



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN “SCIENZE GIURIDICHE” - XXXIV CICLO
Curriculum “Organizzazione del potere e tutela dei diritti fondamentali nella
prospettiva costituzionalistica e storico-filosofica”

I diritti fondamentali dei detenuti sottoposti al regime dell’art. 41-bis ord. pen.

Dottoranda

Dott.ssa Sabina Sturniolo

Tutor

Chiar.mo Prof. Giacomo D’Amico

Co-tutor

Chiar.ma Prof.ssa Giuseppa Sorrenti

Coordinatrice del Corso di Dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Concetta Parrinello

Indice

Prima parte

1	Introduzione.....	4
1.1	Metodologia di approccio al tema dei diritti fondamentali dei detenuti “ <i>speciali</i> ” e conseguente struttura dell’elaborato.....	10
2	Il regime (particolarmente) “duro” che l’ordinamento penitenziario riserva ai detenuti speciali	15
2.1	Il regime di cui all’art. 4- <i>bis</i> ord. pen.....	15
2.2	L’elemento dirimente della “collaborazione”.	54
2.3	Corte cost. sent. 253 del 2019.	58
2.4	Il regime di cui all’art. 41- <i>bis</i> ord. pen.....	67
2.5	La tecnica dell’interpretazione costituzionalmente orientata nella sent. n. 105 del 2023 Corte costituzionale.....	80
2.6	Brevi cenni alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.....	90
2.7	Profili di giurisdizione del regime di cd. “carcere duro”.	93
2.8	Report sulla situazione degli istituti detentivi dei detenuti sottoposti al regime <i>ex art.</i> 41- <i>bis</i> ord. pen.....	106

3	L'ergastolo ostativo	111
4	Introduzione ai diritti fondamentali dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41- <i>bis</i> ord. pen.	126
5	« <i>Dis-moi ce que tu manges, je te dirai ce que tu es</i> ». Cade il divieto di «cuocere cibi» per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. Riflessioni a seguito della sentenza n. 186/2018 della Corte costituzionale	129
5.1	Premessa.....	129
5.2	Le ragioni poste a fondamento della decisione della Corte costituzionale.....	135
5.3	Lo Stato portatore di un “obbligo alimentare” nei confronti dei detenuti.....	143
6	Il diritto all'informazione	148
6.1	Il diritto di informazione in ambito penitenziario.	153
6.2	La corretta declinazione del diritto di informazione in ambito penitenziario.....	157
6.3	L'accesso all'informazione dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. e la sentenza n. 135 del 2013 della Corte costituzionale.	161
6.4	La legittimità del divieto di ricevere libri e riviste per i detenuti sottoposti al regime speciale.....	166
7	Il diritto alla salute nell'ordinamento penitenziario	175

7.1	Riflessioni introduttive sul diritto alla salute.	175
7.2	I provvedimenti adottati durante la pandemia volti alla gestione dell'emergenza da Covid-19.	197
7.3	Confronto con le disposizioni sovranazionali in materia sanitaria.	212
7.4	Il caso Cospito.	222
8	Il diritto all'affettività e, in particolare, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita per i detenuti all'art. 41- <i>bis</i> ord. pen. Quali interessi reclamano tutela?.....	241
8.1	Introduzione.....	241
8.2	La procreazione medicalmente assistita: una reale possibilità per i detenuti?.....	243
8.3	I precedenti giurisprudenziali.....	246
8.4	I diritti coinvolti.....	251
8.5	Considerazioni su un recente disegno di legge. ...	255
8.5.1	L'art. 2: i divieti.....	256
8.5.2	L'art. 3: la pena.	258
8.6	Conclusioni.....	260
9	Riflessioni conclusive.....	263
10	Bibliografia.....	269

1 INTRODUZIONE

L'art. 27 Cost. costituisce il fondamento costituzionale della tutela dei diritti dei detenuti, cittadini che, pur essendo momentaneamente privati della propria libertà personale, conservano comunque, dignitosamente, i propri diritti fondamentali¹. È, infatti, attraverso la piena realizzazione di questi ultimi che la *ratio* della norma costituzionale può trovare concreta applicazione.

Dall'analisi svolta durante il periodo di ricerca e di cui si darà conto in questa tesi è emerso un quadro complesso i cui aspetti possono essere definiti contestualmente *de iure condendo* e *de iure condito*: se, per un verso, infatti, si registra ancora la necessità dell'intervento legislativo al fine di colmare talune lacune che tutt'oggi emergono dalla realtà carceraria considerata nel suo insieme², per altro, non possono passare sotto banco le azioni comunque già poste in essere – non solo dal legislatore ma anche dalla giurisprudenza e dall'amministrazione penitenziaria – e grazie alle quali si delinea una realtà che può essere definita, sia pure solo a tratti, incoraggiante per il raggiungimento della tutela dei fondamentali diritti dei detenuti.

¹ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU, in *Rivista AIC*, 2014, p. 2.

² L'intervento legislativo è spesso auspicato anche dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come si evince dalla lettura delle loro pronunce.

Il quadro è reso ancora più complesso dalla constatazione che non è ancora stata superata nell'opinione pubblica una concezione meramente retributiva della pena. Da questo approccio al “problema della pena” derivano, non di rado, significative conseguenze anche sul piano legislativo, che si traducono in ciclici rigurgiti di populismo penale, inevitabilmente destinati a scontrarsi e a soccombere di fronte alla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha fin qui, pressoché costantemente, rintuzzato questi tentativi.

Il cambiamento dell'intero sistema dovrebbe dunque essere sorretto da un contestuale mutamento del modo di interpretare la pena, troppo spesso ancora oggi declinata in una veste più punitiva e meno rieducativa e di risocializzazione.

Come si diceva, per converso, sono ancora presenti nel pensiero comune taluni – oltre che arcaici, per certi versi sconcertanti – retaggi storici secondo i quali il carcere non è un posto di risocializzazione e di riscatto personale dal quale ripartire, quanto piuttosto uno sterile luogo in cui si è condannati a vivere per un certo periodo, più o meno lungo (se non addirittura definitivo nei casi più gravi), e nel quale “chi ci finisce” deve *sic et simpliciter* espiare la pena inflitta, anche se ciò dovesse significare “subire” un trattamento non necessariamente conforme al senso di umanità.

Nella prospettiva del bilanciamento con tutte le primarie esigenze sociali che vengono in rilievo nella materia *de qua* è

sembrato che il rispetto dei diritti possa essere attuato soprattutto nella fase dell'esecuzione della pena, attraverso una concezione del trattamento penitenziario non solo orientata al reinserimento ma, addirittura, intesa come un'apertura della società verso il carcere.

Se, però, risulta ancora oggi diffusa nell'opinione pubblica l'idea per cui «è più difficile spezzare un atomo che un pregiudizio», esistono e meritano di passare al vaglio degli operatori del settore diverse possibili soluzioni idonee ad allentare le rigide impostazioni mentali del comune sentire, che potrebbero favorire la finalità della rieducazione, rispettando al massimo la dignità della persona.

Fra le altre, una possibile alternativa, che è stata anche oggetto del dibattito scientifico, riguarda l'applicazione di misure alternative a quella carceraria.

Senza perdere i caratteri intrinseci di umanizzazione e di rieducazione, sanciti dal terzo comma dell'art. 27 Cost.³, la pena, infatti, potrebbe essere rispettosa della dignità della persona e dei suoi stessi diritti anche (e, forse, soprattutto) allontanandosi dalla sua sede tradizionale, abbandonando, secondo questo schema, quella concezione che la dottrina ha definito "carcerocentrica"⁴.

³ M. RUOTOLO, *Introduzione*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, p. 8.

⁴ M. RUOTOLO, *Introduzione*, cit., p. 9.

La dignità della persona è, da questa prospettiva, il “punto archimedeo”⁵ di tutto il sistema costituzionale dei diritti e dei poteri⁶.

Senza tralasciare, inoltre, come «ogni detenuto recuperato alla legalità significa maggiore sicurezza per l'intera comunità»⁷.

