</sup> De Tommaso c. Italia, n. 43395/09, Corte Edu 2017 [GC], in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione*. Cfr. anche 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*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 15 ss.; R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 135 ss.

nell'alveo delle misure di prevenzione<sup>204</sup>. La Suprema Corte, pur senza ulteriormente soffermarsi sulla natura dell'art. 41-*bis* ord. pen., ha rinvenuto alcune differenze sostanziali tra i due istituti sia in relazione ai presupposti giustificativi, sia in relazione alle funzioni da essi svolte. L'art. 41-*bis* ord. pen. — a detta della Cassazione — postula la ricorrenza di condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche ed altre soggettive riguardanti il detenuto, derivanti dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale per reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, oltre che la perdurante esistenza e operatività dell'organizzazione cui egli appartiene. Per contro, le misure di prevenzione vengono imposte per fronteggiare il rischio della commissione di reati nei confronti di chi sia ritenuto pericoloso in dipendenza non necessariamente di condanne o di misure cautelari, ma dello stile di vita. Anche negli effetti — evidenzia ancora la Corte — la sospensione delle regole detentive ordinarie si differenzia dalle misure di prevenzione avendo, le prime, a che vedere con «l'esecuzione della pena nei confronti di quei detenuti che manifestino capacità di mantenere collegamenti con le associazioni di appartenenza e di trasmettere ordini e direttive all'esterno del carcere, e comporta una limitazione dei diritti soggettivi, non già la loro radicale privazione».

Tuttavia, a livello giurisprudenziale non vi è unanimità di vedute sul punto, registrandosi anche opinioni di senso diametralmente opposto. Frequentemente la Corte di Cassazione ha riconosciuto, infatti, l'estensibilità dei principi in materia di misure di prevenzione anche al regime carcerario differenziato, in relazione al giudizio di pericolosità che fonda l'applicazione del

---

<sup>204</sup> Cass. pen. Sez. I, 24 gennaio 2018, n. 3447, con nota di V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, la quale individua specifici punti di contatto con le misure di sicurezza, e ciò grazie ad un raffronto tra normativa interna e fonti sovranazionali. In particolare vengono rinvenuti specifici profili di contatto con la custodia preventiva di sicurezza istituita dal Consiglio d'Europa con Raccomandazione del 14 febbraio 2014. Questa, infatti, andrebbe applicata ai delinquenti ritenuti pericolosi in quanto già condannati per un reato sessuale grave o per un reato violento di estrema gravità e che presenti una probabilità di recidiva molto elevata e si porrebbe una finalità marcatamente preventiva ed, eventualmente, di reinserimento sociale del condannato. Questo istituto, e le misure di sicurezza in genere, secondo l'A., condividerebbero con l'art. 41-*bis* ord. pen. la finalità di neutralizzazione della pericolosità sociale, alcuni presupposti applicativi e la durata indeterminata.

regime<sup>205</sup>. Ne conseguirebbe, pertanto, l'individuazione di una funzione essenzialmente preventiva, e non anche retributiva e afflittiva della misura in questione.

### **6.3. L'art. 41-*bis* ord. pen. come misura di sicurezza ovvero come pena accessoria.**

Dalla premessa per cui l'istituto in esame non può essere considerato una mera modalità esecutiva della misura detentiva — dal momento che imporrebbe un *quid pluris* di limitazione della libertà personale rispetto al regime ordinario — né come una misura di prevenzione, della quale condividerebbe la funzione preventiva, ma senza poter giustificare la privazione della libertà personale a causa dei limiti imposti dagli artt. 13 Cost. e 5 CEDU —, discende l'ulteriore ipotesi ricostruttiva del 41-*bis* ord. pen. quale sanzione penale autonoma.

Pur incidendo le restrizioni conseguenti all'applicazione del carcere duro sulla fase esecutiva della pena, è anche vero, però, che la tipologia e la severità delle limitazioni che possono essere ivi adottate sono idonee a modificare radicalmente la fisionomia della pena detentiva nella sua configurazione ordinaria<sup>206</sup>.

Così ricondotto il regime detentivo speciale alla categoria delle sanzioni penali, va risolto il quesito del suo inquadramento formale nell'ambito dell'alternativa, propria di un sistema a c.d. doppio binario sanzionatorio, tra pene e misure di sicurezza.

Autorevole dottrina sostiene che il 41-*bis*, quale misura di prevenzione speciale volta a paralizzare una condizione di pericolosità soggettiva, andrebbe

---

<sup>205</sup> Cass. pen. Sez. 6, 10 febbraio 1998, n. 464; Cass. pen. Sez. 1, 5 dicembre 2002 n. 1379; Cass. pen. Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19900; Cass. pen. Sez. I, 29 aprile 2014, n. 52054, in *Pluris*, escludono la qualificazione del 41-*bis* quale pena differenziata.

<sup>206</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 374; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 214, secondo cui il regime 41-*bis* differisce evidentemente da quello ordinario. Cfr. anche S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41-bis O.P.*, cit., p. 27.

considerato, più correttamente, una misura di sicurezza<sup>207</sup>. Tale qualificazione viene rinvenuta da una pluralità di indicatori.

Sul piano della competenza, il provvedimento è imposto da un organo dell'Esecutivo sulla base di esigenze estranee alla meritevolezza della pena, e relative, invece, alla pericolosità sociale del detenuto e alla possibilità di mantenere contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

L'applicabilità del regime, in caso di cumulo di reati, anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa ai delitti di cui al 4-*bis*, spezza radicalmente il rapporto di razionalità retributiva delitto/pena, e ricollega evidentemente l'inasprimento sanzionatorio alla pericolosità del detenuto, così compiendo un decisivo passo verso la configurazione dell'istituto del "tipo d'autore"<sup>208</sup>.

La stessa durata della misura, indefinibile *a priori*, ma soggetta al potere di proroga del Magistrato di Sorveglianza, è totalmente slegata dalla colpevolezza del reo ma rigidamente ancorata ad una valutazione di persistenza della pericolosità sociale del detenuto<sup>209</sup>.

Dal punto di vista contenutistico, infine, il provvedimento impositivo sembra innovativo del rapporto penitenziario, trasformando la pena inflitta dal giudice in una sanzione di tipo diverso, orientata essenzialmente a finalità di

---

<sup>207</sup> M. RONCO, *Riflessioni su una "nuova" sanzione: l'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario, in Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, a cura di M. AMISANO - M. CATERINI, Napoli, 2012, pp. 220 ss., sostiene che la restrizione carceraria, laddove espiata nel regime definito dall'art. 41-*bis* o.p., si trasforma da pena a misura di sicurezza, al punto che, parlare di pena al riguardo costituirebbe una «truffa delle etichette».

<sup>208</sup> M. RONCO, *Riflessioni su una "nuova" sanzione*, cit., p. 221.

<sup>209</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 387, ammette che il regime detentivo speciale potrebbe, a prima vista, essere ricondotto sistematicamente alla categoria delle misure di sicurezza *sui generis*, in quanto applicabile in presenza di una pericolosità sociale che discende non dalle caratteristiche soggettive del detenuto, ma dal contesto criminale di origine. Altri elementi di specialità andrebbero ravvisati nei criteri di accertamento della pericolosità sociale, ricavabili dall'art. 133 c.p. per le misure di sicurezza ordinarie, fortemente ancorati all'accertamento di legami attuali con l'organizzazione di provenienza, desunta dagli indici delineati dal co. 2-*bis* dell'art. 41-*bis* ord. pen. La stessa nozione di pericolosità sociale appare più ristretta, dal momento che il giudizio prognostico circa il pericolo di commissione di reati va circoscritto alle fattispecie criminose delineate dall'art. 4-*bis* ord. pen. Infine, la generalizzata applicabilità del regime detentivo speciale anche agli imputati, e non solo ai condannati, consente di rinvenire ulteriori profili di specialità rispetto alla disciplina ordinaria delle misure di sicurezza, la cui applicabilità provvisoria va ristretta negli angusti limiti delineati dall'art. 206 c.p.

prevenzione generale e speciale nel senso di paralizzare le potenzialità criminali presenti e future del soggetto.

A tale ricostruzione si è tuttavia opposto che un inquadramento sistematico siffatto sarebbe ostacolato dalla necessità, legata alle citate esigenze di rafforzamento della funzione custodialistica, di esecuzione del regime speciale durante l'espiazione della pena, in contrasto con l'art. 211 c.p. che pospone, invece, l'applicazione delle misure di sicurezza all'intervenuta esecuzione della pena detentiva cumulativamente irrogata<sup>210</sup>.

Ciò consentirebbe di ricondurre l'art. 41-*bis* nell'ambito delle pene vere e proprie<sup>211</sup>.

Tra le *species* di pena configurabili, tale orientamento dottrinario propende maggiormente per l'inquadramento nell'ambito delle pene accessorie, preso atto che la detenzione in 41-*bis*, pur determinando una componente afflittiva ulteriore rispetto al regime ordinario, caratterizza la reclusione (o l'ergastolo) solo per il tempo ritenuto necessario dall'autorità giudiziaria — che cesserà di autorizzare la proroga del regime una volta ritenuta venuta meno la pericolosità sociale del detenuto —.

Si tratterebbe, più precisamente, di una pena accessoria “anomala”, che presenta punti di contatto e, contemporaneamente, di novità rispetto alle pene accessorie tradizionali.

I due istituti avrebbero in comune la funzione di prevenzione: se è vero che le pene accessorie sono caratterizzate storicamente da una preminente finalità di stigmatizzazione, sono state loro riconosciute anche funzioni di prevenzione generale e speciale<sup>212</sup>. Più precisamente, esse svolgerebbero una funzione di “incapacitazione” del condannato, che viene estromesso da situazioni e contesti per lui potenzialmente criminogeni<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 389.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>212</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 628; P. PISA, *Le pene accessorie. problemi e prospettive*, Milano, 1984, p. 22.

<sup>213</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2015, p. 760.

Analogamente, il regime detentivo speciale si propone di recidere i possibili collegamenti tra detenuto e ambiente criminale di origine, intervenendo su quelle regole penitenziarie che, prestandosi a facili raggiri, diventano strumento di comunicazione con l'esterno.

Quanto ai profili di specialità rispetto alle pene accessorie tradizionali, va rinvenuto il carattere della applicazione discrezionale, che non manifesta elementi di incompatibilità con l'art. 20 c.p., considerata la natura tendenziale del principio della applicazione automatica ivi sancito, tra l'altro dichiarato più volte irragionevole da parte della Corte Costituzionale<sup>214</sup>.

La discrezionalità riguarda i profili: a) dell'*an*, considerata l'esigenza di vagliare in concreto la sussistenza di attuali legami con l'associazione di provenienza; b) del *quantum*, attesa la delicatezza della questione attinente alla durata della misura, che impone un ancor più delicato giudizio di bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali del detenuto ed esigenze di prevenzione; c) del *quomodo*, al fine di adeguare il rigore afflittivo della misura alle caratteristiche soggettive del detenuto.

Ulteriore profilo di specialità va rinvenuto nell'applicazione contestuale all'esecuzione della pena. Carattere incompatibile con l'inquadramento tra le misure di sicurezza, esso risulta, viceversa, compatibile con la natura di pena accessoria, esistendo altri casi di esecuzione contestuale di questa specie di sanzioni<sup>215</sup>.

Infine, anche l'applicabilità del regime detentivo speciale agli imputati<sup>216</sup> non trova particolari ostacoli nella qualificazione di pena accessoria, dal momento che il codice di procedura penale, agli artt. 288 e seguenti, disciplina

---

<sup>214</sup> Cfr. Corte Cost., 23 gennaio 2013, n. 7; Corte Cost., 23 febbraio 2012, n. 31.

<sup>215</sup> La dottrina citata indica, come esempi di pene accessorie di applicazione contestuale alla pena principale, quelle dell'interdizione legale o della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale ex art. 32, c. 3, c.p.

<sup>216</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 399, ritiene tale carattere quale uno dei maggiormente rappresentativi del regime detentivo speciale, dal momento che l'esigenza di interrompere il collegamento tra detenuto e associazione di appartenenza si manifesta già a partire dall'arresto, al fine di evitare il c.d. passaggio di consegne nei confronti di chi è rimasto in libertà, sicché anche di tale carattere deve essere vagliata la compatibilità con la nozione di pena accessoria.

specifiche misure cautelari interdittive che ricalcano il contenuto di alcune pene accessorie previste dal codice penale<sup>217</sup>.

In definitiva, secondo l'orientamento dottrinale in parola, il regime detentivo speciale consiste in una pena accessoria speciale, a carattere discrezionale, da eseguirsi durante l'esecuzione della pena principale.

#### **6.4. I profili cautelari dell'art. 41-bis ord. pen.**

Secondo un ultimo orientamento, infine, va evidenziata la natura cautelare del regime detentivo speciale<sup>218</sup>. Vi è, infatti, una certa comunanza di presupposti e di funzioni con la misura della custodia cautelare per i reati di associazione mafiosa. Anche in quel caso le valutazioni sulla pericolosità del gruppo delinquenziale di appartenenza trova il suo fondamento nel medesimo bagaglio conoscitivo del fenomeno criminale. Anzi, l'art. 275 co. 3 c.p.p. prevede una presunzione (*iuris tantum*) di pericolosità sociale degli imputati per un reato di associazione mafiosa, presunzione che trae fondamento, al pari del 41-bis, da ragioni di pericolo per la sicurezza pubblica riferibili al gruppo mafioso di riferimento al quale il soggetto in custodia potrebbe fornire un apporto di qualsivoglia natura.

Tale ultima ricostruzione non risulta, tuttavia, particolarmente condivisibile, dal momento che il regime detentivo speciale, pur presentando alcune affinità con le misure cautelari, è istituzionalmente e funzionalmente destinato a perdurare fintantoché persista la pericolosità sociale del detenuto e il rischio di collegamenti con il gruppo di riferimento, legandosi ad un concetto di detenzione che trascende la differenziazione tra fase cautelare e fase esecutiva della

---

<sup>217</sup> L'art. 288 c.p.p., sulla sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ricalca nel contenuto l'art. 34 c.p. L'art. 289 c.p.p., invece, relativo alla sospensione dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, ricalca l'art. 31 c.p. Cfr. P. PISA, *Sub art. 140 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ, Milano, 2008, 486 ss.

<sup>218</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 73 s., evidenzia lo stretto legame tra regime detentivo speciale e custodia cautelare per reati di mafia. Tuttavia l'A. è fermo nel ravvisare nel regime *ex art. 41-bis* la natura di misura di prevenzione, evidenziando come i profili in comune con le misure cautelari possano essere utili al fine di meglio valutare i presupposti di applicazione dell'istituto ed, eventualmente, raccordare la funzione di prevenzione endoprocedurale della custodia cautelare con la funzione di prevenzione penitenziaria rappresentata dal regime speciale di detenzione.



pena vera e propria. La misura cautelare, invece, è rigidamente ancorata, dal punto di vista temporale, alla mancata conclusione del processo e, dal punto di vista funzionale, alla sussistenza di almeno una delle esigenze cautelari di cui all'art. 275 c.p.p.

### **6.5. Le possibili soluzioni alla collocazione sistematica dell'art. 41-*bis*.**

Tra le tesi esposte, le più aderenti alla *ratio* e alle funzioni dell'istituto sembrano quelle che collocano il 41-*bis* tra le misure di prevenzione, ovvero tra le pene accessorie. La prima ha il pregio, infatti, di accentuare il carattere preventivo della misura rispetto alla commissione di reati da dentro il circuito penitenziario; la seconda mette in evidenza, invece, il *surplus* di afflittività che viene imposto con l'applicazione del "carcere duro".

Delle due, quella che risulta più convincente risulta quella del 41-*bis* quale misura di prevenzione. E' opportuno, dunque, provare a superare le criticità riscontrate dalla dottrina al riguardo.

Le principali obiezioni sono fondate sul presupposto che la maggiore afflittività del regime detentivo speciale imponga la sua riconducibilità alle sanzioni penali<sup>219</sup>. A ben vedere, tuttavia, anche le misure di prevenzione portano con sé un rilevante carico sanzionatorio, data soprattutto la sensibile restrizione di rilevanti libertà fondamentali che consegue alla loro applicazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza *ex art. 6*, D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il cui contenuto è delineato dagli obblighi sanciti dalla c.d. carta precettiva che, per quanto generici, impongono pur sempre sostanziali limitazioni alla libertà personale, di movimento e all'estrinsecazione della propria personalità individuale al dichiarato fine di assicurare la vigilanza del soggetto e di prevenire la commissione dei reati<sup>220</sup> (si pensi, ad esempio, al divieto di allontanarsi dalla dimora senza

---

<sup>219</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 382.

<sup>220</sup> F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, p. 109.

preavviso all'autorità locale di p.s.; al divieto di rincasare la sera più tardi e uscire la mattina prima di una determinata ora; all'obbligo o al divieto di soggiorno; al divieto di partecipazione a pubbliche riunioni; al divieto di allontanamento dalla propria dimora senza il preventivo avviso all'autorità di pubblica sicurezza locale).

A conferma dell'argomento che riconosce anche alle misure di prevenzione una componente afflittiva, si considerino altresì le ipotesi di sequestro e confisca di prevenzione che, determinando la definitiva ablazione della *res* dal patrimonio del proposto, presentano un'accentuata funzione sanzionatoria<sup>221</sup>.

Si è sostenuto, poi, che il 41-*bis* costituisca una misura privativa della libertà personale, in quanto tale subordinata al rispetto dei limiti e presupposti sanciti dall'art. 5 CEDU e 13 Cost<sup>222</sup>, laddove invece, le misure di prevenzione, in quanto misure *ante delictum*, sono applicabili al di fuori delle garanzie ivi enunciate. In realtà, va osservato che la privazione della libertà personale non consegue all'applicazione del regime detentivo speciale, quanto alla sentenza di condanna e alla conseguente sottoposizione del reo ad una sanzione di tipo detentivo<sup>223</sup>. Il 41-*bis*, infatti, nell'ambito di una libertà già fortemente compromessa, opera in un momento successivo: una volta limitata la libertà personale del soggetto, verificata la riconducibilità ad uno dei reati ostativi di cui dall'art. 4-*bis*, e accertata la sua "capacità di collegamento" con il gruppo criminale di provenienza<sup>224</sup>, la norma in esame autorizza la sospensione di alcune regole connaturate alla detenzione ordinaria al fine di precludere forme di collegamento con gli ambienti esterni, per così *prevenire*, appunto, la commissione di ulteriori reati "pilotati" dall'interno del carcere. E' vero che al regime detentivo

---

<sup>221</sup> Sulla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione e sulla possibilità di qualificarla più opportunamente quale una "pena mascherata", F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione*, a cura di C. E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G. L. GATTA, Milano, 2018, pp. 892 ss.

<sup>222</sup>A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 382.

<sup>223</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. III, 13 febbraio 2008, n. 13603, Rv. 239684, in cui la Suprema Corte, in tema di riparazione per ingiusta detenzione, ha affermato espressamente che il 41-*bis* ord. pen., quanto a limitazione della libertà personale, non si differenzia in materia sostanziale dalla custodia carceraria normale.

<sup>224</sup> Sul punto, cfr. Cap. II, par. 1.4.

speciale segue una componente afflittiva ulteriore rispetto al regime ordinario, tuttavia tale aggravamento va ricondotto alle peculiari esigenze di prevenzione ad esso connaturate, che impongono inevitabilmente di modificare in senso peggiorativo l'esecuzione penitenziaria così da evitare la sua possibile manipolazione e strumentalizzazione a scopi criminosi.

La natura *ante delictum* o *praeter delictum* delle misure di prevenzione non è incompatibile, poi, con la necessaria connessione del 41-*bis* ad un titolo di reato specifico. Da un lato, infatti, il giudizio di pericolosità sociale del proposto può desumersi non solo da semplici indizi di traffici delittuosi, ma anche dalla presenza di eventuali sentenze di condanna, che anzi semplificano grandemente l'onere probatorio della Pubblica Accusa. Dall'altro, il legame tra regime detentivo speciale e fatto di reato non è più assoluto, ma è stato allentato per effetto della previsione del divieto di scioglimento dei cumuli di pena o di diversi titoli di reato, che consente di applicare il 41-*bis* anche laddove sia stata scontata quella parte di pena relativa ad uno dei delitti o stativi di cui al 4-*bis* e che costituiscono il presupposto soggettivo di applicazione dell'istituto<sup>225</sup>.

Se l'istituto va ricondotto, allora, nell'ambito delle misure di prevenzione, si deve provare a superare quel diverso orientamento che lo aveva qualificato in termini di pena accessoria.

L'argomento principe che aveva indotto a far rientrare il regime carcerario tra le sanzioni penali in senso stretto è rappresentato dalla considerazione che ad esso segue una componente afflittiva ulteriore che non è ravvisabile nelle misure di prevenzione e che può conseguire solo ad una pena.

In realtà, il semplice fatto che il 41-*bis* sia causa di un aggravamento della detenzione ordinaria non è motivazione sufficiente per affermarne la natura di sanzione autonoma, men che meno di pena accessoria. Le pene accessorie, infatti, costituiscono sanzioni che seguono la condanna penale ma che da essa si distinguono perché dirette a precludere che lo svolgimento di determinate attiv-

---

<sup>225</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 223, nonostante sostenga la tesi del 41-*bis* ord. pen. quale pena accessoria, riconosce come il divieto di scioglimento dei cumuli costituisca argomento a favore della tesi della misura di prevenzione.

ità o il possesso di determinati *status*, possa in qualche modo consentire al reo di trovarsi in situazioni per lui criminogene<sup>226</sup>. L'art. 41-*bis*, pur essendo volto anch'esso ad allontanare il detenuto da situazioni criminogene, non si distingue dalla pena detentiva ma si identifica con la stessa, pur modificandone i connotati in senso peggiorativo. In altre parole, laddove nel caso di applicazione di una pena accessoria sono individuabili due distinte sanzioni, nel caso di specie vi è un'unica sanzione, quella detentiva (pur caratterizzata da peculiari restrizioni). Tale identità, lungi dal ricondurre l'istituto ad una mera modalità esecutiva della pena in funzione delle preminenti esigenze preventive ad esso connesse, non consentirebbe di intravedere nel 41-*bis* quella componente di accessoria necessaria per essere ricondotto tra le ipotesi di cui all'art. 19 c.p.

Tra l'altro, si osservi come l'applicabilità di una misura unitaria anche in caso di cumulo di reati è elemento compatibile con la natura di misura di prevenzione — ove il collegamento con il fatto è più sfumato —, mentre risulta poco coerente con la natura di pena, nel qual caso dovrebbero esservi tante sanzioni quanti sono i reati commessi (o un'unica sanzione in virtù del cumulo materiale o giuridico delle pene)<sup>227</sup>.

La natura giuridica di pena accessoria sembrerebbe incompatibile, poi, con l'applicabilità del regime detentivo speciale anche agli imputati. I sostenitori di questa tesi non rinvennero in questa circostanza un argomento di sfavore, dal momento che esisterebbero misure cautelari dal contenuto analogo<sup>228</sup>. In realtà, proprio il riferimento alle misure cautelari contraddice la tesi in ogget-

---

<sup>226</sup> E. SCORZA, *Sub art. 19 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2019, p. 138, evidenzia come, sebbene alle pene accessorie sia stata spesso ricondotta una funzione special-preventiva, connessa proprio alla finalità di allontanare il reo da contesti per lui criminogeni, non mancano opinioni dottrinarie che, viceversa, vi ricollegano una funzione general-preveniva.

<sup>227</sup> La commissione di un reato tra quelli elencati nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., è infatti mero presupposto soggettivo della misura, dovendo essere accertata la ulteriore capacità di collegamento del destinatario con l'organizzazione di origine. L'esistenza di un collegamento più sfumato rispetto al titolo di reato presupposto è dimostrato, altresì, dalla previsione relativa al divieto di scioglimento dei cumuli, che consente di applicare (o continuare ad applicare) l'istituto anche nel caso in cui sia stata scontata la parte di pena relativa ai delitti ostativi. Ne consegue che il 41-*bis* ord. pen., a differenza di una sanzione penale in senso stretto, anche *sub specie* di pena accessoria, perde l'ancoraggio al singolo fatto per andare a colpire la pericolosità sociale, lo stile di vita del detenuto, risultato incompatibile, nonostante la sanzione reclusiva, con la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici.

<sup>228</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 399.

to, trattandosi di istituto del tutto diverso, per quanto contenutisticamente sovrapponibile, rispetto a quello delle pene accessorie. Il fatto che si tratti di misure diverse, dimostra come queste ultime non possano applicarsi nei confronti degli imputati, a maggior ragione se si considera che le pene, ivi comprese quelle accessorie, ai sensi dell'art. 20 c.p. seguono la condanna, ossia una accertamento giudiziario della responsabilità penale che in questo caso mancherebbe<sup>229</sup>.

Al contrario, rispetto alle misure di prevenzione, in quanto strumenti *ante delictum o praeter delictum*, non rileva la posizione giuridica del proposto.

Anche la giurisprudenza, sebbene non unitaria, ha ritenuto estendibili al regime carcerario speciale le disposizioni in materia di misure di prevenzione, osservando come anche dopo la modifica normativa ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94, il 41-*bis* ha conservato la sua natura di istituto caratterizzato da finalità preventive, e non si è trasformato, appunto, in una “pena differenziata”<sup>230</sup>.

Anzi, è proprio dalla giurisprudenza, specie costituzionale, che si rinvergono i principali argomenti a favore della riconducibilità dell'istituto nell'ambito del diritto della prevenzione. Sin dalla delineazione dei cc.dd. limiti esterni — ove la Consulta ha voluto precisare che l'applicazione del regime derogatorio non avrebbe potuto comportare una ulteriore limitazione dei residui spazi di libertà del detenuto —, e dei cc.dd. limiti interni — da cui derivava l'esigenza di estendere il sindacato giurisdizionale all'accertamento che le singole misure fossero effettivamente predisposte al fine di impedire i contatti con l'esterno —, è stata abbandonata una lettura in chiave prettamente retributiva del 41-*bis*<sup>231</sup>. E tale lettura è stata da ultimo confermata dalla giurisprudenza in

---

<sup>229</sup> Secondo V. NOVIELLO, *Le pene accessorie e gli altri effetti penali*, in *Giust. pen.*, 1951, p. 867, le pene accessorie consisterebbero in meri effetti penali della condanna, ossia conseguenze pregiudizievoli discendenti direttamente dalla condanna e consistenti in incapacità giuridiche. In giurisprudenza, Cass. pen. Sez. I, 30 ottobre 1992, n. 1290, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2081, gli effetti penali della condanna vanno individuati in tutte quelle conseguenze giuridiche di carattere afflittivo che conseguono alla condanna penale, o che, comunque, trovano nella condanna penale il loro indefettibile presupposto.

<sup>230</sup> Cass. pen. Sez. I, 29 aprile 2014, n. 52054, cit.

<sup>231</sup> S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, cit., pp. 1898 s.

materia di scioglimento del cumulo che, nel consentire l'applicazione del carcere duro anche laddove fosse stata espiata la porzione di pena relativa a un reato ostativo, ha evidentemente chiarito come la funzione dell'istituto fosse, principalmente, quella della prevenzione dei contatti con l'esterno e non quella di sanzionare un determinato reato<sup>232</sup>.

In ogni caso, quale che sia l'inquadramento dogmatico dell'istituto, va condiviso il rilievo di autorevole dottrina, secondo cui le restrizioni previste nei decreti sospensivi, ove divengano misure continuative o addirittura permanentemente caratterizzanti lo stato di detenzione, rappresenterebbero veri e propri ostacoli al processo rieducativo del condannato — che, in quanto valore costituzionale volto ad impedire la strumentalizzazione della persona, deve essere perseguito anche nei confronti dei più pericolosi detenuti per reati di criminalità organizzata —, acquisendo natura “inutilmente vessatoria” e “occultamente eliminativa”<sup>233</sup>.

Ne consegue che un'applicazione dell'istituto che rispetti le proprie finalità preventive preclude la protrazione dell'applicazione di tale norma indefinitamente, al di là di attuali, concrete e individuate situazioni di emergenza<sup>234</sup>, dal momento che l'unica ragione che consente la compressione delle normali regole di trattamento va rinvenuta nella sussistenza di un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

### **7. L'art. 41-bis ord. pen. e la funzione rieducativa. Un valore residuale?**

L'art 27, co. 3, Cost., come noto, sancisce in modo quanto mai evocativo che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 1898.

<sup>233</sup> M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., p. 145.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 145, ritiene che una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie impone di rispettare sempre la finalità retributiva della pena, espressa dall'art. 27, co. 1 Cost., e rieducativa, espressa dall'art. 27 co. 3 Cost.

E' evidente, dunque, l'esigenza dei padri costituenti di assicurare il rispetto della dignità umana anche durante l'esecuzione delle misure afflittive, e di riportare la persona al centro dei valori costituzionali pure se si tratta di soggetti resisi responsabili dei più gravi delitti.

Sebbene la Corte Costituzionale<sup>235</sup> abbia sin dal principio ritenuto la compatibilità dell'art. 41-*bis* con la funzione rieducativa della pena in quanto le attività trattamentali non rientrano tra quelle suscettibili di sospensione, l'apoditticità delle considerazioni della Consulta e un'interpretazione sistematica dell'istituto alla luce degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. pen., che tenga anche conto del suo concreto dispiegarsi nella realtà delle carceri italiane, rende lecito riflettere sulla effettiva tenuta dell'istituto ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

La questione si pone, del resto, non solo nel caso in cui si dovesse aderire alla tesi che sostiene la natura rigorosamente penale del regime detentivo speciale, ma anche laddove dovesse condividersi la diversa tesi, preferibile per le esposte ragioni<sup>236</sup>, che rinviene nell'istituto una misura di prevenzione. Se nel primo caso la relazione con la funzione rieducativa sarebbe diretta e immediata alla luce del dettato dell'art. 27, co. 3, Cost., nel secondo il rapporto, lungi dal venir meno, permarrebbe in modo indiretto stante l'idoneità del 41-*bis* a incidere su contenuto ed esecuzione della pena detentiva in senso stretto. Ci si chiede, in pratica, se una sanzione penale cui sia affiancata la misura del carcere duro, possa consentire ugualmente di intraprendere un percorso carcerario orientato al progressivo reinserimento sociale del condannato, nonostante l'impossibilità di applicare le misure alternative al carcere e gli altri benefici peniten-

---

<sup>235</sup> Cfr. Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351, cit.; Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

<sup>236</sup> cfr. Cap. I, parr. 6.2. ss.

ziari diversi dalla liberazione anticipata<sup>237</sup>, e nonostante le gravi limitazioni all'estrinsecazione della personalità individuale del detenuto ad esso conseguenti.

Questo profilo — che esorbita dai confini della presente indagine — si inserisce nell'annoso e complesso dibattito sulla funzione della pena, e, in particolare, di come si collochi in quest'ambito la rieducazione del condannato.

Limitandoci ai tratti essenziali, innanzitutto, non è chiaro cosa debba intendersi per “rieducazione”, dal momento che del medesimo concetto possono essere fornite interpretazioni ora più restrittive, ora più estensive<sup>238</sup>.

Secondo un'opinione che tende a “scarnificare” il principio rieducativo, con la nozione in esame si fa riferimento al *ravvedimento* del soggetto, ossia alla c.d. “emenda”, espressione con cui si allude alla modificazione dell'atteggiamento interiore del reo nei confronti dei beni tutelati dall'ordinamento giuridico<sup>239</sup>.

Secondo un'interpretazione più ampia, con l'espressione “rieducazione” si intende l'esigenza di garantire al detenuto un processo di *risocializzazione*, un percorso, cioè, volto alla prevenzione della recidiva attraverso la modifica

---

<sup>237</sup> In realtà, di recente la Corte di Cassazione ha affermato l'opposto principio per cui il 41-*bis*, in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4-*bis* con cui è stato affermato il carattere non assoluto della presunzione di persistenza della pericolosità sociale del condannato in assenza di collaborazione con la giustizia, sarebbe compatibile in astratto con la concessione dei permessi premio, per la fruizione dei quali il magistrato di sorveglianza dovrà svolgere una valutazione in concreto della condizione del detenuto. Cfr. Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 2020, n. 21946, in *Pluris*. Tale approdo giurisprudenziale non è tuttavia condivisibile, dal momento che, essendo il 41-*bis* istituzionalmente volto alla recisione dei legami con l'esterno, la concessione di un permesso premio, proprio in quanto proiettata verso l'esterno, sarebbe incompatibile con la funzione preventiva del regime detentivo speciale. Ciò si desume, *a contrario*, dalla considerazione per cui se sussistono i presupposti per concedere il permesso, il regime speciale non sarebbe più giustificabile e, pertanto, andrebbe revocato.

<sup>238</sup> Distinzione ripresa da E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1979, p. 471.

<sup>239</sup> G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 617, rileva le strette affinità fra un concetto di rieducazione arricchito di contenuti morali e il concetto di emenda, che viene assunta quale fine della pena retributiva. Per l'A., dunque, l'attribuzione di un fine prettamente retributivo alla pena consente di perseguire la rieducazione del reo così intesa.



della condotta esteriore del soggetto, così da consentirne il futuro reinserimento nella società<sup>240</sup>.

Tra le due opzioni ermeneutiche — sebbene non siano mancate definizioni intermedie<sup>241</sup> —, è certamente la seconda quella da preferire, dal momento che l'ordinamento giuridico non deve interessarsi della moralità e dell'interiorità del soggetto, quanto della tutela dei beni costituzionalmente tutelati, messi in pericolo dalla violazione dell'ordine giuridico precostituito per effetto della commissione di un fatto costituente reato. L'esecuzione penale non può essere, infatti, l'occasione per la manipolazione della personalità del condannato, da trasformare in una sorta di “cittadino modello”, né può spingersi fino ad obbligare l'interiorizzazione nei condannati dei precetti penali<sup>242</sup>. Inoltre, lo stesso ordinamento penitenziario — come si vedrà più avanti — propende per il

---

<sup>240</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, p. 466, osserva come la nozione di rieducazione debba essere intesa necessariamente come “recupero sociale”, “reinserimento sociale”, “risocializzazione”, dal momento che lo Stato non può prendersi cura della morale dei cittadini se non in forma indiretta e sociale appunto. G. ZUCCALA, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 68, sostiene, invece, che la rieducazione non è da intendersi quale opera materiale di bonifica umana o di recupero sociale del reo, ma essa sarebbe morale e sociale insieme, costituirebbe dunque opera di redenzione di cui l'individuo non è oggetto ma vero e proprio soggetto.

<sup>241</sup> P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 351, propende, infatti, per un'opzione ermeneutica più estensiva, senza tuttavia del tutto trascurare un coefficiente minimo di ravvedimento morale del reo. Secondo questa tesi, per rieducazione del condannato deve intendersi «un processo pedagogico e curativo suscettibile di modificare in senso socialmente adeguato la struttura psichica del condannato stesso, così da rendere favorevole la prognosi di un suo reinserimento nella società».

<sup>242</sup> E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato»*, cit., p. 472, osserva che solo entro tali limiti può essere riconosciuto allo Stato il diritto di rieducare il condannato. Il riconoscimento della pari dignità sociale di tutti i cittadini (e quindi anche di coloro che devono sottostare all'esecuzione di una pena), e il divieto di trattamenti inumani, sancito dallo stesso art. 27, co. 3, Cost., impongono limiti rigorosi, in prospettiva garantista, allo stesso principio della rieducazione. Ne consegue che l'adesione del condannato ai valori protetti dall'ordinamento può rappresentare solo un effetto accessorio ed eventuale dell'esecuzione della pena, non potendo, viceversa, integrarne la finalità essenziale. In senso analogo, G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 466 s., secondo cui l'opera di rieducazione in uno Stato e secondo le leggi di uno Stato va necessariamente considerata come opera demandata alla società stessa attraverso l'aiuto che questa deve offrire a chi è caduto nel delitto, dovendosi estendere anche a costoro l'impegno sociale di solidarietà fissato dalla Costituzione. Anche G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 10, pur aderendo alla tesi restrittiva dell'emenda, osserva come l'uomo è libero di fare il bene, ma è anche libero di orientarsi verso il male, salvo subirne le conseguenze. Nessuno, dunque, è autorizzato a penetrare nell'intimo della coscienza umana per cercare di imprimere un dato orientamento. Dall'unione tra emenda e libertà morale dell'uomo consegue la conclusione dell'A. per cui la funzione di rieducazione del condannato finisce per mettersi in contrasto con le fondamentali esigenze dello Stato di diritto in quanto verrebbe a vulnerare il principio della certezza della pena.

significato *de quo* riferendosi, in più parti, alla nozione di rieducazione come risocializzazione del condannato.

Ma esistono anche motivi di carattere sociale. Considerato, infatti, che il reato è frutto non solo di fattori legati alle caratteristiche e alle inclinazioni personali del reo, ma anche e soprattutto di fattori ambientali connessi al contesto in cui è collocabile il soggetto, la rieducazione rappresenta il modo da parte dello Stato di far fronte alla propria responsabilità per aver contribuito indirettamente alla commissione del reato a causa della mancata rimozione di quelle precondizioni sociali che hanno condizionato la personalità del reo nella realizzazione del delitto<sup>243</sup>. In questi termini, non può che parlarsi di *risocializzazione*.

Una volta chiarito il significato di “rieducazione”, è necessario verificare come si collochi il relativo concetto all’interno della funzione della pena: questione estremamente controversa.

---

<sup>243</sup> M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., pp. 141 s., partendo dal presupposto che il soggetto non si identifica nell’azione che compie ma la trascende, costituendo così un centro di dignità ineliminabile rispetto all’azione criminale, osserva che la funzione rieducativa della pena rappresenta l’offerta positiva che viene indicata al soggetto allo scopo di riacquistare a pieno la dimensione della relazionalità che il suo gesto illecito gli ha precluso. Il diritto penale non può quindi esaurirsi nella valutazione dell’atto compiuto, ma deve volgersi alla valutazione della causa personale dell’atto. Nello svolgere questa valutazione ci si accorgerà come l’azione umana è il frutto di una costante dialettica tra libertà e necessità. Ritenerne che l’uomo è libero dalla necessità vuol dire postulare la retribuzione, ma postulare la retribuzione, viceversa, non implica il disconoscimento dell’elemento della necessità, che condiziona l’agire umano alla luce dell’ambiente, dei precedenti, della miseria materiale, della fragilità fisica e psichica. Riconoscere, dunque, questa seconda componente consente di affiancare la finalità rieducativa alla ineliminabile funzione retributiva, dando alla persona gli strumenti per superare quelle forme di condizionamento che hanno contribuito alla libera scelta di commettere l’illecito. Siffatta linea di libertà rinvia ad una forma di responsabilità sociale: proprio perché la condotta è frutto anche di condizionamenti sociali, è dovere della società offrire a chi ha violato il precetto penale una *chance* ulteriore, ossia la possibilità di reintegrarsi dal contesto relazionale da cui si è volontariamente emarginato. Sulla corresponsabilità della società nella commissione del delitto, già G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 477; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO - F. STELLA, Bologna, 1980, p. 21. Secondo questi Autori, come ogni tempo e ogni società hanno la propria criminalità, alla stessa maniera il delinquente rappresenta, in qualche modo, la società per cui vive. Per tale motivo la migliore politica criminale viene ravvisata nella politica sociale, di cui il diritto penale rappresenta l’*extrema ratio*.

Partendo dal presupposto della corresponsabilità della società della causazione del delitto, F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale*, cit., pp. 72 s., distingue tra: una prevenzione generale sociale, il cui scopo è, appunto, quello di eliminare o attenuare le verosimili cause sociali della criminalità mediante attività di carattere legislativo, amministrativo, sociale e culturale, rendendo i cittadini partecipi convinti dei valori sociali su cui si fonda una determinata comunità e la sua legge penale; e una prevenzione generale penale, consistente nell’azione volta a distogliere la generalità dei consociati dal compiere reati mediante la minaccia di una pena, che funge da contromotivo rispetto al motivo criminoso.

In dottrina, a coloro che ritenevano l'idea della prevenzione generale prevalente su quella del trattamento<sup>244</sup>, che avrebbe dovuto essere relegata invece alla fase dell'esecuzione della pena<sup>245</sup>, si affiancavano, da un lato, coloro che attribuivano il primato alla funzione retributiva della sanzione penale, dal momento che generalprevenzione e specialprevenzione venivano accusate di fare dell'uomo un oggetto pieghevole alle finalità della società statale<sup>246</sup>, e, dall'altro, coloro che rinvenivano nella rieducazione un momento irrinunciabile della pena, e pertanto cercavano di rispondere a tutte le obiezioni che a tale principio erano state formulate<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> M. ROMANO - F. STELLA, *Introduzione*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., pp. 7 ss. individuano nella prevenzione generale, rispetto alle altre funzioni della pena, i seguenti vantaggi: si rivolge alla generalità di consociati; ricerca nell'opera di dissuasione la soluzione al problema criminale; la tutela dei beni giuridici viene assicurata con l'osservanza delle norme e non con l'irrogazione della sanzione.

<sup>245</sup> J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 39, osserva come la funzione generalpreventiva possa rinvenirsi in tutte le fasi della pena, compresa quella dell'esecuzione, attraverso la predisposizione di un sistema penale non troppo confortevole, dove il lavoro non si svolge in condizioni simili a quelle del lavoro libero.

<sup>246</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, p. 725; ID., *Il mito della rieducazione*, cit., p. 13, secondo cui un moderno Stato di diritto deve poter esplicitare una funzione nel campo penale, ma non rispetto alla pena che fa riferimento a delle individualità umane formate che operano sul piano sociale responsabilmente vuoi in termini positivi vuoi negativamente. Ne consegue che ogni limitazione alla libertà dell'individuo suonerebbe come offesa grave ai valori fondamentali dello Stato di diritto. Diversamente, in nome di una esigenza sociale verrebbero slabbrati i limiti entro i quali uno Stato deve operare se vuole essere garante di sicurezza giuridica. Anche G. ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato*, cit., pp. 61 ss., riconosce alla pena finalità essenzialmente retributiva, a differenza delle misure di sicurezza cui può essere riconosciuta, viceversa, finalità essenzialmente specialpreventiva. La pena troverebbe infatti la propria ragione giustificatrice nel reato e sarebbe esclusivamente risposta ad esso. L'A., tuttavia, non nega che la pena, retributiva per essenza, possa tendere al recupero morale e sociale del reo. Tale finalità, però, non può essere costante ma solo eventuale. Anche secondo A. QUINTANO RIPOLLÈS, *Rieducazione e retribuzione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 143 ss., attribuisce alla pena essenziale finalità retributiva, ammettendo però che essa possa svolgere finalità diverse e secondarie, individuando i limiti della funzione rieducativa rispetto a personalità refrattarie a tale processo, o a forme di criminalità che hanno a che vedere poco o nulla con l'educazione morale o intellettuale.

<sup>247</sup> V. SOLNAR, *La rieducazione del condannato nel diritto penale*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 305 ss., secondo cui l'azione rieducativa va svolta, innanzitutto, in corso di giudizio, mediante il rispetto di tutte le garanzie processuali, affinché il reo possa percepire come giusta l'eventuale sentenza di condanna, e le stesse modalità di assunzione delle prove, durante la fase istruttoria, devono garantire il più sicuro accertamento della verità. Secondo l'A., poi, anche il rispetto del principio di proporzionalità consente di perseguire una finalità rieducativa, dal momento che una pena troppo grave è vista dal reo come ingiusta punizione. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., 437 ss., contesta tutte le tesi contrarie all'ideale retributivo di stampo scettico, politico-criminale, pessimistico e delegittimizzante, bollando tali opinioni ora come sprovviste di prove (la prima e la seconda), ora come espressione di determinate posizioni politiche (la terza) ora come infondate (la quarta), dal momento che, sebbene l'A. condivida l'idea per cui non può darsi luogo ad una rieducazione forzata, lo Stato può ben farsi trasmettitore di certi valori antagonisti alle manifestazioni delittuose. L'A., poi, riconosce un momento rieducativo in tutte le fasi della pena.

Da ciò emerge come l'ideale rieducativo abbia sempre rappresentato argomento centrale della teoria delle funzioni della pena: pur non essendo da tutti vista come funzione primaria, cionondimeno la risocializzazione è sempre rimasta costantemente presente, anche se come funzione secondaria o meramente accidentale, in tutte le teorie formulate successivamente all'introduzione dell'art. 27, co. 3, Cost.<sup>248</sup>.

A queste impostazioni teoriche si contrapponeva, poi, la visione fornita dalla Corte Costituzionale, la quale tendeva a ricomporre il dibattito assegnando alla pena, forse in modo pilatesco e riduttivo del significato fortemente innovativo dell'art. 27 Cost., una natura polifunzionale, che vedeva la rieducazione del condannato, pur nell'importanza che il principio assume in virtù della sua copertura costituzionale, quale mera componente del trattamento penale vero e proprio, suscettibile anche di rimanere eventualmente pretermessa laddove prevalessse l'esigenza di garantire il perseguimento delle altre funzioni che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela della collettività e dell'ordine pubblico<sup>249</sup>.

La lettura della Consulta ha però il pregio di prendere in considerazione tutte le funzioni della pena e di adattarsi a ciascuna delle sue fasi. In linea con una parte della dottrina, la pena può essere vista, infatti, in tre distinti momenti: quello legislativo, quello applicativo e quello esecutivo. Nel primo momento, ruolo centrale sarà svolto dalla funzione generalpreventiva, in quanto, con la

---

<sup>248</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., pp. 443 ss. *Contra*, A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, pp. 205 ss., invece, condanna l'intera istituzione carceraria, pervenendo ad una vera e propria delegittimazione della stessa funzione rieducativa, dal momento che il carcere svolgerebbe esclusivamente una funzione di emarginazione e stigmatizzazione del detenuto. Alla base della concezione dell'A. vi è la critica del diritto penale come espressione degli interessi della classe dominante all'interno di una società capitalista, in cui il processo di criminalizzazione riflette l'interesse di questa di proteggere i propri interessi economici a svantaggio delle classi subalterne. Ciò sarebbe dimostrato dal maggiore rilievo che i crimini contro il patrimonio rivestono all'interno del codice, rispetto alla criminalità politica, economica e ambientale, così come dalla conseguente presenza, all'interno delle carceri, quasi esclusivamente di rappresentanti delle classi proletarie. L'A. critica, dunque, l'ideale rieducativo in quanto conforme agli interessi della classe dominante, che tende così a mantenere una divisione artificiale tra classi. Si tratta, dunque, anche qui di una posizione non assoluta, ma fortemente relativizzata dalla situazione sociale, ammettendosi un processo rieducativo qualora questo fosse in grado di limitare le conseguenze che l'istituzione carceraria ha sulla divisione artificiale della classe,

<sup>249</sup> Corte Cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 999.

formulazione del precetto legislativo, diventa fondamentale inviare un segnale alla generalità dei consociati di astenersi dal compimento di condotte che possano ledere interessi penalmente rilevanti<sup>250</sup>. Nel momento applicativo essenziale sarà la funzione retributiva, e ciò perché il giudice deve applicare la sanzione penale in modo proporzionale alla gravità del fatto e alla colpevolezza del reo, tenuto conto dei parametri di cui all'art. 133 c.p., e ciò affinché, per un verso, il condannato non divenga capro espiatorio e, per altro verso, non si applichi una sanzione in funzione del solo recupero sociale del reo. In quest'ultimo caso, infatti, l'entità della sanzione dipenderebbe unicamente dal livello di inserimento sociale del soggetto e non dalla gravità del fatto, ponendosi in evidente antitesi con principi fondamentali del diritto penale, come quello di materialità e proporzionalità. In fase esecutiva, infine, dovrà essere prediletta la funzione rieducativa, così da evitare che la concreta attuazione della pena possa svolgere effetti desocializzanti, e favorire, invece, il progressivo reinserimento sociale del reo<sup>251</sup>.

Invero, nonostante l'individuazione della fase esecutiva quale momento di migliore estrinsecazione della funzione rieducativa, possono riconoscersi istanze di risocializzazione anche negli altri momenti: nella fase legislativa, infatti, il principio in esame precluderebbe quelle scelte legislative che possano porsi con esso in contrasto, e così impedire la configurazione di sanzioni penali e modalità esecutive che non potrebbero, per la loro essenza, perseguire l'ideale rieducativo. Nel momento applicativo, poi, il giudice ha a disposizione un'ampia gamma di strumenti volti (almeno virtualmente) a garantire la rieducazione del reo: la sospensione condizionale della pena, la semidetenzione, l'affidamento in prova, la semilibertà, la liberazione anticipata, ossia tutti quegli

---

<sup>250</sup> F. STELLA, *Il problema della prevenzione*, cit., p. 22, osserva come alla prevenzione generale non possa essere assegnato il significato di mera intimidazione della generalità di consociati. Al contrario, la severa maestà del magistero punitivo serve, altresì, ad imprimere nella coscienza del consociato un codice morale, così stigmatizzando la condotta riprovevole. In tal senso, già J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 269 ss., tende a distinguere gli effetti generalpreventivi in effetti intimidatori, effetti di moralizzazione, effetti di orientamento sociale attraverso la creazione di abitudini.

<sup>251</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 760 s.

strumenti che possono ridurre o evitare *tout court* il peso di una detenzione di per sé poco compatibile con un percorso di risocializzazione<sup>252</sup>.

Questo consente una lettura della teoria polifunzionale diversa da quella offerta dalla Consulta, volta, piuttosto che alla delimitazione della portata innovativa dell'art. 27, co. 3, Cost., alla sua valorizzazione.

Se la funzione rieducativa diventa, dunque, momento irrinunciabile della pena, ai fini della costituzionalità del trattamento sanzionatorio, non sarà possibile prescindere dalla stessa, e ciò indipendentemente dalla concreta risocializzabilità del destinatario<sup>253</sup>. Se, infatti, le esigenze trattamentali possono essere temperate per effetto della prevalenza delle altre funzioni, ciò non può mai significare totale pretermissione delle prime in favore delle seconde<sup>254</sup>, nemmeno in presenza di situazioni di particolare emergenza e di tutela della sicurezza in carcere.

---

<sup>252</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., pp. 470 s. F. STELLA, *Il problema della prevenzione*, cit., p. 24, J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia*, cit., pp. 33 ss., individuano, invece, un momento di prevenzione generale in tutte e tre le fasi della pena. Nessun dubbio nella fase della minaccia, in quanto, nel momento in cui viene posta la norma la pena può essere giustificata prevalentemente da una finalità general-preventiva. L'irrogazione della sanzione serve, poi, a rinforzare la minaccia legislativa, in assenza della quale quest'ultima rimarrebbe completamente vanificata. Nella fase di esecuzione, infine, la pena non può essere privata del suo carattere di afflittività altrimenti la minaccia perderebbe ogni efficacia general-preventiva. E', invece, nella fase di commisurazione della pena che non dovrebbe trovar spazio la funzione general-preventiva, dal momento che bisogna, da un lato, salvaguardare la fiducia che i consociati riversano nell'ordinamento, e, dall'altro, impedire che l'uomo non venga ridotto a strumento per l'intimidazione dei consociati.

<sup>253</sup> Spesso si ritiene, viceversa, che molti soggetti non siano passibili di rieducazione, o perché già perfettamente inseriti nel contesto sociale, come nel caso dei cc.dd. *white collars crimes*, o perché, al contrario, totalmente refrattari a qualsivoglia tentativo di risocializzazione per aver manifestato una particolare attitudine alla criminalità, ad es. i delinquenti professionali, abituali o per tendenza e gli incorreggibili, o perché è stato commesso un delitto colposo, e dunque non intenzionalmente. In tal senso cfr. P. J. DA COSTA, *La rieducazione del condannato*, in *Sulla rieducazione del condannato*, cit., p. 118; G. GUARNERI, *Attualità e prospettive*, cit., p. 278. A. BERISTAIN S. I., *La reeducacion del condenado*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 342, invece, adotta una visione intermedia. L'A. ammette l'esistenza di delinquenti incorreggibili, nei confronti dei quali la pena non potrebbe realizzare alcun fine rieducativo. Tuttavia questi ritiene che, non essendo preventivabile con metodo scientifico quale soggetto possa essere considerato rieducabile e quale no, l'opzione rieducativa deve necessariamente e inevitabilmente coinvolgere tutti.

<sup>254</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 473, osserva come nessun soggetto possa essere escluso dall'applicazione del principio rieducativo: non i condannati a pene brevi, perché anche per loro scatta il meccanismo dell'affidamento in prova; non i condannati all'ergastolo, perché anche per essi è possibile, dopo una lunga espiazione, la liberazione condizionale; non i delinquenti abituali, professionali o per tendenza, in quanto passibili di liberazione condizionale; non gli autori di gravi ed efferati delitti perché passibili di liberazione condizionale e di liberazione anticipata; non i condannati trasferiti in carceri di massima sicurezza, o quelli cui viene applicato l'art. 90 dell'ord. pen. (l'antesignano del moderno art. 41-bis) perché si tratta di misure transitorie comunque compatibili con l'applicazione degli istituti caratteristici del trattamento rieducativo.

E' la medesima formulazione della norma costituzionale, nel sancire un imperativo categorico attenuato dall'utilizzo del verbo "tendere", a chiarire la portata del principio in parola. La pena deve sempre porre le condizioni per la rieducazione del condannato, senza, con ciò, necessariamente imporla. La "tensione" alla rieducazione non significa eventualità del *trattamento* risocializzante, ma significa, invece, eventualità dell'*esito* di risocializzazione, laddove siano stati comunque predisposti gli strumenti più idonei a favorire il reinserimento del reo. Questo effetto, evidentemente, non può essere coatto, e può anche non intervenire, purché ciò dipenda dalla libera scelta del detenuto di radicamento nel proprio ideale antisociale e non dalla inidoneità della pena allo scopo<sup>255</sup>.

### **7.1. *Segue.* Esigui spazi di compatibilità tra art. 41-bis e funzione rieducativa della pena.**

Appurato come l'ideale rieducativo debba essere garantito a chiunque e debba caratterizzare, con maggiore o minore intensità, tutti i momenti della pena, va a questo punto vagliata la tenuta costituzionale dell'art. 41-bis ord. pen. in relazione all'art. 27, co. 3, Cost.

In primo luogo, non può sottacersi come l'ordinamento penitenziario sia costellato di norme che richiamano l'ideale rieducativo. In particolare, l'art. 1,

---

<sup>255</sup> L'ideale rieducativo, imprescindibile sotto il profilo teorico, deve essere inserito all'interno della realtà carceraria, che, a causa dei suoi problemi endemici, ne rende più difficoltosa la realizzazione. Al riguardo, M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena*, cit., p. 1298, mette a nudo le tare attuali del sistema carcerario, che inevitabilmente si riverberano sulla realizzabilità delle funzioni della pena. Queste problematiche sono: la centralità assoluta nel dibattito pubblico di una sola parte della popolazione carceraria, quella imputata o detenuta per reati di criminalità organizzata, che, però, rappresenta meno di un quinto del totale; l'affollamento delle carceri, questione che acquisirà nuovamente rilevanza sia per un nuovo *trend* in aumento, sia alla luce della recente sentenza delle SS.UU. del 24 settembre 2020, che ha escluso dal computo dello spazio minimo di tre metri quadrati, gli arredi tendenzialmente fissi al suolo; il tempo trascorso in carcere qualitativamente scarso, caratterizzato per l'assenza di esperienze significative e per la sua ciclicità. Gli antidoti prospettati dall'A. alla crescente obsolescenza del carcere (rispetto alla sua funzione ma non rispetto alla sua diffusione), sono: una più frequente applicazione di misure alternative alla detenzione, ancora viste come attenuazione dell'afflittività della sanzione piuttosto che come tappa di ritorno al contesto sociale esterno; un accompagnamento graduale al ritorno in libertà (ossia, progressività del trattamento carcerario); una migliore gestione del tempo in carcere, da arricchire con esperienze che non rappresentino mero intrattenimento del detenuto, ma coinvolgimento in attività stimolanti più vicine a quelle del mondo esterno.

co. 5 dispone che «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi». Analogamente, l'art. 1, co. 2 del Regolamento penitenziario (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), sancisce che «Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale».

Tuttavia, nonostante tali affermazioni di principio, nei confronti di determinate categorie di condannati<sup>256</sup>, e in particolare coloro che hanno commesso delitti di stampo terroristico o delitti associativi di tipo mafioso, viene disposto, ai sensi dell'art. 4-*bis* ord. pen., il divieto di concessione dei benefici penitenziari (come l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione — tranne la liberazione anticipata —), a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* della medesima legge e non siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di col-

---

<sup>256</sup> V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, pp. 173 ss., osserva come l'ideale rieducativo sia entrato in crisi per effetto del diffondersi del mito securitario. In particolare, l'A. afferma che l'atmosfera culturale, politica e sociale dominante a livello internazionale rappresenta un «ingombrante macigno sul cammino che conduce ad una più effettiva e meno declamatoria affermazione di tale scopo della pena». In un'epoca caratterizzata da un sentimento di paura diffuso si afferma l'ossessione per la sicurezza e l'intolleranza di qualsivoglia smagliatura nell'offerta di sicurezza attesa, con la conseguenza che la paura diviene essa stessa strategia di azione politica ed elemento costitutivo del potere. Si passa così ad una politica della paura che enfatizza talune minacce e le trasforma in emergenze. Tra queste, la più rilevante è sicuramente la paura della criminalità, con la conseguenza che il modo più agevole per conseguire consenso politico è diventato quello di adottare un atteggiamento inflessibile contro il crimine. Da qui il c.d. «populismo penale», ossia una strategia comunicativa in grado di soddisfare i bisogni comunitari di sicurezza e il loro sistema valoriale tendenzialmente escludente, cui fa da *pendant* una trasformazione rudemente concreta del modello di giustizia criminale. Ne discende la dilatazione e l'inasprimento del sistema penale, la riesumazione del diritto penale della pericolosità, e la inevitabile compressione dell'obiettivo della rieducazione a favore della filosofia precauzionale, della neutralizzazione dei rei ritenuti altamente pericolosi o incorreggibili.

Queste osservazioni dell'A. si adattano bene al discorso in esame, dal momento che, le esigenze securitarie connesse alla legislazione di emergenza che ha dato vita al 41-*bis* in una stagione politico-sociale molto delicata, i cc.dd. anni di piombo, hanno dato luogo a istituti giuridici che prediligono l'esigenza di neutralizzazione del reo piuttosto che quella di rieducazione, lasciata sullo sfondo se non del tutto obliterata. E' così che determinate categorie di condannati, per effetto del sentimento di paura e dell'esigenza di una risposta politica ad un problema sociale molto pressante come quello della strategia stragista posto in essere della criminalità mafiosa, vengono trattate in modo peggiore rispetto alla generalità dei detenuti, proprio in virtù delle citate esigenze precauzionali e di neutralizzazione.



legamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ovvero l'attività collaborativa venga considerata inutile o si dimostri irrilevante. Spesso, al divieto di concessione di benefici, vista l'identità dei presupposti soggettivi (ossia essere detenuto o internato per alcuno dei delitti indicati nel primo periodo, primo comma dell'art. 4-*bis*), si affianca, altresì, l'adozione di tutte quelle misure necessarie a limitare i contatti con l'esterno, tra cui la riduzione dei colloqui con i familiari, la censura della corrispondenza, la diminuzione della permanenza all'aperto, conseguenti all'applicazione dell'art. 41-*bis* ord. pen.

Può un trattamento penitenziario caratterizzato dal divieto di concessione di benefici e dalla sospensione di numerose regole che ne consentono la proiezione verso l'esterno essere orientato alla rieducazione?

Invero, la Corte Costituzionale ha ritenuto l'art. 4-*bis* coerente con l'art. 27, co. 3, Cost., e ciò grazie alla valorizzazione della possibilità di applicare l'istituto della liberazione anticipata<sup>257</sup> e della collaborazione con la giustizia, scelta che consentirebbe al reo di fruire dei benefici penitenziari<sup>258</sup>.

Anche l'art. 41-*bis* è stato ritenuto, sin dalle note sentenze n. 349/1993 e n. 351/1996, rispettoso della funzione rieducativa, giacché, secondo la i giudici della Consulta, le singole misure e il loro complesso non devono essere tali da vanificare del tutto quella finalità. Tra l'altro, anche per il trattamento penitenziario differenziato valgono le medesime considerazioni svolte per il 4-*bis* con riferimento alla collaborazione giudiziale che, costituendo un chiaro indice di

---

<sup>257</sup> In senso analogo, la Corte Costituzionale, con sentenza 264/1984, aveva ritenuto compatibile con il principio rieducativo la pena dell'ergastolo in quanto, anch'essa, poteva essere estesa la liberazione condizionale. In tal senso, cfr. P. PITTARO - M. GIALUZ, *Sub art. 27 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di R. BIN - S. BARTOLE, Padova, 2008, pp. 284 s.

<sup>258</sup> Corte Cost., 8 luglio 1993, n. 306, in *Cass. pen.*, 1994, p. 837, ai sensi della quale, al riguardo: «L'inciso "fatta eccezione per la liberazione anticipata" introdotto con la legge di conversione n. 356 del 1992 nel testo dell'impugnato art. 4-*bis* del D.L. n. 306 del 1992, primo comma, prima parte, (disciplinante le modalità di concessione dei benefici penitenziari), è volto ad escludere l'applicabilità alla liberazione anticipata della limitazione (in esso contenuta) consistente nella non concedibilità dei benefici penitenziari ai condannati che non collaborano con la giustizia; tale interpretazione, condivisa dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale, oltre ad emergere dal dato letterale della disposizione, risulta anche dai lavori preparatori contrassegnati univocamente dall'intento di mitigare il rigore della norma originaria del decreto legge. Cadono perciò le censure di incostituzionalità in quanto fondate sull'erroneo presupposto interpretativo che la liberazione anticipata non sarebbe concedibile neanche ai condannati che offrono collaborazione con la giustizia».

dissociazione, rappresenta la strada maestra per evitarne l'applicazione o la rinnovazione.

Se, in effetti, la liberazione anticipata può rappresentare una speranza per il detenuto tale da indurlo a seguire un percorso di riacquisizione dei valori sociali, poco convincente appare però la posizione della Corte in merito alla collaborazione giudiziale, istituto non sempre in linea con l'ideale rieducativo. E' possibile distinguere, infatti, tra collaborazione precedente alla sentenza definitiva di condanna da quella intervenuta in fase di esecuzione della pena, ove maggiori sono i rischi di scelte meramente utilitaristiche e del tutto disancorate da una reale volontà di emenda. Inoltre, se può essere ragionevole attribuire una valenza premiale a chi presti una collaborazione efficace, non altrettanto ragionevole pare, al contrario, l'applicazione di un *handicap* sanzionatorio a chi ritenga di non perseguire tale via<sup>259</sup>, costituito da un trattamento penitenziario ben più rigoroso.

In realtà, la collaborazione giudiziale appare coerente con la funzione rieducativa solo quando, appuratane la genuinità, ci si limiti a prevedere esclusivamente un momento di premialità nella commisurazione e nelle modalità esecutive della pena. Essa presta il fianco a dubbi di costituzionalità, invece, quando si frantuma «il rapporto di proporzionalità fra la gravità del reato e la conseguenza sanzionatoria». La funzione retributiva e la stessa funzione rieducativa verrebbero, infatti, del tutto eluse e pretermesse qualora l'esigenza premiale si spingesse al punto di neutralizzare del tutto l'effetto essenzialmente punitivo della sanzione penale, o, al contrario, si sanzionasse gravemente la scelta negativa, poiché fa apparire la pena come ingiusta<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., p. 143.

<sup>260</sup> *Ibidem*, pp. 142 s., osserva in modo disincantato come solo un "bolso moralismo", tale da confondere il diritto con la morale, potrebbe indurre ad attribuire ai comportamenti collaborativi un valore redentivo di portata quasi integralmente liberatoria.

Laddove si consideri, dunque, che la collaborazione processuale si manifesta come indispensabile, se non unico<sup>261</sup>, presupposto per ottenere la revoca del trattamento penitenziario differenziato, e così accedere a quello ordinario, emergono alcuni profili di attrito con la funzione rieducativa della pena, giacché si finisce con il coartare la libertà di coscienza del condannato<sup>262</sup> e con lo strumentalizzare la persona in vista di un fine eteronomo, ossia una funzione puramente general-preventiva di lotta contro la devianza terroristica e mafiosa.

Nè può affermarsi che la mancata collaborazione rivelerebbe il radicamento del detenuto nella scelta criminale. Le ragioni che spingono a non collaborare possono essere le più variegate, così come, viceversa, quelle che spin-

---

<sup>261</sup> L'applicazione del 41-*bis* è subordinata, infatti, alla prova della capacità di collegamento con l'organizzazione di origine, prova molto semplice da fornire a fronte di una presunzione di permanenza del vincolo associativo anche in costanza di detenzione. La prova contraria potrà essere data, pertanto, solo in presenza di inequivocabili elementi di segno contrario, idonei a dimostrare la rescissione definitiva di tali legami. Non essendo sufficiente, a tal fine, il mero pentimento del reo, l'unico comportamento che la magistratura di sorveglianza valuta positivamente in sede di reclamo avverso il provvedimento di prima applicazione o rinnovazione del 41-*bis*, oltre quello della disgregazione del gruppo mafioso di riferimento, è la collaborazione con la giustizia.

<sup>262</sup> L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante»*, cit., p. 1223.

gono a collaborare, tra cui, *in primis*, ragioni di mero tornaconto personale e non certo di abbandono delle logiche criminali<sup>263</sup>.

Ne consegue, pertanto, la incrinazione del principio rieducativo tutte le volte in cui si ricollegli un effetto negativo ad una scelta potenzialmente neutra in vista del perseguimento di una funzione di politica criminale<sup>264</sup>.

Anche il concreto esplicarsi del 41-*bis* risulta, infine, difficilmente compatibile con l'art. 27, co. 3, Cost.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che il regime speciale «non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee a impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministe-

---

<sup>263</sup> Viola c. Italia (n. 2), n. 77633/16, Corte Edu 2019, ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU, ossia del divieto di trattamenti inumani e degradanti, nei confronti di un detenuto a regime di 41-*bis*, condannato alla pena dell'ergastolo ostativo di cui al combinato disposto ex artt. 22 c.p., 4-*bis* e 58-*ter* ord. pen., in quanto, considerata l'impossibilità di fruire dei benefici ex art. 4-*bis* e considerata la ristrettissima possibilità di liberazione anticipata e di revisione del processo, la misura sanzionatoria è stata considerata "*irreducible*". La Corte ha osservato, in particolare, che la possibilità di fruire della liberazione anticipata e delle modalità alternative alla detenzione, sebbene previste dall'ordinamento, fosse condizionata alla scelta del detenuto di collaborare con la giustizia. La Corte ha dunque manifestato seri dubbi sulla possibilità di far discendere una presunzione di pericolosità sociale dalla mera opzione non collaborativa, potendo essere la decisione determinata da motivi diversi dalla volontà di mantenere i contatti con l'organizzazione criminale di riferimento, e la scelta contraria potrebbe avvenire nonostante il persistere dei legami associativi. Nel caso di specie, in effetti, la scelta non collaborativa del Viola era stata determinata dalla paura di ritorsioni oltre che dall'intima convinzione di essere innocente. La Corte ha ritenuto dunque che tale situazione non fosse il frutto di una decisione libera e deliberata, e che non riflettesse sempre la scelta del detenuto di recidere i contatti con l'organizzazione criminale di riferimento. Queste considerazioni si riflettono, a dire della Corte, anche sul processo rieducativo del condannato: questi potrebbe, infatti, collaborare senza andare incontro ad alcun processo riabilitativo, così come potrebbe aver perseguito un'adeguata rieducazione nel caso contrario, come successo al ricorrente, nei confronti del quale erano stati formulati giudizi positivi sulla condotta carceraria tenuta. Poiché, dunque, le possibilità di contatto con la società, pur previste dall'ordinamento penitenziario, non erano state garantite al detenuto per effetto del particolare regime cui era sottoposto, e poiché la mancanza di cooperazione da parte degli organi giudiziari aveva dato luogo ad una sostanziale e inconfutabile presunzione di pericolosità sociale del ricorrente, la Corte ha concluso affermando che sarebbe incompatibile con la dignità umana privare una persona della libertà personale senza concedergli una possibilità di riottenere quella libertà in futuro, come nel caso dell'ergastolo ostativo, da qui la violazione dell'art. 3 CEDU.

<sup>264</sup> M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., p. 143.

riale tende ad evitare». Inoltre, ad avviso della Corte «l'applicazione dell'art. 41-*bis* non può dunque equivalere [...] a riconoscere una categoria di detenuti che sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di risocializzazione»<sup>265</sup>. Nondimeno, la programmabilità e perseguibilità di un adeguato piano trattamentale si scontra sia con le forti limitazioni all'estrinsecazione della personalità individuale che la misura impone<sup>266</sup>, sia con la grave carenza, soprattutto nelle sezioni speciali, di operatori dell'area giuridico-pedagogica<sup>267</sup>. Al riguardo si registra, in particolare, l'assoluta rarità di colloqui con personale qualificato e, laddove presenti, del tutto svincolati da piani effettivi di costruzione di un percorso di reinserimento, al punto da far apparire le sezioni speciali di detenzione come territori totalmente affrancati da una logica programmatica, essenziale ai fini del rispetto dell'art. 27, co. 3, Cost.<sup>268</sup>.

Si è visto, però, come il principio di rieducazione sia elastico, in quanto suscettibile di maggiore compressione o estensione a seconda delle caratteristiche del reo (che può essere più o meno predisposto ad essere risocializzato) e delle esigenze di ordine e sicurezza del caso concreto (che può presentare un maggiore o minore pericolo per la collettività). In astratto, pertanto, è possibile concordare con la posizione manifestata dalla Corte Costituzionale dal momento che, in presenza di pressanti esigenze di sicurezza pubblica conseguenti a gravi forme di manifestazione della criminalità organizzata, possono prevalere le funzioni di prevenzione e neutralizzazione al punto da limitare fortemente, senza mai escludere del tutto, alcuni rilevanti diritti della persona (come nel caso dei diritti alla libertà, alla corrispondenza, alla salute). Queste limitazioni sarebbero costituzionalmente legittime solo se inserite in un contesto di partico-

---

<sup>265</sup> Corte Cost., 26 novembre 1997 n. 376, cit.

<sup>266</sup> Si pensi all'interpretazione particolarmente restrittiva che, sino al Decreto del Ministro della giustizia del 5 ottobre 2017, era stata data della nozione di permanenza all'aperto: sino a tale momento, infatti, le due ore da trascorrere all'aperto si ritenevano comprensive non solo della c.d. ora d'aria, ma anche delle attività da svolgere nelle sale di biblioteca, palestra ecc.

<sup>267</sup> Garante dei diritti dei detenuti, Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario (2016-2018), p. 20, che definisce la presenza del personale giuridico-pedagogico nelle sezioni 41-*bis*, «spesso del tutto aleatoria».

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 20.

lare allarme sociale, di pericolo per la sicurezza pubblica e per l'ordine interno all'istituto carcerario, nonché di eccezionale pericolosità sociale del detenuto.

Tuttavia, allorché queste limitazioni, in ipotesi legittime, si dovessero accompagnare anche a una disciplina che subordina la concessione dei benefici penitenziari alla pura e semplice scelta collaborativa, senza un reale vaglio di pericolosità del soggetto e delle ragioni che hanno indotto a collaborare con la giustizia, e che determina un'evidente coartazione della libertà di scelta del detenuto, il principio di rieducazione del condannato rischia, inevitabilmente, di uscirne compromesso. A quale risocializzazione può andare incontro un soggetto che, responsabile di crimini particolarmente gravi ed efferati, solo per aver scelto di collaborare con la giustizia, dovesse subire una sanzione ben inferiore alla propria responsabilità? Allo stesso modo, quale rieducazione potrà essere garantita a colui che si vede ricollegare una sanzione caratterizzata da modalità esecutive particolarmente alienanti e penalizzanti, solo per non aver scelto di intraprendere il medesimo percorso?

A ciò si aggiunga che eventuali residui spazi in cui potrebbero conservarsi pulsioni rieducative vengono totalmente annichiliti dalla mancata predisposizione di percorsi trattamentali *ad hoc* nei confronti dei detenuti a regime speciale.

Infine, diventa essenziale, affinché la tensione del principio rieducativo — determinata dalle limitazioni imposte dal 41-*bis* alla risocializzabilità del detenuto — non pervenga a vera e propria rottura, che limitazioni siffatte vengano applicate per il tempo necessario a tutelare l'ordine e la sicurezza interne alla vita degli istituti e a impedire collegamenti con l'esterno. Laddove, viceversa, a causa della diffusa prassi di reiterazione quasi automatica della misura al suo scadere<sup>269</sup>, diventasse un istituto “ordinario” o addirittura perma-

---

<sup>269</sup> Fino alla riforma del 2009, infatti, era previsto un requisito negativo di accertamento dei presupposti ai fini della proroga che dava luogo ad un'evidente inversione dell'onere della prova a carico del detenuto. Dopo il 2009, pur essendo stato previsto un chiaro onere positivo a carico dell'Amministrazione penitenziaria, non è mancato chi ritenesse che fosse rimasta, sul punto, una presunzione di persistenza di collegamenti tra detenuto e organizzazione di provenienza. Al riguardo, cfr. L. CESARIS, *Sub art. 41 bis o.p.*, cit., p. 471.

nentemente caratterizzante lo stato di detenzione di determinate categorie di detenuti, esso costituirebbe un vero e proprio ostacolo al processo rieducativo, a causa della sua natura inutilmente vessatoria ed occultamente eliminativa<sup>270</sup>.

Si pone dunque l'esigenza di un'applicazione misurata dell'istituto in esame, sulla base di provvedimenti ministeriali impositivi adeguatamente motivati, e di provvedimenti di proroga ancor meglio motivati, così da impedire quelle prassi volte a procrastinare in modo automatico un regime carcerario particolarmente duro e alienante. Se in astratto il regime può essere considerato compatibile con l'art. 27, co. 3, Cost. (salve le criticità in merito alla disciplina sulla collaborazione con la giustizia), nel concreto esplicarsi del carcere duro potrebbe rinvenirsi un punto di rottura con il dettato costituzionale.

### **8. L'art. 41-bis ord. pen. come espressione di un diritto penale del nemico?**

Come noto, il diritto penale, quando si prefigge di offrire una risposta a fenomeni criminali dall'elevato allarme e disvalore sociale, tende a privilegiare la sua funzione efficientista e a limitare la componente garantista e di giustizia<sup>271</sup>, fino ad assumere caratteri di oppressione, conservazione, discriminazione<sup>272</sup>.

Di fronte a particolari emergenze, il diritto penale predilige sovente risposte di tipo simbolico<sup>273</sup>, volte da un lato a reprimere la sete di giustizia popolare e dall'altro a mandare un segnale di forza da parte dell'amminis-

---

<sup>270</sup> M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., p. 145.

<sup>271</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995, p. 1, osserva come si sia consolidato a livello legislativo un *habitus* di tipo emergenziale collegato alla lotta contro gravi e diffuse forme di criminalità che non può che destare preoccupazione in ordine alla difesa dei diritti dell'individuo. G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325, afferma come il diritto penale del nemico esige una condanna senza riserva del fenomeno preso di mira, non mettendo in conto l'assoluzione dell'accusato, se non come conseguenza di una resa o di una collaborazione.

<sup>272</sup> F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 471.

<sup>273</sup> S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 491 ss.

trazione pubblica<sup>274</sup>, con conseguente, inevitabile, compressione dei principi fondamentali della materia penale, come quelli di legalità, di materialità, di necessaria offensività e, come già osservato nel paragrafo che precede, della funzione rieducativa della pena. La soglia di tutela arretra alla punizione di atti meramente prodromici rispetto alla lesione del bene giuridico di riferimento e la pena assume una funzione essenzialmente preventiva e neutralizzante del pericolo, con conseguente rischio di punire il reo non per ciò che ha fatto, ma per ciò che è (c.d. diritto penale d'autore o *Tätertyp*).

Questa torsione del diritto penale si è manifestata prevalentemente in due settori, ove si è registrata in modo più pressante l'esigenza di una risposta di tipo emergenziale a fronte di episodi delittuosi di particolare gravità verificatisi non solo nel territorio italiano ma a livello globale: da un lato vi è la criminalità organizzata di stampo mafioso, che ha raggiunto il suo apice con le stragi di Capaci e Via D'Amelio; dall'altro, il terrorismo che, pur non avendo incontrato in Italia particolari forme di manifestazione, se non negli ormai risalenti episodi di terrorismo politico degli anni settanta e ottanta, ha trovato diffusione nel resto del mondo, culminando con una delle stragi più gravi dell'epoca moderna, ovvero l'attacco alle Twin Towers a New York, l'11 settembre 2001, da parte, si ritiene, dell'organizzazione terroristica di Al Qaeda.

Ciò ha indotto gli ordinamenti nazionali a correre ai ripari, mediante l'adozione di una legislazione di stampo emergenziale, spesso avente i connotati della lotta<sup>275</sup> nei confronti di determinate categorie di soggetti: i mafiosi; i terroristi.

---

<sup>274</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 668, osserva come uno dei pericoli del diritto penale del nemico consiste nella possibilità di una deriva verso forme di populismo penale, che si manifesterebbe allorché, rivelatisi inefficaci i relativi strumenti, questi continuino ad essere utilizzati dal legislatore in chiave eminentemente simbolica al mero scopo di appagare l'inquietudine della coscienza sociale con il reale scopo di accreditare la classe politica al potere.

<sup>275</sup> Sul concetto di diritto penale impostato in termini di lotta e di contrasto nei confronti di una determinata categoria di soggetti, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 735 ss. Sulla logica emergenziale e della lotta del diritto penale del nemico, cfr., altresì, G. INSOLERA, *Reati associativi*, cit., p. 1325.



Premesso che nell'ordinamento italiano non si è pervenuti agli estremi che si sono riscontrati negli Stati Uniti, ove è stata adottata una strategia del terrore all'inverso — ossia una politica criminale e di polizia tendente a colpire tutti gli appartenenti a determinate categorie di soggetti, mediante interrogatori di massa, forme di perquisizioni segrete e particolarmente invasive, possibilità di arresto senza la necessità di formulare un'accusa formale per un periodo di tempo anche considerevolmente lungo, *ethnic profiling*, fino ad arrivare alla legittimazione della tortura<sup>276</sup>, giustificata dall'esigenza di voler mandare un

---

<sup>276</sup> M. BAGARIC - E. CLARKE, *Not enough official torture in the world? The circumstances in which torture is morally justifiable*, in *University of San Francisco law review*, 2005, Vol. 39, pp. 581 ss., ritengono l'uso della tortura non solo praticamente desiderabile, ma persino moralmente giustificabile in circostanze strettamente connesse a quelle del "diritto penale del nemico". Non è nei confronti del delinquente ordinario che può essere praticato questo trattamento, ma solo in casi eccezionali relativi, prevalentemente, alle ipotesi di terrorismo. Partendo dal presupposto, infatti, del c.d. "*ticking bomb scenario*", gli AA. ritengono la tortura strumento legittimo di raccolta di informazioni, laddove siano soddisfatte le seguenti condizioni: elevato numero di vite a rischio; immediatezza del danno; non disponibilità di altri mezzi per raccogliere informazioni (*ultima ratio*); responsabilità del soggetto o comunque elevata probabilità che questi possieda le informazioni rilevanti. Oltre questi criteri, andrebbe considerato anche quello dell'*harm minimization rationale*: a fronte di un diffuso ricorso sommerso alla tortura, rendere tale strumento legittimo consentirebbe anche di renderlo addebitabile (*accountable*), e dunque di verificare in processo eventuali responsabilità laddove essa sia perpetrata in violazione di eventuali *standard* di liceità prefissati da una apposita commissione di vigilanza. Contro l'impostazione apologetica, A. O'ROURKE - V. CHAUDHRI - C. NYLAND, *Torture, slippery slopes, intellectual apologists, and ticking bombs: an Australian response to Bagaric and Clarke*, in *University of San Francisco law review*, 2005, Vol. 40, pp. 85 ss. Rispetto alla posizione di Bagaric e Clarke sulla tortura quale eccellente strumento per raccogliere informazioni, gli AA. offrono evidenze che invalidano questo assunto, avendo la stessa CIA riconosciuto come nessuno strumento possa assicurare né l'acquisizione di informazioni né che le informazioni eventualmente raccolte siano vere. Rispetto all'argomento secondo cui sarebbe opportuno adottare un approccio più realistico che morale a fronte di pratiche diffuse di tortura nel mondo, si riconosce la pericolosità di un approccio che perviene alla legittimazione di una determinata pratica sulla base della sua mera esistenza. Vengono individuati, infine, innumerevoli effetti corrosivi della tortura sia sulla società, a causa della conseguente distorsione del concetto di moralità; sia sulla democrazia, essendovi un'evidente contraddizione in termini in un ordinamento che si fonda sulla tutela dell'individuo e dei diritti umani che contemporaneamente legittimi l'uso della tortura; sia sugli stessi torturatori, dal momento che non esiste, in linea di massima, una persona che sia psicologicamente predisposta ad infliggere il male, se non in seguito ad un processo di indottrinamento e di condizionamento. Infine, anche il "*ticking bomb scenario*" viene sottoposto a severa critica a causa della sua inconsistenza logica, non essendoci certezza che il torturato divulghi le informazioni richieste, e potendosi pervenire a risultati ancora più aberranti nel caso in cui il torturato sia un innocente o, pur essendo in qualche modo responsabile, non sia a conoscenza delle informazioni ricercate.

messaggio uguale e opposto ai terroristi di matrice islamica<sup>277</sup> —; nondimeno, si è pervenuti ad una ipertrofia delle fattispecie incriminatrici, soprattutto quelle di tipo associativo, all'inasprimento sanzionatorio, e all'utilizzo di “scorciatoie probatorie”<sup>278</sup>, fino ad arrivare alla eliminazione dei benefici penitenziari e a prevedere un sistema carcerario veramente differenziato nei confronti di tali soggetti che si pone al limite della lesione dei diritti fondamentali della persona.

E' evidente, dunque, come gli appartenenti alle citate categorie siano stati etichettati prima e combattuti poi come veri e propri “nemici” dell'ordinamento giuridico, e per ciò solo ritenuti meritevoli di un trattamento differenziato rispetto ai delinquenti ordinari, i quali non manifestano questa volontà sovversiva, implicita o esplicita, dell'ordinamento giuridico preconstituito.

### **8.1. Il concetto di diritto penale del nemico.**

Il concetto di diritto penale del nemico<sup>279</sup> trae origine dalla riflessione del penalista tedesco Günther Jakobs, il quale, nell'esaminare l'ordinamento giuridico teutonico, notava come una parte del sistema penalistico fosse carat-

---

<sup>277</sup> D. COLE, *Enemy aliens*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI - M. PAPA, Milano, 2007, pp. 241 ss., osserva come, in seguito agli attentati dell'11 settembre, nell'ottica di contrastare il fenomeno terroristico, l'amministrazione Bush abbia deciso di sacrificare in maniera selettiva solo le libertà dei non-cittadini, o comunque di tutti coloro che, pur cittadini americani, rispondevano ai caratteri etnico-somatici presi come bersaglio. L'A. descrive l'adozione di una campagna detentiva preventiva di massa, eseguita in un clima di assoluta segretezza sulla base di presunte violazioni di leggi in materia di immigrazione, e giustificata dalla paradossale teoria dello *sleeper*; secondo cui, assodato che l'organizzazione di Al Qaeda ha delle cellule dormienti pronte ad attivarsi sulla base di un semplice segnale, il fatto che una persona sospetta non abbia fatto alcunché è un indice della sua pericolosità, e l'assenza di prove della commissione di un reato non costituisce ragione sufficiente per il rilascio della persona. L'A. descrive, poi, l'introduzione, da parte dell'*USA Patriot Act*, dei cc.dd. *black bag jobs*, ossia di perquisizioni segrete senza il presupposto della *probable cause* di condotta criminale, al fine di ottenere informazioni su agenti segreti esteri. Sulla legislazione antiterrorismo USA, vd. anche, J. VERVAELE, *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 739 ss.

<sup>278</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 48 ss.

<sup>279</sup> Sul concetto di diritto penale del nemico, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 5 ss.; ID., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstsrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, pp. 88 ss.; K. AMBOS, *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, pp. 1 ss.; M. CANCIO MELIA, *Feind “strafrecht”?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, pp. 267 ss.; T. HÖRNLE, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs “Feindstrafrecht”*, in *Goltdammers' Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 80 ss.

terizzato da vistose eccezioni ai principi e alle regole ordinarie che ne costituiscono il fondamento e, a un tempo, la legittimazione<sup>280</sup>.

Nel rinvenire le ragioni storiche di questo modo di essere di una parte del diritto penale tedesco, Jakobs richiamava sia il pensiero di Rousseau e Fichte, i quali sostenevano che il delitto facesse perdere al reo lo *status* di cittadino, rendendolo nemico della società, sia quello di Hobbes e Kant, che giustificavano la medesima *capitis deminutio* solo nel caso di alto tradimento (il primo) o di minaccia costante alla sicurezza (il secondo).

Prendendo spunto da questa dicotomia tra persone (*Bürgers*) e non persone (*Unpersonen*), ossia tra coloro che meritano di essere trattati come “amici” in quanto non mettono in pericolo lo *status quo* offerto dal patto sociale, e coloro che, proprio perché tale *status quo* rischiano di sovvertire, non assurgono alla dignità di persone e devono essere neutralizzati, Jakobs perveniva alla distinzione tra “cittadini”, e “nemici”. Nei confronti dei primi vi è una aspettativa alquanto verosimile di rispetto delle norme giuridiche, sicché, in caso di violazione occasionale del precetto, sarà sufficiente infliggere loro la sanzione il cui obiettivo è semplicemente quello di riaffermare la vigenza della norma giuridica violata in funzione eminentemente generalpreventiva positiva. Nei confronti dei secondi, invece, frustrando essi sistematicamente l’aspettativa di un comportamento conforme, e rappresentando un mero pericolo da neutraliz-

---

<sup>280</sup> D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, pp. 740 ss., osserva come la formula di Jakobs, dichiaratamente descrittiva, abbia anche un significato normativo e, dunque, ideologico, in quanto tale idonea a dare fondamento a una politica criminale espressamente volta alla neutralizzazione di categorie di soggetti bollati come nemici.

zare, occorrerà orientarsi in funzione di generalprevenzione e specialprevenzione di stampo negativo<sup>281</sup>.

In sintesi, chi rifiuti di riconoscersi parte del patto sociale, e non offra perciò garanzie di sufficiente lealtà alla legge, non ha diritto di essere trattato come persona. Questi non sarebbe cittadino della comunità giuridicamente organizzata ma nemico che, in quanto tale, deve essere combattuto<sup>282</sup>.