Tale affermazione può ricavarsi, *in primis*, da un'interpretazione meramente letterale dell'art. 27 Cost., il quale declina il termine pena al plurale facendo così trasparire, anche e già nell'intenzione del legislatore, l'idea di un percorso non necessariamente intramurario, e, in secondo luogo, sistematica, analizzando la norma in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost. (consolidata coppia assiologica dei diritti fondamentali) e l'art. 13 Cost., che sancisce l'inviolabilità della libertà personale.

Dello stesso avviso è chi autorevolmente si è occupato del tema⁸, soffermandosi, nello specifico, sul «senso della pena e del reiterato auspicio al superamento dell'equazione pena=carcere»⁹.

In tempi più recenti, un timido spiraglio verso un auspicato mutamento di prospettiva si è registrato nel 2015 a seguito di

⁵ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

⁶ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., p. 1.

⁷ M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, Relazione svolta al Convegno *Attualità di Iginio Cappelli su - Dagli “Avanzi della giustizia” agli Stati Generali*, Napoli, Consiglio regionale della Campania, 26 febbraio 2016, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, pag. 3.

⁸ M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, p. 1.

⁹ In questi termini si esprime M. Ruotolo nella relazione già citata del 26 febbraio 2016.

un'iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia volta a favorire un momento di riflessione tra esperti del sistema dell'esecuzione penale e che ha trovato espressione negli Stati generali sull'esecuzione penale¹⁰.

La particolarità dell'evento riguarda *in primis* proprio la composizione del Comitato, nell'ambito del quale sono stati invitati a partecipare non solo esperti del settore penitenziario (docenti universitari, magistrati, avvocati, dirigenti penitenziari) ma anche rappresentanti del mondo del volontariato, della cultura e dello sport. L'eterogeneità della composizione dell'organo ha così consentito di analizzare il sistema della pena da punti di vista, per certi versi, profondamente diversi o comunque lontani fra loro e di occuparsi di aspetti che vanno al di là del contesto puramente normativo.

Infine, un'ultima considerazione circa la possibilità di intendere la pena nei termini di cui si è detto, concerne il problema del sovraffollamento carcerario¹¹.

Come si avrà modo di dire più avanti, il suddetto fenomeno mal si concilia con il diritto degli individui a vivere in un ambiente

¹⁰ Si tratta di un'iniziativa avviata dal(l'allora) Ministro della Giustizia Orlando con d.m. 8 maggio 2015 e d.m. 9 giugno 2015 e conclusasi nell'aprile del 2016, volta a raccogliere le proposte di miglioramento emergenti dal lavoro di vari tavoli tematici, suddivisi per settore, in base alle materie di appartenenza e comunque tutte afferenti all'esecuzione penale.

Per un approfondimento circa la composizione del Comitato e i compiti ad esso affidati si rinvia a M. RUOTOLO, *Introduzione*, cit., p. 9, nota 7.

¹¹ Fenomeno che, tra l'altro, a causa della sua drammaticità attuale ha, da ultimo, contribuito a peggiorare la situazione – già emergenziale – durante il periodo della pandemia.

salubre e nelle migliori condizioni igienico-sanitarie non solo all'interno dei locali di pernottamento ma, più in generale, ove si svolge la vita carceraria.

Il sovraffollamento carcerario, di più, lede il principio di umanità della pena e ha acquisito rilevanza a seguito della condanna dell'Italia da parte della Corte EDU¹².

Si tratta di una problematica fondamentale che da tanto tempo è sotto la lente del legislatore nazionale e che, nonostante le condanne da parte delle Corti sovranazionali, non risulta ancora superata.

Il lavoro svolto nell'ambito della ricerca si è articolato in due fasi: in un primo momento, si è proceduto alla ricognizione e alla successiva analisi delle fonti normative che – a livello interno e sovranazionale – si sono occupate delle vicende esaminate; successivamente, sono stati analizzati gli strumenti di tutela contemplati oggi dall'ordinamento penitenziario al fine di verificare se e quanto questi siano sufficienti al pieno soddisfacimento dei

¹² Causa Torreggiani e altri c. Italia – Seconda Sezione – sentenza 8 gennaio 2013 (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10). I giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia poiché l'obbligo di scontare la pena costringe la persona detenuta a vivere in condizioni inumane e degradanti.

L'Italia non è il solo Paese a essere stato condannato per i motivi di cui si è detto; anche il Belgio, la Bulgaria e l'Ungheria sono stati destinatari di condanne con riferimento alla situazione di strutturale sovraffollamento carcerario: *Vasilescu c. Belgio* 25 novembre 2014; *Neshkow e altri c. Bulgaria* sentenza 27 gennaio 2015; *Varga e altri c. Ungheria* sentenza 10 marzo 2015. Quest'ultima è particolarmente significativa poiché richiama più volte la vicenda italiana. Su questo ultimo aspetto si rinvia a V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

diritti che, caso per caso, reclamano tutela ovvero se, per converso, (almeno limitatamente alle situazioni oggetto di studio), occorra un intervento legislativo al fine di disciplinare *ex novo* la materia o, laddove una disciplina generale esista già, per colmarne le relative lacune.

Le situazioni che possono venire in rilievo sono diverse e, attorno a queste, molteplici sono i diritti fondamentali che vengono in rilievo; data questa molteplicità di situazioni, si è deciso di soffermarsi, in modo particolare, solo su alcune tematiche.

1.1 Metodologia di approccio al tema dei diritti fondamentali dei detenuti “*speciali*” e conseguente struttura dell’elaborato.

La vastità del tema dei diritti fondamentali dei detenuti ha reso necessario circoscrivere l’ambito di ricerca “solo” ad alcuni di questi e, in particolare, l’attenzione si è focalizzata sui cd. detenuti “*speciali*” nei cui confronti, per le ragioni che saranno di seguito illustrate, il legislatore ha predisposto un trattamento detentivo particolarmente severo.

Il regime normativo previsto dall’ordinamento penitenziario e, in particolare, le disposizioni di cui agli articoli 4-*bis* e 41-*bis* ord. pen. incidono, infatti, in maniera significativa sulla piena

realizzazione dei diritti fondamentali dei detenuti che ad essi risultano assoggettati.

L'evoluzione sociale ha giocato, nel corso degli anni, un ruolo molto importante nel senso di un progressivo rafforzamento della loro tutela, la quale, tuttavia, allo stato attuale, lungi dal poter essere definita pienamente effettiva, necessita ancora di plurimi interventi legislativi che possano disciplinare la materia in tutte le sue molteplici sfaccettature.

Il singolo ed isolato intervento legislativo, infatti, come si avrà modo di osservare più avanti, si è talora dimostrato insufficiente al fine di dirimere determinate questioni nelle quali il bilanciamento tra il diritto fondamentale “di turno”, da un lato, e l'esigenza di assicurare l'ordine pubblico e la sicurezza, dall'altro, appariva fortemente problematico e spesso eccessivamente orientato a favore di quest'ultima esigenza.

A fronte di tale forse eccessivo sbilanciamento, l'intervento che inevitabilmente, per ragioni legate alla “suddivisione dei compiti istituzionali” del nostro ordinamento, si è reso necessario – più di una volta – affinché i diritti inviolabili dell'individuo detenuto fossero riconosciuti anche all'interno degli istituti penitenziari di Alta Sicurezza è stato quello della Corte costituzionale.

Si può sin d'ora anticipare che, a mio parere, il Giudice delle leggi ha mostrato, il più delle volte, un atteggiamento molto propenso

al *dialogo* istituzionale, riservando la disciplina della materia all'organo rappresentativo della volontà popolare.

La tematica dei diritti fondamentali dei detenuti sottoposti al regime del cd. “carcere duro” ha, quindi, degli interessanti risvolti anche dal punto di vista della forma di governo; muovendo da questa prospettiva emergono, infatti, molteplici spunti di riflessione che riguardano ambiti applicativi anche diversi tra loro e dei quali si cercherà di dare conto nel presente lavoro.