Dalla distinzione cittadino-nemico consegue, poi, una torsione pure delle regole processuali<sup>283</sup>: di fronte a non-persone, proprio al fine di prevenire il pericolo di cui esse sono espressione, è possibile un uso indiscriminato e quasi normale della carcerazione preventiva, che, in quanto lesiva della libertà personale, nei confronti del cittadino andrebbe applicata solo in casi eccezionali; è

---

<sup>281</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 14 ss., osserva come colui che non offre una sicurezza cognitiva sufficiente di tenere una condotta coerente con le leggi imposte dal contratto sociale, non può sperare di essere trattato alla stregua di persona da parte dello Stato, che altrimenti violerebbe il diritto alla sicurezza degli altri consociati. Da ciò consegue la legittimazione, secondo Jakobs, del diritto penale del nemico. *Contra*, K. AMBOS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico*, cit., p. 58 ss., il quale propone, dal punto di vista normativo, di rifiutare l'idea del diritto penale del nemico e di accogliere, viceversa, un diritto penale valevole per tutti gli esseri umani, che assuma come punto di partenza l'individuo e la sua dignità come diritto inalienabile, e che si riferisca ad un uomo in carne ed ossa. La distinzione tra cittadini e nemici risulta, infatti, incompatibile con la dignità umana, e lo stesso concetto di diritto penale del nemico risulta una contraddizione in termini in quanto, rappresentando una forma di difesa di fronte a pericoli, implica uno spostamento dal fatto all'autore, motivo per cui non può aspirare a nessun effetto di stabilizzazione della norma nel senso di una prevenzione generale positiva. Nello stesso senso, già, P. A. ALBRECHT, *Krieg gegen den Terror - Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, pp. 852 ss. Anche M. CANCIO MELÍA, "Diritto penale" del nemico?, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 87 ss., osserva come il diritto penale del nemico sia una vera e propria contraddizione in termini in quanto concetto che non stabilizza norme, ma demonizza determinati gruppi di colpevoli, e, di conseguenza, non costituisce un diritto penale del fatto, ma d'autore. Analogamente, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 681, rifiuta l'idea che sta alla base del diritto penale del nemico, sostenendo, anch'egli, come esso rappresenti una vera e propria contraddizione in termini: dal punto di vista funzionale, l'A. osserva come il diritto penale del nemico sia totalmente estraneo alla prevenzione generale positiva, e dal punto di vista logico risulta una evidente antitesi tra l'idea di responsabilità e la volontà di esclusione dell'avversario. In altri termini, quando la pena è puro mezzo di eliminazione del nemico, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità. Infine, L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, pp. 799 ss., ID., *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di A. BERNARDI - B. PASTORE - A. PUGIOTTO, Milano, 2008, pp. 166 ss., condivide la natura ossimorica del concetto di diritto penale del nemico. Secondo l'A., se il diritto penale classico è lo strumento mediante il quale i rapporti di convivenza trapassano dallo stato selvaggio allo stato civile e la pena rappresenta, in questo senso, la negazione della vendetta, così come il diritto è la negazione della guerra, lo schema bellico del diritto penale del nemico, invece, contraddice l'idea stessa del diritto penale: in primo luogo perché non è più punibile il reato ma il reo (il nemico deve essere punito per quel che è, non per quel che fa); in secondo luogo perché, in fase di giudizio, il processo da informativo, diventa offensivo con conseguente crollo delle garanzie processuali.

<sup>282</sup> D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale*, cit., p. 741.

<sup>283</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 20 s.

ammissibile, altresì, l'utilizzo di mezzi di ricerca della prova particolarmente invasivi e/o lesivi della dignità personale, come il prelievo ematico coatto, le intercettazioni e altre forme di investigazione segreta; sono consentite, infine, tutte quelle altre dinamiche, come l'inversione dell'onere probatorio, che possono semplificare l'adozione di un provvedimento di condanna in un processo improntato in chiave eminentemente inquisitoria.

Se per Jakobs l'incasellamento nella categoria di nemico giustificava, nell'ottica di garantire il diritto alla sicurezza<sup>284</sup> degli altri consociati, una siffatta compressione di principi e garanzie del diritto penale, dall'altro bisognava evitare, a suo avviso, il facile rischio di estensione di profili di diritto penale del nemico al diritto penale del cittadino<sup>285</sup>. In tal caso, infatti, vi sarebbe stato un grave inquinamento delle regole ordinarie in materia penale che, se può essere tollerato in ottica di prevenzione di gravi pericoli e di ristabilimento della sicurezza pubblica, non può essere giustificato in assenza di questi stati di eccezione.

Dalla riflessione di Jakobs è possibile ricavare le principali caratteristiche del diritto penale del nemico<sup>286</sup>:

- 1) si registra un'ampia anticipazione della tutela secondo i modelli dei delitti di attentato, di pericolo indiretto o presunto (che incriminano condotte spesso inidonee a generare situazioni di pericolo per il bene giuridico), dei delitti di associazione e a dolo specifico di offesa (ove il disvalore si esaurisce nella mera finalità perseguita dall'agente)<sup>287</sup>. Vi è un'ampia

---

<sup>284</sup> Secondo, F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 672, il diritto alla sicurezza diventa strumento non solo per fondare, ma addirittura per dilatare la categoria del nemico. La sicurezza nei confronti della criminalità violenta viene assunta, infatti, a contenuto di un diritto fondamentale come tale di rango costituzionale potenzialmente in grado di prevalere su tutti gli altri diritti. L'A., tuttavia, osserva come tale operazione sia fallace, dal momento che l'ideale della (*rectius*, il diritto alla) sicurezza è inidoneo a fondare deroghe alle garanzie fondamentali. Esso, infatti, sarebbe inadeguato come criterio di selezione dei tipi criminosi, possedendo uno spettro di riferimento potenzialmente senza limite, capace di fagocitare qualsiasi comportamento anche solo potenzialmente pericoloso. In secondo luogo, questo diritto sarebbe dotato di uno statuto privilegiato rispetto agli altri diritti, nel senso che, in nome del diritto alla sicurezza, sarebbe giustificabile derogare a tutti quegli altri diritti che con esso si dovessero porre in confronto.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>286</sup> La presente scomposizione, sebbene prenda spunto dalla riflessione di Jakobs, è ripresa da, F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale*, cit., p. 114.

<sup>287</sup> F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 471.

incriminazione degli atti preparatori, nel senso che non si attende l'effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato al fine di attivare la risposta penale, ma si interviene ancora prima, al momento della preparazione del reato;

2) si osserva un incremento dei livelli sanzionatori, giustificato dall'esigenza di dare una risposta simbolicamente più severa nei confronti di coloro che si pongono in antitesi rispetto ad una pacifica convivenza civile;

3) la funzione della pena si orienta verso la mera neutralizzazione del reo: se il delinquente è un soggetto pericoloso, non sarà possibile prevedere una risposta sanzionatoria in senso né retributivo né risocializzante, ma, viceversa, la pena avrà un effetto di pura esclusione;

4) si perviene ad una marcata deviazione dalle regole processuali ordinarie, in termini di drastica riduzione delle garanzie difensive;

5) sotto il profilo penitenziario, si registra la mancata applicazione delle misure alternative o riduttive della detenzione;

6) sotto il profilo preventivo, si ricorre ad un ampio utilizzo di misure di prevenzione personali e patrimoniali<sup>288</sup>.

Sulla scorta dell'enunciazione di Jakobs, il concetto di diritto penale del nemico ha acquisito vita propria e ha conosciuto nuove elaborazioni.

---

<sup>288</sup> Questi ultimi due caratteri del diritto penale del nemico sono richiamati da F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 472.

Autorevole dottrina<sup>289</sup>, ad esempio, distingue tre possibili significati da attribuire all'atteggiarsi della politica criminale secondo una logica di lotta e di contrasto.

Secondo un primo significato, nei confronti di determinati soggetti l'ordinamento giuridico non ammette la possibilità di un dialogo e arretra verso un'impostazione di esclusione.

Rispetto a fenomeni siffatti, che rappresentano principalmente forme di manifestazione di stati di emergenza e di eccezionalità temporalmente circoscritte<sup>290</sup>, è giustificabile un intervento penale particolarmente invasivo, proprio perché destinato nel tempo a mutare, ad attenuarsi, fino anche a scomparire. La pena, in quest'ottica, al pari della visione jakobsiana, non può che svolgere una funzione di specialprevenzione e generalprevenzione in senso negativo, ossia di mera neutralizzazione e di deterrenza.

---

<sup>289</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., pp. 741 ss., ammette come negli ordinamenti vigenti, compresi quelli di tipo democratico, esistano tipi d'autore che vengono trattati in modo non solo differenziato, ma addirittura discriminatorio rispetto ai delinquenti ordinari. Essi non sono semplici avversari privati (*inimici*), ma sono considerati veri e propri nemici pubblici (*hostes*), dal momento che, sulla scia del pensiero jakobsiano, si collocano in una linea non occasionale di rottura col patto sociale. Tale categoria di soggetti, secondo l'A. può essere osservata, in primo luogo, alla luce di una logica binaria, secondo cui non vi sono sfumature tra amico e nemico, né possibilità di comunicazione: il primo risponde a logiche di dialogo, il secondo a logiche di guerra che possono giustificare sia pur rilevanti limitazioni dei diritti fondamentali. E' possibile, inoltre, esaminare tale categoria secondo una logica *fuzzy*, ossia sfocata, secondo cui possono ammettersi sfumature tra i due opposti, non esistendo una realizzazione pura del diritto penale secondo l'ideale dell'amico e del nemico. Ed è prendendo spunto da questo secondo modo di intendere l'atteggiarsi del diritto penale di fronte a determinate categorie di soggetti che l'A. perviene a differenziare tre forme di manifestazione del diritto penale del nemico, dalla più debole e labile, alla più severa e rigorosa, dalle quali si prenderà spunto per analizzare la categoria dei reati associativi. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008, pp. 10 ss., suole distinguere, invece, tra una accezione debole e una accezione forte di diritto penale del nemico. Secondo la prima, il diritto penale del nemico si porrebbe sempre nel solco di una prevenzione generale e speciale e avrebbe come caratteri specifici solo la tendenza ad una maggiore anticipazione di tutela, una pena dotata di particolare consistenza afflittiva e un affievolimento delle garanzie processuali. Il nemico è identificato in colui che viola continuamente le norme di convivenza. Secondo l'accezione forte, invece, l'attribuzione della qualifica di nemico presuppone l'adesione a un gruppo di persone che mette in discussione l'esistenza di una determinata comunità, e ha come obiettivo quello di sovvertirla. In questo secondo senso, l'obiettivo è quello dell'annientamento del nemico, ammettendo persino trattamenti inumani e degradanti.

<sup>290</sup> F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 477, nel distinguere tra Stati autoritari e Stati di diritto sotto il profilo della manifestazione del diritto penale del nemico, rinviene una differenza principale di tipo quantitativo, dal momento che, nei primi, la tendenza escludente del diritto penale costituisce la regola, in quanto volta a pregiudicare gli oppositori dello *status quo* e, contemporaneamente, favorire i sostenitori del regime. Negli Stati di diritto, invece, il diritto penale del nemico non può che essere una forma di manifestazione del diritto penale eccezionale ed eventuale, tendenzialmente transitorio perché transeunti sono i fenomeni criminali che esso mira a contrastare.

Sono tre i modelli principali cui questa forma di diritto penale della lotta può fare riferimento: a) le ipotesi classiche delle misure di sicurezza; b) i casi che derivano da emergenze storicamente e geograficamente circoscritte, come la criminalità organizzata, la mafia, il terrorismo; c) le ipotesi di criminalizzazione della guerra<sup>291</sup>.

Un secondo modo di atteggiarsi del diritto penale del nemico riguarda, poi, tutti quei casi in cui il diritto penale ordinario, da strumento di tutela e di giustizia, tende a trasformarsi in un'arma sociale volta a colpire determinati soggetti che vengono qualificati come espressione del male. L'acquisizione della qualifica di nemico non dipende tanto da caratteristiche intrinseche dell'autore o del tipo di reato, quanto da ragioni contingenti che determinano un'estemporanea recrudescenza della risposta punitiva.

Si tratta forse della forma più pericolosa di diritto penale del nemico in quanto rappresenta la concretizzazione di quel rischio che lo stesso Jakobs, che legittimava convintamente questo modo di atteggiarsi del diritto, voleva evitare, ossia la contaminazione del diritto penale ordinario<sup>292</sup>.

Per quanto manchi di legittimazione scientifica, questa torsione del diritto penale incontra larga adesione nell'opinione pubblica, motivo per il quale trova spesso ingresso nelle politiche criminali recenti in funzione di attrazione di consenso politico<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 742.

<sup>292</sup> G. JAKOBS, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 22, osserva, infatti, come non ogni reo rappresenti, per principio, un avversario dell'ordinamento giuridico, perciò l'introduzione di lineamenti e frammenti del diritto penale del nemico all'interno del diritto penale generale rappresenta un male nella prospettiva dello Stato di diritto.

<sup>293</sup> Uno degli esempi più eclatanti di politica criminale fondata sul concetto di diritto penale del nemico è sicuramente il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, c.d. "Decreto Sicurezza", che ne disciplina contemporaneamente le tre principali forme di manifestazione: l'immigrazione, il terrorismo, la criminalità organizzata. In particolare, in materia di contrasto all'immigrazione clandestina e non, vengono aumentati i reati che, dopo la condanna in primo grado, portano all'espulsione dello straniero irregolare, vengono raddoppiati i tempi di trattenimento nei centri per il rimpatrio, vengono previste ipotesi di revoca della cittadinanza qualora la persona possa essere considerata un pericolo per lo Stato. In tema di lotta al terrorismo viene prevista una stretta sul noleggio di tir e furgoni e un daspo sportivo per sospettati di terrorismo. In materia di lotta alla mafia, infine, si prevede la nomina di un Commissario Straordinario in caso di segnalazioni da parte del Prefetto di possibili infiltrazioni mafiose negli enti locali o negli appalti pubblici, e viene disciplinata l'ipotesi dell'affitto sociale degli immobili confiscati alla criminalità organizzata.



L'ultimo modello è quello più propriamente jakobsiano, in quanto ammette la vera e propria sospensione di alcuni diritti fondamentali dell'imputato. Si tratta di un filone del diritto che si colloca nello spazio dello stato di eccezione, e che giustifica l'adozione di regole giuridiche, appunto, eccezionali ispirate alla logica della guerra<sup>294</sup>.

Così sommariamente definito il concetto di diritto penale del nemico, bisogna a questo punto domandarsi se l'istituto del trattamento penitenziario *ex art. 41-bis* ord. pen. possa o meno significativamente collocarsi in questa logica escludente, e, in caso positivo, se sia una risposta legittima al diffondersi di gravi forme di criminalità o se, al contrario, non trovi legittimazione alcuna per la eccessiva compressione dei alcuni principi e diritti fondamentali.

## **8.2. La lotta alla criminalità organizzata come espressione di un “doppio binario”.**

L'art. 41-*bis* ord. pen. — come evidenziato — si applica nei casi di cui all'art. 4-*bis* della medesima legge, il quale, a sua volta, fa riferimento ad una serie di fattispecie delittuose, tra le quali la posizione di maggior rilievo, soprattutto in termini di percentuali della popolazione carceraria soggetta al presente regime, è rivestita dall'art. 416-*bis* c.p. Nonostante, infatti, la progressiva estensione dell'elenco dei reati presupposto cui risulta applicabile l'istituto in esame, il regime carcerario differenziato continua ad essere utilizzato quasi esclusivamente per gli autori di reati di stampo mafioso. Dal Rapporto sul regime detentivo speciale della Commissione parlamentare per la tutela e promozione dei diritti umani emerge come, nel 2015, più del 90% dei soggetti sottoposti a regime detentivo sono imputati o condannati per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e il resto per delitti aggravati dal metodo mafioso<sup>295</sup>.

Per tale motivo, ai fini della presente disamina, si analizzerà, quale espressione di diritto penale del nemico, solo il reato di associazione per delin-

---

<sup>294</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 751.

<sup>295</sup> Rapporto sul regime detentivo speciale della Commissione per la tutela e la promozione dei diritti umani, aprile 2016, reperibile su [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

quere di tipo mafioso, e non anche le fattispecie di terrorismo<sup>296</sup> che, sebbene presentino numerosi punti di contatto con i delitti associativi<sup>297</sup>, risultano, in questo caso, percentualmente molto meno rilevanti<sup>298</sup>.

La criminalità mafiosa sembra, in effetti, rispecchiare i caratteri del primo modello di diritto penale del nemico, e alcuni profili del terzo.

E' evidente, infatti, come nei confronti degli esponenti delle consorterie mafiose, a fronte di attività criminali particolarmente diffuse e lesive dell'ordine pubblico, e di alcuni *exploits* consistenti in veri e propri attacchi all'ordine giuridico precostituito, possa essere escluso qualsivoglia tipo di dialogo, e il diritto penale vada impostato inevitabilmente secondo una logica di contrasto. Del resto, la criminalità mafiosa viene comunemente ricondotta in quelle emergenze geograficamente e storicamente circoscritte che notoriamente determinano una certa inflessione del diritto penale verso logiche di esclusione, con conseguente prevalenza dell'esigenza di prevenire e neutralizzare il pericolo.

Le ragioni della particolare intensificazione della risposta penale vanno rinvenute nei caratteri di questo tipo di devianza che, alla capacità criminale del singolo, vedono aggiungersi lo spessore criminale delle organizzazioni di cui fanno parte<sup>299</sup>. Ciò determina un maggiore allarme sociale e un maggiore pericolo per l'ordine pubblico, circostanze che hanno determinato la predisposizione di un complesso di strumenti giuridici di contrasto particolarmente ampio e composito, che ricomprende fattispecie penali a tutela anticipata, misure

---

<sup>296</sup> Pur una disamina sul fenomeno del terrorismo, quale espressione del diritto penale del nemico, cfr., *ex multis*, G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, pp. 839 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.; D. COLE, *Enemy aliens*, cit., pp. 241 ss.; G. P. FLETCHER, *I fondamenti filosofico giuridici della repressione del terrorismo*, in *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 363 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., *passim*; G. DEMURO, *Il diritto penale del nemico e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in *Legalità penale*, cit., pp. 149 ss.

<sup>297</sup> Principale punto di differenza tra i delitti di criminalità organizzata e quelli di terrorismo va rinvenuto, invece, nell'orientamento al profitto dei primi e nel fine di sovvertimento dell'ordine giuridico precostituito, il secondo. Ciononostante, sono emersi gruppi ibridi in cui il fine distruttivo si combina con quello finanziario. Sul punto, A. SINN, *Organisierte Kriminalität 3.0*, Berlin, 2016, p. 6.

<sup>298</sup> Dal Rapporto citato emerge come, al 2015, appena lo 0,40% dei detenuti *ex art. 41-bis* ord. pen. fosse stato condannato per delitti di terrorismo.

<sup>299</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, cit., p. 746.

reali, misure di prevenzione personali e patrimoniali, regimi speciali di carattere processuale, premiale e penitenziario.

Stante il carattere eccezionale e temporalmente circoscritto dell'emergenza criminale di stampo mafioso, se risulta giustificata l'introduzione di siffatto armamentario giuridico in seguito alla recrudescenza delle connesse attività criminali, allo stesso tempo, è lecito presumere che, una volta venuto meno il pericolo, dovrebbe essere nuovamente attenuato il rigore sanzionatorio<sup>300</sup>. Da qui, la collocazione nel primo gruppo del diritto penale dell'esclusione.

Sembrano però ravvisabili anche alcuni profili tipici del terzo modello, ossia dello stato di eccezione vero e proprio, dal momento che nei confronti dei membri della criminalità mafiosa, a livello penitenziario è possibile sospendere le ordinarie regole di trattamento di detenuti e internati. L'espressione "sospendere" sembra rievocare, infatti, proprio quello stato di eccezione<sup>301</sup> che secondo Jakobs legittimava l'applicazione al reo dello *status* del nemico e l'adozione di una logica di guerra verso soggetti considerati come meri individui e non più come persone, e la sospensione, appunto, di alcuni diritti di cittadinanza o diritti dell'uomo<sup>302</sup>. In quanto nemici della patria, è possibile arrivare a comprimere fino all'osso i diritti fondamentali, al punto da far sorgere sovente il dubbio che il regime carcerario differenziato sia legittimato a determinare un trattamento inumano o quantomeno degradante, vicino, sebbene non

---

<sup>300</sup> G. INSOLERA, *I reati associativi*, cit., p. 1325, osserva, al riguardo, come gli strumenti giuridici di contrasto a forme di criminalità particolarmente odiose adottati in situazioni di eccezionalità devono cessare quando tali situazioni non siano più riscontrabili. Il diritto penale, infatti, è destinato a soccombere se non è in grado di riallinearsi ai suoi principi attraverso una costante lettura dei dati della realtà, che contenga le spinte irrazionali. Se invece si pone in una logica di perenne prevenzione rispetto al riemergere delle situazioni di emergenza, esso è destinato a vedere irrimediabilmente sfigurato il suo volto liberale.

<sup>301</sup> Sul concetto di "stato di eccezione", G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, *passim*.

<sup>302</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 14 ss.

sovrapponibile, a quanto avvenuto negli Stati Uniti nelle carceri di Guantanamo Bay nei confronti dei terroristi islamici<sup>303</sup>.

### 8.2.1. Il rapporto con i principi fondamentali del diritto penale.

La riconducibilità dei delitti di associazionismo mafioso tra le forme di manifestazione di un diritto penale del nemico è dimostrata, del resto, dalla frizione che le corrispondenti norme incriminatrici registrano rispetto ai principi fondamentali del diritto penale, con conseguente possibilità di riscontrare i caratteri tipici di questo fenomeno giuridico<sup>304</sup>. Anzi, se secondo lo stesso Jakobs è difficile rinvenire forme pure di manifestazione del diritto penale del nemico, cosicché si avranno fattispecie che manifestano alcuni dei plurimi

---

<sup>303</sup> Non stupisca questo accostamento, dal momento che è noto che il 6 dicembre 2017 il Comitato ONU contro la tortura, con rapporto CAT/C/ITA/5-6, abbia richiesto all'Italia di rivedere il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. per allinearlo agli *standard* internazionali di protezione dei diritti umani, e, per quanto riguarda la questione dei decessi in carcere, il Comitato ha lamentato poca trasparenza, richiedendo informazioni dettagliate in merito a tali morti e l'adozione di misure volte a garantire che tutti i casi di decesso siano adeguatamente investigati. Sul punto, F. CANCEL-LARO, *Pubblicate le osservazioni del comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, pp. 301 ss. Con specifico riferimento, poi, ai decessi in carcere, si osservi che il numero di suicidi al regime differenziato è 3,5 volte maggiore rispetto a quelli registrati rispetto al regime ordinario. Al riguardo, cfr., D. ALIPRANDI, *Al carcere duro ci si suicida di più rispetto agli altri reclusi*, in *www.ildubbio.it*, 16 giugno 2017. Si osservi infine come sia ormai nota la presenza nei reparti di isolamento dei penitenziari italiani delle cc.dd. "celle zero" ossia di celle prive di mobilio, letto, e qualsivoglia altro oggetto, ove i detenuti sono costretti a dormire sul pavimento, così come l'esistenza di processi ove sono imputati agenti della polizia penitenziaria accusati di maltrattamenti e pestaggi di vario genere nei confronti dei detenuti. Sul punto, cfr., G. DE MONTE, *41 bis, sovraffollamento, suicidi: viaggio nel carcere italiano*, in *www.osservatori-odiritti.it*, 21 novembre 2017.

<sup>304</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 676, identifica, quali caratteri propri del diritto penale del nemico, elementi in parte sovrapponibili e in parte diversi rispetto a quelli sopra richiamati, ossia, l'appartenenza dell'autore del reato ad una categoria soggettiva quale criterio fondante lo specifico trattamento punitivo; la de-giurisdizionalizzazione del processo; l'orientamento del trattamento sanzionatorio verso l'eliminazione del reo. Pur prendendo come parametro di riferimento questi elementi, è possibile sostenere la riconducibilità dei delitti associativi al concetto di diritto penale del nemico: gli autori sono certamente ascrivibili ad una ben determinata categoria soggettiva, ossia al gruppo criminale, che a sua volta coinvolge sovente soggetti provenienti da ceti bassi ed emarginati della società. La de-giurisdizionalizzazione del processo può intendersi sia in senso lato, alla luce dell'atteggiamento che spesso assume la magistratura nei confronti di esponenti delle consorterie criminali, sostanzialmente insensibili alle istanze della difesa e la conseguente tendenza del processo a flettersi verso forme inquisitorie, sia in senso stretto, alla luce di alcune regole che limitano il contraddittorio, invertono l'onere della prova, a tutto discapito dei diritti di difesa (cfr. *infra* nel testo). La stessa procedura di applicazione del regime carcerario differenziato è tutt'altro che giurisdizionale: essa avviene sulla base di un decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro degli interni, avverso il quale, entro venti giorni, può essere proposto reclamo da parte dell'interessato dinnanzi al Tribunale di Sorveglianza di Roma.

L'orientamento del trattamento sanzionatorio verso l'eliminazione e la neutralizzazione è, invece, criterio comune a quelli già richiamati.

caratteri in cui tale nozione giuridicamente si scompone, rispetto alle forme di criminalità organizzata di stampo mafioso, sono rinvenibili tutte quante le componenti sopra descritte.

Innanzitutto, i reati associativi sono problematici dal punto di vista del rispetto dei principi di necessaria offensività, di materialità e di tassatività.

L'art. 416-*bis* c.p., infatti, ai fini della punibilità del soggetto agente, non richiede alcun comportamento che risulti funzionale al raggiungimento delle finalità criminose dell'associazione, per cui la condotta può risolversi anche nell'atto di mera adesione al gruppo<sup>305</sup>, al quale viene attribuita idoneità lesiva in quanto comportamento ritenuto capace di destabilizzare, mediante il *medium* associativo, l'ordine sociale<sup>306</sup>.

Ne deriva il rischio di incriminare condotte lontane dalla lesione di uno specifico bene giuridico<sup>307</sup>, atteso che non è possibile costruire per i reati associativi un oggetto di tutela del tutto indipendente dalle caratteristiche dei reati scopo<sup>308</sup>.

E' il mero accordo, di per sé neutro, a venire in evidenza, con conseguente anticipazione della tutela rispetto alla commissione di condotte obiettivamente antiggiuridiche. La *ratio* di tale tutela anticipata risiede, è noto, nella circostanza per cui la mera esistenza di un gruppo organizzato, dotato di un vincolo associativo più o meno stabile, che adotta un programma criminale in-

---

<sup>305</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 40.

<sup>306</sup> D. VALITUTTI, *Il reato associativo come delitto penale del nemico: problemi e prospettive giuridiche*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 265.

<sup>307</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 40. L'A. osserva come, rispetto al reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, vi sia stata una confusione tra *ratio* e bene giuridico. La tutela dell'ordine pubblico sarebbe, più correttamente, la *ratio* della fattispecie, e non autonomo bene giuridico, proprio perché nozione incapace di delimitare con precisione l'oggetto della tutela e a svolgere una funzione delimitativa dell'intervento penale. Da ciò deriva il rischio di «favorire la proliferazione di oggetti di tutela fittizi, che avallano insostenibili scelte di criminalizzazione ipertrofica», oltre che gravi pericoli per le garanzie individuali, pervenendo alla criminalizzazione di condotte sicuramente contrarie all'ordine pubblico come *ratio*, ma che possono risultare lontanissime dalle effettive lesioni del bene che la condotta mira ad aggredire. D. VALITUTTI, *Il reato associativo come delitto penale del nemico*, cit., pp. 271 s., individua il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. nella comunità, quale bene superindividuale che trascende il singolo e facente capo allo Stato.

<sup>308</sup> G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, p. 274; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1165.

definito di stampo mafioso, è idoneo a mettere in pericolo l'ordine pubblico<sup>309</sup>: l'associazione costituirebbe una vera e propria "macchina" criminosa che funge da polo di aggregazione di potenzialità delittuose altrimenti diffuse<sup>310</sup>. Tuttavia, ciò non risolve il problema della frizione con il principio di materialità e offensività. Se è vero che ai sensi dell'art. 18 Cost. il diritto di associarsi può essere limitato in caso di perseguimento di fini vietati ai singoli dalla legge penale, sanzionare penalmente in modo particolarmente severo la mera condotta di adesione o di partecipazione ad un gruppo, senza attendere l'esecuzione, anche sotto forma di tentativo punibile, di un delitto scopo, rischia di arretrare eccessivamente la tutela penale<sup>311</sup>, e ad incriminare le mere intenzioni, in violazione del principio di materialità (*cogitationis poenam nemo patitur*)<sup>312</sup> o per la semplice appartenenza ad un gruppo (diritto penale d'autore o *Täterstrafrecht*)<sup>313</sup>.

Invero, la possibilità di applicare una circostanza aggravante in caso di commissione dei reati scopo avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., o comunque al fine di agevolare l'attività delle associazioni di cui al medesimo articolo (c.d. aggravante del metodo mafioso *ex art. 7, d. l. 152/1991*), sembrerebbe soluzione idonea ad assorbire il *surplus* di disvalore espresso dall'esistenza di un'associazione caratterizzata da un vincolo stabile e

---

<sup>309</sup> F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 482, ritiene che la mafia costituisce un vero e proprio «contrordinamento criminale», titolare di un potere esercitato su un «territorio» e su una «popolazione»; con un proprio «sistema normativo»; con un «governo stabile» e un «personale civile e militare»; con la prestazione di servizi illeciti; un efficiente «sistema fiscale» di riscossione del tributo e ingenti capitali immessi nell'economia ordinaria; con un sistema di «sanzioni penali» scarsamente differenziato e «processi a rito abbreviato» senza appelli e arretrato. In quanto tale rappresenterebbe un *vulnus* permanente dello Stato di diritto e dell'ordinamento democratico.

<sup>310</sup> G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 391.

<sup>311</sup> *Contra*, G. DE VERO, *I reati associativi*, cit., p. 391, osserva come la sostanza criminosa dell'associazione per delinquere prescinde totalmente dalle attività preparatorie rivolte alla perpetrazione dei reati fine e si risolve nella stessa esistenza di uno stabile apparato organizzativo suscettibile di essere ripetutamente utilizzato per la commissione di un numero indefinito di reati. Secondo l'A. la capacità offensiva dell'organizzazione criminale si sostanzierebbe nella proiezione di un pericolo diffuso nei confronti di una platea indefinita di titolari del bene giuridico protetto. Di qui, il rispetto del principio di materialità e offensività.

<sup>312</sup> G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, a cura di M. C. BASSIOUNI - A. R. LATAGLIATA - A. M. STILE, Milano, 1991, p. 49.

<sup>313</sup> G. INSOLERA, *Reati associativi*, cit., p. 1326, osserva come nella lotta alla criminalità organizzata non possono che esserci autori, e che il nemico è l'organizzazione, la sua rete, la struttura, motivo per cui tutti coloro che appartengono a siffatta struttura sono puniti come autori.

da un programma criminoso indefinito, così consentendo allo stesso tempo l'eliminazione della fattispecie di parte speciale senza che da ciò derivi una scappatoia o un trattamento più lieve per coloro che commettono reati nel contesto di un'organizzazione criminale<sup>314</sup>. Ciò consentirebbe, dunque, di rispettare maggiormente il principio di materialità e di offensività dal momento che siffatta circostanza andrebbe applicata solo in seguito alla effettiva commissione di un reato fine, e dunque solo in seguito alla lesione di un bene giuridico di maggiore consistenza e afferrabilità rispetto alla nozione di ordine pubblico. Inoltre, eviterebbe profili di *ne bis in idem* sostanziale<sup>315</sup> laddove alla stessa persona

---

<sup>314</sup> Lo stesso F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 691, riferendosi al terrorismo, ma formulando osservazioni sovrapponibili anche alla criminalità organizzata, ammette come la drastica soluzione di abolire le fattispecie di associazionismo condurrebbe a una perfetta armonizzazione con i principi costituzionali, anche se all'insostenibile costo di una impossibile efficace prevenzione. Non si condivide quest'ultima considerazione, dal momento che la funzione preventiva potrebbe comunque essere affidata a sanzioni amministrative (es. espulsione amministrativa dello straniero) che non creano problemi dal punto di vista del necessario rispetto dei principi di offensività e legalità, o a misure di prevenzione, che, essendo legate al sospetto, hanno esattamente la funzione di prevenire la commissione di reati, rappresentando, pur sempre, un *quid minus* rispetto alle sanzioni propriamente penali.

<sup>315</sup> Si consideri che un'aggravante corrispondente è prevista in tema di terrorismo: l'art. 1 del D. L. 15 dicembre 1979, n. 625 prevede, infatti, l'applicazione di una circostanza aggravante ad effetto speciale e sottratta al meccanismo di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti per quei reati commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Tale fattispecie non pone però problemi di *ne bis in idem* con la corrispondente fattispecie associativa (art. 270-bis c.p.) dal momento che ne è stata esclusa l'applicazione rispetto a quei reati, come appunto l'art. 270-bis c.p., che già prevedono la finalità di terrorismo quale elemento costitutivo.

fossero contestati il reato presupposto e il reato fine aggravato dal metodo mafioso<sup>316</sup>.

I reati associativi rappresentano, infatti, un esempio significativo di reati di sospetto a forte connotazione simbolica, cui spesso si ricorre quando manca la prova dei reati scopo<sup>317</sup>.

Anche dal punto di vista del principio di tassatività la fattispecie presenta alcuni nodi problematici<sup>318</sup>. Si è detto al riguardo come la norma, dalla chiara connotazione casistica, sia redatta in modo impreciso a causa della commistione tra elementi descrittivi, elementi normativi e rinvii sociologici, con evidente pregiudizio delle esigenze di certezza e determinatezza<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> *Contra*, G. DE VERO, *I reati associativi*, cit. p. 393, sostiene che la possibilità di contestare all'imputato il reato presupposto unitamente al reato fine non determina una deviazione dal canone del *ne bis in idem* sostanziale, ma sottintende una precisa presa di posizione riguardo al significato offensivo della fattispecie, in quanto la realizzazione anche plurima dei delitti scopo non riuscirebbe ad esaurire il potenziale offensivo del fatto associativo. Rispetto alla eventuale scelta di politica criminale di contestare il solo reato scopo aggravato dal metodo mafioso, l'A. risulta alquanto scettico, dal momento che si rischierebbe di incriminare solo coloro che svolgono un ruolo minore all'interno della compagine e che ne rappresentano il c.d. braccio armato. Nello stesso senso, G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., p. 1162. Non si condivide tale impostazione, dal momento che i soggetti investiti delle più elevate funzioni di direzione e controllo potrebbero sempre essere incriminati sulla base dell'art. 110 c.p. quali concorrenti quantomeno da un punto di vista morale. Altra soluzione, meno radicale, potrebbe essere quella di consentire una contestazione alternativa tra reato associativo e reato scopo aggravato dal metodo mafioso, sulla scorta di quanto già svolto in tema di terrorismo dall'art. 1 del D. L. 15 dicembre 1979, n. 625. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 45, infine, propone di introdurre una fattispecie di parte generale parallela all'art. 110 c.p., che acceda ai reati scopo, pensata per incriminare le ipotesi di concorso stabile e non occasionale, o comunque di utilizzare, per incriminare i vertici delle associazioni criminali, la figura della reità mediata tramite apparati proposta da Roxin (c.d. *mittelbare Täterschaft durch organisatorische Machtapparate*), che vede l'autore immediato come semplice ingranaggio inserito nella complessa organizzazione di potere. In questi casi, infatti, a causa della mancanza di contatti tra autore mediato (*Hintermann*) e autore immediato (*Vordermann*), sarebbe molto difficile incriminare il primo a titolo di concorso morale. Del resto, a conferma della non indispensabilità di una fattispecie di parte speciale che incrimini le condotte di associazione per delinquere, molti ordinamenti, anche europei (ad esempio quello tedesco), non prevedono fattispecie corrispondenti a quelle di cui agli artt. 416 e 416-bis c.p., prevedendo, invece, o specifiche circostanze aggravanti, o norme incriminatrici dirette a colpire taluni comportamenti illeciti costituenti attività tipiche delle organizzazioni criminali. Sul punto, M. C. BASSIUNI, *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, in *Ind. pen.*, 1990, pp. 18 ss.; G. FORNASARI, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata: aspetti comparatistici nell'esperienza europea-continentale*, in *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di G. FORNASARI, Padova, 2002, p. 175.

<sup>317</sup> G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 47; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 41.

<sup>318</sup> G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1993, pp. 9 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazioni di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, pp. 289 ss.

<sup>319</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 43. Anche, D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale*, cit., p. 756, manifesta seri dubbi circa il rispetto dei principi di determinatezza e offensività da parte dei delitti associativi.



In primo luogo, non si comprende cosa debba intendersi con l'espressione "fa parte". Se si prende in considerazione la condotta partecipativa semplice, sembra in effetti riscontrarsi un vero e proprio *deficit* di determinatezza. Non è facile comprendere se con tale locuzione sia sufficiente, ai fini dell'incriminazione, manifestare una semplice *affectio societatis*, che non si estrinsechi nell'effettivo esercizio di un ruolo rilevante nell'economia del sodalizio criminoso, o se invece sia necessario fornire un contributo attivo all'esistenza del gruppo, al di là dell'esecuzione dei reati scopo<sup>320</sup>.

In secondo luogo, sotto il profilo strumentale, nel descrivere quando l'associazione può considerarsi di tipo mafioso, l'art. 416-*bis* c.p. fa riferimento all'utilizzo della «forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva». Si tratta, all'evidenza, di una formula alquanto indeterminata, che non consente di valutare con certezza, se non mediante un'analisi di tipo prevalentemente criminologico e sociologico — poco compatibile con le caratteristiche del processo penale —, la sussistenza o meno del relativo elemento.

Ci si è chiesti, al riguardo, se, ai fini dell'integrazione del reato, sia sufficiente che la forza intimidatrice del vincolo associativo possa rientrare nel programma criminoso astratto dell'organizzazione, interpretazione che finirebbe per configurare l'art. 416-*bis* c.p. quale reato meramente associativo; oppure se sia necessario che gli affiliati facciano effettivamente uso dell'intimidazione, interpretazione che renderebbe la norma in esame un «reato associativo a struttura mista», ossia caratterizzato dalla presenza di una attività strumentale esterna e ulteriore rispetto alla semplice associazione<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> G. DE VERO, *I reati associativi*, cit., p. 410, propende per la seconda alternativa. Rispetto alle ipotesi di partecipazione qualificata, invece, l'A. non sembra avere dubbi circa il rispetto del principio di sufficiente determinatezza, trattandosi di condotte i cui profili concettuali e i corrispondenti referenti empirici sono agevolmente descrivibili. Anche la giurisprudenza propende maggiormente per questa seconda alternativa. Al riguardo, cfr., Cass. pen. Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Foro it.*, 2006, II, p. 86, con nota di G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, che chiarisce come risponda di partecipazione colui che è organicamente inserito nel tessuto organizzativo di una associazione con un ruolo stabile e nel contempo espliciti dinamicamente tale ruolo compiendo attività funzionali all'associazione medesima.

<sup>321</sup> G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., pp. 55 s.

Tra le due, ha trovato maggiore riscontro una impostazione intermedia, secondo cui la forza di intimidazione non deve necessariamente consistere nella realizzazione di concreti atti intimidativi, sempre che l'associazione abbia acquisito una fama di violenza e abbia sprigionato intorno a sé una carica autonoma di intimidazione diffusa, tale da provocare assoggettamento e omertà anche a prescindere dall'attuale perpetrazione di concreti atti di violenza o minaccia<sup>322</sup>.

In ogni caso, sono evidenti le difficoltà probatorie relative all'accertamento di siffatto clima diffuso di intimidazione, proprio in quanto esso risulta immanente ai rapporti che la mafia intrattiene con i propri interlocutori, spesso senza manifestarsi in atti esteriori accertabili<sup>323</sup>.

In terzo luogo, il riferimento alla «forza di intimidazione e del conseguente atteggiamento di assoggettamento e di omertà che ne deriva» sembra applicabile solo alle mafie tradizionali, con evidente rischio di esclusione delle cc.dd. nuove mafie che, per non essere già radicate nel territorio, appaiono per definizione carenti di preesistente forza intimidatrice<sup>324</sup>.

Anche il principio della personalità della responsabilità penale può risultare compromesso. La possibilità di essere incriminati per il mero fatto dell'associazione ingenera il rischio che ciascun associato venga chiamato a rispondere di risultati addebitabili ora all'intera associazione, ora ad altri componenti individuali, piuttosto che alla propria condotta<sup>325</sup>.

Dalla contrazione che incontrano i principi di offensività, materialità, tassatività e personalità della responsabilità penale, non può che derivare, poi,

---

<sup>322</sup> G. TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984, p. 77 ss.

<sup>323</sup> G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 58.

<sup>324</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2016, p. 485, chiariscono che, ove si tratti di associazioni "nuove" che tentano di introdurre metodi mafiosi, non si vede come l'ambiente esterno possa già avvertire una carica intimidatrice autonomamente scaturente dal vincolo associativo, sicché, rispetto ai sodalizi mafiosi non in senso classico, si dovrebbe parlare, a rigore, non di «forza intimidatrice del vincolo associativo» ma di singoli e concreti atti di intimidazione. In modo simile, G. DE VERO, *I reati associativi*, cit., p. 405, il quale propone, per superare tale *impasse*, di interpretare la fattispecie nel senso di ravvisare un'associazione per delinquere di stampo mafioso in presenza di una pratica attuale e seriale dell'intimidazione, indipendentemente dalla forza del vincolo associativo e del radicamento nel territorio del gruppo.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 49.

anche una attenuazione del principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost. Considerate l'anticipazione della tutela penale, l'adozione di una presunzione di pericolosità derivante dalla mera adesione al gruppo criminale, le limitazioni al contraddittorio e i meccanismi di inversione dell'onere della prova (soprattutto nella scelta di applicazione del regime ordinario o differenziato che presuppone l'assenza di prova del recesso dal gruppo), il principio di presunzione di innocenza, inteso come regola di giudizio, non può che risultarne compromesso<sup>326</sup>.

L'art. 416-*bis* c.p. si caratterizza, poi, per un particolare rigore punitivo, conseguente al fatto che il soggetto agente risulta organizzato nell'ambito di una struttura il cui obiettivo è proprio quello di sovvertire l'ordine giuridico preconstituito. Da ciò consegue la previsione di una cornice edittale, a fronte di una condotta ancora lontana dalla commissione dei delitti scopo, che va dai dieci ai quindici anni per i soli partecipi, e dai dodici ai diciotto anni per promotori, direttori, organizzatori e capi, oltre alla previsione di un consistente numero di circostanze aggravanti.

### **8.2.2. La torsione delle regole processuali.**

Altro carattere del diritto penale del nemico, che può efficacemente essere riscontrato nell'ambito dei reati associativi di stampo mafioso, è rappresentato dalla distorsione delle regole processuali a danno dei diritti di difesa previsti dal nostro ordinamento nei confronti dell'imputato.

Va premesso che, se da un lato uno Stato ha il diritto e il dovere di tutelarsi nei confronti dei fenomeni criminali, d'altro lato ciò non deve avvenire con il pregiudizio delle garanzie del giusto processo, che rappresentano condizione vitale dello Stato di diritto.

Innanzitutto, in tema di attività di indagine, è stata introdotta con il D. Lgs 29 dicembre 2017, n. 216 la possibilità di svolgere attività di inter-

---

<sup>326</sup> Sul punto, M. CATERINI, *Il diritto penale del nemico presunto*, in *Politica del diritto*, 2015, pp. 649 ss.

cettazione mediante il c.d. captatore informatico. Si tratta di un sistema che consente di inviare da remoto un *virus* autoinstallante su qualsiasi apparecchio digitale al fine di ottenere la captazione dei dati in partenza e in arrivo sul dispositivo; l'acquisizione di conversazioni; l'attivazione del microfono; l'attivazione della fotocamera; la perquisizione dell'*hard disk*, etc.<sup>327</sup>.

Si tratta, da un lato, di un mezzo di ricerca della prova particolarmente invasivo e gravemente lesivo del diritto alla riservatezza e alla difesa, in quanto consente l'ispezione/perquisizione del dispositivo intercettato aggirando *in toto* le garanzie difensive previste per le tradizionali forme di ispezione, perquisizione e sequestro; dall'altro di un sistema, già di per sé invadente, che prevede un diverso binario rispetto ai delitti associativi<sup>328</sup>. Inizialmente, infatti, la sentenza Scurato<sup>329</sup> aveva ammesso l'utilizzabilità dei risultati acquisiti con il *Trojan* solo ai reati di criminalità organizzata e non anche ai reati comuni, stante l'impossibilità di coniugare la natura itinerante dello strumento investigativo con l'esigenza del Gip di predeterminare nel decreto autorizzativo eventuali luoghi di privata dimora. Con il decreto legislativo 216/2017, invece, nel modificare l'art. 266 c.p.p., è stato esteso l'ambito di applicabilità del captatore ai reati comuni, purché in luoghi diversi da quelli di cui all'art. 614 c.p., mentre, rispetto ai delitti di criminalità organizzata, l'utilizzo del *malware* è sempre consentito indipendentemente dal luogo ove si debba svolgere la captazione.

Analogamente, possono intravedersi le logiche distorsive del "doppio binario" in tema di intercettazioni telefoniche e ambientali in genere. In primo luogo, non è richiesta la presenza di gravi indizi di reato e la assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini di cui all'art. 267, co. 1, c.p.p., ma è sufficiente, ai sensi dell'art. 13, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, che vi siano «sufficienti indizi» e che esse risultino anche solo «necessarie per lo svolgimento delle indagini in relazione a un delitto di criminalità organizzata». In secondo

---

<sup>327</sup> L. PALMIERI, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma delle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, p. 60.

<sup>328</sup> *Ibidem*, pp. 60 s.

<sup>329</sup> Cass. pen. Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 76.

luogo, se le intercettazioni ordinarie sono ammesse nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. solo se vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa, detto limite non sussiste nell'ambito di procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata. Pure la durata delle intercettazioni è maggiore, potendo essere disposte per un termine massimo di quaranta giorni, anziché quindici, prorogabili per ulteriori venti giorni, anziché quindici<sup>330</sup>.

E' chiara la disparità di trattamento investigativo tra delinquente comune e delinquente qualificato.

Con riferimento, invece, alla misura della custodia cautelare in carcere, che ha certamente un valore anche simbolico per il suo porsi in contrasto con il diritto alla libertà personale, si è passati dalla regola della *extrema ratio*, così come sancita nell'art. 275, co. 3, primo periodo, c.p.p., alla regola opposta<sup>331</sup>. Il secondo periodo del medesimo articolo sancisce, infatti, che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ad alcune fattispecie delittuose, tra cui l'art. 416-*bis* c.p., si applica la custodia cautelare in carcere salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, con evidente inversione dell'onere probatorio al riguardo.

---

<sup>330</sup> Sul punto, A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., pp. 405 s., ricorda, inoltre, come le proroghe delle intercettazioni, nell'ambito dei procedimenti in tema di criminalità organizzata, possano essere disposte direttamente dal Pubblico Ministero, e che questi, unitamente all'ufficiale di polizia giudiziaria, a differenza del regime ordinario, possano farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria.

<sup>331</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 88 ss. *Contra*, F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 142, secondo il quale la custodia cautelare in materia di contrasto alla criminalità organizzata e del terrorismo dovrebbe svolgere non solo una funzione "servente" rispetto al processo ma soprattutto una funzione preventiva della futura commissione di fatti offensivi di beni giuridici primari, così consentendo la tempestiva neutralizzazione di soggetti pericolosi prima che essi possano ancora accingersi a realizzarli. Sulla natura preventiva della custodia di sicurezza, già, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 20, secondo il quale, per l'imputato "persona" questa misura rappresenterebbe un mero strumento di coazione fisica. Esso diventerebbe necessario, invece, nei confronti di un individuo che si comporti come nemico. Sul passaggio dal criterio della *extrema ratio* all'opposta regola in tema di custodia cautelare, vd. anche, A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., pp. 408 ss., il quale ricorda come siffatta disciplina sia passata indenne dal vaglio della Corte Costituzionale, la quale, con un'ordinanza di manifesta infondatezza, giudicata laconica e sbrigativa, ha chiarito che la previsione legale di adeguatezza della sola misura della carcerazione preventiva è cosa differente dal potere affidato al giudice di valutare, nel caso concreto, la sussistenza delle esigenze cautelari.

Ne discende un trattamento più severo nei confronti di soggetti che, quali imputati, devono vedere ancora accertata la propria responsabilità penale, ma che recano tuttavia lo stigma della presunzione di appartenenza ad una associazione criminale di stampo mafioso.

Con riferimento all'esplicazione del contraddittorio dibattimentale, momento che rappresenta il fulcro del processo di tipo accusatorio dato che ivi dovrebbe formarsi la prova nella dialettica perfettamente paritaria tra accusa e difesa, si osservi come all'art. 238 c.p.p. era stata inserita, da parte della legge 356/1992<sup>332</sup>, la possibilità di acquisire i verbali di prova provenienti da altri procedimenti, a prescindere dal consenso delle parti, in rapporto a prove assunte nell'incidente probatorio o in dibattimento<sup>333</sup>. Proprio l'esigenza di garantire il contraddittorio delle parti, trattandosi di prove alla cui assunzione esse non hanno potuto partecipare, aveva indotto il legislatore a prevedere il diritto all'esame dibattimentale dei testimoni e degli imputati che avessero rilasciato le dichiarazioni di cui ai verbali acquisiti. Una vistosa eccezione era prevista però, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., in caso di fatti attinenti alla criminalità organizzata, dal momento che, in ipotesi siffatte, l'esame dibattimentale dei testimoni veniva ammesso solo se il giudice lo avesse ritenuto assolutamente necessario<sup>334</sup>.

Era evidente l'inflessione che subiva il diritto al contraddittorio, e come, per i delitti di stampo mafioso, si potesse addirittura pervenire all'acquisizione e all'utilizzazione di prove formate in altri processi senza che i difensori avessero potuto, se non nel caso di una autorizzazione discrezionale e meramente eventuale del giudice, esaminare coloro che avessero reso le dichiarazioni che componevano quelle prove.

---

<sup>332</sup> Cfr. P. RIVELLO, *Commento all'art. 3 l. n. 356/1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, pp. 46 ss.

<sup>333</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 103.

<sup>334</sup> Sul punto, criticamente, G. D. PISAPIA, *Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 15; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, pp. 258 s.; G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo penale di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 49; V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. GREVI, Bari, 1993, pp. 30 ss.

Al fine di circoscrivere la evidente contrazione del diritto al contraddittorio, l'art. 190-*bis* c.p.p. è stato modificato dalla legge 7 agosto 1997, n. 267, grazie alla quale il potere del giudice di respingere la richiesta di nuova assunzione del mezzo di prova perché non assolutamente necessario è stato circoscritto al solo caso in cui il difensore avesse comunque partecipato all'assunzione di tali dichiarazioni. La norma è stata, poi, interpolata dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, attuativa del giusto processo, che ha consentito l'esame dei testi e delle persone imputate in procedimenti connessi che avessero già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni stesse vanno utilizzate, o i cui verbali sono stati acquisiti *ex art.* 238 c.p.p., non solo laddove ritenuto necessario, ma anche qualora l'esame riguardi fatti e circostanze diversi da quelli oggetto del giudizio in questione.

L'art. 238 c.p.p., parimenti, è stato modificato mediante l'introduzione di un comma 2-*bis*, ai sensi del quale i verbali di prova di altri procedimenti possono essere acquisiti al processo solo se il difensore dell'imputato ha partecipato all'assunzione della prova<sup>335</sup>.

Si tratta di interventi che certamente hanno tentato di garantire un maggiore rispetto del principio del contraddittorio, prima evidentemente eluso, senza però pervenire ad un suo pieno rispetto, considerato che, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., l'esame dei testimoni e degli imputati di reato connesso, in determinati casi, potrà comunque non avvenire.

Il diritto alla difesa viene messo a dura prova, inoltre, dalla previsione di una presunzione assoluta di necessità di segretezza delle indagini legata alla natura del reato, rispetto ai delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., tra cui appunto i delitti di associazione mafiosa, per i quali le attività investigative possono svolgersi fino al limite di due anni senza che l'indagato ne venga a conoscenza<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> In questi termini, A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., pp. 411 ss.

<sup>336</sup> Sui presenti rilievi critici, V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 18 ss.; G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, cit., pp. 45 s.

### 8.2.3. Le “scorciatoie probatorie”.

Vi sono poi alcune “scorciatoie probatorie”<sup>337</sup> che danno maggiore risalto all’esistenza di un doppio binario, a seconda che si tratti un imputato per un reato ordinario, o un imputato per un reato di stampo mafioso. Tra di esse compare, primariamente, la collaborazione di giustizia.

Considerata la scarsa determinatezza dei delitti associativi, risulta alquanto complicato pervenire alla dimostrazione dell’esistenza dell’associazione mediante prove diverse da quelle testimoniali<sup>338</sup>. Da qui un’amplissima valorizzazione della collaborazione giudiziale, quale mezzo per ottenere la condanna degli imputati *ex art. 416-bis c.p.*

Ben note sono le distorsioni che si registrano al riguardo, *in primis*, circa il valore da attribuire ad una chiamata in correità in presenza di rilevanti ragioni di inquinamento<sup>339</sup>, come desumibili dagli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. pen., il primo dei quali esclude i detenuti per delitti di cui all’art. 416-*bis* c.p. dall’applicazione dei benefici penitenziari, a meno che non abbiano collaborato con la giustizia, e il secondo dei quali esclude dalla possibilità di sospendere le regole trattamentali ordinarie solo coloro nei confronti dei quali può ritenersi non vi sia più alcun legame con l’organizzazione criminale di riferimento, ossia, primariamente, per aver intrapreso un percorso collaborativo.

Si noti, infatti, come alla scelta collaborativa siano collegati benefici di rilevanza tale da rendere arduo il discernimento tra scelta interessata e scelta disinteressata, scelta genuina e affidabile, e scelta artefatta e inaffidabile<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Tale espressione è utilizzata da, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 48.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>339</sup> A. BEVERE, *La chiamata del correo nel processo penale*, Milano, 1993, pp. 57 ss.

<sup>340</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 108, osserva come, pur avendo la giurisprudenza elaborato alcuni requisiti di valutazione dell’affidabilità della chiamata in correità, e cioè l’immediatezza del ravvedimento, costanza e reiterazione dell’accusa, attendibilità, verosimiglianza, circostanziata e univoca articolazione di quanto affermato, sarebbe opportuno limitare l’utilizzo di modelli di apparente riscontro che si autolegittimano, e attestarsi su collaudate e garantite metodologie conoscitive, fondate su regole di esperienza, su norme di legge e principi costituzionali.



Da qui l'esigenza di un uso più limitato e circoscritto dell'istituto, al fine di evitare distorsioni del sistema dimostrate dai diffusi fenomeni di recidiva dei collaboranti e di fulmineo pentimento, immediatamente dopo la cattura.

Altra scorciatoia probatoria è rappresentata dalle misure di prevenzione<sup>341</sup>. Esse, come noto, sono misure legate al sospetto<sup>342</sup>, e richiamano fortemente l'idea di una sanzione che colpisce per il modo di essere e per lo stile di vita, piuttosto che per la commissione di un fatto, nella logica escludente del diritto penale del nemico. Esse si applicano (anche) nei confronti di coloro che siano indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p.<sup>343</sup>.

Ciò consente l'adozione di misure comunque limitative della libertà personale, come la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo di soggiorno, sulla base di un regime probatorio rigorosamente presuntivo e fortemente deteriore rispetto a quello necessario per pervenire ad una condanna in sede penale.

Si è osservato, al riguardo, che, qualora dovessero emergere elementi fattuali integranti veri e propri indizi di colpevolezza, ciò sarebbe sufficiente per l'attivazione del processo penale al posto del procedimento di prevenzione<sup>344</sup>. Se ciò non avviene, o se comunque si ammette la contemporanea presenza di processi penali e di prevenzione basati essenzialmente sugli stessi fatti (con evidenti profili di frizione con il principio del *ne bis in idem*), è perché questi, essendo caratterizzati da un onere probatorio molto meno gravoso — stante la necessità di provare la sola pericolosità del proposto —, fungono da sostitutivi di vere e proprie fattispecie criminose risultate inapplicabili in sede penale per l'assenza dei necessari riscontri<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> Per un'ampia e completa disamina dell'istituto delle misure di prevenzione, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019.

<sup>342</sup> D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale*, cit., p. 753, qualifica i sottoposti a misure di prevenzione quali stereotipo del diritto penale del nemico.

<sup>343</sup> Ar. 4, D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e succ. mod.

<sup>344</sup> G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, pp. 364 ss.

<sup>345</sup> G. FIANDACA, *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Legisl. pen.*, 1989, p. 24, secondo il quale le misure di prevenzione antimafia rappresenterebbero una vera e propria "truffa delle etichette".

Anche le misure patrimoniali, al pari di quelle personali, possono essere adottate sulla base di semplici indizi e sospetti. In particolare, l'art. 20 del codice antimafia prevede la possibilità di disporre il sequestro dei beni del proposto quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Si tratta, dunque, di profili meramente indiziari che possono condurre all'adozione di un provvedimento finalizzato alla successiva confisca dei medesimi beni. Di qui la evidente discrasia tra apparato probatorio certamente ridotto rispetto al processo penale, e la natura definitiva ed evidentemente sanzionatoria della confisca di prevenzione<sup>346</sup>.

#### **8.2.4. Il “doppio binario” penitenziario.**

Anche il regime penitenziario, a sua volta, presenta dei caratteri di diversità che fanno propendere per la qualifica del mafioso in termini di nemico, piuttosto che di cittadino.

Come già accennato, l'art. 4-*bis* ord. pen. esclude dalla fruizione dei benefici penitenziari, tranne la liberazione anticipata, alcune categorie di soggetti, tra cui, appunto, i detenuti e gli internati per delitti di associazione mafiosa, a meno che non collaborino con la giustizia.

Allo stesso modo, l'art. 41-*bis* ord. pen. attribuisce al Ministro della giustizia, quando ricorrono gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza, tra cui misure effettivamente limitative di diritti della persona di stampo costituzionale.

#### **8.2.5. Il 41-*bis* come pietra del mosaico che raffigura il mafioso come nemico.**

---

<sup>346</sup> Si veda la nota n. 221.

Dalla presente disamina emerge come nei confronti degli appartenenti ad associazioni criminali di stampo mafioso vi sia un regime totalmente diverso rispetto a quello ordinario, a partire dalla formulazione legislativa del precetto penale fino alla disciplina del trattamento penitenziario, passando attraverso la gestione del processo, regime che, all'evidenza, si pone in netta antitesi rispetto al diritto penale del cittadino. La semplice adesione o partecipazione ad un'associazione di stampo mafioso determina infatti un etichettamento<sup>347</sup> del soggetto agente, il quale acquisisce così uno *status* peculiare che legittima un trattamento differenziato secondo la logica del doppio binario, dell'esclusione, della lotta, della neutralizzazione.

Per questi motivi, l'art. 41-*bis* ord. pen. può essere ricompreso tra quegli istituti che concorrono a configurare, rispetto ai membri di un'associazione per delinquere di stampo mafioso, un diritto penale del nemico.

Alla base di tale regime differenziato vi sono sicuramente esigenze di contrasto a un fenomeno che denota particolare allarme sociale e che lede nelle fondamenta lo Stato di diritto. Ciò può dunque legittimare una anticipazione della tutela alla criminalizzazione di atti preparatori<sup>348</sup>, anche astrattamente neutri, come la semplice adesione ad un gruppo organizzato, essendo condivisibile l'assunto per cui la mera esistenza di un'organizzazione stabile costituita al fine di realizzare un programma criminale indefinito, mette in pericolo l'ordine giuridico costituito. Del resto, il nostro ordinamento penale ammette di frequente l'incriminazione di atti preparatori: si pensi alle fattispecie di istigazione e cospirazione in materia di reati contro la personalità dello Stato (artt. 302 e 304 c.p.); alle fattispecie di pubblica istigazione e apologia (414 c.p.); alle condotte di arruolamento e addestramento con finalità di terrorismo (270-*quater* c.p.).

Anzi, è proprio la presenza nel nostro sistema penale di forme di anticipazione della tutela che consente un'efficace prevenzione di quei reati che cos-

---

<sup>347</sup> Sul concetto di etichettamento, A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, cit., p. 7.

<sup>348</sup> F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 122.

tituiscono lo scopo delle forme più gravi di criminalità organizzata<sup>349</sup>. Fino a quando, dunque, la criminalizzazione anticipata sarà circoscritta alla protezione di beni giuridici di elevato rango costituzionale; fino a quando l'incriminazione sarà idonea allo scopo di tutela di quei beni — ossia quando la fattispecie astratta è formulata in modo tale da abbracciare solo condotte inequivocabilmente pericolose —; fino a quando l'incriminazione sarà necessaria — e quindi insostituibile con strumenti differenti di prevenzione e controllo meno lesivi —, e dunque proporzionata alla finalità di tutela perseguita e alla gravità del fatto commesso, l'anticipazione *de qua* potrà essere considerata ammissibile e costituzionalmente legittima<sup>350</sup>.

Alla semplice anticipazione della tutela non possono, però, sommarsi indiscriminatamente strumenti di contrasto che rischiano di giungere allo scardinamento delle garanzie fondamentali della persona, soprattutto quelle processuali.

Se essere un nemico dello Stato può legittimare un trattamento deteriore in funzione di tutela della pubblica sicurezza, andrebbe esclusa, in primo luogo, una presunzione *a priori* di tale *status*, che viceversa va accertato nel corso del processo, nel rispetto del diritto di difesa e al contraddittorio, pena la dimostrazione dell'interesse dello Stato di pervenire ad una condanna “costi quel che costi” dell'imputato, perché già ritenuto colpevole a partire dal momento dell'etichettamento come nemico. Sicché andrebbero eliminate tutte quelle presunzioni di pericolosità connesse ai reati di criminalità organizzata, la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, e tutte quelle norme processuali che incidono sul diritto al contraddittorio delle parti.

Allo stesso modo, l'esigenza di neutralizzazione del pericolo, se può legittimare modalità di trattamento penitenziario più severe rispetto ad un detenuto ordinario, facendo prevalere la funzione di prevenzione su quella di risocializzazione, non può legittimare l'avallo di prassi in palese contrasto con il

---

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>350</sup> *Ibidem*, pp. 130 ss.

principio di dignità umana, come quei casi in cui la collaborazione processuale può assumere i caratteri di una “estorsione morale”<sup>351</sup>; o quell’interpretazione che legittimava la progressiva restrizione delle ore d’aria fruibili (limite ormai superato); o la mancata predisposizione di percorsi trattamentali ritagliati sulla personalità del detenuto, costume che annulla senza riserve la funzione rieducativa.

In conclusione, la strategia di politica criminale di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso appare, in perfetta aderenza alle logiche del diritto penale del nemico, eccessivamente “costosa” in termini di tutela di principi e diritti fondamentali. Bisogna domandarsi, dunque, se sia la lotta, la guerra, la logica di contrasto e di esclusione, la migliore risposta che può essere data a fenomeni criminali che sicuramente con la guerra giuridicamente intesa non hanno nulla a che vedere. O se, al contrario, una simile risposta non possa sembrare un segno di debolezza, se non, persino, un atto di “abdicazione della ragione”<sup>352</sup>.

Non è forse la risposta “ordinaria” del diritto penale ad avere la massima efficacia e valenza simbolica?

Il diritto e la giurisdizione penale, da un lato, rappresentano il principale strumento per impedire possibili derive intollerabili dello Stato di diritto, quale strumento tendenzialmente trasparente, intessuto di controlli che assicura alla persona la possibilità di difendersi contro le accuse che le vengono mosse. D’altro lato, questo sistema giuridico, vista la possibilità di intervenire in via preventiva grazie a fattispecie che, come visto, incriminano la commissione di atti preparatori, e di adottare approfonditi mezzi d’indagine, può essere considerato uno strumento pienamente efficace nella lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo, al punto da non far sorgere l’esigenza di costituire sistemi alternativi, degiurisdizionalizzati e lesivi dei diritti fondamentali della persona<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> L. EUSEBI, *Ergastolano non collaborante*, cit., p. 1223; G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, cit., p. 1510.

<sup>352</sup> L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico»*, cit., p. 807.

<sup>353</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pp. 680 ss.

A fronte di forme gravi e diffuse di criminalità non va certo esclusa la possibilità di introdurre adeguati correttivi, che si possono porre in tensione con il sistema garantista e il rispetto dei diritti fondamentali per pressanti esigenze di prevenzione, sempre che tale tensione non pervenga mai ad una rottura.

Se, dunque, la reclusione ordinaria non è idonea a recidere i contatti tra esponente e consorteria di riferimento e ad impedire la commissione di reati da dentro il carcere, sarà adeguato e opportuno introdurre regimi detentivi *ad hoc*, il cui limite sarà però quello della tutela in concreto della dignità della persona e del diritto ad un percorso trattamentale, e sempre che siffatte limitazioni siano comunque applicate per il tempo strettamente necessario.

Del resto, il sistema della lotta al nemico, da un lato, non è efficace, e, dall'altro, presenta costi eccessivi. E' evidente, infatti, come l'obiettivo di raggiungere una sicurezza assoluta, di creare una società a "rischio zero" è un'utopia, e i costi in termini di risorse impiegate e di diritti lesi sarebbero veramente insostenibili<sup>354</sup>.

Riteniamo che lo Stato, nell'affrontare i delitti più gravi, debba garantire in ogni caso il rispetto dei diritti fondamentali di ogni persona, senza poter pervenire alla costruzione di categorie soggettive che legittimano l'esclusione o la sospensione di determinate garanzie sostanziali e processuali. Diversamente si registrerebbe una contraddizione intrinseca nel fondamento democratico dello Stato che presuppone la tutela di siffatti principi e diritti, a fronte della legittimazione di pratiche elusive degli stessi, che rendono lo Stato non tanto diverso dai suoi antagonisti, al punto da perdere la propria legittimazione democratica,

---

<sup>354</sup> W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2006, p. 143, osserva come nemmeno un diritto penale orientato al paradigma della sicurezza è in grado di garantire sempre la sicurezza.

sociale e costituzionale<sup>355</sup>. Sono, invece, le politiche sociali, prima, e un intervento penale rispettoso della sua funzione di sussidiaria<sup>356</sup> e rigidamente ancorato ai suoi principi e valori fondamentali, poi, a svolgere un ruolo, rispettivamente, preventivo e repressivo, che possano dirsi perfettamente in linea con uno Stato che riconosca indistintamente ad ognuno i diritti fondamentali, tra cui spiccano il diritto di difesa, il diritto ad un trattamento rieducativo, e il rispetto del principio di legalità nelle sue varie accezioni.

La lotta al crimine organizzato non deve avvenire tanto *all'interno* del processo derogando ai principi fondamentali e pregiudicando l'accertamento dei fatti, quanto *al di fuori* del processo, garantendo una maggiore presenza dello Stato nei territori e settori maggiormente esposti a rischi di infiltrazioni mafiose, nonché in fase pre-giudiziale, attraverso il potenziamento dei mezzi di indagine, sia perché la figura dell'indagato non è presidiata dalle medesime garanzie di quelle di cui gode la figura dell'imputato<sup>357</sup>, sia per evitare che le carenze probatorie si riverberino in un trattamento deteriore di questo.

Neanche la logica dello Stato di eccezione o di emergenza può valere, rispetto ai reati associativi, a legittimare deroghe a siffatti principi, dal momento che essa non può avere carattere strutturale, indefinito e potenzialmente perenne<sup>358</sup> ma deve conoscere meccanismi di attivazione, controllo, verifica e limitazione simili a quelli previsti dall'art. 15 CEDU o dall'art. 4 PIDU, e, so-

---

<sup>355</sup> In un commento pubblicato *on-line* sulla pagina Facebook di Pietro Grasso, l'ex magistrato e politico italiano, riguardo l'atteggiamento che i rappresentanti delle istituzioni statali devono adottare nei confronti di coloro che hanno commesso crimini anche particolarmente efferati, scrive: «Quando arrestammo Bernardo Provenzano, o quando interrogai Giovanni Brusca, mi trovai davanti uomini che avevano commesso le stragi, fatto uccidere colleghi e amici, progettato il mio omicidio e il rapimento di mio figlio. Potete immaginare il mio stato d'animo. Ho sempre avuto chiaro però quale fosse il mio ruolo: quello di rappresentante dello Stato. A Provenzano, catturato dopo quarantatré anni di latitanza, la prima cosa che chiesi fu: "ha bisogno di qualcosa?"; rispose che aveva bisogno di un'iniezione per curare la sua malattia, e rapidamente trovammo il modo di fargliela. Gli dimostrammo la differenza tra noi e loro: non ci si abbassa mai al livello dei criminali che si combattono, non ci sono e non devono esserci eccezioni. Questo significa essere uomini e donne al servizio dello Stato [...]».

<sup>356</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 686.

<sup>357</sup> A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 412, osserva come la diversificazione della normativa processuale relativa ai delitti di criminalità organizzata deve essere confinata a un livello inferiore a quello presidiato da garanzie fondamentali, le quali, come tali, devono essere riconosciute a tutti gli imputati.

<sup>358</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

prattutto, deve poter cessare venuta meno la situazione eccezionale. Deve essere individuato, in primo luogo, un nucleo duro di diritti fondamentali non negoziabili, in quanto relativi al cuore dello Stato liberale di diritto e dunque sottratti a qualsivoglia bilanciamento<sup>359</sup>, per poi consentire, entro il perimetro dei presupposti temporali e situazionali sopra indicati, il restringimento di quegli altri diritti che oppongono minori resistenze al bilanciamento, e che ben potranno essere derogati in situazioni di emergenza<sup>360</sup>.

Lo stesso concetto di “doppio binario”, sebbene si ponga quale carattere permanente dell’impianto punitivo, richiama l’affiancamento alla disciplina ordinaria di un regime speciale che, in tanto può derogare ai principi del sistema, in quanto si ponga in relazione a fenomeni temporalmente circoscritti<sup>361</sup>.

La risposta, in definitiva, è tanto più efficace, quanto più è asimmetrica rispetto al crimine. Se, invece, si imposta secondo logiche ad esso simmetriche, si rischia di intraprendere una “guerra infinita” che non può avere né vincitori né vinti<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Si può prendere come punto di riferimento l’art. 15 CEDU che esclude qualsiasi deroga, persino in tempo di guerra, al diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura, a non essere ridotti in schiavitù, e al principio di legalità della pena sotto i profili della irretroattività e della prevedibilità della pena.

<sup>360</sup> F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pp. 687 ss.

<sup>361</sup> A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., p. 395.

<sup>362</sup> L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico»*, cit., p. 808.



## CAPITOLO II

### Struttura e contenuto dell'art. 41-bis ord. pen.

SOMMARIO: 1. I destinatari del provvedimento. — 1.1. La posizione di detenuto o internato. — 1.2. Il cumulo di pene o di titoli detentivi. — 1.3. Il ruolo del detenuto all'interno della conserteria. — 1.4. La capacità di collegamento con un'associazione criminale, terroristica o eversiva. — 1.5. L'art. 41-bis e i *crimina iuris gentium*. — 2. Il procedimento applicativo. La competenza. — 2.1. La fase istruttoria. — 3. La durata e la disciplina della proroga — 3.1. L'onere di motivazione del provvedimento di proroga. — 3.2. Questioni interpretative in tema di proroga. — 4. Il contenuto. — 4.1. Le singole restrizioni. La disciplina dei colloqui con i familiari. — 4.1.1. I colloqui con il difensore. — 4.2. La censura della corrispondenza. — 4.3. Le altre restrizioni conseguenti all'applicazione del 41-bis. — 4.4. Una norma di chiusura: l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna. — 5. La partecipazione al dibattito a distanza. — 6. L'accesso alle sezioni speciali da parte del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. — 7. Il procedimento per reclamo. — 7.1. I poteri di cognizione del Tribunale di sorveglianza. — 7.2. Il ricorso per cassazione — 7.3. La rinnovazione del provvedimento ministeriale.

#### 1. I destinatari del provvedimento.

Una volta chiarite *ratio* e funzioni del regime detentivo speciale, si può passare all'analisi delle componenti soggettive ed oggettive dell'istituto, in modo da comprenderne portata, modalità operative e limiti.

Trattandosi di un provvedimento *individualizzato*<sup>1</sup>, nel senso che colpisce ben determinate categorie di soggetti, risulta assolutamente preliminare individuare i possibili destinatari di questa misura di estremo rigore, per potere poi passare all'esame del suo contenuto, ormai quasi totalmente predeterminato dal legislatore.

Con riferimento al primo profilo, l'art. 41-bis, al comma secondo, fa riferimento ai *detenuti* o *internati* per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis ord. pen. o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso.

Proprio per la particolare severità del regime, il nucleo di destinatari va necessariamente circoscritto a coloro che rappresentino realmente un pericolo per la pubblica sicurezza, delimitazione avvenuta attraverso il riferimento a un elenco di reati gravi, descritti appunto dal primo comma, primo periodo, del-

---

<sup>1</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 451, osserva come la individualizzazione rappresenta una netta cesura rispetto tanto al vecchio art. 90, quanto al comma 1 del medesimo art. 41-bis, entrambe rivolte genericamente a istituti o a porzioni di istituto.

l'art. 4-*bis*. Si tratta di un elenco composito ed eterogeneo, formatosi per successive stratificazioni, com'è tipico della legislazione di emergenza, alle cui tradizionali figure di reati associativi si sono con il tempo affiancate anche fattispecie delittuose di stampo individuale. Non è stata, però, una scelta irrazionale, essendo essa mirata all'estensione della misura a coloro che, pur non essendo stati condannati per delitti di associazione mafiosa o di terrorismo, hanno commesso reati che con tali fattispecie sono strettamente connessi, e ne sono frequentemente estrinsecazione delle potenzialità economiche<sup>2</sup>. Va dunque escluso il rischio prospettato dalla dottrina<sup>3</sup> di applicare l'istituto anche a soggetti isolati, dovendo comunque il presupposto del titolo di reato essere rinforzato dalla sussistenza della concreta capacità del detenuto di mantenere contatti con le organizzazioni criminali esterne. Ecco che ai tradizionali delitti commessi per finalità di terrorismo anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, ovvero di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, si sono aggiunti i delitti di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.); tratta e commercio di schiavi (artt. 601, 602 c.p.); sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi (art. 291-*quater* D.P.R. 43/1973); associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 T.U. Stup.); induzione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione minorile e di pornografia minorile (art. 600-*bis*, co. 1, e 600-*ter*, co. 1 e 2 e c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.)<sup>4</sup>; favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

---

<sup>2</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 209 s.

<sup>3</sup> D. PETRINI, *Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 246.

<sup>4</sup> Ipotesi inserite nell'art. 4-*bis* dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38.

Non stupisce, quindi, l'estensione del regime derogatorio anche a siffatte figure delittuose<sup>5</sup>. E' noto, invero, come la tratta di persone, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il traffico di stupefacenti e di tabacchi di contrabbando, il favoreggiamento della prostituzione siano attività economiche delittuose nella quasi esclusiva titolarità della criminalità organizzata<sup>6</sup>.

Si instaura così un forte parallelismo tra art. 4-*bis* e art. 41-*bis* ord. pen.: il primo, determinando un rigido divieto di concessione di benefici penitenziari nei confronti di coloro che commettono i gravi delitti ivi indicati e che presentano il rischio di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, è chiara espressione del doppio binario sanzionatorio; il secondo, applicabile a un sottinsieme dei destinatari dei divieti di cui al 4-*bis* (ossia a coloro che abbiano commesso i cc.dd. reati di prima fascia), rinforza questo doppio binario, istituendo un regime detentivo *ad hoc*.

Il riferimento al titolo di reato, quale presupposto funzionale all'individuazione dei destinatari del regime detentivo speciale, è stato oggetto, come già si è avuto modo di osservare, di attenzione da parte della Corte Costituzionale<sup>7</sup>. Si era posto il problema, infatti, se l'applicazione del regime derogatorio discendesse automaticamente dal titolo di reato indicato nella condanna o nell'imputazione, o se fosse necessario un *quid pluris*. Il giudice delle leggi ha chiarito come l'istituto si fondi non già astrattamente sulla fattispecie oggetto di imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti con il

---

<sup>5</sup> Nonostante la progressiva estensione dell'elenco di reati contenuti nella prima fascia dell'art. 4-*bis*, si osservi come, allo stato, il regime derogatorio ex art. 41-*bis* viene applicato nella maggior parte dei casi a soggetti detenuti per reati ex art. 416-*bis*. Dal Rapporto sul regime detentivo speciale - Indagine conoscitiva sul 41-*bis*, del marzo 2018, realizzato dalla Commissione straordinaria per la promozione e la tutela dei diritti umani presso il Senato della Repubblica, è emerso che, nell'anno 2017, su un totale di 730 ristretti a regime di 41-*bis*, 678 di essi erano detenuti ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p., mentre nessuno per delitti di matrice sessuale.

<sup>6</sup> A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in *Il Pacchetto sicurezza 2009*, cit., pp. 338 s.

<sup>7</sup> Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit. Il problema derivava dall'ambigua formulazione della norma che, facendo riferimento a generici motivi di ordine e sicurezza pubblica, rischiava di ricondurre la scelta di applicare o meno il regime ex art. 41-*bis* unicamente al titolo di reato contestato. La Corte Costituzionale, con la sentenza in esame, ha fornito però una interpretazione costituzionalmente orientata, ricollegando i motivi di ordine e sicurezza all'esigenza di impedire i collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza del detenuto, così dando maggiore spessore ai relativi presupposti di applicazione e contestualmente sgravando la condizione applicativa del titolo di reato di un onere che non gli compete.

gruppo di riferimento, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo un indice.

Ne consegue che il titolo di reato costituisce un semplice presupposto di applicazione, un mero indizio della pericolosità del detenuto, necessario ma di per sé insufficiente ai fini dell'applicazione del carcere duro.

Un altro problema interpretativo è posto, poi, dallo stesso art. 41-*bis* nella parte in cui estende l'applicabilità del regime derogatorio non solo nei confronti di coloro che abbiano commesso un delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., ma anche a coloro che, pur non essendosi visti contestare un reato c.d. "ostativo", ossia ricompreso nell'elenco di cui all'art. 4-*bis*, abbiano comunque commesso un delitto avvalendosi delle *condizioni* o al fine di *agevolare* l'associazione di tipo mafioso. Il problema si pone in quanto siffatta locuzione riprende pedissequamente la formulazione dell'art. 7, D. L. 13 maggio 1991, n. 152, che introduce una circostanza aggravante per i delitti, appunto, commessi con modalità di stampo mafioso<sup>8</sup>.

Ci si è chiesti, dunque, se fosse necessaria la formale contestazione della circostanza aggravante *ex art. 7* per autorizzare l'applicazione del 41-*bis* anche a coloro che non fossero stati condannati o imputati per un delitto di prima fascia, o se fosse sufficiente, alla luce di una interpretazione sostanziale della norma, che la condotta, a prescindere dalla formale contestazione, fosse connotata da modalità o finalità di agevolazione mafiose<sup>9</sup>.

Al riguardo, i Tribunali di sorveglianza<sup>10</sup>, alla luce di una interpretazione restrittiva della fattispecie, hanno annullato di volta in volta i decreti di applicazione dell'istituto per la mancata contestazione formale dell'aggravante

---

<sup>8</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 90 s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., pp. 130 s.; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 212 ss.

<sup>9</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 453; S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, cit., p. 724.

<sup>10</sup> Trib. Sorv. Perugia, 15 aprile 2003, ord. n. 600, ove si afferma: «è appena il caso di evidenziare che gli altri reati per i quali è intervenuta la predetta condanna non risultano essere stati contestati al reclamante con l'aggravante di cui all'art. 7, L. n. 203/91». Vd. anche Trib. Sorv. Torino, 13 giugno 2003, ord. n. 3390, nonché, Trib. Sorv. Perugia, 18 giugno 2003, ord. n. 977, con la quale è stato annullato il regime *ex art. 41-bis*, perché non era stata contestata l'aggravante del metodo mafioso, nei confronti di uno degli autori delle strage di Via d'Amelio.

del metodo mafioso<sup>11</sup>. La giurisprudenza di legittimità<sup>12</sup>, invece, ha adottato una soluzione opposta, ritenendo dovesse aversi riguardo alla qualificazione sostanziale e alle caratteristiche del reato, e soprattutto al contesto in cui il fatto è commesso. Secondo la Cassazione, il riferimento alla finalità mafiosa costituisce una particolare qualificazione soggettiva (dolo specifico) che si aggiunge alla figura delittuosa tipica e non ne costituisce necessariamente elemento circostanziale. Diversamente, si sarebbe corso il rischio di vedersi preclusa la possibilità di applicare l'istituto, nonostante la commissione di reati strettamente connessi a contesti mafiosi, solo per la mancata contestazione della circostanza aggravante del metodo mafioso per motivi strategici, per negligenza, o anche solo per l'aver commesso il fatto in un momento anteriore all'introduzione della stessa<sup>13</sup>. Tale soluzione interpretativa era poi avallata da quell'orientamento giurisprudenziale<sup>14</sup> che riteneva la circostanza aggravante *ex art. 7* compatibile solo con i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo. Da ciò conseguiva che un delitto punito con la pena della reclusione a vita e commesso con evidenti modalità mafiose, non avrebbe consentito l'applicazione del regime derogato-

---

<sup>11</sup> S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 24, anticipando l'interpretazione funzionale poi adottata dalla giurisprudenza di legittimità, già criticava tale soluzione ermeneutica, in quanto in contrasto con la lettera della norma che si limitava a richiamare le caratteristiche del reato, senza espressamente richiedere la contestazione formale dell'aggravante del metodo mafioso. L'A. osservava, inoltre, come una interpretazione eccessivamente formalista, avrebbe posto surrettiziamente un *terminus post quem* di applicazione dell'istituto, precludendone l'applicazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d. l. 203/91.

<sup>12</sup> Cass. pen. Sez. I, 5 settembre 2007, n. 34022, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 26 novembre 2004, n. 46068, in *Pluris*.

<sup>13</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 91.

<sup>14</sup> Secondo un primo orientamento, di fatto minoritario, il presupposto di applicabilità di detta circostanza, costituito dal fatto che si tratti di delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo, non sussisterebbe ogni qual volta che il delitto dovesse essere astrattamente punibile con tale pena, a nulla rilevando che questa, di fatto, non venga applicata. Cfr. Cass. pen. Sez. I, 14 maggio 2002 n. 28418, rv. 222119, Cass. pen. Sez. I, 7 marzo 2003 n. 12610, rv. 22408. Secondo un opposto orientamento, invece, la condizione è soddisfatta quando, pur essendo astrattamente prevista, per il delitto del quale si accerti la colpevolezza, la pena dell'ergastolo, questa non venga di fatto applicata, per effetto del riconoscimento di circostanze attenuanti o dell'esclusione di circostanze aggravanti. Vedi al riguardo, Cass. pen. Sez. I, 10 gennaio 2002, n. 20499; Cass. pen. Sez. I, 17 gennaio 2006, n. 5651; Cass. pen. Sez. I, 22 dicembre 2006, n. 1811; Cass. pen. Sez. V, 24 ottobre 2006, n. 41332; Cass. pen. Sez. I, 21 novembre 2007, n. 46598; Cass. pen. Sez. I, 4 marzo 2008, n. 14623; Cass. pen. Sez. II, 13 marzo 2008, n. 13492; Cass. pen. Sez. V, 16 maggio 2008, n. 32555. Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale affermando che la circostanza aggravante prevista dall'art. 7 del D.L. n. 152 del 1991 è applicabile comunque ai delitti punibili astrattamente con la pena dell'ergastolo, anche se in concreto viene inflitta una pena detentiva diversa. Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 337, rv. 241576.

rio. Di qui, l'adozione di un'interpretazione funzionale, che, se, da un lato, pone il pericolo di un'estensione non preventivabile *ex ante* dell'istituto<sup>15</sup>, dall'altra, ha l'indiscusso pregio di selezionare, attraverso il criterio della funzionalità della condotta al fine di mafia, solo quei fatti inquadrati nell'orbita della criminalità organizzata<sup>16</sup>.

Questione diversa è costituita dal mancato riconoscimento in sede processuale delle modalità mafiose del reato, nonostante la contestazione dell'aggravante *ex art. 7* nel capo di imputazione. In tal caso, l'esclusione da parte dell'autorità giudicante del nesso tra fatto di reato e modalità mafiose, è chiara dimostrazione dell'insussistenza dei presupposti di applicazione del regime *ex art. 41-bis*<sup>17</sup>.

### **1.1. La posizione di detenuto o internato.**

Con riferimento alla posizione giuridica dei destinatari della misura, l'art. 41-*bis* parla indistintamente di «detenuti e internati», senza fare alcuna distinzione tra detenuti in attesa di giudizio, e detenuti in virtù di una sentenza di condanna definitiva<sup>18</sup>.

In realtà, considerato che nell'ordinamento penitenziario il concetto di detenzione viene utilizzato indistintamente sia per la custodia cautelare che per la reclusione, non vi sono ragioni di sorta per distinguere le due fattispecie anche ai fini dell'applicazione del 41-*bis*.

L'astratto problema interpretativo è stato però risolto positivamente, dal momento che, nella formulazione attuale della norma, il riferimento nel comma 2 ultima parte alla “custodia cautelare”, nel comma 2-*bis* al “pubblico ministero

---

<sup>15</sup> Formula una critica in tal senso, in particolare, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., pp. 453 s. L'A. osserva come ora il regime risulti applicabile non più solo in ragione di specifici delitti indicati dal legislatore, ma per una qualunque ipotesi di reato comune che presenti le caratteristiche descritte.

<sup>16</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 91.

<sup>17</sup> S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 725.

<sup>18</sup> Secondo il Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario (2016/2018) del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, del 7 gennaio 2019, alla data di redazione del presente rapporto, su 748 persone sottoposte a regime detentivo speciale, solo 363 erano detenuti condannati definitivamente, mentre i rimanenti erano in posizione mista o in posizione cautelare, e 5 internati.

che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente”, nonché, ancor più chiaramente nel comma 2-*quater* lett. b), agli “imputati”, sgombrano ogni dubbio circa l’applicabilità dell’istituto anche ai detenuti in attesa di giudizio<sup>19</sup>.

In particolare, il riferimento al “pubblico ministero che procede alle indagini preliminari”, consentirebbe di applicare l’istituto anche agli *indagati*<sup>20</sup>.

D’altro canto, la distinta posizione giuridica appare irrilevante rispetto al fine di recidere qualsivoglia forma di collegamento con l’esterno, pertanto l’applicabilità del regime detentivo di rigore a entrambe le ipotesi di detenzione risulta pienamente coerente con le sue finalità di tutela dell’ordine e della sicurezza che valgono anche nei confronti dei detenuti in attesa di giudizio.

Il riferimento agli imputati pone, però, il problema della compatibilità di siffatto regime con la presunzione di innocenza che va riconosciuta a chi non è stato ancora condannato con sentenza passata in giudicato.

La questione è stata affrontata e risolta dalla stessa Corte Costituzionale<sup>21</sup>, la quale ha ritenuto il regime in questione compatibile con l’art. 27, co. 2, Cost., dal momento che la misura non avrebbe natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l’ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 126; A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 203.

<sup>20</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 455.

<sup>21</sup> Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

<sup>22</sup> L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997*, cit., p. 3188, critica la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale. Da un lato l’A. ritiene che la questione sia stata risolta sbrigativamente, dall’altro osserva come l’applicabilità del 41-*bis* agli imputati, sebbene coerente con la finalità dell’istituto, si esporrebbe a conseguenze paradossali dal momento che la custodia cautelare non prevede alcun tipo di attività o percorso trattamentale, diretto a sostenere gli interessi umani, culturali e professionali degli imputati stessi. ID., *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 455, formula un’ulteriore critica secondo cui l’applicazione del regime *ex art. 41-bis* anche agli indagati sarebbe paradossale essendo la loro posizione giuridica tutta da definire. In ogni caso, l’A. non condivide la soluzione adottata dal Giudice delle leggi, rinvenendo in siffatta soluzione una evidente violazione dell’art. 27, co. 2, Cost. In tal senso vedi anche, L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002*, cit., p. 31.

Infine, anche il riferimento alla posizione degli internati<sup>23</sup>, ossia coloro cui è stata applicata una misura di sicurezza detentiva, ha posto dubbi interpretativi.

L'estensione del regime derogatorio anche agli internati, operata con la riforma del 2002, non è, infatti, del tutto condivisa in dottrina, dal momento che la pericolosità sociale presupposta dall'applicazione di una misura di sicurezza personale non coincide con il concetto di pericolosità sociale cui fa riferimento il 41-*bis*: si è osservato, per esempio, che l'assegnazione a una casa di cura e di custodia o in un ospedale psichiatrico presuppongono situazioni di infermità mentale che mal si conciliano con la capacità di mantenere contatti con l'organizzazione di riferimento<sup>24</sup>.

Probabilmente, la scelta del legislatore è stata quella di ritenere il 41-*bis* non incompatibile *a priori* con la posizione di internato, dal momento che non può essere esclusa nel caso concreto una eventuale capacità di collegamento con l'organizzazione di riferimento.