Si evince già da queste prime battute come i protagonisti indiscussi della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti “speciali” siano (restando per il momento solo nel panorama italiano) il Parlamento, da un lato, e la Corte costituzionale, dall'altro.

Per una migliore analisi e una più fluida lettura, il lavoro è stato organizzato e suddiviso idealmente in due momenti: nell'ambito dei primi capitoli, lo studio svolto si è soffermato, in primo luogo, alla disciplina normativa di cui agli articoli 4-*bis* e 41-*bis* ord. pen. e, secondariamente, all'analisi del nuovo regime del cd. “ergastolo ostativo”. Questo secondo aspetto si è reso necessario alla luce della più recente modifica di cui al decreto-legge n. 162 del 2022 i cui tratti essenziali sono stati illustrati a chiosa di questa prima parte.

Nella seconda fase, invece, in ragione del ruolo svolto dagli attori istituzionali protagonisti della scena di cui si è poc'anzi detto, si è ritenuto interessante, e quindi degno di uno specifico *focus*,

soffermarsi su talune questioni emerse, tanto alla luce di interventi legislativi registratisi di recente (si pensi alla possibilità di riconoscere l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di cui al cap. 10 o al diritto alla salute, specie a seguito della necessità, avvertita dal legislatore, di intervenire e disciplinare le disposizioni in materia al fine di renderle adeguate e congrue alla fase emergenziale da Covid-19, di cui al cap. 7 e cap. 8), quanto a seguito di alcune sentenze della Corte costituzionale, la quale, come si avrà modo di apprezzare anche dalla lettura di alcuni passi delle pronunce medesime, ha contribuito ad ampliare, nel corso degli anni, la tutela dei diritti di volta in volta in gioco (si veda, ad esempio, la sentenza n. 186 del 2018, di cui si parlerà al capitolo 5, o la sentenza n. 135 del 2013, che sarà esaminata al capitolo 6).

Prima parte

2 IL REGIME (PARTICOLARMENTE) “DURO” CHE L’ORDINAMENTO PENITENZIARIO RISERVA AI DETENUTI SPECIALI

2.1 Il regime di cui all’art. 4-*bis* ord. pen.

L’art. 4-*bis* ord. pen. è stato introdotto nel 1991 come risposta, in sede di esecuzione della pena, alla criminalità di stampo mafioso; nel corso di poco tempo, però, il suo raggio d’azione è stato ampliato ricomprendendo una moltitudine di fattispecie di reato, definiti dalla giurisprudenza costituzionale come un «complesso, eterogeneo e stratificato elenco»¹³, discostandosi, talvolta, dall’originaria *ratio* della previsione medesima e sollevando perplessità nella dottrina¹⁴.

I momenti essenziali che hanno riguardato la disciplina possono essere delineati nel seguente *excursus* storico.

Come si diceva sopra, la portata applicativa della disposizione e il suo processo di estensione sono stati fortemente condizionati dal contesto storico e sociale sviluppatosi nel corso degli anni. Già il brevissimo periodo di tempo intercorrente tra l’originaria formulazione normativa e il suo primo intervento modificatore (solo tre mesi), che ha dato luogo alla prima estensione applicativa dei

¹³ Corte cost. sentenze n. 239 del 2014, n. 32 del 2016, n. 188 e n. 253 del 2019.

¹⁴ D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

destinatari del provvedimento, è giustificato dalla forte esigenza, avvertita dal legislatore, di dover intervenire tempestivamente sull'onda emotiva delle stragi di mafia che si erano verificate in quel periodo.

I provvedimenti adottati in quel contesto hanno comportato la compressione dell'ideale rieducativo in ragione delle, più forti, esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa¹⁵.

Tra gli interventi che si sono susseguiti nel corso degli anni, un cenno particolare merita la legge n. 279 del 2002 con la quale è stata realizzata una vera e propria revisione organica anche al fine di conformare l'articolo alle pronunce della Corte costituzionale che già erano intervenute. La legge citata ha, inoltre, ampliato ulteriormente il campo di applicazione della disposizione legislativa, introducendo una serie di reati tra quelli di prima fascia, cui applicare, quindi, il regime sanzionatorio più rigido.

Sono così stati introdotti: la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

Con il d.l. n. 11 del 2009 sono stati introdotti nel novero dei reati ostativi alcuni reati a sfondo sessuale al fine di placare gli animi sociali particolarmente provati da alcuni episodi di violenza sessuale.

¹⁵ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017, p. 3.

Pochi giorni prima dell'adozione del decreto citato, infatti, uno stupro, ricordato come stupro della Caffarella, aveva scosso l'opinione pubblica¹⁶.

Tra le novità occorre segnalare anche l'introduzione del comma 1-*quater*, il quale ha previsto un percorso diverso per gli autori dei reati immediatamente lesivi della libertà sessuale di cui agli articoli 609-*bis*¹⁷, 609-*ter*¹⁸, 609-*quater*¹⁹ e 609-*octies*²⁰.

Per costoro è stata introdotta l'osservazione scientifica della personalità prevedendo l'accesso ai benefici penitenziari, indipendentemente dal requisito della collaborazione «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al comma 4 dell'art. 80»²¹.

Ancora sul punto, la l. n. 172 del 2012 ha aggiunto il comma 1-*quinques*, il quale prevede, per questa tipologia di condannati, la partecipazione ad un programma di riabilitazione scientifica di tipo

¹⁶ Fra gli altri episodi che meritano di essere menzionati vi sono lo stupro, e successivo omicidio, di Giovanna Reggiani, avvenuto il 30 ottobre 2007 presso la stazione di Tor Quinto a Roma e la violenza sessuale a Guidonia avvenuta il 22 gennaio 2008.

¹⁷ Art. 609-*bis* “*Violenza sessuale*”.

¹⁸ Art. 609-*ter* “*Circostanze aggravanti*”.

¹⁹ Art. 609-*quater* “*Atti sessuali con minorenne*”.

²⁰ Art. 609-*octies* “*Violenza sessuale di Gruppo*”.

²¹ L'art. 80, co. 4, ord. pen., rubricato «Personale dell'amministrazione degli istituti di prevenzione e di pena», recita: «*Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate*».

psicologico con finalità di recupero come indicato dall'art. 13-*bis* ord. pen.²² (anch'esso introdotto dalla legge n. 172/2012) e che deve essere valutata positivamente dal Magistrato di sorveglianza.

Le modifiche legislative appena citate non hanno solo introdotto nuove fattispecie di reato ma hanno modificato l'impalcatura originaria: il requisito della collaborazione attorno al quale ruotava l'intero impianto normativo posto dal d.l. n. 306 del 1992 ha perso la sua centralità e le fattispecie collegate, anche non immediatamente, al crimine organizzato, hanno ceduto il passo a quelle di carattere individuale.

Il legislatore ha ritenuto di poter abdicare alla funzione rieducativa tutte le volte in cui il reato fosse commesso da delinquenti "pericolosi"²³ ma l'automaticità di tale meccanismo che stabilisce presunzioni legali assolute non ha trovato il plauso della Corte costituzionale che, sin da subito, si è mostrata contraria a sistemi che

²² L'art. 13-*bis* ord. pen., rubricato «Trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori» stabilisce: «*Le persone condannate per i delitti di cui agli articoli 600 bis, 600 ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600 quinquies, 609 quater, 609 quinquies e 609-undecies del codice penale, nonché agli articoli 572, 583 quinquies, 609 bis, 609 octies e 612 bis del medesimo codice, possono sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno. La partecipazione a tale trattamento è valutata ai sensi dell'articolo 4 bis, comma 1-quinquies, della presente legge ai fini della concessione dei benefici previsti dalla medesima disposizione.*

Le persone condannate per i delitti di cui al comma 1 possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari».

²³ A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, p. 109.

impediscano l'accesso ai benefici sulla scorta dei soli reati ascritti²⁴ al soggetto interessato, affermando come «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»²⁵.

L'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. pen., ispirandosi ad esigenze general-preventive e di special-prevenzione negativa²⁶, ha dato vita al c.d. “doppio binario” penitenziario²⁷.