## **1.2. Il cumulo di pene o di titoli detentivi.**

Ulteriore problema interpretativo che attiene ai presupposti soggettivi di applicazione del regime derogatorio, si pone nei casi di cumulo giuridico o ma-

---

<sup>23</sup> Dal Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario (2016 – 2018), pubblicato il 5 febbraio 2019, è emersa una posizione dei soggetti internati di gran lunga peggiore rispetto ai detenuti *ex art. 41-bis*, nonostante l'esecuzione della pena fosse conclusa. In particolare il Garante dei diritti dei detenuti ha osservato come «le persone erano ristrette con un regime identico a quello delle persone detenute, in condizioni materiali peggiori, all'interno di locali strettamente detentivi e fatiscenti, senza alcuna effettiva proposta di lavoro che giustificasse la denominazione della misura applicata. [...] Le finestre, infatti, erano oscurate con 'gelosie' e reti che impedivano alla luce e all'aria di entrare in maniera adeguata. Nella cosiddetta "Casa di lavoro" le cinque persone internate lavoravano solo per tre o quattro ore al mese, divise in turni di un quarto d'ora o mezz'ora al giorno. Difficile pertanto definirla una "Casa di lavoro". Di fatto le persone internate nella Casa circondariale dell'Aquila erano sottoposte a un regime pressoché identico a quello detentivo speciale».

<sup>24</sup> A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. pen.*, in *Il processo penale tra politica di sicurezza e nuovi garantismi*, cit., pp. 293 s.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 127. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 206, se da un lato condivide le criticità relative all'applicazione del regime derogatorio agli internati assegnati a una casa di cura o custodia o a un ospedale psichiatrico, dall'altro ritiene invece applicabile il 41-*bis* agli internati assegnati a una casa di lavoro o a una colonia agricola, misure di sicurezza destinate a soggetti pienamente imputabili. Considerato che, allo stato, come risulta dal Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex articolo 41-bis* dell'ordinamento penitenziario del Garante nazionale dei diritti dei detenuti del 2019, gli unici internati sottoposti a regime siffatto sono assegnati a case di lavoro, sembra che non vi siano rischi di interpretazioni distorte della norma.



teriale di pene, così come nel caso di cumulo di titoli detentivi. Ci si chiede, in particolare, se sia possibile applicare il regime derogatorio anche laddove sia stata scontata la pena relativa a uno dei delitti di cui al 4-*bis*, e persista o altro titolo di detenzione o altra porzione di pena relativa a un reato non ostativo<sup>25</sup>.

La questione ha registrato orientamenti contrapposti. Una prima corrente giurisprudenziale<sup>26</sup> escludeva questa eventualità estendendo al caso di specie il principio della scindibilità del cumulo giuridico delle pene in ordine alla fruizione dei benefici penitenziari, sancito dalle Sezioni Unite Ronga<sup>27</sup>. Poiché l'istituto della continuazione sarebbe ispirato al principio del *favor rei*, costituirebbe una conseguenza irrazionale e incoerente far seguire all'unificazione fittizia dei reati una conseguenza pregiudizievole per il reo. Ne conseguiva l'annullamento dei decreti ministeriali di applicazione del 41-*bis* per mancanza di titolo detentivo idoneo. L'applicazione del regime detentivo veniva posto, così, in stretta correlazione con l'espiazione della pena per il reato che ne fosse stato presupposto di applicazione<sup>28</sup>.

Un altro orientamento<sup>29</sup>, di fatto prevalente, puntando invece sul principio di unicità delle pene di cui all'art. 76 c.p., perveniva all'opposta soluzione dell'inscindibilità del cumulo, con la conseguente possibilità di applicare il 41-*bis* anche laddove fosse stata scontata quella porzione di pena relativa a un delitto ostativo. Secondo questo filone interpretativo, non si trattava di verificare la permanenza di un ostacolo formale alla applicazione dei suddetti benefici, bensì di accertare se il soggetto, condannato anche per reati compresi in quelli di cui all'art. 4-*bis* e tuttora nelle condizioni di detenuto, potesse essere

---

<sup>25</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 216 ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., pp. 133 ss.; L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 452 s.; S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, cit., pp. 1898 s.

<sup>26</sup> Trib. sorv. Napoli, 6 aprile 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 77, con nota di L. BLASI, Trib. sorv. Perugia, 17 giugno 2003, ord. n. 949; Trib. sorv. Perugia, 18 giugno 2003, ord. n. 977.

<sup>27</sup> Cass. pen. Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14, Ced Rv 214356.

<sup>28</sup> S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis*, cit., p. 726, critica siffatto orientamento in quanto il richiamo alla sentenza Ronga presupponeva un'assimilazione concettuale tra 41-*bis* e 4-*bis*, con conseguente attribuzione al primo della stessa finalità prettamente retributiva tipica del secondo, con conseguente trascuratezza delle evidenti connotazioni preventive del regime derogatorio.

<sup>29</sup> Cass. pen. Sez. I., 18 settembre 2009, n. 41567, Rv. 245047; Cass. pen. Sez. I., 11 luglio 2008, n. 35564, Rv 240938; Cass. pen. Sez. I., 13 ottobre 2005, n. 39976, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1897, con nota di S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, ivi, p. 1898; Cass. pen. Sez. I., 20 gennaio 2005, n. 243; Cass. pen., Sez. I., 31 marzo 2004, n. 15428; Cass. pen. Sez. I., 20 gennaio 2005, n. 1643.

considerato ancora in collegamento con una associazione criminale, come può avvenire anche quando risulti già espiata una parte della pena complessiva corrispondente a quella inflitta per i summenzionati delitti<sup>30</sup>.

La Cassazione adottava così un'impostazione di tipo funzionalista, secondo la quale la *ratio* preventiva della misura di rigore esclude qualsivoglia rilevanza alla circostanza che fosse stata espiata o meno quella frazione di pena connessa con il reato presupposto, e implicitamente riconoscendo all'istituto la sua natura di misura di prevenzione<sup>31</sup>. In altri termini, la differente finalità degli istituti della continuazione (*favor rei*) e del 41-bis (prevenzione) avrebbe precluso qualsivoglia assimilazione tra i due con la conseguente impossibilità di estendere anche al 41-bis il meccanismo della scindibilità del cumulo.

La questione è stata risolta, infine, dallo stesso legislatore, il quale ha previsto espressamente, al comma 2, ultimo periodo, 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»<sup>32</sup>.

Tale soluzione, per quanto coerente con le finalità preventive strettamente connesse al regime derogatorio, non è andata esente da critiche. Si è osservato, come questa scelta condurrebbe a evidenti disparità di trattamento determinate da profili eziologici del tutto causali tra coloro che si trovassero ad espiare più pene cumulate e coloro che, viceversa, si trovassero a scontare più pene oggetto di separate condanne (senza dichiarazione di continuazione). Solo nel primo caso, infatti, il regime derogatorio potrebbe essere esteso alla porzione di pena per il reato non ostativo, non anche nel secondo<sup>33</sup>.

Si è osservato, inoltre, come l'applicazione della regola in questione possa condurre a ulteriori conseguenze paradossali. Scontata la pena imputabile

---

<sup>30</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 452.

<sup>31</sup> S. ARDITA, *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze di prevenzione*, cit., p. 1899.

<sup>32</sup> Ciononostante, il venir meno del titolo di reato, al fianco della intervenuta collaborazione con la giustizia e la disgregazione dell'organizzazione criminale di riferimento, rappresenta uno dei principali elementi valutati dalla magistratura di sorveglianza ai fini dell'accoglimento del reclamo avverso il provvedimento di imposizione o proroga del 41-bis. Cfr. Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 - Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza, 2015, consultabile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>33</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 453.

al reato ostativo, il detenuto soggetto al 41-*bis* potrebbe accedere ai benefici penitenziari<sup>34</sup>, ma non potrebbe contemporaneamente ottenere la cessazione del regime di rigore<sup>35</sup>. A parte l'evidente contraddittorietà, ciò darebbe luogo anche a gravi rischi di elusione delle finalità preventive dell'istituto, a causa della naturale proiezione verso l'esterno del sistema dei privilegi.

Se, infatti, la Corte Costituzionale, sin dal 1994, proprio per evitare di creare a carico del condannato per reati ostativi uno *status* di detenuto pericoloso, che avrebbe permeato di sé l'intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna, aveva ammesso i detenuti alla fruizione dei benefici una volta scontata la pena per un reato ostativo, non si vede perché non estendere tale soluzione anche al 41-*bis*.

Non va attribuita, al fine di precludere qualsivoglia assimilazione, eccessiva rilevanza alla distinzione tra 4-*bis* e 41-*bis*<sup>36</sup>. Si tratta invero di istituti volti entrambi a realizzare funzioni di prevenzione della pericolosità sociale del reo sebbene sotto profili e con modalità diversi: il primo, grazie al divieto di concessione di benefici; il secondo, grazie all'applicazione di specifiche restrizioni al regime detentivo.

Pertanto, proprio a causa delle maggiori perplessità che sorgono dall'utilizzo del criterio di unicità delle pene rispetto all'unico vantaggio di estendere la funzione di prevenzione nei confronti del detenuto in esecuzione delle pene cumulate, obiettivo il cui conseguimento appare del tutto casuale in quanto non raggiungibile in caso di applicazione di pene separate, non v'è ragione di precludere al principio di scindibilità del cumulo di trovare impiego anche in caso di imposizione del 41-*bis*<sup>37</sup>.

### **1. 3. Il ruolo del detenuto all'interno della consorteria.**

---

<sup>34</sup> Come affermato da, Corte Cost., 27 luglio 1994, n. 361, cit.

<sup>35</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 452.

<sup>36</sup> Sebbene S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41 bis*, cit., p. 726, attribuisca all'art. 4-*bis* finalità essenzialmente retributive e all'art. 41-*bis*, invece, una funzione di prevenzione di reati, al contrario, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 452, individua una stretta connessione tra le due fattispecie. Anche A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 222, individua una stretta correlazione tra gli istituti ma ciò in quanto viene attribuita a entrambi funzione eminentemente custodialistica.

<sup>37</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 452. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 222, alla luce di argomentazioni analoghe, individua dunque dei profili di illegittimità costituzionale di siffatta interpretazione per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

La norma tace, infine, sul ruolo che il destinatario del 41-*bis* deve possedere all'interno dell'associazione criminale di riferimento. E' legittimo domandarsi, stante il silenzio del legislatore, se il regime di rigore possa essere esteso a tutti i membri del gruppo, dai meri fiancheggiatori fino ai capi.

Il problema dev'essere risolto, anche qui, alla luce di una interpretazione funzionale della norma<sup>38</sup>. Finalità dell'istituto, come visto, è quella di precludere i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, al fine di isolare il vertice decisionale dalle strutture operative e disarticolare la dimensione organizzativa della mafia<sup>39</sup>.

Il titolo di reato, si è visto, non è condizione da sola sufficiente ai fini dell'applicabilità del regime derogatorio, con la conseguenza che la pericolosità sociale del detenuto andrà vagliata di volta in volta alla luce del caso concreto.

Tenendo ferma questa *ratio*, è evidente che il rischio di contatti sarà molto più spiccato nei confronti degli esponenti di vertice dell'associazione, o nei confronti di tutti coloro che, indipendentemente dalla posizione gerarchica rivestita, ricoprivano ruoli chiave in seno alla consorteria, e per tale motivo capaci di veicolare all'esterno le informazioni fornite dai capi, così come nei confronti dei membri dei cc. dd. "gruppi di fuoco", ossia i comandi di *killer* selezionati sulla base della loro freddezza, serietà e fiducia<sup>40</sup>. Solo in questi casi, infatti, si pone l'esigenza di recidere eventuali flussi informativi in entrata e in uscita.

Con riguardo agli esponenti di rilievo secondario, i cc.dd. meri affiliati, non avendo essi autonomi poteri decisionali all'interno dell'organigramma associativo e limitandosi a eseguire gli ordini impartiti, risulta più tenue il rischio

---

<sup>38</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 137;

<sup>39</sup> S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 251.

<sup>40</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit, p. 228.

di contatti con l'esterno. Pertanto le connesse esigenze di prevenzione risultano insufficienti per giustificare l'applicazione di un regime tanto restrittivo<sup>41</sup>.

#### **1.4. La capacità di collegamento con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.**

Non è sufficiente, ai fini dell'applicazione del regime derogatorio, che il detenuto sia stato condannato per un reato "ostativo". È necessario, infatti, l'accertamento di un *quid pluris* che giustifichi la meritevolezza di un meccanismo detentivo di particolare rigore.

Va così individuato il presupposto<sup>42</sup> di applicazione dell'istituto relativo alla capacità di collegamento con un'associazione criminale terroristica o eversiva.

Originariamente, l'art. 41-*bis* faceva riferimento alla sussistenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica. Si trattava di un requisito connotato da particolare vaghezza e, pertanto, di difficile accertamento, dal momento che venivano richiamate situazioni estranee al carcere non facilmente desumibili da atteggiamenti endocarcerari del detenuto<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. Trib. sorv. Torino, ord., 14 maggio 2008, con nota di F. FIORENTIN, in *Corr. Merito*, 2008, pp. 295 ss., in cui si osserva come tra i soggetti cui il regime particolare può applicarsi rientrano coloro che hanno rivestito ruolo di vertice all'interno delle organizzazioni criminali o che comunque, in forza di consolidati rapporti con i vertici e per le propria rete di conoscenze, siano in grado di trasmettere all'esterno dell'istituto penitenziario le istruzioni dei capi, assicurandone la pronta esecuzione. Ne consegue, nel caso di soggetto che, sulla base degli atti processuali, risulti non avere mai assunto ruoli direttivi o implicanti facoltà decisionali autonome sull'attività dell'organizzazione, limitandosi a svolgere un ruolo gregario e comunque subordinato, non può dirsi sussistente il concreto pericolo di fuoriuscita di comunicazioni rilevanti, con la conseguenza che il trattamento differenziato non può, in questi casi, essere applicato.

<sup>42</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 92, parla di presupposto funzionale. L. CESARIS, *Sub 41-bis o.p.*, cit., p. 454, parla invece di presupposto soggettivo in quanto ricollega l'accertamento dei collegamenti con l'associazione criminale all'individuazione e selezione dei destinatari del regime derogatorio.

<sup>43</sup> P. M. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2019, p. 165.

La novella legislativa del 2002 ha così specificato che i gravi motivi di ordine e sicurezza debbano essere desunti dalla presenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale<sup>44</sup>.

La riforma si inserisce perfettamente nel solco già tracciato dalla giurisprudenza costituzionale la quale, a partire '97, aveva escluso che potesse applicarsi il regime derogatorio sulla base del solo titolo di reato, e che andasse accertato, in una prospettiva funzionalistica, il pericolo della permanenza di collegamenti con l'organizzazione di riferimento, di cui i fatti di reato in contestazione costituiscono solo una logica premessa<sup>45</sup>.

Se dunque i gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, pur nella loro indeterminatezza, vanno desunti da quelle situazioni, tipicamente ricollegate ai fenomeni della criminalità mafiosa, che abbiano destato un particolare allarme nella collettività<sup>46</sup>, ai fini della sospensione delle ordinarie regole di trattamento è necessaria la ulteriore prova della sussistenza di collegamenti tra il detenuto e la propria associazione.

Viene così evidenziata a chiare lettere la finalità dell'istituto di prevenire la pericolosità individuale dei singoli detenuti, pericolosità che va intesa come probabile inidoneità del regime detentivo ordinario a precludere l'esercizio di attività criminali da dentro il carcere grazie alla sussistenza di collegamenti con

---

<sup>44</sup> M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1288, rileva come, in seguito alla riforma del 2002 con la quale è stata prevista la facoltà di adottare "misure di elevata sicurezza interna ed esterna", sia stata conferita una sorta di delega in bianco all'amministrazione penitenziaria, libera così di adottare provvedimenti di qualsivoglia ampiezza nei confronti dei detenuti speciali. Solo grazie all'individuazione della finalità di impedimento dei collegamenti con l'esterno, è possibile fissare un limite alla discrezionalità amministrativa. Malgrado l'ampiezza della formula, essa costituisce pur sempre un parametro a cui il Tribunale di sorveglianza, adito per il reclamo, dovrà fare riferimento nel verificare la congruità delle singole misure imposte dal decreto ministeriale e impedire che siano superate quelle delimitazioni di tipo esterno e interno tracciate, a suo tempo, dalla Corte Costituzionale.

<sup>45</sup> Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, cit.

<sup>46</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 138, precisa come il riferimento a fattori esterni al carcere si spiega alla luce dei drammatici fatti di sangue perpetrati dalla criminalità organizzata e ai conseguenti effetti sulla coscienza sociale che hanno reso urgente l'intervento legislativo.

l'organizzazione, tenuto anche conto del ruolo rivestito all'interno di questa dal destinatario della misura<sup>47</sup>.

Tuttavia, sebbene la lettera della norma sembri richiedere l'accertamento di collegamenti attuali e di effettivi contatti, potrebbe essere più coerente con la finalità dell'istituto fare riferimento, piuttosto, alla *capacità di collegamento* con le associazioni mafiose, da intendersi come «dedizione assoluta e disponibilità incondizionata» del detenuto verso una organizzazione operante all'esterno<sup>48</sup>.

Tale interpretazione risulta opportuna sulla base di due semplici considerazioni.

In primo luogo, il regime derogatorio potrebbe essere applicato sin dall'inizio della detenzione carceraria. In tal caso, stante l'immediatezza tra incarcerazione e sottoposizione a *41-bis*, eventuali contatti tra detenuto e associazione non potrebbero essere accertati.

In secondo luogo, il regime speciale di detenzione, come si è visto, non ha la funzione di sanzionare i collegamenti intrattenuti con l'esterno quanto quella di prevenirli, sicché verrebbe sostanzialmente elusa la funzione di prevenzione se dovesse attendersi che effettivamente il detenuto intraprendesse contatti con la propria consorteria prima di poter sospendere l'applicazione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario.

In altri termini, l'attualità del collegamento non deve essere confusa con l'attualità di veri e propri contatti. Infatti, scopo della misura è, e non può non essere, quello di impedire che il legame, potenziale e quiescente, si converta in una effettiva comunicazione<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 225, precisa come il concetto di pericolosità sociale alla base del regime detentivo speciale differisce da quella delineata dall'art. 203 c.p. Mentre quest'ultima fa riferimento ad una nozione molto ampia di pericolosità, detta appunto generica in quanto ricollegata alla commissione di un qualsiasi reato, il *41-bis* presuppone una nozione di pericolosità sociale qualificata, in quanto circoscritta alla commissione dei reati di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. pen.

<sup>48</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 93.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 94. L'A. osserva, inoltre, che dal mancato verificarsi di contatti attuali con l'esterno non si desume automaticamente l'insussistenza dei presupposti della sospensione delle ordinarie regole di trattamento, quanto, piuttosto, l'efficacia del regime speciale.

Quali sono, dunque, gli elementi da cui desumere siffatta capacità?

Innanzitutto, è necessario accertare la presenza di una organizzazione criminale operante sul territorio<sup>50</sup>. E' evidente che il detenuto sarà indotto a comunicare con l'esterno fintantoché persista un gruppo ancora attivo<sup>51</sup>. Ne consegue che, laddove le operazioni di polizia avessero sgominato la presenza mafiosa sulla zona geografica di riferimento, ciò sarebbe indice sufficiente per dimostrare la insussistenza di tale capacità di collegamento stante l'assenza di referenti esterni<sup>52</sup>.

Poi, poiché è soprattutto l'organizzazione medesima ad avere interesse a interagire con il detenuto e a tenere viva la sua capacità di continuare a fornire il proprio contributo allo sviluppo degli interessi mafiosi<sup>53</sup>, ai fini dell'accertamento della capacità di collegamento, rilievo fondamentale assume anche il ruolo posseduto da questi all'interno del gruppo criminale<sup>54</sup>. Quanto più rilevante sarà il ruolo rivestito all'interno dell'organigramma associativo, tanto più

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>51</sup> S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 10, individua, ai fini della distinzione dei presupposti di applicazione dell'istituto, una stretta analogia tra la disciplina dell'art. 41-bis e quella della custodia cautelare per i reati di associazione mafiosa, ex art. 275. lett. c), c.p.p. Quest'ultima fattispecie porrebbe, infatti, una presunzione di pericolosità che svolge una funzione di prevenzione analoga a quella svolta dal regime derogatorio. In entrambi i casi, è la dimensione collettiva e dinamica del delitto associativo di tipo mafioso a provocare l'applicazione di misure restrittive della libertà del singolo su base presuntiva, purché, in base alle conoscenze provenienti dalle attività investigative, risultino ben presenti gli indici da cui desumere l'esistenza e l'operatività di un gruppo criminale con le caratteristiche indicate dall'art. 41-bis c.p.

<sup>52</sup> L'assenza di una organizzazione criminale da un determinato territorio potrebbe desumersi, altresì, dalla trasformazione nel tempo del contesto mafioso. E' noto infatti che la mafia è un fenomeno storico e in evoluzione, che conta, in ciascun territorio, una pluralità di gruppi tra loro contrapposti o alleati. Pertanto, l'eventuale disgregazione di uno di essi non è sempre idonea a determinare il venir meno delle attività mafiose dal territorio geograficamente rilevante. Tuttavia, ciò potrebbe essere idoneo a circoscrivere, fino ad annullare, la capacità di collegamento del singolo detenuto, non esistendo più una famiglia di riferimento ma solo altre famiglie contrapposte. Inoltre, anche il rinnovo generazionale del gruppo criminale, spesso favorito dagli arresti e dalle uccisioni degli esponenti della "vecchia guardia", potrebbe realizzare lo stesso effetto, considerata la tendenziale avversione dei nuovi esponenti nei confronti dei predecessori, identificati come possibile minaccia alla loro nuova egemonia sul territorio. Tali considerazioni suggeriscono, pertanto, di considerare la presenza di un gruppo mafioso sul territorio come elemento tendenziale a cui fare riferimento ai fini del giudizio di pericolosità sociale del detenuto. In definitiva, sebbene si tratti di un presupposto certamente utile e di grande rilevanza, in quanto indice evidente della capacità di mantenere vivi i contatti con i consociati, tale giudizio non potrà prescindere da una corretta individuazione del contesto mafioso di riferimento.

<sup>53</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 226, osserva come il 41-bis serva non solo a contrastare un pericolo che dal carcere si rivolge alla collettività, ma anche un pericolo che proviene direttamente dall'esterno.

<sup>54</sup> Cfr. par. 1.3.



elevato sarà il rischio che i consociati in libertà sentano l'esigenza di instaurare con questi un canale di comunicazione, e dunque tanto più evidente sarà la sua capacità di collegamento<sup>55</sup>.

Discorso a parte merita, invece, la valutazione della condotta del detenuto.

Un comportamento esemplare non è necessariamente indice di avvenuta dissociazione, dal momento che il recluso potrebbe adottare un atteggiamento del tutto irreprensibile e rispettoso delle autorità proprio al fine di sottrarsi all'applicazione del 41-*bis* e così eludere le connesse esigenze preventive<sup>56</sup>.

Tuttavia, precludere *a priori* la valutazione del comportamento penitenziario dell'interessato potrebbe allo stesso tempo rappresentare una violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. Pertanto, se questo elemento non potrà rivestire un ruolo determinante nel giudizio sulla capacità di collegamento, d'altro canto dovrà comunque essere oggetto di adeguata ponderazione.

Qualora, però, la condotta del detenuto sfoci nella collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen., questa scelta può incidere in maniera decisiva sull'accertamento dei presupposti in esame. Infatti, il mero stato di detenzione non determina, per ciò solo, la recisione del legame con l'organizzazione di provenienza, atteso che, in determinati contesti delinquenziali, periodi di reclusione sono accettati dai sodali come prevedibili eventualità non impeditive della partecipazione alle vicende del gruppo e alla programmazione delle sue attività<sup>57</sup>. E' innegabile, dunque, che la scelta collaborativa, richiedendo uno sforzo volto alla ricostruzione dei fatti e alla individuazione o alla cattura degli autori dei reati, sia idonea a dimostrare, *per facta concludentia*, la effettiva rottura dei legami con l'organizzazione criminale di riferimento<sup>58</sup>. Per-

---

<sup>55</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 228. Cfr. altresì, Trib. sorv. Torino, ord. 14 maggio 2008, cit.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>57</sup> Cass. pen. Sez. I, 7 novembre 2014, n. 46103; Cass. pen. Sez. II, 24 gennaio 2017, n. 8461; Cass. pen. Sez. II, 22 marzo 2011, n. 17100, in *Pluris*.

<sup>58</sup> Corte Cost., 5 luglio 2001, n. 273, in *Foro it.*, 2002, p. 21, con nota di G. LA GRECA.

tanto, per quanto vadano scoraggiati pericolosi automatismi<sup>59</sup>, tale scelta appare idonea a impedire la sospensione delle ordinarie regole di trattamento nei confronti del detenuto che l'abbia compiuta<sup>60</sup>.

Va però precisato che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto come dal comportamento opposto, ossia dalla mancata collaborazione, non possa trarsi una valida presunzione di segno contrario, nel senso, cioè, che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale<sup>61</sup>. Così come le motivazioni che inducono alla collaborazione possono essere le più varie, comprese valutazioni prettamente utilitaristiche<sup>62</sup>, allo stesso modo le scelte che inducono a non intraprendere il percorso possono essere altrettanto diversificate, e non necessariamente incompatibili con la rottura del legame associativo e con il percorso di risocializzazione del condannato<sup>63</sup>.

Pertanto non potrà desumersi la sussistenza di contatti con l'esterno dalla semplice assenza di collaborazione con la giustizia<sup>64</sup>, dovendo in tal caso

---

<sup>59</sup> Infatti la collaborazione con la giustizia esclude automaticamente solo la revoca dei benefici penitenziari *ex art. 4-bis*, ma non preclude per ciò solo l'applicazione del regime detentivo speciale, dovendosi comunque accertare nel caso concreto se vi sia il rischio, anche se remoto, di possibili collegamenti con l'esterno. In tal senso, vd. P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 139.

<sup>60</sup> Secondo, S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 254, l'affiliato che agisce nell'associazione molto spesso non può esprimere opzioni individuali, ma il più delle volte è agito dalla stessa, e comunque mai può scegliere volontariamente di revocare la propria appartenenza. Pertanto se vuole realmente distaccarsene deve, a sua volta, agire contro di essa. La scelta della collaborazione rappresenta dunque l'unico strumento a sua disposizione per segnare il distacco dall'organizzazione mafiosa, piuttosto che atteggiarsi come una conseguenza indotta dalla esclusiva volontà di uscire dal regime di cui all'art. 41-bis.

<sup>61</sup> Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Viola c. Italia (n. 2), n. 77633/16, Corte Edu 2019, §§ 115 ss., in cui si evidenzia come la scelta collaborativa possa essere determinata dal timore di rappresaglie nei propri confronti e nei confronti della propria famiglia, così come anche dalla convinzione di essere innocenti.

<sup>64</sup> Dubbiosa al riguardo, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 455. Nel senso invece di non riconoscere alla mancata collaborazione l'automatica sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario, P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 139; A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 229.

L'Amministrazione penitenziaria comunque motivare nel provvedimento impositivo circa la sussistenza di una capacità di collegamento effettiva<sup>65</sup>.

Quanto, infine, alle fonti da cui ricavare le informazioni su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale, lo stesso art. 41-*bis*, co. 2-*bis*, richiede, ai fini dell'emanazione del provvedimento, la preventiva audizione del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e l'eventuale acquisizione di ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva<sup>66</sup>.

Sul punto, sorgono perplessità circa l'individuazione del principale referente informativo nel P.M. che procede, il quale, rivestendo la qualità di parte, si trova in una posizione di conflitto di interessi, anziché di terzietà e imparzialità<sup>67</sup>.

Sarebbe forse opportuno, acquisiti gli atti del procedimento — necessari per vagliare la gravità dei fatti e la pericolosità del detenuto —, circoscrivere le fonti informative alla D.N.A. e agli organi di polizia giudiziaria.

---

<sup>65</sup> Questo onere di motivazione dovrebbe essere oggi ulteriormente rafforzato in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* nella parte in cui non consente la concessione ai detenuti per reati ostativi dei permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia. La Corte è pervenuta a tale declaratoria riconoscendo che il divieto di concessione di benefici penitenziari *ex art. 4-bis* avesse il carattere di presunzione assoluta, in quanto tale incompatibile con il principio di uguaglianza e con la funzione rieducativa della pena. Ad avviso della Corte l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato. Pertanto, se la mancata collaborazione con la giustizia non può essere ragione sufficiente per il divieto di concessione di benefici penitenziari, allo stesso tempo, anche in sede di valutazione della capacità di collegamento con l'organizzazione criminale, essa non potrà essere desunta solo dall'assenza di collaborazione, ma anche dagli ulteriori e diversi profili già evidenziati. Cfr., Corte Cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 632, con nota di M. BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, *ivi*, il quale tuttavia osserva come con questa pronuncia sia stato introdotto, in capo al soggetto richiedente il beneficio, un onere di allegazione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con l'esterno e il loro eventuale ripristino in futuro, onere che, avendo ad oggetto un fatto inesistente sia nell'oggi che nel domani, diventa difficilmente realizzabile. Ne consegue, ad avviso dell'A., che la pronuncia in oggetto perde gran parte della sua innovatività.

<sup>66</sup> M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1290.

<sup>67</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 455; G. FRIGO, *Videoprocessi e «carcere duro»: a regime il trattamento penitenziario «di rigore». L'eccezione che diventa regola. Commento alla L. 23 dicembre 2002, n. 279*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 416.

### **1.5. L'art. 41-bis e i *crimina iuris gentium*.**

Il regime carcerario differenziato è applicabile anche nei confronti di coloro che siano stati condannati dalla Corte Penale Internazionale.

Sancisce l'art. 17 della L. 20 dicembre 2012, n. 237 non solo che l'esecuzione della pena inflitta dalla C.P.I. è regolata dalla L. 26 luglio 1975, n. 354, ma anche che il Ministro della Giustizia può applicare nei confronti dei detenuti per i delitti previsti dalla medesima legge il regime penitenziario di cui all'art. 41-bis.

La norma in esame suscita però perplessità in ordine a due profili.

In primo luogo, essa fa riferimento genericamente alla nozione di detenuti, facendo sorgere il dubbio circa la sua applicabilità anche ai soggetti imputati, al pari di quanto previsto ordinariamente dall'art. 41-bis.

Sembra che, a differenza di quanto accade nei confronti dei detenuti per reati ostativi, la previsione dovrebbe riguardare i soli condannati, dal momento che l'art. 17 andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 16 della medesima legge che parla di esecuzione di *sentenze irrevocabili* di condanna<sup>68</sup>.

Il secondo problema attiene alla formulazione dello stesso art. 17, in base al quale l'applicabilità del regime detentivo speciale sarebbe circoscritta ai delitti di cui medesima legge 237. Considerato, però, che l'unica norma che prevede fattispecie incriminatrici è l'art. 10, con cui vengono introdotti alcuni delitti *contro* la Corte Penale Internazionale, come peculato, concussione, violenza a pubblico ufficiale, è più opportuno ritenere che trattasi di una svista del legislatore il quale avrebbe voluto riferirsi, piuttosto, ai reati indicati dallo *Statuto di Roma*<sup>69</sup>, ossia ai crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione, anch'essi in grado di postulare l'esigenza di un rafforzamento tanto della funzione custodialistica del carcere quanto di quella preventiva.

## **2. Il procedimento applicativo. La competenza.**

---

<sup>68</sup> L. CESARIS, *Sub. art. 41-bis. o.p.*, cit., p. 456.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 456.

Il procedimento applicativo del regime detentivo speciale è dettato dal co. 2-*bis* dell'art. 41-*bis* ord. pen.<sup>70</sup>, che attribuisce la relativa competenza al Ministro della giustizia il quale dovrà seguire un procedimento d'ufficio con una delicata attività istruttoria finalizzata ad acquisire informazioni utili all'accertamento della capacità di collegamento del destinatario della misura.

Il provvedimento è un atto formalmente amministrativo che tuttavia reca con sé un evidente contenuto giudiziale, attesa la stretta connessione con l'accertamento giurisdizionale di una responsabilità penale relativa a determinati reati, nonché per le dirette conseguenze che esso produce sul regime penitenziario applicabile<sup>71</sup>.

La scelta di riservare la competenza al Ministro della giustizia, anziché all'autorità giudiziaria, si spiega per le connesse esigenze di gestione e di organizzazione penitenziaria: solo il Ministro — tra le cui prerogative rientra, tra l'altro, la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica<sup>72</sup> — può avere una visione a trecentosessanta gradi del panorama penitenziario per, così, regolare il flusso e la consistenza dei detenuti da assegnare al regime speciale<sup>73</sup>, garantendo tempestività di adozione e coordinamento delle informazioni necessarie<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> La norma prevede che «Il provvedimento emesso ai sensi del comma 2 è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

<sup>71</sup> P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 140; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 81.

<sup>72</sup> Cfr. *Relazione finale sulle questioni emerse in sede di applicazione della normativa vigente in tema di regime carcerario speciale previsto dall'art. 41-bis o.p. nonché sulle proposte di modifica avanzate in materia*, Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, 18 luglio 2002, in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

<sup>73</sup> S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 10, pur condividendo l'attribuzione di competenza siffatta al Ministro della giustizia quale organo deputato istituzionalmente alla realizzazione di funzioni di sicurezza pubblica, manifesta alcune perplessità relative all'esercizio di tale potere, dal momento che gran parte della funzione preventiva volta al contrasto della criminalità organizzata è affidata all'autorità giudiziaria. Inoltre, l'Amministrazione penitenziaria, il cui vertice è rappresentato proprio dal Ministro della giustizia, tende a dispiegare la sua azione in funzione rieducativa e di recupero, in aderenza al dettato costituzionale. Le sue uniche competenze in tema di sicurezza sono quelle interne all'istituto, e qualsivoglia sanzione disciplinare dalla stessa emessa deve comunque tener conto del percorso trattamentale seguito dal detenuto.

<sup>74</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 270.

## 2.1. La fase istruttoria.

Proprio per consentire il rispetto della finalità preventiva tipica dell'istituto, è necessario che l'adozione del 41-*bis* sia preceduta da una approfondita raccolta di informazioni che riguardino, da un lato, la personalità e la pericolosità sociale del proposto, dall'altro, lo stato e il livello di operatività del gruppo criminale di riferimento. A tal fine, il co. 2-*bis* sancisce che il Ministro della giustizia, prima di emettere il provvedimento, debba sentire l'ufficio del p.m. che procede alle indagini preliminari o quello presso il giudice procedente, e acquisire ogni ulteriore informazione necessaria presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze.

Alla luce della perentorietà della formulazione legislativa, l'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento rappresenta una condizione primaria di legalità del procedimento di applicazione, la cui assenza dovrebbe determinare l'inesistenza del potere ministeriale di attivazione e, contestualmente, precludere al giudice, in sede di gravame, di deliberare circa i connotati sostanziali del provvedimento<sup>75</sup>.

La norma in esame, nonostante la chiarezza letterale, ha posto alcuni dubbi interpretativi, in particolare con riferimento a due profili: la necessità, in caso di più procedimenti pendenti nei confronti del proposto, di acquisire il parere di ciascun p.m. presso ciascun giudizio; l'individuazione del p.m. con riferimento alla fase esecutiva.

Se la prima questione sembra potersi risolvere in senso positivo alla luce della formulazione perentoria della norma, così da richiedere in primo luogo l'individuazione di tutti i procedimenti pendenti per poi acquisire il parere da

---

<sup>75</sup> M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1290, osserva come, qualora si rilevi la mancanza di uno dei "dati condizionanti" dai quali dipende l'ortodosso esercizio della giurisdizione, al giudice non rimane che arenare l'*iter* del procedimento in una pronuncia che esplicitamente dichiara l'inefficacia, la non esecutività e la non eseguibilità della decisione nei confronti di quanti direttamente toccati dalla situazione di invalidità, *rebus sic stantibus*.

ciascuno dei relativi p.m.<sup>76</sup>, maggiori problematiche, a causa anche di una giurisprudenza contrastante sul punto, ha posto la seconda questione.

E' stato ritenuto non necessario il parere del p.m. qualora fosse stata richiesta l'attivazione del regime derogatorio in corso di espiazione pena, in quanto la norma sembrerebbe fare riferimento al p.m. impegnato nelle indagini o a quello presso il giudice che procede (da intendersi con riferimento a un processo in fase dibattimentale), con conseguente esclusione della fase esecutiva<sup>77</sup>. Questi avrebbe, in ogni caso, a disposizione esclusivamente materiale probatorio risalente nel tempo e, dunque, non più attuale<sup>78</sup>.

A complicare ulteriormente la situazione è stato registrato anche un orientamento che escludeva la necessità del parere del p.m., perché ritenuto superfluo qualora fossero state già acquisite le informazioni da parte della D.N.A., della D.D.A. e degli organi di polizia giudiziaria<sup>79</sup>.

La dottrina, invece, ha privilegiato un'esegesi più letterale della norma, e dunque ha ritenuto come sempre obbligatorio il parere del p.m., anche in fase esecutiva, con la conseguenza che la sua eventuale mancanza rappresenterebbe una violazione di legge idonea a viziare il procedimento e deducibile in sede di reclamo<sup>80</sup>.

Del resto, il fatto che il p.m. debba avvalersi di informazioni più o meno datate è del tutto irrilevante, non potendosi prescindere da una valutazione della

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 1290. L'A. ritiene che la mancanza del parere di ciascuno dei pubblici ministeri presso il giudice procedente per ciascuno dei processi pendenti determina l'inesistenza del potere ministeriale di attivazione e, contestualmente, preclude al giudice di deliberare circa i connotati sostanziali del provvedimento gravato.

<sup>77</sup> Cfr., Cass. pen. Sez. I, 20 gennaio 2004, n. 1372, in *Pluris*, secondo la quale tale interpretazione sarebbe coerente con la *ratio legis*, in quanto allorché è pendente il procedimento o il processo, il pubblico ministero ha una cognizione diretta e non mediata degli elementi rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento *de quo*, al contrario di quanto avviene dopo la pronuncia della sentenza definitiva. In quest'ultimo caso, infatti, le particolari regole dettate dall'art. 665 c.p.p. possono comportare (nell'ipotesi di pluralità di sentenze esecutive) la competenza di un giudice diverso da quello che ha emesso la condanna di riferimento per l'applicazione del regime differenziato, sicché del tutto incongrua risulterebbe l'attribuzione della funzione consultiva al pubblico ministero presso il giudice competente per l'esecuzione.

<sup>78</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 468.

<sup>79</sup> Cfr., Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 2005, n. 2658, in *Pluris*, secondo la quale la D.D.A. e la D.N.A., essendo organismi di raccordo investigativo, sono in grado di fornire tutte le informazioni necessarie in merito alla associazione mafiosa di appartenenza del ricorrente.

<sup>80</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 145; L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 468; M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1290.

persona del proposto che deve desumersi dal procedimento sfociato nella condanna per il reato ostativo. Eventuali informazioni più aggiornate, soprattutto sullo stato di vitalità del gruppo criminale, potranno derivare, invece, dalla D.N.A., dalla D.D.A. e dagli organi di polizia penitenziaria.

In realtà, si è già osservato come l'individuazione del p.m. quale principale referente informativo del Ministro sollevi qualche perplessità, essendo questi parte processuale, sicché le informazioni relative alla personalità del reo e ai reati già commessi potrebbero desumersi semplicemente mediante acquisizione degli atti dei relativi giudizi. Appaiono pertanto condivisibili quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono a ritenere a volte superfluo il coinvolgimento di tale soggetto.

Quale che sia il ruolo del p.m., emerge comunque un procedimento applicativo formalmente caratterizzato da un'ampia attività informativa, che però non prevede alcun coinvolgimento dell'interessato: non è infatti previsto l'obbligo di dare avviso al proposto dell'avvio del procedimento, di comunicare a questi l'esito dell'attività istruttoria, né di consentirgli la presentazione di osservazioni o elementi a proprio favore<sup>81</sup>.

La giurisprudenza di legittimità non ha rinvenuto sul punto una violazione del diritto di difesa in quanto, se da un lato viene escluso il contraddittorio anticipato, d'altro canto è prevista la possibilità in capo al detenuto di proporre reclamo avverso il decreto di applicazione, cosicché il diritto al contraddittorio

---

<sup>81</sup> L. FILIPPI, *La "novella penitenziaria" del 2002*, cit., p. 31; P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 147. In giurisprudenza, cfr, Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 2005, n. 2658 cit., secondo cui la comunicazione dell'avvio del procedimento da parte dell'Autorità Amministrativa procedente deve ritenersi esclusa in *subiecta materia* ai sensi dell'art. 24, L. 241/1990. Infatti detta comunicazione presupporrebbe la possibilità da parte dell'interessato di accedere alle relazioni di polizia e ai documenti posti a base della proposta. In questa materia, trattandosi di provvedimenti diretti alla repressione della criminalità, tale accesso dovrebbe ritenersi, ad avviso della Corte, vietato ai sensi del regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso - approvato con decreto del Ministero dell'Interno del 10/5/1994 n. 415 in attuazione dell'art. 24 della L. 241/1990 - che, all'art. 3 lett. a), include tra le categorie di documenti inaccessibili per motivi di ordine e di sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e di repressione della criminalità "*le relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposto per l'adozione degli atti o provvedimenti dell'autorità nazionale e delle altre autorità di pubblica sicurezza...*". Conclude dunque la Corte che, essendo vietato all'interessato l'accesso alla documentazione posta a base del decreto ministeriale, in questa fase del procedimento non sarebbe pertanto possibile nemmeno instaurare un minimo di contraddittorio.



dittorio verrebbe recuperato *ex post*<sup>82</sup>. Può parlarsi al riguardo, dunque, di un provvedimento a contraddittorio differito ed eventuale.

E' evidentemente una soluzione poco garantista, sia perché i principi del giusto processo devono trovare applicazione in ogni fase del procedimento, anche in quella esecutiva<sup>83</sup>, ivi compreso il procedimento di applicazione del provvedimento *ex art. 41-bis*, sia perché la possibilità di proporre reclamo in un secondo momento non coincide con il coinvolgimento dell'interessato fin dalla fase applicativa.

A peggiorare la situazione, si pone poi la prassi di non consentire l'accesso e il vaglio della documentazione informativa sulla base della quale è stato emanato il decreto, dal momento che la norma non ne prevede il deposito,<sup>84</sup> nonché il citato orientamento giurisprudenziale che non ritiene sempre necessario il coinvolgimento del p.m. Se già la mancanza di un contraddittorio anticipato rappresenta un profilo che stride evidentemente con il diritto ad un giusto processo, la ulteriore circoscrizione degli obblighi informativi in uno con la mancata messa a disposizione del detenuto a regime speciale di tutti gli atti su cui il procedimento applicativo si è fondato, si concretizzano in un contraddittorio apparente, e i dubbi su una possibile violazione degli artt. 24 e 111 Cost. diventano eventualità piuttosto concrete<sup>85</sup>.

### **3. La durata e la disciplina della proroga.**

Il provvedimento ministeriale di applicazione del regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* non ha una durata illimitata ma, in quanto ancorato alla pericolosità del detenuto desumibile dalla sua capacità di collegamento con l'esterno, dovrebbe spiegare i suoi effetti per un tempo delimitato. Se in origine non

---

<sup>82</sup> Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 2005, n. 2660, in *Foro it.*, 2005, p. 185; Cass. pen. Sez. I, 10 marzo 2004, n. 15061, in *Pluris*.

<sup>83</sup> L. FILIPPI, *La "novella penitenziaria" del 2002*, cit., p. 31.

<sup>84</sup> F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 357, osserva come, nonostante la possibilità di proporre reclamo, risulta impossibile esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa in mancanza del vaglio della documentazione posta a fondamento del decreto ministeriale.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 357.

era previsto un periodo di vigenza determinato, essendo questo rimesso alla discrezionalità del Ministro che in media provvedeva ad applicarlo per sei mesi<sup>86</sup>, con la novella penitenziaria del 2002 si è proceduto a estenderne l'applicazione per un periodo compreso tra un minimo di un anno e un massimo di due anni.

Con la riforma attuata con L. 94/2009, il termine è stato poi ulteriormente esteso a quattro anni, così eliminando qualsivoglia profilo di discrezionalità da parte del ministro<sup>87</sup>.

La dilatazione dei tempi di applicazione, che con sé porta anche un evidente e inevitabile aggravamento dell'afflittività del regime, è da ricollegare a due esigenze preminenti: da un lato, alla constatazione della inefficacia del 41-bis se applicato per periodi troppo brevi vista la tendenziale durevolezza del legame associativo<sup>88</sup>; dall'altro, all'esigenza di garantire l'effettivo controllo giurisdizionale sul provvedimento applicativo, a causa delle frequenti declaratorie di inammissibilità dei reclami per carenza di interesse ad impugnare<sup>89</sup>, la cui

---

<sup>86</sup> La durata di sei mesi di vigenza del provvedimento veniva ricavata da un *obiter dictum* di Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410.

<sup>87</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 469, osserva come, una volta eliminata la possibilità di modulare la durata di ogni singolo provvedimento e delle eventuali proroghe, viene allo stesso tempo annullato il principio di individualizzazione della pena.

<sup>88</sup> Cfr., Cass. pen. Sez. I, 7 novembre 2014, n. 46103, con la quale si è riconosciuto che «in tema di associazione per delinquere, il sopravvenuto stato detentivo di un soggetto non determina la necessaria ed automatica cessazione della partecipazione al sodalizio criminoso di appartenenza».

<sup>89</sup> Come osserva L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 469, una simile situazione era stata già stigmatizzata dalla Corte Edu in più occasioni nelle quali aveva condannato l'Italia per violazione degli artt. 6 e 13 CEDU. Cfr. Ganci c. Italia, n. 41576/98, Corte Edu 2003; Bifulco c. Italia, n. 60915/00, Corte Edu 2005; Gallico c. Italia, n. 53723/00, Corte Edu 2005; Argenti c. Italia, n. 56317/00, Corte Edu 2005; Papalia c. Italia, n. 60395/00, Corte Edu 2007; Enea c. Italia, n. 74912/01, Corte Edu 2009; Barbaro c. Italia, n. 16437/02, Corte Edu 2010.

decisione avveniva oltre la scadenza del termine di durata del provvedimento stesso<sup>90</sup>.

Va evidenziato come, tuttavia, l'allungamento della durata del regime detentivo speciale risulta nei fatti poco rilevante considerata la prassi, diffusa già in passato, di disporre proroghe sistematiche del provvedimento, sicché pare particolarmente eloquente l'espressione usata da attenta dottrina che descrive il regime detentivo speciale quale misura "imbutiforme"<sup>91</sup>.

Emerge infatti che nel 2014, a fronte di un totale di trecentotrentaquattro decreti emessi, solo sessanta siano stati di prima applicazione, ventidue di ri-applicazione e ben duecentocinquantadue di rinnovo, mentre nel 2015, a fronte di un totale di novantasette decreti emessi, ventinove sono stati di prima applicazione, cinque di ri-applicazione e sessantatré di rinnovo<sup>92</sup>.

Al 2014 risulta, inoltre, che, su un totale di settecentoventicinque detenuti in regime di 41-*bis* e quattro internati, solo duecentoquattro risultavano soggetti alla misura da meno di quattro anni, e addirittura ventinove da più di vent'anni<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> C. FIORIO, *41-bis parliamone*, in *Arch. pen. Web*, 2015, n.2, p. 10, osserva come il legislatore abbia preferito allungare i termini di applicazione dell'istituto anziché instaurare un sistema rispettoso delle garanzie. Sul punto era intervenuta tuttavia la giurisprudenza la quale, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata, aveva affermato che, nonostante la scadenza del termine di efficacia del provvedimento nelle more del gravame, da un lato, il detenuto manteneva intatto l'interesse, concreto e attuale, a che si stabilizzassero le statuizioni, a lui favorevoli, adottate dal Tribunale di sorveglianza che ne avesse accolto anche parzialmente il reclamo, e dall'altro il pubblico ministero aveva l'opposto interesse, anch'esso concreto e attuale, a che non si stabilizzassero affatto dette statuizioni, che, per esplicito dettato normativo, sono idonee a precludere, o comunque a limitare, l'autonomo esercizio da parte del Ministro della giustizia del potere di riedizione — senza limiti di tempo — e di proroga — per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno — del regime speciale nei confronti del medesimo soggetto. Al riguardo, cfr., Cass. pen. Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2294, con nota di S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento di reiterazione del regime detentivo speciale*, *ivi*, p. 2297. In senso, invece, favorevole all'allungamento del termine di durata del provvedimento applicativo e delle conseguenti proroghe, A. DI GIOVANNI, *Forma contenuto e impugnabilità del provvedimento ex art. 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 57, il quale ritiene che in tal modo si sia consentita la sicura valutazione delle richieste di reclamo.

<sup>91</sup> In tal senso, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, *cit.*, p. 274.

<sup>92</sup> *Relazione del Senato della Repubblica sullo stato di attuazione della legge recante modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario* (Triennio 2012-2014), in *www.senato.it.*, p. 5 s.

<sup>93</sup> *Rapporto sul regime detentivo speciale indagine conoscitiva sul 41-bis* (aprile 2016), in *www.senato.it*, p. 51.

Proprio dal confronto tra il progressivo aumento dei detenuti soggetti al regime detentivo e la progressiva diminuzione dei decreti di prima applicazione<sup>94</sup> emerge come il 41-*bis* rappresenti una misura da cui, una volta applicata, sarà difficile uscire, e ciò a causa della prassi diffusa di procedere alla sua proroga sistematica senza una effettiva prova della sussistenza delle relative esigenze di prevenzione<sup>95</sup>.

La riforma del 2009 ha provveduto ad ampliare non solo il termine di durata del decreto applicativo ma anche quello della proroga: se prima della novella era possibile reiterarne l'applicazione di anno in anno, ora essa è di due anni.

Con riferimento, invece, ai presupposti, il co. 2-*bis* prevede che la reiterazione del regime speciale possa essere disposta *quando risulta* che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non sia venuta meno. La formulazione precedente della norma prevedeva, invece, la possibilità di procedere alla proroga *purché non risultasse* che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere i contatti con l'organizzazione di riferimento fosse venuta meno.

La previsione di un requisito negativo aveva fatto rinvenire sul punto un'*inversione dell'onere della prova* a carico del detenuto<sup>96</sup>, con la conseguenza che la proroga poteva essere applicata automaticamente laddove l'interessato non fosse riuscito a dimostrare mediante elementi nuovi rispetto a quelli che avevano determinato l'applicazione *ab origine* del regime, la sopravvenuta reci-

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 61, ove si afferma che per un considerevole numero di detenuti l'applicazione del regime di cui al 41-*bis* è stata rinnovata in modo pressoché automatico: effetto di siffatti automatismi è rappresentato dall'applicazione del 41-*bis* anche nei confronti di detenuti particolarmente anziani che perdono progressivamente le proprie capacità di discernimento.

<sup>96</sup> Sul punto, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 113 ss., svolge un parallelismo tra art. 41-*bis*, co. 2-*bis*, ord. pen., e art. 275 c.p.p. in tema di custodia cautelare per reati di mafia, il quale prevede una simile presunzione di pericolosità, e la conseguente presunzione di congruità della misura cautelare più restrittiva, salva prova contraria dell'indagato. Tuttavia, rispetto all'art. 275 c.p.p., per il 41-*bis*, co. 2-*bis*, non può parlarsi di effettiva presunzione di pericolosità, quanto, piuttosto di una presunzione di persistenza dei collegamenti con il gruppo criminale.

sione dei collegamenti<sup>97</sup>. Si trattava, tra l'altro, di una evidente *probatio diabolica*<sup>98</sup>, non essendo possibile, secondo il brocardo *negativa non sunt probanda*, offrire la prova di ciò che non sussiste<sup>99</sup>.

Con la nuova formulazione si è dunque cercato di ristabilire l'ordinario equilibrio, prevedendo in modo chiaro come debba essere l'Amministrazione Penitenziaria ad accertare la pericolosità del detenuto desumibile dalla capacità, nonostante la reclusione al 41-*bis*, di collegamento con l'organizzazione criminale qualora questi dovesse essere ricondotto al regime ordinario<sup>100</sup>.

Già la giurisprudenza della Corte Costituzionale si era orientata nel senso di non rinvenire una inversione dell'onere della prova sul punto, pertanto il legislatore ha voluto recepire siffatto indirizzo interpretativo, positivizzandolo<sup>101</sup>. La Consulta, già con riferimento alla formulazione introdotta con la novella del 2002, aveva ritenuto, infatti, che tutti i provvedimenti — sia che

---

<sup>97</sup> Cass. pen. Sez. I, 4 novembre 2003, n. 47668, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3403, con nota di S. ARDITA, *I presupposti di applicazione del regime 41-bis ord. penit. dopo la novella della l. 279 del 2002*, *ivi*, 2004, p. 3404, il quale osserva come la disposizione si ponesse ai limiti del dettato costituzionale almeno sotto due profili: la finalità rieducativa della pena che deve svolgersi anche nei confronti dei detenuti a regime speciale, da un lato, e il diritto di difesa, il cui esercizio in assenza di *facta supervenientes* sarebbe rimasto ancorato al reclamo avverso il provvedimento di prima applicazione, dall'altro. Cfr. altresì, ID., *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, *cit.*, p. 1562, secondo cui la sussistenza di una prova in negativo limiterebbe l'onere argomentativo della motivazione alla sussistenza degli elementi fondativi del primo decreto e alla verifica della non ricorrenza, ovvero della non rilevanza, di nuovi fatti e circostanze in grado di far mutare la situazione lì verificata, ossia tali da far ritenere diminuita la capacità di un soggetto di collegarsi con l'esterno.

<sup>98</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, *cit.*, p. 470.

<sup>99</sup> S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare*, *cit.*, p. 2298, osserva come secondo la giurisprudenza, nonostante il riconoscimento di tale ripartizione dell'onere probatorio, ciò non avrebbe mai potuto avere delle conseguenze sul principio costituzionale che impone all'Amministrazione e al giudice di puntualmente motivare sui provvedimenti che incidono sulla libertà personale. Ciò vuol dire che nessuna inversione del principio di prova — incidente sul prolungamento degli effetti di un atto — può portare a ritenere che sia inutile il ricorso alla motivazione, o che essa motivazione possa essere affidata a clausole di stile.

<sup>100</sup> In realtà anche rispetto a questa nuova formulazione, il *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario del Garante dei diritti dei detenuti*, *cit.*, p. 9, ha evidenziato rischi di *probatio diabolica*, dal momento che anche in tal caso la motivazione della proroga verrebbe limitata a una circostanza negativa, ossia alla prova dell'assenza della capacità di collegamento anziché alla prova della permanenza della stessa, così determinando, anche in tal caso, un meccanismo reiterativo del decreto applicativo che rischia di automatizzarsi. In senso analogo, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, *cit.*, p. 470, la quale osserva come, nonostante la modifica della formulazione legislativa, non mutano le conseguenze, non dovendosi provare più la cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, ma il venir meno della capacità di mantenere siffatti collegamenti.

<sup>101</sup> Corte Cost., 23 dicembre 2004, n. 417, *cit.*, e, ancor prima, cfr., Corte Cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3623.

fossero di prima applicazione, sia che fossero di proroga — dovessero essere dotati di una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire. Inoltre, non potevano ammettersi motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte. E ciò perché tali provvedimenti andavano fondati sull'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti interni ed esterni con le organizzazioni criminali e con le loro attività, e non sull'essere i detenuti autori di particolari categorie di reati.

La novella del 2009 è intervenuta anche a livello terminologico, sostituendo la parola *contatti* con la locuzione *capacità di mantenere collegamenti*.

Ne consegue che, ai fini della proroga, non occorre provare la sussistenza di effettivi contatti con l'esterno<sup>102</sup>, come invece era stato ritenuto in passato da un orientamento minoritario<sup>103</sup>: sarebbe paradossale, infatti, poter fondare la proroga sulla prova schiacciante del fallimento del regime detentivo speciale, istituito proprio allo scopo di impedire detti legami<sup>104</sup>.

Allo stesso tempo, la revoca del regime non potrà essere deliberata solo per l'assenza di relazioni con l'esterno, perché in tal caso si farebbe dipendere il venir meno del 41-*bis* dalla prova della sua efficacia<sup>105</sup>.

La proroga, poi, va disposta *nelle stesse forme* previste per l'approvazione del regime. Sarà dunque necessario far precedere la decisione ministeriale da una intensa attività istruttoria per il tramite dei necessari pareri e informazioni da parte delle competenti autorità giudiziarie e di polizia<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 180, ritiene che l'efficace applicazione del regime detentivo speciale normalmente è idonea a spezzare i legami tra il detenuto e il gruppo di appartenenza, sicché sarebbe illogico richiedere, quale presupposto per la proroga, l'accertamento di collegamenti attuali. In giurisprudenza, cfr., Cass. pen. Sez. I, 6 ottobre 2005, n. 36302, in *Riv. pen.*, 2006, p. 988, la quale statuisce appunto che il Tribunale debba accertare non tanto la prova positiva di un attuale e reale contatto tra il detenuto e il gruppo criminale, ma, al contrario, che non risulti venuta meno la "capacità" di mantenerlo sulla base di una prognosi circa la futura probabile strumentalizzazione dei mezzi di comunicazione consentiti dal normale trattamento penitenziario.

<sup>103</sup> Cfr., Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, c. 245.

<sup>104</sup> V. GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4593.

<sup>105</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 277.

<sup>106</sup> L. CESARIS, *Sub 41-bis o.p.*, cit., p. 468, osserva come sia difficile che le stesse fonti che hanno fornito elementi atti a comprovare la sussistenza di collegamenti possano poi in sede di proroga fornire informazioni di segno contrario.

Ciò posto, alla luce della attuale formulazione della norma, l'onere di dimostrare la capacità di collegamento con l'esterno deve gravare sull'Amministrazione Penitenziaria, non essendo ammissibile, alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale, un'inversione dell'onere della prova a carico del detenuto.

Non può condividersi, pertanto, l'orientamento dottrinale, diffusosi tra l'altro in corrispondenza della precedente formulazione del co. 2-*bis*, ai sensi del quale la disciplina sulla proroga non prevede una inversione, bensì una ripartizione dell'onere della prova per cui, in sede di prima applicazione, spetterebbe all'Amministrazione penitenziaria provare in termini di attualità la pericolosità del soggetto, il vincolo con un'organizzazione criminale e la sua capacità di collegamento; mentre, in sede di proroga, spetterebbe al detenuto dimostrare che la capacità in parola sia venuta meno, stante la difficoltà per l'Amministrazione stessa di dimostrare la persistenza di tale capacità laddove la misura abbia sortito effetto positivo<sup>107</sup>.

### **3.1. L'onere di motivazione del provvedimento di proroga.**

La novella del 2009 ha avuto il fine di ristabilire uno specifico dovere motivazionale in capo all'Amministrazione penitenziaria, sicché la reiterazione del regime dovrebbe essere oggi ammessa solo sulla base di valutazioni attuali che consentano di verificare la costante pericolosità sociale del detenuto.

Nondimeno, dovendo essere pur sempre dimostrata una circostanza negativa (ossia il mancato venir meno della capacità di collegamento), sembra permanere una *presunzione di persistenza dei collegamenti* tra detenuto e organizzazione di provenienza<sup>108</sup>. Infatti, se prima del 2009 sembrava essere config-

---

<sup>107</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 115.

<sup>108</sup> P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 182. Cfr. altresì, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 278, la quale rileva come siffatta presunzione legislativa sia dotata di un forte substrato empirico, considerati i numerosi studi sociologici e la rilevante esperienza giudiziaria, dai quali è emersa la tendenziale resistenza del legame associativo alla condizione detentiva, anche nei casi di lunga durata. Tuttavia, l'A. si preoccupa anche di evidenziare il rischio di scorciatoie probatorie che siffatta presunzione di pericolosità porta con sé, che potrebbero dar luogo alla automatica reiterazione delle proroghe. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 114, evidenzia, invece, come non si tratti di una presunzione di pericolosità, ma di una semplice presunzione di persistenza dei collegamenti, già valutati in sede di prima applicazione del provvedimento.

urata, ai fini della proroga, una vera e propria inversione dell'onere della prova a danno del detenuto, oggi lo specifico dovere motivazionale fissato in capo all'Amministrazione risulta comunque particolarmente blando<sup>109</sup>. Non si è riusciti, pertanto, a superare quella prassi giurisprudenziale, diffusasi in costanza della vecchia formulazione legislativa, che ammetteva la possibilità di ricollegare i presupposti della proroga alla semplice insussistenza di elementi nuovi rispetto a quanto già accertato in fase di prima applicazione<sup>110</sup>.

Per scongiurare il rischio di questi pericolosi automatismi, come visto non escluso dalla riforma, è intervenuta la Cassazione la quale ha osservato al riguardo che ogni decreto di proroga debba essere sorretto da autonoma e congrua motivazione in ordine alla persistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza che il regime speciale mira a prevenire, non potendosi consentire che la norma autorizzi semplici e immotivate proroghe del regime differenziato, ovvero motivazioni inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte. La proroga non potrà dunque essere motivata unicamente in base agli stessi presupposti che legittimarono l'originaria imposizione del regime, ma si dovrà fondare, piuttosto su elementi concreti denotanti la persistenza della capacità del detenuto di mantenere i contatti con il sodalizio di appartenenza<sup>111</sup>.

Inoltre, è stato osservato come le Autorità competenti, in sede di istruttoria, debbano fornire dati attendibili e realmente significativi sulla attuale capacità del detenuto di mantenere contatti con l'organizzazione di riferimento, e non informazioni, magari risalenti nel tempo, che si limitino a riprodurre la "biografia delinquenziale e giudiziaria" del detenuto, senza alcun riferimento ad altre apprezzabili e concrete circostanze idonee a provare la cessazione dei con-

---

<sup>109</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 471.

<sup>110</sup> Cfr. Trib. sorv. Milano, 7 ottobre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 514; Trib. sorv. Milano, 12 novembre 2004, *ivi*, 2004, p. 515; Trib. sorv. Napoli, 14 marzo 2003, in *Dir. giust.*, p. 89. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen. Sez. I, 14 novembre 2003, n. 449, in *Giur. it.*, 2005, p. 139.

<sup>111</sup> Cass. pen. Sez. I, 2 febbraio 2009, n. 4429, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 26 ottobre 2006, n. 35901, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, in *Foro it.*, 2004, 2, p. 129; Cass. pen. Sez. I, 24 febbraio 2004, n. 8057, in *Pluris*.



tatti con l'associazione<sup>112</sup>. Il rischio, dunque, è quello di svincolare il giudizio dalla attuale e persistente capacità del soggetto di mantenere inalterata la propria influenza sul gruppo, e di desumere la giustificazione della proroga dalla pericolosità sociale già precedentemente accertata.

La novella del 2009 ha provveduto ad esplicitare, inoltre, gli indici rivelatori della capacità di collegamento del detenuto, indici che dovrebbero servire ad ancorare il giudizio del Ministro a dati empirici, analitici e soggettivamente rilevanti<sup>113</sup>. Gran parte di questi sintomi di pericolosità erano stati già individuati in via giurisprudenziale<sup>114</sup>, sicché va apprezzata la decisione del legislatore di recepire indicazioni siffatte e costituire, così, un apposito catalogo.

Il co. 2-*bis*, pertanto, vincola il Ministro a tener conto, ai fini della proroga, (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.

Si tratta di un elenco non tassativo, i cui indici non devono necessariamente sussistere tutti contemporaneamente per ritenere integrati i presupposti di reiterazione, sempre che i profili sussistenti non siano contraddetti da altri elementi di segno contrario<sup>115</sup>.

E' chiaro che il profilo criminale del detenuto e il ruolo da questi rivestito, sebbene siano circostanze già valutate in sede di prima applicazione, contin-

---

<sup>112</sup> Cass. pen. Sez. I, 27 gennaio 2016, n. 16019, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 30 marzo 2006, n. 15283, in *Riv. pen.*, 2007, p. 683; Cass. pen. Sez. I, 22 dicembre 2004, n. 3947, in *Riv. pen.*, 2006, p. 241; Cass. pen. Sez. I, 22 dicembre 2004, n. 3947, in *Guida dir.*, 2005, 2, p. 64.

<sup>113</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 116.

<sup>114</sup> Cfr., Cass. pen. Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 15904, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 15 novembre 2005, n. 43450, in *Riv. Pen.*, 2006, p. 1356; Cass. pen. Sez. I, 28 settembre 2005, n. 39760, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 5 dicembre 2005, n. 44377, in *Pluris*.

<sup>115</sup> Cass. pen. Sez. V, 30 maggio 2012, n. 40673, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 3 marzo 2006, n. 14551, Rv. 233944, ove la Suprema Corte ha precisato, altresì, come ai fini della valutazione degli indici di pericolosità, il Tribunale di sorveglianza potrà utilizzare anche le massime di esperienza, quali la impossibilità, per i capi, di recesso dalla organizzazione mafiosa al di fuori della dissociazione, in relazione alla persistenza tendenzialmente a vita del vincolo mafioso, la incidenza del tempo trascorso rispetto al ruolo di semplice associato e fiancheggiatore ecc., e pure elementi che traggono origine dal passato qualora persista la loro attualità.

uino a rivestire una certa importanza anche ai fini della proroga<sup>116</sup>, atteso che quanto più in alto si collocava l'interessato nella gerarchia del gruppo criminale, tanto più elevata sarà la sua capacità di mantenere intatto un canale di collegamento nonostante lunghi periodi di reclusione al 41-*bis*.

Con riferimento, invece, alla perdurante operatività del sodalizio criminale, se da un lato è evidente che qualora il gruppo sia venuto meno, vengono meno anche i possibili contatti del detenuto, d'altro canto non deve farsi discendere una presunzione di segno contrario dalla persistente vigenza della consorteria. La giurisprudenza ha osservato sul punto, infatti, che qualora il giudizio di pericolosità sociale sia stato desunto unicamente dalla perdurante operatività del sodalizio e dal ruolo verticistico già occupato dal soggetto in seno ad esso, ciò equivarrebbe ad affermare che sino allo smantellamento dell'associazione ovvero sino all'avvio di una sua fattiva collaborazione con la giustizia, il regime differenziato in esame potrà essere legittimamente prorogato<sup>117</sup>. Sicché questo profilo andrà necessariamente valutato alla luce degli altri indici, e soprattutto di quelli che riguardano la condotta attuale del detenuto.

Tra l'altro, risulterà opportuno fare riferimento non all'intera organizzazione nel suo complesso, ma alla struttura territoriale o al segmento organizzativo cui il detenuto apparteneva, pena il rischio di desumere il pericolo da un elemento che niente ha a che vedere con l'interessato e con i suoi potenziali contatti<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Addirittura, secondo, S. ARDITA, *I presupposti della proroga*, cit., p. 3405, rispetto alla valutazione di merito sulla rilevanza del ruolo rivestito all'interno della consorteria e sulla situazione di pericolosità generata dalla capacità di un soggetto di influenzare le condotte criminose in ambiente extrapenitenziario, non sarebbe più sindacabile quanto già eventualmente deciso nella pronuncia del Tribunale di sorveglianza sul reclamo avverso il provvedimento di prima applicazione. Il giudizio sulle questioni di merito, una volta esaurita la serie dei rimedi processuali, acquisterebbe in ordine a quei presupposti l'effetto di cosa giudicata. Tale giudicato, nel caso di conferma del provvedimento ministeriale, focalizzerebbe dunque una situazione, in fatto e in diritto, che è quella descritta negli argomenti posti a sostegno del primo decreto, e manterrebbe vigore fintanto che non venga a mutare il quadro di elementi presupposti.

<sup>117</sup> Cass. pen. Sez. I, 2 febbraio 2009, n. 4428, Rv. 242797; Cass. pen. Sez. I, 26 ottobre 2006, n. 35901, in *Pluris*, secondo le quali in tal modo la proroga viene a essere giustificata unicamente in base agli stessi presupposti che legittimarono l'originaria imposizione del regime piuttosto che sulla scorta di concreti elementi denotanti la persistenza della capacità del detenuto di mantenere i contatti con il sodalizio di appartenenza.

<sup>118</sup> P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 186.

Il richiamo al tenore di vita dei familiari si spiega, invece, con la possibilità di desumere la persistente capacità di collegamento del detenuto e soprattutto di influenzare la consorterìa di provenienza dalla constatazione che la sua famiglia continui a ricevere da questa mezzi di sostentamento. E' evidente che non sarà sufficiente valutare in astratto lo stile di vita, ma sarà necessario raffrontarlo con le entrate lecite, e valutarne la eventuale proporzione<sup>119</sup>.

Riguardo, infine, alla sopravvenienza di nuove incriminazioni, se da un lato queste possono confermare o addirittura aggravare il giudizio di pericolosità del detenuto, d'altro canto si dovrà verificare che si tratti di fatti non troppo risalenti nel tempo e in qualche modo connessi al contesto della criminalità organizzata, pena il rischio di tener conto solo del profilo e della storia criminale del detenuto, elementi che rivestono un ruolo determinante soprattutto rispetto al passato ma non necessariamente rispetto al presente.

Quanto alle ipotesi di frequente reiterazione del regime detentivo speciale, la riforma del 2009 ha previsto espressamente che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa<sup>120</sup>. Il fondamento di questa previsione legislativa va rintracciato nel riconoscimento che lo stato di detenzione anche per lunghi periodi di tempo non è di per sé idoneo a recidere il vincolo mafioso, normalmente

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>120</sup> Anche questo profilo è stato ripreso dal legislatore da una sistematica interpretazione giurisprudenziale. Cfr., Cass. pen. Sez. I, 16 febbraio 2004, n. 6185, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 4 marzo 2004, n. 19894, in *Riv. pen.*, 2005, p. 229; Cass. pen. Sez. I, 28 gennaio 2005, n. 2900, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. I, 27 settembre 2007, n. 37346, Rv. 237510; Cass. pen. Sez. I, 3 febbraio 2009, n. 14822, Rv. 243736; Cass. pen. Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 18054, Rv. 253759; Cass. pen. Sez. I, 19 luglio 2019, n. 32337, in *Pluris*.

instaurato a vita e che i periodi di reclusione — come già riferito — sono solitamente accettati dai sodali come prevedibili eventualità<sup>121</sup>.

Ciononostante, non può negarsi come il passare del tempo faccia comunque scemare la verosimiglianza di persistenza della capacità di collegamento<sup>122</sup>, non potendosi realmente ritenere che, dopo periodi anche lunghissimi di detenzione in regime speciale, il detenuto sarebbe in grado di riprendere i contatti con la propria organizzazione *sic et simpliciter*, qualora venisse ricondotto al regime ordinario.

E' opportuno, pertanto, che nei casi di frequente reiterazione del 41-*bis*, la verifica di permanenza dei presupposti vada fatta con crescente rigore<sup>123</sup>.

### **3.2. Questioni interpretative in tema di proroga.**

L'istituto della proroga, ponendosi al crocevia tra esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza, da un lato, e di garanzia della protezione dei diritti dei detenuti, dall'altro, rappresenta uno strumento particolarmente delicato, il cui abuso — conseguente a una reiterazione del regime detentivo in assenza di una attuale pericolosità dell'interessato — potrebbe sfociare in un trattamento inumano o degradante, giacché non vi sarebbe più giustificazione alcuna per una misura tanto gravosa, che perderebbe dunque il suo fondamento preventivo e acquisirebbe i connotati di mero aggravamento in senso meramente retributivo della sanzione.

---

<sup>121</sup> Cass. pen. Sez. II, 24 gennaio 2017, n. 8461, Rv. 269121; Cass. pen. Sez. I, 7 novembre 2014, n. 46103, Rv. 261272; Cass. pen. Sez. II, 22 marzo 2011, n. 17100, Rv. 250021. Secondo questo orientamento, infatti, in tema di associazione per delinquere di stampo mafioso, il sopravvenuto stato detentivo del soggetto non determina la necessaria e automatica cessazione della sua partecipazione al sodalizio, atteso che la relativa struttura - caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine - accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, soprattutto in ruoli apicali, alla stregua di eventualità che, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e, dall'altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento.

<sup>122</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 46271, in *Pluris*, secondo cui la valutazione della persistente pericolosità sociale del detenuto non può essere ridotta a un mero automatismo, ma deve tener conto che molteplici eventi — tanto più probabili con il trascorrere del tempo — possono interrompere la detta capacità di interazione con il sodalizio criminale.

<sup>123</sup> M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 216.

Tra i maggiori dubbi che la normativa in esame presenta, si pone, in particolare, quello della dimostrabilità del venir meno della propria capacità di collegamento<sup>124</sup> laddove non ricorrano condizioni che, come si vedrà, prescindono dalla volontà del detenuto o che addirittura siano idonee a coartarla<sup>125</sup>.

Sembra infatti che la prova della dissociazione, o comunque del venir meno della capacità di collegamento, possa essere desunta solo dalle seguenti ipotesi: disgregazione del gruppo; estromissione del detenuto; collaborazione con la giustizia; dissociazione fattiva e concreta; stato di salute precario<sup>126</sup>.

Se, però, la disgregazione del gruppo e l'estromissione dell'interessato, così come l'aggravamento delle sue condizioni di salute<sup>127</sup>, sono circostanze indipendenti dalla volontà di questi, sembra che solo attraverso la collaborazione con la giustizia e la fattiva e concreta dissociazione egli potrebbe autonomamente manifestare l'abbandono delle logiche criminali.

Tuttavia, la fattiva dissociazione risulterebbe difficilmente dimostrabile o comunque non del tutto credibile se non attraverso una condotta chiara e inequivoca di contrasto alle attività criminali precedentemente condivise. Atteso che l'unico modo per contrastare in modo effettivo ed efficace la criminalità organizzata sia quello di intraprendere un percorso di collaborazione con la giustizia, vista la sua connotazione auto ed etero-accusatoria, sembra questa l'unica alternativa concretamente perseguibile per dimostrare il venir meno della capacità di collegamento. In altre parole, il detenuto si troverebbe dinnanzi

---

<sup>124</sup>L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 471, ritiene, infatti, che l'onere motivazionale dell'Amministrazione Penitenziaria possa essere facilmente aggirato, diventando pressoché impossibile per il detenuto dimostrare di non possedere più la capacità di mantenere collegamenti con le organizzazioni di riferimento.

<sup>125</sup> La collaborazione con la giustizia è stata considerata spesso una forma di estorsione morale, nel senso che il detenuto per un reato ostativo sarebbe posto di fronte all'alternativa tra la concreta impossibilità di dimostrare la propria dissociazione in modo efficace, e la formulazione di dichiarazioni auto o eteroaccusatorie. In tal senso, cfr. L. EUSEBI, *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., p. 1223; G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e incompatibilità convenzionale*, cit., p. 1510. G. MARIA FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, cit., p. 1510.

<sup>126</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 188.

<sup>127</sup> Cass. pen. Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 32405, in *Pluris*, secondo cui in tema di proroga del regime penitenziario differenziato, l'aggravamento delle condizioni di salute fisiche del detenuto possono incidere sulla complessiva legittimità della proroga del predetto regime, sia con riguardo al divieto di realizzazione di un trattamento inumano o degradante sia con riferimento all'analisi della condizione di attualità della pericolosità del recluso.

all'alternativa secca tra scelta collaborativa (che precluderebbe la proroga del regime) e impossibilità di dimostrare altrimenti il venir meno della propria capacità di collegamento, senza avere a disposizione una terza via (al di là di circostanze eventuali e del tutto casuali come il deterioramento del proprio stato di salute).

Al riguardo va però ricordato (come già osservato *supra*) che se la collaborazione con il sistema giudiziario consente di presumere la dissociazione del reo e il suo più agevole reinserimento sociale, dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, quale indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale<sup>128</sup>.

La stessa Corte Edu, nel dichiarare il contrasto tra la disciplina dell'ergastolo ostativo e l'art. 3 CEDU, ha affermato sul punto che «la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata a una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai “valori criminali” e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»<sup>129</sup>.

Pertanto, come i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto in favore dell'ergastolo ostativo il diritto di accedere ai benefici penitenziari anche in assenza di collaborazione con la giustizia, parimenti si pone l'esigenza di consentire al detenuto a regime speciale di dimostrare autonomamente la propria resipiscenza in modo diverso dalla sola scelta collaborativa, senza dover dipendere da circostanze del tutto avulse dai suoi poteri di controllo. Sarebbe opportuno, ad esempio, prendere in considerazione gli esiti del suo percorso trattamentale (requisito ricompreso tra gli indici di cui al co. 2-*bis* ma nella prassi sistematicamente trascurato<sup>130</sup>), l'eventuale manifestazione di atteggiamenti di dissociazione

---

<sup>128</sup> Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306, cit.

<sup>129</sup> Viola c. Italia (n. 2), cit.

<sup>130</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, 19 luglio 2019, n. 32337, secondo cui l'accoglimento del ricorso avverso il provvedimento di proroga del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis*, legge 26 luglio 1975, n. 354 implica l'individuazione di elementi specifici e concreti indicativi della sopravvenuta carenza di pericolosità sociale, che non possono identificarsi con il mero trascorrere del tempo dalla prima applicazione del regime differenziato, né essere rappresentati da un apodittico e generico riferimento a non meglio precisati risultati dell'attività di trattamento penitenziario.

e di repulsione verso i contesti criminali, nonché eventuali condotte riparatorie verso le persone offese.

In caso contrario, si insinua il rischio di affiancare alla funzione di prevenzione una funzione occulta, ossia proprio quella di sfruttare il regime detentivo speciale per incentivare la collaborazione con la giustizia<sup>131</sup>.

Ciò premesso, atteso che il 41-*bis* determina una importante limitazione di diritti fondamentali della persona, già fortemente compromessi dallo stato di detenzione, sarà di particolare rilievo far sì che il giudizio di pericolosità ai fini della reiterazione della proroga risulti nel tempo sempre più approfondito e attuale.

Lo stesso Garante dei diritti dei detenuti ha riscontrato numerosi casi di persone sottoposte al 41-*bis* da oltre vent'anni e ha verificato la ricorrenza nei provvedimenti di proroga di motivazioni che sostanziano il fondamento della reiterazione nella «assenza di ogni elemento in senso contrario» al mantenimento di collegamenti con l'organizzazione criminale operante all'esterno. Questi ha riscontrato come, nei provvedimenti di proroga, si faccia troppo spesso riferimento al reato iniziale per cui la persona è stata condannata e alla persistente esistenza sul territorio dell'organizzazione criminale all'interno del quale il reato è stato realizzato. Due elementi centrali, a parere del Garante, che tuttavia non configurano di per sé in senso assoluto quella richiesta di attualizzazione delle particolari esigenze custodiali espressa nei pronunciamenti della Corte costituzionale<sup>132</sup>.

Il Garante ha poi evidenziato come spesso le proroghe non considerano la temporaneità della pena, al punto da essere disposte anche per un periodo che va oltre l'estinzione naturale della sanzione punitiva, precludendo il fondamentale principio di progressività del trattamento penitenziario<sup>133</sup>. Sicché, un detenuto che non ha intrattenuto per anni alcun tipo di contatti con l'esterno, si ritro-

---

<sup>131</sup> P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 188.

<sup>132</sup> *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario del Garante dei diritti dei detenuti*, cit., p. 9

<sup>133</sup> Sull'esigenza di progressività del trattamento penitenziario, specie riguardo i detenuti al 41-*bis*: M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena*, cit., p. 1299.

verebbe “catapultato” da un giorno all’altro nella società, senza avere avuto la possibilità di intraprendere un percorso trattamentale che lo funzionale a tenerlo lontano dalle reti criminali di provenienza<sup>134</sup>.

#### **4. Il contenuto.**

Nella sua formulazione originaria, l’art. 41-*bis* non prevedeva alcun freno alla discrezionalità amministrativa circa le specifiche restrizioni che potevano conseguire all’applicazione del regime detentivo speciale, limitandosi la norma a consentire la sospensione delle ordinarie regole di trattamento in presenza di una una concreta minaccia per l’ordine e la sicurezza pubblica. Ne derivava il rischio di provvedimenti ministeriali di estremo rigore, idonei a ledere anche i diritti fondamentali del detenuto<sup>135</sup>.

Al fine di precludere tale pericolo, è intervenuto il legislatore con la novella del 2002 che ha riformato la disciplina del 41-*bis* secondo due direttrici<sup>136</sup>: da un lato, mediante una modifica al comma 2, si è provveduto ad ancorare le possibili restrizioni alla finalità di soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza, e di impedire i collegamenti con le associazioni di provenienza (c.d. vincolo funzionale<sup>137</sup>); dall’altro, mediante la precisazione degli ambiti in cui la sospensione delle regole di trattamento poteva incidere, sono state elencate espressamente, al comma 2-*quater*, tutte le possibili restrizioni che l’Amministrazione penitenziaria avrebbe potuto adottare<sup>138</sup>. Si tratta, all’evidenza, o di quei settori che principalmente favoriscono i contatti con l’esterno, e che dunque consentono, in caso di loro abuso, il mantenimento dei contatti con i membri del gruppo ancora in libertà (come le regole in tema di colloqui con i

---

<sup>134</sup> *Rapporto tematico*, cit., p. 8.

<sup>135</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 150.

<sup>136</sup> La novella non ha provveduto a inserire la previsione, contenuta sino all’ultima lettura del testo, della possibilità di limitare “ogni altra facoltà derivante dall’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall’ordinamento penitenziario, ove ne sia ravvisato il concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza”, che avrebbe eccessivamente dilatato la portata del regime differenziato. Sul punto, L. FILIPPI, *La “novella” penitenziaria del 2002*, cit., pp. 32 s.

<sup>137</sup> Utilizza questa espressione, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 232.

<sup>138</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 457, osserva come sia stato individuato un contenuto in larga parte corrispondente a quello dell’art. 14-*quater* in materia di sorveglianza particolare.



familiari, di ricezione di somme e oggetti dall'esterno, di corrispondenza) o di quei settori relativi alla vita interna all'istituto penitenziario (come le regole sulla permanenza all'aperto o sull'accesso a forme di rappresentanza dei detenuti), la cui incidenza in senso peggiorativo realizza esigenze logistiche o di aggravamento della funzione custodialistica<sup>139</sup>.

E' chiara l'influenza che le pronunce della Corte Costituzionale hanno avuto sul legislatore<sup>140</sup>. La Consulta aveva, infatti, riconosciuto all'Amministrazione Penitenziaria il potere di adottare provvedimenti in ordine all'esecuzione della pena che non eccedessero il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto dallo stato di reclusione: avrebbero potuto adottarsi, dunque, tutte le misure che non avessero inciso sulla qualità e quantità della pena, e che quindi non fossero idonee a modificare il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto<sup>141</sup>. La Corte aveva poi specificato, sotto altro aspetto, il necessario nesso funzionale che doveva sussistere tra le restrizioni adottate e la finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza<sup>142</sup>.

Il Giudice delle leggi aveva così individuato i cc.dd. *limiti esterni* al potere ministeriale di sospensione delle regole penitenziarie, che precludono che il regime speciale possa incidere sul residuo di libertà personale del detenuto, e dunque, si ripete, su quegli aspetti che si riverberano sulla quantità e qualità della pena; e i cc.dd. *limiti interni*, che precludono l'adozione di quelle misure restrittive che non siano funzionali alle finalità di prevenzione connesse.

Va detto però che, per quanto apprezzabile lo sforzo del legislatore di rendere maggiormente conforme a Costituzione il testo dell'art. 41-*bis* ord. pen., già l'Amministrazione Penitenziaria, sulla scorta di una forma di autolimi-

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 459.

<sup>140</sup> Se le pronunce della Corte Costituzionale hanno orientato il legislatore nella individuazione delle finalità e dei limiti che il contenuto del regime detentivo derogatorio doveva rispettare, la specifica elencazione delle concrete limitazioni adottabili sono state riprese, invece, dal contenuto tipico dei decreti sospensivi adottati dal ministro della Giustizia. Cfr., S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 96.

<sup>141</sup> Corte Cost., 24 luglio 1993, n. 349, cit.

<sup>142</sup> Corte Cost., 14 ottobre 1996, n. 351, cit.

tazione amministrativa<sup>143</sup>, aveva provveduto a recepire le pronunce della Corte Costituzionale in sede di emanazione dei provvedimenti sospensivi, sicché alla novella vanno attribuiti principalmente effetti simbolici<sup>144</sup>.

La riforma del 2009 ha poi ulteriormente inciso sulla formulazione della norma, procedendo a rendere ancora più afflittivo il contenuto del provvedimento sospensivo.

Si è scelto, innanzitutto, di positivizzare la prassi penitenziaria per cui i detenuti a regime speciale venivano ristretti in carceri specifiche, prevalentemente in aree insulari, o comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto<sup>145</sup>.

Al fine di rendere il regime derogatorio il più uniforme possibile<sup>146</sup>, si è provveduto, poi, a sostituire la locuzione *può comportare* (riferita alle restrizioni adottabili con il decreto di sottoposizione a 41-bis), con la parola *prevede*, così eliminando ogni residuo profilo di discrezionalità ministeriale e di individualizzazione del trattamento<sup>147</sup>. Le restrizioni ivi indicate andranno pertanto tutte necessariamente e cumulativamente applicate in quanto presuntivamente ritenute adeguate allo scopo, e non sarà più possibile ritagliare il con-

---

<sup>143</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 7; ID., *Il nuovo regime dell'art. 41 bis*, cit., p. 13.

<sup>144</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 7. C. BOTTI, *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in *Dir. e giust.*, 2003, p.9, rinviene nella tipizzazione del contenuto del 41-bis una iniziativa demagogica e propagandistica, non essendovi alcuna relazione, ad avviso dell'A., tra le esigenze di prevenzione connesse all'istituto e la limitazione delle ore d'aria, il peso dei pacchi da potere ricevere, le varietà di cibo da consumare, il tipo di vestiario da indossare, la possibilità di avere dei colloqui, peraltro sempre agevolmente controllabili, con un bambino o con i familiari senza la mortificante ed inumana barriera di uno spesso vetro divisorio.

<sup>145</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 458, espone come la previsione legislativa di collocare i detenuti a regime speciale in carceri specifiche, preferibilmente in aree insulari, rifletta la prassi dell'amministrazione penitenziaria di custodire questi soggetti in istituti o sezioni di istituto a essi riservati e con la vigilanza effettuata da un nucleo di polizia penitenziaria particolare (il c.d. Gruppo Operativo Mobile). L'A. osserva, però, che, se la previsione rispecchia l'obiettivo di isolare tali soggetti e così impedire contatti fra detenuti, il riferimento alla preferibile collocazione in aree insulari suscita perplessità rispetto ai soggetti di origine siciliana che, per evitare la compromissione delle finalità della norma, avrebbero dovuto essere collocati in aree non insulari, con conseguente violazione della lettera della legge. Sicché la norma avrebbe dovuto essere meno generica e precisare in modo più chiaro l'intenzione di destinare questi detenuti alle carceri delle isole di Pianosa ed Asinara.

<sup>146</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 233.

<sup>147</sup> P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 152. L. CESARIS, *Sub art. 41 bis o.p.*, cit., p. 459, in particolare osserva come la eliminazione di qualsivoglia discrezionalità in capo al Ministro si pone in contrasto con la previsione secondo cui le misure adottate devono essere necessarie per il soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza.

tenuto del regime così da renderlo il più adatto possibile alle esigenze del caso concreto, con evidenti ricadute sul finalismo rieducativo della pena e sulla presunzione di colpevolezza<sup>148</sup>.

Nonostante le intenzioni del legislatore, permangono alcune perplessità in merito al contenuto del 41-*bis*: in primo luogo la limitazione della discrezionalità ministeriale è più apparente che reale<sup>149</sup>, dal momento che è lasciata all'Amministrazione la possibilità di adottare, ai sensi della lett. a) del comma 2-*quater*, tutte le misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate. Si tratta di una evidente delega in bianco all'Amministrazione<sup>150</sup> che, di fatto, riallarga la discrezionalità del Ministro della giustizia, o che comunque consente di aggirare i limiti imposti dalla Corte Costituzionale, sicché il rischio di adozione di misure troppo restrittive permane.

In secondo luogo, a fronte della presenza di una clausola di apertura, si sente la mancanza di una norma di chiusura sulla base della quale individuare con maggiore precisione i limiti invalicabili dall'Amministrazione penitenziaria e, di conseguenza, i diritti inviolabili del detenuto<sup>151</sup>, sulla scia di quanto già previsto all'art. 14-*quater*, co. 4, ord. pen., in materia di sorveglianza particolare, che elenca gli ambiti in cui non possono intervenire limitazioni di sorta.

#### **4.1. Le singole restrizioni. La disciplina dei colloqui con i familiari.**

Atteso che la lett. a) del co. 2-*quater*, in qualità di clausola aperta, giustifica deroghe al regime ordinario ulteriori rispetto a quelle espressamente richiamate dall'art. 41-*bis*, la prima delle restrizioni tipizzate è quella di cui alla

---

<sup>148</sup> Manifesta queste perplessità, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 459.

<sup>149</sup> Parla di tipizzazione apparente, P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 152.

<sup>150</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 11.

<sup>151</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 457.

lettera b), che regola, non a caso, la materia dei colloqui, in quanto strumento di comunicazione che ha funto per i *boss* mafiosi da principale canale di collegamento con l'esterno per ricevere informazioni e continuare a impartire direttive. Per tale motivo, il legislatore ha dato all'istituto dei colloqui una disciplina molto restrittiva e di dettaglio, frutto di successive stratificazioni intervenute nel corso degli anni quale progressivo adattamento della risposta statale ai continui tentativi di elusione delle regole penitenziarie.

Al fine di apprezzare meglio la differenza di trattamento cui i detenuti a regime speciale sono sottoposti, è opportuno riepilogare brevemente le disposizioni in tema di colloqui applicabili a coloro che sono soggetti al regime ordinario.

La disciplina generale è dettata, principalmente, dagli artt. 18 della L. n. 354/1975 e 37 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che consentono la fruizione di un massimo di sei colloqui al mese (o quattro, qualora si tratti di detenuti *ex art. 4-bis*) con familiari e conviventi, della durata di un'ora (prolungabile in presenza di eccezionali circostanze), previa autorizzazione del direttore dell'istituto (o dell'autorità giudiziaria che procede nel caso di imputati prima della sentenza di primo grado). E' richiesta un'apposita autorizzazione fondata su ragionevoli motivi per consentire i colloqui con persone diverse dai congiunti. Al fine di favorire le relazioni familiari, specie con i figli minori, il direttore dell'istituto può autorizzare anche un numero di colloqui al mese superiore (art. 61 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Nei confronti dei detenuti a *41-bis*, invece, dopo essersi rinunciato alla previsione di uno schema aperto che affidasse al Ministro della giustizia la possibilità di dosare la limitazione dei colloqui<sup>152</sup>, si è proceduto a una disciplina dettagliata, in base alla quale è consentita l'effettuazione di colloqui in misura non superiore a uno al mese<sup>153</sup>, e solo nei confronti di familiari e conviventi.

---

<sup>152</sup> S. ARDITA, *Problematiche di prevenzione*, cit., p. 8.

<sup>153</sup> Prima che intervenisse in senso ulteriormente restrittivo la riforma operata con il Pacchetto sicurezza del 2009, era prevista la facoltà di svolgere un numero di colloqui non inferiore a uno e non superiore a due al mese.

Dal punto di vista soggettivo, la nozione di *familiari*, in mancanza di una norma che ne esplicitasse il significato, veniva intesa in senso restrittivo<sup>154</sup>, preferibilmente in modo coerente a quanto stabilito dall'art. 14-*quater*, stante l'affinità con il regime di sorveglianza particolare. Secondo questa interpretazione, il concetto di familiari doveva essere quindi circoscritto alla stretta cerchia di congiunti, ossia al coniuge, ai figli, ai genitori e ai fratelli. Sul punto è intervenuta la Circolare D.a.p. del 2 ottobre 2017, che ha chiarito come i colloqui siano consentiti, oggi, solo per familiari e affini sino al terzo grado<sup>155</sup>.

Non sono invece ammessi colloqui con soggetti terzi, salvo casi eccezionali autorizzati volta per volta dal direttore o dall'A.G. (in caso di imputati)<sup>156</sup>.

Non è previsto un termine di durata, sicché si ritiene unanimemente che sia possibile rinviare sul punto alla disciplina ordinaria, individuabile nell'art. 37, co. 10, del Regolamento penitenziario, che prevede la durata di un'ora.

Al riguardo, si è registrato un contrasto interpretativo circa la possibilità di consentire il cumulo dei colloqui<sup>157</sup>, e dunque di autorizzarne uno della durata di due ore, qualora non fosse stato possibile fruire del colloquio previsto per il mese precedente. Ciò rappresenta, infatti, la regola per i detenuti ordinari in favore dei quali l'art. 37, co. 10, D.P.R. 230/2000 dispone il prolungamento au-

---

<sup>154</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 459.

<sup>155</sup> Riguardo ai colloqui visivi con i familiari, positiva appare la loro estensione, sulla base della legge 20 maggio 2016 n. 76, alle persone conviventi anche in virtù di un'unione civile di persone dello stesso sesso.

<sup>156</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 240 s., include tra i soggetti terzi anche coloro che, per le cariche istituzionali che rivestono, o per incarichi politici, religiosi o giurisdizionali, hanno facoltà di visitare gli istituti penitenziari. Trattandosi di figure particolari che visitano i detenuti per motivi prettamente istituzionali, nei loro confronti l'art. 67 ord. pen. non richiede alcuna autorizzazione, sempre che l'oggetto della conversazione ricada sulle condizioni di vita del detenuto, sulla conformità del trattamento a umanità, sul rispetto della dignità della persona, senza alcun riferimento al processo in corso. Cfr. sul punto Circolare D.a.p. 10 agosto 2012, n. 3640/6090.

<sup>157</sup> Vd. sul punto, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1493 ss., la quale evidenzia come sollecitazioni nel senso di consentire il cumulo dei colloqui siano pervenute persino dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura delle pene o trattamenti inumani o degradanti istituito presso il Consiglio d'Europa (CPT). Nel suo Rapporto depositato in data 19 novembre 2013, infatti, il CPT si è mostrato molto preoccupato per le condizioni dei detenuti a esso sottoposti, ulteriormente peggiorate dopo la riforma del 2009, nel senso di un accresciuto e - se protratto - psicologicamente nocivo isolamento. Pertanto il CPT ha formulato dei criteri volti a ridurre l'indice di isolamento cui i detenuti sono soggetti, tra cui è stata evidenziata proprio la possibilità di cumulo dei diritti di visita non utilizzati.

tomatico del colloquio quando i familiari e i conviventi risiedono in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto (circostanza che rappresenta, invece, la regola per i detenuti al 41-*bis*), se nella settimana precedente il detenuto o l'internato non ne avesse fruito e comunque nel rispetto delle esigenze di organizzazione dell'istituto. Alla prassi dell'Amministrazione penitenziaria di non autorizzare siffatto recupero compensativo — precluso dall'applicazione del regime derogatorio che impedirebbe, secondo questa esegesi, il rinvio al regime ordinario dettato al riguardo dal citato art. 37, co. 10 — si è contrapposta la giurisprudenza di legittimità secondo cui ai fini della deroga delle regole generali non è sufficiente la mera sottoposizione a 41-*bis*, essendo necessario che vi siano specifici motivi di ordine e sicurezza. Nulla osterebbe, dunque, a ritenere applicabili le disposizioni contenute nella disciplina ordinaria<sup>158</sup>.

Con riferimento alle modalità di svolgimento dei colloqui, se normalmente essi avvengono in locali interni senza mezzi divisorii o in spazi all'aperto a ciò destinati (soprattutto in presenza di figli minori), sotto il semplice controllo a vista del personale del Corpo di Polizia penitenziaria, nei confronti dei detenuti *ex art. 41-bis* i colloqui si svolgono in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti<sup>159</sup> (ossia in presenza di un vetro divisorio a tutt'altezza che tiene separati ospiti e detenuto, muniti di impianto citofonico<sup>160</sup>), e vengono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente.

Solo in casi del tutto eccezionali, quasi esclusivamente connessi a ragioni umanitarie, l'Amministrazione ha concesso una deroga all'obbligo del vetro divisorio, come nei casi di imminente pericolo di vita, di celebrazione di un matrimonio o della nascita di un figlio<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Cass. pen. Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 49725, in *Giur. it.*, p. 1490.

<sup>159</sup> Con comunicato stampa del 30 luglio 2015 del DAP si è reso noto che «per il miglioramento delle condizioni detentive, in linea con le prescrizioni dettate dalla sentenza Torreggiani, [...] si è provveduto all'abbattimento di tutti i banconi divisorii ancora presenti nelle sale colloqui di alcuni istituti penitenziari». Da ciò emerge come la presenza di vetri divisorii rappresenti un elemento che ora più di allora distingue i parlatoi delle sezioni 41-*bis* da quelli destinati ai detenuti ordinari.

<sup>160</sup> Come precisato da, Trib. sorv. Roma, ord. 19 giugno 2015, n. 3921.

<sup>161</sup> F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 198.

Nelle situazioni di impossibilità o di gravissime difficoltà oggettive allo svolgimento del colloquio visivo, la giurisprudenza ha recentemente riconosciuto il dovere dell'Amministrazione penitenziaria di assicurare il diritto al mantenimento dei rapporti familiari grazie all'utilizzo di modalità di conversazione alternative, anche tramite l'ausilio delle video-chiamate<sup>162</sup>.

Con riferimento alla registrabilità dei colloqui, se precedentemente si prevedeva al riguardo una mera possibilità, la nuova formulazione della norma sancisce un vero e proprio obbligo. In realtà, la tutela dell'inviolabilità della corrispondenza e di ogni forma di comunicazione di cui all'art. 15 Cost., che impone l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di rendere legittime eventuali limitazioni, sembra necessariamente presupporre un certo grado di discrezionalità. Da ciò si dovrebbe desumere l'imposizione di una intermediazione giudiziale connotata da necessari profili di discrezionalità sulla sussistenza dei presupposti per questo tipo di sorveglianza<sup>163</sup>. Tuttavia, la previsione secondo cui, a partire dalla riforma del 2009, i colloqui con i familiari sono *comunque* video-registrati, sembra negare *in nuce* un intervento giudiziale sul punto, o comunque sembrerebbe precludere un diniego da parte dell'A.G., qualora, a fronte di un reclamo, dovesse ritenere insussistenti le esigenze di prevenzione.

---

<sup>162</sup> A fronte di un contrasto giurisprudenziale tra chi riteneva ammissibile per i detenuti la realizzazione di forme di comunicazione a distanza e chi, invece, propendeva per una soluzione negativa alla luce dell'assenza di una espressa disciplina normativa che regolasse modalità e misure di sicurezza della video-chiamata, la Corte di Cassazione ha, da ultimo, propeso per l'opzione più garantista. I giudici di legittimità hanno innanzitutto proceduto a ricondurre le forme di comunicazione a distanza nell'alveo dei colloqui *de visu*, e ciò alla luce di quanto statuito dalla Circolare D.A.P. del 29 gennaio 2019, n. 0031246U, che ha emanato delle linee guida rivolte a tutte le direzioni degli istituti penitenziari, volte ad agevolare la procedura telematica di video-chiamata tramite la piattaforma *Skype for business*. La Corte ha poi riconosciuto a tale modalità di comunicazione la funzione di facilitare le relazioni familiari nelle strutture penitenziarie, soprattutto in periodi caratterizzati dall'emergenza sanitaria da coronavirus. Questa ha, infine, escluso i rischi di sicurezza prospettati dal Ministro della Giustizia, considerato che entrambi i colloquianti avrebbero avuto accesso alla conversazione da piattaforme collocate ciascuna in un istituto carcerario, e che comunque era possibile garantire forme di controllo anche per i colloqui telematici, disponendo la vigilanza da remoto e la sua registrazione tramite la stessa piattaforma digitale, con conseguente possibilità di masterizzazione e custodia sul computer usato per la comunicazione. Cfr., Cass. pen. Sez. I, 11 agosto 2020, n. 23819, in *Pluris*.

<sup>163</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 239, rinviene la conferma di questa interpretazione nel successivo periodo della norma, laddove si prescrive che "i colloqui sono comunque registrati", dove il "comunque" sembrerebbe appunto significare che la videoregistrazione può effettuarsi anche nel caso in cui il giudice abbia negato l'autorizzazione per la registrazione dell'audio.

Non solo la norma solleva più di un dubbio di compatibilità con il principio di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., ma, stante la sua genericità, non sembra nemmeno tener conto della riserva di legge: non sono indicati, infatti, né i presupposti che legittimano l'ascolto e la registrazione, né la durata o la finalità dell'intercettazione<sup>164</sup>.

Sempre con riferimento alle modalità di svolgimento dei colloqui, in caso di presenza di figli o di nipoti *ex filio* infradodicenni<sup>165</sup>, va segnalato un orientamento giurisprudenziale che consentiva il non utilizzo dei vetri divi-

---

<sup>164</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 155.

<sup>165</sup> La materia è stata oggetto di attenzione da parte di apposite circolari del D.a.p., volte a rendere omogenea la relativa disciplina a fronte dell'esigenza di contemperare i rischi di strumentalizzazione dei minori con le necessità affettive degli stessi. Cfr. D.a.p., nota 18 aprile 2013, n. 0140006, nonché nota 10 giugno 2013, n. 0206255. A tal fine, le circolari hanno previsto, innanzitutto, che se al colloquio prende parte soltanto il minore di anni dodici, questo può svolgersi senza vetro divisorio per l'intera sua durata di un'ora. Laddove, invece, partecipino anche familiari adulti, allora i minori infradodicenni possono recarsi a diretto contatto con i nonni o i genitori ristretti, passando al di là del vetro divisorio, a due precise condizioni: a) che la loro permanenza nella porzione della sala colloqui riservata al detenuto sia limitata ad un sesto della durata totale dell'incontro; b) che contestualmente al passaggio del bambino dall'altro lato del vetro, i parenti adulti presenti vengano «accompagnati all'esterno della sala» per la restante durata del colloquio. In altri termini, il colloquio del minore (o dei minori, se più di uno) senza la separazione prevista dalla legge si potrebbe svolgere per una durata massima di dieci minuti e senza la contestuale presenza degli altri congiunti dall'altra parte del vetro. Sul punto cfr., altresì, M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 842 ss., il quale evidenzia come la magistratura di sorveglianza sia intervenuta almeno in un paio di casi a disapplicare le disposizioni di queste circolari, rilevando, tra l'altro, la lesione dei valori costituzionali posti a fondamento della tutela della vita familiare (artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.) e specificamente declinati dalla normativa penitenziaria (art. 28 o.p.), nonché di altri parametri di livello internazionale (art. 3, primo comma, Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176, e art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Non solo: tale misura non sarebbe «congrua e proporzionata» al fine di tutela della sicurezza cui si deve intendere rivolta, essendo questo obiettivo garantito già dalla registrazione integrale, visiva e auditiva, dei predetti colloqui. Rispetto al necessario allontanamento dei familiari, si è detto che la loro presenza rassereni al contrario il clima del colloquio, che viene vissuto dal padre e dal minore non come sottrazione di tempo dedicato ad altri ma come reintegrazione, pur provvisoria, in quel ruolo genitoriale, già simbolicamente fallito con la commissione del reato, che tanto contribuisce invece al processo di rieducazione del reo, cui indefettibilmente deve tendere la pena *ex art. 27 Cost.* anche per i detenuti in regime differenziato. Sul punto, Magistrato sorv. Roma, ord. 28 ottobre 2013; Magistrato sorv. Spoleto, ord. 10 luglio 2013. Al fine di eliminare siffatte criticità, è intervenuta la Circolare D.a.p. 2 ottobre 2017, la quale ha previsto che i colloqui con i figli e i nipoti infradodicenni avvenga per tutta la durata, e non solo per gli ultimi dieci minuti, senza vetro divisorio, assicurando la presenza degli altri familiari al di là del vetro. Circa la possibilità di non consentire lo svolgimento dei colloqui visivi con il nipote «*ex fratre*» con le stesse modalità favorevoli previste, dalle circolari ministeriali, per gli incontri con il nipote «*ex filio*», cfr., Magistrato sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, in *Rass. pen. e crim.*, 2015, p. 159, con nota di F. PICOZZI.



sori<sup>166</sup>, purché tutti gli altri familiari fossero stati allontanati, al fine di impedire che potessero fruire dell'assenza della divisione per scambiare contatti non consentiti con il detenuto<sup>167</sup>. Lo svolgimento del colloquio con modalità eccezionalmente diverse dall'ordinario risponde in tal caso alla necessità di tutelare i rapporti familiari e l'equilibrio psicologico dei figli, mediante l'intensificazione dei rapporti con la figura genitoriale secondo modalità idonee a rendere emotivamente più significativa l'esperienza del contatto con il genitore<sup>168</sup>.

Il co. 2-*quater*, lett. b) incide, poi, anche sui colloqui telefonici: se prima della riforma del 2009 già era prevista una disciplina restrittiva, giacché era consentito un solo colloquio telefonico al mese della durata massima di dieci minuti, fruibile, sempre previa autorizzazione del direttore dell'istituto o dell'a.g. precedente<sup>169</sup>, solo dopo che fossero decorsi i primi sei mesi di applicazione del regime, ora tale eventualità è consentita solo in sostituzione dei colloqui *de visu* con i familiari, e non in aggiunta. Anche per questo genere di comunicazioni è prevista la registrazione.

---

<sup>166</sup> Nel *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (2016-2018)* del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, è stata rilevata la mancanza in taluni istituti di un sistema che consentisse ai minori infra-dodicenni di passare al di là del vetro divisorio. In istituti come quelli di L'Aquila e di Tolmezzo è stato riscontrato come il passaggio avvenisse, invece, attraverso una finestra, e dunque con modalità poco rispettose delle persone coinvolte. Pertanto il Garante ha raccomandato che le sale per i colloqui per le persone detenute in regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* o.p. siano adeguate per consentire il passaggio del minore di dodici anni, autorizzato al colloquio senza vetro di separazione, attraverso un passaggio dignitoso.

<sup>167</sup> F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 173. L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 460, ritiene inoltre che il rischio di strumentalizzazione dei minori per far passare oggetti dal detenuto agli ospiti e viceversa sia del tutto inverosimile a fronte della audio e videoregistrazione.

<sup>168</sup> Magistrato sorv. L'Aquila, ord. 7 giugno 2013, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 188, con nota di F. FIORENTIN.

<sup>169</sup> La corrispondenza telefonica per i detenuti a regime ordinario è disciplinata, invece, dall'art. 39 del Regolamento penitenziario, che consente di fruire di un colloquio telefonico alla settimana (o due al mese se si tratta di detenuti per reati ostativi) nei confronti, esclusivamente, di familiari o conviventi, e della durata massima di dieci minuti. Le modalità per ottenere l'autorizzazione sono, invece, identiche per detenuti ordinari e a regime speciale: il detenuto o l'internato che intende intrattenere corrispondenza telefonica deve rivolgere istanza scritta all'autorità competente, indicando il numero telefonico richiesto e le persone con cui deve corrispondere. Se del caso, il detenuto deve indicare anche i motivi che consentono l'autorizzazione, che resta efficace, se concessa, solo fino a che sussistono i motivi indicati. La decisione sulla richiesta, sia in caso di accoglimento che di rigetto, deve essere motivata.

Si tratta di un complesso di misure di estremo rigore, il cui aggravamento è stato determinato proprio dalla constatazione, nel corso dell'esperienza giudiziaria, dell'insufficienza delle misure originarie a realizzare le esigenze di prevenzione a fronte delle frequenti prassi elusive escogitate dai detenuti.

Sorge tuttavia il dubbio che, in presenza dell'obbligo di vetro divisorio e della registrazione visiva e auditiva, la drastica limitazione quantitativa dei colloqui *de visu* e telefonici non soddisfi più queste finalità, traducendosi, piuttosto, in una situazione meramente afflittiva<sup>170</sup>.

#### **4.1.1. I colloqui con il difensore.**

L'esigenza di inasprire il regime ha inciso, vieppiù, anche sulla disciplina dei colloqui con i difensori.

Sebbene si tratti di un settore particolarmente delicato, coperto da una specifica garanzia costituzionale, preso atto che la comunicazione con gli avvocati, proprio perché privilegiata, rappresenta il canale più evidente di collegamento con l'esterno, si è diffusa a livello parlamentare una richiesta di irrigidimento del regime, sfociata nel Pacchetto Sicurezza del 2009 e nella introduzione di una nuova fattispecie di reato, volta a punire le condotte di agevolazione delle comunicazioni dei detenuti in regime speciale (art. 391-*bis* c.p.)<sup>171</sup>.

Se originariamente si escludeva qualsivoglia tipo di controllo sulle comunicazioni tra detenuto e difensore<sup>172</sup>, con la novella del 2009 è stato modificato il co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* mediante l'interpolazione della previsione

---

<sup>170</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 460, osserva come siffatta disciplina evidenzia una certa qual diffidenza nei confronti dei familiari, che potrebbero fungere da intermediari con l'organizzazione criminale.

<sup>171</sup> Sebbene l'Unione delle Camere Penali abbia rinvenuto nella riforma del 2009 un tentativo di "criminalizzare" il difensore, individuato quale possibile contatto con l'esterno, va evidenziato come i rischi di strumentalizzazione delle garanzie connesse all'esercizio della difesa sono emersi nel corso di una lunga esperienza giudiziaria. Per una approfondita analisi di vari casi che hanno coinvolto anche i difensori cfr. A DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 13 ss.

<sup>172</sup> Già la Corte Costituzionale aveva dichiarato la illegittimità dell'art. 18 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva il diritto del detenuto a conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione, evidenziando altresì come l'esercizio di tale diritto non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria cui era affidato il compito di ammettere discrezionalmente i detenuti ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, in base all'apprezzamento di "ragionevoli motivi". Cfr. Corte Cost., 17 giugno 1997, n. 212, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 208, con nota di F. DELLA CASA.

per cui i colloqui sono consentiti in misura non superiore a tre a settimana. Non risulta modificato il resto della norma che comunque prevede l'inapplicabilità ai colloqui con difensori delle restrizioni imposte ai familiari e conviventi. Anche se il risultato della modifica non brilla per particolare chiarezza, l'interpretazione più appropriata sembra quella di escludere l'estensibilità ai difensori dei limiti previsti per le modalità di svolgimento del colloquio, ossia quelli relativi all'applicabilità del vetro divisorio e della videoregistrazione, mantenendo i soli limiti di tipo quantitativo.

Si trattava di una previsione alquanto rigida, che non prendeva in considerazione né lo *status* del detenuto, sicché un imputato ha maggiori esigenze di comunicare con il proprio difensore rispetto a un soggetto in espiazione pena, né il numero di procedimenti a carico dello stesso<sup>173</sup>. Ne conseguiva una drastica limitazione del diritto di difesa.

Sul punto è intervenuta però la Corte Costituzionale<sup>174</sup> la quale, per la prima volta, ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 41-*bis* ord. pen. nella parte in cui prevedeva, al co. 2-*quater*, lett. b), la limitazione al diritto di espletamento di colloqui e telefonate con i difensori «fino a un massimo di tre volte alla settimana», per violazione dell'art. 24 Cost.

Con questa sentenza è stata segnata un'altra tappa nel cammino di recupero e affermazione dei valori costituzionali, e, in particolare, del diritto di difesa del condannato in espiazione di pena detentiva, messi a dura prova dagli interventi riformatori del legislatore<sup>175</sup>.

La Corte, nell'esame della questione, ha preso l'abbrivio dall'analisi del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, al fine di individuarne i contenuti. Essa, nonostante il parametro costituzionale di riferimento non contenesse un esplicito richiamo all'*assistenza tecnica*, ha affermato che la norma dovesse necessaria-

---

<sup>173</sup> Cfr. Circolari D.a.p. 3 settembre 2009; 3 dicembre 2009; 1 dicembre 2010. Lo stesso D.a.p. ha, peraltro, ritenuto che i detenuti potessero "cumulare" i colloqui loro spettanti nell'arco della settimana: effettuare, cioè, in luogo di tre colloqui visivi o telefonici di un'ora o di dieci minuti ciascuno, un unico colloquio visivo o telefonico della durata, rispettivamente, di tre ore o di trenta minuti (circolari n. 434778-2009 del 3 dicembre 2009 e n. 233598-2010 del 1° aprile 2010).

<sup>174</sup> Corte Cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1185, con commento di P. CORVI.

<sup>175</sup> M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni "quantitative"*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2349.

mente ricomprendere anche il diritto a conferire con il proprio difensore, quale presupposto indispensabile per conoscere i propri diritti, gli strumenti offerti dall'ordinamento per tutelarli e predisporre opportune strategie difensive<sup>176</sup>. Tale diritto assumeva, secondo la Corte, un significato particolare con riferimento ai soggetti detenuti che si trovano in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive a causa della limitazione della loro mobilità<sup>177</sup>.

Così delineato il contenuto del diritto di difesa, la Corte ha tentato una interpretazione costituzionalmente orientata, sia prendendo atto di quell'esegesi secondo la quale le limitazioni avrebbero dovuto intendersi riferite al singolo procedimento, sia provando a servirsi del rimedio endoprocedimentale del legittimo impedimento.

Per la Consulta nessuna di queste due alternative sarebbe stata idonea a risolvere la questione. La prima infatti non avrebbe risolto il problema in generale, atteso che il diritto del detenuto a conferire con il difensore deve potersi esplicare anche in rapporto a procedimenti ancora da instaurare<sup>178</sup>. La seconda avrebbe imposto, invece, rilevanti costi sul piano operativo, obbligando il giudice di volta in volta a valutare se rispetto al caso concreto i colloqui messi a

---

<sup>176</sup> M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2179 s., ricorda come la Corte Costituzionale, nella sentenza in commento, abbia ricostruito il contenuto del diritto di difesa soprattutto grazie al contributo fornito dalla giurisprudenza della Corte Edu, la quale considera il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore quale requisito fondamentale del processo equo in una società democratica, ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. c) CEDU. La Corte Costituzionale dimostra, così, di «percorrere la via della “integrazione con la CEDU per il tramite dell'interpretazione».

<sup>177</sup> Corte Cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit., p. 1193. Vd. anche, M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore*, cit., p. 2350, la quale, dopo aver richiamato le parole della Corte Costituzionale in merito al diritto di difesa, ricorda come principio siffatto, a fronte del proprio riconoscimento costituzionale, ha stentato a trovare attuazione nella fase esecutiva, tant'è che il codice di rito presenta “macroscopiche” lacune in tema di assistenza del difensore al detenuto condannato definitivamente, con evidente *vulnus* del diritto in questione. Importanza determinante assume, dunque, la sentenza della Corte Cost. n. 212/1997 con cui è stato affermato un vero e proprio diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena detentiva. Cfr. sul punto anche, V. MANES - V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”*: nuovi traccianti della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, pp. 337 s., che definiscono “vitale” il diritto di difesa per i detenuti condannati definitivamente; C. LARA, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2386.

<sup>178</sup> Tra l'altro non è escluso che i limiti numerici e di durata dei colloqui possano pregiudicare in qualche modo l'effettività del diritto di difesa anche se riferiti ad un singolo procedimento.

disposizione dalla legge avrebbero potuto essere sufficienti ai fini della preparazione della difesa del detenuto o meno.

Non potendo pervenirsi a una interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte ha ritenuto, pertanto, che le restrizioni imposte dall'art. 41-bis ai colloqui con i difensori, in quanto automatiche, rigide, indefettibili e di lunga durata, rappresentassero un vero e proprio «*vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, secondo comma, Cost.».

Riconosciuta la effettiva compressione del diritto, non rimaneva che chiarire se tale limitazione potesse essere giustificata in ragione dell'esigenza di tutela di contrapposti interessi di pari rango. La Corte, sulla base di due argomenti, ha escluso questa eventualità: la menomazione del diritto di difesa poteva essere giustificata solo a condizione che non ne risultasse compromessa *in toto* l'effettività, come avveniva, viceversa, nel caso di specie, stante la rigidità e l'inflessibilità della misura in relazione alle concrete esigenze del detenuto. In secondo luogo, la limitazione del diritto di difesa sarebbe stata ammissibile, in un'ottica di "bilanciamento"<sup>179</sup>, solo in quanto *ragionevole*, ossia nella misura in cui al decremento di tutela del diritto avesse fatto riscontro un corrispondente incremento di tutela di un altro interesse di pari rango. Poiché, però, non era possibile escludere *tout court* i colloqui con i difensori, le occasioni di possibile contatto del detenuto con l'esterno non avrebbero potuto essere eliminate<sup>180</sup>, con la conseguenza che l'ulteriore restrizione di tali occasioni non faceva aggio

---

<sup>179</sup> M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore*, cit., p. 2352; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa*, cit., p. 2178; F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2181 ss.; V. MANES - V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni*, cit., p. 350.

<sup>180</sup> A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui al 41-bis ord. penit.*, in, *Sistema penale e "sicurezza pubblica"*, cit., p. 457, aveva anticipato, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, come la riduzione del numero delle ore di colloqui con il difensore non fosse utile ad impedire, nemmeno parzialmente, il passaggio di informazioni tra il carcere e l'esterno.

su una maggiore tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini<sup>181</sup>. Il vantaggio sarebbe stato, eventualmente, solo di ordine organizzativo, consentendo una più facile “gestione” dei detenuti ad altissimo rischio: troppo poco, in definitiva, per giustificare l'operazione di bilanciamento<sup>182</sup>.

Sebbene si tratti di un'affermazione di principio di cui si auspica, in una prospettiva di innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali, un'applicazione generalizzata a tutte le ipotesi di bilanciamento tra contrapposti interessi di carattere costituzionale<sup>183</sup>, non è mancato chi ha osservato come tale operazione, lungi dall'arrestarsi a una topografia formale degli “interessi” in conflitto, potesse sconfinare in un “sindacato di merito” da parte della Corte Costituzionale sulle scelte legislative, così attribuendo alla stessa un potere di ponderazione degli interessi in gioco forse eccessivo<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Corte Cost., 20 giugno 2013, n. 143, cit., pp. 1194 ss. Secondo la Corte, non è sufficiente accertare la necessità di comprimere un diritto costituzionalmente protetto per soddisfare un contrapposto interesse ritenuto prevalente; occorre anche valutare il “costo” di quel sacrificio, cioè l'impatto che la tutela di un interesse ha sull'altro diritto coinvolto nel bilanciamento. Tale ragionamento è sicuramente quello più convincente a sostegno della irragionevolezza della compressione del diritto di difesa, ma non l'unico sostenuto dalla Consulta. La Corte sostiene, infatti, che la limitazione al diritto di difesa sarebbe irragionevole anche perché relativa al contatto con soggetti qualificati, ossia soggetti che appartengono a un ordine professionale, tenuti al rispetto di un codice deontologico e soggetti alla vigilanza disciplinare dell'Ordine degli Avvocati. Per tali ragioni, se da un lato non può escludersi che i contatti con il difensore possano diventare l'occasione per impartire ordini e ricevere informazioni dall'esterno, tale possibilità non può essere assunta a massima di esperienza, così sostanzialmente equiparando la categoria dei difensori alla categoria dei familiari o dei terzi non qualificati. Sul punto, cfr. anche M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore*, cit., p. 2353; V. MANES - V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni*, cit., pp. 348 ss.; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni ai colloqui con i difensori*, cit., p. 2177. F. FIORENTIN, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa*, cit., p. 2187, infine, auspica, in prospettiva *de jure condendo*, l'introduzione all'interno del codice deontologico forense, di norme specifiche concernenti il divieto di assumere mandati difensivi che possano comportare l'insorgenza di situazioni non trasparenti, maggiori controlli da parte degli ordini professionali, l'attivazione della giustizia disciplinare nel caso in cui siano accertate situazioni deontologicamente rilevanti.

<sup>182</sup> V. MANES - V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni*, cit., p. 349.

<sup>183</sup> Questo metodo, in effetti, è stato successivamente utilizzato dalla Corte Costituzionale per pervenire alla declaratoria di incostituzionalità del comma 2-*quater*, lett. f), con riferimento al divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Cfr. par. 4.4.

<sup>184</sup> V. MANES - V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni*, cit., pp. 350 s., nel rappresentare rischio siffatto, osservano come la Corte, anticipando la critica e forse proprio per scongiurare tale evenienza, si sia premurata di fissare i limiti del proprio margine di apprezzamento: la mancata corrispondenza tra la “compressione” di un diritto e il “paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse” deve apparire “*prima facie*” percepibile. Richiedendo dunque (e arrestando il proprio vaglio a) uno scarto “evidente”, la Corte sembra in definitiva rievocare un criterio di giudizio assimilabile a quello su cui è declinato il vaglio di «manifesta arbitrarietà» o di «manifesta irragionevolezza».

I rischi prospettati non sembrano però del tutto condivisibili, atteso che la Corte Costituzionale è chiamata a verificare, *in primis*, se una determinata norma violi un diritto costituzionale, e, *in secundis*, qualora una lesione vi sia — come espressamente riconosciuto nel caso di specie — se essa non sia eventualmente giustificata dall'esigenza di tutela *effettiva*, e non meramente astratta, di contrapposti interessi di pari rango. In questo va rintracciato il significato del *ragionevole bilanciamento* che la Corte è chiamata a effettuare, non potendosi prescindere, nello svolgere tale comparazione, dal concreto dispiegarsi nel mondo reale dei diritti presi in esame.

E' condivisibile, pertanto, che, a fronte di una totale obliterazione del diritto di difesa, cui però non era corrisposto un significativo incremento nei livelli di tutela della pubblica sicurezza, la Consulta sia pervenuta a un giudizio di incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* lett. b), ultimo periodo, ord. pen., così come modificato dalla L. 94/2009.

Rispetto ai colloqui con i difensori, a differenza di quanto si verifica con i familiari, essenziale al fine di garantire l'effettività del diritto di difesa risulta garantirne la riservatezza. Il diritto di conferire in modo riservato con il proprio avvocato può andare, infatti, incontro a una illegittima limitazione tutte le volte in cui non vengano adibite sale apposite, o comunque quelle esistenti non siano idonee ad assicurare l'intimità della conversazione.<sup>185</sup>

#### **4.2. La censura della corrispondenza.**

Ulteriore restrizione che consegue all'applicazione del regime detentivo derogatorio, strettamente connessa all'esigenza di precludere in funzione preventiva qualsivoglia forma di comunicazione con l'esterno, riguarda la cor-

---

<sup>185</sup> La questione è stata oggetto di attenzione da parte del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti il quale, nel suo *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario* (2016 – 2018), ha constatato come non sempre sia garantita la riservatezza del colloquio stesso: nell'Istituto di Novara, per esempio, il vetro non isola il suono che è quindi udibile dall'esterno, mentre in quello di Spoleto è stato riferito che, in mancanza di una saletta dedicata, i colloqui con il difensore avvengono negli stessi locali in cui svolgono quelli con i familiari, cioè con il vetro di separazione e in locali attrezzati per la videoregistrazione e l'ascolto. Queste circostanze, evidentemente, incidono sul diritto di difesa dal momento che non ne viene garantita una componente essenziale, ossia la riservatezza.

rispondenza che, ai sensi del co. 2-*quater*, lett. e), può (*rectius*, deve) essere oggetto di censura, salvo che sia intrattenuta con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

La formulazione della norma ha, però, sin da subito destato alcuni dubbi interpretativi, derivanti dalla mancata previsione di una competenza giurisdizionale al riguardo, così come sarebbe stato necessario ai sensi dell'art. 15 Cost. che sottopone qualsivoglia limitazione del diritto alla corrispondenza a una duplice riserva di legge e di giurisdizione<sup>186</sup>.

Si era così resa necessaria una lettura costituzionalmente orientata della norma, che veniva pertanto interpretata alla luce dell'art. 18 ord. pen., secondo cui la corrispondenza dei detenuti sottoposti a regime ordinario poteva essere sottoposta a controllo solo in forza di un provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza<sup>187</sup>.

L'art. 18 non precisava, tuttavia, né i casi nei quali era possibile disporre siffatto provvedimento di censura, né i relativi limiti temporali.

Ne sono conseguiti numerosi ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>188</sup> che hanno portato ad altrettante pronunce di condanna nei confronti dell'Italia<sup>189</sup>, sicché il legislatore interno ha provveduto ad introdurre una nuova norma per colmare questo vuoto giuridico. Nel 2004 viene così introdotto l'art. 18-*ter*, che precisa in modo tassativo presupposti, durata e tipologia di controlli

---

<sup>186</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 160; L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002*, cit., p. 31; M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1287.

<sup>187</sup> Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

<sup>188</sup> Cfr. Calogero Diana c. Italia, n. 15211/89, Corte Edu 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 162; Domenichini c. Italia, n. 15943/90, Corte Edu 1996, *ivi*, p. 163, Labita c. Italia, n. 26772/95, Corte Edu [GC] 2000, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 203; Messina c. Italia (2), n. 25498/94, Corte Edu 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1672; Natoli c. Italia, n. 26161/95, Corte Edu (Commissione) 1998 *ivi*, 2001, p. 516; Madonia c. Italia, n. 55927/00, Corte Edu 2004, *ivi*, 2004, p. 1307; Ospina Vargas c. Italia, n. 40750/98, Corte Edu 2004, *ivi*, 2004, p. 1569; Argenti c. Italia, n. 56317/00, Corte Edu 2005, *ivi*, 2006, p. 118.

<sup>189</sup> In particolare, nei casi Diana e Domenichini l'Italia è stata condannata per aver violato l'articolo 8 della Convenzione, dal momento che non ha indicato con sufficiente chiarezza lo scopo né le modalità tramite le quali le autorità potevano ingerire nel diritto al rispetto della corrispondenza dei ricorrenti. Questo vuoto giuridico ha fatto sì che i due detenuti non hanno potuto godere del «*minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society*».



effettuabili nei confronti della corrispondenza dei detenuti<sup>190</sup>. Il provvedimento limitativo<sup>191</sup> — che può consistere, alternativamente, a) nelle limitazioni della corrispondenza epistolare e telegrafica e della ricezione della stampa; b) nella sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) nel controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura<sup>192</sup> — può essere disposto con decreto motivato dal magistrato di sorveglianza o dal giudice che procede, per un periodo non superiore a mesi sei, laddove emergano esigenze attinenti alle indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, e può essere ulteriormente prorogato per periodi pari a mesi tre.

Si tratta di attività di controllo molto diverse tra loro: mentre la seconda e la terza realizzano un *vulnus* alla riservatezza della corrispondenza — senza tuttavia limitarne l'esercizio in quanto con una si consente di controllare le buste e di esaminare lo scritto, e con l'altra, solo di esaminare la busta senza poter accertare il contenuto della stessa — la prima pregiudica, invece, la possi-

---

<sup>190</sup> Per una analisi della disciplina contenuta nell'art. 18-ter cfr., C. SANTINELLI, *Sub art. 18-ter*, in, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 242 ss.

<sup>191</sup> L'art. 18-ter è stato di recente oggetto di una questione di legittimità costituzionale con riferimento alle modalità con cui può avvenire la limitazione della corrispondenza. La norma in esame non consentirebbe, infatti, di copiare la corrispondenza spedita o ricevuta in carcere dal detenuto per poi recapitarla senza che questi venga a conoscenza dell'attività investigativa compiuta. E ciò perché l'art. 266 c.p.p., nel prevedere l'intercettazione di conversazioni, non farebbe riferimento alla corrispondenza epistolare nei confronti della quale sarebbe possibile solo il sequestro e non anche l'intercettazione all'insaputa del mittente e del destinatario. Secondo il giudice *a quo* tale impostazione sarebbe irragionevole in quanto produrrebbe una disparità di trattamento tra intercettazioni telefoniche ed epistolari, e tra imputato detenuto e imputato non detenuto, sicché lo *status* detentivo diverrebbe un fattore limitativo delle attività di indagine. La Corte Costituzionale ha rigettato, però, la questione dal momento che diversi mezzi di comunicazione possono giustificare diverse modalità di trattamento e controllo. In presenza di una specifica regolamentazione delle intrusioni investigative sulla corrispondenza epistolare e vertendosi in materia presidiata da riserve di legge e di giurisdizione (art. 15 Cost.), non è consentita l'applicazione analogica della disciplina delle intercettazioni di cui all'art. 266 cod. proc. pen., né l'applicazione di quella in materia di prove atipiche. Sicché è conforme ai principi costituzionali concludere che, in base al vigente quadro normativo e al "diritto vivente", non possano essere utilizzate forme di captazione della corrispondenza postale diverse dal sequestro o, per i detenuti, dalla procedura mediante visto di controllo. Cfr. Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2017, con nota di D. CODUTI, *Libertà e segretezza della corrispondenza dei detenuti nella sentenza n. 20 del 2017 della Corte costituzionale*.

<sup>192</sup> Il controllo del contenuto della busta avviene quando Direzione dell'istituto abbia il fondato sospetto della presenza, all'interno della corrispondenza epistolare, di elementi che costituiscono pericolo per l'ordine o la sicurezza, ovvero che integrino fattispecie di reato. In tal caso essa trattiene la missiva e inoltra immediatamente una segnalazione all'Autorità giudiziaria per i provvedimenti di competenza. Qualora la corrispondenza sospetta sia stata sottoposta legittimamente a visto di controllo, è inoltrata o trattenuta esclusivamente su decisione dell'Autorità giudiziaria.

bilità stessa di esercitare pienamente il diritto inciso, prevedendo un vero e proprio limite alla ricezione o all'invio di corrispondenza o di stampa<sup>193</sup>.

La corrispondenza, inoltre, non è limitata solo nei confronti di soggetti esterni al carcere, dal momento che è vietata anche la comunicazione epistolare tra detenuti sottoposti al medesimo regime, salvo che si tratti di prossimi congiunti<sup>194</sup>. Tale divieto discende dall'esigenza di realizzare in modo effettivo le funzioni preventive connesse all'istituto, che potrebbero essere messe in crisi dalla possibilità per gli esponenti di spicco dei gruppi mafiosi di comunicare liberamente tra loro, anche se all'interno del carcere<sup>195</sup>.

Nonostante l'introduzione dell'art. 18-ter ord. pen., persisteva un orientamento giurisprudenziale che riteneva sufficiente disporre una limitazione della corrispondenza con semplice provvedimento dell'autorità amministrativa. In senso diametralmente opposto si è orientata però la giurisprudenza di legittimità la quale, sulla scorta dell'insegnamento della Corte Costituzionale, ha operato una interpretazione sistematica degli artt. 41-bis, co. 2-quater, lett. e), 18-ter ord. pen. e 15 Cost., ritenendo pertanto legittima la limitazione della corrispondenza dei detenuti sottoposti a regime derogatorio solo in presenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria<sup>196</sup>.

In ogni caso, la giurisprudenza richiede una motivazione chiara e puntuale da parte del giudice, affinché vengano individuati in modo effettivo i presupposti della censura, da ricollegare alla sussistenza di elementi concreti che facciano ragionevolmente dubitare che il contenuto della corrispondenza del detenuto sia quello che appare da una prima lettura del testo. Bisogna evitare

---

<sup>193</sup> Cfr. art. 18.1, Circolare D.a.p., 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

<sup>194</sup> Circolare D.a.p., 27 aprile 2015, n. 0147611.

<sup>195</sup> La questione è ora regolata dalla Circolare 2 ottobre 2017, che, pur non vietando *tout court* la corrispondenza tra detenuti a 41-bis, ne consente la limitazione sulla base di provvedimento giudiziale.

<sup>196</sup> cfr. Cass. pen. Sez. I, 17 ottobre 2014, n. 43522, Rv. 260692; Cass. pen. Sez. I, 13 dicembre 2012, n. 48365, Rv. 253978; Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015; Mag. Sorv. Spoleto, ord. 25 agosto 2015, con le quali si è affermato che «la libertà di corrispondenza dei detenuti in regime speciale può essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 della Costituzione, solo con un provvedimento dell'autorità giudiziaria, specificamente motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dai commi da 1 a 4 dell'art. 18-ter della l. n. 354 del 1975, come modificato dalla legge n. 95 del 2004»

pertanto motivazioni apparenti o comunque ricollegate ad un generico pericolo per l'ordine e la sicurezza<sup>197</sup>.

Si è visto, poi, come il provvedimento in questione possa incidere pure sulla facoltà di acquistare stampa, o pubblicazioni in genere. In particolare, è previsto il divieto di acquisto di quotidiani provenienti dalla zona geografica di origine del detenuto, e ciò al fine di impedire che questi possa tenersi informato sulle vicende di cronaca riguardanti il proprio gruppo<sup>198</sup>. Tale divieto si è poi esteso a tutti i quotidiani di stampa locale, indipendentemente dalla zona di provenienza dell'interessato, a causa della diffusione della prassi elusiva di far acquistare stampa della propria zona di origine ad altri detenuti<sup>199</sup>. Allo stato, pertanto, è possibile acquisire unicamente quotidiani di tiratura nazionale<sup>200</sup>.

La limitazione dell'acquisto e ricezione di pubblicazioni e di stampa si è nel tempo estesa per effetto dell'entrata in vigore, in particolare, della circolare del D.a.p. n. 8845/2011 con la quale sono stati introdotti limiti quantitativi nel numero di libri e riviste che i detenuti sottoposti al regime speciale avrebbero potuto custodire nelle celle e con la quale sono stati invitati i direttori degli istituti penitenziari a rimuovere dalle biblioteche qualsiasi pubblicazione che

---

<sup>197</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., pp. 462 s., precisa altresì come la motivazione vada diversamente modulata a seconda che la corrispondenza sia in uscita o in entrata, atteso che, nel primo caso, il soggetto che subisce il controllo è lo stesso autore della corrispondenza ed è perciò sufficiente rappresentare le esigenze che giustificano la limitazione in concreto. Nel secondo caso invece il detenuto è il destinatario della corrispondenza per cui, pur non dovendo il contenuto di questa essere analiticamente esplicitato, deve comunque essere richiamato con modalità idonee ad assicurare il prudente bilanciamento tra il diritto del detenuto a conoscere le ragioni della limitazione e le finalità di pubblico interesse volte a salvaguardare le esigenze investigative.

<sup>198</sup> Cfr. art. 19, Circolare D.a.p., 2 ottobre 2017 da cui emerge come i detenuti/internati manifestano interesse per tali testate giornalistiche allo scopo di tenersi informati sulle vicende connesse al clan criminale ovvero per verificare l'avvenuta esecuzione degli ordini veicolati all'esterno. Infatti, tali quotidiani spesso offrono una dettagliata descrizione degli episodi di cronaca.

<sup>199</sup> In ogni caso è previsto che, qualora l'Autorità giudiziaria non ritenga di disporre la limitazione, si provvederà a monitorare la pubblicazione in discorso e, laddove da questa emergano possibili messaggi occulti al detenuto, si formulerà nuova e più argomentata richiesta alla Autorità giudiziaria competente, al fine di ottenere il provvedimento di limitazione della ricezione della stampa.

<sup>200</sup> Si tratta di una limitazione all'evidenza non molto ragionevole né proporzionata. Essendo infatti i gruppi di socialità costituiti da non più di quattro persone, sarebbe sufficiente precludere l'acquisto di quotidiani provenienti dalle zone geografiche corrispettive, e non anche di giornali aventi provenienza diversa, per i quali non può *a priori* escludersi che il detenuto possa avere interesse.

potesse contenere tecniche di comunicazione criptate<sup>201</sup>. Scopo di questo provvedimento era, infatti, quello di evitare che lo scambio di pubblicazioni tra detenuti e familiari durante i colloqui o a mezzo posta fosse in realtà lo strumento per il passaggio di comunicazioni illecite, come del resto in passato più volte accaduto<sup>202</sup>.

Sul punto si è registrato un contrasto giurisprudenziale che vedeva contrapposta la Magistratura di sorveglianza alla giurisprudenza di legittimità. La prima provvedeva frequentemente a disapplicare la circolare in quanto ritenuta in contrasto con l'art. 18-*ter* ord. pen., che attribuiva all'autorità giudiziaria, e non a quella amministrativa, il potere di censura. La stampa, attesa la sua innata valenza comunicativa, veniva dunque equiparata alla corrispondenza che, come visto, è sottosta ad una duplice riserva, di legge e di giurisdizione *ex art. 15 Cost*<sup>203</sup>.

La seconda, in sede di ricorso, provvedeva invece sistematicamente ad annullare i provvedimenti di accoglimento della Magistratura di sorveglianza<sup>204</sup>. Al di là della già evidenziata tendenza della Corte di Cassazione a considerare non applicabile l'art. 18-*ter* ord. pen. ai detenuti sottoposti al 41-*bis* (norma ritenuta di specialità derogante)<sup>205</sup>, si riteneva, in particolare, che la disciplina contenuta nella circolare non era tale da pregiudicare in modo significativo il diritto del detenuto a informarsi e studiare, non implicando essa alcuna limitazione sul tipo di pubblicazioni che potevano essere ricevute, ma fissando solamente particolari modalità per il loro acquisto.

---

<sup>201</sup> Alla luce della circolare in questione qualsiasi tipo di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri) avrebbe dovuto essere acquistato esclusivamente nell'ambito dell'istituto penitenziario tramite l'impresa di mantenimento ovvero direttamente in libreria tramite personale delegato dalla Direzione dell'Istituto.

<sup>202</sup> A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41 bis*, cit., p. 63.

<sup>203</sup> Cfr., Mag. sorv. Spoleto, ord. 29 ottobre 2012 e Mag. sorv. Roma, ord. 18 febbraio 2013, in *Rass. penit. e crim.*, 2014, p. 173, con annotazione di L. CESARIS.

<sup>204</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I, 23 settembre 2013, n. 46783, Rv. 257473; Cass. pen. Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42902, Rv. 257299; Cass. pen. Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, Rv. 261858.

<sup>205</sup> M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza*, cit., p. 109, osserva come siffatta interpretazione dell'art. 41-*bis* si era impostata come vero e proprio diritto vivente.

Veniva pertanto sollevata questione di legittimità costituzionale<sup>206</sup>, con la quale si contestava non tanto l'*an* del divieto, quanto il *quomodo*: trattandosi di diritti fondamentali, la loro limitazione avrebbe dovuto trovare fondamento in un provvedimento giudiziale e non ministeriale. E questo, in particolare, perché lo scambio di una rivista o di un libro può avere una funzione comunicativa non dissimile da quella di un rapporto epistolare.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 122 del 2017<sup>207</sup>, dopo avere ritenuto ammissibile<sup>208</sup> la questione l'ha giudicata non fondata, non essendo stata condivisa l'interpretazione proposta dal giudice *a quo* secondo cui lo scambio di riviste e quotidiani rappresenterebbe una forma di corrispondenza<sup>209</sup>. Le norme costituzionali indicate come parametro sarebbero state idonee a precludere all'Amministrazione penitenziaria di esercitare una censura sul tipo di pubblicazioni da far pervenire al detenuto, ma non sulle modalità attraverso le quali questi avrebbe potuto entrare in possesso delle stesse. Nè avrebbero potuto rilevare, a parere della Corte, eventuali effetti indiretti derivanti dalle inefficienze dell'amministrazione, atteso che la difficoltà di fruizione non dipenderebbe dalla norma.

In realtà, questa soluzione non appare pienamente condivisibile, dal momento che la limitazione della ricezione di libri e riviste non consente la piena esplicazione della funzione rieducativa della pena, che non può realizzarsi nei confronti di questa categoria di detenuti se non attraverso interventi volti alla rottura del vincolo associativo mediante percorsi di studio, di lettura, e favorendo le occasioni di crescita culturale all'interno dell'istituto

---

<sup>206</sup> Mag. sorv. Spoleto, ord. 24 aprile 2016, n. 108, consultabile sul sito [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it).

<sup>207</sup> Corte Cost., 26 maggio 2017, n. 122, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1136.

<sup>208</sup> L'ammissibilità della questione derivava dal fatto che, pur essendo configurabili altre interpretazioni più aderenti ai principi costituzionali, quella contestata, stante il numero e l'uniformità delle decisioni della Corte di cassazione in materia, si era imposta come diritto vivente, circostanza che dunque rendeva legittimo sollevare questione di costituzionalità.

<sup>209</sup> In dottrina, F. FALZONE - F. PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte di persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, p. 137, i quali osservano come il "pacchetto" non sia corrispondenza "epistolare" e che in caso di involucri contenenti esclusivamente libri e giornali mancherebbe un "rapporto psichico tra il mittente e il destinatario", consistente in una comunicazione tra loro. Se si considerasse "epistola" l'involucro contenente numerosi volumi si consentirebbe un sin troppo facile aggiramento dei limiti quantitativi normativamente previsti.

penitenziario<sup>210</sup>, e non certo mediante la circoscrizione degli stessi ai canali sovente inefficienti offerti dall'istituto penitenziario.

Inoltre, l'invio o la ricezione di libri o giornali, pur racchiudendo il rischio di veicolare messaggi illegali, al di là della posizione assunta dalla Consulta, rappresenta molto meglio dell'utilizzo di altri oggetti una forma di manifestazione della libertà di espressione del detenuto. In tal modo, difatti, possono facilmente trasmettersi all'interlocutore i propri stati d'animo e desideri, mentre i rischi irrimediabilmente connessi possono essere efficacemente contrastati mediante la sottoposizione di tale scambio al controllo delle autorità penitenziarie al pari di come si fa con la corrispondenza e con i giornali acquisiti per il tramite dell'istituto<sup>211</sup>.

Ne consegue che la soluzione più adeguata, e soprattutto più proporzionata, sarebbe stata quella di affidare all'autorità giudiziaria, come previsto dall'art. 18-ter, il compito di valutare come e in che termini limitare la ricezione di libri, riviste e giornali da parte dei detenuti a regime speciale<sup>212</sup>.

L'opposta soluzione prospettata sembra invece in controtendenza rispetto al percorso di recupero dei valori costituzionali, avviato con la sentenza 349/1993.

In ogni caso, i provvedimenti limitativi della corrispondenza sono suscettibili di impugnazione<sup>213</sup>, dal momento che, ai sensi dell'art. 18-ter, co. 6, avverso agli stessi può essere proposto reclamo, secondo la procedura prevista dall'articolo 14-ter, al Tribunale di sorveglianza, se il provvedimento è emesso

---

<sup>210</sup> R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 732.

<sup>211</sup> Si osservi, tra l'altro, che una definizione di corrispondenza è contenuta nell'art. 18.1 della circolare D.a.p. 2 ottobre 2017, ai sensi del quale deve considerarsi corrispondenza ogni comunicazione di idee, sentimenti, propositi o notizie tra due o più persone determinate, in modo diverso dalla conversazione in presenza, e che presenti i caratteri della personalità (nel senso che sia determinato il destinatario) e dell'attualità. Si tratta di una definizione lata, che ben potrebbe essere idonea a ricomprendere anche lo scambio di libri e riviste. A ulteriore conferma della qualificabilità in termini di corrispondenza della stampa, si consideri che la limitazione in oggetto era stata disposta proprio al fine di impedire forme di comunicazione illecite tra detenuti e soggetti esterni.

<sup>212</sup> A. DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41-bis*, cit., p. 68.

<sup>213</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 162.

dal Magistrato di sorveglianza, ovvero, negli altri casi, al Tribunale nel cui circondario ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento.

La norma in esame non fa riferimento, infine, alla corrispondenza con i difensori, sicché anche su tale profilo è necessario un rinvio all'art. 18-ter, che prevede la non applicabilità delle disposizioni dei capi che precedono nei confronti di corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'articolo 103<sup>214</sup> del codice di procedura penale. Si pone dunque un tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispondenza cd. "per giustizia"<sup>215</sup>.

### **4.3. Le altre restrizioni conseguenti all'applicazione del 41-bis.**

All'applicazione del regime *ex art. 41-bis* consegue l'applicazione di ulteriori restrizioni oltre quelle in tema di colloqui e di corrispondenza. Il co. 2-*quater* lett. c) sancisce infatti che nei confronti dei detenuti a regime speciale vengano limitate le somme, i beni e gli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno.

La *ratio* è evidentemente quella di ridurre il rischio che i pacchi possano fungere da canale di comunicazione e che una grande disponibilità di denaro possa consentire al soggetto di acquisire una posizione di supremazia all'interno dello stabilimento penitenziario e così ivi replicare la struttura associativa esistente<sup>216</sup>. Si tratta pertanto di una misura che ha lo scopo, diretto, di incidere sulla vita interna al carcere e, indiretto, di ridurre i contatti con il mondo esterno<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> Norma che pone un secco divieto di intercettazione nei confronti del difensore, degli investigatori privati e dei consulenti tecnici e i loro ausiliari.

<sup>215</sup> Cfr. art. 18.1 Circolare D.a.p. 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

<sup>216</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 258.

<sup>217</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis*, cit., p. 466.

La norma prevede solo un limite di ricezione, e non anche di invio di beni e di somme<sup>218</sup>. Al fine di impedire, però, che il detenuto potesse continuare a impartire ordini e direttive al gruppo assicurandosene l'attuazione mediante la spedizione di denaro, senza con ciò precludere agli stessi di poter contribuire al sostentamento della propria famiglia, è stata prevista una soglia di € 350,00 mensili da poter inviare solo ai propri congiunti<sup>219</sup>.

Non è poi stabilito un limite alla possibilità di impedire la ricezione di oggetti, potere rimesso alla totale discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria al punto da ritenere che sarebbe stato opportuno individuare una quantità minima di beni insuscettibile di limitazione<sup>220</sup>. Inoltre, non sono individuate le specifiche ragioni che possano giustificare tale impedimento, e ciò a totale discapito del detenuto. Poiché però qualsiasi misura, stante i principi elaborati dalla Corte Costituzionale, deve sempre essere rispettosa delle finalità preventive dell'istituto, e in particolare dei limiti interni ed esterni a esso preposti, se appare certamente legittima la limitazione della ricezione di beni che in qualche modo possono consentire o semplificare la comunicazione con l'esterno (come una radio), o suscettibili di occultare beni illeciti (come prodotti di farmacia o di erboristeria), sarebbe illegittimo *in nuce* il divieto di ricezione di un oggetto in assenza di qualsivoglia giustificazione e, pertanto, motivato da finalità puramente e ulteriormente afflittive<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 101, ricorda come nel regime adottato precedentemente alla novella del 2002 vi fosse un assoluto divieto all'invio e alla ricezione di somme da parte del detenuto, poiché si riteneva che le trasmissioni potessero essere presupposto o conseguenza dell'esercizio di un'attività di controllo degli affari illeciti da dentro il carcere. Tuttavia ci si è resi conto che la limitazione alla ricezione del denaro influiva sulla conseguente possibilità di invio, e che un divieto assoluto avrebbe potuto ledere interessi meritevoli di tutela come quelli di volere contribuire al fabbisogno familiare o a partecipare a sottoscrizioni in favore delle vittime di eventi calamitosi.

<sup>219</sup> Cfr. art. 7.1 Circolare D.a.p. del 2 ottobre 2017. La norma prevede altresì un limite di spesa pari ad € 500,00 mensili ed € 150,00 settimanali, cui possono essere aggiunti fino a €100,00 solo per spese di corrispondenza e di farmacia. E' previsto altresì che il limite di somme che possono essere ricevute è pari al limite di spesa.

<sup>220</sup> A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 306.

<sup>221</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 167, osserva come limitazioni ulteriori e ingiustificate, come quella poi dichiarata incostituzionale circa il divieto di cottura dei cibi, sono funzionali unicamente a intaccare il prestigio dei detenuti eccellenti e sottometterli alla indiscussa autorità dello Stato, e ciò nonostante la Corte Costituzionale, con la sentenza 351/96, avesse criticato l'utilizzo di misure a scopo dimostrativo.



Ai sensi della lett. d) del comma 2-*quater*, si prevede, altresì, l'esclusione dei detenuti al 41-*bis* dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati.

Si tratta di una limitazione idonea a incidere unicamente sulla vita interna all'istituto penitenziario e volta a precludere occasioni di contatto con altri detenuti o, a volte, con l'esterno oltre che a impedire la formazione di posizioni di supremazia<sup>222</sup>. Ai rappresentanti, nominati periodicamente a sorte<sup>223</sup>, vengono infatti attribuite funzioni, come la gestione del servizio della biblioteca (art. 12, co. 2, ord. pen.), il controllo sulla qualità e quantità del vitto (art. 9, co. 6, ord. pen.), la partecipazione alla commissione per l'organizzazione delle attività culturali, ricreative e sportive, senza potere di voto (art. 27, co. 2 ord. pen.), che moltiplicano le occasioni di comunicazione e di contatto che il regime detentivo speciale vuole, viceversa, limitare se non eliminare del tutto.

La lett. f) impone, infine, una limitazione della permanenza all'aperto per periodi non superiori a due ore, e non inferiori a un'ora, in gruppi di socialità composti da non più di quattro persone.

In seguito all'introduzione del Pacchetto Sicurezza del 2009 si è registrata una modifica in senso restrittivo della disciplina delle "ore d'aria": se prima, infatti, era previsto un limite massimo pari a quattro ore, ora è stabilito che

---

<sup>222</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 103; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 163; A. DELLA BELLA, *Il carcere duro*, cit., p. 258.

<sup>223</sup> Ai sensi dell'art. 67 Reg. pen. le modalità dei sorteggi dei componenti delle rappresentanze sono disciplinate dal regolamento interno in maniera da garantire uguali possibilità di nomina per tutti i detenuti e gli internati. E' previsto, altresì, che i detenuti e gli internati nominati nelle rappresentanze durino in carica quattro mesi.

i detenuti a 41-*bis* possano fruire della permanenza all'aperto per periodi non superiori a due ore<sup>224</sup>.

La disposizione, non particolarmente chiara, ha fatto sorgere un dubbio interpretativo circa la necessità di intendere questo limite in senso restrittivo, e dunque ritenere ricomprese nelle due ore tutte le attività svolte al di fuori della cella, oppure in senso estensivo, da intendersi riferito, in tal caso, alle sole attività all'aria aperta e non anche alle attività ricreative, che avrebbero dovuto aggiungersi al predetto limite.

Se le circolari ministeriali intendevano in senso restrittivo siffatta limitazione<sup>225</sup>, la giurisprudenza<sup>226</sup> ha provveduto a distinguere le due attività, dato che la permanenza all'aria aperta risponde ad esigenze igienico sanitarie, mentre le ore di socialità sono riconducibili a una funzione ricreativa, culturale e di rieducazione.

La restrizione incide, altresì, sulle modalità di svolgimento delle attività all'aperto o di socialità, prevedendo che esse avvengano nei cc.dd. gruppi di

---

<sup>224</sup> Sul punto era stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che, se l'art. 10 ord. pen. ancorava a motivi eccezionali la possibilità di ammettere il detenuto a una sola ora all'aperto, l'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f), era invece sganciato da ogni valutazione di eccezionalità ponendosi, di fatto, come regime ordinario dei detenuti sottoposti al regime derogatorio. Si evidenziava in particolare l'afflittività della previsione, da valutarsi anche alla luce delle altre restrizioni che caratterizzano il regime speciale, il cui risultato era l'azzeramento delle opportunità di trattamento fruibili dai detenuti. La norma, ad avviso del giudice *a quo*, contrastava dunque non solo con l'art. 27, co. 3, ma anche con l'art. 32, co. 1, Cost. essendo la permanenza all'aperto «per un congruo periodo di tempo, con la possibilità di effettuare esercizi fisici», funzionale al mantenimento di buone condizioni di salute del detenuto «e ad ovvie esigenze di carattere igienico-sanitarie», là dove il regime finora descritto non avrebbe consentito di soddisfare adeguatamente il fondamentale diritto alla salute. La Corte Costituzionale, però, avendo ritenuto la questione priva di rilevanza, la dichiarava inammissibile, senza pertanto pervenire ad una valutazione sul merito Cfr. Corte Cost., ord., 18 febbraio 2011, n. 56, in *Pluris*.

<sup>225</sup> Dalla Circolare D.a.p. 9 ottobre 2003, n. 3592-6042 emerge infatti come il precedente limite di quattro ore veniva inteso nel senso di destinare due ore alla permanenza all'aria aperta e due ore in appositi locali adibiti a biblioteca, palestra, ecc.

<sup>226</sup> Cfr. Magistrato Sorv. Cuneo, 29 maggio 2003, in *Giur. Merito*, 2003, p. 2456; Trib. sorv. Torino, 11 dicembre 2003, in *www.diritto.it*.

socialità, costituiti da un numero non superiore a quattro persone<sup>227</sup> (cinque, prima della riforma del 2009)<sup>228</sup>.

Quest'ultima limitazione suscita qualche perplessità non tanto per il numero di partecipanti, quanto per la modalità di composizione dei gruppi<sup>229</sup>, registrandosi non poche difficoltà nella selezione dei relativi componenti a causa della necessità di evitare possibili rivalità e di garantire un grado minimo di omogeneità e affinità. Indicazioni in tal senso giungono, innanzitutto, da fonti ministeriali: la circolare del 2 ottobre 2017 ha statuito sul punto che, dopo aver esaminato attentamente il profilo del detenuto in modo da individuarne provenienza, caratteristiche e criticità, l'assegnazione di questi a un gruppo di socialità deve tener conto dell'esigenza di evitare contatti tra nuovi entrati nel circuito e detenuti/internati da più tempo sottoposti al regime<sup>230</sup>; di evitare contatti tra i personaggi di spicco, a qualunque formazione mafiosa appartengano, preferendosi che i gruppi siano formati da un esponente di spessore e altri di minor calibro; di evitare che facciano parte dello stesso gruppo soggetti della medesima organizzazione, ovvero componenti di rilievo di organizzazioni operanti in alleanza o in contrapposizione fra loro o su territori confinanti.

La lett. f), dopo aver individuato le limitazioni circa la permanenza all'aperto dei detenuti a regime speciale, prosegue richiedendo, altresì, l'adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la

---

<sup>227</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 104, ritiene che una regolamentazione del genere conterrebbe la pretesa di sostituirsi all'Amministrazione penitenziaria dettando modi e strumenti per l'esercizio di una funzione prettamente penitenziaria. La norma, tra l'altro, nulla stabilirebbe in ordine alle caratteristiche dei soggetti che permangono all'aria aperta, né prevede alcuna misura per evitare possibili rotazioni che potrebbero consentire l'elusione della norma.

<sup>228</sup> Anche prima della riforma del 2009, pur in presenza di un limite massimo di cinque persone, a livello ministeriale si suggeriva comunque di costituire gruppi di socialità di non più di tre o quattro persone. Cfr. Circolare D.a.p. 9 ottobre 2003, n. 3592-6042.

<sup>229</sup> Rileva questi dubbi, L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 465, secondo la quale, tra l'altro, permettere la socialità in gruppi potrebbe incidere negativamente sulle finalità perseguite dal decreto di sottoposizione a regime speciale, e dall'altro accrescere la difficoltà di gestione dell'istituto penitenziario.

<sup>230</sup> I nuovi entrati, ove possibile, dovranno fare socialità tra loro o con altri soggetti da meno tempo inseriti nel circuito, al precipuo scopo di evitare che vengano comunicati ordini, informazioni e notizie provenienti dall'esterno.

assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi»<sup>231</sup>.

Si tratta di limitazioni ulteriori aventi funzione ancillare rispetto a quelle espressamente indicate dalla norma, sicché a nulla varrebbe limitare la permanenza all'aperto o costituire gruppi di socialità se poi non si provvedesse a evitare i contatti tra gruppi diversi. E in questo solco si dirige la circolare 2 ottobre 2017 che ribadisce all'art. 4 il divieto di scambio di oggetti o di ogni forma di dialogo e comunicazione tra detenuti/internati appartenenti a gruppi di socialità diversi e prevede la possibilità di sfalsare, ai sensi dell'art. 11.2, gli orari di entrata e uscita dei vari gruppi di socialità dai luoghi di permanenza all'aria aperta.

Sebbene la funzione principale della norma fosse quella di precludere qualsiasi forma di contatto tra gruppi di socialità diversi tra loro, si è diffusa una interpretazione giurisprudenziale che estendeva il divieto di scambio di oggetti anche ai detenuti ristretti nel medesimo gruppo di socialità<sup>232</sup>. Valorizzando la formulazione letterale della legge, la Cassazione ha differenziato il divieto di comunicazione dal divieto di scambio di oggetti che, in assenza di ulteriori precisazioni, avrebbe dovuto applicarsi, a differenza del primo, anche all'interno del singolo gruppo. Ciò, tra l'altro, sarebbe stato rispettoso delle finalità della misura, perché lo scambio di oggetti avrebbe potuto, da un lato, occultare la comunicazione di informazioni, dall'altro, consentire la formazione di posizioni di supremazia all'interno del carcere.

---

<sup>231</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. I., 13 luglio 2016, n. 5977, in *Giur. It.*, 2017, p. 5977, con nota di A. DELLA BELLA, che distingue la possibilità di comunicare dalla possibilità di scambiare oggetti a seconda che ciò avvenga all'interno dello stesso gruppo di socialità o tra detenuti appartenenti a gruppi diversi. Secondo la Corte: «L'analisi del periodo, così illustrata, rende chiaro, in primo luogo, che il perseguimento della "assoluta impossibilità" è riferito alle comunicazioni fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, con l'ovvia conseguenza che non è richiesto di impedire in modo così radicale le comunicazioni fra i detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità. L'analisi, poi, rende chiaro che la necessità di assicurare la "assoluta impossibilità" dello scambio di oggetti riguarda tutti gli scambi fra detenuti, e non è limitata ai soli scambi fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. E, infatti, a fronte delle tre classi di condotte previste - *scilicet*: a) comunicare, b) scambiare oggetti e c) cuocere cibi la clausola, limitatrice del divieto nei riguardi dei "detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità" è riferita solo alla prima classe e non indiscriminatamente a tutte e tre, risultando, oltretutto affatto incongrua rispetto alla cottura di cibi».

<sup>232</sup> Cass. pen. Sez. I., 13 luglio 2016, n. 5977, in *Giur. it.*, 2017, p. 1690, con nota di A. DELLA BELLA.

Sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale<sup>233</sup> la quale ha dichiarato la illegittimità della disposizione in esame nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

Più in particolare, secondo la Consulta, la disposizione si scontrerebbe con l'art. 3 Cost. in quanto tale divieto non risulterebbe funzionale allo scopo del 41-*bis*, giacché, pur riconoscendosi che lo scambio di un oggetto ben potrebbe veicolare un messaggio, sarebbe stato comunque impossibile precludere l'eventuale comunicazione in forma orale o gestuale di informazioni vietate poiché i detenuti appartenenti al medesimo gruppo possono usufruire di numerose occasioni di contatto. Pertanto, riprendendo un metodo di ragionamento già utilizzato in occasione della declaratoria di incostituzionalità della limitazione dei colloqui con i difensori, alla sicura compressione di una forma minima di socialità non avrebbe fatto da contraltare un accrescimento delle garanzie di difesa sociale e sicurezza pubblica.

Allo stesso modo, non avrebbero potuto configurarsi posizioni di supremazia giacché la regola generale di cui all'art. 15, co. 2, del Regolamento penitenziario (D.P.R. 230/2000) consente lo scambio solo di beni di modico valore, ed eventuali soprusi possono essere evitati semplicemente modificando la composizione dei gruppi<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> Corte Cost., 22 maggio 2020, n. 97, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 961.

<sup>234</sup> Secondo la Corte, dunque, la compressione della possibilità di scambiare oggetti con gli altri detenuti del medesimo gruppo — espressione, questa, di una pur minimale facoltà di socializzazione — e la conseguente deroga all'applicazione delle regole ordinarie, potrebbe giustificarsi non in via generale e astratta, ma solo se esista, nelle specifiche condizioni date, la necessità in concreto di garantire la sicurezza dei cittadini, e la motivata esigenza di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza. Pertanto, un eventuale divieto di questo tipo potrà essere pur sempre adottato alla luce del comma 2-*quater*; lett. a).

Anche il divieto di cottura di cibi<sup>235</sup> non sembra in alcun modo funzionale alla realizzazione delle esigenze di cui al regime derogatorio, quanto ad affermare la supremazia dello Stato di diritto nei confronti di chi ha utilizzato le regole del trattamento penitenziario per mantenere anche all'interno del carcere il proprio prestigio criminale<sup>236</sup>.

La disposizione in esame era stata introdotta con la novella del 2009, cui si sono poi prontamente adeguate anche le fonti secondarie<sup>237</sup> introducendo, per i detenuti in questione e per la parte che ora qui interessa, anche il divieto di ricevere dall'esterno e di acquistare al cosiddetto "sopravvitto" (ossia lo spaccio interno al carcere) generi alimentari che per il loro utilizzo richiedessero cottura.

Giustificazione principale di questo genere di divieti era quella di evitare che potessero affermarsi posizioni di preminenza grazie alla disponibilità di generi alimentari di lusso<sup>238</sup>.

Sul punto si è pronunciata da ultimo la Corte Costituzionale<sup>239</sup> la quale ha giudicato illegittima la previsione di cui all'ultima parte della lett. f) del co. 2-*quater*, in quanto ritenuta in violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti *ex art. 27, co. 3, Cost.* La Consulta ha rilevato, infatti, che posizioni di prestigio avrebbero potuto affermarsi anche grazie alla disponibilità di generi alimentari crudi e non solo cotti, e che tale rischio avrebbe potuto essere limitato grazie ad altre previsioni, come quelle che impongono severi limiti quantitativi ai beni che i detenuti al 41-*bis* possono ricevere settimanalmente. Pertanto, la limitazione in questione si manifestava quale «un'ingiustificata deroga al-

---

<sup>235</sup> Ai sensi dell'art. 8 della Circolare D.a.p. del 2 ottobre 2017, era previsto, in esecuzione del co. 2-*quater*, lett. f), che l'utilizzo dei fornelli personali (a gas, fino alla completa installazione in tutti gli istituti di fornelli a induzione elettrica) fosse consentito solo per riscaldare cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande calde e cibi di facile e rapido approntamento, ivi compresi i generi surgelati precotti.

<sup>236</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 466.

<sup>237</sup> Circolare D.a.p. n. 286202 del 4 agosto 2009.

<sup>238</sup> Magistrato sorv. Spoleto, ord. 10 maggio 2017, n. 120.

<sup>239</sup> Corte Cost., 19 ottobre 2018, n. 186, cit.

l'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva»<sup>240</sup>.

Si inserisce in questo filone, infine, anche il divieto di ricevere e indossare abiti firmati. Al riguardo, sancisce l'art. 12 della Circolare 2 ottobre 2017 non solo che i detenuti devono costantemente indossare abiti consoni, ma è previsto altresì che questi posseggano indumenti di modico valore, in quanto il vestiario lussuoso potrebbe manifestare una condizione di superiorità su altri detenuti/internati o divenire merce di scambio tra gli stessi<sup>241</sup>.

#### **4.4. Una norma di chiusura: l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna.**

Ad apertura del comma 2-*quater*, e più precisamente alla lett. a), viene prevista la possibilità di adottare nei confronti dei detenuti a regime speciale misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre a essa alleate.

Nonostante si tratti della norma di apertura dell'elenco di restrizioni applicabili ai detenuti al 41-*bis*, essa rappresenta, in realtà, una *norma di chiusura*<sup>242</sup>, sulla base della quale potranno essere adottate misure diverse e ulteriori rispetto a quelle elencate dalla norma, sempreché necessarie alla realizzazione degli scopi dell'istituto.

Va evidenziata, al riguardo, una stretta analogia tra la previsione di cui alla lett. a) e la formulazione della lett. f), in base alla quale si richiede l'adozione di tutte le misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natu-

---

<sup>240</sup> Cap. I, par. 3.4.1.

<sup>241</sup> Cfr., Cass. pen. Sez. I, 16 ottobre 2013, n. 42605, Rv. 257604, secondo cui l'adozione di vestiario lussuoso – che sarebbe possibile solo da parte del detenuto/internato facoltoso – non solo altererebbe la *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.

<sup>242</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 153.

ra logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi<sup>243</sup>.

Nonostante l'evidente assonanza tra le due disposizioni (*adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna — adozione di tutte le misure di sicurezza*), la lettera f) non rappresenta una norma pleonastica e ripetitiva, potendosi rinvenire una differenziazione tra le due sul piano interpretativo.

E' stato ritenuto, infatti, che ai sensi della lett. a), non possano essere adottate misure di carattere organizzativo o logistico, dal momento che questo genere di intervento non comporterebbe di per sé, come invece dovrebbe conseguire all'applicazione del 41-*bis*, la sospensione delle ordinarie regole e degli istituti di diritto penitenziario<sup>244</sup>. Sembra trattarsi, piuttosto, di una *delega in bianco* conferita al potere ministeriale di determinazione dei contenuti del regime anche al di là dei confini delineati dalla norma<sup>245</sup> e in particolare dal comma 2-*quater*, ma pur sempre circoscritta agli istituti dell'ordinamento penitenziario diversi da quelli tipizzati. Saranno dunque adottabili, in esecuzione della lett. a), misure in deroga al regime ordinario che comportino la sospensione delle regole e degli istituti trattamentali<sup>246</sup>.

Al contrario, la lett. f) fa espresso riferimento a misure di sicurezza *anche di natura logistica*, sicché deve ritenersi che questa norma riguardi strumenti di carattere eminentemente organizzativo aventi funzione ancillare rispetto alle misure tipizzate.

---

<sup>243</sup> Evidenzia siffatta analogia, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 262, la quale ritiene però che la lett. f) sia una norma sostanzialmente ripetitiva della lett. a).

<sup>244</sup> Utilizza quest'espressione, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 106, secondo cui si tratterebbe di un'ulteriore possibilità di operare deroghe alle ordinarie regole di detenzione, a prescindere dalla elencazione dei possibili contenuti del regime effettuata nelle successive lettere b) e seguenti.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 106, ove l'A. ritiene che tale esegesi svilirebbe le esigenze di tipizzazione della disciplina successiva. Di simile avviso, D. PETRINI, *Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, cit., p. 247. Secondo A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 302, si tratterebbe, invece, di una "norma manifesto" volta ad indicare gli obiettivi di massima del 41-*bis*.

<sup>246</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 458.



Attesa la evidente genericità della norma, e la conseguente ampia discrezionalità lasciata al potere ministeriale, si pone un evidente rischio di lesione dei diritti fondamentali dei detenuti. In realtà rischio siffatto dovrebbe essere evitato stante il necessario rapporto di *connessione funzionale* (richiamato dalla locuzione «con riguardo principalmente alla necessità di») che deve sussistere tra l'adozione di misure atipiche e l'esigenza di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o comunque con altri esponenti della criminalità organizzata, detenuti e non.

In ogni caso, è chiaro che qualsivoglia misura adottata a livello ministeriale dovrà essere rispettosa dei confini delineati dalla Corte Costituzionale<sup>247</sup>: si tratta in particolare dei già citati “limiti esterni” che impongono di lasciar salve dal provvedimento sospensivo quelle misure che, corrispondendo a diritti inviolabili della persona, non possono essere comprese senza violare il senso di umanità che deve presiedere all'esecuzione della pena; e dei “limiti interni” che precludono di adottare misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza.

Per maggiore chiarezza sarebbe stata opportuna, tuttavia, una disposizione che sancisse a livello positivo le materie sottratte a ogni ingerenza, al pari di quanto svolto dall'art. 14-*quater* rispetto al regime di sorveglianza particolare<sup>248</sup>.

Nonostante i limiti fissati dal legislatore ed enucleati dalla giurisprudenza costituzionale, il rischio di lesione delle posizioni soggettive dei detenuti è comunque presente, potendo conseguire non solo dall'ampia discrezionalità di cui gode il Ministro in fase di determinazione e applicazione di misure atipiche, che potrebbe sfociare in un abuso della stessa, ma anche dall'utilizzo a livello normativo dell'avverbio *principalmente*, che sembrerebbe consentire l'adozione di misure anche per finalità diverse da quelle indicate nella lettera a)<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Corte Cost., 28 luglio 1996, n. 351, cit.

<sup>248</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 457.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 458. Secondo l'A. il fatto che l'elenco si apra con una norma in bianco potrebbe risultare nel tentativo di aggirare i limiti imposti dalla Corte Costituzionale.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma, che tenga conto dei limiti indicati dalla Consulta, farebbe propendere però per una interpretazione restrittiva, secondo cui potrebbero essere adottate solo quelle misure che, sebbene atipiche, risultino strettamente necessarie alla realizzazione delle esigenze di ordine e sicurezza e siano funzionali alla recisione dei contatti del detenuto e altri esponenti della criminalità organizzata.

Al fine di consentire il rispetto di questi limiti, mentre per le restrizioni tipizzate dal legislatore non sarà ammesso alcun sindacato di congruità da parte dell'autorità giudiziaria, essendo il relativo giudizio già effettuato a monte dal legislatore, questa verifica deve potere essere svolta rispetto ad eventuali misure atipiche, che il giudice deve essere messo nella condizione di annullare laddove ritenute inidonee a realizzare le esigenze di ordine e sicurezza e a precludere possibili contatti con l'esterno<sup>250</sup>.

## **5. La partecipazione al dibattimento a distanza.**

Ai sensi del comma 2-*septies*, dall'applicazione del regime detentivo speciale deriva un'ulteriore conseguenza, stavolta sul piano processuale, ossia la partecipazione al dibattimento a distanza per mezzo dello strumento della videoconferenza<sup>251</sup>.

La videoconferenza consiste, come noto, in un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 263, osserva tra, l'altro, che il giudice che dovesse ritenere incongrua una prescrizione tipizzata, non potrà fare altro che sollevare questione di legittimità costituzionale.

<sup>251</sup> P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), fasc. 7-8/2017, p. 131, osserva come il legislatore italiano «abbia cercato di utilizzare le strumentazioni audiovisive per finalità non concernenti l'aspetto documentativo ma riguardanti invece la possibilità di pervenire a una trasformazione delle coordinate spaziali, mediante una parziale eliminazione degli aspetti di "fisicità", ad opera di strumentazioni collegate "in remoto", con conseguente "smaterializzazione", più o meno estesa, del processo».

<sup>252</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 176.

L'istituto è regolato dall'art. 146-*bis* delle disp. att. al c.p.p., in base al quale chi si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice di procedura penale (ossia principalmente per reati connessi alla criminalità organizzata), partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputato, anche relativi a reati per i quali sia in libertà o ai quali deve partecipare in veste di testimone in udienze sia penali che civili.

La norma è stata oggetto di vari interventi legislativi: introdotta inizialmente in modo temporaneo con la L. 11/98<sup>253</sup>, acquisisce stabilità, al pari di quanto accaduto con il 41-*bis*, per effetto dell'entrata in vigore della legge 279/2002. Ribadita senza novità sostanziali dal Pacchetto sicurezza del 2009, ne viene infine esteso il campo di applicazione per effetto della L. 4 luglio 2017, n. 154 (c.d. Riforma Orlando).

Scopo di questa innovativa forma di partecipazione alle udienze era (ed è tuttora) quello di evitare il c.d. turismo giudiziario<sup>254</sup>, fonte di relevantissimi costi in termini di risorse (stante la necessità di trasferire di volta in volta il detenuto dal carcere al tribunale), di efficienza del sistema (atteso che l'esigenza di far partecipare personalmente il detenuto imponeva, soprattutto nel caso in cui questi fosse stato imputato in una pluralità di procedimenti, frequenti rinvii con conseguente innalzamento dei termini di durata dei processi), di ineffettività del regime *ex art. 41-bis* (posto che la traduzione del detenuto da un luogo a un altro e la sua partecipazione a udienze pubbliche moltiplicava esponenzialmente le occasioni di contatto con l'esterno), oltre che in termini di pubblica

---

<sup>253</sup> Anche se già a partire dalla L. 7 agosto 1992 n. 356 si era consentita la possibilità di un esame a distanza dei soggetti ammessi ai programmi di protezione.

<sup>254</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 161, sostiene che si sarebbero in tal modo evitati i costi delle trasferte ed i rischi connessi alle traduzioni e che avrebbero ricevuto incremento le udienze, venendo azzerati i tempi impiegati per tradurre gli imputati da una sede giudiziaria a un'altra, e nel contempo si sarebbe eliminato in radice il rischio che i molteplici trasferimenti (si pensi all'ipotesi, assai frequente, in cui imputati detenuti si trovino a dover partecipare, nello stesso lasso di tempo, a più dibattimenti in sedi diverse) finissero con il pregiudicare l'effettività dei provvedimenti di sospensione delle ordinarie regole di trattamento penitenziario adottati ai sensi dell'art. 41-*bis*, co. 2, ord. pen., vanificando l'obiettivo di troncature i vincoli dei detenuti per reati di mafia con l'associazione mafiosa di appartenenza.

sicurezza (si pensi a tutti quegli attentati o affari illeciti concordati proprio in occasione della partecipazione alle udienze<sup>255</sup>).

Presupposto di applicazione della disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza è rappresentato dall'essere il destinatario detenuto per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4)<sup>256</sup>. Mentre in origine a tale requisito di carattere generale dovevano seguire altre condizioni di tipo speciale, ossia, alternativamente, a) la sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) la particolare complessità del dibattimento e la conseguente necessità della partecipazione a distanza per evitare ritardi nel suo svolgimento<sup>257</sup>; c) l'essere i detenuti sottoposti al regime di cui al 41-*bis*; ora, ai fini dell'applicazione della disciplina della videoconferenza, è sufficiente il solo requisito di carattere generale, alla cui ricorrenza conseguirà in automatico la partecipazione a distanza<sup>258</sup>. Si tratta, pertanto, di un istituto che viene applicato sulla base del solo titolo di reato.

Ai sensi del nuovo comma 1-*ter*, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la partecipazione personale del detenuto in udienza.

---

<sup>255</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 267, ricorda le dichiarazioni della collaboratrice Carmela Iuculano, che riferisco come il marito, boss mafioso, attendesse il giorno delle udienze per fare le comunicazioni più importanti; oppure del caso Smorta, da cui emerge come il progetto di attentato ad un giudice fosse stato elaborato proprio tra i detenuti "in gabbia" durante le udienze.

<sup>256</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., p. 161.

<sup>257</sup> Presupposti ritenuti dalla dottrina comunque particolarmente indeterminati se non addirittura evanescenti. cfr. al riguardo, L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in, *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, a cura di G. DELLA MONICA, Milano, 1998, p. 43.

<sup>258</sup> P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza*, cit., p. 138. Cfr. anche M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, p. 191, i quali sostengono che la formulazione del comma 1 dell'art. 146-*bis* disp. att. sia stata totalmente rivoluzionata. G. PIZIALI, *Sub art. 77 Riforma Orlando*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Milano, 2017, p. 3524, parla al riguardo di "mutazione genetica". Secondo, S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, p. 219, è così stato introdotto «quello che potremmo definire uno statuto processuale del detenuto – in attesa di giudizio o condannato, non necessariamente in via definitiva – per reati in materia di criminalità organizzata, spostando l'accento dall'oggetto del procedimento in corso [...] alla causa della detenzione».

Si introduce così una clausola di apertura che consente di recuperare, anche se in via del tutto eccezionale, il principio di immediatezza processuale. Ciò però non vale, per espressa previsione di legge, nei confronti di alcuni detenuti particolarmente pericolosi, quelli cioè *ex art. 41-bis*, per i quali è esclusa *a priori* siffatta eventualità, dal momento che le ragioni che legittimano la partecipazione a distanza sarebbero già incorporate e presupposte nel provvedimento ministeriale di deroga al regime ordinario.

Al comma 1-*quater* si prevede, poi, che il giudice possa disporre, anche al di fuori dei casi di cui ai commi 1 e 1-*bis*, la partecipazione a distanza quando sussistano ragioni di sicurezza; qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento; ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario.

Ciò significa che la videoconferenza potrà essere attivata anche nei confronti di autori di reati comuni laddove sussistano i presupposti indicati dalla legge<sup>259</sup>. La riforma, dunque, rispetto ai delitti di criminalità organizzata di cui al co. 1, non richiede più l'accertamento della sussistenza di specifiche esigenze, e allo stesso tempo estende la videoconferenza anche a tutti gli altri reati, per i quali sarà però necessario svolgere una verifica di fatto sovrapponibile a quella che in precedenza era prevista dal vecchio comma 1.