L'art. 4-*bis* ord. pen.²⁸ consta di molteplici commi. Come si diceva sopra, le disposizioni ivi contenute non sono state tutte previste *ab origine*, piuttosto il loro ingresso nella “disciplina speciale” si è realizzato a seguito di una serie di interventi normativi volti a fronteggiare talune situazioni, particolarmente problematiche

²⁴ Corte cost. sent. n. 306 del 1993; sent. n. 376 del 1997 e sent. n. 257 del 2006.

²⁵ Corte cost. sent. n. 306 del 1993, in particolare punto 11 del *Considerato in diritto*.

²⁶ M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. proc.*, 2/2005, p. 145.

²⁷ C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, in Torino, 2013, p. 1138.

²⁸ L'art. 4-*bis* ord. pen. è stato introdotto nel nostro ordinamento col d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991 n. 203, modificato più volte nel corso degli anni la più recente versione è quella entrata in vigore il 06/05/2023 .

e delicate emerse nel corso degli anni e in determinati contesti storico-sociali.

La disposizione, nella sua completa e attuale formulazione²⁹, come si evince dalla lettura della rubrica «*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*», individua le ipotesi al verificarsi delle quali vige il divieto di concessione di taluni benefici che, per converso, possono essere concessi alla generalità dei detenuti qualora ne sussistano i presupposti.

L'elemento dirimente, presente nell'intero corpo normativo, è rappresentato dalla presenza dell'atteggiamento collaborativo del soggetto (detenuto o internato) interessato dal provvedimento.

Già il comma 1 della norma, infatti, prevede che «*l'assegnazione al lavoro esterno*», «*i permessi premio*» e «*le misure alternative*» alla detenzione (previste nel Capo VI con l'esclusione della liberazione anticipata), possono essere concessi ai detenuti e agli internati (per i delitti elencati dalla norma medesima) solo a condizione che gli interessati dal provvedimento *collaborino* con la giustizia, come previsto dall'art. 58-ter ord. pen., cui è assimilabile (operando un rinvio al codice penale e, in particolare, all'art. 323-

²⁹ Quindi nel testo risultante dalle modifiche operate, da ultimo, dal decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, e dal decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni dalla legge 5 maggio 2023, n. 50.

bis) la condotta di «*chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili*».

L'articolo continua formulando una sorta di gradualità della gravità delle fattispecie penali di cui si occupa.

I delitti riportati al primo comma sono quelli, per così dire, *più gravi*, che siano stati commessi per finalità di terrorismo (anche internazionale) o di eversione dell'ordine democratico, commessi con atti di violenza; contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico (in particolare la norma richiama gli articoli 416-*bis* e 416-*ter* c.p.) e contro la personalità individuale (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù *ex art.* 600 c.p., prostituzione minorile *ex art.* 600-*bis*, pornografia minorile 600-*ter*); l'art. 12, co. 1 e co. 3, del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; l'art. 291-*quater* del T.U. delle disposizioni in materia doganale di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e art. 74 T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; mentre, all'ultimo inciso fa salve le disposizioni di cui agli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8,

convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82 e successive modificazioni.

Il comma 1-*bis* – il cui testo è stato sostituito dal d.l. n. 162 del 2022, come convertito, con gli attuali commi 1-*bis*, 1-*bis*.1, 1-*bis*.1.1. e 1-*bis*.2 – stabilisce che i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, «anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-*ter*», ai detenuti e agli internati per uno dei delitti previsti³⁰ «purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto

³⁰ Si tratta di delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, per i delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, per i delitti di cui agli articoli 12, commi 1 e 3, e 12-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e per i delitti di cui all'articolo 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile».

Lo stesso comma 1.bis prevede, poi, che «Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

Il comma 1-*bis*.1 replica il contenuto del precedente ma al fine di destinarlo, specificamente, all'ipotesi di compimento di altri delitti³¹.

Il comma 1-*bis*1.1 stabilisce che con il provvedimento di concessione dei benefici appena citati possono anche essere stabilite talune prescrizioni sia al fine di scongiurare il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata (terroristica o eversiva), sia per impedire ai condannati di svolgere attività o avere rapporti personali che possano indurre il soggetto interessato dal provvedimento a compiere altri reati o a ripristinare i rapporti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

³¹ Si tratta dei delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, co. 1 e 2, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale.

A tal fine, la disposizione attribuisce al giudice il potere di disporre che il condannato non soggiorni in uno o più determinati comuni ovvero, per converso, che soggiorni in un comune determinato.

Il comma successivo, *1-bis.2* reca una previsione peculiare poiché, sebbene inserito nell'ambito del medesimo "aggiornamento" normativo³², è esclusivamente dedicato all'art. 416 codice penale e stabilisce che anche per questi delitti si applicano le disposizioni di cui al comma *1-bis*.

Il comma *1-ter* stabilisce che i benefici di cui al comma 1 possono altresì essere concessi qualora non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva, ai detenuti o agli internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis* commi 2 e 3, 600-*ter*, co. 3, 600-*quinqies*, 628 co. 3 e 629, co. 2 c.p.; ancora all'articolo 291-*ter* del T.U. in materia doganale (d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), all'art. 73 del T.U. di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (solo per le ipotesi più gravi previste ai sensi dell'art. 80, comma 2, del medesimo T.U.); all'articolo 416, commi 1 e 3, c.p., qualora il reato sia stato commesso allo scopo di commettere delitti di cui agli articoli 473 e 474 c.p. e all'articolo 416 c.p. realizzato, questa volta, allo scopo di commettere

³² Si allude a quello operato con il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, di cui si è detto sopra.

delitti contro la persona di cui al Libro II, Titolo XII, Capo III sezione I; dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p. e, infine, dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni.

Il comma 1-*quater* introduce un primo peculiare elemento di differenziazione rispetto ai precedenti laddove stabilisce che i benefici possono essere concessi ai detenuti o agli internati per i delitti di cui agli articoli 583-*quinqües*, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqües*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies*, 609-*undecies* c.p. ma solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione di esperti di cui all'art. 80 c.p.

Per quanto riguarda l'art. 609-*bis*, l'ultimo inciso della disposizione stabilisce che l'osservazione citata non è prevista in presenza della circostanza attenuante di cui alla medesima disposizione³³.

³³ L'art. 609-*bis*, u.c., la individua così: «*Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*». Si tratta di una circostanza attenuante ad effetto speciale ex art. 63 che ricorre quando, con riferimento ai mezzi, alle modalità, alle circostanze dell'azione, si ritiene che la libertà personale o sessuale della vittima sia stata compressa in maniera meno grave.

Il comma 1-*quinqies* prevede una disciplina specifica qualora i reati di cui agli articoli 583-*quinqies*, 600-*bis*, 600-*ter*, (anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo) 600-*quater*, 600-*quinqies*, 609-*quater*, 609-*quinqies* e 609-*undecies* c.p., nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* siano stati commessi in danno di una persona minorenni. In questi casi, il Magistrato di sorveglianza (o il Tribunale di sorveglianza) deve valutare la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis* c.p.

Il comma 2 stabilisce che il Magistrato di sorveglianza (o il Tribunale di sorveglianza) decide dopo aver acquisito informazioni dettagliate tramite il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato, cui può essere chiamato a partecipare anche il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto. Il Magistrato decide comunque qualora il comitato non dovesse pronunciarsi entro trenta giorni.

Il testo del comma è molto corposo anche alla luce dei più recenti interventi legislativi.

La norma, infatti, continua stabilendo che nei casi di cui ai commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 il giudice acquisisce dettagliate informazioni circa: il perdurare dell'operatività dell'organizzazione criminale di appartenenza; il contesto in cui il reato è stato commesso; il profilo

criminale del detenuto (o internato) nonché la posizione che questo aveva assunto all'interno dell'organizzazione; eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzioni a suo carico; infine, eventuali infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione.