Il comma 2 prevede, infine, un semplice onere di comunicazione di tali modalità di svolgimento del dibattimento da parte del presidente del Tribunale o della Corte di Assise nella fase degli atti preliminari, oppure del giudice nel corso del dibattimento nei confronti delle autorità competenti e dei difensori.

E' evidente come il legislatore abbia invertito il meccanismo a totale pregiudizio dell'imputato, atteso che, se prima il giudice avrebbe dovuto verificare la sussistenza dei presupposti per la partecipazione a distanza, ora l'applicazione della disciplina in esame è automatica, dovendo il giudice provvedere

---

<sup>259</sup> Secondo, S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, cit., p. 220, si «allarga a dismisura la portata dell'istituto», destinato a diventare sempre più la "normalità" nei dibattimenti che vedono coinvolti soggetti non in libertà, qualunque sia la natura del procedimento.

solo laddove ritenga di disporre eccezionalmente la comparizione dell'imputato, o la sua partecipazione a distanza nei casi in cui, normalmente, avrebbe dovuto prendervi parte *de visu*<sup>260</sup>.

Dalla formulazione precedente emergeva, infatti, una certa attenzione verso i diritti di difesa del detenuto, essendo richiesti specifici presupposti di operatività; ora, invece, l'applicazione automatica del 146-*bis* sulla base del solo titolo di reato dà luogo a una presunzione di equivalenza tra le garanzie offerte dalla videoconferenza e quelle connesse alla presenza fisica dell'imputato senza alcuna possibilità di prova contraria<sup>261</sup>.

La partecipazione a distanza si trasforma, così, da eccezione legata alla sussistenza di determinati presupposti, in regola per tutti i processi di criminalità organizzata<sup>262</sup>, ove l'eccezione sarà ora proprio la presenza fisica dell'imputato.

Questa forma di svolgimento dell'udienza non avviene, poi, soltanto al dibattimento, ma in tutti i procedimenti cui partecipa il detenuto, ivi compresi i procedimenti in camera di consiglio *ex art.* 127, co. 1 c.p.p., come si desume dall'*art.* 45-*bis* disp. att.; il procedimento per reclamo avverso il decreto ministeriale di applicazione del 41-*bis*, come si desume dal comma 2-*septies* del medesimo *art.* 41-*bis*; i procedimenti abbreviati in pubblica udienza ai sensi dell'*art.* 134, co. 1, disp. att.; i procedimenti di prevenzione.

---

<sup>260</sup> Questa diversa formulazione della norma ha dato luogo ad un contrasto interpretativo in dottrina. Se, S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, cit., p. 219, interpreta questa modifica nel senso che non sia più necessario alcun provvedimento autorizzativo del giudice «per il semplice fatto che la nuova norma dispone un automatismo in presenza di uno *status detentionis* legato alle fattispecie di reato elencate negli artt. 51, comma 3-*bis*, e 407, comma 2, lett. a), c.p.p.»; P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza*, cit., p. 141, e G. PIZIALI, *Sub art. 77*, cit., p. 3524, sostengono invece che anche la nuova formulazione, pur non prevedendolo espressamente, vada interpretata nel senso della necessità di un provvedimento autorizzativo del giudice, nella forma del decreto motivato.

<sup>261</sup> In termini analoghi, P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza*, cit., p. 139. Secondo M. GIALUZ – A. CABIALE – J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando*, cit., p. 192, gli automatismi che caratterizzano la riforma Orlando sono ispirati a due presunzioni: la prima di necessità della partecipazione a distanza per determinate categorie di soggetti; la seconda di piena surrogabilità della presenza fisica in aula.

<sup>262</sup> S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, cit., p. 219.

Con l'introduzione della videoconferenza si è consentita una forma di partecipazione che prescinde dalla presenza fisica dell'imputato<sup>263</sup> ma che, ciononostante, cerca di garantire il rispetto dei diritti di difesa mediante la predisposizione di appositi ed efficaci strumenti di connessione visiva e sonora. Lo stesso difensore può scegliere, alternativamente, se partecipare all'udienza anch'egli in videoconferenza, così affiancando l'imputato, oppure all'interno dell'aula, mantenendo un collegamento telefonico con il cliente.

Nonostante il legislatore si sia sforzato di fare in modo che la partecipazione a distanza replicasse il più possibile la presenza fisica dell'imputato, è evidente come la prima non potrà mai corrispondere alla seconda<sup>264</sup>, sicché l'istituto, sin dalla sua introduzione, ha posto rilevanti dubbi in punto di tutela dell'effettività del diritto di difesa<sup>265</sup>.

Sul piano dell'autodifesa — che esprime tutte le facoltà che l'imputato ha il diritto di esercitare personalmente, quale protagonista del processo, al fine di contribuire al suo sviluppo dialettico, all'acquisizione delle prove e al controllo della legalità del procedimento<sup>266</sup> —, è evidente che la partecipazione a distanza determina una visione frammentaria del processo, atteso che lo schermo riproduce alternativamente o un'unica inquadratura dell'aula, o una pluralità di inquadrature unificate<sup>267</sup>. La situazione si complica nel caso di processi con

---

<sup>263</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 176.

<sup>264</sup> G. FRIGO, *Videoprocessi e carcere duro*, cit., p. 417, osserva come, anche nella migliore delle ipotesi di perfetto funzionamento dei sistemi di videoconferenza, si rompe «la necessaria dimensione spaziale del contesto processuale: l'imputato presente a distanza non è nella stessa situazione dell'imputato fisicamente presente, non è libero di concentrare la sua attenzione sull'uno o l'altro aspetto della scena né di percepire realmente tutto ciò che accade».

<sup>265</sup> G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2016, p. 98, non può fare a meno di evidenziare la precarietà, l'astrattezza e la "virtualità" di un processo a distanza — filtrato dalla strumentazione — e peraltro, già condizionato dal materiale cartaceo frutto di una massiccia attività investigativa e dalle compressioni mediatiche indotte dalla anticipata diffusione di materiale d'indagine. D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 489, invece, suggeriva già da tempo l'adozione di una prospettiva di elasticità processuale, giacché le posizioni di chiusura rispetto al processo tecnologico, sebbene giustificate dall'esigenza di tutelare diritti fondamentali, avrebbero determinato la rapida obsolescenza del codice di procedura penale quale strumento di per sé statico. Da ciò consegue l'apertura verso forme di telecomunicazione nel dibattimento.

<sup>266</sup> Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 186; Corte Cost., 13 novembre 1985, n. 280, entrambe in *Pluris*.

<sup>267</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., p. 167.

una pluralità di imputati tutti in videoconferenza (evenienza frequente nei procedimenti di criminalità organizzata), che si trovino collegati tra loro e con l'aula<sup>268</sup>.

Sotto il profilo della difesa tecnica, invece, la possibilità per il difensore di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato (art. 146-*bis*, co. 4) non ne garantisce una piena attuazione, in quanto impone la scelta tra essere presente in aula, con conseguente pregiudizio della possibilità di comunicare tempestivamente ed efficacemente con il proprio cliente, ovvero partecipare dal luogo di custodia, con pregiudizio della tempestività e incisività del proprio intervento in udienza<sup>269</sup>. E tale situazione non viene risolta dalla possibilità di disporre di due difensori, uno in aula e uno con l'imputato, potendo tale alternativa essere percorsa solo dai detenuti più abbienti che possano far fronte alle relative spese<sup>270</sup>.

Va infine evidenziato al riguardo il problema dell'avvocato che assista più detenuti, alcuni dei quali presenti in udienza e altri in videoconferenza, stante la obiettiva difficoltà di seguirli tutti contemporaneamente, trovandosi essi in luoghi diversi<sup>271</sup>.

Visti i rilievi e la delicatezza della questione, era chiaro che presto o tardi sarebbe stato richiesto l'intervento della Corte Costituzionale<sup>272</sup>. E difatti, la Consulta si è pronunciata al riguardo, dichiarando tuttavia la questione infondata.

---

<sup>268</sup> Secondo il Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario (2016 – 2018) del Garante Nazionale dei diritti dei detenuti, il diritto di difesa, in caso di videoconferenza, viene messo a dura prova anche dalla frequente indisponibilità della documentazione processuale. In caso di partecipazione a distanza, infatti, poiché il rapporto con il difensore diventa più difficoltoso e comunque intermediato da uno strumento di comunicazione, diventa essenziale conoscere o comunque potere consultare gli atti processuali, opportunità spesso resa impossibile dalla mancata messa a disposizione di appositi apparecchi di lettura.

<sup>269</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., p. 167.

<sup>270</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 177, osserva come la comunicazione tra i due difensori o tra il difensore in aula e l'imputato ne risentirebbe comunque in termini di efficacia e di riservatezza.

<sup>271</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., p. 167.

<sup>272</sup> Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1244, ha aderito ad un opposto orientamento, secondo cui il contraddittorio presuppone non tanto la presenza fisica in aula delle parti processuali, quanto nella dualità agonistica e paritetica tra gli stessi, sicché ogni qual volta l'imputato, assente dall'aula, è posto in condizione di prepararsi e partecipare al giudizio in posizione di uguaglianza, deve ritenersi attuato il contraddittorio e rispettato il diritto di difesa.



I giudici *a quibus* — si tratta di tre diverse ordinanze di rimessione quasi del tutto sovrapponibili e pertanto riunite e decise insieme dalla Corte<sup>273</sup> — avevano eccepito la violazione dell'art. 24 Cost., in quanto ritenevano che diritto di difesa e partecipazione personale all'udienza fossero le due componenti di un binomio indissolubile; la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto il videoprocesso si sarebbe applicato principalmente ai detenuti *ex art. 41-bis* e non anche agli imputati a piede libero; la violazione della presunzione di innocenza *ex art. 27 Cost.*, in quanto i giudici, specie se popolari, avrebbero avuto un doppio pregiudizio nei confronti dei condannati, uno derivante dall'applicazione del regime detentivo speciale e l'altro derivante dalla partecipazione a distanza.

La Corte, dopo aver ammonito di non confondere la struttura della norma con le modalità pratiche attraverso le quali essa può concretamente svolgersi, ha affermato che l'esame dei mezzi tecnici adottati per consentire il collegamento audiovisivo tra il luogo in cui si svolge l'udienza e il luogo in cui è detenuto l'imputato sono tali da considerare la partecipazione dell'imputato come effettiva e non semplicemente virtuale, tenuto anche conto che il giudice del dibattimento deve costantemente verificare che le modalità tecniche che estrinsecano l'esercizio della difesa garantiscano la partecipazione effettiva dell'imputato<sup>274</sup>.

Venivano dichiarate infondate, altresì, le altre censure di incostituzionalità, sul presupposto che le ragioni di prevenzione e di tutela dell'incolumità pubblica che determinano la sottoposizione al regime *ex art. 41-bis* avrebbero giustificato anche sotto il profilo degli artt. 3 e 27 Cost. la particolarità della disciplina sulla videoconferenza.

---

<sup>273</sup> Si tratta di, Corte d'assise Catania, ord., 14 aprile 1998, n. 484; Corte d'assise Napoli, ord., 2 giugno 1998, n. 671; Corte d'appello Napoli, ord., 13 novembre 1998, n. 96.

<sup>274</sup> A. GIARDA, *Videoconferenze ed effettività partecipativa dell'imputato*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 1235, pur prospettando un rischio di contrazione del principio di immediatezza processuale, condivide la soluzione accolta dalla Corte Costituzionale, essendo stata prescelta la strada «di far convogliare alcune regole fondamentali del processo nell'alveo di un accettabile compromesso funzionale»

Sulla questione si è pronunciata pure la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>275</sup>, la quale ha parimenti concluso per la compatibilità della disciplina sulla videoconferenza con il diritto a un processo equo, e ciò in considerazione degli scopi perseguiti dalla norma: la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la tutela del diritto alla vita e all'incolumità dei testimoni e della ragionevole durata dei processi giustificano una limitazione del diritto di difesa.

Nonostante la legittimità della videoconferenza sia stata affermata tanto a livello interno quanto a livello europeo, persistono seri dubbi sulla rispondenza della disciplina di cui all'art. 146-*bis* disp. att. alle coordinate costituzionali e convenzionali, soprattutto a causa della progressiva estensione della disciplina che, in seguito alla riforma del 2017, prevede ora una vera e propria presunzione di idoneità della videoconferenza a tutti i processi di criminalità organizzata, presunzione che diventa assoluta nei confronti dei detenuti sottoposti al 41-*bis*, ai quali non è applicabile la clausola di apertura di cui al co. 1-*ter*, a causa della loro spiccata pericolosità e delle connesse esigenze organizzative<sup>276</sup>. E ciò, a maggior ragione, ove si consideri che la Corte Edu ha avuto modo di esprimere un parere negativo nei confronti delle presunzioni assolute di pericolosità<sup>277</sup> fino a pervenire, con la sentenza *Viola c. Italia* (n. 2)<sup>278</sup> ad una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen. nella parte in cui escludeva *tout court* per i detenuti all'ergastolo ostativo di accedere ai benefici penitenziari ove non avessero collaborato con la giustizia.

---

<sup>275</sup> *Viola c. Italia*, n. 45106/04, Corte Edu 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 310; *Asciutto c. Italia*, n. 35795/02, Corte Edu 2007, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189.

<sup>276</sup> Ai sensi della disposizione in esame il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-*bis* del presente articolo qualora lo ritenga necessario, a meno che non si tratti, appunto, di detenuti cui siano state applicate le misure di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

<sup>277</sup> Nella sentenza *Pantano c. Italia*, n. 60851/00, Corte Edu 2003, § 69, si osserva che una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria.

<sup>278</sup> *Viola c. Italia* (n. 2), n. 77633/16, Corte Edu 2019.

Non si dimentichi, infatti, che la declaratoria di costituzionalità della disciplina in esame risale a molto tempo addietro<sup>279</sup>. Da allora sono intervenute ben due modifiche che hanno decisamente aggravato la disciplina della partecipazione alle udienze a distanza (la prima stabilizzandola e la seconda estendendo il campo di applicazione), oltre che una pronuncia di condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>280</sup> che, pur non riguardando la normativa in sé, ma il modo in cui la disciplina aveva nel concreto trovato attuazione<sup>281</sup>, fa emergere gli evidenti rischi di abuso che questa normativa inevitabilmente comporta.

Si tratta, certamente, di un istituto che più di altri esprime l'esigenza di un bilanciamento tra contrapposti interessi<sup>282</sup>: la tutela della pubblica sicurezza e l'efficace svolgimento del processo, da un lato, e il diritto di difesa, dall'altro. Se il diritto di difesa può ben soccombere, sempre che se ne sia assicurato un livello minimo<sup>283</sup>, a fronte della tutela dell'incolumità pubblica, messa in pericolo dalla presenza in udienza di detenuti di prestigio mafioso, allo stesso tempo, tale soccombenza non pare più giustificabile allorché si pongano quale contraltare esigenze di speditezza processuale<sup>284</sup>.

---

<sup>279</sup> S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, cit., p. 221, osserva infatti come sull'esito della sentenza abbia avuto un certo rilievo anche la natura ancora a termine della disciplina *de qua*.

<sup>280</sup> Zagaria c. Italia, n. 58295/00, Corte Edu 2008.

<sup>281</sup> In particolare era stato accertato l'ascolto illegittimo di una conversazione riservata tra difensore e imputato in videoconferenza da parte di un ausiliario.

<sup>282</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 269.

<sup>283</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., pp. 495 s., osserva come siano stati assicurati dei presidi volti ad assicurare la pienezza di esplicazione del diritto di difesa, presenti anche in seguito alle numerose modifiche apportate alla norma: il sistema di collegamento deve essere un *two way system*, volto a garantire la reciproca ed effettiva visibilità (art. 146-*bis*, co. 3, disp. att. c.p.p.); un ausiliario del giudice o un ufficiale di polizia giudiziaria devono comunque essere presenti nel luogo in cui si trova l'imputato al fine di appurarne l'identità e attestare che non patisca impedimenti o limitazioni all'esercizio del suo diritto di difesa (art. 146-*bis*, co. 6, disp. att. c.p.p.); si assicura il diritto del difensore a essere presente nel luogo in cui si trova l'imputato o a consultarlo in modo riservato per mezzo di idonei strumenti tecnici (art. 146-*bis*, co. 4, disp. att. c.p.p.); si prevede comunque la presenza dell'imputato al dibattimento qualora il giudice lo ritenga indispensabile nei casi in cui occorra procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona (art. 146-*bis*, co. 7, disp. att. c.p.p.).

<sup>284</sup> G. UBERTIS, *Garanzie giurisdizionali e giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 53, sostiene che la costituzionalizzazione della celerità procedimentale non possa legittimare derive antigarantistiche.

Va criticata, pertanto, l'estensione della partecipazione a distanza alle udienze a tutti i procedimenti di criminalità organizzata, indipendentemente dalla sussistenza di un effettivo e concreto pericolo per l'ordine pubblico, da un lato; ma soprattutto la possibilità di disporre la videoconferenza anche per processi relativi a reati diversi da quelli indicati nel comma 1, giacché, in tal caso, la bilancia dei contrapposti interessi dovrebbe sempre propendere in favore del diritto di difesa<sup>285</sup>.

In conclusione, sarebbe opportuno, nell'ottica di una migliore tutela dei diritti di difesa e di più chiaro riconoscimento del principio di immediatezza processuale, recuperare la vecchia formulazione del co. 1, che opportunamente ancorava l'applicabilità della videoconferenza nei processi per delitti di criminalità organizzata alla sussistenza di specifiche esigenze, e circoscrivere, invece, la "normalizzazione" dell'istituto, ai fini di una più efficace tutela della sicurezza pubblica, ai detenuti sottoposti al 41-*bis*, mantenendo però il potere del giudice di disporre la comparizione *de visu* ove ritenuto necessario, e così abolendo ogni presunzione assoluta di pericolosità. Rispetto ai reati comuni, poi, la partecipazione a distanza dovrà essere del tutto residuale ed eccezionale.

Questo recupero dei diritti di difesa non sarebbe, del resto, isolato nel panorama comparatistico. Il *Conseil constitutionnel* francese<sup>286</sup>, infatti, ha già dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge di programmazione 2018-2022 e di riforma della giustizia nella parte in cui non consente più di opporsi all'uso della videoconferenza nelle udienze in tema di proroga della custodia cautelare. Il *Conseil*, in particolare, ha affermato che vi fosse al riguardo una violazione dei diritti di difesa «in considerazione dell'importanza della garanzia legata alla presenza fisica dell'interessato dinanzi al giudice o al tribunale competente nell'ambito di un procedimento di custodia cautelare,

---

<sup>285</sup> M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza*, cit., p. 168.

<sup>286</sup> CC 2019-778 DC del 21 marzo 2019, con nota di L. GUESDON, *La illegittimità costituzionale della videoconferenza obbligatoria in materia di custodia cautelare nel procedimento penale francese*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 8 giugno 2020.

nonché in considerazione delle condizioni in cui viene esercitato il ricorso a questi mezzi di telecomunicazione» (§§231-234).

In Francia, dunque, si è già riconosciuto come l'uso forzato della videoconferenza possa pregiudicare i diritti di difesa, e ciò proprio a causa dell'attuale non equivalenza tra videoconferenza e comparizione fisica. Sarebbe auspicabile che anche nell'ordinamento italiano intervenisse una nuova pronuncia della Corte Costituzionale che — *re melius perpensa* — bloccasse la diffusione a macchia d'olio dell'istituto della videoconferenza.

## **6. L'accesso alle sezioni speciali da parte del Garante nazionale dei diritti dei detenuti.**

La legge 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, ha introdotto all'interno del 41-*bis* i commi da 2-*quater*.1 a 2-*quater*.3. Si tratta di disposizioni volte ad autorizzare i Garanti (nazionale, regionali e comunali) per i diritti per le persone detenute o private della libertà personale ad accedere alle sezioni speciali degli istituti penitenziari, per incontrare detenuti e internati al 41-*bis* ed eventualmente colloquiare con essi.

Non si tratta di una disposizione particolarmente innovativa. Il dovere per gli istituti penitenziari di consentire l'accesso a questi soggetti si ricavava, infatti, già dalla legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (legge 9 novembre 2012, n. 195) la quale, allo scopo di prevenire ogni forma di maltrattamento dei detenuti, aveva istituito un regime di visite regolari svolte da organismi indipendenti nazionali e internazionali, tra cui, per l'Italia, era stato individuato proprio la figura del Garante.

In tale veste, con i poteri e le garanzie conferite ai sensi degli artt. 19-21 del Protocollo, questi ha così accesso, proprio in virtù del Protocollo opzionale e della legge di ratifica, a tutti i luoghi in cui le persone sono o possono essere private della libertà, sicché alla novella va attribuito prevalentemente un valore simbolico, o comunque lo scopo di recepire, in modo ancora più chiaro, le dis-

posizioni della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le pene e i trattamenti inumani o degradanti (CAT).

Ciò posto, il comma *2-quater.1*, sancisce che al Garante sia consentito l'accesso senza limitazioni all'interno delle sezioni speciali degli istituti per potere incontrare detenuti e internati sottoposti al regime speciale e svolgere con essi colloqui riservati senza limiti di tempo, né sottoposti a controllo auditivo o videoregistrazione e, soprattutto, non computati ai fini dei colloqui personali con i familiari.

Il comma successivo estende questo diritto anche ai Garanti regionali, mentre il comma *2-quater.3*, consente al Garante comunale solo l'accesso per verificare le condizioni di vita dei detenuti senza possibilità di colloquiare.

Queste disposizioni rappresentano una evidente eccezione alle regole dettate dal comma *2-quater*, lett. b) al tema dei colloqui con i familiari, giustificata dalla funzione riservata a queste autorità, che potrebbe essere pregiudicata qualora non fosse rispettata la riservatezza delle loro conversazioni, o fossero stabiliti stringenti limiti temporali.

Di rilievo appare, invece, il riferimento alla necessità di escludere dal computo del limite massimo di colloqui mensili con i familiari quelli eventualmente svolti con i Garanti. Si tratta, infatti, di un chiaro recepimento di una delle raccomandazioni formulate dal Garante nazionale all'interno del Rapporto tematico sul *41-bis* del 2019<sup>287</sup>, ove era stato osservato come, diversamente, si sarebbe determinata una inaccettabile contrapposizione tra due diritti inalienabili: quello al mantenimento delle relazioni affettive e quello dell'esercizio effettivo e pieno della possibilità di porre reclamo rivolgendosi ai Garanti «comunque denominati» e di rendere espliciti in colloquio i motivi delle proprie doglianze.

Non si comprende, infine, la mancata inclusione nella disposizione del Comitato di Prevenzione della Tortura (CPT). Sebbene il diritto di vista di

---

<sup>287</sup> Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex* articolo *41-bis* dell'ordinamento penitenziario (2016-2018), del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, 7 gennaio 2019, in [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it), p. 14.

quest'ultimo trovi la sua fonte altrove (ossia nell'art. 1 Protocollo opzionale alla CAT), questo affiancamento sarebbe stato opportuno almeno per due motivi. In primo luogo, perché il CPT, al pari del sistema dei Garanti, rappresenta un organismo di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti. In secondo luogo, perché il ruolo del CPT non sembra essere sempre noto agli istituti penitenziari. Ciò emerge, in particolare, dal *Report* indirizzato al Governo italiano del 21 gennaio 2020<sup>288</sup>, in cui il Comitato ha manifestato perplessità in ordine all'atteggiamento di mancata cooperazione da parte di una delle carceri visitate, che sembrava non essere a conoscenza delle sue funzioni. Pertanto, l'inclusione nel co. 2-*quater*.1 del CPT avrebbe avuto un effetto quantomeno divulgativo.

### **7. Il procedimento per reclamo.**

I commi 2-*quinqües* e 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* disciplinano il procedimento per reclamo avverso il provvedimento di applicazione o proroga del regime detentivo speciale. Viene previsto così uno strumento di tutela giurisdizionale *ad hoc*, volto a far valere l'eventuale illegittimità della misura, e così ottenerne l'annullamento.

*Ab origine*, però, l'art. 41-*bis* non prevedeva alcuna forma di impugnazione<sup>289</sup>, che veniva così introdotta, dopo una prima fase agnostica, in via pretoria e solo successivamente recepita dal legislatore.

Per qualche tempo, infatti, la giurisprudenza non ha riconosciuto il diritto alla tutela giurisdizionale, e ciò sul presupposto che i decreti ministeriali di

---

<sup>288</sup> Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg, 21 gennaio 2020, in *rm.coe.int*, p. 4.

<sup>289</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 472, osserva come il mancato richiamo di meccanismi di controllo sembrava intenzionalmente escludere interventi giurisdizionali, come se il legislatore ritenesse incompatibili le situazioni di emergenza con la tutela delle garanzie in materia penitenziaria. S. VITELLO, *La proroga dell'art. 41-bis comma 2 introdotto dalla legge Gozzini*, in *Dir. proc. pen.*, 1994, p. 1441, individua una riduzione della centralità della magistratura di sorveglianza nell'esecuzione della pena, con la creazione di un circuito penitenziario differenziato quanto a modalità esecutive e controlli.

deroga all'ordinario regime di detenzione, in quanto atti di natura amministrativa, fossero inoppugnabili.

Solo con l'intervento della Corte Costituzionale<sup>290</sup> è stata finalmente sancita la sindacabilità dei provvedimenti di applicazione del regime speciale da parte del giudice ordinario<sup>291</sup>, il quale, in caso di reclamo, avrebbe potuto esercitare su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l'ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l'esecuzione delle pene.

Con una sentenza di poco successiva<sup>292</sup> la Corte ha poi precisato che la tutela giurisdizionale dei diritti costituzionalmente garantiti dei detenuti, assicurata mediante il sindacato sulla legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria, è affidata a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione del regime di sorveglianza particolare, ossia il Tribunale di sorveglianza<sup>293</sup>, alla luce della similarità tra i due istituti.

Infine, con la sentenza 351/96<sup>294</sup>, la Consulta ha specificato anche l'estensione del sindacato sui decreti ministeriali, prevedendo che esso, per esplicare pienamente la sua funzione a tutela dei diritti dei detenuti, dovesse riguardare non solo la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche il rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo, vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di situazioni non comprimibili, vuoi sotto quello della congruità delle misure in

---

<sup>290</sup> Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

<sup>291</sup> Si sconfessava così quella opposta giurisprudenza che, pur ammettendo la reclamabilità del provvedimento, ne individuava la competenza in capo al Tribunale amministrativo. Cfr. sul punto, A. MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 306/92*, cit., p. 213.

<sup>292</sup> Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 410, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2867.

<sup>293</sup> Secondo, S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 136, la scelta di attribuire al Tribunale di sorveglianza la competenza di decidere sui reclami in materia di 41-bis ha il pregio di riguardare un organo giudiziario abituato a valutare il detenuto nella specificità della sua condizione, in grado di apprezzarne il percorso rieducativo e trattamentale, oltre che di svolgere valutazioni che concernono la pericolosità individuale. D'altro lato, la scelta ha il difetto di concernere un organo che non è abituato a esprimere giudizi relativi a situazioni di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica legate alle dinamiche dei gruppi criminali esterni ed operanti sul territorio.

<sup>294</sup> Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 351, in *Giust. Pen.*, 1997, p. 118, con nota di G. POSCIA.



concreto disposte rispetto ai fini per i quali la legge consente all'Amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario.

E' così intervenuto il legislatore il quale ha recepito la giurisprudenza costituzionale, dapprima timidamente con la riforma del '98 che, mediante un'interpolazione del co. 2-*bis*, ha individuato, quale giudice competente a decidere sui reclami, il Tribunale di sorveglianza del luogo di custodia del detenuto, e poi, in maniera più decisa, con la novella del 2002<sup>295</sup>, con la quale sono stati introdotti i commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* che hanno infine previsto e regolato un autonomo strumento di gravame avverso il decreto di applicazione o proroga del regime detentivo speciale.

Il sistema di tutela giurisdizionale è stato, poi, ulteriormente modificato per effetto del Pacchetto sicurezza del 2009, che ha dilatato il termine per proporre reclamo da dieci a venti giorni; ha incardinato la competenza territoriale in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma; ha ristretto il potere di sindacato del giudice, eliminando il controllo sul contenuto del provvedimento; ha abrogato il comma 2-*ter*, che attribuiva al Ministro della giustizia il potere di revoca ove fossero venute meno le condizioni legittimanti l'adozione del regime<sup>296</sup>.

In seguito alle numerose modifiche intervenute nel corso del tempo, è ora prevista la possibilità di proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza di

---

<sup>295</sup> La riforma del 2002 ha negato la possibilità di trasferire le competenze in materia di reclamo al Tribunale del riesame quale giudice abituato a formulare valutazioni di pericolosità, attingendo dagli atti processuali e di indagine gli elementi di conoscenza. Si sarebbe trattato, d'altronde, di un organo giudiziario in grado di svolgere giudizi di pericolo per l'ordine e la sicurezza esterna. Tale previsione non è stata, però, recepita essendosi mantenuta, con la riforma del 2002, la competenza del Tribunale di sorveglianza. Sul punto cfr., S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 136 s.

<sup>296</sup> La disciplina della revoca consentiva di chiedere al ministro di disporre il venir meno della misura quando fossero venute meno le condizioni che avevano legittimato l'adozione o la proroga del provvedimento stesso. Tuttavia, in dottrina e in giurisprudenza si ritiene comunque possibile, nonostante l'abrogazione del comma, formulare istanza di revoca ove muti il quadro a carico del destinatario, rientrando tale facoltà nella disciplina generale degli atti amministrativi. In dottrina, cfr. S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 12. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen. Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 18021, Rv 250272, che ricollega la possibilità di chiedere la revoca all'art. 21-*quinquies*, co.1, della legge 241/1990.

Roma da parte del detenuto o internato, ovvero dal loro difensore<sup>297</sup>, avverso il decreto di applicazione o proroga del regime speciale, entro venti giorni dalla comunicazione del provvedimento. E' previsto espressamente, altresì, che il reclamo non ha effetto sospensivo<sup>298</sup>.

Attesa la natura giurisdizionale sia dell'organo competente a decidere sia della procedura prescelta (che ricalca quella del procedimento di sorveglianza per espresso richiamo degli artt. 666 e 678 c.p.p.<sup>299</sup>), si tratta di un vero e proprio mezzo di gravame. Ne consegue, da un lato, l'applicazione delle norme generali in tema di impugnazioni, prima fra tutte il principio di tassatività, e, dall'altro, la necessità che esso sia proposto mediante atto scritto, corredato di motivazione *ad hoc*<sup>300</sup>.

A seguito della riforma del 2009, come si è visto, è stata concentrata la competenza territoriale in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma.

Prima, ai sensi del co. 2-*sexies*, la competenza veniva attribuita al Tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto nel quale il detenuto o l'internato era assegnato al momento dell'applicazione del regime, e tale competenza sarebbe rimasta inalterata anche in caso di successivi trasferimenti del detenuto, al fine di evitare abusi nella reiterazione delle istanze presso giudici

---

<sup>297</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41 bis o.p.*, cit., p. 475, osserva come, pur essendo stata prevista la facoltà di proporre reclamo in favore anche del difensore, non è stata correlativamente prevista la notifica del decreto applicativo nei confronti di questi, sicché ne conseguirebbero dubbi in merito alla individuazione del *dies a quo* per la proposizione del gravame. Potrebbe in questi casi porsi a carico dell'Amministrazione penitenziaria l'onere di comunicare al difensore il provvedimento o di chiedere all'interessato con lo stesso decreto ministeriale di nominare un difensore a cui notificare il decreto, anche se, soprattutto in quest'ultimo caso, il termine decorrerebbe in modo diversificato per l'interessato e per il difensore. Nello stesso senso, già, M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1291; P. GIORDANO, *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, p. 39. In giurisprudenza è stato sostenuto anche l'orientamento per cui il termine decorrerebbe per entrambi dalla data di comunicazione all'interessato. Cfr., al riguardo, Cass. pen. Sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5392, Rv. 246066.

<sup>298</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 146, rileva come, al di là della espressa e chiara formulazione legislativa, in alcuni casi si sia registrata la auto-sospensione dei provvedimenti di annullamento da parte degli stessi Tribunali che li avevano adottati e ciò sia alla luce sia di nuove sopravvenienze di fatto, sia di una rinnovata valutazione in diritto delle argomentazioni.

<sup>299</sup> Secondo M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1291, il richiamo alle forme contemplate agli artt. 666 e 678 c.p.p. non dà luogo a un mero rinvio a queste due norme, ma configura, piuttosto, una procedura che è la somma delle cadenze procedurali di cui all'art. 14-*ter* e quelle di cui alle norme del codice di procedura. Ne consegue che il procedimento per reclamo *ex art. 41-bis* acquisisce una specificità e autonomia che consentono di contraddistinguerlo da quello di sorveglianza.

<sup>300</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 192.

diversi, o comunque l'individuazione di giudici *ad hoc*, magari più graditi al reclamante<sup>301</sup>. Veniva pertanto stabilito un criterio specifico di individuazione della competenza territoriale, ossia quello del *locus custodiae*, fissato in via generale dall'art. 677 c.p.p. in materia di procedimento di sorveglianza<sup>302</sup>.

La scelta operata con la riforma del 2009 di attribuire la competenza territoriale a un giudice unico, svincolato dal *locus custodiae*, era determinata, invece, dalla necessità di avere una giurisprudenza più uniforme in tema di 41-*bis*, e così evitare sentenze dai contenuti e dalle motivazioni spesso contraddittorie<sup>303</sup>.

Tale scelta ha suscitato, tuttavia, non poche perplessità<sup>304</sup>, dal momento che, in primo luogo, la funzione nomofilattica deve essere svolta dalla Corte di Cassazione, la quale, con le proprie pronunce, dovrebbe orientare i Tribunali di merito e così assicurare il rispetto dei principi di certezza e prevedibilità del diritto<sup>305</sup>.

In secondo luogo, si è ritenuto che questo criterio non tiene conto della necessità di attribuire la valutazione della personalità del detenuto al giudice naturalmente a lui più vicino, che ne conosce i profili criminali e soprattutto gli

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>302</sup> Se però l'art. 677, co. 1, c.p.p. faceva riferimento al giudice avente giurisdizione sull'istituto di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta, della proposta o dell'inizio d'ufficio del procedimento, il co. 2-*quinqies*, prima della riforma del 2009, faceva riferimento al Tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto penitenziario al quale il detenuto è assegnato.

<sup>303</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 474.

<sup>304</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 286 ss., al fine di verificare la legittimità della disposizione, svolge un parallelismo tra competenza territoriale in materia di reclami *ex art. 41-bis* e competenza territoriale per l'applicazione dei benefici penitenziari nei confronti dei collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione, anch'essa affidata al Tribunale di sorveglianza di Roma. Rispetto a questo secondo caso si era pronunciata, difatti, la Corte Costituzionale la quale, partendo dal presupposto che la previsione di una speciale competenza territoriale non equivale all'istituzione di un giudice speciale o straordinario, aveva affermato che una deroga ai criteri generali in tema di competenza andava ritenuta legittima solo se conforme ai canoni della ragionevolezza. Nel caso di specie il giudizio era stato positivo, in quanto la deroga era giustificata dalla necessità di garantire la maggiore protezione possibile ai collaboratori di giustizia, impedendo di risalire al luogo ove essi fossero custoditi. Traslando però i principi enunciati dalla Consulta nella questione che ci occupa, emerge come la *voluntas legis* di garantire una giurisprudenza uniforme non può essere considerata quale motivazione ragionevole per derogare al criterio ordinario del *locus custodiae*.

<sup>305</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 198.

eventuali sviluppi trattamentali<sup>306</sup>, ossia il magistrato di sorveglianza o quantomeno il Tribunale del *locus custodiae*. Si rinviene, dunque, una possibile lesione del principio del giudice naturale *ex art. 25, co. 1, Cost.*<sup>307</sup>.

Sono state evidenziate, altresì, conseguenze dal punto di vista pratico, come l'aumento esponenziale del carico di lavoro a causa della concentrazione in un unico foro dei reclami avverso i decreti di applicazione o proroga del 41-*bis*, difficilmente compatibile con i brevi tempi previsti per la loro trattazione e decisione<sup>308</sup>.

Dal punto di vista procedurale, l'atto va depositato entro venti giorni dalla comunicazione del provvedimento da parte del detenuto o del suo difensore<sup>309</sup>.

Sulla base del richiamo all'art. 666 c.p.p., una volta depositato il reclamo, andrà svolto un preliminare vaglio di ammissibilità, sicché, se esso dovesse apparire manifestamente infondato o costituire mera riproposizione di una richiesta già rigettata e basata sui medesimi elementi, il giudice dovrà dichiararlo inammissibile con decreto motivato<sup>310</sup>. In caso contrario, il Presidente fisserà l'udienza in camera di consiglio e ne farà dare avviso agli interessati almeno dieci giorni prima.

L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero, le cui funzioni possono essere affidate anche a un magistra-

---

<sup>306</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 474, sostiene che se il problema era quello della scarsa conoscenza delle vicende processuali del singolo e dell'associazione di appartenenza, a ciò si sarebbe potuti rimediare con una maggiore circolazione di informazioni.

<sup>307</sup> F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 254; L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 474; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 198.

<sup>308</sup> P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza. Commento organico alla l. 15 luglio 2009, n. 94*, Napoli, 2009, p. 74.

<sup>309</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 193, si domanda a quale difensore in concreto debba essere notificato il provvedimento ministeriale, e a cui debba essere dunque riconosciuto il diritto a impugnare, giacché il detenuto potrebbe avere a carico una pluralità di procedimenti tutti per reati ostativi, che vedono coinvolti più difensori. L'A., scartata l'ipotesi di chiedere di volta in volta al detenuto di nominare un difensore *ad hoc* per le lunghe tempistiche che ciò richiederebbe, ritiene più opportuno considerare il detenuto assistito in sede di reclamo dal difensore che per ultimo ha ricoperto tale incarico in sede esecutiva.

<sup>310</sup> M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato*, cit., p. 1292, osserva come avverso il decreto di inammissibilità possa essere proposto ricorso per cassazione.

to della procura nazionale antimafia o della procura presso cui si svolgono le indagini.

E' prevista altresì la presenza dell'interessato, la cui partecipazione avverrà, però, secondo le procedure di cui all'art. 146-*bis* disp. att., ossia nelle forme della videoconferenza (comma 2-*septies*)<sup>311</sup>.

E' possibile svolgere attività istruttoria, anche svincolata dall'iniziativa di parte<sup>312</sup>. In particolare, il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno e, se ritiene, può anche assumere prove nel rispetto del principio del contraddittorio.

Il Tribunale deve comunque decidere, con ordinanza motivata, entro dieci giorni dal deposito del reclamo. Si tratta, all'evidenza, di un termine ordinario, dal momento che non è prevista alcuna sanzione in caso di sua violazione. Al riguardo si è osservato come, per effetto del richiamo alle norme sul procedimento di sorveglianza che prevedono la fissazione di una apposita udienza e la sua comunicazione almeno dieci giorni prima alle parti e ai difen-

---

<sup>311</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 293 s., prova a coordinare la previsione di cui al comma 2-*septies* con la disciplina del procedimento di sorveglianza, che garantisce la presenza del detenuto ma solo nel caso in cui sia ristretto in un istituto penitenziario posto all'interno della circoscrizione del giudice, prevedendosi, negli altri casi, il diritto dello stesso ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza del luogo. Ne conseguiva il dubbio se il meccanismo della partecipazione a distanza dovesse riguardare solo i casi in cui il detenuto avesse potuto partecipare personalmente all'udienza, o se essa dovesse essere applicata anche negli altri casi, così da assicurare sempre la presenza, seppure mediata, del detenuto al processo. L'A. propende maggiormente per questa seconda esegesi sia perché più ragionevole, sia perché la formulazione del comma 2-*septies* sembrerebbe derogare alla disciplina generale del procedimento di sorveglianza.

<sup>312</sup> F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione*, cit., p. 358, osserva come il diritto alla prova spetti anche al reclamante il quale ha il diritto, in particolare, di accedere alle informative poste alla base del provvedimento ministeriale.

sori, tale termine non potrà essere mai rispettato, anche se ogni adempimento fosse svolto tempestivamente<sup>313</sup>.

Sotto il profilo contenutistico potranno configurarsi, oltre alla già esaminata declaratoria di inammissibilità del reclamo, soltanto decisioni di rigetto del medesimo, con conseguente conferma del regime speciale, o di suo accoglimento integrale, con conseguente annullamento del 41-*bis*. In seguito alla riforma del 2009 non è, infatti, più possibile procedere a un annullamento parziale<sup>314</sup>.

### **7.1. I poteri di cognizione del Tribunale di sorveglianza.**

Bisogna, a questo punto, individuare i poteri di cognizione del Tribunale di sorveglianza, per comprendere anche il tipo di controllo che questo può esercitare nei confronti dei decreti di applicazione o proroga del 41-*bis*.

---

<sup>313</sup> Si osservi che la previsione di un termine meramente ordinatorio e particolarmente breve per la decisione dei reclami, in uno con la prassi originaria di applicare il 41-*bis* per periodi di norma pari a sei mesi, incideva sulla effettività del sistema di tutela giurisdizionale. Le decisioni, soprattutto quelle della Cassazione, intervenivano parecchi mesi dopo la presentazione del reclamo, quasi sempre oltre il termine di durata della misura, di regola già sostituita da un nuovo provvedimento di reiterazione. Il giudice, pertanto dichiarava sistematicamente l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. E' intervenuta, così, la Corte Edu con le pronunce Musumeci c. Italia e Ganci c. Italia, la quale ha affermato che un detenuto deve poter beneficiare di una protezione effettiva e non puramente formale e dunque, sia il Tribunale di sorveglianza che la Corte di Cassazione devono essere in grado di deliberare durante il periodo di validità del decreto contestato. Ne conseguiva, ad avviso dei Giudici di Strasburgo, la violazione dell'art. 6 CEDU. Inoltre, la stessa giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto nel tempo che non dovesse comunque pervenirsi a una declaratoria di inammissibilità del ricorso in quanto non poteva ritenersi venuto meno l'interesse del ricorrente alla proposta impugnazione anche laddove il provvedimento fosse scaduto e rinnovato: ad avviso della Corte l'esito del sindacato giurisdizionale di legalità del provvedimento era destinato, infatti, a riflettere i suoi effetti vincolanti in via diretta ed immediata sul rinnovato esercizio del potere di applicazione o proroga. Cfr. al riguardo, Cass. pen. Sez. I, 5 febbraio 2004, n. 4599, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2294. E' così intervenuto il legislatore il quale, però, anziché incidere sul procedimento, allungandone i tempi o comunque garantendone la trattazione tempestiva mediante la trasformazione del termine da ordinatorio a perentorio, si è limitato a prevedere un termine più lungo di durata del regime, portato a uno/due anni nel 2002 e a quattro anni nel 2009.

<sup>314</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 156 ss., espone come già in origine la giurisprudenza non consentiva l'annullamento parziale dei decreti di sottoposizione al regime speciale, giacché, diversamente, si sarebbe prodotto l'effetto di stravolgere lo schema utilizzato dall'amministrazione penitenziaria. Secondo questo orientamento, una volta accertata la pericolosità del soggetto e la sua capacità di collegamento, esigenze di uniformità e di corretta gestione penitenziaria sconsigliavano interventi giudiziari che avessero l'effetto di determinare regimi individuali diversi per i singoli detenuti appartenenti al medesimo circuito. Si sarebbe, in sostanza, attribuita all'autorità giudiziale un'impropria funzione sostitutiva dei poteri ministeriali. In seguito alla riforma del 2002, però, il legislatore ha espressamente previsto il potere di annullamento parziale, successivamente eliminato con il Pacchetto sicurezza del 2009.

Va anticipato che si è assistiti al riguardo ad una importante evoluzione giurisprudenziale e legislativa, grazie alla quale il sindacato del giudice si è progressivamente ampliato, per poi restringersi di nuovo per effetto delle ultime riforme.

In origine, dopo essere stata riconosciuta da parte della Corte Costituzionale la competenza in capo al Tribunale di sorveglianza a giudicare sui reclami avverso i decreti in tema di 41-*bis*<sup>315</sup>, si era diffusa una prima giurisprudenza di legittimità che aveva individuato specifici limiti al sindacato del giudice. Sul presupposto che i decreti di applicazione e proroga del regime speciale fossero veri e propri atti amministrativi, si era ritenuto che bisognasse rispettare i limiti derivanti dal riparto di giurisdizione *ex artt.* 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (legge n. 2248/1865, All. E). Ne conseguiva un giudizio di mera legittimità, finalizzato alla eventuale disapplicazione dell'atto, con preclusione di qualsivoglia controllo sul merito delle questioni amministrative, e dunque legato all'opportunità del provvedimento o alla scelta discrezionale tra i possibili mezzi idonei a conseguire gli scopi che l'Amministrazione si propone di attuare<sup>316</sup>.

Con la pronuncia n. 351/96 la Consulta ha però ulteriormente esteso i poteri di sindacato del Tribunale di sorveglianza, prevedendo che il controllo

---

<sup>315</sup> Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 410, cit., secondo la quale, infatti, «una volta affermato che nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* della legge n. 354 del 1975».

<sup>316</sup> Cass. pen. Sez. I, 7 luglio 1995, n. 4197, in *Giust. pen.*, 1996, p. 115, precisa come, dunque, vadano utilizzati i tradizionali vizi di legittimità, cioè l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge. In particolare, la valutazione dell'eccesso di potere deve essere condotta sugli elementi formali del provvedimento, cioè sulla motivazione, tenendo conto di tutti gli elementi di fatto indispensabili affinché il giudice possa giudicare sull'effettiva corrispondenza dell'atto alla sua funzione legale. Ma tale esame non potrà riguardare, invece, la scelta dei modi, fatta propria dalla amministrazione, per perseguire i fini mirati con l'operazione dell'atto in esame. Nello stesso senso, Cass. pen. Sez. I, 7 luglio 1995, n. 4149, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1293; Cass. pen. Sez. II, 27 giugno 1995, n. 3890, Rv. 202437; Cass. pen. Sez. I, 6 dicembre 1994, n. 5862, in *Cass. pen.*, 1996, p. 309.

dovesse riguardare anche il rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto, vuoi sotto il profilo della eventuale lesione di situazioni non comprimibili, vuoi sotto quello della congruità delle misure in concreto disposte rispetto ai fini per i quali la legge consente all'Amministrazione di disporre un regime derogatorio rispetto a quello ordinario.

Sulla scorta di questa evoluzione giurisprudenziale, il legislatore ha recepito le indicazioni provenienti dalla Consulta, prevedendo espressamente, con la riforma del 2002, il potere del Tribunale di sorveglianza di decidere non solo sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza preposte al regime derogatorio.

Con la riforma del 2009, tuttavia, il legislatore ha deciso di tornare sui suoi passi, eliminando nuovamente il sindacato sulla congruità del contenuto del decreto ministeriale, e prevedendo il potere del Tribunale di sorveglianza di decidere solo sulla sussistenza dei presupposti.

Tale modifica non era dettata tanto dalla volontà di restringere il potere di controllo del giudice, quanto dalla necessità di coordinare la tutela giurisdizionale con la predeterminazione per legge del contenuto del 41-*bis*, ora fortemente tipizzato in seguito alla novella del 2009<sup>317</sup>. Se ancora con la riforma operata nel 2002 l'applicazione del regime detentivo speciale *poteva* dar luogo all'applicazione di determinate misure, la successiva modifica ha sostituito il sintagma "può comportare" con la parola "prevede", sicché all'applicazione del 41-*bis* sarebbe così conseguito un contenuto tipico e fortemente standardizzato. Pertanto, il giudizio di congruità sullo stesso rispetto agli scopi della misura, allo stato, viene già svolto a monte dal legislatore<sup>318</sup>, il quale, nel prevedere determinati contenuti, li ha ritenuti *a priori* idonei a realizzare le finalità di ordine e sicurezza connaturate al regime derogatorio. Un ulteriore

---

<sup>317</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., pp. 212 s.

<sup>318</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 480, parla al riguardo di presunzione di congruità del contenuto così come delineato dal comma 2-*quater* rispetto alle finalità del regime sospensivo.



giudizio da parte dell'autorità giudiziaria sarebbe stato, dunque, inappropriato e lesivo delle competenze del legislatore.

Tuttavia, se è vero che le principali misure che conseguono all'applicazione del 41-*bis* sono tipizzate dal legislatore, è anche vero che permane un certo grado di discrezionalità in capo all'Amministrazione Penitenziaria<sup>319</sup>: si pensi al comma 2-*quater*, lett. a), che consente di adottare non meglio precisate misure di elevata sicurezza interna ed esterna; o alla lett. f), che consente di adottare le necessarie misure di sicurezza volte a garantire dal punto di vista logistico che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. Si pensi altresì a quelle misure, seppur tipizzate, che possono però essere applicate discrezionalmente dall'Amministrazione entro un minimo e un massimo, come nel caso della determinazione delle somme, degli oggetti e dei beni che possono essere ricevuti, o della possibilità di fruire tra un minimo di un'ora e un massimo di due ore d'aria.

In queste ipotesi sarebbe opportuno verificare se il potere di regolare e graduare il contenuto del regime detentivo speciale sia esercitato nel rispetto dei limiti interni ed esterni o sia del tutto avulso dagli stessi, e pertanto avente una valenza meramente e ulteriormente afflittiva, in quanto tale ingiustificata e illegittima.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale<sup>320</sup>, la quale, nel dichiarare inammissibile la questione per mancato esperimento da parte del giudice *a quo* di una interpretazione costituzionalmente orientata, ha confermato come la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini fosse derivata dalla forte riduzione della discrezionalità

---

<sup>319</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 302 ss., individua, tra le ulteriori misure atipiche applicate dalla Amministrazione Penitenziaria e che richiedono una verifica di congruità, le ipotesi di perquisizioni con denudamento e flessione, che potrebbero essere sproporzionate rispetto alle esigenze di sicurezza; i divieti ingiustificati di consentire colloqui compensativi di due ore nel caso in cui nel mese precedente il detenuto non avesse fruito del colloquio; i divieti di effettuare conversazioni con altri familiari detenuti al 41-*bis* o di scambiare corrispondenza con gli stessi; il divieto di vedere determinati canali televisivi; il divieto di accedere a tecniche di inseminazione artificiale; il divieto di incontrare ministri del culto di religione diversa da quella cattolica.

<sup>320</sup> Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 190, in *Giur. It.*, 2010, p. 2511, con nota di F. DELLA CASA.

ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto in seguito all'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge. Ciò, ad avviso della Consulta, non avrebbe però eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto. Rimarrebbe dunque esperibile il rimedio generale del reclamo *ex art. 14-ter* ord. pen., senza che con ciò si determini un vuoto di tutela delle posizioni soggettive dei reclusi a *41-bis*<sup>321</sup>.

Non si tratta di un vero e proprio controllo sul contenuto del decreto ministeriale come precedentemente previsto dal comma *2-quinquies*, quanto, piuttosto, della possibilità di utilizzare il rimedio del reclamo *ex art. 14-ter* quale strumento di garanzia giurisdizionale dei diritti dei detenuti, ogni qual volta dovessero subire un inammissibile sacrificio per mezzo delle restrizioni applicate dall'Amministrazione Penitenziaria<sup>322</sup>.

Laddove, invece, si volesse contestare la congruità di una misura tipizzata dal legislatore, non potrebbe scegliersi altra via se non quella di sollecitare una questione di costituzionalità per violazione del parametro di cui all'art. 3 Cost.

## **7.2. Il ricorso per cassazione.**

Il comma *2-sexies* prevede, poi, che avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza possa essere proposto entro dieci giorni ricorso per cassazione per violazione di legge.

---

<sup>321</sup> Ora è più opportuno utilizzare il reclamo *ex art. 35-bis* ord. pen., introdotto al fine di far valere davanti al magistrato di sorveglianza «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

<sup>322</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 300 ss., la quale sostiene come, rispetto a questo tipo di controllo, non sia più competente il Tribunale di sorveglianza di Roma come nei casi di reclamo ordinario avverso il provvedimento di applicazione o proroga, dal momento che dovrebbe riespandersi il criterio generale del *locus custodiae*, utilizzabile tutte le volte in cui le questioni poste con il reclamo non attengano alla verifica della sussistenza dei presupposti del regime speciale, ma riguardino profili applicativi delle singole restrizioni e la loro incidenza sui diritti soggettivi dei detenuti. In giurisprudenza, cfr., Cass. pen. Sez. I, 10 settembre 2015, n. 37835, Rv. 264622; Cass. pen. Sez. I, 9 luglio 2015, n. 34529, Rv. 264289.

I legittimati a proporre l'impugnazione sono il detenuto, l'internato, il loro difensore, nonché la parte pubblica, rappresentata dal procuratore nazionale antimafia, dal procuratore generale presso la corte d'appello ovvero dal procuratore distrettuale.

Il ricorso è ammesso unicamente per violazione di legge, ossia per inosservanza, erronea o falsa applicazione di norme di legge sostanziale e processuale. Non sarà pertanto possibile far valere i vizi motivazionali, a meno che non si tratti di motivazione carente o meramente apparente. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare, infatti, che l'assenza assoluta di motivazione, o la mancanza dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità necessari a rendere comprensibile il percorso argomentativo del giudice si riverberano negativamente sull'onere di motivazione *ex art. 125 c.p.p.* dando luogo, così, ad una violazione di legge<sup>323</sup>.

Il ricorso, una volta depositato, viene trasmesso senza ritardo alla Corte di Cassazione e si seguono, ai sensi dell'art. 666, co. 6, c.p.p. (a sua volta richiamato dal comma 2-*sexies*), le norme previste per le impugnazioni e per il procedimento in camera di consiglio. In particolare si seguirà il rito non partecipato, sicché il contraddittorio sarà meramente cartolare.

Una volta decorsi i termini per proporre l'impugnazione, ovvero esauriti i rimedi di impugnazione, la decisione passa in giudicato. Si tratterà però di un giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibile di essere rimesso in discussione dall'eventuale emersione di nuove circostanze di fatto<sup>324</sup>.

### **7.3. La rinnovazione del provvedimento ministeriale.**

L'ultima parte del comma 2-*sexies* prende in considerazione, infine, l'ipotesi della rinnovazione del provvedimento ministeriale di applicazione del regime detentivo speciale.

---

<sup>323</sup> Circa quest'interpretazione del vizio di violazione di legge, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 4 ottobre 2019, n. 43944, in *Pluris*; Cass. pen. Sez. III, 12 giugno 2018, n. 49200, in *Pluris*. Rispetto al caso specifico del ricorso in cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Roma, Cass. pen. Sez. I, 9 maggio 2006, n. 19093, Rv. 234179.

<sup>324</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 441; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 223.

Si tratta del caso in cui, una volta accolto il reclamo e disposta la conseguente revoca, dovessero emergere circostanze tali da indurre il Ministro a provvedere a una nuova applicazione del 41-*bis*.

Prima della riforma del 2002 la rinnovazione del decreto ministeriale era del tutto autonoma rispetto al provvedimento antecedente, sicché essa poteva essere disposta anche sulla base delle medesime motivazioni del provvedimento poi revocato, e si potevano reintrodurre le stesse restrizioni annullate dal Tribunale di sorveglianza.

A seguito di un intervento della Corte Edu con cui è stata censurata la previgente disciplina che non vincolava il Ministro alle eventuali decisioni di revoca o di annullamento *medio tempore* intervenute<sup>325</sup>, a partire dal 2002 il legislatore, al fine di evitare che potesse mantenersi il regime speciale sulla base di motivazioni stereotipate, ha espressamente previsto che il Ministro della giustizia, in sede di rinnovazione, dovesse tener conto della decisione del Tribunale di sorveglianza<sup>326</sup>, e indicare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo<sup>327</sup>. Per elemento nuovo deve intendersi un fatto comunque riferibile alla condotta del recluso, manifestatosi in un momento successivo a quello delle decisioni dell'organo giudiziario o anche prima di queste, purché non conosciuto o non valutato in tali sedi. Al fine di individuare l'*aliquid novi*, il fatto deve essere inteso in senso naturalistico e non meramente giuridico, né possono es-

---

<sup>325</sup> Messina c. Italia, n. 25498/94, Corte Edu 2000.

<sup>326</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., p. 167, individua dei limiti al dovere di conformazione del Ministro alle decisioni giudiziali. Secondo l'A. questo deve ritenersi circoscritto ai presupposti e non anche al contenuto del regime detentivo speciale, in quanto, se l'Amministrazione Penitenziaria avesse dovuto conformarsi a quanto statuito dal Tribunale di sorveglianza in merito al contenuto del decreto di sospensione, si sarebbe così legittimato uno sconfinamento nei poteri e nelle competenze del potere esecutivo. Tale interpretazione era però legata anche a una formulazione dell'art. 41-*bis* antecedente alla riforma del 2009 che prevedeva, oltre al controllo sui presupposti, anche un controllo sul contenuto del decreto. Oggi, essendo venuto meno il sindacato sulla congruità del regime, e dovendo il Tribunale di sorveglianza limitarsi a dichiarare la sussistenza o meno dei presupposti di applicazione, questa esegesi ha perso rilevanza.

<sup>327</sup> L. CESARIS, *Sub art. 41-bis o.p.*, cit., p. 482, rinviene sul punto una sorta di *ne bis in idem* che serve a tutelare il soggetto, giacché, qualora si accertasse che il nuovo decreto fosse stato emanato sulla base di elementi posti a fondamento di quello precedente e già cassati, dovrebbe determinare la revoca e la disapplicazione.

sere ritenute rilevanti le vicende del titolo in base al quale sia ristretto il detenuto, se esso abbia per oggetto una condanna già nota e valutata<sup>328</sup>.

Un dubbio interpretativo che la disciplina sulla rinnovazione del provvedimento ha posto, riguarda, infine, il momento in cui siffatto potere può essere esercitato, ossia se esso possa essere emesso solo una volta esauriti tutti i mezzi di impugnazione, o anche in pendenza del ricorso per cassazione, dopo l'annullamento del decreto da parte del Tribunale di sorveglianza.

La prevalente giurisprudenza, valorizzando il mero dato letterale, ha ritenuto che fosse possibile esercitare il potere di rinnovazione solo in seguito all'accoglimento definitivo del gravame. Poiché tanto il reclamo quanto il ricorso per Cassazione non hanno effetto sospensivo, fino all'annullamento definitivo del provvedimento impugnato questo deve ritenersi ancora in vigore, sicché non avrebbe senso consentire la rinnovazione di un provvedimento che è ancora valido ed efficace<sup>329</sup>.

A conferma di quest'orientamento militerebbe, altresì, la collocazione sistematica del potere di rinnovazione all'interno della norma, in quanto posta immediatamente dopo la previsione del ricorso per Cassazione.

---

<sup>328</sup> Secondo Cass. pen. Sez. V, 5 aprile 2004, n. 26399, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1402, non può considerarsi "fatto nuovo" il passaggio in giudicato di una sentenza emessa a carico di un soggetto e relativa a reati già valutati in sede di annullamento del precedente decreto.

<sup>329</sup> P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 225, che prospetta anche una diversa esegesi, meno convincente, secondo cui il potere di disporre un nuovo provvedimento sospensivo potrebbe essere esercitato quando è ancora pendente il ricorso per cassazione.

## CAPITOLO III

### **I diritti fondamentali dei detenuti al 41-bis alla luce della giurisprudenza**

#### **della Corte europea dei diritti dell'uomo**

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della Corte Edu come banco di prova della tutela dei diritti dei detenuti al 41-bis. — 2. Art. 3 CEDU: profili generali — 2.1. Il 41-bis come trattamento inumano e degradante? — 2.2. L'applicazione prolungata del regime detentivo speciale. — 2.2.1. Qualche riflessione sulla durata prolungata del 41-bis. — 2.3. L'incidenza delle condizioni di salute sull'umanità del trattamento. — 2.3.1. La tutela della salute dei detenuti al 41-bis di fronte all'emergenza Covid-19. — 2.4. La contrarietà all'art. 3 CEDU della normativa in tema di ergastolo ostativo. Il caso Viola c. Italia. — 3. Art. 8 CEDU: profili generali. — 3.1. Il rispetto della vita privata e familiare nel contesto della detenzione. — 3.2. Il 41-bis al cospetto dell'art. 8 CEDU. — 3.2.1. *Segue*. Il controllo della corrispondenza. — 3.2.2. *Segue*. Le perquisizioni personali e la video-sorveglianza della cella. — 3.2.2.1. La video-sorveglianza come ipotesi di limitazione del diritto alla riservatezza non “*in accordance with the law*”. — 4. Art. 6 CEDU: profili generali. — 4.1. Il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-bis: un ricorso, in origine, non effettivo. — 4.2. La partecipazione al dibattimento a distanza al vaglio della Corte Edu.

#### **1. La giurisprudenza della Corte Edu come banco di prova della tutela dei diritti dei detenuti al 41-bis.**

Quando si parla di diritti fondamentali, immediato è ormai il richiamo alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali — più nota come Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) —, adottata a Roma il 4 novembre 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'importanza di questa deriva principalmente dal numero di Stati che vi hanno aderito (quarantasette), di gran lunga superiore al numero di Stati membri dell'Unione Europea (ventisette) — il Consiglio d'Europa è, del resto, un'organizzazione propriamente internazionale —, e dal fatto che essa sia stata dotata di un meccanismo di controllo giurisdizionale per garantire il rispetto, da parte delle Alte Parti contraenti, dei diritti dalla medesima sanciti<sup>1</sup>, mediante l'istituzione di una Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Altro motivo di particolare attenzione nei confronti della Convenzione riguarda il rango che essa e i suoi Protocolli addizionali rivestono all'interno dell'ordinamento italiano. Sebbene essi fossero stati ratificati sulla base di leggi ordinarie, sicché avrebbero dovuto acquisirne pari valore, ci si è domandati se alle

---

<sup>1</sup> L'art. 19 CEDU sancisce al riguardo: «Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti della presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo (...)».

norme ivi contenute non andasse riconosciuto un ruolo sovraordinato alla luce della particolare materia disciplinata<sup>2</sup>. Ecco che la Corte Costituzionale, dopo un primo atteggiamento di chiusura, con le celebri sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007<sup>3</sup>, ha riconosciuto alle norme CEDU il rango di fonti interposte ossia, da un lato, inferiori rispetto alle norme costituzionali e alle norme dell'Unione europea e, dall'altro, superiori alle leggi ordinarie stante il dettato dell'art. 117 Cost. che subordina l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale al rispetto degli "obblighi internazionali", la cui contravvenzione determinerebbe l'illegittimità dello stesso prodotto normativo per violazione proprio del parametro costituzionale appena richiamato<sup>4</sup>.

Le medesime sentenze hanno riconosciuto, altresì, la preminente funzione interpretativa svolta dalla Corte europea, la quale contribuisce così, in modo determinante, a precisare i contenuti delle norme CEDU e i conseguenti obblighi internazionali degli Stati aderenti.

Ciò posto, e così delimitato il quadro di riferimento, alla CEDU si è fatto ricorso di frequente per accertare la legittimità delle condizioni di detenzione alla luce degli *standard* di tutela da essa fissati. Infatti, nonostante esista una pluralità di accordi internazionali che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali, è proprio l'esistenza di un meccanismo di controllo giurisdizionale indipendente che ha spinto i detenuti a sollecitare l'intervento della Corte Edu al fine di accertare se le proprie condizioni detentive fossero rispettose o meno dei diritti umani, dando luogo, così, ad un filone giurisprudenziale incentrato sul 41-*bis* ord. pen.

---

<sup>2</sup> F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS - F. VIGANÒ, Torino, 2017, p. 14.

<sup>3</sup> Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348, in *Corriere giur.*, 2008, p. 185; Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 349, in *Corriere giur.*, 2008, p. 193. Secondo la Corte Costituzionale il giudice comune, rilevato un possibile contrasto tra norma interna e norma internazionale, dopo aver tentato senza successo una interpretazione conforme, dovrà sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, formulando questione di costituzionalità per violazione del parametro interposto rappresentato dall'art. 117 Cost. La Corte Costituzionale, a sua volta, qualora ritenesse la disposizione interna incompatibile con la norma internazionale la dichiarerà costituzionalmente illegittima, salvo il caso in cui rilevi l'incompatibilità della stessa norma internazionale con la Costituzione italiana, in ogni caso gerarchicamente sovraordinata rispetto al diritto internazionale pattizio.

<sup>4</sup> F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu*, cit., p. 16.

I parametri più frequentemente sottoposti al vaglio della Corte sono stati: l'art. 3, che, sancendo il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, viene in rilievo tutte le volte in cui regimi detentivi di particolare rigore rischiano di imporre al detenuto un coefficiente di sofferenza ultroneo e ingiustificato dalle esigenze di neutralizzazione e prevenzione del caso; l'art. 8, che prevede il rispetto della vita privata e familiare nonché alla corrispondenza, diritti inevitabilmente compromessi dallo *status* detentivo; l'art. 6, che riconosce il diritto a un processo equo, non sempre garantito nei casi di applicazione e proroga del carcere duro.

## **2. Art. 3 CEDU: profili generali.**

Tra i vari parametri sottoposti all'attenzione e al vaglio della Corte Edu, quello senza dubbio più frequente e più rilevante è stato l'art. 3 CEDU, che sancisce icasticamente il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Questa è, infatti, la norma di riferimento in materia di condizioni detentive, dal momento che, se da un lato un coefficiente minimo di umiliazione e sofferenza è sempre connaturato all'esecuzione di una pena legittima<sup>5</sup>, ciò non può mai tradursi nell'applicazione di sofferenze ulteriori e ingiustificate, come detto, dalle esigenze di neutralizzazione e prevenzione connesse al caso di specie. E tuttavia, dalla previsione di regimi detentivi di estremo rigore istituiti per far fronte a forme di criminalità particolarmente pericolose all'applicazione di misure restrittive illegittime il passo è spesso alquanto breve.

In generale, l'art. 3 CEDU è una norma fondamentale, considerata uno dei pilastri delle società democratiche al punto da ricevere una protezione assoluta<sup>6</sup>, sia nel senso che il divieto di tortura non è suscettibile di deroga neanche in circostanze eccezionali, come si desume dall'art. 15, par. 2, CEDU che esclude tale fattispecie da quelle suscettibili di sospensione in caso di guerra o di altro pericolo

---

<sup>5</sup> Nel caso *Labita c. Italia*, n. 26772/95, Corte Edu [GC] 2000, §119, la Corte Edu afferma che «*the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment*».

<sup>6</sup> *Ex multis*, *Ramirez Sanchez c. Francia*, n. 59450/00, Corte Edu 2006, §115. Sulla nebulosità della nozione di "diritti assoluti", M. K. ADDO - N. GRIEF, *Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 510.



pubblico che minacci la vita della nazione; sia nel senso che neppure le più pressanti esigenze di tutela della collettività (come la lotta alla criminalità organizzata e terroristica) possono consentire la commissione di condotte vietate dalla norma<sup>7</sup>.

Si tratta di un divieto, poi, che vale sia nei rapporti verticali, ossia nel caso in cui l'autore della violazione sia un agente o un funzionario statale<sup>8</sup>, sia nei rapporti orizzontali, cioè fra privati<sup>9</sup>. Ciò non risulta incompatibile, però, con la natura della CEDU, istituzionalmente rivolta solo agli Stati, e della Corte Edu, legittimata a emettere sanzioni, nel caso di violazione accertata, solo nei confronti delle parti contraenti. Infatti, il divieto di tortura può convertirsi in obblighi tanto negativi quanto positivi: mentre i primi si configurano quali meri doveri di astensione dal comportamento vietato da parte delle autorità pubbliche, i secondi si suddividono in: a) obblighi di protezione in favore delle vittime potenziali; b) obblighi di repressione penale, mediante l'introduzione di un apparato normativo e sanzionatorio idoneo a svolgere una adeguata funzione dissuasiva e repressiva; c) obblighi procedurali, consistenti nel dovere di svolgere indagini indipendenti, approfondite e idonee a pervenire all'accertamento dei fatti e all'eventuale punizione dei colpevoli<sup>10</sup>. E' evidente, dunque, come la violazione di siffatti obblighi negativi possa dar luogo a responsabilità indirette dello Stato per non aver apprestato una tutela coerente con lo *standard* richiesto dalla CEDU anche nel caso in cui il maltrattamento sia stato commesso in un rapporto privato.

Nonostante un divieto espresso in termini assoluti, che prescinde dalla condotta della vittima, la Corte Edu non manca mai di sottolineare come il *mis-treatment* debba superare un livello minimo di gravità per poter ricadere nel con-

---

<sup>7</sup> Sempre nel caso *Labita c. Italia* cit., § 119, la Corte Edu evidenzia come «*Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism or organized crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Art. 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation*».

<sup>8</sup> Tradizionalmente la tortura è infatti punita come “tortura di Stato”, ossia quando perpetrata da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. L'art. 1 della CAT, infatti, definisce la tortura solo in quanto commessa da uno di questi soggetti e circoscrive il suo ambito di applicazione, pertanto, alla sola tortura di Stato.

<sup>9</sup> F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 65.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 65.

testo di operatività dell'art. 3 CEDU<sup>11</sup>. Si tratta del principio di non bagatellizzazione della tutela<sup>12</sup>, il cui obiettivo è quello di evitare il rischio di relativizzazione del divieto<sup>13</sup>, e ciò mediante il riconoscimento di forme di tutela solo nel caso delle violazioni più gravi. Tuttavia, l'accertamento di questo *minimum* è relativo, dipendendo dalle circostanze del caso, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali, e, in alcuni casi, dal sesso, età e stato di salute della vittima<sup>14</sup>.

Le condotte vietate sono tre e si distinguono tra loro sulla base di un criterio di gravità decrescente<sup>15</sup>: sul gradino più alto si pone la tortura, e a seguire si collocano le pene e i trattamenti inumani e infine quelli degradanti. Mentre questi ultimi sono integrati da trattamenti che rilevano sotto un profilo prevalentemente emotivo, come nel caso di condotte idonee a umiliare o mortificare la vittima, o a suscitare in essa sentimenti di paura, angoscia o inferiorità; i trattamenti sono definiti inumani, invece, quando cagionano acute sofferenze fisiche o psichiche<sup>16</sup>. La tortura, a sua volta, si rinviene nei casi più gravi di trattamenti inumani<sup>17</sup> e si caratterizza spesso, ma non necessariamente — l'art. 3 CEDU non fa distinzioni sul punto —, per la presenza di un elemento teleologico, ossia dalla finalità di ottenere informazioni o confessioni dalla vittima, di punirla o intimidirla per un fatto commesso da lei o da un terzo, ovvero per esercitare pressioni su una terza persona<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> Principio affermato a partire da Irlanda c. Regno Unito, n. 5310/71, Corte Edu 1978, § 162. Tale principio è stato ribadito nei confronti di un detenuto *ex art. 41-bis*, per la prima volta, nel caso Labita c. Italia, cit., § 120.

<sup>12</sup> Espressione usata da F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, cit., p. 66.

<sup>13</sup> Cfr. *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky al caso Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03, Corte Edu 2009.

<sup>14</sup> Irlanda c. Regno Unito, cit., § 162.

<sup>15</sup> A. M. MAUGERI, *Art. 613-bis tortura*, in *Diritto penale. Parte speciale*, a cura di D. PULITANÒ, Torino, 2019, p. 267.

<sup>16</sup> Il confine tra trattamenti inumani e trattamenti degradanti è tuttavia alquanto incerto, tant'è che spesso la Corte Edu utilizza l'espressione onnicomprensiva "trattamenti inumani e degradanti".

<sup>17</sup> Nella sentenza Cestaro c. Italia, n. 6884/11, Corte Edu 2015, §§ 171 ss., la Corte Edu ha sviluppato un nuovo concetto di tortura che si fonda sul carattere gratuito delle violenze; la gravità delle stesse; l'intenzionalità con cui sono commesse; un elemento finalistico.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1 Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri pene e trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

## 2.1. Il 41-*bis* come trattamento inumano e degradante?

Nei confronti delle persone private della libertà personale, l'art. 3 CEDU impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non lo sottopongano a uno svilimento o a una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute e il benessere del prigioniero vengano assicurate in maniera adeguata<sup>19</sup>.

Ciononostante, frequenti sono le occasioni in cui non solo le condizioni obiettive di detenzione, ma soprattutto l'applicazione di regimi detentivi speciali, possono porre un problema di compatibilità con il parametro in esame, giacché sovente è la sensazione, in questi casi, che la sofferenza e l'umiliazione conseguenti vadano al di là di quei profili di sofferenza e umiliazione inevitabilmente connessi a una forma legittima di trattamento o pena<sup>20</sup>.

Ciò premesso, il problema della compatibilità del regime *ex art. 41-bis* ord. pen. con il divieto sancito dall'art. 3 CEDU si è posto non solo a causa dei numerosi ricorsi alla Corte Edu con cui venivano censurate condizioni detentive e trattamenti contrari al senso di umanità, ma anche alla luce dei rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti (Cpt)<sup>21</sup> con cui è stato osservato come il 41-*bis* sia uno dei regimi «tra i più duri che sia stato sinora dato al Cpt osservare»<sup>22</sup>, e sono state formulate raccomandazioni *ad hoc*, volte in particolare a rendere meno intenso il regime di isolamento cui i detenuti sono esposti.

---

<sup>19</sup> Kudla c. Polonia, n. 30210/96, Corte Edu [GC] 2000, § 94; Enea c. Italia, n. 74912/01, Corte Edu [GC] 2009, § 57.

<sup>20</sup> Labita c. Italia, cit., § 120.

<sup>21</sup> Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) è un organo del Consiglio d'Europa che cerca di prevenire i casi di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti sul territorio dei Stati che hanno firmato la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

<sup>22</sup> Rapporto al Governo italiano sulla visita effettuata dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti (CPT) in Italia dal 22 ottobre al 6 novembre 1995, § 91, in *www.cpt.coe.int*.

Un'altra circostanza ha contribuito, poi, a far porre l'attenzione, soprattutto da parte dell'opinione pubblica, sul problema della possibile inumanità del 41-*bis*. Ci si riferisce alla notizia diffusa dalla stampa sia statunitense che italiana, sulla decisione del giudice di Los Angeles, D.D. Sidgraves, con cui sarebbe stata bloccata l'espulsione dagli Stati Uniti verso l'Italia del *boss* italo-americano Rosario Gambino, decisione motivata dalla necessità di tutelare i diritti fondamentali dell'interessato, il quale sarebbe stato esposto, in caso di estradizione, a un elevato rischio di essere sottoposto al 41-*bis*, regime detentivo equiparabile, ad avviso del giudice statunitense, a una forma di coercizione non correlata ad alcuna sanzione o punizione legalmente imposta e dunque a una vera e propria tortura o quantomeno a un trattamento crudele, inumano o degradante. Pertanto l'espulsione del detenuto avrebbe violato il principio di *non refoulement*<sup>23</sup>, corollario del divieto di tortura, sancito da numerosi accordi internazionali, ivi compresa la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT), vincolanti per gli USA<sup>24</sup>.

Questi fattori hanno così messo in primo piano un problema di fondo, ossia la possibile contrarietà del regime detentivo *ex art. 41-bis* ord. pen. al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti sancito dalla CEDU.

Tuttavia, non solo forme detentive di particolare rigore possono porre problemi di compatibilità con l'art. 3 CEDU, ma anche condizioni obiettive di detenzione<sup>25</sup> connesse all'applicazione del regime ordinario. Ciò è subordinato però alla sussistenza di fattori specifici — come quello del sovraffollamento carcerario<sup>26</sup>, delle precarie condizioni igieniche<sup>27</sup>, e della mancanza di areazione della

---

<sup>23</sup> L'art. 3 della CAT sancisce, infatti, che «Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo».

<sup>24</sup> Fatti richiamati da E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1240 s.

<sup>25</sup> F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, cit., p. 72.

<sup>26</sup> Cfr., Sulejmanovic c. Italia, cit.; Torreggiani e altri c. Italia, n. 43517/09 et al., Corte Edu 2013.

<sup>27</sup> Cfr. Antropov c. Russia, n. 22107/03, Corte Edu 2009, § 60; Pakhomov c. Russia, n. 44917/08, C. Edu 2010, §§ 64 ss.; Porumb c. Romania, n. 19832/04, Corte Edu 2010, §§66 ss.

cella — che ne accentuano la severità per effetto della sommatoria di componenti di afflittività non connesse alla responsabilità del detenuto, in quanto tali sproporzionate per definizione.

Con riferimento specifico al 41-*bis*, invece, nonostante la durezza del regime e le numerose critiche provenienti dalla dottrina<sup>28</sup> e dal Cpt<sup>29</sup>, la Corte Edu, sin dalle prime sentenza in materia<sup>30</sup>, lo ha ritenuto legittimo in quanto esso non raggiungerebbe la soglia per configurare una violazione dell'art. 3 CEDU. In questo caso, infatti, il regime in questione si renderebbe necessario per garantire l'ordine all'interno degli istituti penitenziari e la sicurezza pubblica, sempre che sia rispettata la dignità del detenuto.

Già a partire dal caso Natoli, la allora Commissione europea aveva ritenuto che il 41-*bis* desse luogo a una forma di isolamento sociale solo parziale<sup>31</sup>, essendo comunque assicurate, sebbene in modo ridotto, forme di contatto con altri soggetti; inoltre, non era del tutto esclusa la possibilità di lavorare o svolgere altre attività in carcere. Pertanto la misura non raggiungeva quella soglia necessaria per essere considerata come trattamento inumano o degradante<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura*, cit., pp. 1271 ss., dubita, alla luce della durezza del regime detentivo speciale, della sua giustificabilità in un ordinamento liberaldemocratico, e della sua compatibilità con una moderna concezione del trattamento penitenziario costituzionalmente orientata. Pertanto l'A. esprime l'opportunità di ridurre tanto l'utilizzo, confinandolo ai casi veramente più eccezionali, quanto l'afflittività, fissando le restrizioni nella misura strettamente richiesta dalle necessità preventive.

<sup>29</sup> Si ricordi come già a partire dal Rapporto al Governo Italiano relativo alla visita effettuata in Italia dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti (Cpt) dal 21 novembre al 3 dicembre 2004, in *www.cpt.coe.int*, siano state formulate una serie di raccomandazioni al Governo italiano in tema di 41-*bis*, in particolare al fine di consentire l'applicazione dell'istituto solo eccezionalmente e per periodi limitati, di accrescere e migliorare le attività ricreative e sportive all'area aperta, e di contatti umani con il personale penitenziario e consentire almeno due visite, ciascuna di un ora, al mese da parte dei familiari nonché la possibilità di effettuare telefonate già nei primi sei mesi di sottoposizione al regime. Sebbene si tratti di una visita abbastanza risalente nel tempo, va evidenziato come molte di queste raccomandazioni siano rimaste tuttora lettera morta.

<sup>30</sup> Natoli c. Italia, n. 26161/95, Corte Edu (Commissione) 1998; Messina c. Italia (2), n. 25498/94, Corte Edu 2000. In dottrina, E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 751.

<sup>31</sup> Nel caso Messina c. Italia (n.2) cit., la Corte Edu afferma che la proibizione di contatti con altri prigionieri per ragioni di sicurezza, disciplinari o di protezione non costituisce di per sé un trattamento inumano e degradante. D'altro canto, forme di isolamento totale accoppiate a un isolamento sociale possono distruggere la personalità e rappresentano forme di trattamento inumano che non può essere giustificato da motivi di sicurezza o per altre ragioni.

<sup>32</sup> F. CASSIBBA - A COLELLA, *Art. 3*, cit., p. 77.

Ciò non ha impedito, tuttavia, pronunce di condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di detenuti sottoposti al 41-*bis*.

La prima di esse è rappresentata dal caso *Labita*. La violazione riscontrata, però, non derivava dalla rigidità del regime detentivo in quanto tale, ma da singoli episodi di violenza conseguenti al clima di grande tensione politica connesso alle stragi di mafia del '92, che avevano portato all'istituzione di alcune prigioni speciali, e segnatamente quelle dell'isola di Pianosa e dell'Asinara. In questi istituti penitenziari, secondo le allegazioni dei ricorrenti, si erano diffuse, infatti, forme di maltrattamenti da parte del personale penitenziario a danno dei detenuti, consistenti in schiaffeggiamenti, strizzamento dei testicoli, insulti, divieto di guardare in faccia le guardie, obbligo di correre nel corridoio ove veniva versato sapone misto ad acqua così da renderlo scivoloso<sup>33</sup>.

La Corte Edu, pur prendendo atto delle difficoltà probatorie con cui inevitabilmente aveva dovuto confrontarsi il detenuto, ha giudicato non raggiunta la prova per ritenere sussistenti i fatti addebitati, così escludendo una violazione diretta dell'art. 3<sup>34</sup>.

Veniva tuttavia riconosciuta una violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, nello specifico sotto il profilo del dovere statale di condurre investigazioni adeguate (c.d. violazione procedurale<sup>35</sup>), che le autorità italiane non avrebbero assolto a causa delle indagini troppo lente e non sufficientemente approfondite (nella specie, al ricorrente erano state esibite, al fine di identificare gli autori dei maltrattamenti contestati, mere fotocopie, e non foto, delle guardie che avevano lavorato nel carcere di Pianosa; inoltre, a fronte della richiesta del ricorrente di effettuare un riconoscimento dal vivo, la Procura di Livorno, invece di consentire tale ulteriore accertamento, aveva preferito archiviare il fascicolo a causa dell'impossibilità di identificare i responsabili)<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> *Labita c. Italia*, cit., §§ 27 ss.

<sup>34</sup> *Ibidem*, §§ 25 s.

<sup>35</sup> E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, cit., p. 750.

<sup>36</sup> *Labita c. Italia*, cit., §§ 133 ss.

Ad avviso della Corte, l'articolo 3, unitamente all'obbligo generale imposto allo Stato dall'articolo 1 di riconoscere a tutti nella propria giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella Convenzione, richiede implicitamente che vi siano indagini efficaci, grazie alle quali deve essere possibile pervenire all'identificazione e alla punizione dei responsabili<sup>37</sup>. Sebbene si tratti di un obbligo non di risultato ma di mezzi, l'eventuale sua inosservanza riduce le possibilità di accertamento delle circostanze del caso o dell'identità degli autori del reato con conseguente impossibilità di soddisfare lo *standard* di effettività richiesto<sup>38</sup>.

La scelta di affermare una violazione dell'art. 3 nella sua accezione positiva e non negativa è evidentemente indice di un atteggiamento di particolare cautela da parte della Corte, la quale, come si vedrà anche in altre ipotesi, preferisce non dichiarare mai una violazione diretta dell'art. 3 CEDU.

Ciò posto, la decisione in esame lambisce un tema, quello dell'onere della prova, che merita alcune considerazioni a sé, in quanto elemento determinante per ritenere integrata o meno una violazione.

Sul punto, la Corte ha sempre ritenuto necessario il rispetto dello *standard* probatorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", seppur mitigato dalla possibilità di desumere la prova dall'esistenza di presunzioni gravi precise e concordanti<sup>39</sup>.

L'utilizzo di questo criterio fa sorgere, tuttavia, alcuni dubbi, considerato che lo stato detentivo, rendendo particolarmente difficile al ricorrente fornire le prove dei maltrattamenti subiti<sup>40</sup>, rischia di dar luogo ad una vera e propria *probatio diabolica*.

---

<sup>37</sup> Labita c. Italia, cit., § 131; J.M. c. Francia, n. 71670/14, Corte Edu 2002, § 102.

<sup>38</sup> Bouyid c. Belgio, n. 23380/09, Corte Edu 2013, § 120. In generale, affinché un'indagine sia efficace, anche le istituzioni e le persone responsabili devono essere indipendenti dalle persone a cui si rivolgono. Ciò suppone non solo l'assenza di un legame gerarchico o istituzionale, ma anche una concreta indipendenza.

<sup>39</sup> Klaas c. Germania, n. 15473/89, Corte Edu 1993, § 30.

<sup>40</sup> Nel caso Labita c. Italia, cit., § 125, la Corte riconosce, infatti, che potrebbe risultare difficile per i detenuti ottenere prove dei maltrattamenti subiti da parte delle loro guardie. Ciononostante, questa ritiene non raggiunta una *decisive evidence*, e pertanto ritiene non violato l'art. 3 nel suo contenuto negativo.

Proprio queste sono, infatti, le perplessità espresse nella *dissenting opinion* alla sentenza Labita<sup>41</sup>, ove si riconosce come il detenuto, soprattutto qualora sia stato minacciato di ritorsioni in caso di denuncia, non possa in alcun modo soddisfare l'onere della prova richiesto, giacché emergerebbe una evidente contraddizione nella sentenza laddove, da un lato, vengono riconosciute queste evidenti difficoltà probatorie, e ciononostante vengono giudicate insufficienti le numerose inferenze fornite.

Del resto, il criterio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” è utilizzato, di norma, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale di un soggetto imputato di un reato. E invece, compito della Corte Edu non è quello di condannare i privati autori di reati. Al contrario, la sua funzione è quella di sanzionare le violazioni dei diritti umani commesse dagli Stati contraenti, eventualmente accordando un'equa soddisfazione alle vittime<sup>42</sup>. Sicché andrebbe applicato, in questi casi, uno *standard* probatorio differente, compatibile con soglie più aderenti al canone del “più probabile che non”, piuttosto che con quello dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”<sup>43</sup>.

E' vero che, al riguardo, la Corte Edu, a partire dai casi Tomasi<sup>44</sup> e Selmouni<sup>45</sup>, ha temperato il rigore di tale regime probatorio, prevedendo una presunzione di responsabilità dello Stato a condizione che il ricorrente si trovi in stato di detenzione e le autorità nazionali non siano state in grado di fornire una spie-

---

<sup>41</sup> *Joint partly dissenting opinion* al caso Labita c. Italia, dei giudici Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnica, Butkevych, Casadevall e Zupancic, §1, ove viene affermato che «We are accordingly of the view that the standard used for assessing the evidence in this case is inadequate, possibly illogical and even unworkable since, in the absence of an effective investigation, the applicant was prevented from obtaining evidence and the authorities even failed to identify the warders allegedly responsible for the ill-treatment complained of».

<sup>42</sup> *Ibidem*, §1.

<sup>43</sup> Sembra che la Corte Edu, come ricordato esemplificativamente nel caso Blokhin c. Russia, n. 47152/06, Corte Edu [GC] 2016, § 139, abbia riconosciuto come non fosse propria intenzione quella di “prendere in prestito” l'approccio che usano i singoli Stati nell'uso dello *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, e, proprio perché la propria funzione non consiste nell'accertamento della responsabilità penale, non ci sarebbero barriere procedurali all'ammissibilità di prove o di formule differenti. La Corte afferma, poi, che la stessa distribuzione dell'onere della prova è intrinsecamente connesso alla specificità dei fatti, la natura delle allegazioni di diritto convenzionale in gioco. Nonostante queste rilevantissime affermazioni di principio, come dimostrato dal caso Labita, non sempre la Corte ha consentito un riparto dell'onere probatorio basato sul criterio della vicinanza della prova.

<sup>44</sup> Tomasi c. Francia, n. 12850/87, Corte Edu 1992, § 109.

<sup>45</sup> Selmouni c. Francia, n. 25803/94, Corte Edu 1999, § 87.



gazione alternativa o una ragione giustificatrice dei maltrattamenti<sup>46</sup>; tuttavia questo metodo, introdotto molto prima della sentenza sul caso Labita, non è stato applicato al ricorrente in questione, nonostante, ad avviso dei giudici dissenzienti, il Governo italiano non fosse stato in grado di fornire spiegazioni alternative e le prove addotte fossero comunque sufficienti ad integrare presunzioni gravi precise e concordanti.

E in effetti, questo *standard* probatorio più severo, nonostante i dubbi manifestati e nonostante la Corte si fosse resa già disponibile ad applicare criteri più elastici, ha continuato a trovare applicazione anche successivamente nei confronti dei detenuti al 41-*bis*<sup>47</sup>.

Sarebbe opportuno, pertanto, estendere i principi elaborati nelle sentenze Tomasi e Selmouni a tutte le ipotesi in cui il ricorrente si trovi in condizione *latu sensu* di detenzione. Lo *status* detentivo, infatti, implica inevitabili difficoltà probatorie, sicché, a fronte di elementi denotanti la verosimiglianza delle allegazioni di *mistreatments*, si pone l'esigenza di sollevare i ricorrenti da un onere della prova eccessivamente rigoroso, inadatto al tipo di accertamento e di pronuncia, e soprattutto difficilmente realizzabile.

In assenza di giustificazioni alternative al peggioramento delle condizioni di salute del detenuto, sorgono serie presunzioni che il maltrattamento sia stato inflitto durante la detenzione. Se si considera, inoltre, che vi sono alcune forme di tortura e di trattamento inumano e/o degradante che non lasciano segno alcuno (come offese ripetute, tortura c.d. *no touch*, ecc.), è evidente che l'onere della prova debba essere addossato in capo allo Stato, con la conseguente possibilità di riconoscere anche in tali casi una violazione dell'art. 3 nella sua accezione sostanziale e non meramente procedurale.

---

<sup>46</sup> F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, cit., p. 68.

<sup>47</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, p. 200. In ambito giurisprudenziale, cfr., Indelicato c. Italia, n. 31143/96, Corte Edu 2001, in *Corr. giur.*, 2002, p. 672 ss.; Enea c. Italia, cit., §55; Provenzano c. Italia, n. 55080/13, Corte Edu 2018, § 130.

## 2.2. L'applicazione prolungata del regime detentivo speciale.

Preso atto che il 41-*bis* non va considerato, in quanto tale, un trattamento inumano o degradante, è opportuno verificare se sussistono fattori che, affiancandosi alle condizioni di parziale isolamento, possano in qualche modo aggravare ulteriormente la severità del regime e, dunque, porre in maniera più pressante un problema di compatibilità con l'art. 3 CEDU.

Si è già osservato come un trattamento, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3, deve raggiungere una soglia minima di gravità, da valutarsi però in modo relativo, dipendendo essa dall'insieme degli elementi del caso concreto, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali, e, a volte, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute del detenuto<sup>48</sup>.

Tra questi elementi, è sicuramente il fattore tempo quello che può incidere maggiormente sulla legittimità del 41-*bis*, essendo esso capace di trasformare un regime detentivo da legittimo a illegittimo<sup>49</sup>. Pur essendo sempre stato considerato una forma di isolamento non assoluto<sup>50</sup>, la Corte ha sovente osservato come anche regimi di isolamento relativo, se applicati per lunghi periodi, possano equivalere in termini di disvalore alla prima<sup>51</sup>. In particolare, si è detto che il c.d. *solitary confinement*<sup>52</sup>, in assenza di una adeguata stimolazione fisica e mentale provoca verosimilmente, nel lungo termine, effetti dannosi destinati a concretizzarsi in un deterioramento delle facoltà mentali e delle capacità di relazione del prigioniero<sup>53</sup>.

La Corte, nel pronunciarsi sulla questione, ha sempre riconosciuto, in linea generale, che l'applicazione prolungata di alcune restrizioni può porre un detenuto in una situazione che potrebbe costituire un trattamento inumano o

---

<sup>48</sup> Labita c. Italia, cit., § 120; Price c. Regno Unito, n. 33394/96, Corte Edu 2001, § 24; Mouisel c. Francia, n. 67263/01, Corte Edu 2002, § 37; Gennadi Naoumenko c. Ucraina, n. 42023/98, Corte Edu 2004, § 108.

<sup>49</sup> Sull'incidenza del fattore tempo sul regime *ex art.* 41-*bis*, cfr., A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 328 ss.

<sup>50</sup> Indelicato c. Italia, cit.; Ercolano c. Italia, n. 9870/04, Corte Edu 2008, § 2.

<sup>51</sup> Argenti c. Italia, n. 56317/00, Corte Edu 2005, § 21.

<sup>52</sup> Con l'espressione *solitary confinement* si intendono tutte quelle forme di detenzione, ivi compreso il 41-*bis*, che si caratterizzano per l'assenza di contatti significativi con altri detenuti.

<sup>53</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 206. In giurisprudenza, cfr. B c. Bulgaria, Corte Edu 2004, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 650.

degradante. Tuttavia, ha ammesso di non poter individuare *a priori* una durata precisa per determinare il momento a partire dal quale possa considerarsi raggiunta la soglia minima di gravità per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU<sup>54</sup>. Al contrario, l'applicazione prolungata del regime deve essere esaminata alla luce delle circostanze del caso concreto<sup>55</sup>, e in particolare accertando che il rinnovo e la proroga delle restrizioni siano fondate, che non costituiscano cioè mera reiterazione di limitazioni non più giustificabili nel merito<sup>56</sup>.

La Corte Edu, nonostante queste affermazioni di principio, ha sempre e sistematicamente ritenuto insussistente la violazione dell'art. 3 CEDU per effetto dell'applicazione prolungata del 41-bis<sup>57</sup>, anche nei casi di applicazione del regime per oltre dodici anni (come nel caso Gallico), e ciò sulla base di due motivazioni utilizzate in modo tanto alternativo quanto cumulativo<sup>58</sup>: 1) l'applicazione prolungata delle restrizioni appariva giustificata alla luce delle esigenze di prevenzione connesse al caso di specie<sup>59</sup>; 2) si riteneva non raggiunta la prova che l'applicazione prolungata del regime avesse provocato sul ricorrente effetti fisici o psicologici che rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU<sup>60</sup>.

Ecco che all'affermazione di principio secondo cui forme di isolamento relativo possono dar luogo, dopo un certo numero di anni, a un trattamento inumano e degradante, è sempre conseguito il riconoscimento dell'insussistenza, nel caso concreto, di una violazione dell'art. 3 CEDU.

Va osservato, tuttavia, che almeno in un caso la Corte Edu ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 per effetto di un'applicazione prolungata di un regime detentivo di rigore. Si fa riferimento al caso Öcalan<sup>61</sup>, ove i giudici di Strasburgo

---

<sup>54</sup> Gallico c. Italia, n. 53723, Corte Edu 2005, §§ 20-23; Campisi c. Italia, n. 24358/02, Corte Edu 2006, §§ 37-41.

<sup>55</sup> Enea c. Italia, cit., § 50.

<sup>56</sup> Argenti c. Italia, cit., § 21; Ascitutto c. Italia, n. 35795/02, Corte Edu 2007, § 28; Paolello c. Italia, n. 37648/02, Corte Edu 2015, § 27.

<sup>57</sup> Circostanza confermata da P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1191, la quale riferisce che il regime detentivo è uscito pressoché indenne dal vaglio della Corte rispetto a tale profilo.

<sup>58</sup> Per un utilizzo cumulativo delle argomentazioni *de quibus*, cfr., Paolello c. Italia, cit. §§ 27-28.

<sup>59</sup> Cfr., Enea c. Italia, cit., § 51.

<sup>60</sup> Gallico c. Italia, cit. §§ 20-23; Campisi c. Italia, cit., §§ 37-41; Bagarella c. Italia, n. 15625/04, Corte Edu 2008, § 31.

<sup>61</sup> Öcalan c. Turchia, n. 24069/03 et al., Corte Edu 2014.

hanno condannato lo Stato turco per aver sottoposto il ricorrente a un isolamento quasi assoluto per circa dieci anni. E' vero che si trattava di un regime più duro rispetto a quello conseguente all'applicazione del 41-*bis*, dal momento che il ricorrente era stato recluso da solo nell'istituto penitenziario dell'isola di Imrali — luogo difficilmente accessibile da parte dei familiari e dello stesso difensore visti gli scarsi collegamenti con la terraferma —; tuttavia, v'è da chiedersi se un regime meno rigoroso, applicato per un periodo molto più lungo, possa essere considerato parimenti un trattamento inumano e degradante<sup>62</sup>. Si pensi al caso del mafioso Leoluca Bagarella, sottoposto al 41-*bis* a partire dal 10 luglio 1995, nei cui confronti la Corte Edu, nel 2008, non aveva riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU per l'applicazione prolungata del regime. Appare ragionevole domandarsi, adesso, se dopo venticinque anni di reclusione a regime differenziato, non possa rinvenirsi un trattamento inumano e degradante, stante quanto affermato nella sentenza Öcalan.

### **2.2.1. Qualche riflessione sulla durata prolungata del 41-*bis*.**

La giurisprudenza costante e sempre uguale a se stessa della Corte Edu relativa al profilo dell'applicazione prolungata del 41-*bis* ord. pen., manifesta una certa cautela dei giudici di Strasburgo, i quali non sembrano scostarsi da mere, seppur spesso comprensibili, affermazioni di principio<sup>63</sup>.

Tuttavia, mediante il confronto tra la giurisprudenza secondo cui un regime di isolamento, anche se relativo, può provocare effetti distorsivi sulla salute e sulla personalità del detenuto analoghi a quelli conseguenti a forme di isolamento assoluto, con la giurisprudenza relativa al caso Öcalan, da cui si desume che regimi di detenzione più rigorosi del 41-*bis*, se applicati per dieci anni sono contrari all'art. 3 CEDU, se ne desume che anche il 41-*bis*, se applicato per perio-

---

<sup>62</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 334, si domanda se l'applicazione del 41-*bis* per dieci o vent'anni possa produrre effetti analoghi a forme di isolamento assoluto di minore durata.

<sup>63</sup> Anche secondo, C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 206, i giudici europei sono molto restii ad ammettere, sebbene sotto un profilo più generale, la sussistenza di un trattamento inumano o quantomeno degradante basato soltanto sulla durezza e sulla particolare afflittività del trattamento carcerario.

di lunghissimi, come nel caso Bagarella, è ragionevolmente considerabile trattamento inumano e degradante.

A tal fine, però, sarebbe opportuno che la Corte rivedesse i principali argomenti, già accennati, grazie ai quali ha potuto dichiarare sempre insussistente una violazione dell'art. 3: si tratta della persistenza delle esigenze di prevenzione connesse alla misura nonostante il decorso di lunghi periodi di incarcerazione e del mancato riscontro di deterioramenti fisici o psichici sul detenuto.

Dalla prima motivazione può dedursi *a contrario* che, se non sussistono nel caso concreto i presupposti per disporre il rinnovo del provvedimento di sottoposizione al 41-*bis*, ne dovrebbe conseguire una automatica violazione dell'art. 3 CEDU, dal momento che la sua applicazione non sarebbe più sorretta da adeguate ragioni giustificative e sarebbe, dunque, connotata da un carattere puramente affittivo. Sembra una conclusione abbastanza scontata, se non fosse che la Corte, lungi dall'esporsi a un giudizio autonomo e approfondito sulla sussistenza o meno delle ragioni che consentono la prosecuzione del regime carcerario speciale, si limita a richiamare sovente in modo apodittico le ragioni addotte dal Ministro della Giustizia in sede di provvedimento di proroga<sup>64</sup>. Poiché un'applicazione prolungata del 41-*bis* è certamente suscettibile di incidere in modo serio sullo stato fisico e psicologico del detenuto al punto da poter configurare un trattamento contrario all'art. 3, si ritiene opportuno un vaglio più approfondito e soprattutto autonomo da parte della Corte, a maggior ragione ove si consideri la prassi diffusa di provvedimenti di proroga disposti in automatico sulla base di motivazioni stereotipate.

E in effetti, sembra che la giurisprudenza della Corte Edu stia progressivamente manifestando una maggiore sensibilità alla questione. Va ricordato, in proposito, quanto affermato nella recente sentenza Provenzano<sup>65</sup>, in cui i giudici di Strasburgo, andando oltre quanto fino a quel momento genericamente sostenuto in materia di applicazione prolungata del regime detentivo speciale, hanno ritenu-

---

<sup>64</sup> Cfr. Stolder c. Italia, n. 24418/03, Corte Edu 2009, § 23; Paoletto c. Italia, cit., § 28.

<sup>65</sup> Provenzano c. Italia, cit., § 153.

to necessario verificare se le autorità interne incaricate del compito di decidere sulla proroga dell'applicazione del 41-*bis*, avessero effettuato un vaglio genuino della pericolosità del detenuto, prendendo in considerazione ogni possibile modifica nella situazione del ricorrente che potesse mettere in discussione la persistente necessità di siffatte misure restrittive<sup>66</sup>.

Con riferimento alla seconda motivazione, nell'ancorare il riconoscimento di un trattamento inumano e degradante al riscontro o meno nell'interessato di deterioramenti fisici o psicologici, si rischia di far dipendere eccessivamente la decisione, più che dalle caratteristiche oggettive e concrete del regime, dalla personalità del detenuto. In altri termini, più debole sarà la personalità di questi, e dunque più potenzialmente dannosi saranno per effetto del passare del tempo gli effetti dell'isolamento relativo, più probabile sarà il riconoscimento di una violazione dell'art. 3 CEDU e viceversa. E' vero, al riguardo, che la Corte ha sempre affermato che, nel valutare il superamento della soglia minima di gravità di un trattamento ai fini della sua riconduzione nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, possono essere presi in considerazione anche elementi di tipo soggettivo, come l'età, il sesso e lo stato di salute del detenuto; tuttavia sarebbe opportuno affiancare a essi anche fattori e valutazioni di carattere oggettivo. Non sono mancate, invece, pronunce della Corte in cui sono stati presi in considerazione elementi di tipo esclusivamente soggettivo, facendo così discendere il giudizio sulla umanità del 41-*bis* non dal suo rigore obiettivo, ma solo dai suoi effetti sul detenuto. Si prenda ad esempio il caso Bagarella<sup>67</sup> in cui, con motivazione alquanto stringata e non particolarmente attenta alle circostanze del caso concreto, la Corte si è limitata a sostenere che, essendo stata già ritenuta legittima nei casi Gallico e Campisi una applicazione prolungata del 41-*bis*, ove il regime non aveva cagionato sofferenze o umiliazioni ulteriori rispetto a forme di pena o di trattamento legittimi,

---

<sup>66</sup> Per quanto innovativa e significativa sia questa osservazione, va considerato come essa però concernesse esclusivamente lo stato di salute del detenuto o, più precisamente, l'incidenza del progressivo deterioramento dello stato di salute sul persistere delle ragioni giustificative del regime.

<sup>67</sup> Bagarella c. Italia, cit., § 31.

anche nel caso del Bagarella avrebbero dovuto applicarsi le medesime conclusioni.

In altri termini, l'utilizzo di criteri indefiniti e incerti, pone il rischio di rendere la giurisprudenza della Corte Edu imprevedibile se non, persino, contraddittoria tutte le volte in cui circostanze oggettivamente assimilabili possano dar luogo ad esiti diametralmente opposti a causa della diversa sensibilità dei ricorrenti<sup>68</sup>.

Si consideri, infine, che, sebbene il 41-*bis* sia stato considerato una forma di isolamento relativo in quanto non sono preclusi i contatti con altri soggetti ristretti nel medesimo gruppo di socialità e con gli operatori penitenziari, nei confronti di coloro per i quali deve essere assicurata l'assoluta impossibilità di comunicare con altri detenuti a regime speciale viene disposta la reclusione nelle cc.dd. "aree riservate"<sup>69</sup>, sottosezioni dell'ala relativa ai detenuti al 41-*bis*, ove il gruppo di socialità è circoscritto a due persone soltanto<sup>70</sup>. Queste modalità di restrizione — com'è evidente — sono fonte di un isolamento ancora più rigoroso, quasi assoluto, e inevitabilmente producono effetti negativi sulla psiche del recluso<sup>71</sup>, sicché,

---

<sup>68</sup> Sul rischio di *inconsistency* della giurisprudenza della Corte Edu quale conseguenza diretta dell'eccessiva soggettivizzazione del processo, in specifico riferimento all'art. 3, cfr., M. K. ADDO - N. GRIEF, *Does art. 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?*, cit., p. 518.

<sup>69</sup> Le "aree riservate" sono sezioni destinate alle figure ritenute apicali dell'organizzazione criminale di appartenenza. Si tratta di quattordici aree distribuite in sette istituti. Secondo il Garante dei diritti dei detenuti, come evidenziato nel suo Rapporto tematico sul 41-*bis* del 7 gennaio 2019, in questi settori verrebbe applicato un regime detentivo di maggiore rigore rispetto a quello derivante dall'applicazione ordinaria del 41-*bis*, in quanto risultante in forme di quasi sostanziale isolamento della persona detenuta. Per evitare, dunque, situazioni di isolamento totale, viene spesso affiancata al soggetto un'altra persona, con funzione di compagnia. Ciò però si risolve nell'applicazione, nei confronti di quest'ultimo, di misure alquanto restrittive in assenza di specifiche esigenze preventive, sicché il regime particolare risulterebbe del tutto ingiustificato nei confronti del "compagno". Il Garante pertanto raccomanda che si ponga fine alla previsione di apposite sezioni di "area riservata" all'interno degli istituti che ospitano sezioni di regime speciale di cui all'articolo 41-*bis*.

<sup>70</sup> Addirittura, nel carcere di Milano Opera, si riscontra la presenza di un detenuto collocato da solo nell'"area riservata rossa". Si tratta, in ogni caso, di una situazione derivante da una richiesta spontanea del recluso, che ciononostante manifesta il pericolo di forme di isolamento quasi assolute.

<sup>71</sup> Alla luce delle superiori osservazioni, il Comitato di Prevenzione della Tortura, nel rapporto conseguente alla visita *ad hoc* fatta in Italia dal 12 al 22 Marzo 2019, ha raccomandato che la collocazione di qualsiasi prigioniero in un'area riservata debba essere limitata nel tempo e soggetta a revisioni mensili. Inoltre, ad avviso del CPT, la sottoposizione in un'area riservata dovrebbe essere suscettibile di impugnazione dinnanzi alla magistratura di sorveglianza. Il Governo Italiano ha risposto a questa raccomandazione osservando come l'assegnazione a un'area riservata non implicherebbe una condizione di isolamento dal momento che il soggetto può svolgere attività in comune con altri detenuti e non sono precluse nei suoi confronti misure trattamentali.

in questi casi, molto più elevato è il rischio di pervenire, dopo lunghi periodi di tempo, a una violazione dell'art. 3 CEDU. E' opportuno, pertanto, non solo circoscrivere il più possibile, sotto il profilo della durata, la collocazione dei detenuti in tali sezioni, ma soprattutto pretendere dalla Corte Edu, ove chiamata ad esprimersi sull'umanità del trattamento di un detenuto speciale ristretto in un'area riservata, un giudizio ben più rigoroso rispetto ai casi di reclusione semplice al 41-bis<sup>72</sup>.

### **2.3. L'incidenza delle condizioni di salute sull'umanità del trattamento.**

Il diritto alla salute non trova nella CEDU espressa menzione<sup>73</sup>. Esso tuttavia riceve una tutela *par ricochet* in caso di lesione o messa in pericolo di diritti diversi tutelati dalla Convenzione e ad esso connessi<sup>74</sup>. In questo contesto, è proprio l'art. 3 CEDU, oltre agli artt. 2 e 8, a offrire la principale fonte di copertura di questo diritto sociale, la cui portata è stata progressivamente ampliata grazie a una interpretazione costruttiva<sup>75</sup>. Attraverso l'intermediazione dell'art. 3, infatti, la Corte Edu ha potuto affermare, nel contesto della detenzione, come il rispetto della dignità umana del detenuto passi necessariamente attraverso la tutela del suo benessere psico-fisico<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> La necessità di giudizio più rigoroso da parte della Corte Edu sull'umanità del trattamento penitenziario di un detenuto ristretto in un'area riservata deriva, vieppiù, dall'eliminazione, per effetto della riforma del 2002, del giudizio di congruità sulle singole misure conseguenti all'applicazione del 41-bis. Infatti, come per le misure tipiche, anche per la collocazione nelle "aree riservate" — che rientra tra le misure atipiche di tipo logistico adottabili ai sensi del comma 2-*quater*, lett. f), secondo periodo — non è previsto alcun rimedio impugnatorio che ne possa determinare la revoca.

<sup>73</sup> F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 gennaio 2017, p. 2, ricorda come questa mancanza si spieghi tramite l'estraneità del sistema CEDU ai diritti sociali, che hanno trovato maggiore attenzione e garanzia in trattati distinti rispetto a quelli posti a tutela dei diritti cc.dd. di prima generazione. Ad avviso dell'A., una delle ragioni principali di questa marginalizzazione è da ricondurre alle particolari cautele con cui gli Stati assumono obblighi internazionali capaci di tradursi in impegni economico-finanziari, soprattutto in presenza di sistemi di controllo giurisdizionale del rispetto dei suddetti obblighi.

<sup>74</sup> A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*. *Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 222.

<sup>75</sup> D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, pp. 157 s. Sull'evoluzione della giurisprudenza CEDU in tema di diritti sociali, cfr. A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, pp. 9 ss.

<sup>76</sup> G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 21 marzo 2019, pp. 4 s.



Se il divieto di trattamenti inumani e degradanti impone che il detenuto non venga sottoposto a uno svilimento o a una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione, ciò presuppone, implicitamente, che sia assicurata la sua salute mediante la somministrazione delle cure mediche richieste<sup>77</sup>. Viceversa, la mancanza di trattamenti sanitari adeguati, così come la detenzione di una persona malata, possono per principio ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 3<sup>78</sup>.

Ecco perché le modalità di detenzione di una persona malata devono essere compatibili con le sue condizioni di salute, tenuto sempre conto delle contingenti esigenze di carcerazione. Se da ciò non può conseguire, da un lato, l'obbligo di rimettere il recluso in libertà o di trasferirlo in un ospedale civile, anche se questi dovesse soffrire di una malattia particolarmente grave<sup>79</sup>, l'art. 3 impone comunque allo Stato di proteggere l'integrità fisica delle persone private della libertà<sup>80</sup>.

La Corte Edu appresta, dunque, pur non occupandosi per natura di diritti sociali<sup>81</sup>, una certa tutela al diritto alla salute dei detenuti, da scomporre secondo le seguenti due diverse accezioni: a) garanzia di cure mediche adeguate e tempestive; b) compatibilità dello stato detentivo con lo stato di salute del detenuto<sup>82</sup>.

Con riferimento al primo profilo, certamente quello più rilevante in quanto attinente a uno specifico obbligo positivo dello Stato, la Corte ha sovente dichiarato la violazione dell'art. 3 in tutti quei casi di omessa adozione, da parte delle autorità penitenziarie, di adeguati trattamenti sanitari a fronte del sorgere di una grave malattia o dell'aggravarsi delle condizioni di salute del detenuto<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Kudla c. Polonia, cit., § 94.

<sup>78</sup> Enea c. Italia, n. 74912/01, Corte Edu [GC] 2009, § 57 Ilhan c. Turchia, n. 22277/93, Corte Edu [GC] 2000, § 87.

<sup>79</sup> Mousiel c. Francia, n. 67263/01, Corte Edu 2002, § 40.

<sup>80</sup> Enea c. Italia, cit., § 58

<sup>81</sup> I diritti sociali trovano riconoscimento in un altro Trattato emanato in seno al Consiglio d'Europa, ossia la Carta Sociale Europea, adottata a Torino nel 1961 e revisionata a Strasburgo nel 1996.

<sup>82</sup> F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, cit., pp. 74 ss.

<sup>83</sup> Cfr., Rahimi c. Grecia, n. 8687/08, Corte Edu 2011; Serifis c. Grecia, n. 27695/03, Corte Edu, 2006; Testa c. Croazia, n. 20877/04, Corte Edu 2007; Poghosyan c. Georgia, n. 9870/07, Corte Edu 2009; V. D. c. Romania, n. 7078/02, Corte Edu 2010.

In particolare, la Corte ha individuato tre obbligazioni specifiche che devono essere assolte dallo Stato: a) verificare che il detenuto sia in condizioni di salute tali da poter scontare la pena; b) somministrare a questi le cure mediche necessarie; c) adattare, ove richiesto, le condizioni generali di detenzione al suo particolare stato di salute<sup>84</sup>.

Va detto, però, che sul punto non si registrano rilevanti pronunce di condanna contro l'Italia e va riconosciuto che, rispetto ai detenuti che si trovino in regime speciale, lo Stato italiano abbia sempre apprestato le opportune e necessarie cure mediche in caso di aggravamento dello stato di salute dell'interessato<sup>85</sup>, soprattutto se si considera che, nell'opinione della Corte Edu, lo *standard* di adeguatezza di un trattamento sanitario nei confronti di un soggetto recluso non deve corrispondere allo stesso livello di cure garantito dai migliori istituti clinici esterni all'ambiente carcerario<sup>86</sup>, purché sia sempre compatibile con la sua dignità<sup>87</sup>.

Più problematico, invece, il secondo profilo relativo alla compatibilità della detenzione con lo stato di benessere del detenuto in quanto suscettivo di diverse soluzioni a seconda del regime detentivo applicato e del livello di pericolosità dell'interessato.

Infatti, se la detenzione in condizioni di salute gravemente compromesse può dare — e ha dato, di norma — luogo ad una violazione dell'art. 3 CEDU, l'esito del giudizio muta nei confronti di detenuti particolarmente pericolosi, nei confronti dei quali la Corte Edu si manifesta molto più cauta<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere*, cit., p. 23. Nella giurisprudenza della Corte Edu, cfr. *Xiros c. Grecia*, n. 1033/07, Corte Edu 2010, § 73.

<sup>85</sup> Nel noto caso *Enea c. Italia*, ad esempio, il ricorrente, detenuto al 41-*bis* prima e nella sezione ad Elevato Indice di Vigilanza (EIV) poi, durante la carcerazione ha potuto fruire dei più opportuni trattamenti terapeutici, ivi compreso un intervento per l'asportazione di un rene nel 2007, un altro non meglio precisato intervento nel 2008, per l'esecuzione del quale fu disposta la scarcerazione del detenuto, nonché un altro intervento per l'asportazione di un meningioma sempre nel 2008 per l'esecuzione del quale aveva fruito della detenzione domiciliare per mesi sei.

<sup>86</sup> *Kozhokar c. Russia*, n. 33099/08, Corte Edu 2010, §§106-107.

<sup>87</sup> Allo stesso modo, la Corte non ritiene assolto l'obbligo di fornire cure adeguate sulla base del mero fatto che il detenuto sia stato visto da un medico e abbia ricevuto una determinata prescrizione medica. Cfr. sul punto, *Hummatov c. Azerbaijan*, n. 9852/03, Corte Edu 2007, § 116.

<sup>88</sup> F. CASSIBBA - A. COLELLA, *Art. 3 cit.*, pp.76 s.

Quanto affermato può trovare conferma dall'esame della giurisprudenza della Corte Edu. Nel caso Cara-Damiani<sup>89</sup> i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che mantenere in carcere una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata, in condizioni inadeguate al suo stato di salute, costituisse un trattamento degradante. A opposta soluzione è pervenuta, invece, nel caso Enea, anch'egli obbligato ad una sedia a rotelle dopo aver subito, tra l'altro, l'asportazione di un rene e di uno di due meningiomi. In questo caso la Corte ha ritenuto che le restrizioni imposte al ricorrente in seguito all'applicazione del regime speciale di detenzione fossero necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale alla quale apparteneva<sup>90</sup>.

E' solo con il caso Provenzano, però, che la Corte Edu dichiara la violazione dell'art. 3 CEDU per lesione del diritto alla salute del detenuto<sup>91</sup>, stante la prolungata reclusione del ricorrente affetto da una pluralità di patologie gravi al regime 41-bis<sup>92</sup>. Lungi dal costituire una sentenza scandalosa per l'opinione pub-

---

<sup>89</sup> Cara-Damiani c. Italia, n. 2447/05, Corte Edu 2012, § 72.

<sup>90</sup> Enea c. Italia cit., § 51.

<sup>91</sup> Secondo D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, a cura di A. MASSARO, Roma, 2017, p. 171, la sentenza Provenzano rappresenta uno dei casi «più significativi e rappresentativi della complessità della tutela del diritto alla salute nei riguardi dei detenuti internati nelle sezioni di rigore».

<sup>92</sup> Le ormai compromesse condizioni di salute del Provenzano avevano indotto la difesa a formulare due istanze di sospensione dell'esecuzione della pena sia *ex art.* 146 che *ex art.* 147 c.p. La richiesta di rinvio obbligatorio veniva rigettata perché non veniva riscontrato ancora uno stato di avanzamento della malattia tale da precludere al detenuto di fruire ancora dei trattamenti disponibili in carcere; rispetto all'istanza di rinvio facoltativo, il rigetto veniva motivato in ragione della possibilità per il detenuto di poter fruire di adeguati trattamenti sanitari anche in carcere. Sul punto, cfr., G. ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 ottobre 2018, p. 1. Le conclusioni adottate in tema di rinvio facoltativo non risultano però coerenti con la più recente giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione, pronunciandosi su un ricorso formulato dal noto mafioso Salvatore Riina, ha affermato che il rigetto dell'istanza di differimento della pena solo in ragione della trattabilità delle patologie del detenuto anche in ambiente carcerario rappresenti una prospettiva di valutazione solo parziale, dovendo il Tribunale di sorveglianza considerare, altresì, il complessivo stato morboso del detenuto e le sue generali condizioni di scadimento fisico. Infatti, affinché la pena non si risolva in un trattamento inumano e degradante, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare, non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria. Cfr., Cass. pen. Sez. I, 5 giugno 2017, n. 27766, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1030.

blica<sup>93</sup>, essa, per i motivi che si vedranno, non presenta caratteri di innovazione né appare particolarmente “pesante” per lo Stato italiano, essendo stata la condanna chirurgicamente circoscritta a una singola violazione procedurale.

La Corte infatti, dopo aver escluso all’unanimità la violazione dell’art. 3 CEDU sotto il profilo della mancata predisposizione di cure adeguate in carcere<sup>94</sup>, ne ha riscontrato una lesione, invece, per effetto della reiterazione del regime in assenza di adeguata motivazione sullo stato di salute attuale del ricorrente<sup>95</sup>.

La Corte prende in considerazione, nello specifico, due decreti di proroga: quello disposto nel marzo 2014 e quello del marzo 2016. Con riferimento al primo, nonostante la formulazione di seri dubbi sul livello di attenzione prestato al deterioramento cognitivo del ricorrente ai fini del giudizio di rinnovo, i giudici di Strasburgo ritengono insussistente la censura in quanto il Tribunale di Sorveglianza di Roma, in sede di reclamo, aveva confermato la misura, stante l’impossibilità di escludere con assoluta certezza la possibilità che il ricorrente, nonostante l’evidente peggioramento delle proprie condizioni, potesse inviare messaggi rilevanti all’organizzazione criminale di riferimento<sup>96</sup>.

Rispetto al decreto di proroga del 2016, invece, la Corte afferma la violazione dell’art. 3 CEDU, per non avere rinvenuto ivi alcuna traccia di un esplicito e autonomo giudizio da parte del Ministro della giustizia sulla situazione cognitiva dell’interessato, elemento che avrebbe viceversa dovuto essere preso in considerazione per il rinnovo del 41-*bis*<sup>97</sup>.

La violazione dichiarata dalla Corte Edu è dunque circoscritta alla mancanza di motivazione sulla persistente adeguatezza delle misure restrittive in questione con lo stato di salute del ricorrente del solo decreto di rinnovo del marzo 2016, e consiste nella mancata dimostrazione, all’interno del provvedimento, che

---

<sup>93</sup> G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, cit., p. 1, afferma, al riguardo, come la sentenza in questione si collochi in continuità rispetto alle sentenze già emesse in materia di carcere duro, non rappresentando, pertanto, una vera e propria evoluzione della giurisprudenza convenzionale.

<sup>94</sup> Provenzano c. Italia, cit., § 141.

<sup>95</sup> *Ibidem*, § 158.

<sup>96</sup> *Ibidem*, § 154.

<sup>97</sup> *Ibidem*, § 158.

il ricorrente, nonostante il deterioramento psico-fisico, sarebbe stato in grado di comunicare con l'associazione qualora collocato al di fuori del 41-*bis*<sup>98</sup>.

Una pronuncia, dunque, perfettamente in linea con la giurisprudenza antecedente, che però rileva dal punto di vista simbolico, avendo essa comunque assestato un duro colpo alla severità del 41-*bis* nonostante la indubbia e incontestata pericolosità sociale del ricorrente; elemento, quest'ultimo, che consente spesso alla Corte di trincerarsi dietro esigenze di ordine e sicurezza pubblici per ritenere proporzionata ogni misura limitativa di diritti e libertà e insussistente una violazione *ex art. 3 CEDU*.

Ma la pronuncia rileva anche per alcune affermazioni della Corte che tradiscono serie perplessità soprattutto sul modo in cui viene applicato il regime detentivo speciale e che inevitabilmente gettano più di un'ombra sullo stesso: saltano all'occhio, ad esempio, le espressioni con cui viene criticata la carenza di approfondimento dei decreti di proroga<sup>99</sup> o sulla inappropriata gestione di alcuni episodi penitenziari.

Il rilievo, anche mediatico, del caso, merita dunque la formulazione di alcune brevi considerazioni, di cui una circoscritta al caso di specie, e un'altra di carattere generale.

In primo luogo, non si condividono le conclusioni della Corte Edu con riferimento alla questione del mancato equipaggiamento della cella detentiva del ricorrente con un letto fornito di sbarre che potessero impedire le frequenti cadute del Provenzano, l'ultima delle quali ha persino reso necessario un intervento chirurgico d'urgenza<sup>100</sup>. Secondo la Corte, tale situazione non avrebbe raggiunto quel grado di gravità necessario per poter ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 3<sup>101</sup>. Tuttavia, si è detto come la giurisprudenza CEDU, tra gli obblighi di tutela della salute dei reclusi imposti allo Stato, riconosce quello di adattare le

---

<sup>98</sup> G. ALBERTI, *Caso Provenzano*, cit., p. 3.

<sup>99</sup> CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy from 8 to 21 April 2016, CPT/Inf (2017)n23, Strasbourg, 8 September 2017, § 52.

<sup>100</sup> Vd. anche, M. S. MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, p. 7.

<sup>101</sup> Provenzano c. Italia, cit., § 136.

condizioni di detenzione allo stato di salute della persona<sup>102</sup>. Posto che tale obbligo va inteso nel senso del dovere di adottare misure speciali per consentire ai detenuti affetti da significative disabilità fisiche di soddisfare le proprie esigenze personali quotidiane in modo conforme al rispetto della dignità umana<sup>103</sup> (ivi compreso, dunque, il riposo), si ritiene che il caso di specie fosse sufficientemente grave da potere essere considerato lesivo dell'art. 3. A fronte, infatti, di un precedente episodio e di una perizia medica che aveva espressamente fissato specifiche misure di prevenzione delle cadute del detenuto, il dovere di cure adeguate e tempestive avrebbe richiesto che le autorità penitenziarie adottassero tutti i necessari accorgimenti per impedire episodi certamente degradanti come quello in esame, tenuto anche conto delle gravi conseguenze terapeutiche occorse nel caso di specie.

In secondo luogo, la questione dello stato di salute del detenuto si intreccia inevitabilmente con le ragioni giustificatrici del regime di rigore. Essendo funzione e *ratio* del 41-*bis* quella di recidere i possibili contatti con il contesto criminale di provenienza, non si può non prendere atto di come malattie che influiscono proprio sulle capacità comunicative e cognitive del detenuto, siano *ex se* incompatibili con il regime in questione. Che ragione avrebbe imporre restrizioni che hanno lo scopo di limitare le occasioni di contatto con l'esterno se il detenuto non è capace di comunicare e spesso anche di ragionare a causa di decorsi particolarmente invalidanti?<sup>104</sup>

E questo è il dubbio che sorge proprio con riferimento a Bernardo Provenzano il quale, a causa delle diverse patologie di cui era affetto, era andato incontro a un progressivo decadimento delle sue condizioni cognitive. L'eloquio

---

<sup>102</sup> F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere*, cit., p. 23.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>104</sup> Il Garante nazionale dei diritti dei detenuti, nel suo Rapporto tematico sul regime detentivo speciale del 7 gennaio 2019, ha sollevato un problema analogo, chiedendo che si aprisse un confronto sulla necessità o meno di continuare ad applicare un regime di particolare specialità nei confronti di persone che, per patologie gravi, non presentino più quel pericolo di comunicazione con le organizzazioni criminali in virtù del quale il regime speciale è stato imposto. Il Garante esprime timore, infatti, che a volte rischi di divenire prevalente il valore simbolico del regime sulla sua reale funzione preventiva, come nel caso della sua applicazione a soggetti non più in grado di comprendere e interagire.

del Provenzano era descritto dalle relazioni mediche come incomprensibile, era spesso difficile cogliere il suo grado di attenzione, né questi era capace di eseguire compiti elementari a causa della sua totale dipendenza dagli altri<sup>105</sup>.

In presenza di un quadro clinico siffatto, sostenere che il Provenzano fosse in grado di mantenere contatti con il proprio contesto criminale di provenienza, così come evincibile dai decreti di proroga e confermato in sede di reclamo<sup>106</sup>, è affermazione francamente poco comprensibile, che si scontra inevitabilmente con la dignità umana. Sarebbe stato più opportuno che la Corte Edu rinvenisse una violazione dell'art. 3 CEDU pure rispetto al rinnovo del marzo 2014, essendo anche in quel frangente le condizioni di salute del detenuto oggettivamente incompatibili con lo scopo del 41-*bis*.

Ma prima ancora dell'intervento della Corte Edu, avrebbe dovuto essere il Ministro della giustizia, dopo aver attentamente vagliato le condizioni cliniche dell'interessato, a prendere atto dell'incapacità del Provenzano di costituire quello stesso pericolo che certamente rappresentava un tempo, e non procedere al rinnovo nei suoi confronti del 41-*bis*.

### **2.3.1. La tutela della salute dei detenuti al 41-*bis* di fronte all'emergenza Covid-19.**

L'emergenza sanitaria conseguente alla pandemia da Coronavirus diffusasi in tutto il mondo tra la fine del 2019 e il 2020 ha provocato effetti nefasti in ogni settore economico e sociale. Il rischio di contagio si è diffuso anche tra la popolazione carceraria dando luogo a rivolte e tafferugli<sup>107</sup>, eventi che hanno imposto nuove prese di posizione e nuove soluzioni in tema di tutela del diritto alla

---

<sup>105</sup> Provenzano c. Italia, cit., §§ 15 ss.

<sup>106</sup> Altro aspetto connesso concerne i ritardi con cui avviene la verifica giurisdizionale circa la fondatezza dei decreti di proroga. L'aver previsto un meccanismo di controllo *ex post*, e comunque subordinato all'eventuale reclamo dell'interessato, unitamente alle carenze strutturali connaturate al sistema giudiziario italiano, fanno sì che la verifica sulla fondatezza del rinnovo avvenga anche oltre un anno dopo la reiterazione del provvedimento impositivo, con conseguente applicazione di rilevanti limitazioni per lungo tempo senza alcun controllo da parte di un giudice. Al riguardo, Cfr., M. S. MORI, *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia*, cit., p. 13.

<sup>107</sup> Si pensi alla rivolta scoppiata nella Casa Circondariale di Santa Maria Capua Vetere il 6 aprile 2020, quando si venne a sapere che uno dei detenuti era risultato positivo al coronavirus.

salute dei detenuti, soprattutto di quelli al 41-*bis*. Se, in genere, i soggetti più vulnerabili e più esposti a pericolo avrebbero potuto essere sottratti al rischio di contagio in carcere mediante la scarcerazione o la detenzione domiciliare, la stessa soluzione non era facilmente estendibile a coloro che erano soggetti a regime speciale a causa della loro più elevata pericolosità sociale.

Proprio al fine di gestire questa delicata situazione, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ha emanato il 21 marzo 2020 una circolare con cui si invitavano le Direzioni degli istituti penitenziari a comunicare con solerzia all'autorità giudiziaria il nominativo dei ristretti che si trovassero in condizioni di salute tali da correre maggiori rischi in caso di contagio da Covid-19, individuazione da effettuare sulla base di un protocollo *ad hoc* che prevedeva un elenco di patologie e condizioni cui era possibile riconnettere un elevato rischio di complicanze.

Tale contesto emergenziale ha indotto alcuni magistrati di sorveglianza a disporre la scarcerazione di esponenti di spicco della criminalità organizzata di tipo mafioso ristretti al 41-*bis*<sup>108</sup>, circostanza che ha fatto reagire con toni molto accesi la collettività, contraria a questi provvedimenti<sup>109</sup>.

Nonostante le critiche mosse da un'opinione pubblica forcaiola, le pronunce in oggetto sono di particolare pregio, e rilevano nella presente disamina dal momento che si intrecciano in maniera simbiotica con il diritto alla salute dei detenuti e con il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito tanto dalla Costituzione quanto dalla CEDU.

Particolarmente significativa in tal senso è una pronuncia del Tribunale di Sorveglianza di Sassari, con la quale è stato operato un perfetto bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto e tutela della pubblica sicurezza a causa della eleva-

---

<sup>108</sup> Si vedano, Magistrato di sorveglianza di Milano, 20 aprile 2020, in [www.dirittopenaleuomo.it](http://www.dirittopenaleuomo.it), con commento di S. RAFFAELE, *Dal 41-bis ai domiciliari: l'ordinanza "Bonura"*, *ivi*, 29 aprile 2020; Tribunale di sorveglianza di Sassari, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23 aprile 2020.

<sup>109</sup> Cfr., G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 maggio 2020, e gli articoli di intonazione particolarmente allarmistica dallo stesso richiamati.



ta pericolosità sociale del detenuto in questione, ristretto anch'egli al regime differenziato<sup>110</sup>.

Adito sulla base di una istanza di differimento facoltativo della pena ex art. 147, n. 2, c.p., il Tribunale sardo ha proceduto in primo luogo ad accertare le condizioni di salute del detenuto e la praticabilità delle necessarie cure presso ospedali della zona. Appurata la serietà della patologia che affliggeva l'interessato, tale da richiedere un indifferibile *follow-up* diagnostico terapeutico, accertata l'impossibilità di procedervi nell'ospedale ove era stato fino a quel momento curato, essendo stato *medio tempore* convertito in centro Covid-19, e ritenuta l'esistenza di un elevato rischio di contagio nei confronti di un soggetto che rientrava tra le categorie delineate mediante la citata circolare D.A.P.<sup>111</sup>, il Tribunale riteneva necessario, prima di disporre la scarcerazione, procedere a vagliare la pericolosità sociale attuale del detenuto, al fine di compararla con le predette esigenze terapeutiche.

All'esito di tale comparazione, premesso come l'infermità di cui sia eventualmente affetto il detenuto non deve causare a questi sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio al diritto alla salute e all'umanità della pena; considerato che la preclusione di accertamenti o trattamenti terapeutici indifferibili, in presenza di un serio pericolo per la vita, avrebbe esposto il detenuto a una incognita di vita o di morte intollerabile e immeritata per ogni essere umano, lesiva del divieto di cui all'art. 27, co. 3, Cost. e 3 CEDU; considerato altresì che il D.A.P., appositamente sollecitato, non aveva indicato istituti penitenziari alternativi dove poter consentire di fruire degli opportuni trattamenti terapeutici, il Tribunale perveniva all'accoglimento dell'istanza.

---

<sup>110</sup> Per un commento dell'ordinanza, A. DELLA BELLA, *Emergenza Covid e 41-bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1 maggio 2020.

<sup>111</sup> Lo stato di isolamento relativo cui era soggetto il detenuto, tipico del 41-bis, non escludeva in radice, infatti, il rischio di contagio, essendo questi comunque quotidianamente a contatto con il personale civile e penitenziario. Di contrario avviso, in particolare, il Procuratore di Catanzaro, Nicola Gratteri. Si veda, al riguardo, la sua intervista riportata nell'articolo di G. BARBACETTO, *Quelle scarcerazioni scoraggiano i cittadini*, in *Il Fatto Quotidiano*, 13 maggio 2020.

L'esigenza di tenere conto però della pericolosità sociale del detenuto induceva il giudice a disporre, in ogni caso, la detenzione domiciliare, e comunque circoscrivere tale beneficio al termine di mesi cinque.

Emerge evidente la sensibilità del Tribunale di Sassari, in questo caso, alle esigenze primarie del detenuto, bisogni così fondamentali da non poter essere preclusi nemmeno al più pericoloso dei criminali. Ecco che, con precisione chirurgica, viene individuato il perfetto punto di equilibrio tra contrapposti interessi, tra esigenza di tutelare al meglio la salute del detenuto senza, con ciò, pregiudicare la sicurezza pubblica, a fronte di una accertata pericolosità sociale,

seppur grandemente scemata, come affermato nell'ordinanza, per effetto di una lunga carcerazione e di un comportamento processuale e penitenziario positivo<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Per effetto dell'emanazione del d. l. 19 maggio 2020, n. 29, il cui art. 2 ha disposto la necessità di procedere da parte del magistrato o Tribunale di sorveglianza, nei confronti dei detenuti per reati di mafia o terrorismo ammessi alla detenzione domiciliare o al differimento dell'esecuzione della pena per motivi connessi all'emergenza da Covid-19, ad acquisire il parere del Procuratore distrettuale antimafia e anche, in caso di soggetto al 41-*bis*, del Procuratore nazionale antimafia, sulla permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro quindici giorni dall'adozione del provvedimento o, successivamente, con cadenza mensile, il Tribunale di Sassari ha instaurato un nuovo procedimento proprio al fine di verificare il persistere o meno delle esigenze sanitarie del caso. Il Tribunale ha però ritenuto più opportuno sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione, da parte degli artt. 1, 2 e 5 del d.l. 29/2020, degli artt. 3, 13, 25 c. 2, 27 co. 3, 32, 77, 101, 104 e 117 (in relazione agli artt. 3 e 7 CEDU) della Costituzione. Il Tribunale, in punto di rilevanza riteneva che tutti i presupposti oggettivi, soggettivi e temporali si applicassero al caso di specie, sicché la questione di costituzionalità avrebbe dovuto necessariamente essere risolta pregiudizialmente rispetto al merito. In punto di non manifesta infondatezza, i Giudici sardi rinviengono in primo luogo una invasione delle sfere di competenza riservata all'autorità giudiziaria per effetto della previsione di un obbligo di rivalutazione della detenzione domiciliare con una scansione temporale particolarmente serrata e comunque applicabile retroattivamente, e cioè a partire dal 23 febbraio 2020. Infatti, tale obbligo avrebbe sostanzialmente leso la discrezionalità giudiziale nel fissare il termine più adeguato alle esigenze di sicurezza e di tutela della salute del detenuto di durata della detenzione domiciliare in surroga *ex art.* 47, co. 1-*ter*, ord. pen. In particolare i ritmi stringenti precluderebbero lo svolgimento di una adeguata istruttoria, nè consentirebbero di verificare le condizioni di salute dell'interessato, anzi, la normativa in questione non prevederebbe nessun accertamento al riguardo, ma unicamente sulla situazione epidemiologica regionale o sulla disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta ove avrebbe potuto essere proseguita la detenzione senza con ciò determinare l'interruzione delle cure mediche. Ciò determinerebbe, altresì, la violazione del diritto alla salute del detenuto il quale, ad avviso del Tribunale, verrebbe improvvisamente a trovarsi sottoposto a una reiterata e continua verifica della permanenza dei presupposti della misura stessa, una sorta di rivalutazione permanente. In questa situazione di costante sottoposizione a giudizio, secondo i giudici sardi, sarebbe molto difficile garantire la continuità delle cure, nonché la progettazione e la realizzazione di quel percorso diagnostico-terapeutico non effettuabile in ambito intramurario e per il quale il detenuto è stato ammesso alla detenzione domiciliare.

Vi sarebbe stata, infine, una violazione del principio di uguaglianza a causa della previsione di un procedimento di frequente rivalutazione marcatamente teso al ripristino della detenzione carceraria sulla base di una presunzione di pericolosità correlata soltanto al titolo di reato e al regime detentivo applicato, presunzione di pericolosità che, più che determinare una compressione del finalismo rieducativo della pena, dà luogo ad una ipotutela di diritti fondamentali, in quanto preclude un vaglio approfondito ed attuale sulle reali condizioni di salute del detenuto.

Le perplessità sulla legittimità costituzionale della normativa introdotta con d.l. 29/2020, del Tribunale di sorveglianza sardo sono, in effetti, condivisibili. L'art. 2 citato sembra, invero, ancorare il rito *de quo* al mero requisito oggettivo dell'applicazione nei confronti del detenuto della detenzione domiciliare o del differimento dell'esecuzione per generici motivi connessi all'emergenza Covid-19, senza, pertanto, considerare il diverso grado di incidenza sul caso concreto che la situazione epidemiologica ha svolto sull'adozione del beneficio penitenziario. Nel caso in questione, infatti, l'emergenza sanitaria era stata presa in considerazione solo in seconda battuta, quale fattore che impediva, in presenza di uno stato di salute alquanto compromesso, la prosecuzione di trattamenti medici adeguati. Sicché la preclusione di qualsivoglia giudizio e/o istruttoria sull'attuale condizione di salute del detenuto e sull'idoneità delle cure in corso effettivamente sembra ledere la discrezionalità giudiziale, di fatto esautorata in favore dei pareri delle Procure e delle autorità sanitarie regionali, e il diritto alla salute del medesimo.

Per una disamina delle argomentazioni del Tribunale e alcune riflessioni sulla questione, cfr., A. CABIALE, *Un'altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10 giugno 2020.

A causa, tuttavia, del diffondersi di pronunce di medesimo tenore, e della scarcerazione di un consistente numero di detenuti al 41-*bis*, con il fine di arginare questo fenomeno in evidente chiave di populismo penale<sup>113</sup>, è stato emanato il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con cui sono state introdotte alcune modifiche e limitazioni riguardanti la disciplina della detenzione domiciliare e dei permessi<sup>114</sup>.

In caso di istanza di permesso, l'attuale art. 30-*bis* ord. pen. prevede che l'autorità competente (ossia il Magistrato o il Tribunale di sorveglianza) debba, prima di pronunciarsi, chiedere il parere del procuratore distrettuale in caso di detenuti per uno dei reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., o addirittura anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in caso di detenuti sottoposti al 41-*bis*. Il contenuto di questo parere deve riguardare l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e la pericolosità del soggetto.

Discorso analogo vale per l'istanza di detenzione domiciliare c.d. umanitaria o in surroga, *ex* art. 47-*ter*, co. 1-*ter*, ord. pen., la cui applicazione non è più ancorata unicamente alla sola sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 146 e 147 c.p. (ossia l'incompatibilità della malattia con lo stato di detenzione), ma anche alla preventiva richiesta del parere del procuratore distrettuale ovvero del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, a seconda dei casi.

In entrambi i casi sembrerebbe trattarsi di pareri non obbligatori, essendo previsto nelle due ipotesi solo un termine minimo<sup>115</sup> entro il quale l'autorità competente non può pronunciarsi. Tuttavia, la circostanza che solo con riferimento alle ipotesi *ex* art. 47-*ter* ord. pen. sia espressamente prevista la facoltà dell'autorità giudiziaria di pronunciarsi, decorsi i termini, anche in assenza dei pareri

---

<sup>113</sup> G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute*, cit., ricollega alle conseguenze sull'attività legislativa e sull'opinione pubblica delle scarcerazioni in esame, alcune tendenze populiste, che da qualche tempo orientano e inaspriscono la politica penale, sfruttano e canalizzano politicamente pulsioni punitive connesse a sentimenti di paura, frustrazione, rabbia e risentimento diffusi a maggior ragione in periodi di crisi economica soprattutto nei ceti più svantaggiati od emarginati. In generale sul populismo penale, E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 2019, 79 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

<sup>114</sup> Per un'analisi delle novità in materia di ordinamento penitenziario introdotte dal d.l. 28/2020, cfr., C. DE LUCA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento penitenziario: le novità del d.l. n. 28/2020*, 6 maggio 2020, in [www.dirittopenaleuomo.it](http://www.dirittopenaleuomo.it).

<sup>115</sup> I pareri sono resi nel termine, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta.

richiesti, potrebbe indurre a ritenere, in base al brocardo secondo cui la legge *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, che la facoltatività dei suddetti pareri debba essere circoscritta solo al secondo caso, escludendo l'istanza di permesso.

In ogni caso, si tratterà certamente di pareri non vincolanti, alla luce del principio di indipendenza e autonomia del giudice<sup>116</sup>.

La riforma, in realtà, non sembra cogliere nel segno, nel senso che la semplice richiesta di formulazione di un parere — tra l'altro in alcuni casi, come visto, non obbligatorio e comunque non vincolante — non appare circostanza idonea a frapporre un freno al diffondersi delle scarcerazioni, sempre che con essa non si sia voluto diffondere il messaggio che i magistrati di sorveglianza vanno sottoposti alla vigilanza delle procure<sup>117</sup>.

In ogni caso, il moltiplicarsi delle scarcerazioni tra la popolazione carceraria di più spiccata pericolosità sociale è sicuramente sintomo di una malattia diffusa nel nostro sistema penitenziario, ossia quella della tendenza a prorogare sistematicamente l'applicazione del 41-*bis* senza limiti temporali specifici, così ammettendo una forma di detenzione particolarmente afflittiva anche in condizioni di età avanzata e di salute precaria. E proprio perché una buona percentuale dei detenuti al 41-*bis* vi è sottoposta da più di dieci anni, e alcuni, addirittura, da più di venti anni<sup>118</sup>, era verosimile che fossero proprio questi, a causa della loro vulnerabilità, a essere maggiormente esposti ai pericoli dell'emergenza sanitaria e a profittare, di conseguenza, delle opportunità di scarcerazione o di detenzione domiciliare umanitaria offerte dall'ordinamento, cui il legislatore ha cercato di mettere riparo mediante provvedimenti legislativi (come il d.l. 29/2020) dall'efficacia soprattutto simbolico-comunicativa<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> A. DELLA BELLA, *Emergenza Covid e 41-bis*, cit., la quale ritiene la disposizione in esame sostanzialmente inutile, laddove siano previsti termini brevi e non vincolanti, con qualche profilo di irragionevolezza giacché le limitazioni di cui all'art. 2 sembrerebbero riguardare solo l'istituto della detenzione domiciliare in surroga ma non anche l'istituto del differimento che il giudice, nei medesimi casi, sarebbe libero di disporre comunque, attribuendo al detenuto una libertà piena anche se provvisoria, senza, tra l'altro, la necessità di attendere i pareri delle Procure.

<sup>117</sup> G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute*, cit.

<sup>118</sup> Dal Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-*bis* (aprile 2016), cit., emerge come, al 2016, su una popolazione carceraria di 715 detenuti al 41-*bis*, 161 vi era sottoposta tra i 10 e i 20 anni e 29 da oltre vent'anni.

<sup>119</sup> G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute*, cit.

## 2.4. La contrarietà all'art. 3 CEDU della normativa in tema di ergastolo ostativo. Il caso Viola c. Italia.

Nel contesto del divieto di trattamenti inumani e degradanti ex art. 3 CEDU può inserirsi anche la declaratoria di illegittimità convenzionale del c.d. ergastolo ostativo<sup>120</sup>, ossia di quella peculiare forma di *life imprisonment*<sup>121</sup> risultante dall'applicazione congiunta degli artt. 24 c.p., 4-*bis* e 58-*ter* ord. pen., ai sensi del cui combinato disposto l'ergastolano può accedere alla liberazione condizionale solo in caso di collaborazione con la giustizia.

La questione, pur non riguardando direttamente il 41-*bis*, si intreccia con esso, concernendo quel sistema di presunzioni che è tipico del doppio binario penitenziario<sup>122</sup>. Inoltre, vista la comunanza del presupposto soggettivo di cui all'art. 4-*bis*, gli ergastolani ostativi sono spesso sottoposti al regime carcerario di rigore.

E proprio sulla base del rigido sistema di presunzioni intrinseco all'art. 4-*bis*, che la Corte Edu, nel caso Viola c. Italia (nr. 2)<sup>123</sup>, ha ritenuto l'ergastolo ostativo in contrasto con l'art. 3 CEDU.

Punto di partenza della Corte è l'affermazione senza mezzi termini del principio della dignità umana, per effetto del quale, nessuno può essere coattiva-

---

<sup>120</sup> Sull'ergastolo ostativo, e soprattutto nell'ottica di superamento di questa forma peculiare di pena perpetua, tra i tanti, L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari*, cit., pp. 1220 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, cit., p. 1245; A. PUGIOTTO, *Come e perchè eccipere l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, cit., pp. 17 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, cit. pp. 1500 ss.; G. M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, cit., pp. 1505 ss.; G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, cit., pp. 1509 ss.; D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>121</sup> Amicus Curiae, Caso Viola c. Italia, Ricorso 77633/16, Sezione I, in *Rivista AIC*, p. 43, nel tradurre il concetto di "ergastolo ostativo" in inglese, utilizza l'espressione "*perpetual life imprisonment*".

<sup>122</sup> Cfr. A. BITONTI, *Doppio binario*, cit., pp. 394 ss.

<sup>123</sup> Sul caso Viola si vedano, E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 925 ss.; D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4, 2019, pp. 191 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 21 giugno 2019; N. ROMBI, *Dopo il caso "Viola" nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 565 ss.

mente privato della libertà personale senza vedersi riconosciuta contemporaneamente la possibilità di riabilitarsi e di ottenere nuovamente la libertà in futuro<sup>124</sup>. Pertanto, qualsiasi detenuto, inclusi coloro che sono stati condannati all'ergastolo, devono avere un'effettiva prospettiva di rilascio nel caso in cui fosse stata realizzata la finalità rieducativa<sup>125</sup> insita nella pena.

Ciò posto, la Corte osserva che le condanne a vita non sono in sé stesse contrarie alla Convenzione, avendo gli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento nello stabilire la durata più appropriata delle sanzioni penali, sempre che esse siano considerabili come riducibili<sup>126</sup>: ciò impone che i detenuti a vita, sin dall'esito della sentenza di condanna, devono sapere cosa fare per eventualmente riottenere la libertà in un momento futuro, e, pertanto, deve essere loro offerto dall'ordinamento, possibilmente non oltre venticinque anni di reclusione, uno strumento di revisione della sentenza di condanna a vita, giacché, in assenza, sorgerebbe un problema di frizione con l'art. 3 CEDU<sup>127</sup>.

Ciò posto, la Corte riconosce come la legge italiana non preclude automaticamente l'accesso ai benefici, ma lo condiziona all'eventuale scelta collaborativa, circostanza che fa sorgere seri dubbi, da un lato, sulla libertà di tale scelta e, dall'altro, sulla opportunità o meno di stabilire una rigida presunzione di pericolosità sociale in caso di mancata collaborazione<sup>128</sup>. Ad avviso della Corte, infat-

---

<sup>124</sup> Vinter c. Regno Unito, n. 66069/09 et al., Corte Edu [GC] 2013, § 113; Murray c. Paesi Bassi, n. 10511/10, Corte Edu [GC] 2016, § 101. In dottrina, il medesimo principio è condiviso da M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, cit., p. 141 s.

<sup>125</sup> La Convenzione Edu non tutela espressamente il diritto alla rieducazione del condannato, ma la giurisprudenza della Corte Edu riconosce questo principio come aspetto imprescindibile della dignità umana e come principio comune agli Stati contraenti, alla politica penale europea e al diritto internazionale. Sul punto, N. OCHOA RUIZ, *La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, p. 213, la quale riconosce alla dignità umana il carattere di concetto pre-legale che riflette una qualità interna dell'essere umano. Per tale ragione, anche se la Convenzione non prevede espressamente siffatto principio, non è stato difficile per la Corte Edu riconoscerlo nella sua giurisprudenza. Per B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1999, pp. 481 ss., la dignità umana rappresenta invece un criterio di interpretazione materiale dei diritti riconosciuti dalla Corte. Nel senso di ricollegare la funzione rieducativa alla dignità umana, vedi anche, R. SPANO, *Deprivation of liberty and human dignity on the case law of the European Court of Human Rights*, cit., pp. 152 ss.

<sup>126</sup> Kafkaris c. Cipro, n. 21906/04, Corte Edu [GC] 2008, § 97.

<sup>127</sup> *Ibidem*, § 98.

<sup>128</sup> Viola c. Italia, cit., § 116.

ti, quest'ultima eventualità potrebbe non conseguire ad una libera decisione del detenuto, ma essere dettata dal timore di ritorsioni o dall'eventuale intima convinzione di essere innocenti.

Pertanto, considerare la collaborazione con la giustizia come la unica via per poter accedere ai benefici preclude di prendere in considerazione altri elementi connessi al processo di rieducazione del detenuto, il quale, non avendo la possibilità di dimostrare altrimenti l'insussistenza di ragioni di merito per proseguire con la sua reclusione, rischia di non potersi più redimere<sup>129</sup>. Da ciò consegue, ad avviso della Corte, la irriducibilità dell'ergastolo ostativo e, di riflesso, una violazione dell'art. 3 CEDU<sup>130</sup>.

In conclusione, la Corte Edu suggerisce, mettendo in luce un problema strutturale dell'ordinamento italiano e prospettando esplicitamente ulteriori condanne a fronte dei numerosi ricorsi pendenti per medesime situazioni, una riforma dell'istituto dell'ergastolo ostativo<sup>131</sup>, mediante la quale prevedere, in caso di mancata collaborazione con la giustizia, un meccanismo *in itinere* di verifica circa

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, §§ 120-121.

<sup>130</sup> *Ibidem*, § 137.

<sup>131</sup> *Ibidem*, §§ 141-143.



la persistenza di ragioni di merito che legittimino, anche dopo molti anni, la detenzione dell'interessato<sup>132</sup>.

Questa pronuncia è sicuramente di estremo rilievo dal momento che, da un lato, si inserisce nel solco della progressiva affermazione dei diritti dei detenuti e della loro costante emancipazione da pene e trattamenti carcerari inumani o quantomeno degradanti; e, dall'altro, essendo stato severamente censurato il rigido sistema di preclusioni che caratterizza il 4-*bis*, offre alcuni spunti di revisione anche del regime detentivo *ex art. 41-bis*, caratterizzato da presunzioni di pericolosità sociale analoghe.

V'è da chiedersi, come già anticipato<sup>133</sup>, se la sentenza Viola c. Italia non rappresenti l'occasione per rendere meno diabolico l'onere probatorio previsto in capo all'interessato, il quale, in sede di reclamo avverso il provvedimento impositivo o di proroga del 41-*bis*, è chiamato all'ardua dimostrazione dell'insussistenza di collegamenti attuali e/o potenziali con il gruppo criminale di origine. Si è già

---

<sup>132</sup> Va osservato che, da ultimo, pur in persistente assenza di una riforma legislativa al riguardo, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ord. pen., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. A tale conclusione la Consulta perviene, oltre ovviamente grazie alla valorizzazione della giurisprudenza CEDU, ma soprattutto sulla base di tre considerazioni: a) la presunzione assoluta di cui all'art. 4-*bis* sottende esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante; b) tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost; c) l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza. Tra l'altro, ad avviso della Corte se può essere considerato ragionevole offrire un trattamento più favorevole ai detenuti collaboranti rispetto ai detenuti per reati non ostativi (in quanto consente di accedere ai benefici penitenziari senza dover scontare la frazione di pena ordinariamente prevista), non altrettanto ragionevole è prevedere un trattamento peggiorativo in caso di mancata collaborazione. Nel giudizio di incostituzionalità svolge un ruolo determinante, infine la valorizzazione del diritto al silenzio da garantire in ogni fase e grado del giudizio: il diritto a non incriminare se stessi (*nemo tenetur se detegere*) in fase d'esecuzione si trasformerebbe infatti - quale condizione per consentire al detenuto il possibile accesso all'ordinario regime dei benefici penitenziari - in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati. Ne consegue, ad avviso della Corte, una violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. Cfr. Corte Cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 177.

<sup>133</sup> Cfr. Capitolo I, nota 175.

avuto modo di osservare che, sebbene tale prova possa essere fornita in più modi, nei fatti il vaglio giudiziale si esaurisce nella verifica dell'avvenuta o meno collaborazione con la giustizia quale unica condotta, nei fatti, idonea a dimostrare l'intervenuta rescissione di qualsivoglia legame con l'organizzazione di riferimento<sup>134</sup>. Ogni diversa manifestazione di volontà potrebbe ritenersi non sufficiente a render conto in modo altrettanto certo dell'avvenuta dissociazione. Ciononostante, questo non può riverberarsi a danno del detenuto, il quale, a fronte di un genuino percorso di risocializzazione — da accertarsi sulla base del suo comportamento processuale e penitenziario, e di una eventuale riparazione del danno in favore delle vittime —, deve essere messo realisticamente in condizione, dopo un certo numero di anni, di tornare al regime detentivo ordinario. Diversamente si rischierebbe di vedere assoggettati numerosi detenuti a forme di isolamento particolarmente afflittive per termini eccessivamente lunghi, come in effetti succede in Italia ove, nel 2016, ben ventinove detenuti erano sottoposti al 41-*bis* da oltre vent'anni, termine francamente ritenuto eccessivo anche per i più pericolosi dei prigionieri. La revoca del regime speciale non implica, infatti, la liberazione dell'interessato, ma solo l'applicazione del regime ordinario che, pur prevedendo un livello inferiore di sicurezza, ben può soddisfare le residue funzioni preventive, già ampiamente soddisfatte per effetto di una applicazione prolungata di misure speciali di isolamento.

### **3. Art. 8 CEDU: profili generali.**

Una volta concluso l'esame dell'art. 3, è possibile spostare la lente focale sopra un'altra norma che, sebbene non riceva una protezione assoluta al pari del divieto di tortura<sup>135</sup>, risulta altrettanto fondamentale nel panorama convenzionale e soprattutto nel contesto della detenzione.

---

<sup>134</sup> S. ARDITA - M. PAVARINI, *Opinioni a confronto*, cit., p. 254.

<sup>135</sup> M. G. PUTATURO DONATI, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 15 febbraio 2015, osserva come l'art. 8 rappresenti il frutto di un ragionevole contemperamento tra più interessi concorrenti.

L'art. 8 CEDU tutela il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, del domicilio e della corrispondenza. Si tratta di libertà tradizionalmente negative, pertanto la norma è finalizzata primariamente a precludere ingerenze arbitrarie dello Stato nell'esercizio di attività individuali che rappresentano estrinsecazione di questi diritti<sup>136</sup>.

Al fianco dei classici obblighi di non interferenza si sono configurati altresì obblighi di carattere positivo che richiedono l'adozione di misure finalizzate ad assicurare il rispetto della vita privata<sup>137</sup> e/o implementare meccanismi che prevengano abusi da parte di terzi, nonché obblighi di carattere procedurale<sup>138</sup> che assumono il medesimo significato già individuato *sub* art. 3.

E' evidente, tuttavia, che gli Stati contraenti godono di un certo margine di discrezionalità circa la possibilità di intromettersi nella vita privata e familiare dei propri cittadini, e questo perché l'art. 8 copre un'ampia gamma di situazioni giuridiche, alcune delle quali oggetto di visioni non unanimi tra gli Stati contraenti, sicché anche lo stesso intervento della Corte, in questi casi, deve essere più cauto nel valutare la sussistenza di una violazione della Carta<sup>139</sup>. Al contrario, laddove l'intervento statale dovesse coinvolgere diritti fondamentali della persona, nei confronti dei quali sussiste maggiore consenso intrastatale, il controllo dei giudici di Strasburgo può essere più pervasivo e correlativamente più ristretto è il margine di interferenza concesso allo Stato<sup>140</sup>.

In ogni caso, laddove sia contestata la violazione di un obbligo negativo, la Corte dovrà valutare: 1) se ci si trovi nell'ambito di uno dei diritti protetti dalla norma; 2) se il diritto ha subito una qualche ingerenza; 3) se tale ingerenza sia

---

<sup>136</sup> A. GALLUCCIO, *Art. 8*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 256.

<sup>137</sup> *Marekx c. Belgio*, n. 6833/74, Corte Edu 1979, § 31.

<sup>138</sup> La Corte ha più volte avuto modo di specificare che, benché l'art. 8 non contenga alcun esplicito requisito procedurale, il processo decisionale che conduce a misure di ingerenza deve essere equo e tale da rispettare debitamente gli interessi della persona tutelati dall'art. 8. Cfr. *Buckley c. Regno Unito*, n. 20348/92, Corte Edu 1996, § 76; *Tanda-Muzinga c. Francia*, 2260/10, Corte Edu 2014, § 68; *M.S. c. Ucraina*, n. 2091/13, Corte Edu 2017, § 70.

<sup>139</sup> *X, Y e Z c. Regno Unito*, n. 21830/93, Corte Edu 1997, §44; *Fretté c. Francia*, n. 36515/97, Corte Edu 2002, § 41; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, n. 28957/95, Corte Edu [GC] 2002, § 85.

<sup>140</sup> *X e Y c. Paesi Bassi*, n. 8978/80, Corte Edu 1985, §§ 24-27; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., § 90, *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, Corte Edu 2002, §71.

prevista dalla legge; 4) se persegue finalità legittime; 5) se è necessaria in una società democratica.

Pochi dubbi sorgono in merito all'accertamento dei profili *sub* nn. 1) e 2). Più difficili da accertare sono quelli di cui ai nn. 3), 4), 5), tra l'altro espressamente previsti dal par. 2 dell'art. 8.

La Corte ha anzitutto affermato ripetutamente che qualsivoglia ingerenza da parte di un'autorità pubblica nel diritto al rispetto alla vita privata e alla corrispondenza deve essere prevista dalla legge, con ciò richiedendosi la sussistenza di una base giuridica specifica ed effettiva<sup>141</sup>. Ciò, però, non basta per ritenere soddisfatto il requisito in esame, richiedendosi altresì che la legge in questione rispecchi le qualità di prevedibilità<sup>142</sup>, chiarezza e accessibilità<sup>143</sup>. Il rispetto di tali requisiti consente infatti ai cittadini di agire in conformità alla legge, o comunque di autodeterminarsi in modo responsabile e consapevole, nel rispetto del principio di legalità, oltre che di delimitare la discrezionalità e i rischi di abusi da parte delle autorità pubbliche soprattutto nei settori in cui lo Stato è titolare di un certo margine di discrezionalità<sup>144</sup>.

Una volta accertato se l'ingerenza sia prevista dalla legge, la Corte deve verificare se essa persegua un fine legittimo. Al riguardo è lo stesso art. 8, al par. 2, a elencare le finalità che possono giustificare una limitazione dei diritti ivi sanciti: la sicurezza nazionale; la pubblica sicurezza; il benessere economico del paese; la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati; la protezione della salute o della morale; la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Sul punto però la Corte non è solita svolgere un vaglio particolarmente pervasivo, essendo sua prassi es-

---

<sup>141</sup> Halford c. Regno Unito, n. 20605/92, Corte Edu 1997, § 61.

<sup>142</sup> Fernández Martínez c. Spagna, n. 56030/07, Corte Edu [GC] 2012, § 117, ove la Corte definisce la nozione di prevedibilità come necessità di fornire ai cittadini informazioni adeguate in ordine alle circostanze e alle condizioni nelle quali le autorità hanno il diritto di ricorrere a misure che incidono sui loro diritti.

<sup>143</sup> Silver e altri c. Regno Unito, n. 5947/72 et al., Corte Edu 1983, §§ 87 ss., in cui la Corte specifica che la nozione di accessibilità richiede che il cittadino deve essere messo in condizione di ricevere una indicazione adeguata; il requisito di chiarezza presuppone, invece, che il cittadino debba essere in grado di orientare la propria condotta in modo consapevole.

<sup>144</sup> *Ibidem*, § 88.

primersi in modo alquanto conciso quando verifica l'esistenza di una finalità legittima nell'intervento statale<sup>145</sup>.

Infine, la Corte valuta se l'intromissione, pur perseguendo un fine giustificabile ai sensi dell'art. 8, co. 2, sia necessaria in una società democratica. Ad avviso della Corte, l'aggettivo "necessaria" implica l'esistenza di una pressante esigenza sociale (*pressing social need*), e non una mera utilità, ragionevolezza, auspicabilità dell'intervento statale<sup>146</sup>. Il requisito della necessità si interseca, dunque, con quello della proporzionalità, sicché la Corte dovrà soppesare il diritto del ricorrente con l'interesse della collettività alla sua limitazione.

Evidentemente saranno le autorità statali, in prima battuta, a effettuare questo controllo; solo dopo interverrà la Corte, nel rispetto del principio di sussidiarietà, al fine accertare la sostenibilità del bilanciamento effettuato dallo Stato fra i contrapposti interessi, tenendo conto, tra l'altro, dell'importanza rivestita da ciascuno di essi e dell'esistenza o meno di un consenso europeo sulla protezione da attribuire al diritto vantato dall'individuo<sup>147</sup>.

In caso di obblighi positivi, invece, pur dovendo essere svolta una verifica analoga, molto più evanescenti appaiono i requisiti appena presi in considerazione, sicché la Corte tenderà a sostituire tale giudizio con un raffronto caso per caso fra la limitazione della libertà subita dal singolo ricorrente e le esigenze della comunità nel suo complesso<sup>148</sup>. In particolare, va considerato se l'importanza dell'interesse in gioco esiga l'imposizione dell'obbligo positivo invocato dal ricorrente, distinguendo a seconda che la questione concerna un aspetto essenziale della vita privata o meno. Essa considera, altresì, le conseguenze per il ricorrente tra la realtà sociale e la previsione legislativa, nonché quelle sullo Stato in caso di adozione dell'obbligo positivo<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> S.A.S. c. Francia, n. 43835/11, Corte Edu [GC] 2014, § 114.

<sup>146</sup> Dudgeon c. Regno Unito, n. 7525/76, Corte Edu 1981, §§ 51-53.

<sup>147</sup> A. GALLUCCIO, *Art. 8*, cit., p. 259.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>149</sup> Hämäläinen c. Finlandia, n. 37359/09, Corte Edu [GC] 2014, §§ 66-67.

### **3.1. Il rispetto della vita privata e familiare nel contesto della detenzione.**

Il rispetto della vita privata, della vita familiare e della corrispondenza ricevono significative limitazioni nel contesto della detenzione carceraria: per definizione, infatti, lo stato detentivo comprime e, a volte, preclude il godimento di questi diritti<sup>150</sup> la cui estrinsecazione, ove possibile e non contrastante con le esigenze dell'incarcerazione, deve necessariamente avvenire per effetto della intermediazione delle autorità penitenziarie. Le conseguenze sulla vita privata che derivano dall'esecuzione di una condanna penale non sono dunque, di per sé, incompatibili con l'art. 8 purché siano ad essa funzionali e non aggravino ingiustificatamente la posizione dell'interessato.

L'art. 8 viene in rilievo nel contesto della detenzione, altresì, perché svolge un ruolo sussidiario rispetto all'art. 3 CEDU. In altri termini, quando una misura non raggiunge il livello di gravità richiesto per essere considerata un trattamento inumano o degradante, ciononostante potrebbe comunque porsi in contrasto con l'art. 8<sup>151</sup>.

Lo *status* detentivo, in particolare, incide su vari profili. Innanzitutto interferisce con la riservatezza intesa come vita privata e sviluppo della personalità dell'individuo, suscettibile di rilevanti ingerenze soprattutto alla luce delle modalità di reclusione e di organizzazione dell'ambiente carcerario. Ad esempio la Corte ha ritenuto violato l'art. 8 in quanto il ricorrente doveva utilizzare i servizi igienici della propria cella alla presenza di altri detenuti, ed era stato quindi privato nella sua quotidianità di un basilare livello di riservatezza<sup>152</sup>.

La reclusione incide poi sulla vita familiare del detenuto, il quale si vede, per effetto dell'incarcerazione, impossibilitato a mantenere rapporti stabili con i propri congiunti. Tale conseguenza è però inevitabile, in quanto intrinseca alla stessa detenzione, sicché le autorità penitenziarie devono consentire a questi di

---

<sup>150</sup> Messina c. Italia (no. 2), n. 25498/94, Corte Edu 2000, § 61.

<sup>151</sup> Wainwright c. Regno Unito, n. 12350/04, Corte Edu 2006, § 43, in ordine alle perquisizioni corporali.

<sup>152</sup> Szafranski c. Polonia, n. 17249/12, Corte Edu 2015, §§ 39-41.

mantenere i rapporti con i prossimi familiari per il tramite dei colloqui e dei permessi. Pertanto, restrizioni quali la limitazione del numero delle visite, la loro sorveglianza e la sottoposizione del detenuto a un particolare regime carcerario, costituiscono una ingerenza ulteriore nei suoi diritti (già di base circoscritti dallo *status* detentivo), cosicché bisognerà valutare, caso per caso e con particolare rigore, se tali misure siano necessarie e proporzionate al fine perseguito<sup>153</sup>.

Infine, la detenzione presuppone un certo livello di controllo della corrispondenza dei detenuti, limitazione che non è di per sé incompatibile con la Convenzione tenuto conto delle specifiche esigenze di carcerazione e di prevenzione dei reati<sup>154</sup>. Tuttavia, tale controllo non deve mai eccedere quanto richiesto dal fine legittimo perseguito, perché diversamente si trasformerebbe in una interferenza arbitraria delle autorità nazionali<sup>155</sup>.

Infatti, sebbene sia consentito in generale il controllo della corrispondenza, che si estrinseca, di norma, nell'apertura di una missiva<sup>156</sup>, nella distruzione della stessa<sup>157</sup>, o nella cancellazione di determinati passi<sup>158</sup>, bisogna tenere conto che la possibilità di scrivere e ricevere lettere è talvolta l'unico legame del detenuto con il mondo esterno<sup>159</sup>. Pertanto, da un lato, le autorità penitenziarie devono mettere a disposizione del soggetto gli strumenti necessari per potere conversare con l'esterno; dall'altro, tale comunicazione potrà essere opportunamente controllata e limitata in presenza di esigenze di tutela dell'ordine e prevenzione dei reati.

In questo contesto, infine, va osservato come alcuni tipi di corrispondenza, come quella con i difensori<sup>160</sup>, con i membri del Parlamento o con organismi in-

---

<sup>153</sup> Piechowicz c. Polonia, n. 20071/07, Corte Edu 2012, § 212; Van der Ven c. Paesi Bassi, n. 50901/99, Corte Edu 2003, § 69; Khoroshenko c. Russia, n. 414108/04, Corte Edu [GC] 2015, §§ 106 e 146; Mozer c. Repubblica di Moldavia e Russia, n. 11138/10, Corte Edu [GC] 2016, §§ 193-195; Vidish c. Russia, n. 53120/08, Corte Edu 2016, § 40.

<sup>154</sup> Silver e altri c. Regno Unito, cit., § 98; Golder c. Regno Unito, n. 4451/70, Corte Edu 1975, § 45.

<sup>155</sup> Doerga c. Paesi Bassi, n. 50210/99, Corte Edu 2004, § 53.

<sup>156</sup> Narinen c. Finlandia, n. 45027/98, Corte Edu 2004, § 32.

<sup>157</sup> Fazil Ahmet Tamer c. Turchia, n. 6289/02, Corte Edu 2006, §§ 10 e 53.

<sup>158</sup> Pfeifer e Plankl c. Austria, n. 10802/84, Corte Edu 1992, § 47.

<sup>159</sup> Campbell c. Regno Unito, n. 13590/88, Corte Edu 1992, § 45.

<sup>160</sup> In tema di corrispondenza tra detenuti e difensori, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, cfr. L. CATTELAN, *La Cassazione in tema di trattenimento della corrispondenza proveniente dal difensore e diretta al detenuto sottoposto al 41-bis*, in *Giur. pen. Web*, 8 gennaio 2020.

ternazionali giudiziari, debbano beneficiare di un livello rafforzato di riservatezza<sup>161</sup>.

### **3.2. Il 41-bis al cospetto dell'art. 8 CEDU.**

Il regime carcerario *ex art. 41-bis* impone, come ormai ripetutamente affermato, vincoli particolarmente severi sicché, se già la detenzione ordinaria interferisce con l'esplicazione di alcuni diritti fondamentali, a maggior ragione un problema *ex art. 8 CEDU* può sorgere nel contesto del regime carcerario differenziato.

In primo luogo, sotto il profilo delle relazioni familiari, la Corte ha ripetutamente affermato che qualsiasi forma di detenzione che sia legale ai sensi dell'art. 5 CEDU presuppone per sua natura una restrizione alla vita privata; cionondimeno, è una componente essenziale del rispetto della vita familiare del detenuto che le autorità lo assistano nel mantenere contatti con i membri più stretti<sup>162</sup>.

Se, però, i detenuti in regime ordinario, ai sensi dell'art. 37 D.P.R. 230/2000, sono autorizzati a svolgere sei colloqui al mese, in locali interni senza mezzi divisorii o in spazi all'aperto a ciò destinati e alla mera presenza del personale del Corpo di polizia penitenziaria, il regime speciale ne impone, invece, una limitazione a uno al mese, in locali attrezzati al fine di impedire il passaggio di oggetti (ossia, mediante vetro divisorio), con obbligo di videoregistrazione.

Ne consegue una restrizione talmente rigorosa da richiedere un controllo di compatibilità con l'art. 8 CEDU.

La Corte Edu, in realtà, ha sistematicamente ritenuto insussistente una violazione del diritto alla familiarità da parte della disciplina in tema di colloqui fissata dal co. 2-*quater*, lett. b), così rigettando le corrispondenti doglianze<sup>163</sup>.

Pur avendo riconosciuto la sussistenza di un'interferenza con l'espletamento della vita familiare, la Corte ha considerato la stessa "prevista dalla legge" oltre

---

<sup>161</sup> Yefimenko c. Russia, n. 152/04, Corte Edu 2013, § 144.

<sup>162</sup> Quinas c. Francia, n. 13756/88, Corte Edu 1990, § 265.

<sup>163</sup> Messina c. Italia (n. 2), n. 25498/94, Corte Edu 2000, § 74.



che “necessaria in una società democratica” in quanto finalizzata al perseguimento delle esigenze di prevenzione dei reati e di tutela della pubblica sicurezza, rientranti nel catalogo di cui al co. 2 dell’art. 8.

Tale giudizio conseguiva dalla valorizzazione degli scopi perseguiti dalla norma, e cioè quello di recidere i legami con la criminalità organizzata eventualmente ancora sussistenti<sup>164</sup>. Preso atto che le relazioni familiari svolgono un ruolo cruciale all’interno del fenomeno della criminalità organizzata, e che spesso, prima dell’introduzione del regime speciale di detenzione, i capi mafia usavano proprio i colloqui con i parenti come mezzo per ricevere informazioni e trasmettere direttive all’esterno e così mantenere inalterato il proprio ruolo nonostante lo *status* detentivo<sup>165</sup>, non è stato difficile per la Corte Edu considerare “necessarie” le misure limitative in questione<sup>166</sup>.

Queste ingerenze rimangono legittime, ad avviso della Corte, anche in caso di applicazione prolungata del regime speciale<sup>167</sup>. In altri termini, fintantoché sarà giustificata l’applicazione nel tempo del 41-*bis*, altrettanto giustificate saranno le restrizioni alla vita familiare da esso conseguenti.

Nonostante le argomentazioni della Corte Edu si pongano tendenzialmente in sintonia con la *ratio* giustificatrice del 41-*bis*, v’è da chiedersi se, però, tali limitazioni siano veramente coerenti con le funzioni dell’istituto. Si potrebbe affermare, al contrario, che una volta autorizzata anche una sola visita, le finalità preventive connesse al regime di rigore potrebbero risultare, in qualche modo, compromesse<sup>168</sup>. Se le particolari modalità di esplicazione dei colloqui sono sempre

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, §§ 65 s.

<sup>165</sup> Nella decisione Natoli c. Italia, cit., la Commissione Edu ha affermato che i colloqui con i più stretti familiari costituiscono il mezzo per reiterare l’attività criminosa.

<sup>166</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 219, osserva come il bilanciamento tra le esigenze di ordine e di sicurezza pubblica dello Stato e il diritto dei detenuti di rigore di continuare a intrattenere un minimo di vita familiare attraverso i colloqui visivi e telefonici è molto difficile se non impossibile.

<sup>167</sup> Messina c. Italia (n. 2) cit., § 71.

<sup>168</sup> F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 126, sostiene come, una volta ammesso per ragioni umanitarie il colloquio mensile, tanto basterebbe per compromettere il raggiungimento dei risultati avuti di mira. Ne conseguirebbe, ad avviso dell’A., che la drastica limitazione del numero dei colloqui risponderebbe solo all’esigenza di rendere il regime detentivo speciale maggiormente afflittivo.

proporzionate all'obiettivo preso di mira, non altrettanto può dirsi della loro frequenza mensile: indipendentemente dalla presenza di un vetro divisorio e di un controllo visivo e auditivo, l'autorizzazione di un solo colloquio al mese potrebbe di per sé essere sufficiente per eludere le esigenze connesse al 41-*bis*. Pertanto, considerato che le restrizioni imposte dal regime differenziato, per essere legittime e non meramente afflittive, devono sempre essere funzionali alla recisione dei legami con la criminalità organizzata, e che la limitazione numerica delle visite non pare, invece, perfettamente in sintonia con tale scopo, in un'ottica di potenziamento dei diritti dei detenuti, ben potrebbe prevedersene un numero mensile maggiore. Le esigenze di prevenzione sono assicurate, infatti, dalle modalità esplicative (*id est*, mediante vetro divisorio e video-registrazione), più che dalla frequenza degli incontri, sicché la drastica limitazione dei colloqui finisce solo per rendere più afflittiva la pena che, come tale, non è più giustificabile ai sensi dell'art. 8<sup>169</sup>.

Bisogna considerare, inoltre, che di norma i detenuti al 41-*bis* sono reclusi lontano dal proprio territorio, pertanto l'autorizzazione a svolgere un numero superiore di colloqui, magari due al mese come era previsto prima della riforma attuata con il Pacchetto Sicurezza del 2009, non avrebbe, da un lato, un impatto pratico così rilevante, dall'altro, consentirebbe una migliore esplicazione della vita familiare, favorendo contatti con coniugi e figli i quali non sarebbero così tenuti a recarsi congiuntamente al colloquio mensile.

### **3.2.1. *Segue*. Il controllo della corrispondenza.**

L'atteggiamento della Corte Edu è stato, invece, più garantista con riferimento alla limitazione del diritto alla corrispondenza per effetto dell'applicazione del 41-*bis*.

---

<sup>169</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 220 sostiene che i timori per i possibili aggiramenti al carcere duro non possono costituire il pretesto per imporre ai detenuti limitazioni non giustificabili dalle connesse esigenze preventive, o, ancora peggio, non previste tassativamente dalla legge.

La questione non concerneva però unicamente i detenuti sottoposti al regime differenziato ma tutte le ipotesi in cui era consentita la censura della corrispondenza *ex art. 18, L. 354/1975*<sup>170</sup>. In origine, infatti, la norma in esame si limitava ad assegnare la competenza in tema di sottoposizione al visto di controllo e di autorizzazioni alla corrispondenza telefonica al giudice precedente oppure, dopo la sentenza di primo grado, al direttore dell'istituto.

La norma, dunque, non specificava né i casi in cui la decisione poteva essere assunta né i suoi presupposti, sicché all'autorità giudiziaria era riservata un'amplissima discrezionalità.

La Corte Edu, a partire dai casi Calogero Diana<sup>171</sup> e Domenichini<sup>172</sup>, ha rinvenuto nella lacunosità di tale disciplina una violazione dell'art. 8, nel senso che l'interferenza con il diritto alla corrispondenza non poteva essere considerata come "prevista dalla legge". Sebbene, infatti, la possibilità di limitare il diritto era espressamente sancita dall'art. 18 della legge 354/1975, tale disposizione lasciava alle autorità troppo margine di operatività, limitandosi essa a identificare la categoria di destinatari e a fissare la competenza della corte, senza dire alcunché sull'ambito di applicazione, sulla durata o sui motivi che potessero giustificarla<sup>173</sup>. Assorbite le questioni sullo scopo della norma e sulla necessità dell'interferenza, ne conseguiva la declaratoria della violazione dell'art. 8 CEDU.

Proprio per far fronte al vuoto riscontrato, oltre che per reagire alle frequenti sentenze di condanna tutte identiche della Corte Edu, il legislatore nazionale ha posto rimedio al problema introducendo, con la L. 8 aprile 2004, n. 95, l'art. 18-*ter* che ha fissato presupposti, termini e modalità di limitazione della corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 215. L'A. osserva infatti come il mancato rispetto della corrispondenza abbia riguardato tutti i detenuti e non solo quelli sottoposti al 41-*bis*, sicché la censura *ex art. 8 CEDU* era estendibile anche al regime ordinario.