Durante l'espletamento dell'attività istruttoria, il giudice si avvale dell'ausilio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo attraverso l'acquisizione di un parere (dal quale può prescindere qualora, nonostante la proroga eventualmente concessa, questo non sia stato comunque reso) e acquisisce una serie di informazioni (anche di natura patrimoniale e reddituale) non solo con riferimento all'internato ma anche agli appartenenti al suo nucleo familiare e di persone ad esso collegate. Qualora dall'attività istruttoria dovessero emergere indizi circa l'attualità dei collegamenti sarà onere del condannato fornire elementi idonei di prova contraria.

Il provvedimento del giudice, sia esso favorevole o contrario alla concessione dei benefici, deve comunque essere motivato. In ogni caso, i benefici possono essere concessi solo dopo che il provvedimento applicativo dell'art. 41-*bis* è stato revocato ovvero non prorogato.

Ai sensi del comma 2-*bis*, ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-*ter*, il magistrato o il tribunale di sorveglianza

decide dopo aver acquisito dettagliate informazioni dal questore; anche in questo caso se ne può prescindere trascorso il termine dei 30 giorni.

Il comma *2-bis.1*³⁴ stabilisce che le disposizioni previste dai commi 2 e *2-bis* non si applicano qualora sia richiesta la modifica del «provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno» e non siano decorsi più di tre mesi dalla data in cui il provvedimento è diventato esecutivo. Analogamente si procede qualora sia richiesta la concessione di un «permesso premio da parte di un condannato già ammesso a fruirne» e non siano decorsi più di tre mesi dalla concessione del primo.

Ai sensi del comma *2-ter*³⁵ alle udienze del tribunale di sorveglianza nelle quali si decida della concessione dei benefici di cui al comma 1 nei confronti di condannati per i reati previsti dall'art. 51, co. *3-bis* e *3-quater* c.p.p.³⁶, le funzioni di pubblico ministero

³⁴ Comma inserito dall'art. 1, co. 1, lett. a), n. 5), decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199.

³⁵ Anch'esso inserito dall'art. 1, co. 1, lett. a), n. 5), decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199.

³⁶ L'art. 51, co. *3-bis* fa riferimento a «delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416 co. 6 e 7, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 12, co. 1, 3 e *3-ter*, e *12-bis*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, *416-bis*, *416-ter*, *452-quaterdecies* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo *416-bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309, e dall'articolo *291-quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica

possono essere svolte dal pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado. Qualora la sede fosse ubicata presso un distretto diverso, è fatta salva la possibilità per il pubblico ministero di partecipare all'udienza attraverso un collegamento a distanza.

Il comitato, ai sensi del comma 3, comunica al giudice l'esistenza di particolari esigenze di sicurezza ovvero la possibilità che ci siano ancora dei collegamenti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali. In questo caso, al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali, il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni.

L'ultimo comma, il *3-bis*, stabiliva, prima della sua abrogazione, che l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione di cui al capo VI, non potessero essere concessi ai detenuti e agli internati per delitti dolosi qualora il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunicasse, d'iniziativa propria ovvero su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di

23 gennaio 1973, n. 43». L'art. 51, co. *3-quater*, si riferisce invece ai «delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo».

collegamenti con la criminalità organizzata, prescindendo, in questo caso, dalle disposizioni di cui ai commi 2 e 3³⁷.

L'ingresso della norma nell'ordinamento penitenziario, avvenuta col decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203), ha rappresentato l'inizio di una nuova stagione della normativa speciale³⁸ e ciò sia in termini di struttura sia di funzione e di logiche ispiratrici della stessa.

Il notevole impatto applicativo, le concrete – e al contempo delicate – situazioni che la norma disciplina hanno reso la disposizione legislativa protagonista di una serie di modifiche (nel corso di ventiquattro anni si sono susseguiti ben tredici interventi legislativi)³⁹ volte, in particolar modo, ad estendere l'ambito di applicazione della norma anche a situazioni che, *ab origine*, ne erano del tutto avulse, inglobando una lunga serie di reati che poco o nulla hanno a che vedere con la criminalità organizzata, originaria destinataria del provvedimento.

³⁷ Comma abrogato dall'art. 1, co. 1, lett. a), n. 6), decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199.

³⁸ L. CARACENI, C. CESARI, *Art. 4-bis, Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 12.

³⁹ Il testo originario (come detto introdotto dal d.l. 13 maggio 1991 n. 152 conv. l. 12 luglio 1991 n. 203) è stato modificato in seguito al: d.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. l. 7 agosto 1992 n. 356, nonché al d.l. 14 giugno 1993 n. 187 conv. l. 12 agosto 1993 n. 296; al d.l. 24 novembre 2000 n. 341 conv. l. 19 gennaio 2001 n. 4; alla l. 19 marzo 2001 n. 92; alla l. 30 luglio 2002 n. 189; alla l. 23 dicembre 2002 n. 279; alla l. 6 febbraio 2006 n. 38; al d. l. 23 febbraio 2009 n. 11 conv. l. 23 aprile 2009 n. 38; alla l. 15 luglio 2009 n. 94; alla l. 23 luglio 2009 n. 99; alla l. 1 ottobre 2012 n. 172; al d.l. 18 febbraio 2015 n. 7 conv. l. 17 aprile 2015 n. 43; alla l. 23 febbraio 2015 n. 19.

Alla luce di questo processo di «quasi incontrollabile espansione»⁴⁰ l'obiettivo perseguito dalla norma pare, oggi, rivolgersi verso due direzioni: la prima, per così dire “intramuraria” (che corrisponde a quella originaria e rivolta anche ai detenuti cd. difficili⁴¹), si propone l'obiettivo di reprimere le rivolte che possono sorgere all'interno del carcere, la seconda invece, per così dire “extramuraria”, è volta a tranquillizzare l'opinione pubblica rispetto alla risposta punitiva dello Stato contro certi fenomeni criminali.

Molto spesso, infatti, l'introduzione di una nuova fattispecie penale, nel novero dei reati contemplati dalla disposizione normativa, corrispondeva ad una risposta legislativa nei confronti di talune condotte che si realizzavano in un determinato contesto storico sociale, in maniera non episodica, richiedendo così l'intervento del legislatore al fine di tentare di fronteggiare il fenomeno con la previsione del trattamento sanzionatorio più severo e, contestualmente, rassicurare l'opinione pubblica.

L'articolo 1 del citato decreto-legge 152 del 1991, norma introduttiva dell'articolo *de quo*, ha disegnato una disciplina speciale per la concessione delle misure alternative alla detenzione di quei detenuti che si presumono socialmente pericolosi⁴².

⁴⁰ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 397.

⁴¹ Con tale espressione ci si riferisce a quei detenuti i quali, non rispettando le regole penitenziarie, compromettono la sicurezza o turbano l'ordine degli istituti penitenziari.

⁴² L. CARACENI, C. CESARI, *Art. 4-bis*, cit., p. 47.

Le modifiche intervenute nel corso degli anni sono indice della peculiare dinamicità insita nella norma medesima la quale, sin dalle prime occasioni che si sono presentate, si è dimostrata duttile e propensa fisiologicamente al cambiamento, al punto da estendere notevolmente il proprio ambito applicativo anche a talune fattispecie precedentemente escluse (o perché ancora inesistenti ovvero perché non ritenute dal legislatore del tempo meritevoli di ricevere tale trattamento).

Si diceva in precedenza che, secondo una parte della dottrina, l'introduzione dell'articolo ha comportato la realizzazione di un "doppio binario"⁴³ all'interno dell'ordinamento penitenziario al quale conseguiva un diverso regime a seconda della natura del reato commesso dal condannato.

La norma prevede due classificazioni di reati, più o meno gravi, alle quali corrispondono due forme diverse di "rigidità" del trattamento sanzionatorio.

Nell'ambito della disciplina si distinguono, infatti, due fasce di reati: quelli cd. "di mafia" o "di eversione", in presenza dei quali il detenuto può ottenere la concessione di un beneficio solo provando l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e quelli che denotano una peculiare pericolosità (individuati

⁴³ L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, p. 4.

tassativamente in alcune fattispecie incriminatrici elencate dalla norma), in presenza dei quali occorrerebbe acquisire la prova dell'attuale sussistenza di detti collegamenti per poter negare il beneficio richiesto. Prova negativa, in un caso; prova positiva, nell'altro.

Ad una prima lettura della disposizione, l'art. 4-*bis* ord. pen. pare discostarsi dal principio ispiratore della legge n. 354 del 1975, rappresentato dalla funzione rieducativa della pena, nella prospettiva di una risocializzazione del condannato, evocando un'impostazione di segno prevalentemente custodialistico e retributivo, propria dell'originario ordinamento penitenziario, regolamentato secondo le idee del contesto storico-giuridico del 1931⁴⁴.

Prevista la classificazione per fasce o categorie di cui si è già detto, dopo l'intervento legislativo avvenuto col decreto-legge n. 306 del 1992, il comma 1 esordiva richiamando le fattispecie di cui agli articoli 416-*bis* e 630 c.p. e 74 del T.U. 309 del 1990, nonché i delitti-satellite rispetto a quelli direttamente riconducibili all'associazione di tipo mafioso. Il secondo periodo introduceva un regime speciale che si sarebbe applicato ai detenuti per i medesimi reati, dai quali, tuttavia, risultasse una minore pericolosità, anche per l'applicazione di eventuali attenuanti.

⁴⁴ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 393.

Infine, il periodo che chiudeva il comma 1 contemplava una serie di ipotesi residuali, specificamente individuate ovvero riconducibili genericamente alla criminalità di stampo terroristico o eversivo, da cui si deduceva un grado di pericolosità qualificato ma non gravissimo.

Ad ogni tipo di reato corrispondeva un diverso regime probatorio: per i detenuti di cui al primo periodo era necessario una “utile collaborazione”; per quelli di cui al secondo periodo era sufficiente la collaborazione, anche irrilevante, purché corredata da elementi volti ad escludere il permanere di collegamenti con la criminalità organizzata; infine, per i detenuti di cui al terzo periodo, l’attualità dei collegamenti, qualora provata, precludeva l’ammissione ai benefici.

Come si diceva, all’evoluzione normativa è corrisposta un’estensione del relativo campo di applicazione e, di conseguenza, di “tipi di autore”⁴⁵.

I primi interventi legislativi erano dettati dall’esigenza di fronteggiare «contingenti emergenze», successivamente, nel corso del tempo, l’art. 4-*bis* è stato confermato quale istituto cardine del sistema penitenziario, allargando il proprio raggio d’azione e consolidando un assetto che assembla una notevole varietà di reati su

⁴⁵ F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 48.

un terreno di trattamento sanzionatorio più rigido rispetto a quello ordinario.

I primi reati inseriti⁴⁶ nell'ambito di questo processo espansivo sono stati quelli di associazione per delinquere, finalizzata alla commissione di reati contro la personalità individuale⁴⁷, e i reati contro la libertà sessuale⁴⁸.

Un anno dopo, sono state incluse alcune ipotesi aggravate e fattispecie associative di contrabbando di tabacchi lavorati esteri⁴⁹, successivamente, l'ultimo periodo del comma 1 è stato allargato aggiungendo ai reati-scopo dell'associazione mafiosa *ex art. 416 c.p.* quelli in tema di immigrazione clandestina di cui all'art. 12 co. 3, 3-*bis* e 3 *ter* del T.U. 286/98⁵⁰. Ancora, nel 2006, sono state inserite, come ipotesi autonomamente rilevanti: gli artt. 600-*bis* co. 1, 600-*ter* co. 1 e 2, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p. e, come reato-fine di un'associazione per delinquere, l'art. 609-*ter* c.p.⁵¹.

Fra gli interventi, occorre segnalare come la legge 279 del 2002 abbia disegnato una nuova fisionomia della norma. Dalla nuova

⁴⁶ Ingresso avvenuto col decreto-legge 341/2000.

⁴⁷ Libro II, titolo XII, capo III, sez. I c.p., in tema di schiavitù, prostituzione e pornografia minorili).

⁴⁸ Violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenni e violenza sessuale di gruppo, *ex artt. 609-bis, 609-quater, 609-quinqies, 609-octies* c.p.

⁴⁹ Legge n. 92 del 2001.

⁵⁰ Legge n. 189 del 2002.

⁵¹ Legge n. 38 del 2006.

impostazione è derivato un ulteriore quadro dei gruppi di fattispecie e dei gradi di pericolosità dei condannati che vi si collegano: rientravano nel primo gruppo, oltre alle ipotesi già previste, anche la riduzione in schiavitù⁵², la tratta di persone⁵³, l'acquisto e alienazione di schiavi⁵⁴, il delitto di cui all'art. 291-*quater* d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 (t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale).

Sempre in questa prima fascia dell'art. 4-*bis*, si collocavano, inoltre, i delitti commessi per finalità di terrorismo (tanto interno quanto internazionale) e quelli di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, che risalivano così dall'ultima *parte* della norma (dedicata ai condannati di più ridotta pericolosità) al periodo di esordio, che identificava le fattispecie (e i rei) che destano maggiore allarme sociale; appartenevano al secondo gruppo, sempre in aggiunta a quelle ipotesi già previste, anche una fattispecie in materia doganale⁵⁵, nonché i reati di prostituzione minorile⁵⁶, pornografia minorile⁵⁷, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile⁵⁸, violenza sessuale⁵⁹,

⁵² Art. 600 c.p.

⁵³ Art. 601 c.p.

⁵⁴ Art. 602 c.p.

⁵⁵ Art. 291-*ter* d.P.R. n. 43 del 73.

⁵⁶ Art. 600-*bis* co. 1 c.p.

⁵⁷ Art. 600-*ter* co. 1 e 2 c.p.

⁵⁸ Art. 600-*quinqies* c.p.

⁵⁹ Art. 609-*bis* c.p.

violenza sessuale aggravata⁶⁰, atti sessuali con minorenni⁶¹, violenza sessuale di gruppo⁶².

Spostati i casi di terrorismo nel segmento iniziale dell'art. 4-*bis*, restavano tuttavia in questa fascia i reati di natura associativa, finalizzati però al compimento di delitti in tema di immigrazione clandestina (art. 12 co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* del T.U. 286/98), di delitti contro la personalità individuale (artt. 600-604 c.p.) e altresì dei più gravi delitti contro la libertà sessuale (violenza sessuale semplice e aggravata, atti sessuali con minorenni e violenza sessuale di gruppo).

Il sistema appena delineato è stato successivamente modificato da una serie di novelle che, per un verso, hanno modificato l'architettura complessiva della norma e, per altro, hanno ridisegnato i reati che ne fanno parte, allontanandosi definitivamente dall'originaria impostazione normativa.

Il decreto-legge n. 11 del 2009⁶³ aveva equiparato sotto l'egida della collaborazione, intesa quale unico percorso utile all'accesso ai benefici penitenziari, condotte connesse alla vita delle organizzazioni criminali e reati – come quelli sessuali – nell'ambito dei quali,

⁶⁰ Art. 609-*ter* c.p.

⁶¹ Art. 609-*quater* c.p.

⁶² Art. 609-*octies* c.p.

⁶³ Il decreto citato aveva inserito tra i reati di prima fascia le più gravi ipotesi di prostituzione e pornografia minorile (art. 600-*bis* co. 1 c.p. e art. 600-*ter* co. 1 e 2 c.p.), la violenza sessuale semplice (art. 609-*bis* c.p.), eccettuati i casi di minore gravità, quella aggravata (art. 609-*ter* c.p.), la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) e gli atti sessuali con minore infraquattordicenne ovvero infrasedicenne se compiuti dall'ascendente, dal genitore, tutore, convivente o altra persona cui il minore sia affidato (art. 609-*quater* co. 1 c.p.).

invece, il legame del reo con il crimine organizzato non appare, di per sé, significativo.

Il meccanismo così introdotto aveva suscitato molteplici perplessità poiché, per i cd. *sex offenders*, era richiesta una collaborazione “impossibile” che si sarebbe tradotta in una *probatio diabolica* per l’interessato circa la mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, oltre a comportare il rischio che la magistratura di sorveglianza si trovasse sempre a riconoscere l’impossibilità della collaborazione.