<sup>171</sup> Calogero Diana c. Italia, n. 15211/89, Corte Edu 1996.

<sup>172</sup> Domenichini c. Italia, n. 15943/90, Corte Edu 1996.

<sup>173</sup> Calogero Diana v. Italy, cit., § 32.

<sup>174</sup> Cfr. E. NICOSIA, *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, cit., p. 753.

L'introduzione della novella non ha però precluso alla Corte di rinvenire ulteriori violazioni dell'art. 8 CEDU, sebbene con riferimento a limitazioni alla corrispondenza avvenute sotto la vigenza della vecchia formulazione dell'art. 18. La Corte in questi casi non ha fatto altro che prendere atto dell'introduzione della L. 95/2004, per poi verificare il momento in cui fosse stata disposta la censura della corrispondenza del detenuto: se ciò era avvenuto prima della riforma del 2004, avrebbe dovuto applicarsi la giurisprudenza costante che rinveniva una violazione della CEDU; se dopo, invece, non avrebbe potuto rinvenirsi alcuna violazione, ponendosi il neointrodotta art. 18-ter in conformità con i precetti convenzionali<sup>175</sup>.

La Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 8, però, anche in ipotesi di limitazioni intervenute successivamente al 2004, laddove, in particolare, disposte nei confronti di corrispondenza privilegiata, come quella tra detenuto e difensore. Nel caso *Zara*<sup>176</sup>, ad esempio, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per essere stata oggetto di controllo una missiva inviata dal ricorrente al proprio avvocato nel febbraio 2007, e ciò in violazione della normativa interna che vieta di censurare questo tipo di comunicazione.

Nonostante l'introduzione dell'art. 18-ter ord. pen., con cui il legislatore ha compiuto un serio sforzo per avvicinarsi agli *standard* di tutela della CEDU, persistono alcuni dubbi residui di compatibilità con l'art. 8, dal momento che la genericità dei presupposti che consentono gli interventi limitativi, e la previsione di una durata tendenzialmente indefinita degli stessi (in quanto applicabili per mesi sei e prorogabili per periodi successivi, senza limite, di mesi tre) sembrano lasciare rilevanti margini di discrezionalità all'amministrazione penitenziaria<sup>177</sup>. La norma consente, inoltre, di delegare il controllo della corrispondenza, ai sensi del comma quarto, al direttore dell'istituto o a un appartenente all'amminis-

---

<sup>175</sup> Cfr. *Bagarella c. Italia*, cit., § 54.

<sup>176</sup> *Zara c. Italia*, n. 24424/03, Corte Edu 2009, § 34.

<sup>177</sup> L. FILIPPI, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 1200 ss.; P. CORVI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul regime detentivo speciale*, cit., p. 1199, la quale, pur ammettendo l'insussistenza di un rischio di censure radicali, auspica un intervento legislativo che preveda un'indicazione più specifica dei motivi e la durata massima della misura stessa.

trazione penitenziaria designato dal direttore stesso. Anche questa disposizione fa sorgere seri dubbi di legittimità, giacché essa sembra contravvenire la riserva di giurisdizione fissata dall'art. 15 Cost. per la limitazione al diritto alla corrispondenza.

### **3.2.2. *Segue.* Le perquisizioni personali e la video-sorveglianza della cella.**

Una ulteriore sfaccettatura dell'art. 8 che viene in rilievo nei confronti dei detenuti assegnati al 41-*bis* concerne, poi, la sottoposizione degli stessi a perquisizioni personali e alla video-sorveglianza della cella<sup>178</sup>.

Con riferimento alla prima questione, la Corte è solita osservare come una perquisizione possa offendere il detenuto nella sua intimità e dignità, soprattutto qualora ciò dovesse implicare svestizione o, ancora peggio, flessione. Tuttavia, un trattamento di questo genere non è considerabile, di per sé, illegittimo, potendo essere necessario a garantire la sicurezza del carcere e dello stesso detenuto, a difendere l'ordine e a prevenire la commissione di reati. E' opportuno, però, che le perquisizioni risultino funzionali al perseguimento di uno di questi scopi, e che le modalità di esecuzione siano adeguate, di modo che il grado di sofferenza o umiliazione subito dai detenuti non oltrepassi quello che inevitabilmente comporta questa forma di trattamento. In caso contrario, può rinvenirsi non solo una violazione dell'art. 8 ma, nei casi più gravi, qualora il trattamento possa essere considerato come degradante, persino una lesione dell'art. 3 CEDU<sup>179</sup>.

Per quanto riguarda la questione della video-sorveglianza, invece, la Corte ha sovente affermato che, pur non essendo la *privacy* espressamente disciplinata dalla CEDU, una protezione può desumersi dall'art. 8, e ciò perché, ad avviso dei giudici di Strasburgo, la tutela della vita privata ne uscirebbe seriamente indeboli-

---

<sup>178</sup> Paolello c. Italia, cit., §§ 30 ss., con nota di V. MANCA, *La Corte Edu conferma la compatibilità del 41-bis ord. pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giur. pen. Web*, 2016.

<sup>179</sup> Frérot c. Francia, n. 70204/01, Corte Edu 2007, § 38; Vincenzo Guidi c. Italia, n. 28320/02, Corte Edu 2008, § 35; Marco Mariano c. Italia, Decisione sulla ricevibilità, n. 35086/02, Corte Edu 2010.

ta se l'utilizzo delle moderne tecniche scientifiche fosse autorizzato senza alcuna limitazione<sup>180</sup>. Pertanto, interventi sulla riservatezza saranno ammissibili solo se necessari alla tutela dell'incolumità del singolo e alla sicurezza dell'ambiente carcerario, ed eseguiti nel modo meno invasivo possibile nel rispetto della dignità umana e della sfera personale del detenuto.

Nel caso di applicazione del regime *ex art. 41-bis*, in particolare, la Corte ha considerato che la video-sorveglianza rappresenti una misura precauzionale essenziale a mantenere l'ordine e utile per intervenire nel caso in cui un pericolo dovesse minacciare il detenuto, in quanto tale non suscettibile di aggravare le limitazioni della libertà individuale e del rispetto della vita privata, e dunque proporzionata allo scopo<sup>181</sup>.

Queste conclusioni, volte a ricondurre la video-sorveglianza nel panorama CEDU, sembrano però affrettate. A seguire il ragionamento della Corte, infatti, appurata la sussistenza di uno scopo legittimo, sarebbe possibile procedere alla sorveglianza del detenuto in qualunque momento e in qualunque luogo della cella, ivi compresi i servizi igienici ove per definizione si svolgono le attività più intime della persona. Invero, sembra una forzatura ritenere non lesivo della *privacy* e comunque della dignità dell'uomo attivare una videocamera nei luoghi di maggiore riservatezza e ciò sia perché non necessariamente funzionale allo scopo, sia perché in ogni caso sproporzionato, essendo sempre preferibile circoscrivere le riprese solo ad alcune parti della cella.

Proprio in questa direzione si è mossa la Corte di Cassazione<sup>182</sup> la quale, con una pronuncia certamente innovativa, ha accolto il ricorso del detenuto avverso il provvedimento di rigetto del Magistrato di Sorveglianza di un reclamo con cui si censuravano varie restrizioni, tra cui la video-sorveglianza "h. 24" della stanza. In questa occasione la Corte ha affermato che tale controllo, disposto nell'intero arco della giornata, fino a ricomprendervi quello relativo anche ai momenti in cui il detenuto utilizzava la *toilette*, fosse in contrasto con gli artt. 3 e 8

---

<sup>180</sup> S. e Marper c. Regno Unito, nn. 30562/04 e 30566/04, Corte Edu 2008, § 112.

<sup>181</sup> Paolello c. Italia, cit., § 35.

<sup>182</sup> Cass. pen. Sez. V, 26 aprile 2011, n. 16402, in *Pluris*.

CEDU, e 27, co. 3, Cost. In particolare, in assenza di motivi specifici che rendessero necessario estendere a questi momenti la sorveglianza del detenuto, come il pericolo del compimento di atti di autolesionismo, ed essendo possibile, allo stesso tempo, utilizzare strumenti di minore invasività per scongiurare le residue situazioni di pericolo esterne, non può essere consentita una così incisiva modalità di controllo carcerario in quanto idonea a determinare nel tempo pesantissime conseguenze sulla stessa psicologia e sulla salute personale del detenuto<sup>183</sup>.

Viene così riconosciuto e garantito, sebbene a livello interno, uno specifico diritto all'intimità e riservatezza anche in capo al detenuto ristretto al 41-*bis*<sup>184</sup>.

### **3.2.2.1. La video-sorveglianza come ipotesi di limitazione del diritto alla riservatezza non “*in accordance with the law*”.**

La sottoposizione della cella del detenuto a video-sorveglianza, non facendo parte delle limitazioni che conseguono automaticamente all'applicazione del regime speciale, rientra tra le misure limitative atipiche, adottabili sulla base della lett. a) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*.

Si tratta però di uno strumento, si è visto, talmente invasivo da porre un serio problema di compatibilità con l'art. 8 CEDU. Sebbene la Corte lo abbia già ritenuto legittimo in quanto funzionale a mantenere l'ordine e prevenire pericoli per lo stesso detenuto, se fosse stata verificata in modo più approfondito la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 8, co. 2, (ossia la previsione legislativa dell'ingerenza, il perseguimento di uno scopo legittimo e la necessità della misura limitativa in una società democratica), non avrebbe dovuto pervenirsi a una conclusione analoga.

Così come il diritto alla corrispondenza del detenuto è stato ritenuto violato in quanto le limitazioni adottate in base all'art. 18 ord. pen. sono state considerate

---

<sup>183</sup> Più di recente la Cassazione ha però affermato che la video-sorveglianza, anche se continua, non viola i diritti fondamentali del detenuto. Nel caso di specie però, a differenza che in quello già oggetto di esame, risultava che il controllo visivo, pur coinvolgendo anche il bagno, non era totale, essendo le immagini sfocate e comunque essendo ripresa solo una parte della toilette. Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 16 aprile 2018, n. 44972, Rv. 273983-01.

<sup>184</sup> Secondo, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., p. 350, si tratterebbe di un caso in cui la giurisprudenza interna ha superato la Corte Edu nella tutela dei diritti della persona detenuta.

“non previste dalla legge” a causa della grave lacunosità della norma, una soluzione corrispondente avrebbe potuto e dovuto trarsi nei confronti della sottoposizione a video-sorveglianza “h. 24” della cella del detenuto, stante l’assenza di una norma che disciplini in maniera completa il potere dell’autorità penitenziaria di adottare tale provvedimento<sup>185</sup>. Anzi, a differenza della censura della corrispondenza, che quantomeno trovava fondamento nella lett. e) del co. 2-*quater* del 41-*bis*, la video-sorveglianza non ha alcun referente normativo se non con riferimento specifico ai colloqui. Ed infatti, né la legge 354/1975, né il regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/2000) né la circolare del D.A.P. del 2 ottobre 2017 (la più completa circolare dell’Amministrazione Penitenziaria emanata con lo scopo di riorganizzare il 41-*bis*) prevedono alcunché al riguardo<sup>186</sup>.

E’ vero che la video-sorveglianza è riconducibile alle misure atipiche adottabili ai sensi del comma 2-*quater*, lett. a), ma dando essa luogo ad un’invasione della vita privata, sarebbe stato opportuno (se non necessario) non solo attribuirne il potere impositivo, com’è stato fatto per la censura della corrispondenza, al Magistrato di Sorveglianza o al Direttore dell’istituto (eventualmente delegato dal primo), ma soprattutto prevedere *ex lege* termini di durata e presupposti applicativi, quali, ad esempio, il pericolo di fuga, il rischio di commissione di atti di autolesionismo o di commissione di reati. Solo così essa avrebbe potuto dirsi rispettosa delle condizioni previste dall’art. 8, co. 2, CEDU.

Allo stato, invece, le autorità penitenziarie potrebbero adottare la video-sorveglianza senza limiti temporali e pure in assenza di qualsivoglia specifica esigenza giustificatrice, proprio come accadeva in tema di corrispondenza prima della riforma del 2004.

---

<sup>185</sup> In effetti, la questione era stata portata all’attenzione della Corte in termini simili nel caso Riina c. Italia, n. 43575/09, Corte Edu 2014, § 18, ove il ricorrente aveva giudicato la video-sorveglianza come sadica e degradante, idonea a provocare uno stato di frustrazione psicologica nel detenuto. Tra l’altro la misura non sarebbe espressamente prevista dall’art. 41-*bis* né avrebbe una base legale sufficiente. La Corte ha tuttavia dichiarato il ricorso irricevibile per mancato esperimento delle vie di ricorso interno *ex art. 35 CEDU*, così di fatto non potendo pervenire a un’analisi nel merito della questione.

<sup>186</sup> B. BOCCHINI, *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in *www.archiviopenale.it*, 15 marzo 2011, p. 7, fa discendere una critica analoga dal confronto della video-sorveglianza della cella del detenuto con la normativa in tema di intercettazioni telefoniche



Si consideri, inoltre, che l'opportunità di individuare competenze, limiti e presupposti di questa forma di interferenza con la vita privata discende non solo dal diritto internazionale ma anche dal diritto interno ed europeo, e in particolare dalla recente normativa introdotta in materia di trattamento dei dati personali con Regolamento UE 2016/679 (GDPR). L'art. 4, lett. 2), definisce infatti la nozione di "trattamento" anche come "registrazione" di dati, mentre il successivo art. 5 richiede che questo debba avvenire in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato (lett. a), e che i dati debbano essere raccolti «per finalità determinate, esplicite e legittime» (lett. b).

Tra queste finalità, come desumibile dal Provvedimento in materia di video-sorveglianza dell'8 aprile 2010 del Garante della *privacy*, possono rientrare la protezione e l'incolumità degli individui e la prevenzione dei reati. Ma in assenza di una legge che espliciti gli scopi per cui la misura può essere disposta e imponga a un'autorità giudiziaria o penitenziaria di indicarli in un provvedimento *ad hoc* (dalla durata determinata ed eventualmente prorogabile), verrebbero elusi tutti i principi ispiratori in materia di trattamento di dati personali.

Ne consegue che, allo stato, un provvedimento impositivo della videoregistrazione delle attività svolte dal detenuto in cella, adottato ai sensi della clausola di chiusura di cui alla lett. a) del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis*, non può essere considerato rispettoso né dell'art. 8, né della normativa in tema di trattamento di dati personali per violazione del principio di liceità, che presuppone la presenza di una base legale specifica (al contrario, nel caso di specie, assolutamente generica), né raccolto per finalità determinate e men che meno esplicite.

Poiché, dunque, obiettivo del sistema convenzionale per il tramite della giurisprudenza della Corte di Strasburgo è quello di innalzare gli *standard* generali di protezione dei diritti umani<sup>187</sup>, non avrebbe dovuto essere così difficile rinvenire una violazione dell'art. 8 CEDU.

#### **4. Art. 6 CEDU: profili generali.**

---

<sup>187</sup> Konstantin Markin c. Russia, n. 30078/06, Corte Edu [GC] 2012, § 89.

Dopo aver analizzato i profili più propriamente sostanziali, meritano certamente attenzione quelle disposizioni della Convenzione che concernono, invece, le garanzie procedurali riconosciute all'individuo affinché qualsivoglia controversia concernente diritti, in ambito sia civile che penale, possa trovare efficace soluzione in un contesto giurisdizionale. Si fa riferimento, *in primis*, all'art. 6 CEDU, che garantisce il diritto a un processo equo.

Prima di passare al setaccio i risvolti delle garanzie procedurali nel contesto del regime detentivo speciale, è opportuno procedere a una rapida analisi della norma in questione, al fine di meglio comprenderne portata e ambito di applicazione.

L'art. 6 CEDU distingue la garanzia del processo equo a seconda che si tratti di *matière civile* o di *matière pénale*.

Sotto il fronte civilistico, la norma dispone che una causa concernente una controversia relativa a un diritto o a un dovere di carattere civile sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale terzo e imparziale. L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, presuppone, in primo luogo, l'esistenza di una disputa e, in secondo luogo, che essa riguardi un "diritto", riconosciuto in quanto tale dall'ordinamento interno indipendentemente dalla sua tutela da parte della Convenzione. La controversia deve essere, inoltre, genuina e seria, potendo concernere non soltanto l'attuale esistenza della pretesa giuridica vantata, ma anche il suo ambito di applicazione o le relative modalità di esercizio. Infine, il risultato del procedimento deve essere decisivo per la tutela del diritto, non essendo sufficienti tenui connessioni o remote conseguenze<sup>188</sup>.

Individuato il suo ambito di applicazione, l'art. 6, nel suo versante civilistico, si esplica, principalmente, nel c.d. *right to access to a court*: presupposto essenziale di un processo equo è, infatti, che le parti abbiano innanzitutto un rimedio effettivo da far valere, in caso di interferenza con un diritto civile, dinnanzi alle

---

<sup>188</sup> Denisov c. Ucraina, n. 76639/11, Corte Edu [GC] 2018, § 44; Regner c. Repubblica Ceca, n. 35289/11, Corte Edu [GC] 2017, § 99; Károly Nagy c. Ungheria, n. 56665/09, Corte Edu [GC] 2017, § 60; Naït-Liman c. Svizzera, n. 51357/07, Corte Edu [GC] 2018, § 106.

autorità nazionali<sup>189</sup>. Non è una pretesa assoluta, potendo questa andare incontro a limitazioni, purché esse non la restringano al punto da svuotarla<sup>190</sup>.

In ogni caso, il potere di accesso a un tribunale deve essere pratico ed effettivo, nel senso che l'individuo deve essere messo in condizione di avere un'opportunità chiara e praticabile di contestare un atto che interferisca con un suo interesse giuridicamente rilevante<sup>191</sup>.

Sotto il versante penalistico, viene garantito a chiunque di avere un processo equo per l'accertamento della fondatezza di un'accusa penale formulata nei suoi confronti.

Preliminare risulta, quindi, comprendere la nozione di "accusa penale", concetto che la Corte ha sempre ritenuto autonomo, e cioè indipendente dalla definizione fornita dagli ordinamenti statali<sup>192</sup>.

Il termine "accusa" dovrebbe essere inteso come «la notifica ufficiale dell'accusa di aver commesso un reato, da parte dell'autorità competente, nei confronti di un soggetto»; eventualmente al fine di verificare se «la condizione dell'indagato abbia subito delle conseguenze sostanziali»<sup>193</sup>.

Il termine "penale", invece, va accertato alla luce dei cc.dd. *Engel criteria*: si tratta di criteri che consentono di determinare la natura sostanziale di un provvedimento sanzionatorio, e ciò indipendentemente dalla eventuale qualifica dell'atto sanzionato in termini di illecito amministrativo o civile<sup>194</sup>. Questi riguardano: 1) la classificazione giuridica nell'ordinamento interno; 2) la natura dell'illecito; 3) la severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

Anche nel suo *volet pénal*, l'art. 6, par. 1, garantisce il diritto di accesso a un tribunale, da intendersi però, più correttamente, come diritto affinché un giu-

---

<sup>189</sup> Běleš e altri c. Repubblica Ceca, n. 47273/99, Corte Edu 2003, § 49; Naït-Liman c. Svizzera cit., § 112.

<sup>190</sup> De Geouffre de la Pradelle c. Francia, n. 12694/87, Corte Edu 1992, § 28; Stanev c. Bulgaria, n. 36760/06, Corte Edu [GC] 2012, § 229; Baka c. Ungheria, n. 20261/12, Corte Edu [GC] 2016, § 120; Naït-Liman c. Svizzera cit., § 113.

<sup>191</sup> Bellet c. Francia, n. 23805/94, Corte Edu 1995, § 38; Zubac c. Croazia, n. 40160/12, Corte Edu [GC] 2018, §§ 76-79.

<sup>192</sup> Adolf c. Austria, n. 8269/78, Corte Edu 1982, § 30.

<sup>193</sup> Deweer c. Belgio, n. 6903/75, Corte Edu 1980, §§ 42 e 46, Eckle c. Germania, n. 8130/78, Corte Edu 1982, § 73.

<sup>194</sup> Engel e altri c. Paesi Bassi, n. 5100/71 et al., Corte Edu 1978, §§ 82-83.

dice terzo e imparziale si pronunci equamente, pubblicamente e in un termine ragionevole sulla fondatezza dell'accusa, ed eventualmente poter accedere ai successivi gradi di giudizio per contestare la decisione adottata in primo grado.

Il concetto di equità processuale presuppone, poi, il riconoscimento di una serie di guarentigie, alcune delle quali comuni all'ambito sia penale che civile, altre proprie, invece, del solo settore penale.

Innanzitutto, è coesistente alla garanzia dell'equità processuale sia civile che penale il rispetto del contraddittorio, espressione del principio *audiatur et altera pars*, e della parità delle armi. Esso implica l'opportunità per tutte le parti di aver cognizione di tutte le prove presentate o di tutti gli atti depositati e potere controdedurre sugli stessi, sì da poter influenzare la decisione del tribunale. La parità delle armi tra accusa e difesa, invece, richiede che a ogni parte sia fornita l'opportunità di difendere le proprie ragioni in condizioni che non la mettano in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte<sup>195</sup>.

Anche l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie è comune a entrambi i contesti, mentre proprio della *matière pénale* è il diritto di rimanere in silenzio<sup>196</sup>, espressione del brocardo *nemo tenetur se detegere*, in base al quale l'imputato ha diritto a non rendere dichiarazioni autoincriminanti<sup>197</sup>.

Con specifico riferimento alla materia penale, infine, l'art. 6 prevede alcune specifiche garanzie come la presunzione di innocenza (art. 6, par. 2)<sup>198</sup>; e i diritti

---

<sup>195</sup> Foucher c. Francia, n. 22209/93, Corte Edu 1997, § 34; Bobek v. Poland, n. 68761/01, Corte Edu 2007, § 56; Klimentyev c. Russia, n. 46503/99, Corte Edu 2006, § 95.

<sup>196</sup> Sebbene non specificamente menzionati dall'articolo 6, il diritto di non rispondere ed il privilegio contro l'auto incriminazione sono generalmente riconosciuti come *standard* internazionali che rivelano il cuore della nozione di equo processo. Fornendo all'imputato una protezione contro improprie pressioni delle autorità, tali garanzie contribuiscono ad evitare errori giudiziari e ad assicurare un equo processo ai sensi dell'articolo 6. Cfr. John Murray c. Regno Unito, n. 18731/91, Corte Edu [GC] 1996, § 45.

<sup>197</sup> Funke c. Francia, n. 10828/84, Corte Edu 1993, § 44; O'Halloran e Francis c. Regno Unito, n. 15809/02 et al., Corte Edu [GC] 2007, § 45; Saunders c. Regno Unito, n. 19187/91, Corte Edu 1996, § 60.

<sup>198</sup> Il principio di presunzione d'innocenza impone, tra l'altro, che i membri di un tribunale, nell'esercizio delle proprie funzioni, non partano con la convinzione preconstituita che l'imputato abbia commesso il fatto addebitatogli. La norma, inoltre, prescrive che l'onere della prova sia a carico dell'accusa, e che ogni dubbio debba essere valutato a favore dell'imputato. Pertanto, spetta agli organi inquirenti informare l'indagato delle accuse che gli sono mosse, cosicché questi possa preparare la propria difesa di conseguenza. Del resto, grava sempre sull'accusa l'onere di produrre prove sufficienti per la condanna. Cfr. Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, n. 10590/83, Corte Edu 1988, § 77; Janosevic c. Svezia, n. 34619/97, Corte Edu 2003, § 97.

di difesa (art. 6, par. 3), che esemplificano la nozione di equità con riferimento ad una serie di situazioni tipicamente processualpenalistiche<sup>199</sup>.

Funzione succedanea e sussidiaria rispetto all'art. 6 è svolta, poi, dall'art. 13 CEDU, che attribuisce a ciascuna persona che abbia subito una violazione a un diritto o a una libertà protetti dalla CEDU la garanzia di un ricorso effettivo davanti a un'autorità nazionale per ottenere la dovuta riparazione<sup>200</sup>.

Pur condividendo con l'art. 6 una connotazione prettamente procedurale, si distingue da esso per avere un ambito di applicazione più ristretto. Non si tratta, infatti, della pretesa di accedere a un tribunale, ma solo di disporre di un ricorso, non necessariamente giurisdizionale, per far valere un diritto garantito dalla CEDU, sempre che venga offerta una tutela effettiva all'interesse in contestazione<sup>201</sup>.

In secondo luogo, l'art. 13 ha la funzione di assicurare all'interno degli ordinamenti nazionali una forma di tutela dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione, così da rendere sussidiario l'intervento della Corte Edu<sup>202</sup>, laddove l'art. 6 garantisce la tutela giurisdizionale di qualsiasi diritto, purché abbia a livello nazionale una base legale.

Infine, è a volte possibile dedurre una violazione congiunta degli artt. 6 e 13 CEDU. In questi casi la Corte valuta se la carenza di un ricorso effettivo abbia nello stesso tempo dato luogo a un processo non equo<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> Mayzit v. Russia, n. 63378/00, Corte Edu 2005, § 77; Can c. Austria, n. 9300/81, Corte Edu 1985, § 48.

<sup>200</sup> F. CASSIBBA, *Art. 13*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 316.

<sup>201</sup> Giuliani e Gaggio c. Italia, n. 23458/02, Corte Edu 2011, § 336.

<sup>202</sup> F. CASSIBBA, *Art. 13*, cit., pp. 317 s., osserva come, con la sottoscrizione della CEDU, gli Stati membri hanno assunto il dovere di rendere i propri ordinamenti nazionali coerenti con la protezione effettiva dei diritti fondamentali e con le garanzie ivi riconosciuti, sicché tocca prima a essi assicurare l'effettiva protezione. L'art. 13 viene considerato, pertanto, una "garanzia di secondo grado".

<sup>203</sup> Ad esempio, nel caso Dimitrov e Hamanov c. Bulgaria, nn. 48059/06 - 2708/09, Corte Edu 2011, la Corte Edu ha condannato lo Stato bulgaro sia per la irragionevole lunghezza del processo sia per l'assenza di un rimedio processuale per risarcire le vittime di procedimenti giudiziari penali eccessivamente lunghi.

#### **4.1. Il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-bis: un ricorso, in origine, non effettivo.**

Passando all'esame degli artt. 6 e 13 CEDU sotto la lente focale del 41-*bis*, è evidente che la questione non può che concernere gli aspetti più propriamente procedurali del regime detentivo speciale, e dunque, il procedimento per reclamo avverso il provvedimento di imposizione o proroga.

In origine, però, l'art. 41-*bis* non prevedeva alcunché al riguardo, sicché in via interpretativa si estendeva a questi casi la disciplina prevista dall'art. 14-*ter* in materia di sorveglianza speciale<sup>204</sup>, che consentiva di formulare un reclamo davanti al Tribunale di sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla data di comunicazione del provvedimento all'interessato. Solo dopo le sentenze di condanna della Corte Costituzionale veniva introdotto il co. 2-*bis* dalla L. n. 11 del 7 gennaio 1998, che, nel fissare le regole in materia di competenza territoriale, prevedeva un termine di dieci giorni per la decisione sul reclamo, e la facoltà di proporre ricorso per cassazione avverso tale decisione.

Tuttavia, considerato che in origine i provvedimenti *ex art.* 41-*bis* avevano una durata semestrale, e che le decisioni del Tribunale di sorveglianza avverso il reclamo venivano adottate, stante la natura ordinatoria del termine<sup>205</sup>, ben oltre i dieci giorni previsti dalla legge, i successivi ricorsi per cassazione venivano sistematicamente dichiarati inammissibili per carenza sopravvenuta di interesse, in quanto i decreti impositivi erano *medio tempore* scaduti e sostituiti da nuovi decreti<sup>206</sup>.

Poiché, dunque, i detenuti lamentavano l'assenza di un vaglio effettivo sulle loro doglianze per effetto della sostanziale vanificazione del potere di impugnazione a causa dei ritardi nell'esame dei reclami, la questione è così pervenu-

---

<sup>204</sup> F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo*, cit., p. 359.

<sup>205</sup> E. ODDO, *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 911.

<sup>206</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 221.

ta all'esame della Corte Edu la quale ha avuto modo di pronunciarsi al riguardo in due importanti pronunce.

Nel caso Messina (n. 2)<sup>207</sup>, il ricorrente lamentava il fatto che i suoi reclami avverso i provvedimenti che prorogavano l'applicazione del regime speciale non fossero stati esaminati dal Tribunale di sorveglianza se non dopo parecchi mesi dalla loro promulgazione, e, soprattutto, il fatto di non avere mai ottenuto una pronuncia da parte della Corte di Cassazione. Pur non negando che sussistesse una specifica giurisdizione per i reclami in materia, il ricorrente riteneva che tale rimedio fosse, in realtà, ineffettivo, stante la sistematica violazione del termine previsto dalla legge per la decisione. Infatti, nonostante la proposizione di ben nove reclami, nessuno di essi era stato deciso in termine.

La Corte, pur precisando che il diritto garantito dall'art. 13 non è violato dal mero fatto del mancato rispetto del termine per emettere la decisione, ma tenendo conto, d'altro canto, del limitato periodo di validità dei decreti impositivi (sei mesi) e del fatto che il Ministro della giustizia, in fase di rinnovazione del provvedimento, non è vincolato da eventuali decisioni del Tribunale di sorveglianza al punto da potere liberamente reintrodurre eventuali restrizioni revocate giudizialmente, è pervenuta alla conclusione che la sistematica violazione del termine di legge per decidere avverso i reclami avesse ridotto considerevolmente, fino a nullificare, l'impatto del controllo giudiziale sui decreti del Ministro della giustizia. Pertanto, la Corte ha considerato tali reclami come rimedi non effettivi per contestare l'applicazione o la proroga del 41-*bis*, con conseguente affermazione della violazione dell'art. 13 CEDU.

Nel successivo caso Ganci<sup>208</sup>, la Corte ha evidenziato una disfunzione ancora più grave rispetto a quella emersa nel caso Messina, posto che non erano stati rilevati meri ritardi nelle pronunce di merito da parte dei Tribunali di sorveglianza ma, in alcuni casi, una diretta declaratoria di irricevibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

---

<sup>207</sup> Messina c. Italia (n. 2), cit., §§ 84 ss.

<sup>208</sup> Ganci c. Italia, n. 41576/98, Corte Edu 2003, §§ 19 ss.

L'assenza di qualsiasi decisione sul merito ha così azzerato la portata del controllo esercitato dai tribunali sui decreti del ministro della giustizia, rilevando stavolta, non tanto sotto il profilo della carenza di un ricorso effettivo, quanto sotto quello della violazione del diritto di accesso ad un tribunale, rilevante ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU, con conseguente assorbimento delle doglianze ex art. 13.

La controversia, pur non attenendo propriamente a una questione penale, che sarebbe venuta in rilievo nel diverso caso di accertamento della responsabilità di un individuo per la commissione di un fatto costituente reato, poteva comunque rientrare sotto la copertura dell'art. 6 nel suo versante civilistico, in quanto concernente comunque un diritto civile (nello specifico i diritti della persona) sulla tutelabilità processuale dei quali avrebbe dovuto pronunciarsi necessariamente un giudice.

Considerato, dunque, che la Corte Edu, nel dichiarare la violazione degli artt. 6 e 13 CEDU si è concentrata sull'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni per la decisione sul reclamo, sulla durata limitata dei decreti e sulla non vincolatività delle decisioni di accoglimento dei reclami nei confronti del Ministro della giustizia in caso di nuova applicazione del regime<sup>209</sup>, il legislatore nazionale ha ritenuto di intervenire al fine di adeguarsi alle statuizioni dei giudici di Strasburgo e così eliminare il rischio di nuove e ulteriori condanne nei confronti dell'Italia. Così, con la novella del 2002, è stato previsto l'allungamento della durata dei provvedimenti impositivi da sei mesi a un periodo che va da un minimo di un anno fino a un massimo di due anni. Soprattutto, però, si introduceva il comma 2-*sexies*, in base al quale, qualora il reclamo avverso il provvedimento di imposizione o proroga fosse stato accolto, il Ministro della giustizia, ove avesse inteso disporre un nuovo provvedimento o ripristinare limitazioni eventualmente revocate, avrebbe dovuto basarsi su elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo.

---

<sup>209</sup> Cfr. E. ODDO, *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, cit., p. 910.



Nulla, invece, dal punto di vista del termine di dieci giorni, profilo, al contrario, ulteriormente complicato dal riferimento, in tema di reclamo, alle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p., che prevedono termini specifici per la *vocatio in ius* incompatibili *ex se* con quelli stabiliti dal co. 2-*sexies* dell'art. 41-*bis*<sup>210</sup>.

L'intervento del legislatore ha così consentito di precludere ulteriori condanne da parte della Corte Edu.

Tuttavia, il procedimento per reclamo non risulta ancora perfettamente coerente con i canoni dell'equo processo, considerato che, invece di porre le condizioni per consentire il rispetto del breve termine, si è ritenuto piuttosto di allungare la durata del provvedimento. La fallacità di questa tecnica legislativa emerge, del resto, dalla considerazione che la *ratio* di un termine tanto breve, come riconosciuto dalla stessa Corte Edu, risiede nel carattere temporaneo del provvedimento impositivo e, soprattutto, nell'esigenza di garantire la tempestività della pronuncia a fronte di una incisione profonda sui diritti del detenuto<sup>211</sup>.

In ogni caso, a ulteriore sostegno dei diritti procedurali del detenuto, è intervenuta la Corte di Cassazione<sup>212</sup> la quale, dimostrando di voler recepire la giurisprudenza di Strasburgo, ha ritenuto che la scadenza del provvedimento impositivo non fa venir meno l'interesse del detenuto all'impugnazione, precludendo così una possibile declaratoria di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse. La Corte, valorizzando la previsione del nuovo co. 2-*sexies*, ha ritenuto in particolare che, essendo l'esito del sindacato giurisdizionale destinato a riflettere effetti vincolanti sul rinnovato esercizio del potere di applicazione o proroga del trattamento penitenziario differenziato da parte del Ministro della Giustizia, il detenuto mantiene intatto l'interesse affinché si stabilizzino le statuizioni a lui favorevoli adottate dal Tribunale di sorveglianza.

---

<sup>210</sup> L'art. 666, co. 3, c.p.p. prevede infatti che l'avviso di fissazione dell'udienza in camera di consiglio debba essere comunicato ai difensori almeno dieci giorni prima. In tal modo, è evidente come il termine di dieci giorni previsto per il reclamo si esaurisca solo per la notifica dell'avviso in questione.

<sup>211</sup> Messina c. Italia (n. 2), cit., § 95.

<sup>212</sup> Cass. pen. Sez. I, 26 gennaio 2004, n. 4599, in *Guida dir.*, 2004, n. 8, p. 71.

## **4.2. La partecipazione al dibattimento a distanza al vaglio della Corte Edu.**

Ulteriore questione che viene in rilievo in materia di equità processuale, sotto il versante del diritto di difesa di cui al comma 3, lett. c), è rappresentata dalla partecipazione all'udienza a distanza. Questo istituto, dichiarato legittimo dalla Corte Costituzionale<sup>213</sup>, è passato indenne anche dal vaglio della Corte Edu. In più di un caso i giudici di Strasburgo hanno ritenuto, infatti, che la videoconferenza, laddove applicata nei confronti di detenuti ristretti a regime speciale, perseguisse finalità legittime<sup>214</sup>. Nonostante la comparsa dell'imputato rivesta nel bilancio della Convenzione un'importanza capitale nell'interesse di un processo penale giusto ed equo<sup>215</sup>, tanto in relazione al suo diritto di essere ascoltato che alla necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con quanto sostenuto dalla vittima e dai testimoni, la traduzione di un detenuto così pericoloso in udienza implica, ad avviso della Corte, l'adozione di misure di sicurezza speciali, il concreto pericolo di fuga e di attentato, la ripresa dei contatti con l'organizzazione criminale di riferimento, il rischio di intimidazione dei testimoni. Pertanto, l'adozione della videoconferenza in questi casi risulta necessaria a garantire la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione del crimine, la protezione dei diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza dei testimoni e delle vittime delle infrazioni, e inoltre il rispetto dell'esigenza di un termine ragionevole della durata dei procedimenti giudiziari.

Verificata la compatibilità astratta con la Convenzione, la Corte si premura di accertare, altresì, che le modalità concrete di svolgimento della videoconferenza non possano in qualche modo ledere i diritti di difesa dell'interessato, essendo possibile che, a causa di problemi di natura tecnica, il collegamento tra l'aula e il penitenziario non sia sempre ottimale, e che ciò comporti delle difficoltà nella

---

<sup>213</sup> Cfr. Cap. II, par. 5.

<sup>214</sup> Viola c. Italia, n. 45106/04, Corte Edu 2006, §§ 20 ss.; Ascitutto c. Italia, n. 35795/02, Corte Edu 2007, § 68, con nota di P. CORVI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, cit., pp. 1189 ss.

<sup>215</sup> Lala c. Paesi Bassi, n. 14861/89, Corte Edu 1994, § 33; Poitrimol c. Francia, n. 14032/88, Corte Edu 1993, § 35; De Lorenzo c. Italia, n. 69264/01, Corte Edu 2004.

trasmissione della voce o delle immagini, circostanze che porrebbero un problema di compatibilità con l'art. 6 CEDU. La Corte, tuttavia, nei due casi in cui si è pronunciata sulla questione, ha sempre ritenuto che le modalità di attuazione della videoconferenza fossero legittime, non avendo queste impedito al detenuto di comprendere e seguire quanto avveniva in udienza e di parteciparvi in modo effettivo. Né mai l'interessato aveva dimostrato di essere incorso in difficoltà o problematiche di partecipazione di sorta, né risultava che questi si fosse premurato di informare il presidente della Corte di qualsivoglia problema.

Consapevole però dei rischi che tale forma di partecipazione alle udienze comporta, la Corte di Strasburgo ha voluto precisare che le concrete modalità di svolgimento della videoconferenza non devono comunque risultare in una posizione di svantaggio sostanziale per la difesa dell'imputato rispetto alle altre parti del processo, e devono consentire all'interessato l'esercizio dei diritti e delle facoltà inerenti a un processo equo<sup>216</sup>.

In un unico caso la Corte Edu ha dichiarato la violazione dell'art. 6, e ciò, però, a causa dell'illegittimo ascolto, durante la videoconferenza, di una conversazione riservata tra detenuto e difensore da parte di un agente di polizia penitenziaria<sup>217</sup>. Preso atto che il diritto dell'imputato di comunicare con il suo avvocato al di fuori dell'udienza è uno dei requisiti che sta alla base di un processo equo in una società democratica, giacché se questi non potesse parlare al suo cliente liberamente e ricevere da lui istruzioni riservate la sua assistenza perderebbe gran parte della sua utilità, e che tuttavia, queste comunicazioni possono andare incontro a limitazioni solo per serie ragioni, nessuna giustificazione valida poteva fornirsi per l'ufficiale di p.g. che aveva ascoltato involontariamente la conversazione del detenuto con il suo avvocato. Così facendo, dunque, era stata violata la riservatezza richiesta dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. in base alla quale è pre-

---

<sup>216</sup> Ascutto c. Italia, cit., § 72.

<sup>217</sup> Zagaria c. Italia, n. 58295/00, Corte Edu 2008.

vista una regola di confidenzialità per le conversazioni tra difensore presente in aula e imputato in videoconferenza<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> Circa i dubbi e le critiche sull'istituto della videoconferenza alla luce di una visione tanto costituzionalmente quanto convenzionalmente orientata, cfr. Cap. II, par. 5.

## CAPITOLO IV

### Contrasto alla *Organisierte Kriminalität*: uno sguardo

#### all'ordinamento tedesco

SOMMARIO: 1. Il contrasto alla criminalità organizzata nell'ordinamento giuridico tedesco. — 2. Gli strumenti di polizia e investigativi. — 3. La sottrazione delle fonti di guadagno. — 4. Possibile il contrasto alla criminalità organizzata mediante speciali forme di detenzione? Uno sguardo alla *Sicherungsverwahrung*. — 4.1. La *Sicherungsverwahrung* all'esame del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte Edu. — 4.1.1. *Segue*. Il *revirement* del *Bundesverfassungsgericht*. — 4.2. La disciplina attuale della *Sicherungsverwahrung*. — 5. Carcere duro *ex art. 41-bis* ord. pen. e *Sicherungsverwahrung*: differenze e punti di contatto.

#### 1. Il contrasto alla criminalità organizzata nell'ordinamento giuridico tedesco.

In Germania il contrasto alla criminalità organizzata (*Organisierte Kriminalität*, o, abbreviato, "OK") è avvenuto nel corso degli anni in modo sensibilmente diverso rispetto a quanto accaduto in Italia.

La principale differenza va rinvenuta nell'assenza di una norma che identifichi sotto il profilo definitorio/sostanziale il reato di criminalità organizzata: la disciplina penale delle condotte riconducibili a tale categoria delittuosa viene fornita, a seconda del caso, o dai reati di "banda" o dal delitto di associazione per delinquere.

Tuttavia, se il reato di associazione per delinquere è espressamente contemplato dallo *Strafgesetzbuch* al paragrafo 129<sup>1</sup>, non esiste una fattispecie autonoma di "banda", la cui identificazione è stata affidata alla giurisprudenza che, a sua volta, l'ha qualificata come «un gruppo di almeno tre persone unite dalla volontà di commettere in futuro, per un certo tempo, più reati autonomi, singolarmente ancora incerti, appartenenti a determinate categorie delittuose»<sup>2</sup>. Le cat-

---

<sup>1</sup> § 129 StGB: «Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. 2Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine solche Vereinigung unterstützt oder für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt.

*Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses».*

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 22/03/2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2266.

egorie cui fa riferimento la giurisprudenza sono, poi, specifiche fattispecie che lo stesso *StGB* espressamente descrive come reati che possono essere perpetrati anche in qualità di membro (*Mitglied*) di una banda<sup>3</sup>, elemento qualificante che in questi casi svolge la funzione di circostanza aggravante (stante la maggiore pericolosità sociale che consegue dalla commissione di un reato da parte di un membro di una banda) senza assurgere mai a reato autonomo<sup>4</sup>.

L'associazione per delinquere (*Bildung kriminelle Vereinigung*) è disciplinata, invece — come detto — dal par. 129 *StGB*, ai sensi del quale è punita la condotta di chiunque fondi o diventi membro di un'associazione il cui scopo o la cui attività siano quelli di commettere delitti puniti con una pena reclusiva minima di due anni.

Si tratta, dunque, di fattispecie che, da un lato, non riguardano direttamente il fenomeno della criminalità organizzata (a differenza di come avviene, ad esempio, in Italia per effetto dell'art. 416-*bis* c.p.), ma che, dall'altro, possono essere di volta in volta plasmate e riadattate al fine di incriminare anche questo genere di reato. E' evidente, tuttavia, che dall'esistenza di una banda o di un'associazione per delinquere non può dedursi, in automatico, l'esistenza di un'organizzazione criminale correttamente intesa, richiedendo, questa, requisiti di tipo strutturale, organizzativo e finalistico ben più specifici di quelli necessari per dar luogo alle predette figure criminose<sup>5</sup>.

E difatti, la criminalità organizzata consiste in un'attività complessa, che presuppone un'associazione di persone e richiede la predisposizione di strutture adeguate per l'esecuzione di azioni che si inseriscono in un contesto criminale e sono volte alla consecuzione di un profitto economico o all'affermazione della

---

<sup>3</sup> Esempi ne sono il delitto di *Schwerer Bandendiebstahl*, § 244a *StGB*, che rappresenta un'ipotesi *ad hoc* di furto aggravato, e di *Menschenhandel*, § 232 *StGB*, che, ai sensi del comma 3, n. 3, prevede una sanzione privativa della libertà personale più severa se il reato di traffico di persone è commesso in qualità di membro di una banda.

<sup>4</sup> A. SINN, *Organisierte Kriminalität 3.0*, cit., pp. 25 s., afferma, al riguardo, che «*Die Bandenmitgliedschaft ist dementsprechend kein strafbegründendes, sondern ein strafschärfendes Merkmal*», laddove, «*Demgegenüber ist die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) ein strafbegründendes Merkmal*».

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16.

propria forza su un determinato territorio<sup>6</sup>: profili non richiesti dalle singole fattispecie sopra individuate.

Nemmeno in seguito all'emanazione, nel luglio del 1992, della c.d. *Organisierte Kriminalität Gesetz* (da ora in poi *OrgKG*), ossia di una legge introdotta proprio al fine di contrastare in modo più capillare ed efficace il progressivo dilagare in tutto il territorio nazionale di questo fenomeno delittuoso, sono state risolte le problematiche definitorie suesposte, essendo tale legge rimasta ancorata al *Typus* tradizionale legato alla Banda e alla *Kriminelle Vereinigung*.

Un contributo alla definizione di “organizzazione criminale” è derivato, invece, dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, che ha per lungo tempo aderito a un concetto molto ristretto di associazione per delinquere<sup>7</sup>. Secondo il *BGH*, un'associazione, ai sensi del par. 129 *StGB*, è quell'organizzazione spontanea, di durata determinata, di almeno tre persone che persegue determinati obiettivi mediante la sottoposizione della volontà del singolo alla volontà del gruppo, i cui membri stanno in un rapporto reciproco tale da sentirsi un gruppo unitario<sup>8</sup>.

Sempre secondo la giurisprudenza del *BGH*, un'associazione è rappresentata, dal punto di vista strutturale, da un grado minimo di organizzazione e dalla sussistenza di un vincolo in capo ai membri. Questa organizzazione interna deve essere così forte che il fine dell'associazione viene attuato secondo regole stabilite dallo stesso gruppo, mettendo da parte l'influenza dei singoli. I reati e le azioni pianificati e attuati dai membri dell'associazione devono realizzarsi in questo con-

---

<sup>6</sup> Bundesministerium des Innern, Bundesministerium der Justiz, *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, p. 441

<sup>7</sup> Prima ancora della giurisprudenza, un contributo alla definizione del concetto di *Organisierte Kriminalität* è stato fornito dal c.d. *Gemeinsame Arbeitsgruppe Justiz/Polizei*, un gruppo di lavoro coordinato dal *Bundeskriminalamt* (BKA), che ha cercato di rendere il concetto di “OK” più aderente alle sue caratteristiche criminologiche che presuppongono specifici requisiti strutturali, organizzativi e psicologici, oltre che per soddisfare esigenze anche strategiche e preventive. Sono state elaborate, così, alcune linee guida dalle quali poteva ricavarci una definizione della fattispecie, che però non compare né a livello positivo, né giurisprudenziale. Secondo l'*Arbeitsgruppe* l'OK viene definita come «commissione di una pluralità di reati orientati alla realizzazione di un profitto o ad una affermazione di potere, che soli o nella loro complessità sono di particolare gravità, sempre che due o più membri collaborino per una durata lunga o comunque indeterminata; avvalendosi di strutture professionali o simil-imprenditoriali; avvalendosi della violenza o di altri mezzi di intimidazione; o al fine di influenzare la politica, i media, l'amministrazione pubblica, la giustizia o l'economia. Il concetto non ricomprende i reati commessi con finalità terroristiche».

<sup>8</sup> *BGH*, Urteil vom 03/12/2009, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 3448.

testo. E' necessario, pertanto, uno sforzo comune verso uno scopo condiviso, da perseguire per il tramite di una separazione concordata e coordinata dei ruoli e dei compiti<sup>9</sup>.

Con riferimento all'elemento psicologico, il *BGH* ha avuto modo di affermare che il membro deve essere coinvolto soggettivamente nel perseguimento dell'obiettivo criminale, e nella corrispondente formazione della volontà di gruppo in cui confluiscono quelle dei singoli. Devono pertanto sussistere all'interno dell'associazione ben determinate strutture decisorie, alle quali i membri devono assoggettarvisi in modo vincolante<sup>10</sup>.

Dall'esame codicistico e giurisprudenziale che precede, pare in effetti che il par. 129 *StGB* e la nozione di "Banda" siano dei contenitori forse troppo stretti e forzati per ricomprendere un concetto complesso e proteiforme come quello di criminalità organizzata, e ciò soprattutto se si considerano gli obblighi derivanti dal diritto internazionale ed europeo.

Con la Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000, l'*OK* è stata definita come quel gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi indicati dalla medesima Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale<sup>11</sup>.

In maniera quasi sovrapponibile, nel contesto dell'UE, la Decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata ha definito come associazione criminale quell'organizzazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà, o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni, o con una pena più grave per ri-

---

<sup>9</sup> *BGH*, Urteil vom 01/10/1991, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1518.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Art. 2, Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.



cavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale<sup>12</sup>.

Tanto la Convenzione di Palermo (all'art. 5) quanto la direttiva europea summenzionata (all'art. 2) contengono, a loro volta, specifici doveri di incriminazione delle condotte riconducibili alla criminalità organizzata.

Considerati i vincoli sovranazionali, e considerata altresì la formulazione particolarmente ristretta del par. 129 *StGB*, veniva avviata una procedura di infrazione contro lo Stato tedesco, la quale, a sua volta, induceva il *Bundesministerium* ad emanare nel 2016 un progetto legislativo di riforma della normativa in oggetto<sup>13</sup>.

Così, il 24 agosto 2017, ha visto la luce la nuova riforma in materia di lotta alla criminalità organizzata, la quale interviene, innanzitutto, a livello definitorio, mediante la modifica del comma 2 del par. 129 *StGB*, al fine di renderlo maggiormente coerente con le disposizioni previste dalla decisione quadro, che ora definisce l'associazione come quel gruppo di due o più persone, organizzato a lungo termine definendo i ruoli dei membri, la continuità dell'appartenenza e la struttura, e finalizzato al perseguimento di un interesse comune generale.

Si delinea così, all'interno del paragrafo 129 *StGB*, una nozione di associazione per delinquere più coerente anche con i caratteri della criminalità organizzata vera e propria: dal punto di vista temporale si richiede una certa stabilità del gruppo, mentre dal punto di vista organizzativo è necessaria la predisposizione di una apposita struttura caratterizzata dalla suddivisione dei ruoli tra i membri. Caratteristica tipica della criminalità organizzata, che trova espressione anche nel nuovo comma secondo del par. 129, è poi la fissazione di un obiettivo non meglio precisato, ma identificabile, mediante un richiamo alle norme sovranazionali, in un vantaggio diretto o indiretto di tipo patrimoniale o materiale.

---

<sup>12</sup> Art. 1, Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24 ottobre 2008.

<sup>13</sup> A. SINN, *Von Trojanern, Hybriden und Serviceanbietern. 25 Jahre Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)*, in A. SINN - P. HAUCK - M. NAGEL - L. WÖRNER, *Populismus und alternative Fakten*, Tübingen, 2020, p. 274.

## 2. Gli strumenti di polizia e investigativi.

Tra i principali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, al di là delle norme che svolgono una semplice funzione definitoria e incriminatrice va annoverata, *in primis*, la *Rasterfahndung*<sup>14</sup> (“ricerca a rete”). Si tratta di un mezzo prettamente preventivo e di supporto all’attività di polizia, e consiste in un procedimento di elaborazione dati che, per mezzo di un controllo incrociato tra raggruppamenti di diverse informazioni, consente di individuare una determinata persona.

Si tratta di una tecnica di indagine molto diversa da quelle tradizionali le quali presuppongono sempre che si conosca il *target* della ricerca. Obiettivo della *Rasterfahndung* è, viceversa, quello di individuare, partendo da alcune informazioni di partenza, la persona nei confronti della quale dirigere le accuse penali<sup>15</sup>.

In questo modo, per il tramite di una pluralità di banche dati pubbliche e private, è possibile filtrare, in seguito alla creazione di un profilo (il c.d. *Täterprofil*) in cui vengono raggruppate tutte le caratteristiche del sospettato (sesso, etnia, *range* di età, provenienza, ecc.), determinati gruppi di persone al fine di restringere progressivamente il campo fino a ottenere un cerchio il più ristretto possibile di persone che posseggono determinate caratteristiche comuni, e così potere svolgere le vere e proprie attività di indagine in modo mirato<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Pur una disamina generale, cfr., J. SIMON - J. TAEGER, *Rasterfahndung - Entwicklung, Inhalt und Grenzen einer kriminalpolizeilichen Fahndungsmethode*, Baden-Baden, 1981, pp. 11 ss; H. LISKEN, *Zur polizeilichen Rasterfahndung*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2002, pp. 513 ss.

<sup>15</sup> C. S. SCHEWE, *Rasterfahndung*, in H. J. LANGE - M. GASCH, *Wörterbuch zur innern Sicherheit*, Berlin, 2006, p. 263.

<sup>16</sup> Vista l’incidenza su alcuni diritti fondamentali della persona, il procedimento di *Rasterfahndung* è stato oggetto di una importante pronuncia da parte del *Bundesverfassungsgericht*, il quale ne ha vagliato la compatibilità con il principio di autodeterminazione informativa (*informationelle Selbstbestimmung*). Secondo il Tribunale Costituzionale Federale, la *Rasterfahndung* preventiva e con funzione di polizia è ammissibile solo laddove vi sia un pericolo concreto per beni giuridici fondamentali, come l’esistenza o la sicurezza della Nazione o di un *Land*, la vita, la libertà o l’integrità fisica di una o più persone. Ad avviso della Corte non è pertanto sufficiente una situazione di minaccia generalizzata come quella derivante dall’11 settembre, o da una situazione di tensione di politica estera, essendo necessari ulteriori elementi specifici da cui possa derivare un pericolo concreto, come, ad esempio, la preparazione o l’esecuzione di un attentato terroristico. Al riguardo, cfr. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04. April 2006, in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

Con riferimento, invece, alle misure investigative, tra di esse funzione primaria è svolta dalla *Telekommunikationsüberwachung* (da ora in poi, *TKÜ*), ossia la sorveglianza delle comunicazioni telematiche, disciplinata dal paragrafo 100a dello *Strafprozessordnung*<sup>17</sup> (da ora in poi *StPO*), il codice di diritto processuale penale tedesco.

Sebbene si tratti di una misura non disciplinata direttamente dall'*OrgKG*, essendo stata inserita ben prima della sua entrata in vigore nello *StPO* (e cioè nel 1968), essa può essere considerata come il prototipo di altre misure di indagine disciplinate dalla stessa *OrgKG*<sup>18</sup>.

Esistono tre tipologie di *TKÜ*, funzionali alla creazione di un *Baukastsysteme*<sup>19</sup>, e cioè di un sistema a incastro elaborato proprio al fine di impedire i cc.dd. *Lücke*, ossia i vuoti di tutela.

La *Quellen-Telekommunikationsüberwachung*, disciplinata dal par. 100a *StPO*, consente di accedere direttamente alla fonte dei dati per potere essere questi scaricati ancor prima di essere cifrati, e ciò mediante l'infiltrazione di un *software* di sorveglianza nel dispositivo del sorvegliato. Poiché il *software* in oggetto deve rimanere nascosto, camuffandosi, a seconda dei casi, in un aggiornamento, in una foto, in un allegato, in un *link*, ecc., questo strumento, come accaduto anche in Italia con il captatore informatico, ha preso il nome di *Trojan*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> § 100a *StPO*: «Auch ohne Wissen der Betroffenen darf die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet werden, wenn

1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat,

2. die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt und

3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf auch in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln in von dem Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingegriffen wird, wenn dies notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung insbesondere in unverschlüsselter Form zu ermöglichen».

<sup>18</sup> K. BERNSMANN - K. JANSEN, *Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle. Ein systematischer Überblick*, in *Strafverteidiger*, 1998, pp. 218 ss.

<sup>19</sup> A. SINN, *Von Trojanern, Hybriden und Serviceanbietern*, cit., p. 268.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 264.

La *kleine On-line Durchsuchung* ossia la “piccola perquisizione *on-line*”, disciplinata dal par. 100a, co. 1, terzo periodo, *StPO*<sup>21</sup>, serve, invece, a monitorare e registrare determinate comunicazioni mediante un *software* di sorveglianza nel caso in cui il processo di trasmissione di questi dati sia già stato completato ed essi siano stati già memorizzati su un applicazione del sistema informatico dell’indagato<sup>22</sup>.

Il paragrafo 100b *StPO*<sup>23</sup> disciplina, infine, la *On-line Durchsuchung*, anche conosciuta come *große On-line Durchsuchung* per distinguerla dalla misura di indagine di cui al paragrafo precedente.

Questo strumento, in particolare, consente alle forze dell’ordine di osservare tutte le informazioni archiviate nei dispositivi elettronici, così come nel *cloud*, dell’interessato e di monitorare il comportamento degli utenti sul dispositivo senza che questi ne venga a conoscenza<sup>24</sup>.

### **3. La sottrazione delle fonti di guadagno.**

Passando da un piano investigativo a un piano più strettamente sostanziale, la lotta alla criminalità organizzata richiede la predisposizione di strumenti di ablazione patrimoniale (*Vermögensabschöpfung*).

---

<sup>21</sup> § 100a, ab. 1, s. 3, *StPO*: «Auf dem informationstechnischen System des Betroffenen gespeicherte Inhalte und Umstände der Kommunikation dürfen überwacht und aufgezeichnet werden, wenn sie auch während des laufenden Übertragungsvorgangs im öffentlichen Telekommunikationsnetz in verschlüsselter Form hätten überwacht und aufgezeichnet werden können».

<sup>22</sup>A. SINN, *Von Trojanern, Hybriden und Serviceanbietern*, cit., p. 266.

<sup>23</sup> § 100b *StPO*: «Auch ohne Wissen des Betroffenen darf mit technischen Mitteln in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen und dürfen Daten daraus erhoben werden (Online-Durchsuchung), wenn

1.bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete besonders schwere Straftat begangen oder in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht hat,

2.die Tat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt und

3.die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre».

<sup>24</sup>A. SINN, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze*, cit., p. 10.

Invero, se si parte dal presupposto che il denaro è la “linfa vitale” dell’OK<sup>25</sup>, è solo attraverso la sottrazione delle sue fonti di guadagno che può delinearsi un’efficace strategia di contrasto.

L’istituto della confisca ordinaria<sup>26</sup>, disciplinata dal par. 73 StGB<sup>27</sup>, prevede l’ablazione obbligatoria dei proventi diretti (comma 1<sup>28</sup>) e indiretti (commi due e tre<sup>29</sup>) del reato (la norma parla di *rechtswidrige Tat*, ossia di fatto illecito). Ciò produce l’effetto, analogamente a quanto avviene nell’ordinamento italiano, di determinare il trasferimento della proprietà del bene in favore dello Stato in seguito al passaggio in giudicato della sentenza ove è contenuto il provvedimento ablatorio, e ciò sia nel caso in cui il bene fosse appartenuto o rientrasse nella disponibilità del reo o del correo (cfr. par. 73 StGB), sia nel caso in cui esso fosse stato riconducibile a un terzo che lo ha ottenuto in seguito alla commissione del fatto

---

<sup>25</sup> Pubblicazione del Bundestag n. 12/6784 del 04/02/1994, *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (2. OrgKG)*, consultabile sul sito [dip21.bundestag.de](http://dip21.bundestag.de), p. 2.

<sup>26</sup> Con riferimento alla natura giuridica della confisca, non v’è unicità di vedute nel panorama giuridico tedesco, non essendo chiaro se si tratti di una vera e propria sanzione penale che richieda il rispetto dei principi della colpevolezza e della presunzione di innocenza o meno. Il legislatore, così come la giurisprudenza di legittimità e costituzionale non sono convinti del carattere penale della confisca, preferendo parlare di una “*Maßnahme sui generis ohne Strafcharakter*”. Cfr. sul punto, Pubblicazione del Bundestag n. 18/9525, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, consultabile sul sito [dip21.bundestag.de](http://dip21.bundestag.de), p. 46; BGH, Urteil vom 21/08/2002, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 3339; BVerfG, Beschluß vom 14/01/2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073. La dottrina, viceversa, non ritiene che la riconducibilità della confisca a una *Maßnahme* (ossia a una misura di sicurezza) *ex par.* 11, co. 1, n. 8, StGB sarebbe sufficiente, in ossequio al principio del doppio binario (*Mehr- o Zweispurigkeit*) a escluderne il carattere penale, trattandosi di una definizione sintetica inidonea a pregiudicarne la sua natura giuridica. Al contrario, il fatto che la confisca non possa essere ricondotta a una mera compensazione tra situazione giuridica precedente e successiva all’illecito le attribuisce inevitabilmente carattere eminentemente sanzionatorio e dunque penale. Cfr., H. THEILE, *Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen sowie des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – Teil I*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2020, p. 2.

<sup>27</sup> § 73 StGB: «*Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.*

*Hat der Täter oder Teilnehmer Nutzungen aus dem Erlangten gezogen, so ordnet das Gericht auch deren Einziehung an.*

*Das Gericht kann auch die Einziehung der Gegenstände anordnen, die der Täter oder Teilnehmer erworben hat*

*1. durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder*

*2. auf Grund eines erlangten Rechts».*

<sup>28</sup> Che prevede la confisca di quanto conseguito dalla commissione di un fatto illecito.

<sup>29</sup> Il comma secondo prevede la confisca delle utilità derivanti da quanto ottenuto dal reato. Il comma terzo prevede, invece, il potere discrezionale del giudice di disporre la sottrazione di ciò che deriva dalla cessione di quanto ottenuto dal reato o che funge da compensazione per la sua distruzione, danneggiamento o sottrazione.

illecito o per altri motivi ma nella consapevolezza delle circostanze di reato (cfr. par. 73b *StGB*)<sup>30</sup>.

Al fianco della confisca ordinaria, si pone la “*erweiterte Einziehung*”, disciplinata dal par. 73a *StGB*<sup>31</sup>.

Si tratta di una forma “sussidiaria” di confisca che si caratterizza per una connessione più attenuata tra i beni da colpire e il fatto di origine (*Herkunftstat*): mentre, infatti, la confisca classica presuppone l’accertamento di un nesso di derivazione da un reato, la *erweiterte Einziehung* consente l’ablazione di beni ottenuti “tramite” o “per” un fatto diverso dal reato in contestazione<sup>32</sup>.

I requisiti di applicazione della confisca estesa sono: l’esistenza di un reato; l’individuabilità di un bene; l’aver acquisito il bene “tramite” o “per” un altro fatto illecito<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> H. THEILE, *Die strafrechtliche Einziehung*, cit., p. 2.

<sup>31</sup> § 73 a *StGB*: «Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden, so ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind.

*Hat sich der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung der Einziehung nach Absatz 1 an einer anderen rechtswidrigen Tat beteiligt und ist erneut über die Einziehung seiner Gegenstände zu entscheiden, berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung».*

<sup>32</sup> H. THEILE, *Die strafrechtliche Einziehung*, cit., p. 81.

<sup>33</sup> Evidente è la somiglianza con la “confisca allargata” di cui al neo-introdotta art. 240-bis c.p. Sebbene la *erweiterte Einziehung* non consista in una ipotesi di confisca basata su un giudizio di sproporzione tra valore del bene e il proprio reddito, comune è l’elemento dell’assenza di un nesso di pertinenzialità tra reato oggetto di accertamento e bene confiscato. Si ricordi che sul punto la Corte Costituzionale, con la sentenza 21 febbraio 2018, n. 33, ha fortemente ridimensionato siffatto elemento costitutivo, sancendo che sia necessario pur sempre una correlazione temporale tra acquisto del bene e reato contestato.

Differente è, invece, la disciplina della *selbständige Einziehung*, di cui al par. 76a StGB<sup>34</sup>. Con questa misura, al soggetto sospettato di determinati reati (tra cui si fa riferimento, al comma 4, a quelli di associazione per delinquere; associazione terroristica; traffico di persone; sfruttamento del lavoro e della prostituzione commessi da una banda; riciclaggio) possono essere sottratti i beni derivanti dal reato stesso o da altri fatti illeciti (comma 4) quando sussistono i presupposti previsti per la confisca, anche se la persona non può essere processata o condannata. In altri termini, si tratta di una forma di ablazione patrimoniale che prescinde dalla perseguibilità penale dell'autore del reato, e che, anzi, presuppone l'impossibilità di pervenire ad un provvedimento di condanna. Sarà pertanto necessario instaurare un autonomo procedimento di confisca ai sensi dei parr. 435 e 436 StPO (*Selbständiges Einziehungsverfahren*)<sup>35</sup>.

Una rilevante novità, in quanto introdotta con la novella del 2017, è rappresentata dalla possibilità di pervenire a una confisca autonoma, ai sensi del comma quarto, di un bene di provenienza illecita che è stato sequestrato nel processo per uno dei reati indicati nel catalogo di cui al medesimo articolo, se il proposto non può essere perseguito o condannato per il reato. Si parla in questo caso di *selb-*

---

<sup>34</sup> § 76a StGB: «Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so ordnet das Gericht die Einziehung oder die Unbrauchbarmachung selbständig an, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben ist, im Übrigen vorliegen. 2Ist sie zugelassen, so kann das Gericht die Einziehung unter den Voraussetzungen des Satzes 1 selbständig anordnen. 3Die Einziehung wird nicht angeordnet, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen oder bereits rechtskräftig über sie entschieden worden ist.

Unter den Voraussetzungen der §§ 73, 73b und 73c ist die selbständige Anordnung der Einziehung des Tatertrages und die selbständige Einziehung des Wertes des Tatertrages auch dann zulässig, wenn die Verfolgung der Straftat verjährt ist. Unter den Voraussetzungen der §§ 74b und 74d gilt das Gleiche für die selbständige Anordnung der Sicherungseinziehung, der Einziehung von Schriften und der Unbrauchbarmachung.

Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn das Gericht von Strafe absieht oder wenn das Verfahren nach einer Vorschrift eingestellt wird, die dies nach dem Ermessen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts oder im Einvernehmen beider zulässt.

Ein aus einer rechtswidrigen Tat herrührender Gegenstand, der in einem Verfahren wegen des Verdachts einer in Satz 3 genannten Straftat sichergestellt worden ist, soll auch dann selbständig eingezogen werden, wenn der von der Sicherstellung Betroffene nicht wegen der Straftat verfolgt oder verurteilt werden kann. 2Wird die Einziehung eines Gegenstandes angeordnet, so geht das Eigentum an der Sache oder das Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über».

<sup>35</sup> H. THEILE, *Die strafrechtliche Einziehung*, cit., p. 83.

*ständige erweiterte Einziehung* proprio per sottolineare la combinazione tra la fattispecie da ultimo descritta e quella di cui al già esaminato par. 73a *StGB*<sup>36</sup>.

Ai fini della confisca autonoma di cui al comma quattro, il Tribunale deve basarsi su un parametro ulteriore, descritto dal par. 436 *StPO*: il giudice deve essere convinto della provenienza illecita del bene sulla base, in particolare, di una grossa sproporzione tra valore di questo e le entrate lecite dell'interessato.

Il rischio, anche considerato il contesto positivo in cui è stata inserita la nuova ipotesi di confisca, è che il riferimento a un processo *in rem* finisca per dissimulare, *de facto*, una pena del sospetto, essendo applicata una sanzione sulla base della mera supposizione della commissione di un reato<sup>37</sup>.

Sia in considerazione del presupposto dell'assenza di una condanna soggettiva, sia per l'utilizzo del parametro di giudizio della sproporzione, è chiara la somiglianza della *selbstständige erweiterte Einziehung* con la confisca di prevenzione italiana o con l'anglo-americana *non conviction-based confiscation/forfeiture*<sup>38</sup>.

#### **4. Possibile il contrasto alla criminalità organizzata mediante speciali forme di detenzione? Uno sguardo alla *Sicherungsverwahrung*.**

Nell'ordinamento giuridico tedesco il contrasto alla criminalità organizzata non passa attraverso la predisposizione di specifiche forme detentive che abbiano il fine, potrebbe dirsi analogo al 41-*bis* ord. pen., di impedire i contatti tra i vertici dei gruppi criminali e gli altri esponenti ancora in circolazione.

Esiste tuttavia una misura privativa della libertà personale, la c.d. custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) che, pur essendo istituzionalmente e

---

<sup>36</sup> Il legislatore, nei lavori preparatori, ha ritenuto questa misura giustificata in quanto priva di carattere penale: si tratta, a suo avviso, di un procedimento "*in rem*" nel quale è possibile fare ricorso persino alle regole di argomentazione e dell'onere della prova proprie del diritto civile, e non è necessario, al contrario, rispettare il principio di colpevolezza o di presunzione di innocenza, ma solo il diritto alla tutela della proprietà *ex art. 14 Grundgesetz*. Cfr., Pubblicazione del *Bundestag* n. 18/9525 cit., p. 73. Cfr. altresì, M. KORTE, *Vermögensabschöpfung reloaded*, in *Wistra*, 2018, p. 1.

<sup>37</sup> R. KÖLLNER - J. MÜCK, *Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, in *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, 2017, p. 598.

<sup>38</sup> A. SINN, *Von Trojanern, Hybriden und Serviceanbietern*, cit., p. 280.



tradizionalmente volta a contenere il pericolo derivante dalla criminalità abituale e soprattutto legata alla commissione di reati sessuali, non è astrattamente incompatibile con alcune fattispecie criminose tipicamente connesse al fenomeno della criminalità organizzata. Essa condivide con il 41-*bis* la spiccata funzione di prevenzione di futuri reati, e viene irrogata in seguito ad una prognosi di pericolosità in qualche modo avvicinabile a quella che presuppone l'applicazione del regime detentivo speciale ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. pen.

Innanzitutto, la *Sicherungsverwahrung* è una misura di sicurezza. Anche l'ordinamento teutonico conosce, infatti, il doppio binario sanzionatorio (*Zweispurigkeitssysteme*), che contrappone le pene (*Strafe*) alle misure di correzione e prevenzione (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*). Le prime consistono principalmente nella reclusione e nella multa, sono accordate in funzione della colpevolezza del reo e sono regolate dalla legge in vigore al momento del fatto (cfr. par. 2, co. 1-3, *StGB*). Le seconde, invece, ricomprendono principalmente la reclusione in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura, ovvero nella custodia di sicurezza (cfr. par. 61 *StGB*)<sup>39</sup>. Scopo di queste misure è quello, da un lato, di riabilitare il reo e, dall'altro, di tutelare la collettività a fronte della commissione di reati gravi. Non sono legate alla colpevolezza dell'agente ma alla pericolosità sociale dell'autore che, insieme alla proporzionalità rispetto alla gravità del fatto commesso o atteso dall'imputato, rappresenta unico loro limite (cfr. par. 62 *StGB*). Sono regolate, infine, dalla legge in vigore al momento della condanna giudiziale (cfr. par. 2, co. 6, *StGB*)<sup>40</sup>.

Con riferimento specifico alla *Sicherungsverwahrung*, essa è stata introdotta nel *Reichsstrafgesetzbuch* (*RStGB*), parallelamente alla prima formulazione del doppio binario, con la legge contro i delinquenti abituali pericolosi e sulle misure di prevenzione e correzione (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrechers*

---

<sup>39</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinsacita delle misure di sicurezza custodiali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 luglio 2011, p. 3; F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale*, in AA. VV., *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Torino, 2012, p. 332.

<sup>40</sup> M. c. Germania, n. 19359/04, Corte Edu, 2009, §§ 45 ss.

*und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*) del 24 novembre 1933<sup>41</sup>. Ai sensi del par. 42e *RStGB*, in presenza di determinati precedenti, avrebbe dovuto disporsi obbligatoriamente, oltre la pena, la misura in esame quando la sicurezza pubblica lo avesse richiesto.

Con la caduta del regime nazionalsocialista, la custodia rimase in vigore nel codice penale del 1953 ma, se in origine le misure di sicurezza erano nate con una evidente funzione di neutralizzazione, nel nuovo codice, grazie al recepimento delle proposte del Progetto alternativo di codice penale<sup>42</sup>, esse si sono sviluppate secondo l'opposta funzione della prevenzione speciale sia positiva (come nel caso dell'internamento in istituti socio-terapici) sia negativa (come nel caso della *Sicherungsverwahrung*)<sup>43</sup>.

In seguito, con la prima legge di riforma del diritto penale del 25 giugno 1969 (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*), è stato previsto, come presupposto per ordinare la custodia di sicurezza, quello della pericolosità sociale del reo per la collettività, quale conseguenza di una propensione (*Hang*) alla commissione di reati gravi. Contemporaneamente sono stati aggravati i requisiti relativi alla condanna e ai reati presupposto, è stato abbreviato il termine per la revisionabilità della misura, ed è stata consentita la sospensione della stessa con contemporanea sottoposizione del detenuto alla libertà condizionale.

Con la riforma del 1998, per il contrasto ai delitti sessuali e altri reati gravi (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*)<sup>44</sup>, è stata introdotta la possibilità, al par. 66, co. 3, *StGB*, di disporre la custodia di sicurezza in seguito alla commissione di specifici reati, in presenza di una recidiva semplice e non più solo a partire dalla commissione di tre reati; è stato innalzato il termine di dieci anni per le ipotesi di prima applicazione della misura; ed è stata prevista la possibilità, a seguito di una valutazione giudiziale, di

---

<sup>41</sup> H. SCHÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2012, p. 47.

<sup>42</sup> *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1969, p. 132.

<sup>43</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p. 5.

<sup>44</sup> Sulla novella del 1998, cfr., K. LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, pp. 703 ss.

prolungare la misura oltre i dieci anni, quando non fosse venuta meno la pericolosità sociale del sottoposto (par. 67d, co. 3, per. 1)<sup>45</sup>.

Si delineava, così, la c.d. custodia di sicurezza primaria, applicabile obbligatoriamente in presenza di una condanna ad almeno due anni per uno dei reati gravi inseriti nell'elenco di cui al par. 66, co. 1, lett. a), b), c), *StGB*, a sua volta preceduta da due condanne ciascuna a una pena di almeno un anno per i medesimi reati, e dall'esame complessivo della sua persona e delle sue condotte fosse emersa, al momento della condanna, una pericolosità sociale consistente nella propensione alla commissione di reati gravi, dai quali sarebbe potuta derivare una seria lesione fisica o psicologica per la vittima<sup>46</sup>.

Oltre alla custodia di sicurezza obbligatoria, i commi successivi del par. 66 disciplinano alcune ipotesi di pericolosità sociale in presenza delle quali il Tribunale può disporre, in aggiunta alla pena, la misura in esame.

Al fine di colmare i vuoti di tutela che la disciplina codicistica della *Sicherungsverwahrung* inevitabilmente lasciava scoperti, nel 2002 veniva introdotto il par. 66a *StGB* con il quale si dava la possibilità al giudice, al momento della sentenza, di riservare (*vorbehalten*) al giudice dell'esecuzione, in un momento successivo, ossia alla fine dell'esecuzione della pena, la decisione se applicare o meno la custodia di sicurezza (cd. *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*).

In questo modo, si consentiva di estendere l'applicazione della misura anche a quei casi in cui la pericolosità sociale del reo non fosse già emersa nel corso del processo con sufficiente certezza, ma fosse probabile (*nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar aber wahrscheinlich ist*) la sussistenza dei presupposti di cui al par. 66, co. 1, n. 4 (ossia la sua propensione a commettere reati gravi).

---

<sup>45</sup> H. SCHÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 47, oltre a indicare le principali novità della novella, ricorda come la riforma in senso estensivo del 1998 fosse stata determinata, dopo un'iniziale applicazione della custodia di sicurezza prevalentemente ad autori di reati contro il patrimonio, da alcuni episodi di cronaca relativi allo stupro e al conseguente assassinio (testualmente, *Sexualmorde*) di due bambini.

<sup>46</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p. 6.

L'introduzione della riserva di custodia di sicurezza non copriva però i casi in cui la pericolosità sociale del reo fosse emersa esclusivamente durante la fase esecutiva, sicché non sarebbe stato possibile, al momento della sentenza, né disporre né riservare l'applicazione di tale provvedimento restrittivo. Ecco che nel 2004, dopo che già i *Länder* avevano previsto la possibilità di applicare *ex post* la custodia di sicurezza ad autori di reati particolarmente pericolosi, venne introdotta, al par. 66b *StGB*, la c.d. custodia di sicurezza postuma (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*).

Quest'ultima, in origine, poteva essere disposta in tre ipotesi distinte: nei confronti di recidivi di reati gravi; in caso di autori primari di reati di particolare gravità a connotazione violenta o sessuale, condannati ad una pena non inferiore a cinque anni di reclusione; in caso di internamento in un ospedale psichiatrico qualora, alla fine dell'esecuzione della misura di sicurezza, gli internati fossero risultati ancora pericolosi.

In questi tre casi poteva essere applicata la custodia di sicurezza anche laddove la pericolosità dell'autore fosse emersa da elementi nuovi, successivi alla sentenza di condanna, e sempre che fosse possibile compiere un giudizio di pericolosità analogo a quello previsto nei parr. 66 e 66a *StGB*, sebbene aggravato dal fatto che la propensione alla commissione di reati di particolare gravità dovesse emergere con elevata probabilità (*mit hoher Wahrscheinlichkeit*)<sup>47</sup>.

Si nota, dunque, come, mediante la progressiva stratificazione delle ipotesi di custodia di sicurezza, si sia gradualmente sovvertita la regola, fissata nell'ipotesi primaria, della contestualità fra la decisione di condanna e l'applicazione del provvedimento preventivo.

Questa sedimentazione ha determinato, pertanto, una modifica *in peius* di una misura già di per sé particolarmente severa, e ciò a causa, probabilmente, delle forti spinte populiste derivanti, in particolare, dalla pressione mediatica connessa ad alcuni casi di reati sessuali gravi che hanno indotto l'esecutivo a introdurre alcuni contrappesi a un sistema penale incentrato essenzialmente sulla

---

<sup>47</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p. 8.

colpevolezza e su cornici edittali relativamente basse, che lasciava scoperta la collettività da quelle forme più violente e persistenti di criminalità<sup>48</sup>.

#### **4.1. La *Sicherungsverwahrung* all'esame del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte Edu.**

L'istituto della *Sicherungsverwahrung* ha frequentemente posto il problema della sua legittimità, dal momento che la relativa disciplina è parsa in contrasto con alcuni principi fondamentali, come la dignità della persona; il principio di certezza del diritto; il divieto di retroattività della sanzione penale; il divieto di *bis in idem*; il principio di uguaglianza; il divieto di trattamenti inumani e degradanti, enucleati tanto nel *Grundgesetz* quanto nella CEDU.

Era prevedibile, pertanto, che in seguito ai numerosi interventi che nel corso degli anni hanno modificato *in peius* la fisionomia della custodia di sicurezza, venisse sollecitato l'intervento del Tribunale Costituzionale Federale.

Inizialmente, tuttavia, il *Bundesverfassungsgericht* si è dimostrato particolarmente indulgente nei confronti della misura in esame, adagiandosi su interpretazioni formalistiche e privilegiando l'interesse alla tutela della collettività a fronte della pericolosità sociale manifestata da certi soggetti.

Con la sentenza del 5 febbraio 2004, in particolare, il Tribunale ha rigettato un ricorso con cui si censurava l'efficacia retroattiva dell'abolizione del termine massimo di durata di dieci anni alle misure disposte prima dell'entrata in vigore della novella del 1998<sup>49</sup>.

La Corte ha ritenuto, *in primis*, la *Sicherungsverwahrung*, indipendentemente dalla sua durata, compatibile con il principio della dignità dell'uomo (*Menschenwürde*), che nella legge fondamentale tedesca trova fondamento nell'art. 1, co. 1, *G.G.* Questo valore cardine non verrebbe leso, infatti, tutte le volte in cui il persistere della misura sia giustificato dalla costante pericolosità sociale del soggetto, purché la privazione della libertà sia orientata alla eventuale futura riap-

---

<sup>48</sup> Cfr. F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung*, cit., pp. 343 s.

<sup>49</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01, in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

propria di una vita libera e responsabile<sup>50</sup>. Si è fatto ricorso, dunque, a un giudizio di bilanciamento tra valori contrapposti che consentisse di accertare la proporzionalità (*Verhältnismaßigkeit*) della misura, unico limite all'applicazione delle misure di correzione e prevenzione.

Non è stata dichiarata, poi, neanche la violazione del diritto alla libertà personale, di cui all'art. 2, co. 2, *G.G.*, dal momento che l'applicazione della misura restrittiva oltre i dieci anni poteva essere ammessa laddove ciò fosse stato necessario a impedire, sulla base di un giudizio prognostico da assoggettare a periodico riesame da parte del giudice, forme gravi di aggressione alla persona umana o alla sua psiche<sup>51</sup>.

La Corte non ha rinvenuto, infine, nemmeno una violazione del divieto assoluto di retroattività (*Rückwirkungsverbot*), sancito dall'art. 103, co. 2, *G.G.*, in quanto la *Sicherungsverwahrung*, quale misura di sicurezza, non è assoggettata al principio di colpevolezza, ma è subordinata solo ad un giudizio di pericolosità. Le pene, invece, proprio in quanto soggette a un accertamento di colpevolezza, presuppongono che il soggetto agente conosca, o quantomeno possa conoscere, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni al fine di poter orientare i propri comportamenti secondo scelte consapevoli.

La Corte Edu, invece, sgombrando il campo da qualsivoglia pericolo di interpretazioni formalistiche e di *Etikettenschwindel*, è pervenuta ad una declaratoria di incompatibilità convenzionale della *Sicherungsverwahrung*.

---

<sup>50</sup> In particolare, è necessario che la custodia di sicurezza sia orientata alla risocializzazione dell'internato e che l'organizzazione effettiva della misura sia tale da contrastare eventuali danni derivanti dalla detenzione, così da contribuire alla riappropriazione da parte di questi dei valori del vivere civile.

<sup>51</sup> Ad avviso della Corte di *Karlsruhe*, è necessario il rispetto di alcune condizioni affinché non vi sia una violazione del diritto alla libertà personale. Innanzitutto, è necessario che la ulteriore estensione della *Sicherungsverwahrung* venga intesa nel rispetto del principio di *extrema-ratio*: poiché la regola è la cessazione della misura con il decorso del termine di dieci anni, la sua prosecuzione può essere giustificata solo nei confronti di coloro che sono ritenuti ancora pericolosi per la collettività. E' altresì necessario che la prognosi di pericolosità sia affidata a un esperto mediante la predisposizione di una consulenza che il giudice deve sottoporre a rigoroso controllo. E' necessario, infine, un graduale allentamento della misura, per consentire una progressiva preparazione dell'internato alla cessazione della custodia di sicurezza.

Nel caso M. c. Germania<sup>52</sup> — che, forse non troppo curiosamente, coinvolge il medesimo ricorrente che si era visto rigettare il ricorso di costituzionalità (c.d. *Verfassungsbeschwerde*) da parte del *Bundesverfassungsgericht* —, la Corte di Strasburgo ha sancito che la disciplina della custodia di sicurezza è contraria tanto all'art. 5, quanto all'art. 7 CEDU<sup>53</sup>.

L'art. 5 CEDU prevede una tutela molto forte della libertà personale e della sicurezza, individuando, nei sottoparagrafi da a) a f) alcuni casi specifici in cui può essere considerata legittima una privazione di siffatto diritto. La Corte ha considerato rilevanti, in materia di custodia di sicurezza, le lettere a), c) ed e). Il giudizio di illegittimità convenzionale si è incentrato, però, solo sulla lett. a), dal momento che la lett. c) avrebbe richiesto la sussistenza di un pericolo di commissione di reati specifici e concreti, laddove la custodia di sicurezza vale a impedire la commissione di una pluralità indefinibile *a priori* (quantitativamente e qualitativamente) di reati, e la lett. e) serve a consentire la limitazione della libertà personale nei confronti di soggetti di «*unsound mind*», laddove nel caso di specie, il ricorrente era stato ritenuto non più affetto da un «*serious mental disorder*».

L'ipotesi di cui alla lett. a) fa riferimento, invece, alla privazione della libertà personale avvenuta «in seguito a condanna da parte di un tribunale competente». Per verificare, dunque, se la detenzione avviene in modo legittimo, è necessario che vi sia una *condanna*, intesa tanto come accertamento di colpevolezza

---

<sup>52</sup> M. c. Germania, cit. Per un commento cfr., F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3276 ss., ove l'A. evidenzia come la pronuncia della Corte Edu possa costituire fondamento anche per un ripensamento del sistema del doppio binario italiano, al punto da condurre, alla luce della nozione autonoma che acquisisce il concetto di pena per i giudici di Strasburgo, alla possibile declaratoria di illegittimità per violazione dell'art. 7 CEDU di determinate misure di sicurezza. Addirittura, per l'A., non sembra più avere ragion d'essere la distinzione tra pene e misure di sicurezza vista la stretta omogeneità, contenutistica e funzionale, dei due tipi sanzionatori.

<sup>53</sup> Ai fini del giudizio di illegittimità convenzionale, sicuramente determinante è risultato il parere espresso da alcuni *international monitoring bodies*, come il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che aveva criticato la circostanza che molti internati subissero una perdita delle speranze e della motivazione. Analogamente, il CPT (Comitato Europeo per la prevenzione della tortura), in occasione della sua visita al carcere di Berlin Tegel del 20-25 dicembre 2005, aveva notato come la grande maggioranza dei detenuti fosse, anche in tal caso, totalmente demotivata, come le attività proposte fossero solo un modo per passare il tempo, senza alcuno scopo, al punto che alcuni detenuti intervistati avrebbero espresso la chiara convinzione che non sarebbero più stati rilasciati e che sarebbero morti in cella.

in relazione alla commissione di una fattispecie di reato<sup>54</sup>, quanto come imposizione di una qualsivoglia pena o misura che involva la privazione della libertà<sup>55</sup>, sia che la detenzione avvenga *in seguito* alla condanna, ossia che vi sia una specifica relazione causale tra provvedimento di condanna e privazione della libertà personale<sup>56</sup>.

Nel caso di specie, la Corte ha rinvenuto una specifica connessione tra condanna avvenuta nel 1986 e applicazione della custodia di sicurezza<sup>57</sup>. Tuttavia, poiché a quel tempo il detenuto avrebbe dovuto essere rilasciato dopo dieci anni di detenzione, indipendentemente dal fatto che fosse o meno ancora pericoloso per la collettività, la Corte ha ritenuto che non vi fosse una sufficiente connessione causale tra la condanna del ricorrente nel 1986 e la sua persistente privazione della libertà personale oltre il termine di dieci anni, per effetto dell'entrata in vigore, anche con efficacia retroattiva, della novella del 1998<sup>58</sup>.

Con riferimento, invece, all'art. 7 CEDU, che sancisce a livello convenzionale il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la Corte, dopo aver ricordato che il concetto di pena ivi previsto è autonomo, sicché questa può liberamente valutare se ricondurre a tale categoria una qualsivoglia misura senza essere vincolata dalla qualificazione giuridica data a livello statale<sup>59</sup>, è pervenuta alla conclusione che la *Sicherungsverwahrung*, indipendentemente dalla sua funzione preventiva, rappresenti, nella sostanza, una pena<sup>60</sup>. E ciò alla luce della competenza per la sua irrogazione in capo a un giudice penale; della sua severità e della sua durata indeterminata; delle modalità esecutive che non sono differenziate, di fatto, da quelle delle pene; della parziale sovrapposizione tra le funzioni che svolgono pene e misure di sicurezza.

---

<sup>54</sup> Cfr. Guzzardi c. Italia, n. 7367/76, Corte Edu 1980, § 100.

<sup>55</sup> Cfr. Van Droogenbroeck c. Belgio, n. 7906/77, Corte Edu 1982, § 35.

<sup>56</sup> Cfr. Weeks c. Regno Unito, n. 9787/82, Corte Edu 1987, § 42; Stafford c. Regno Unito, n. 46295/99, Corte Edu [GC] 2002, § 64; Waite c. Regno Unito, n. 53236/99, Corte Edu 2002, §65; Kafkaris c. Cipro, n. 21906/04, Corte Edu [GC] 2008, § 117.

<sup>57</sup> M. c. Germania, cit., § 96.

<sup>58</sup> *Ibidem*, §§ 99-100.

<sup>59</sup> Cfr., Welch c. Regno Unito, n. 17440/90, Corte Edu 1995, § 27; Uttley c. Regno Unito, n. 36946/03, Corte Edu 2005.