A ciò si aggiungeva uno scarto, in termini di pericolosità e allarme sociale, tra questo tipo di devianza e quella connessa all’appartenenza alle mafie o a gruppi terroristici.

Lo stesso decreto-legge introduceva alcune fattispecie di reato anche nella seconda fascia, quelli sessuali di “minore gravità”⁶⁴, dando luogo, ancora una volta, ad un ampliamento del tutto opinabile poiché era alquanto discutibile il legame che si sarebbe creato tra l’autore del reato e il crimine organizzato.

A queste problematiche ha cercato di porre rimedio, in sede di conversione, la legge n. 38 del 2009 che ha lasciato, tra i reati di

⁶⁴ Prostituzione minorile (art. 600-*bis* co. 2 e 3 c.p.), la diffusione di materiale pedopornografico ex art. 600-*ter* co. 3 c.p., le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies* c.p.), gli atti sessuali con minore tra i sedici e i diciotto anni commessi dall’ascendente, dal tutore, dal genitore e dal convivente o da altri cui sia affidato (art. 609-*quater* co. 2 c.p.)

prima fascia, solo le ipotesi più gravi di prostituzione e pornografia minorile⁶⁵, oltre alla violenza sessuale di gruppo⁶⁶.

Tra i reati meno gravi (c.d. di seconda fascia), restano collocate le fattispecie di cui agli artt. 600-*bis* co. 2 e 3 e 600-*ter* co. 3 c.p., mentre la violenza sessuale semplice, aggravata e di gruppo, e gli atti sessuali con minorenne mantengono rilevanza come reati-fine di un'associazione per delinquere.

Nonostante le modifiche intervenute, residuavano comunque talune perplessità sempre attinenti alla difficoltà di riscontrare un nesso di collegamento tra l'autore del reato e il crimine organizzato. L'unico senso potrebbe trovarsi solo nel caso della violenza di gruppo poiché in questo caso è possibile riscontrare un profilo di collaborazione.

Nell'impostazione seguita dalla legge n. 38 del 2009, ai *sex offenders* è riservato un binario trattamentale specifico, che subordina l'accesso ai benefici all'osservazione obbligatoria della personalità per almeno un anno.

La previsione, inserita nel comma 1-*quater*, è stata pensata espressamente per talune delle fattispecie meno gravi di aggressione alla libertà sessuale⁶⁷.

⁶⁵ Artt. 600-*bis* co. 1 e 600-*ter* co. 1 e 2 c.p.

⁶⁶ Art. 609-*octies* c.p.

⁶⁷ Artt. 609-*bis* (purché non attenuato ai sensi del medesimo art.), 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p.

Il catalogo dei crimini sessuali a “trattamento differenziato” ha subito un significativo ampliamento ad opera della legge 1° ottobre 2012, n. 172, con l’aggiunta di ben sei fattispecie, tutte destinate alla tutela dei minorenni che, in questi casi, ne risultano vittime⁶⁸.

Quest’ultimo intervento segna una tappa importante nel processo di irrigidimento e diversificazione del trattamento di specifiche categorie di reato. Per quanto concerne, in particolare, le modifiche di cui si è appena detto, queste hanno ricevuto un impulso importante a seguito dei moniti provenienti dalla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali⁶⁹.

Tali “suggerimenti” sollecitavano gli Stati, da un lato, a prevedere misure di recupero appropriate ed efficaci riservate ai responsabili di reati sessuali con vittime minori di età che siano funzionali alla neutralizzazione della recidiva e, dall’altro, a consentire ad ogni condannato l’accesso a detti programmi rieducativi “dedicati”.

Il legislatore è intervenuto nel 2012⁷⁰ introducendo all’art. 4-*bis* il comma 1-*quinqües* il quale differenzia ulteriormente il

⁶⁸ Le ipotesi riguardanti lo sfruttamento sessuale (pornografia e prostituzione minorile – artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqües* c.p.), nonché la riformata corruzione di minorenni (art. 609-*quinqües* c.p.) e il reato di adescamento coniato *ex novo* (art. 609-*undecies* c.p.).

⁶⁹ Si tratta della c.d. Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007.

⁷⁰ Legge n 172 del 2012.

percorso di accesso ai benefici penitenziari per i *sex offenders* riconosciuti responsabili di condotte illecite in danno di minorenni⁷¹.

La concessione di misure alternative e permessi premio, e l'ammissione al lavoro all'esterno sono subordinate alla positiva partecipazione a specifici percorsi di riabilitazione e sostegno predisposti dall'amministrazione penitenziaria *ex art. 13-bis* ord. pen.

La legge n. 172, inoltre, ha rimodellato gran parte delle fattispecie contro la libertà sessuale: l'art. 600-*bis* c.p., nell'odierna formulazione, non contempla più l'ipotesi aggravata di atti sessuali a pagamento con un minore di cui al comma 3 (spostata nell'art. 602-*ter*, co. 5, c.p.), dimenticando però di intervenire contestualmente sul comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis*, che vi fa ancora riferimento.

Inoltre, la legge n. 99 del 2009 ha inserito tra i reati di seconda fascia l'associazione per delinquere finalizzata a commettere i reati di cui agli artt. 473 (contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali) e 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi).

Anche con la nuova configurazione assunta dall'art. 4-*bis*, resta la difficoltà di individuare un criterio classificatorio adeguato a distinguere, tra di loro, le varie ipotesi contemplate.

⁷¹ Artt. 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* c.p.

La rilevanza della disposizione in esame è evidenziata anche dalla sua collocazione sistematica che, appunto, ne sottolinea la centralità. L'inserimento del sistema di preclusioni e sbarramenti appena descritto nel capo dedicato ai «principi direttivi» ha il «trasparente proposito di “controbilanciare” l'impostazione risultante dalle altre disposizioni programmatiche contenute nello stesso capo», incentrate su garanzie, diritti ed interventi promozionali riferibili al condannato.

L'odierno regime di accesso alle misure alternative traccia coordinate del tutto nuove entro le quali collocare, volta per volta, le posizioni dei reclusi. Nell'ambito di una più ampia scelta diretta alla massima diversificazione dei circuiti penitenziari, l'idea portante della normativa di cui all'art. 4-*bis* è quella del «doppio binario» che trova una netta radicalizzazione negli interventi legislativi del 1992 e una chiara conferma in quelli del 2000, che hanno addirittura visto l'amplificazione dei percorsi differenziati preesistenti e la comparsa di un ulteriore “binario” trattamentale per i condannati per reati di matrice sessuale.

L'art. 4-*bis*, oltre a fissare le condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari per talune tipologie criminali dalla spiccata pericolosità, funge anche da criterio per l'organizzazione logistica negli istituti e la destinazione a particolari condizioni di detenzione: a partire dalla circolare Dap n. 3359/5809 del 21 aprile 1993, una

pluralità di interventi amministrativi attuativi della legge sull'ordinamento penitenziario ha provveduto alla creazione di circuiti differenziati, strutturati tenendo conto della omogeneità di esigenze trattamentali dei reclusi (art. 14 ord. penit.) e delle necessità di custodia correlate al grado di pericolosità (art. 32 reg. exec.).

Originariamente la suddivisione prevedeva tre circuiti diversificati per livelli di sicurezza: il primo (Alta Sicurezza – A.S.) era destinato ai detenuti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis*, nonché a quanti erano soggetti alla sospensione delle regole trattamentali ex art. 41-*bis* comma 2 ord. pen.; il secondo (Media Sicurezza) allocava i reclusi (la maggior parte della popolazione carceraria) per i quali esigenze di custodia e di trattamento sostanzialmente si equivalevano; l'ultimo (Custodia Attenuata) ospitava quanti venivano considerati a basso indice di pericolosità (ad esempio, i tossicodipendenti).

Circolari successive hanno in parte ridefinito la geografia penitenziaria.