<sup>60</sup> M. c. Germania, cit. § 133.



Una volta accertata la natura sostanziale della custodia di sicurezza, il passo per dichiarare leso l'art. 7 CEDU era veramente breve. Secondo la Corte, la *Sicherungsverwahrung*, a differenza di come argomentato dal Governo tedesco, non poteva consistere in una misura concernente la mera esecuzione della pena, ma in una vera e propria *additional penalty* che era stata applicata retroattivamente alla luce di una legge entrata in vigore dopo la commissione del fatto, e, in quanto tale, chiaramente lesiva del principio di irretroattività della legge penale<sup>61</sup>.

Tali statuizioni hanno avuto rilevanti ricadute sull'ordinamento giuridico tedesco. Si è posto, infatti, il problema di tutti gli internati soggetti alla misura della custodia di sicurezza da più di dieci anni al momento dell'entrata in vigore della novella. Alla luce di quanto enunciato dalla Corte Edu, essi avrebbero dovuto essere immediatamente rilasciati<sup>62</sup>. Inoltre, si è posto il problema di come coordinare la declaratoria di illegittimità convenzionale con la precedente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* che, al contrario, aveva ritenuto perfettamente legittimo l'istituto, in un ordinamento in cui le norme CEDU hanno valore di semplici leggi federali in quanto riconducibili a contratti di diritto internazionale, recepiti dal legislatore federale con legge formale (*Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, del 4 agosto 1952)<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, §§ 134-135

<sup>62</sup> Alla sentenza M. c. Germania seguirono infatti altre condanne da parte della Corte Edu, come nel caso Haidn c. Germania, n. 6587/04, Corte Edu 2011, con il quale venne dichiarata convenzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 5, par. 1, CEDU, la normativa Bavarese (*Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern*) che prevedeva la possibilità di applicare la custodia di sicurezza retroattivamente per finalità preventive, similmente a quanto disposto dal par. 66b *StBG* in materia di *nachträgliche Sicherungsverwahrung*. Il giudizio si è basato, in sostanza, sulle medesime argomentazione già svolte nel caso M. c. Germania. Cfr. altresì, Kallweit c. Germania, n. 17792/07; Corte Edu 2011; Mauter c. Germania, n. 20008/07, Corte Edu 2011; Schummer c. Germania, nn. 27360/04, 42225/07, Corte Edu 2011, per il commento delle quali si rimanda a, G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 marzo 2011.

<sup>63</sup> C. GRABENWARTER, *Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte — am Beispiel del Falls M. gegen Deutschland*, in *Juristen Zeitung*, 2010, pp. 857 ss., il quale precisa come le autorità e i Tribunali dovrebbero tenere conto della declaratoria di illegittimità della Corte Edu e, pertanto, motivare specificamente, ove non sia stata disposta una modifica legislativa né sia possibile una interpretazione conforme, le ragioni per cui si ritiene di non doversi adeguare alla sentenza della Corte Edu.

La situazione di incertezza ha così dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale in relazione al trattamento da riservare agli internati sottoposti alla *Sicherungsverwahrung* da oltre dieci anni<sup>64</sup>.

Secondo un orientamento, il giudice ordinario avrebbe dovuto interpretare le disposizioni dello *StGB* alla luce della CEDU, le cui norme e la cui giurisprudenza svolgono una funzione di supporto interpretativo per l'accertamento di contenuto e portata dei diritti fondamentali (c.d. *Auslegungshilfe*), sempre che ciò non determini una limitazione o una diminuzione della tutela dei diritti fondamentali offerta dal *Grundgesetz*. Da ciò derivava la necessità di liberare immediatamente tutti coloro che avessero già scontato il termine di dieci anni di custodia di sicurezza, indipendentemente dall'esito di una nuova prognosi di pericolosità<sup>65</sup>.

Secondo un altro orientamento, invece, il par. 2, co. 6, *StGB*, nel sancire espressamente l'applicabilità retroattiva delle leggi in materia di misure di correzione e prevenzione, non avrebbe potuto essere interpretato diversamente stante la natura della CEDU di fonte subordinata alla legge fondamentale<sup>66</sup>.

E' dovuto intervenire, ancora una volta, il legislatore federale, il quale, il 22 dicembre 2010, ha approvato una legge di riorganizzazione della custodia di sicurezza<sup>67</sup>. La *Sicherungsverwahrung* primaria ha visto ristretto il catalogo di reati-presupposto, dal quale sono stati esclusi tutti i delitti lesivi di interessi patrimoniali<sup>68</sup> e, contemporaneamente, ha visto ampliato da cinque a quindici anni l'arco temporale entro il quale i reati debbono essere stati commessi al fine di essere considerati rilevanti per l'emanazione di un provvedimento custodiale<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung*, cit., p. 360. Sull'esistenza di tale contrasto giurisprudenziale, cfr., altresì, H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 49.

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 12/05/2010, in *Neue Juristische Zeitschrift*, 2010, p. 567.

<sup>66</sup> F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung*, cit., p. 362.

<sup>67</sup> *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, BGBl I, 2300. Per un esame delle relative proposte legislative, cfr. A. KREUZER, *Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, pp. 7 ss.

<sup>68</sup> A. KREUZER, *Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung*, cit., p. 9; H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 49.

<sup>69</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., pp. 28 s.

La *vorbehaltene Sicherungsverwahrung* è stata, invece, estesa anche agli autori primari (*Ersttäter*)<sup>70</sup>, ed è stato aggravato l'onere prognostico del giudice. Sicché sarà ora necessario che il rischio di commissione di reati gravi emerga con sufficiente probabilità<sup>71</sup>.

E' stata, infine, fortemente ristretta la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* a causa dei maggiori dubbi di legittimità che questa misura poneva, stante l'evidente cesura tra condanna e provvedimento impositivo. Essa potrà essere disposta solo nei casi in cui debba essere interrotta l'esecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico a causa del riacquisito *status* di soggetto imputabile (*Schuld-fähigkeit*), e permanga lo stato di pericolosità del soggetto<sup>72</sup>.

Al fianco di questa novella è stata introdotta, come reazione alla declaratoria di illegittimità per violazione del divieto di retroattività da parte della Corte Edu, la *Therapieunterbringungsgesetz (ThUG)*, ossia una legge che ha consentito di sottoporre le persone cui non poteva essere disposta ulteriormente la custodia di sicurezza a causa del blocco derivante dal principio di irretroattività, alla reclusione in un istituto terapeutico, qualora fossero affette da un disturbo psichico (*psychische Störung*) e avessero potuto rappresentare un pericolo per la vita, l'integrità fisica o l'autodeterminazione sessuale della collettività<sup>73</sup>.

#### **4.1.1. Segue. Il revirement del Bundesverfassungsgericht.**

Nonostante la riforma attuata dal legislatore, permanevano alcuni dubbi di legittimità, sia perché la novella non incideva sui cc.dd. casi vecchi (*Altfälle*), ai quali continuava ad applicarsi la disciplina antecedente dichiarata illegittima dalla Corte Edu<sup>74</sup>, sia perché persisteva, soprattutto con l'introduzione della *ThUG*, una certa sovrapposizione tra funzione preventiva, tipica delle misure di correzione e prevenzione, e funzione sanzionatoria, tipica delle pene in senso stretto, con conseguente rischio di elusione dei principi fissati dalla Corte Edu. In altri termini,

---

<sup>70</sup> H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 49.

<sup>71</sup> A. KREUZER, *Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung*, cit., p. 8.

<sup>72</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p. 29.

<sup>73</sup> H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 50.

<sup>74</sup> F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung*, cit., p. 365.

sotto l'etichetta dello *psychische Störung*, un meccanismo reclusivo che manteneva una eminente funzione sanzionatoria poteva continuare a essere giustificato grazie alla copertura offerta dall'art. 5, par. 1, lett. e), CEDU<sup>75</sup>, consentendo, così, di utilizzare la psichiatria «come ruota di scorta per il diritto penale»<sup>76</sup>.

Ne è derivata, pertanto, una nuova pronuncia del Tribunale Costituzionale Federale il quale, con un importante *revirement*, ha finalmente dichiarato la incostituzionalità della custodia di sicurezza<sup>77</sup>.

L'ostacolo processuale (*Prozesshindernis*) derivante dall'esistenza di un giudicato sulla questione, rappresentato dalla precedente pronuncia del 2004, poteva essere superato grazie alla sentenza di condanna da parte della Corte Edu. Nonostante, infatti, la CEDU sia considerata di rango pari ad una legge federale, in quanto tale subordinata al *Grundgesetz*, i diritti fondamentali da quest'ultima sanciti vanno comunque interpretati in modo conforme al diritto internazionale (*völkerrechtsfreundlich Auslegung*), e il testo della Convenzione e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo svolgono una funzione di supporto interpretativo (*Auslegungshilfe*) per la definizione del contenuto e della portata di questi diritti<sup>78</sup>.

Pertanto, la pronuncia di condanna nel caso M. c. Germania poteva essere considerata come una rilevante modifica delle circostanze fattuali e giuridiche, tale da dar luogo a un contesto giuridico del tutto nuovo, e dunque a un superamento del precedente giudicato costituzionale, sicché i giudici di *Karlsruhe* avrebbero potuto (*rectius*, dovuto) pronunciarsi nuovamente in materia<sup>79</sup>.

Accertata, dunque, l'ammissibilità dei ricorsi e la necessità di pervenire a un rinnovato giudizio sulla *Sicherungsverwahrung*, la Corte ha provveduto così a

---

<sup>75</sup> H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 50.

<sup>76</sup> N. LEYGRAF, *Schriftliche Stellungnahme*, in Deutscher Bundestag, Commissione giustizia, seduta pubblica del 10 novembre 2010, pp. 5 ss.

<sup>77</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 04. Mai 2011, cause riunite 2 BvR 2365/09 - 2BvR 740/10 - 2 BvR 2333/08 - 2 BvR 1152/10 - 2 BvR 571/10, in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>78</sup> Nella dottrina tedesco/austriaca, C. GRABEWARTER, *Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, cit., p. 862. Nella dottrina italiana, A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte Costituzionale allo specchio*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2011. Nella giurisprudenza tedesca, cfr., BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04, in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

<sup>79</sup> Cfr. BVerfG, Beschluss vom 12. Juni 1990 - 1 BvL 72/86, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2876.

valutare l'eventuale rispetto, da parte della disciplina sulla custodia di sicurezza, del principio della libertà personale.

Il giudizio si è basato, come nel caso della pronuncia della Corte Edu, sulla considerazione delle diverse funzioni delle pene e delle misure di sicurezza. Se la pena richiede la commissione colpevole di un fatto costituente reato, la misura della custodia di sicurezza persegue solo una funzione preventiva, e precisamente quella di impedire la commissione futura di reati particolarmente gravi. Essa si fonda, infatti, su una prognosi di pericolosità e presuppone un sacrificio speciale della libertà dell'internato che può essere giustificato soltanto attraverso un rigoroso giudizio di proporzionalità<sup>80</sup>.

Poiché, però, la custodia di sicurezza non si differenzia a sufficienza dall'esecuzione della pena, ne è conseguita una violazione dell'*Abstandsgebot* e, dunque, anche dell'art. 2, co. 2, in combinato disposto con l'art. 104, co. 1, G.G.

Il principio costituzionale di separazione tra pene e misure di sicurezza (l'*Abstandsgebot* appunto), in quanto vincolante nei confronti di tutti i poteri pubblici, avrebbe richiesto, ad avviso dei giudici di *Karlsruhe*, la formulazione da parte del legislatore federale di un concetto unitario (*Gesamtkonzept*) di *Sicherungsverwahrung*<sup>81</sup>, che tenesse conto, quantomeno, di alcuni aspetti che potessero garantire la legittimità costituzionale della misura. In particolare, era necessario che la custodia di sicurezza venisse disposta solo qualora non fosse stato possibile realizzare le medesime esigenze di neutralizzazione con misure meno invasive. Ciò presupponeva che, già durante l'esecuzione della pena e al fine di evitare la successiva sottoposizione a custodia, venissero adottate tutte le possibili misure per ridurre la pericolosità del detenuto (*ultima-ratio-Prinzip*). Era, poi, opportuno che, al più tardi all'inizio dell'esecuzione della misura di sicurezza, venisse predisposto un piano di attuazione individualizzato, che tenesse conto della personalità del destinatario e di tutte le sue caratteristiche individuali rilevanti, e ciò al fine di ridurre i fattori di rischio o compensarli mediante il rafforzamento

---

<sup>80</sup> BVerfG, 04. Mai 2011, cit., §101.

<sup>81</sup> *Ibidem*, § 111.

dei connotati caratteriali positivi (*Individualisierung- und Intensivierungsgebot*). Bisognava, altresì, procedere a un lavoro di supporto motivazionale in favore degli internati, dal momento che la durata indeterminata della custodia avrebbe potuto avere pesanti ricadute sulla loro psiche, al punto di demotivarli e subire con particolare passività l'esecuzione della misura (*Motivierungsgebot*). I detenuti in espiazione pena andavano rigidamente separati dagli internati attraverso strutture o reparti autonomi, proprio allo scopo di evidenziare il diverso carattere e la diversa finalità dei due tipi di sanzioni penali (*Trennungsgebot*). L'esecuzione della custodia andava poi progressivamente allentata allo scopo di mettere alla prova l'internato e prepararlo al suo rilascio, così orientando la misura alla libertà (*Freiheitsorientierung*). A tal fine era necessario consentire la fruizione di misure alternative come i permessi, le uscite, la semilibertà (*Minimierungsgebot*). Andava assicurato, inoltre, agli internati un effettivo diritto azionabile, nonché assistenza per essere questi supportati nell'esercizio dei loro diritti e interessi (*Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot*). Doveva essere, infine, garantita la revisionabilità periodica da parte del giudice dell'esecuzione della sussistenza dei presupposti per la prosecuzione della misura (*Kontrollgebot*)<sup>82</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht*, discostandosi nettamente dal suo precedente, ha ritenuto inoltre illegittima sia l'applicazione retroattiva del prolungamento del termine massimo di dieci anni relativo ai c.d. casi vecchi sia la custodia di sicurezza postuma, per violazione del principio del legittimo affidamento (*Vertrauensschutzgebot*), sancito dall'art. 2, co. 2, periodo 2, in combinato disposto con l'art. 20, co. 3, *G.G.* In questi casi, infatti, si maturava uno specifico affidamento a non essere sottoposti a custodia di sicurezza dopo il decorso del termine di dieci anni ovvero a non vedersela applicata se non disposta o riservata in sentenza.

Anche alla luce della giurisprudenza della Corte Edu, il mancato rispetto dell'*Abstandsgebot* aggravava la posizione dell'internato, avvicinando la sua po-

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, §§ 112-118.

sizione a quella di un detenuto vero e proprio, sicché acquisiva maggior valore la tutela del suo affidamento<sup>83</sup>.

Un'applicazione retroattiva della *Sicherungsverwahrung* sarebbe stata pertanto giustificabile soltanto se, nel rispetto dell'*Abstandsgebot*, essa avesse avuto i caratteri di vera e propria misura di correzione e prevenzione, e sempre che, alla luce del comportamento del detenuto e delle circostanze concrete, vi fosse stato un alto rischio di commissione di gravi crimini violenti o sessuali<sup>84</sup>.

Infine, il Tribunale Costituzionale si è preoccupato di stabilire, con lo scopo di evitare vuoti di tutela e impedire che la declaratoria di incostituzionalità determinasse l'immediato rilascio di tutti gli internati, la transitoria vigenza<sup>85</sup> della precedente disciplina fino al 31 maggio 2013, così da consentire *medio tempore* l'intervento riformatore del legislatore federale. L'ultrattività delle disposizioni incostituzionali avrebbe richiesto, tuttavia, il rigoroso rispetto del principio di proporzionalità e una interpretazione delle stesse in conformità ai principi dalla Corte enunciati<sup>86</sup>.

#### **4.2. La disciplina attuale della *Sicherungsverwahrung*.**

Il legislatore federale ha così dovuto confrontarsi con la declaratoria di incostituzionalità del *Bundesverfassungsgericht*. Se, infatti, la sentenza della Corte Edu nel caso M. c. Germania non aveva fatto sorgere particolari preoccupazioni a causa del valore infra-costituzionale riconosciuto ai principi CEDU nell'ordinamento tedesco — tanto da consentire la diffusione di un orientamento giurisprudenziale che, come visto, aveva ritenuto di non adeguarsi alla stessa perché contraria a precisi precetti legislativi —, la sentenza del Tribunale Costituzionale non lasciava spazio ad alternative.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, § 136.

<sup>84</sup> *Ibidem*, §156.

<sup>85</sup> Il *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* consente infatti al Tribunale Costituzionale Federale di posticipare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità di una legge qualora tale immediato provvedimento possa produrre maggior disordine normativo e, allo stesso tempo, impedire che l'incostituzionalità di una norma sia preclusa dal timore dell'*horror vacui*. In giurisprudenza, BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2006 - 2 BvR 1673/04, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 2093.

<sup>86</sup> M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso*, cit., p. 39.

Così il legislatore è intervenuto con l'emanazione di una legge di riforma della *Sicherungsverwahrung* del 5 dicembre 2012, entrata in vigore l'1 giugno 2013 (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*)<sup>87</sup>, volta in particolar modo a recepire le indicazioni fornite dai giudici di *Karlsruhe* e consentire il rispetto del principio di separazione tra pene e misure di sicurezza.

Con la novella non sono state modificate le tre ipotesi di custodia di sicurezza, la cui disciplina è rimasta invariata. È stato però introdotto l'art. 66c *StGB*, rubricato «Organizzazione della sottoposizione a custodia di sicurezza e della precedente esecuzione».

Fondamento e funzione della norma in esame era quello di recepire alla lettera il principio dell'*Abstandsgebot* nel corso dell'esecuzione di una misura custodiale, rendendo manifesta la funzione di orientamento terapeutico e di contenimento della pericolosità delle misure di correzione e prevenzione<sup>88</sup>.

È proprio grazie a questa disposizione che è stato possibile individuare quel *Gesamtkonzept* di *Sicherungsverwahrung* orientato alla riconquista della libertà e non solo alla neutralizzazione della pericolosità tanto auspicato dalla Corte Costituzionale tedesca<sup>89</sup>.

Il comma 1, n. 1, lett. a) e b), ha previsto, a garanzia del principio di individualizzazione-intensificazione e di motivazione, la necessità di ritagliare sulle specifiche caratteristiche personali dell'internato, nel caso in cui le misure *standard* siano inadeguate, un trattamento psicologico, psichiatrico e socialterapeutico volto a risvegliare e a promuovere la sua disponibilità alla partecipazione e a diminuire la sua pericolosità per la collettività.

Nel rispetto del principio di minimizzazione, il co. 1, n. 2, ha garantito che la sottoposizione a una custodia di sicurezza gravi il meno possibile sul condannato, fintantoché ciò sia compatibile con la tutela della sicurezza della collettività,

---

<sup>87</sup> *BGBI*, 2012, Teil I Nr. 57, p. 2425.

<sup>88</sup> H. SCÖCH, *Sicherungsverwahrung im Übergang*, cit., p. 52.

<sup>89</sup> H. CORNEL, *Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung des Bundesministeriums der Justiz vom 9. November 2011*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2012, p. 3.



mentre il co. 1, n. 3 ha richiesto l'adozione di misure esterne all'esecuzione (*volzugöffnenden Maßnahmen*) e funzionali a preparare l'internato al rilascio (*Entlassungsvorbereitung*), sempre che non vi fosse pericolo di abuso delle misure per la commissione di reati gravi.

Il co. 1, n. 2, lett. b) ha previsto, inoltre, l'attuazione dell'internamento in modo separato rispetto all'esecuzione penale, e dunque in edifici diversi o in sezioni separate.

A tutela del principio di *extrema ratio*, il par. 66c, co. 2, *StGB* ha reso necessaria la predisposizione di un trattamento social-terapeutico nei confronti del condannato cui sia stata disposta una custodia di sicurezza già nel corso dell'esecuzione penale al fine di rendere superfluo il successivo internamento<sup>90</sup>.

L'art. 67e *StGB*, anch'esso interessato dalla novella del 2012, ha garantito poi la sistematica revisionabilità (*Kontrollgebot*) della prognosi di pericolosità prevedendo il dovere del Giudice dell'esecuzione di verificare la possibilità di disporre la libertà vigilata o addirittura dichiarare la fine dell'esecuzione entro il termine massimo (*Höchstfrist*) di un anno (e non più due anni), e, dopo dieci anni, ogni nove mesi.

### **5. Carcere duro *ex art. 41-bis* ord. pen. e *Sicherungsverwahrung*: differenze e punti di contatto.**

Da quanto fin qui emerso, l'istituto tedesco della *Sicherungsverwahrung* rappresenta una misura privativa della libertà personale significativamente diversa dal carcere duro *ex art. 41-bis* ord. pen.

Diversa è infatti la natura giuridica: se la prima consiste in una *Maßregel der Besserung und Sicherung*, paragonabile alle nostre misure di sicurezza, si è

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 3. Secondo l'A., tale previsione è da accogliere con particolare favore, in quanto risolve una delle principali critiche mosse nei confronti della custodia di sicurezza, così finalmente recependo il principio di *ultima ratio*, finalizzato a ridurre, ove possibile, l'applicazione della misura.

visto come il 41-*bis* integri una misura di prevenzione o, secondo un orientamento minoritario, una pena accessoria<sup>91</sup>.

Diversa è la funzione, nonché la *ratio* giustificatrice dei due istituti: mentre la custodia di sicurezza nasce come strumento di contenimento della pericolosità abituale, prevalentemente connessa con la criminalità violenta e sessuale, e dunque funzionale a tutelare la collettività dalla probabile commissione di reati nel caso in cui il detenuto, al termine dell'esecuzione della sanzione penale, sia rimesso in libertà<sup>92</sup>; il 41-*bis* è stato introdotto, invece, al fine di recidere, già a partire dalla custodia cautelare, ogni forma di collegamento tra detenuto appartenente a un gruppo criminale e gli altri affiliati rimasti in libertà, e così prevenire la commissione di reati da dentro il carcere.

Diversi sono i presupposti applicativi: mentre la *Sicherungsverwahrung* può essere disposta solo in caso di recidiva singola o plurima (tranne in alcuni casi di *vorbehaltene Sicherungsverwahrung*, applicabile anche agli autori primari) e in presenza di una prognosi di pericolosità per la collettività alla luce di una accertata propensione dell'internato alla commissione di gravi reati dai quali la vittima può essere gravemente lesa dal punto di vista fisico o psichico; il 41-*bis* presuppone, invece, l'esistenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica desumibili dalla capacità e potenzialità di collegamento del detenuto con il gruppo criminale di provenienza.

Radicalmente diverso è, infine, il contenuto delle due misure, ossia il modo in cui queste sono organizzate e modulate. Se il 41-*bis* determina la sospensione delle regole ordinarie di detenzione, dando così luogo a restrizioni in materia di colloqui con i familiari, di ricezione di somme e beni dall'esterno, di permanenza

---

<sup>91</sup> Anche l'istituto della *Sicherungsverwahrung*, tuttavia, ha posto dubbi interpretativi circa la propria natura giuridica, sebbene non come per il 41-*bis* ord. pen. L'istituto, pur essendo positivamente ricompreso tra le misure di prevenzione e sicurezza ai sensi del par. 61 *StGB*, era stato considerato dalla Corte Edu, come visto, nella sostanza una pena a causa della sua severità e dello stretto collegamento con la commissione di un fatto di reato. A seguito della riforma del 2013, grazie al recepimento legislativo dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale per favorire il rispetto dell'*Abstandsgebot*, tali dubbi dovrebbero essere stati appianati in favore di una più certa riconducibilità — anche dal punto di vista sostanziale — della custodia di sicurezza alle *Maßregeln der Besserung und Sicherung*.

<sup>92</sup> A. SINN, *Par. 66 StGB*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di J. WOLTER, Köln, 2015, pp. 644 ss.

all'aperto, di corrispondenza e così via; la custodia di sicurezza si connota principalmente per il suo carattere medico, funzionale alla riduzione della pericolosità sociale grazie alla predisposizione di un apposito programma di supporto psichiatrico e socioterapeutico (*Therapieorientierung*) ritagliato sulle caratteristiche personali dell'internato (cfr. par. 66c *StGB*)<sup>93</sup>. Mentre, poi, il 41-*bis* è radicalmente incompatibile, per effetto del combinato disposto con l'art. 4-*bis* ord. pen., con le misure alternative alla detenzione diverse dalla liberazione anticipata, la progressività (*Freiheitorientierung*) della custodia di sicurezza rende gli istituti dei permessi, della semilibertà e delle ferie presupposti indispensabili per il rispetto dell'*Abtansgebot*, e, dunque, per la legittimità costituzionale della misura.

Nonostante le evidenti differenze, possono comunque individuarsi alcuni punti di contatto. Infatti, in seguito al progressivo ampliamento dei reati ostativi *ex art. 4-bis*, che ha visto l'inclusione di fattispecie anche molto eterogenee tra loro accomunate unicamente dalla possibilità di essere commesse in un contesto organizzato, si registra una parziale sovrapposibilità dei destinatari delle due misure. Il carcere duro è ora applicabile non solo in caso di condanna per delitti di associazione mafiosa o terroristica, ma anche per reati sessuali, come l'art. 609-*octies* c.p., o per reati connessi al traffico di stupefacenti, come l'art. 74 T.U. Stup., entrambi ricompresi tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia". Allo stesso modo, la *Sicherungsverwahrung* è applicabile in caso di commissione di reati lesivi dell'autodeterminazione sessuale (par. 66, co. 1, lett. a, *StGB*); in caso di commissione di reati contro l'ordine pubblico, di cui alla settima sezione della parte speciale dello *StGB*, tra cui rientrano i parr. 129 e 129a *StGB* rispettivamente dedicati all'associazione per delinquere e all'associazione terroristica; così come anche in caso di commissione di reati ricompresi nell'ambito della legge contro gli stupefacenti (c.d. *Betäubungsmittel Gesetz*), tra i quali rilevano i parr. 30 e 30b, rispettivamente dedicati alla coltivazione, produzione e commercio di sostanze

---

<sup>93</sup> Sebbene il 41-*bis* sia parimenti compatibile con la funzione rieducativa, esso si caratterizza in primo luogo per l'adozione di misure limitative, lasciando l'attività trattamentale prevalentemente sullo sfondo. Al contrario, la *Sicherungsverwahrung* si basa principalmente su una attività di risocializzazione dall'impostazione rigorosamente medica.

stupefacenti commessi in qualità di membro di una Banda, e alla creazione di un'associazione per delinquere finalizzata alla commercializzazione non autorizzata di sostanze stupefacenti (cfr. par. 66, co. 1, lett. b, *StGB*).

Inoltre, sebbene le due misure abbiano un fondamento diverso, in entrambe si registra una spiccata funzione neutralizzatrice e preventiva.

Ciononostante, non può fare a meno di evidenziarsi come, al di là della astratta sovrapposibilità dei destinatari, in concreto il 41-*bis* venga applicato quasi esclusivamente a soggetti condannati per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.<sup>94</sup>; mentre la custodia di sicurezza tedesca viene applicata prevalentemente in caso di reati contro l'autodeterminazione sessuale, la vita e l'integrità fisica<sup>95</sup>.

Da ciò emerge come l'istituto della *Sicherungsverwahrung* solo in astratto possa essere utilizzato contro gli autori di delitti di criminalità organizzata, non essendo stato pensato, a differenza del 41-*bis*, quale strumento di contrasto dell'*OK*, quanto, piuttosto, come misura per far fronte alla criminalità abituale connessa soprattutto alla commissione di reati violenti o di stampo sessuale. L'orientamento terapeutico, l'applicabilità circoscritta ai casi di recidiva e l'impossibilità di eseguirla in fase cautelare<sup>96</sup> rendono l'istituto poco consono, infatti, alla funzione di contrasto alla criminalità organizzata, funzione che evidentemente, nell'ordinamento tedesco, non si sviluppa attraverso particolari forme di detenzione ma soprattutto attraverso specifiche misure investigative e di ablazione patrimoniale.

Questa conclusione, però, è facilmente comprensibile ove si consideri il periodo storico che ha dato vita al 41-*bis* — quello degli anni di piombo —, che

---

<sup>94</sup> Dal Rapporto sul regime detentivo speciale - Indagine conoscitiva sul 41-*bis* dell'aprile 2016 cit., p. 52, emerge come il 70,8% dei detenuti al 41-*bis* sono imputati o condannati per il reato di cui all'art. 416-*bis*, co. 2, c.p., il 21,3% per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.; l'1,6% per il reato di cui all'art. 575 c.p.; l'1,3% per il reato di cui all'art. 629 c.p., lo 0,3% per il reato di cui all'art. 422 c.p.; lo 0,2% per altri reati.

<sup>95</sup> Nel Baden-Württemberg, terzo *Land* tedesco per estensione e popolazione, al 31 marzo 2019, su un totale di sessantaquattro persone sottoposte a custodia di sicurezza, ben quarantatré sono autori di reati sessuali, sei sono autori di reati contro la vita, e quattro sono autori di lesioni personali, sei autori di rapina e estorsione, quattro autori di reati contro la libertà delle persone, e solo uno autore di reati contro l'ordine pubblico. Statistiche riprese da, [www.statistik-bw.de](http://www.statistik-bw.de).

<sup>96</sup> Suo presupposto primario è, infatti, l'avvenuta condanna per aver commesso uno dei reati indicati dalla legge.

non conosce un corrispettivo in Germania, contesto territoriale ove la criminalità organizzata è stata oggetto di progressiva attenzione solo in tempi relativamente recenti<sup>97</sup>, e non ha mai destato lo stesso allarme sociale registratosi in Italia negli anni '80 - '90, come tra l'altro dimostrato dall'assenza, fino ad oggi, di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

---

<sup>97</sup> Tra i primi studi in materia di "OK" con il coinvolgimento delle autorità di polizia può menzionarsi, E. REBSCHER - W. VAHLENKAMP, *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus der Sicht der Polizeipraxis*, Bundeskriminalamt, 1988.

Per quanto questa attenzione si sia manifestata soprattutto in tempi recenti, la criminalità organizzata in Germania ha radici antiche, risalenti alle bande di rapinatori del Medioevo. Sul punto cfr., M. BÖGEL, *Strukturen und Systemanalyse der organisierten Kriminalität in Deutschland*, Berlin, 1994, p. 28.

## CAPITOLO V

### Osservazioni conclusive e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. Le ombre del 41-*bis*: i rilievi e le raccomandazioni del Garante Nazionale dei Diritti dei Detenuti e del Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT). — 2. Il problema della durata del regime detentivo speciale: la fissazione di un limite temporale quale prospettiva di riforma. — 3. Esigenze di giurisdizionalizzazione — 4. Riflessioni *de iure condendo* sul procedimento per reclamo. — 5. Conclusioni. Un *Gesamtkonzept* per il 41-*bis*.

#### **1. Le ombre del 41-*bis*: i rilievi e le raccomandazioni del Garante Nazionale dei Diritti dei Detenuti e del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura (CPT).**

Nonostante si sia fatto un serio sforzo per riportare il 41-*bis* entro le coordinate della Costituzione, e ciò grazie sia alle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte Edu sia alle modifiche apportate alla norma dal legislatore, si è visto come permangano tuttora numerose ombre sul regime detentivo speciale e sulla sua umanità. E infatti, tanto il Garante nazionale dei diritti dei detenuti, quanto il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti o Pene Inumani o Degradanti (CPT), nel redigere le loro osservazioni in occasione di recenti visite agli istituti penitenziari italiani, hanno avuto modo di evidenziare, spesso anche in maniera del tutto speculare, molte di queste criticità.

Il CPT, con il suo rapporto del 21 gennaio 2020<sup>1</sup>, susseguente alle visite espletate tra il 12 e il 22 marzo 2019 nelle carceri di Milano Opera, Biella, Viterbo e Saluzzo, nonostante abbia espresso un giudizio complessivamente positivo sulle condizioni detentive ordinarie e speciali e sulla disponibilità delle istituzioni nazionali a offrire la necessaria cooperazione, ha comunque formulato un nutrito numero di raccomandazioni al Governo italiano.

Innanzitutto, è stata evidenziata la persistente presenza di episodi di maltrattamenti perpetrati a danno dei detenuti, causati, alla luce delle allegazioni formulate dagli intervistati, dall'eccessivo uso della forza come mezzo di reazione a comportamenti recalcitranti dei reclusi; dall'inflizione di mal-

---

<sup>1</sup> Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), del 21 gennaio 2020, in *www.coe.int*.

trattamenti da parte di gruppi di ufficiali di custodia, di norma in luoghi lontani dal raggio d'azione delle telecamere di video-sorveglianza; dall'inflizione di gravi lesioni a causa dell'utilizzo non professionale di mezzi di restrizione da parte del personale carcerario.

Si tratta di una problematica generale, che tuttavia coinvolge anche i detenuti ristretti al regime detentivo speciale, come emerge dagli episodi ricordati dal CPT nel suo *Report*.

Dopo aver rammentato che ogni forma di maltrattamento è illegale e del tutto inaccettabile, il Comitato ha raccomandato l'adozione di misure appropriate per incrementare il livello di competenza del personale carcerario nella gestione di situazioni ad alto rischio senza l'uso di forza non necessaria, e soprattutto assicurare la catalogazione, in un apposito registro elettronico, di ogni evento critico, mediante una descrizione accurata dell'episodio e delle eventuali allegazioni dei prigionieri<sup>2</sup>.

Con riferimento specifico al regime speciale *ex art. 41-bis*, dopo aver espresso un giudizio tendenzialmente positivo sulle condizioni detentive ad esso connesse, salvo manifestare alcune perplessità sullo stato di manutenzione di alcuni penitenziari, il CPT ha criticato principalmente la possibilità di essere ristretti nelle cc.dd. "Aree riservate", e ciò a causa della condizione di eccessivo isolamento che ne deriva, della mancanza di qualsivoglia *privacy*, stante l'applicazione di sistemi di sorveglianza "h. 24" anche nelle *toilette*, nonché l'impossibilità di impugnare l'eventuale sottoposizione a tale misura.

Altra grave criticità riscontrata concerne poi la rinnovazione del provvedimento impositivo. Accertata la prassi di disporre automaticamente la proroga della misura (a meno che il detenuto non fosse stato in grado di di-

---

<sup>2</sup> Tali criticità andrebbero risolte anche perché in contrasto con le Regole Penitenziarie Europee, così come aggiornate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'1 luglio 2020. Tra le principali novità rispetto alla precedente formulazione risalente al 2006 possono essere incluse, infatti, la materia dei registri, ivi compresa la gestione dei fascicoli riguardanti i detenuti, nonché l'organizzazione del personale penitenziario, ivi compresi la loro preparazione e formazione nonché la chiara messa al bando dell'uso della forza nei confronti dei detenuti, se non nei casi di *extrema ratio*. Sul punto, cfr., E. VALENTE SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa*, in *Dir. pen. uomo*, fasc. 10/2020, p. 14.

mostrare la recisione di tutti i legami con la propria organizzazione criminale), e i conseguenti automatismi e le ridondanze nelle motivazioni dei decreti ministeriali, il Comitato ha raccomandato che il rinnovo dell'applicazione del 41-*bis* si fondi su una valutazione di rischio individuale che offra motivazioni oggettive per la continuazione della misura, dando altresì al detenuto la possibilità di essere ascoltato di persona.

Il CPT ha espresso, infine, serie perplessità circa la necessità di applicare il regime speciale nei confronti di soggetti affetti da seri disordini mentali o da malattie gravi, i quali dovrebbero essere ristretti in ambienti più adeguati ai loro bisogni laddove non fosse seriamente dimostrata la loro persistente capacità di mantenere contatti con l'esterno.

Anche il Garante nazionale dei diritti dei detenuti<sup>3</sup>, dopo aver raccomandato di non definire il regime *ex art. 41-bis* come “carcere duro” proprio per evitare di ricollegarvi, anche solo da un punto di vista terminologico, componenti afflittive che non dovrebbero essere proprie dell'istituto, ha manifestato preoccupazione per la tendenza a pervenire a situazioni di isolamento quasi totale. Nonostante la Corte Edu, come già osservato, abbia sempre considerato il regime detentivo speciale convenzionalmente legittimo perché fonte di un isolamento non assoluto ma relativo, in alcuni casi, come nelle già menzionate “Aree riservate”, viene applicato un isolamento ancor più rigoroso per stemperare il quale si tende ad affiancare all'interessato un altro detenuto con funzione di compagnia. Ad avviso del Garante, la disposizione a due non sarebbe accettabile, in quanto, nel caso di un eventuale provvedimento disciplinare di isolamento di uno, si determina inevitabilmente l'isolamento dell'altro, e ciò in assenza di ragioni disciplinari o preventive che possano giustificare il secondo provvedimento.

Altra problematica che dà luogo a forme di isolamento sempre più rigorose è stata rinvenuta, poi, nella crescente difficoltà di formare i gruppi di so-

---

<sup>3</sup> Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario, (2016-2018), cit.



cialità, al punto da imporre la loro composizione in insiemi di tre o addirittura di due persone, con evidenti ripercussioni sulle possibilità di socializzazione. Essendo stabiliti, infatti, specifici criteri per la costituzione dei gruppi, volti a evitare la comunicazione tra appartenenti a organizzazioni limitrofe o avversarie, risulta sempre più complicato consentire la socialità a quattro. Ciò produce un'accentuata de-socializzazione della persona, sicché il Garante raccomanda che non siano formati gruppi con meno di tre persone.

Anche ad avviso del Garante una questione delicata è rappresentata dalla durata del 41-*bis* alla luce del regime delle proroghe, essendo richiesta, per consentirne la reiterazione, la prova di una circostanza negativa (deve risultare che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale non sia venuta meno), con conseguente configurazione sul punto di una *probatio diabolica*. Ciò, di fatto, impedisce la verifica dei presupposti che legittimano il regime speciale e determina un meccanismo di rinnovazione del decreto applicativo che rischia di automatizzarsi, come dimostrato dalla ricorrenza nei provvedimenti di proroga di motivazioni che sostanziano il fondamento della reiterazione nell'assenza di ogni elemento di senso contrario al mantenimento di collegamenti con l'associazione di provenienza.

Addirittura il Garante ha rilevato come molto spesso i provvedimenti di reiterazione non tengano conto del fine pena, con la conseguenza che spesso le proroghe finiscono per scadere in momenti posteriori al termine dell'esecuzione penale, così precludendo la progettazione di percorsi di graduale reinserimento sociale del detenuto. Si raccomanda, pertanto, di evitare di procedere alla reiterazione del regime fino al (o addirittura oltre il) termine di esecuzione della pena.

Dopo aver effettuato alcuni rilievi sulle condizioni materiali delle aree dedicate al 41-*bis*, ove spesso si registra un accesso troppo limitato all'aria fresca e alla luce naturale, nonché alla presenza quasi totalmente aleatoria di operatori dell'area giudico-pedagogica, il Garante si è occupato del tema dell'ora d'aria. A causa di una interpretazione molto restrittiva del comma 2-*quater*, lett.

f), che intendeva la locuzione “aria aperta” semplicemente come “fuori dalla cella”, si finiva per includere nelle due ore di permanenza all’aperto anche le ore destinate alla socialità nelle salette comuni. Tale interpretazione, però, non è accettabile, dal momento che la formulazione precedente della norma espressamente includeva le ore di socialità nelle due ore destinate alla permanenza all’aperto: essendo stato ora eliminato questo riferimento, la disposizione non può che intendersi in senso estensivo<sup>4</sup>.

Anche il Garante, infine, ha raccomandato che l’utilizzo delle telecamere nei locali da bagno avvenga in modo tale da rispettare la *privacy* del detenuto, e di garantire il rispetto della riservatezza in occasione delle visite mediche, mediante l’allontanamento degli operatori penitenziari.

Alla luce delle osservazioni presentate da queste autorità indipendenti, è evidente che il regime detentivo speciale presenti tuttora numerose ombre. Sicché, esaminate tutte le componenti strutturali del 41-*bis*, il suo contenuto e i suoi principali problemi, sembra opportuno tentare di tracciare alcune indicazioni per una riforma del regime detentivo speciale volta a renderlo maggiormente conforme ai diritti umani.

## **2. Il problema della durata del regime detentivo speciale: la fissazione di un limite temporale quale prospettiva di riforma.**

Nel corso della presente indagine, si è avuto modo di affrontare da più angoli visuali la questione della durata del 41-*bis*, e in particolare della sua prorogabilità che, in assenza di un limite massimo, potrebbe protrarsi sino al fine pena, oppure, in caso di ergastolo, per tutto il resto della vita del detenuto. La durata indefinita, unitamente ai rischi di abuso del meccanismo di reiterazione da parte dell’Amministrazione Penitenziaria, hanno serie ricadute sul connotato di umanità del trattamento penitenziario, sicché sorge l’esigenza di porre un

---

<sup>4</sup> Tale interpretazione sarebbe stata confermata, tra l’altro, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, secondo cui la sovrapposizione della permanenza all’aria aperta e della socialità costituisce un’operazione non corretta, poiché accomuna senza ragione due differenti ipotesi. Cfr. Cass. pen. Sez. I, Sent., 13 settembre 2018, n. 40761, in *Pluris*.

freno a prassi del tutto illegittime, giustificate solo nell'ottica della tutela astratta della sicurezza pubblica, e del tutto insensibili alla sussistenza di esigenze preventive reali e dei diritti fondamentali del detenuto in carne e ossa.

Per comprendere la serietà del problema, è certamente utile richiamare le numerose criticità che l'argomento in questione pone. Sebbene esse siano state già oggetto di esame, ciò è avvenuto però sotto profili e in momenti diversi. E' dunque opportuno procedere ora a una *reductio ad unum*.

Dal punto di vista sostanziale, si è visto come il 41-*bis* rappresenti una forma di isolamento relativo, in quanto tale rispettoso del divieto di trattamenti inumani e degradanti<sup>5</sup>. La Corte Edu, tuttavia, ha precisato più volte come anche forme di isolamento relativo, se protratte per lunghi periodi di tempo, possono produrre i medesimi effetti di un isolamento assoluto, così dando luogo a una violazione dell'art. 3. Ne deriva che l'applicazione prolungata del regime detentivo speciale per effetto della sua reiterazione sistematica rischia seriamente di dar luogo a una forma di trattamento inumano<sup>6</sup>.

Si è avuto modo di osservare, poi, come sia frequente l'applicazione del 41-*bis* sino al fine pena, così precludendo un progressivo riavvicinamento del detenuto alla società, il quale si vedrà, per l'effetto, catapultato da un giorno all'altro da una situazione di isolamento (anche se relativo) alla possibilità di vivere liberamente (sempre che non sia destinatario di misure di prevenzione personali), con evidenti ricadute sulla funzione rieducativa della pena<sup>7</sup>.

Dal punto di vista procedurale, invece, i maggiori dubbi concernono il procedimento di proroga, e ciò a causa della diffusa prassi di reiterare l'applicazione del regime sulla base di motivazioni stereotipate, che si basano unicamente sul titolo di reato e sull'assenza di elementi nuovi da cui desumere che la

---

<sup>5</sup> Argenti c. Italia, n. 56317/00, Corte Edu 2005, § 21.

<sup>6</sup> Analogamente, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., p. 334.

<sup>7</sup> L'esigenza di assicurare un rientro progressivo nel modo libero è stabilita, altresì, dalla Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati Membri sulle Regole penitenziarie europee, la cui regola n. 107 sancisce «1. I condannati devono essere aiutati, al momento opportuno e prima della scarcerazione, con procedure e programmi specialmente concepiti per permetter loro il passaggio tra la vita carceraria e la vita rispettosa del diritto interno in seno alla collettività. 2. Per quanto concerne più specificamente i condannati a lunghe pene, devono essere prese misure per assicurare loro un rientro progressivo nel mondo libero».

capacità di collegamento sia venuta meno, piuttosto che su un attuale vaglio di pericolosità del reo, ivi compreso il suo comportamento penitenziario, quasi sempre pretermesso in quanto considerato tendenzialmente inidoneo a dimostrare l'avvenuta dissociazione<sup>8</sup>.

Tale prassi non solo è stata criticata dal CPT<sup>9</sup> e dal Garante dei detenuti<sup>10</sup>, i quali hanno evidenziato il frequente utilizzo, nei provvedimenti di proroga, di motivazioni semplicistiche e ripetitive, ma è persino dimostrabile da dati statistici mediante il semplice raffronto tra totale dei detenuti al 41-*bis* in un determinato anno e numero di decreti di prima applicazione<sup>11</sup>.

Strettamente connessa a questa è la critica relativa alla previsione, ai fini della proroga, di un'inversione dell'onere della prova<sup>12</sup>, secondo cui sarebbe il detenuto a dover dimostrare il venir meno della propria pericolosità sociale. Sebbene il legislatore sia intervenuto sul punto, stabilendo un preciso onere probatorio in capo all'Amministrazione penitenziaria, si è visto come, avendo questo a oggetto una circostanza di tipo negativo (ossia il mancato venir meno della capacità di collegamento), la situazione non sia nei fatti molto diversa da com'era sotto la precedente formulazione legislativa.

Infine, alla previsione di un onere probatorio particolarmente blando, si somma la concreta difficoltà di fornire la prova contraria per il detenuto, che, nei fatti, viene esposto all'alternativa tra collaborare con la giustizia (unico comportamento idoneo secondo la giurisprudenza a dimostrare inequivocabilmente la dissociazione), e così vedersi revocato il regime detentivo speciale, o

---

<sup>8</sup> Cfr. Trib. sorv. Milano, 7 ottobre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 514; Trib. sorv. Milano, 12 novembre 2004, *ivi*, 2004, p. 515; Trib. sorv. Napoli, 14 marzo 2003, in *Dir. giust.*, p. 89. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen. Sez. I, 14 novembre 2003, n. 449, in *Giur. it.*, 2005, p. 139.

<sup>9</sup> Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, cit., p. 37.

<sup>10</sup> Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, cit., p. 9.

<sup>11</sup> Dal *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis*, del Senato della Repubblica, dell'aprile 2016, emerge come al 2015, a fronte di un totale di settecentotrenta detenuti sottoposti al 41-*bis*, soltanto cinquantatré erano decreti di prima applicazione. Da ciò si desume come tutti gli altri detenuti siano ristretti al regime detentivo in forza di provvedimenti di proroga, o, al limite, di ri-applicazione.

<sup>12</sup> S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, cit., pp. 113 ss.

non collaborare e non avere, di fatto, possibilità di fornire diversamente la prova del venir meno della propria pericolosità sociale<sup>13</sup>.

Sembra, dunque, incontestabile come la principale ombra del *41-bis* risieda nella sua applicabilità indefinita, o meglio nella possibilità che tale regime si protragga anche per periodi lunghissimi di tempo, o, ancora peggio, in assenza di adeguate esigenze preventive che lo possano giustificare.

Ne deriva la necessità di intervenire anzitutto su questo profilo, perché il *41-bis* possa dirsi maggiormente allineato al principio di umanità e alla funzione rieducativa della pena.

La soluzione non può che essere, pertanto, quella di prevedere un termine di durata massima (comprensivo di proroghe), superato il quale il detenuto deve necessariamente essere ricondotto al regime detentivo ordinario.

Meno scontata appare, tuttavia, la predeterminazione di siffatto termine massimo, dovendosi con esso contemperare due contrapposti interessi, entrambi meritevoli di tutela. Si tratta, da un lato, di assicurare che sia assolta al meglio la funzione preventiva del *41-bis*, consentendo la recisione dei legami con l'organizzazione di riferimento (esigenza che richiede il protrarsi del regime per un periodo più lungo possibile); dall'altro, di garantire l'umanità della pena, il rispetto del suo finalismo rieducativo e la naturale riespansione verso l'esterno del trattamento penitenziario (circostanze che presuppongono il ritorno al regime ordinario il prima possibile).

Individuati, così, pesi e misure del giudizio di bilanciamento in esame, pare congruo fissare in dieci anni il termine massimo di applicazione del *41-bis*: si tratta — sia pure in linea teorica — di un periodo sufficientemente lungo per consentire un reale (e, possibilmente, definitivo) allontanamento del detenuto speciale dal gruppo di riferimento, ma non così lungo da avere effetti

---

<sup>13</sup> Cfr. Cap. II, par. 3.2.

pregiudizievoli sull'esito rieducativo del trattamento e sulla salute psichica di questi<sup>14</sup>.

Si ritiene, dunque, opportuno fissare in tre il numero massimo di proroghe, esaurite le quali, il detenuto deve poter essere ricondotto al regime ordinario.

E' chiaro, però, che, qualora il soggetto dovesse manifestare ancora, nonostante il decorso dei dieci anni, una spiccata pericolosità sociale e, dunque, mantenere intatta la propria capacità di collegamento col gruppo, dovrebbe essere consentita una nuova applicazione del regime, nel qual caso i termini massimi di durata potranno decorrere *ex novo*.

Per evitare che la *ratio* di questa proposta venga elusa, il giudizio di persistente pericolosità nonostante il decorso del termine massimo di dieci anni, dovrà basarsi esclusivamente su elementi inequivoci, desumibili, per esempio, da un comportamento penitenziario totalmente refrattario a qualsivoglia logica trattamentale; dal sopraggiungere di nuove incriminazioni per reati commessi in corso di detenzione; dalla prova di avvenuti contatti o di tentativi di contatto con l'esterno durante l'applicazione del regime speciale o dopo essere stato ricondotto a quello ordinario.

Così corretta la disciplina sulla durata del 41-*bis*, sembrano superabili molte delle criticità evidenziate: verrebbe meno il rischio di trasformare un isolamento da relativo ad assoluto; si garantirebbe una maggiore progressività nel trattamento; si circoscriverebbe il pericolo di proroghe ingiustificate, al contempo temperando il problema dell'onere della prova in capo al detenuto.

### **3. Esigenze di giurisdizionalizzazione.**

Prima della novella del 2002, si era discusso in sede di elaborazione del disegno di legge, circa la possibilità di attribuire al magistrato di sorveglianza la

---

<sup>14</sup> Il termine di dieci anni è stato prescelto anche alla luce di un confronto fra varie pronunce della Corte Edu, e, in particolare, dei casi Bagarella c. Italia, ove la reclusione al 41-*bis* per circa tredici anni era stata ritenuta conforme, in assenza di circostanze particolari, all'art. 3 CEDU, e il caso Öcalan c. Turchia, ove è stata viceversa considerata lesiva dell'art. 3 una situazione di isolamento "quasi assoluto" protrattasi per dieci anni.

competenza a emanare il provvedimento applicativo del regime derogatorio, ovvero di mantenerla in capo al Ministro. L'esigenza di giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo non fu, alla fine, ritenuta necessaria, in ossequio a quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che, nel '93, aveva qualificato il regime speciale *ex art. 41-bis*, in quanto comportante una semplice variazione dello *status* detentivo, quale modalità esecutiva della pena<sup>15</sup>. Di conseguenza il *41-bis*, non incidendo direttamente sulla libertà personale del detenuto, già limitata dalla sentenza di condanna, non poneva esigenze di giurisdizionalizzazione<sup>16</sup>. Inoltre, si riteneva che, mediante l'affidamento del potere a un'unica autorità, si sarebbero evitate inopportune disparità di trattamento sul territorio e si sarebbe garantita una maggiore celerità nell'applicazione delle misure restrittive<sup>17</sup>.

In realtà, sarebbe auspicabile una riforma del procedimento applicativo nel senso dell'attribuzione della relativa competenza all'autorità giudiziaria, dal momento che il regime derogatorio, pur intervenendo in un contesto in cui la libertà personale del detenuto è già fortemente limitata dalla sentenza di condanna, incide pur sempre sui residui spazi di libertà del medesimo<sup>18</sup>.

Nonostante, poi, la Corte Costituzionale avesse provveduto a suo tempo a ricondurre l'istituto tra le semplici modalità di esecuzione del trattamento penitenziario, si è visto come la stessa giurisprudenza di legittimità, oltre che l'Amministrazione penitenziaria, abbia privilegiato la qualificazione del *41-bis*

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 349, cit.

<sup>16</sup> Da conto del tentativo di questa modifica legislativa, G. FRIGO, *Videoprocessi e «carcere duro»*, cit., p. 416.

<sup>17</sup> L. VITALI, *Discussione del disegno di legge: S. 1487 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario (approvato dal Senato) (3288) e delle abbinate proposte di legge: Taormina; Pisapia e Boato (3313-3415)*, in *Resoconto sommario e stenografico della seduta della Camera del 9 dicembre 2002*, consultabile su [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it).

<sup>18</sup> P. CORVI, *Il trattamento penitenziario*, cit., p. 143. A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro»*, cit., p. 411, sostiene come il regime derogatorio *ex art. 41-bis* realizzi una “degradazione giuridica” di alcuni diritti fondamentali dei detenuti, incontestabilmente compressi e limitati dalla misura, al punto da menomare la stessa dignità della persona. Ne deriva che il potere di applicare misure che abbiano un tale effetto non possa che spettare sempre al Giudice, in quanto giudicare le persone e, appunto, “degradarle”, sono mansioni giudiziali per Costituzione, quale che sia la restrizione di libertà cui conducono.

quale misura di prevenzione alla luce della sua prominente funzione di impedire i collegamenti del detenuto con l'esterno.

Da tale più opportuna qualificazione consegue una forte esigenza di giurisdizionalizzazione del relativo procedimento applicativo. Se è vero che esistono misure di prevenzione (come l'avviso orale o il foglio di via obbligatorio) applicate direttamente dal questore, e dunque in assenza di un procedimento giurisdizionale, d'altro canto, tra le misure più incisive compare la c.d. Sorveglianza Speciale di Pubblica Sicurezza *ex art. 6, co.1, D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, di competenza, invece, dell'autorità giudiziaria. Poiché quest'ultima misura impone restrizioni alla libertà personale nei confronti di un soggetto che si trova in stato di libertà, essa appare meno gravosa rispetto all'*art. 41-bis* che, invece, impone limitazioni alle libertà e ai diritti di soggetti già in stato detentivo. Ne consegue che, come la Sorveglianza Speciale presuppone un vaglio giudiziale dei relativi presupposti di applicazione, a più forte ragione, sarà necessaria la giurisdizionalizzazione del procedimento di applicazione del regime *ex art. 41-bis*<sup>19</sup>.

Siffatte conclusioni non potranno essere messe in discussione nemmeno da eventuali esigenze di speditezza del procedimento applicativo già evidenziate in fase di discussione sul disegno di legge di modifica del *41-bis* del 2002. Si osservi infatti come il provvedimento non viene applicato *sic et simpliciter*, ma presuppone comunque una rigorosa procedura con una autonoma attività istruttoria. La semplice instaurazione di un contraddittorio dinnanzi a una autorità giudiziaria non sembra dunque poter incidere in modo significativo sulla tempestività del provvedimento. Del resto, così come eventuali lungaggini han-

---

<sup>19</sup> A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 409 ss., giunge ad analoga soluzione, partendo però dalla riconducibilità dell'*art. 41-bis* nell'ambito delle pene in senso stretto, e più in particolare alle pene accessorie. Partendo da siffatta qualificazione, l'attribuzione della competenza a un giudice risulterebbe imposta, in primo luogo, dall'*art. 13 Cost.*, secondo il quale non sarebbe ammessa alcuna restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Secondo l'A., tale norma non potrebbe dirsi rispettata dalla possibilità di spostare il controllo giurisdizionale in un momento successivo, a seguito della proposizione del reclamo, dal momento che l'*art. 13* consentirebbe una restrizione della libertà personale secondo la sequenza "decisione dell'autorità amministrativa-convalida dell'autorità giudiziaria" solo nei casi di necessità e di urgenza.



no sempre gravato sulla posizione del detenuto — si pensi alle frequenti declaratorie di inammissibilità del ricorso per cassazione per intervenuto rinnovo del provvedimento impositivo —, allo stesso modo sembra quantomeno doveroso un possibile allungamento dei tempi procedurali laddove funzionale a rispettare pienamente i canoni costituzionali.

Anzi, una soluzione del genere sembra imposta dall'opportunità di garantire il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. In questo modo si consentirebbe al proposto di conoscere preventivamente le informazioni fornite in sede di istruttoria, che potrebbero essere da questi messe alla prova mediante la produzione di elementi a propria difesa, e così, eventualmente, impedire *ab origine* l'applicazione di un regime detentivo particolarmente severo, anziché dover attendere l'esito del reclamo sulla base di un procedimento *ex post*.

Infine, l'esigenza di evitare disparità di trattamento, che giustificava la riconduzione della competenza a un unico soggetto, ossia il Ministro, può essere assicurata anche in caso di giurisdizionalizzazione del procedimento, concentrando tale competenza in capo ad un'unica autorità giudiziaria così come è stato fatto in tema di reclamo avverso il decreto applicativo, proponibile, ai sensi dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quinqüies*, solo dinnanzi al Tribunale di sorveglianza di Roma.

Un'alternativa al procedimento fissato dalla legge potrebbe essere, in definitiva, quella di mantenere il potere di iniziativa in capo al Ministro della giustizia, giustificato da esigenze di coordinamento e di gestione dei flussi di detenuti in entrata e in uscita dal regime detentivo speciale, e attribuire la competenza sul provvedimento applicativo, in seguito allo svolgimento dell'attività istruttoria già prevista dal co. 2-*bis*, ma stavolta nell'effettivo contraddittorio

delle parti<sup>20</sup>, al magistrato di sorveglianza competente per territorio. Oppure, ove esigenze di parità di trattamento fossero considerate prevalenti sul pericolo di sovraccarico dei ruoli<sup>21</sup>, stabilire l'attribuzione di quel potere al Tribunale di sorveglianza di Roma.

Tale soluzione, del resto, appare la più ragionevole, dal momento che consentirebbe un maggiore rispetto dei diritti di difesa e del giusto processo, senza al contempo pregiudicare le connesse esigenze di prevenzione e di speditezza.

#### **4. Riflessioni *de iure condendo* sul procedimento per reclamo.**

Sebbene il legislatore e la giurisprudenza nazionale e sovranazionale si siano sforzati di riavvicinare il procedimento per reclamo avverso il provvedimento di applicazione o proroga del regime *ex art. 41-bis* ai canoni del giusto processo, va evidenziata la persistenza di alcune distonie del sistema che lo tengono ancora lontano da un funzionamento ideale.

L'allungamento della durata non ha infatti risolto il problema della sistematica violazione dei termini di conclusione del procedimento, fissati in modo molto stringente proprio in funzione della serietà delle restrizioni che conseguono all'applicazione del regime detentivo speciale, sicché, qualora non dovessero sussistere (o persistere) le condizioni per la loro imposizione, queste andrebbero annullate nel più breve tempo possibile.

Non si tratta solo di violazioni persistenti e sistematiche, ma anche di violazioni gravi, laddove si consideri che un procedimento che dovrebbe concludersi

---

<sup>20</sup> In senso simile, P. CORVI, *Il Trattamento penitenziario*, cit., p. 143; F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione*, cit., p. 359, secondo il quale ultimo sarebbe necessario estendere al Tribunale di sorveglianza, posta l'esigenza di una giurisdizionalizzazione del procedimento di applicazione del regime derogatorio, la disciplina prevista dall'art. 309 c.p.p., essendo la procedura davanti al Tribunale delle libertà naturale *tertium comparationis* rispetto a una pronuncia sui presupposti di applicazione di un provvedimento incidente sulla libertà personale.

<sup>21</sup> Tale soluzione, in realtà, non sovraccaricherebbe ulteriormente i ruoli stracolmi del Tribunale di sorveglianza di Roma, dal momento che i procedimenti di applicazione si sostituirebbero ai reclami avverso i provvedimenti impositivi.

fisiologicamente nell'arco di dieci giorni, spesso dopo mesi, non vede fissata neanche la prima udienza<sup>22</sup>, per poi concludersi addirittura dopo anni.

La stonatura è evidente e non può essere corretta semplicemente consentendo l'emissione di un provvedimento di merito anche in caso di decorso del periodo di validità del provvedimento censurato, giacché ciò non equivale, dal punto di vista degli effetti, all'adozione di una decisione nei termini.

Si faccia l'esempio di un provvedimento di accoglimento *in toto* del reclamo e conseguente annullamento del 41-*bis*: se intervenuta nei termini, l'ordinanza in questione produce l'effetto della caducazione del regime speciale con conseguente ricollocazione del detenuto al regime ordinario. Qualora dovesse intervenire oltre i termini, ma ancora nel periodo di vigenza del provvedimento, essa provocherebbe anche in questo caso la caducazione del regime speciale, ma con l'evidente incongruenza dell'applicazione prolungata di misure fortemente restrittive non più giustificate da esigenze preventive. Qualora dovesse intervenire, infine, a provvedimento scaduto, essendo stato questo *medio tempore* con ogni probabilità rinnovato, l'eventuale accoglimento del reclamo non produrrebbe altro effetto che un onere motivazionale aggravato a carico del Ministro della Giustizia per le successive proroghe.

Le considerazioni che precedono sollecitano, dunque, una breve riflessione su quelle che potrebbero essere possibili correzioni della componente procedurale del 41-*bis*, al fine di scongiurare i rischi e le contraddizioni sopra evidenziati.

In primo luogo, sembra opportuno allungare i tempi previsti dalla legge. Pur essendo stato stabilito un termine particolarmente breve per le precise ragioni già evidenziate<sup>23</sup>, ossia tenere conto della temporaneità del provvedimento impositivo e consentire una pronuncia tempestiva, esso risulta tuttavia incompatibile sia

---

<sup>22</sup> La relazione offerta dagli Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 - Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), parla al riguardo di un termine di sei mesi, sebbene nei fatti è verosimile che il termine possa essere ancora più lungo.

<sup>23</sup> Cfr. Cap. III, par. 4.1.

con la scansione procedimentale descritta sia con l'oggettivo sovraccarico del sistema di sorveglianza<sup>24</sup>.

Si è già detto, infatti, come il richiamo dell'art. 41-*bis*, co. 2-*sexies*, alle forme disciplinate dagli artt. 666 e 678 c.p.p. determini *ex se* il superamento dei dieci giorni per la decisione, prevedendo tali disposizioni un termine minimo analogo solo per la *vocatio in ius*. E' prevista poi la possibilità per il detenuto di essere sentito personalmente ove ne faccia richiesta, e per il giudice di chiedere informazioni e documentazione alle autorità competenti, nonché, ove necessario, di assumere prove nel rispetto del contraddittorio.

Il procedimento, pertanto, in alcuni casi potrebbe anche esaurirsi in una sola udienza. In altre ipotesi, però, specialmente laddove fosse necessario svolgere attività istruttoria, potrebbe richiedersi una scansione processuale più complessa mediante l'articolazione in più udienze, tutto ciò tenuto anche conto del sovraccarico sistemico della giustizia italiana.

Dunque, alla luce di un più corretto bilanciamento tra contrapposti interessi (quello del detenuto a vedere deciso il reclamo entro un termine ragionevolmente breve, e quello del Tribunale di sorveglianza a disporre del tempo necessario per coordinare il proprio ruolo sovraccarico), fermo restando il termine di dieci giorni per la *vocatio in ius*, potrebbe prevedersi una durata del procedimento per reclamo di sei mesi dinnanzi al Tribunale di sorveglianza di Roma e di due mesi per la decisione del ricorso per Cassazione eventualmente proposto. Questo termine, se opportunamente rispettato, ben può inserirsi nell'ambito di una misura che ha ormai efficacia quadriennale in caso di prima applicazione, e biennale in caso di proroga.

Al fine di garantire il rispetto dei termini in questione, e così evitare la loro sistematica elusione, andrebbe previsto un meccanismo sanzionatorio nel caso di

---

<sup>24</sup> C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 229, sostiene come il rispetto del termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo incontri una grave difficoltà di ordine pratico, data, appunto, dal sovraccarico di lavoro lamentato dalla magistratura di sorveglianza. Pertanto, l'A. ritiene necessario favorire gli investimenti in termini di mezzi e risorse di personale giudiziario e amministrativo così da assottigliare l'enorme divario tra mole di lavoro e organici della magistratura.

loro violazione, come la perdita di efficacia del provvedimento impositivo o di proroga della misura alla luce di quanto già previsto in tema di riesame delle misure cautelari dall'art. 309, co. 10, c.p.p.<sup>25</sup>.

D'altronde, così si otterrebbe un maggiore equilibrio tra posizione del detenuto e del suo difensore, che devono rispettare a pena di inammissibilità i termini prescritti dalla legge per la proposizione delle proprie impugnazioni, e posizione del magistrato che invece normalmente ha a disposizione un termine meramente ordinatorio — sistematicamente eluso — per decidere.

In tal modo, pertanto, si perverrebbe, è vero, a un complessivo allungamento del procedimento in questione (da dieci giorni a sei mesi)<sup>26</sup>, ma ciò sarebbe funzionale al rispetto dei termini e delle scansioni procedurali di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. (così rendendo contemporaneamente ingiustificabili eventuali ritardi), e allo stesso tempo si garantirebbe la conclusione in tempi ragionevoli del reclamo mediante la previsione del meccanismo sanzionatorio di cui sopra.

### **5. Conclusioni. Un *Gesamtkonzept* per il 41-bis.**

La vicenda Provenzano<sup>27</sup> ha messo a nudo, se già non fossero evidenti, le distonie del 41-bis: al di là delle reazioni dell'opinione pubblica, tendenzialmente propensa a far “marcire in carcere” qualsivoglia autore di reati gravi in quanto espressione di una qualche “diversità” (di cultura; di origine; di condizioni psichiatriche ecc.), e dunque capro espiatorio da neutralizzare, ci si è resi conto che, forse, nella lotta al crimine organizzato, ci si è spinti un po' troppo oltre, al punto di ritenere sacrificabili alcuni diritti umani a fronte di esigenze securitarie non necessariamente ricorrenti nel caso concreto e di scelte politiche dalle sfumature chiaramente populiste.

---

<sup>25</sup> F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. pen.*, cit., p. 359; P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., p. 336.

<sup>26</sup> In realtà, l'allungamento avverrebbe solo sulla carta, giacché, nei fatti, il rispetto del termine semestrale grazie alla previsione del meccanismo sanzionatorio determinerebbe, viceversa, un sensibile accorciamento dei termini di durata dei reclami, la cui durata supera nei fatti di molto i sei mesi.

<sup>27</sup> Cfr. Cap. III, par. 2.3.

Ritenere che potesse costituire una seria minaccia per lo Stato di diritto al punto da legittimare la proroga del regime detentivo speciale, un personaggio che, pur essendo stato uno degli esponenti di spicco di Cosa nostra nonché latitante per anni, non era più in grado di formulare frasi di senso compiuto e si trovava spesso in stato confusionario, è una affermazione pericolosa che, ove replicata, rischierebbe di rinnegare conquiste di civiltà giuridica di straordinaria importanza, come il divieto di trattamenti inumani e degradanti, e soprattutto di introdurre un *escamotage* per eludere lo strettissimo nesso di funzionalità che deve sussistere tra regime speciale e funzione di prevenzione dei contatti con l'esterno, in assenza del quale le misure restrittive conseguenti al 41-*bis* avrebbero natura meramente e ulteriormente afflittiva, dunque illegittima.

Il rischio è sempre il medesimo, a fronte dell'affermazione, spesso apodittica, della sussistenza di esigenze di sicurezza, si finisce per consentire pervasive e gravi limitazioni di diritti fondamentali, difficilmente revocabili, stante la difficoltà, per il detenuto, di fornire un'efficace prova della propria dissociazione dal gruppo criminale di riferimento. Si ricordi, del resto, che *si va in carcere perché si è puniti e non per essere puniti*<sup>28</sup>, pericolo, quest'ultimo, che il regime detentivo speciale pone costantemente.

Se, però, i tempi non sono certamente maturi per rinunciare al 41-*bis*, che ancora svolge una funzione essenziale nel contrasto alla criminalità organizzata, tuttora una delle maggiori sfide per le autorità di *law enforcement*, i tempi sono certamente più maturi per smussarne alcune asprezze, come quelle connesse alla sua durata indeterminata e potenzialmente, se non praticamente, illimitata.

Di estremo rilievo è poi la valorizzazione di percorsi trattamentali nei confronti dei detenuti al 41-*bis*, molto spesso, come rilevato anche dal Garante dei detenuti, del tutto pretermessi a causa della carenza strutturale di personale dell'area giuridico-pedagogica. Tale *status quo*, unitamente alla diffusa e criticabile prassi di applicare il regime speciale sino al fine pena, determina una evidente e

---

<sup>28</sup> Ripercorrendo il pensiero di M. Pavarini, questa espressione viene utilizzata da M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena*, cit., p. 1300.

definitiva rinuncia all'ideale rieducativo: come può infatti, essere risocializzato un detenuto la cui reclusione non rispetta i criteri di progressività e trattamento?

In funzione propositiva e di incremento dei livelli di tutela dei diritti umani, qualche spunto potrebbe forse trarsi dalla giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di *Sicherungsverwahrung*, e in particolare dalla formulazione di quei principi necessari a riportare la custodia di sicurezza entro le coordinate del *Grundgesetz* e che, ove replicati ai nostri fini, potrebbero dare vita a un *Gesamtkonzept*, stavolta, per il 41-bis.

Sebbene si sia visto come i due istituti abbiano funzioni radicalmente diverse, alcuni dei principi che regolano la misura di sicurezza teutonica sono certamente estendibili anche al regime detentivo speciale e, anzi, potrebbero essere utili per un suo ripensamento nell'ottica della risocializzazione del reo e di un incremento nei livelli di tutela. Si tratta, in particolare, del principio di *ultima ratio*, funzionale ad applicare il 41-bis solo ove veramente non sostituibile da una modalità detentiva meno rigorosa; di quelli di individualizzazione e motivazione (*Individualisierung - Motivierungsgebot*), grazie ai quali si consentirebbe la predisposizione, sin dall'inizio dell'incarcerazione, di un piano individuale di trattamento idoneo e a fornire, viepiù, adeguato supporto motivazionale nei casi di maggiore demotivazione che inevitabilmente consegue a forme più o meno rigide di isolamento; dei principi di progressivo orientamento alla libertà e minimizzazione (*Freiheitorientierung - Minimierungsgebot*), finalizzati a evitare quella prassi tanto pericolosa, quanto diffusa, di applicare sino al fine pena un regime tanto restrittivo, anziché allentarlo progressivamente; e, infine, del principio di revisionabilità periodica (*Kontrollgebot*) che, sebbene garantito dalla disciplina del rinnovo, per gli abusi cui si espone andrebbe opportunamente corretto.

In realtà, tutti questi principi sarebbero enucleabili da norme costituzionali e non (come l'art. 27, co. 3, Cost.; l'art. 111, co. 6, Cost. o il medesimo art. 41-bis, co. 2-bis, ord. pen.) o da principi immanenti al nostro ordinamento giuridico. Tuttavia, se venissero proclamati in modo solenne e unitario da un soggetto autorevole come la Corte Costituzionale, come fatto dal *Bundesverfassungsgericht*, ciò

renderebbe in automatico fuori legge tutte le prassi penitenziarie e giudiziarie che si pongono in controtendenza rispetto a essi e potrebbe rappresentare il punto di partenza per un percorso di rinnovazione del 41-*bis* alla luce dei diritti umani.



## INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.
- AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977.
- AA. VV., *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Torino, 2012.
- ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla "custodia di sicurezza" (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2011.
- ADDO M. K. - GRIEF N., *Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights?*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 510.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2003.
- ALBERTI G., *Caso Provenzano: la Corte Edu riconosce una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2018.
- ALBRECHT P. A., *Krieg gegen den Terror - Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, p. 852.
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1986.
- ALTAVILLA E., *La parte generale del codice penale*, Napoli, 1934.
- AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
- AMBOS K., *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, p. 1.
- AMISANO M. - CATERINI M., *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, Napoli, 2012.
- ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 269.
- ARDITA S., *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4.
- ARDITA S., *La riforma del 41-bis alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 721.

- ARDITA S., *Problematiche di prevenzione e valutazioni di legittimità nell'applicazione del regime detentivo speciale dell'art. 41-bis dell'ord. pen.*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, p. 1.
- ARDITA S., *I presupposti della proroga del provvedimento di applicazione del regime 41-bis ord. pen., dopo la novella della l. 279 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3403.
- ARDITA S., *La costituzionalità del 41-bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1558.
- ARDITA S., *Lo scioglimento del cumulo e le esigenze della prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1897.
- ARDITA S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007.
- ARDITA S. -PAVARINI M., *Opinioni a confronto - Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, p. 249.
- BAGARIC M. - CLARKE E., *Not enough official torture in the world? The circumstances in which torture is morally justifiable*, in *University of San Francisco law review*, 2005, Vol. 39, p. 581.
- BARATTA A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, p. 55.
- BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976, p. 237.
- BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.
- BARGIS M., *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 158.
- BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008.
- BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 715.
- BASSIOUNI M. C., *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, in *Ind. pen.*, 1990, p. 5.

BASSIOUNI M. C.- LATAGLIATA A. R. - STILE A. M., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, Milano, 1991.

BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano, 2008.

BEVERE A., *La chiamata del correo nel processo penale*, Milano, 1993.

BIN R.- BARTOLE S., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

BERNASCONI A., *La sicurezza penitenziaria fra pareri amministrativi e controllo giurisdizionale*, in *Indice pen.*, 1990, p. 147.

BERNSMANN K. - JANSEN K., *Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle. Ein systematischer Überblick*, in *Strafverteidiger*, 1998, p. 217.

BETTIOL G., *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966.

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.

BETTIOL G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 376.

BETTIOL G., *Orientamenti generali nel diritto penale*, in *Jus*, 1951, p. 4.

BETTIOL G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 369.

BETTIOL G., *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova, 1966.

BITONTI A., *Doppio binario*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., 2005.

BOCCHINI B., *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1152.

BOCCHINI B., *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2011.

BÖGEL M., *Strukturen und Systemanalyse der organisierten Kriminalität in Deutschland*, Berlin, 1994.

BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491.

BORTOLATO M., *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 632.

- BOTTI C., *Riforma del 41-bis, il fine non sempre giustifica i mezzi*, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 8.
- CABIALE A., *Un'altra questione di legittimità costituzionale si abbatte sul d.l. antiscarcerazioni: questa volta entra in gioco il diritto alla salute*, in *www.sistemapenale.it*, 10 giugno 2020.
- CANCELLARO F., *Pubblicate le osservazioni del comitato ONU contro la tortura sulla situazione italiana*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, p. 301.
- CANCIO MELÍA M., *Feind "strafrecht"?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, p. 117.
- CANEPA M., *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, p. 118.
- CANEPA M.-MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010.
- CAPRIOLI F.- VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Vol. I, Lucca, 1867.
- CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005.
- CATERINI M., *Il diritto penale del nemico presunto*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 635.
- CATTELAN L., *La Cassazione in tema di trattenimento della corrispondenza proveniente dal difensore e diretta al detenuto sottoposto al 41-bis*, in *Giur. pen. Web*, 8 gennaio 2020.
- CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2017.
- CESARIS L., *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. Penit., norma effettiva o virtuale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3179.
- COLAVECCHIO G., *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, in *www.la legislazionepenale.eu.*, 21 marzo 2019.

- COPPETTA M. G., *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”:* incostituzionali le restrizioni “quantitative”, in *Giur. it.*, 2013, p. 2349.
- CORBETTA S.- DELLA BELLA A.- GATTA G. L., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”:* le riforme del 2009, Milano, 2009.
- CORNEL H., *Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebot im Recht der Sicherungsverwahrung des Bundesministeriums der Justiz vom 9. November 2011*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2012, p. 1.
- CORSO P. - INSOLERA G. - STORTONI L., *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995.
- CORSO P., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, 2019.
- CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Milano, 2010.
- CORVI P., *La Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189.
- COSENTINI F., *Socialismo giuridico*, in *Critica sociale*, 1906, p. 77.
- CRESPI A.- FORTI G.- ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Milano, 2008.
- CURTOTTI NAPPI D., *L’uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 487.
- DE FRANCESCO G. A., *Associazione per delinquere e associazioni di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, p. 289.
- DELLA BELLA A., *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016.
- DELLA BELLA A., *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41-bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 6/2017, p. 256.
- DELLA BELLA A., *Libri e riviste al 41-bis: la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 62.

DELLA BELLA A., *Emergenza Covid e 41-bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1 maggio 2020.

DELLA CASA F., *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 122.

DELLA CASA F., *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2511.

DELLA CASA F. - GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015.

DELLA MONICA G., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Milano, 1998.

DE LUCA C., *Emergenza Covid-19 e ordinamento penitenziario: le novità del d.l. n. 28/2020*, in [www.dirittopenaleuomo.it](http://www.dirittopenaleuomo.it), 6 maggio 2020.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

DE VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 385.

DI CHIARA G., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003.

DI GIOVANNI A., *Forma contenuto e impugnabilità del provvedimento ex art. 41-bis*, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 56.

DOLCINI E., *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1979, p. 469.

DOLCINI E. - GATTA G. L., *Codice Penale Commentato*, Milano, 2015.

DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1949.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1500.

DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735.

DONINI M. - PAPA M., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

DONINI M., *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019.

EUSEBI L., *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1220.

FALZONE F. - PICOZZI F., *La ricezione di pubblicazioni da parte di persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, p. 132.

FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.

FERRAJOLI L., *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 797.

FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, 2019, p. 79.

FERRARO N., *Decreto ministeriale ex art. 41-bis comma 2 ord. pen. e controllo giurisdizionale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1294.

FERRUA P., *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992.

FIANDACA G., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II, c 365.

FIANDACA G., *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Legisl. pen.*, 1989, p. 24.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale, I*, Bologna, 2016.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019.

FIANDACA G., *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 maggio 2020.

- FILIPPI L., *La “novella” penitenziaria del 2002: la proposta dell’Unione delle Camere penali e una “controriforma” che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 24.
- FILIPPI L., *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1200.
- FILIPPI L., *Proroga del regime di cui al 41-bis ord. penit. e “giudicato di sorveglianza”*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1061.
- FILIPPI L. - SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.
- FIorentin F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, p. 437.
- FIorentin F., *Il controllo giurisdizionale sulla proroga del regime penitenziario differenziato di cui all’art. 41-bis, L.26 luglio 1975, n. 354*, in *Giur. merito*, 2007, 2018.
- FIorentin F., *Carcere duro: mano pesante sui colloqui*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 33, p. 75.
- FIorentin F., *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 187.
- FIorentin F., *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2180.
- FIORIO C., *41-bis parliamone*, in *Arch. pen. Web*, 2015, n. 2.
- FLICK G. M., *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Rivista AIC*, 2014, fasc. 4.
- FLICK G. M., *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1505.
- FORNASARI G., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002.
- FRIGO G., *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida al diritto*, 2003, p. 43.



FRIGO G., *Videoprocessi e «carcere duro»: a regime il trattamento penitenziario «di rigore». L'eccezione che diventa regola. Commento alla L. 23 dicembre 2002, n. 279, in Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 412.

GALLIANI D. - PUGIOTTO A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2017.

GALLIANI D. - PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4, 2019.

GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, p. 173.

GIAMBRUNO V., *Diritto penitenziario*, Milano, 2006.

GIARDA A., *Videoconferenze ed effettività partecipativa dell'imputato*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 1231.

GIARDA A. – SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017.

GIORDANO P., *Un punto fermo nell'incerto metodo di legiferare*, in *Guida dir.*, 2003, p. 37.

GIOSTRA G., *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo penale di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 39.

GIOSTRA G. - INSOLERA G., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995.

GIUNCHEDI F., *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2356.

GIUNDECHI F., *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41 bis ord. pen.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 355.

GIUNTA F., *Attenuazione del custodialismo carcerario e tutela della collettività: note sulla recente riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 586.

GIUNTA F., *Nota introduttiva*, in *Il carcere duro tra efficacia e legittimità, Criminologia*, 2007, p. 249.

- GRABENWARTER C., *Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte — am Beispiel del Falls M. gegen Deutschland*, in *Juristen Zeitung*, 2010, p. 857.
- GRASSO P. - PRESTIPINO M., *Il regime differenziato dell'art. 41-bis o.p. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *Foro it*, f. 4, c. 253.
- GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.
- GREVI V., *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993.
- GREVI V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.
- GREVI V., *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4590.
- GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, p. 123.
- GUAZZAROTTI A., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, p. 9.
- GUERINI U., *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 1974, p. 431.
- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, ed. it. a cura di L. CEPPA, Milano, 1996.
- HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2006, p. 131.
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.
- HÖRNLE T., *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs "Feindstrafrecht"*, in *Goltdammers' Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 80.
- INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globali*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1325.
- INSOLERA G., *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.
- JAKOBS G., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, p. 95.

- JAKOBS G., *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005, p. 839.
- KÖLLNER R. - MÜCK J., *Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, in *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, 2017, p. 593.
- KORTE M., *Vermögensabschöpfung reloaded*, in *Wistra*, 2018, p. 1.
- KREUZER A., *Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, p. 7.
- LA GRECA G., *Documenti per una riflessione sugli istituti di «massima sicurezza»*, in *Foro it.*, 1983, II, p. 473.
- LA GRECA G., *L'applicazione "dell'art. 41-bis" sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 754.
- IOVINO F. P. C., *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 438.
- IOVINO F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1258.
- LANGE H. J. - GASCH M., *Wörterbuch zur innern Sicherheit*, Berlin, 2006.
- LANZA V., *Umanesimo e diritto penale*, Catania, 1929.
- LARA C., *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2386.
- LAUBENTHAL K., *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 703.
- LISKEN H., *Zur polizeilichen Rasterfahndung*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2002, p. 490.
- LOMBROSO C., *L'uomo delinquente*, Torino, 1876.
- LORUSSO S., *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, p. 219.
- MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 149.

- MAGI R., *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 135.
- MAIELLO V., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, Torino, 2015.
- MANCA V., *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2018.
- MANCA V., *La Corte Edu conferma la compatibilità del 41-bis ord. pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016.
- MANES V. - NAPOLEONI V., *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, p. 336.
- MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Milano, 2015.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015.
- MARTINI A., *Commento all'art. 19 d.l. 306/92*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 189.
- MARTUFI A., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015.
- MASSARO A., *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017.
- MAZZA O. - VIGANÒ F., *Il "Pacchetto Sicurezza" 2009*, Torino, 2009.
- MAUGERI A. M., *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*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 15.
- MAURER B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1999.

- MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019.
- MERKEL A., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1899.
- MINNELLA C., *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim*, 2004, p. 197.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Napoli, 1995.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, p. 173.
- MONTAGNA M., *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1280.
- MORI M. S., *A Strasburgo c'è un giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020.
- NEPPI MODONA G., *Sciopero, potere politico e magistratura*, Bari, 1969.
- NEPPI MODONA G., *Una "scuola" dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1971, p. 29.
- NEPPI MODONA G., *I rischi di una riforma settoriale*, in *Qualegiustizia*, 1971, p. 471.
- NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, Torino, 1973.
- NEPPI MODONA G., *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1509.
- NICOSIA E., *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1240.
- NICOSIA E., *CEDU e ordinamento penitenziario nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 749.
- NOVIELLO V., *Le pene accessorie e gli altri effetti penali*, in *Giust. pen.*, 1951, p. 867.
- NUVOLONE P., *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 3.

NUVOLONE P., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. II, Padova, 1969.

OCHOA RUIZ N., *La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, p. 203.

ODDO E., *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. e giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 909.

O'ROURKE A. - CHAUDHRI V. - NYLAND C., *Torture, slippery slopes, intellectual apologists, and ticking bombs: an australian response to Bagaric and Clarke*, in *University of San Francisco law review*, 2005, Vol. 40, p. 85.

PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529.

PADOVANI T., *Codice penale*, Milano, 2019.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

PALAZZO F., *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 225.

PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 666.

PALAZZO F. - PALIERO C. E., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

PALIERO C. E. - VIGANÒ F. - BASILE F. - GATTA G. L., *La pena, ancora fra attualità e tradizione*, Milano, 2018.

M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena e la realtà carceraria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 1297.

PALMIERI L., *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma delle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, p. 59.

PANNAIN R., *Il diritto penale e la morale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954.

PAVARINI M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, 1996.

PELISSERO M., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascente delle misure di sicurezza custodiali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 luglio 2011.

PELISSERO M., *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 21 giugno 2019.

PETRINI D., *Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 246.

PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 573.

PICOZZI F., *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i nipoti minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 159.

PIERRO G., *Spunti d'insieme sulla legge 10 ottobre 1986 n. 633*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 372.

PISA P., *Le pene accessorie. problemi e prospettive*, Milano, 1984.

PISAPIA G. D., *Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 15.

PRESUTTI A., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

PUGIOTTO A., *Come e perchè eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 17.

PULITANÒ D., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 740.

PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2019.

PUTATURO DONATI M. G., *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 15 febbraio 2015.

- RANALLI D., *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, p. 157.
- RAFFAELE S., *Dal 41-bis ai domiciliari: l'ordinanza "Bonura"*, in *Dir. pen. uomo*, 29 aprile 2020.
- REBSCHER E. - VAHLENKAMP W., *Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen und Bekämpfung aus der Sicht der Polizeipraxis*, Bundeskriminalamt, 1988.
- RISICATO L., *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1238.
- RIVELLO P., *Commento all'art. 3 l. n. 356/1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, p. 46.
- RIVELLO P., *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *www.penalecontemporaneo.it*, fasc. 7-8/2017, p. 131.
- ROCCHI F., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3275.
- ROMANO M. - STELLA F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
- ROMBI N., *Dopo il caso "Viola" nuove prospettive per un superamento dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 565.
- RONCO M., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137.
- RUGGERI A., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte Costituzionale allo specchio*, in *www.diritticomparati.it*, 2011.
- RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.
- RUOTOLO M., *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2176.
- RUOTOLO M., *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 842.



- SARROCCI B., *Relazione alla Camera de Deputati*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, 1928.
- SCHÖCH H., *Sicherungsverwahrung im Übergang*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2012, p. 47.
- SCOGNAMIGLIO P., *Il nuovo pacchetto sicurezza. Commento organico alla l. 15 luglio 2009, n. 94*, Napoli, 2009.
- SIMON J. - TAEGER J., *Rasterfahndung - Entwicklung, Inhalt und Grenzen einer kriminalpolizeilichen Fahndungsmethode*, Baden-Baden, 1981.
- SINN A., *Organisierte Kriminalität 3.0*, Berlin, 2016.
- SINN A., *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze BT-Drucksache 18/11272 sowie zur Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag zum o.g. Gesetzentwurf (Ausschussdrucksache 18(6)334)*, consultabile su [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de), 2017.
- SINN A. - HAUCK P. - NAGEL M. - WÖRNER L., *Populismus und alternative Fakten*, Tübingen, 2020.
- SOMMA E., *Palingenesi, razionalizzazione e «sperimentazione» nella novella penitenziaria del 1986*, in *Legisl. pen.*, 1987, p. 82.
- SPAGNOLO G., *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1161.
- SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2016, p. 88.
- SPANO R., *Deprivation of liberty and human dignity on the case law of the European Court of Human Rights*, in *Bergen Journal of criminal law and criminal justice*, 2016, p. 150.
- THEILE H., *Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen sowie des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – Teil I*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2020, p. 1.
- THEILE H., *Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen sowie des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB – Teil II*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2020, p. 81.

- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1493.
- TRONCONE P., *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. pen.*, 2005, p. 547.
- TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984.
- UBERTIS G., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997.
- UBERTIS G. - VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2017.
- VALENTE SARDINA E., *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa*, in *Dir. pen. uomo*, fasc. 10/2020.
- VALITUTTI D., *Il reato associativo come delitto penale del nemico: problemi e prospettive giusfilosofiche*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 259.
- VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 437.
- VERVAELE J., *La legislazione antiterrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 739.
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648.
- VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.
- VITELLO S. F., *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis O.P. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2861.
- VITELLO S. F., *La proroga dell'art. 41-bis comma 2 introdotto dalla legge Gozzini*, in *Dir. proc. pen.*, 1994, p. 1441.
- VON LISZT F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1927.
- WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2015.
- ZERBOGLIO A., *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *Scuola pos.*, 1896, p. 68.