Per quanto riguarda, in particolare, gli istituti di Alta Sicurezza, la circ. Dap. n. 3619/6069 del 21 aprile 2009, ha previsto una suddivisione in tre sottocircuiti, «con medesime garanzie di sicurezza e opportunità trattamentali»: oggi l'A.S. 1 è riservato ai «detenuti ed internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione

del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.» e, comunque, per essere stati considerati elementi di spicco e rilevanti punti di riferimento delle organizzazioni criminali di provenienza; l'A.S. 2 comprende i «soggetti imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza»; nell'A.S. 3 sono inseriti i detenuti *ex art. 4-bis* comma 1, fatte salve le deroghe fissate nella circolare Dap n. 20 del 19 gennaio 2007 e quelli non formalmente ricompresi nella norma in commento, ma nei cui confronti emergono elementi che consentano di ritenerli appartenenti alla criminalità mafiosa.

La destinazione al circuito dell'alta sicurezza comporta l'adozione di una sorveglianza rafforzata e l'impossibilità di contatti con detenuti destinati ad altri circuiti o sottocircuiti.

Nel corso degli anni di vigenza dell'art. 4-*bis* ord. pen. anche la Corte costituzionale non ha mancato di dare il proprio contributo accogliendo però, com'è già stato evidenziato⁷², solo le questioni relative ad aspetti peculiari della disciplina⁷³ respingendo, per converso, le questioni attinenti all'impianto generale della disciplina⁷⁴.

⁷² M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, p. 2.

⁷³ Corte cost. sent. n. 306 del 1993, n. 273 del 2001 e n. 135 del 2003.

⁷⁴ Corte cost. sent. n. 149 del 2018; n. 222 del 2018 e n. 40 del 2019.

Più di recente, inoltre, la materia è stata oggetto di decisioni giudiziarie anche a livello sovranazionale⁷⁵.

La giurisprudenza costituzionale, nell'ambito di queste pronunce, non rinnega del tutto le ragioni delle scelte legislative, ma ne mitiga l'inderogabilità, restituendo al giudice (o all'amministrazione) la possibilità di diverse valutazioni delle circostanze e dell'assetto degli interessi in concreto⁷⁶.

Questo *modus operandi* è stato letto da una parte della dottrina come un tentativo da parte della Corte di salvare l'art. 4-*bis*⁷⁷.

Assume un ruolo chiave nelle interpretazioni della Corte costituzionale il principio di ragionevolezza inteso come «razionalità pratica» al fine di effettuare un giudizio in cui «la ragione è aperta dall'impatto che su di essa esplica il caso, il fatto, il dato di realtà e di esperienza viva»⁷⁸.

In alcuni interventi la Corte costituzionale ha denunciato espressamente l'eco del diritto penale d'autore che si evinceva dalla

⁷⁵ Ci si riferisce al caso *Viola c. Italia*, Corte edu, sez. I, 13 giugno 2019, (ricorso n. 77633/16), caso *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 9 luglio 2013 e al caso *Kafkaris c. Chypre* 12 febbraio 2008. Per una loro disamina si rinvia a M.R. DONNARUMMA, *La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo "ostativo"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3/2020.

⁷⁶ M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra*, cit. p. 13.

⁷⁷ F. DE SIMONE, *L'ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena*, in *Archivio penale*, 3/2020, p. 2.

⁷⁸ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, p. 17.

disciplina⁷⁹, mentre, in altri ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. delle preclusioni automatiche che impedivano l'accesso a determinati benefici penitenziari solo per i detenuti che avevano già usufruito o avevano maturato i requisiti per usufruirne prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*.

In quest'ultimo caso, in particolare, l'automatismo preclusivo è stato dichiarato incostituzionale perché impediva al Magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di rieducazione raggiunto dal detenuto e comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo⁸⁰.

Il diverso trattamento riservato ai detenuti pare dipendere dal livello di "collaborazione" che questi sono disposti ad accordare all'amministrazione, *discrimen* che non ha trovato unanime accoglimento né in dottrina né nella giurisprudenza costituzionale⁸¹; nonostante queste riserve, si ritiene che l'elemento collaborativo, in

⁷⁹ Corte cost. sent. n. 306 del 1993 in particolare p. 11 del *Considerato in diritto*: «*Appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita*».

⁸⁰ Corte cost. sent. n. 504 del 1995, n. 137 del 1999 e n. 445 del 1997.

⁸¹ Sin dalla sent. n. 306 del 1993 la Corte costituzionale ha mostrato la sua perplessità circa il trattamento differenziato previsto dall'art. 4-*bis*. Sebbene, infatti, per un verso, riconosca la necessità di contrastare il fenomeno della criminalità organizzata e condivida la scelta legislativa di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo taluni vantaggi solo nei confronti dei detenuti che collaborano con la giustizia), per altro, afferma come la scelta di restringere l'accesso alle misure alternative possa tradursi in una compressione delle finalità rieducative della pena. Sul punto si rinvia a L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit., p. 400.

quanto idoneo ad accertare l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata, sia dirimente al fine di accertare l'assenza di pericolosità sociale, purché “oggettivamente esigibile”.

Viceversa, la Corte costituzionale ritiene irragionevole una presunzione che operi in senso inverso, intendendo la *mancata collaborazione* quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale e prevedendo, in questi casi, la revoca automatica del beneficio⁸². La mancata collaborazione, infatti, non si presterebbe ad assurgere un valido indice di pericolosità laddove questa dipenda da altri fattori che non sono connessi alla volontà dell'individuo. La soluzione individuata dal Giudice delle leggi è rappresentata dall'accertamento giudiziale circa l'esistenza o meno di un collegamento con la criminalità organizzata e quindi, di conseguenza, circa la sussistenza di una pericolosità del detenuto.

In diverse occasioni, la Corte costituzionale ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti⁸³.

La norma prevede diversi gradi di pericolosità dei detenuti: sul gradino più alto sono collocati i detenuti che provengono dalla criminalità organizzata, per i quali si presume un indice di pericolosità più elevato e una continuazione di legami con le

⁸² Corte cost. sent. n. 445 del 1997.

⁸³ Corte cost. sentt. n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995.

associazioni criminali di appartenenza (cd. prima fascia o categoria, precedentemente definiti “reati di mafia” o “di eversione”).

Questi – in base al testo vigente prima delle modifiche operate nel 2022 e nel 2023 e di cui si è detto in precedenza – potevano accedere alle misure rieducative solo se collaboravano «con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter della presente legge» (comma 1), ovvero quando «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata», e «nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso (...) ovvero l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità (...) rendano comunque impossibile un’utile collaborazione con la giustizia (...)» (comma 1-bis). Per questa tipologia di detenuti, quindi, l’accesso alle misure rieducative può essere concesso solo in presenza di una «condotta qualificata (la collaborazione)»⁸⁴; subito sotto il legislatore colloca i detenuti che abbiano commesso reati gravi ma non diretta espressione della criminalità organizzata (cd. Seconda fascia) ai quali potranno essere concessi i benefici «*purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata*» (comma 1-ter).

Tra gli interventi più recenti, merita di essere richiamata la sentenza n. 239 del 2014 con la quale la Corte ha dichiarato

⁸⁴ Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

l'incostituzionalità dell'articolo nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* comma 1, lettere *a*) e *b*), ord. pen.

Si tratta di un istituto particolarmente delicato che permette alla detenuta madre di poter espiare una parte della pena presso la propria abitazione, qualora ci siano le condizioni adatte; la sentenza della Corte ha dichiarato incostituzionale l'esclusione poiché inciderebbe sul rapporto madre-figlio, comprimendo irragionevolmente il diritto del minore ad instaurare un rapporto con la madre che fosse quanto più possibile vicino alla normalità.

Ancora, la sentenza 76 del 2017 ha inciso sull'art. 4-*bis* solo indirettamente, dichiarando incostituzionale l'art. 47-*quinquies* ord. pen. nella parte in cui escludeva che le madri condannate per reato ostativo potessero accedere alla detenzione domiciliare speciale.

In entrambi i casi oggetto delle pronunce appena citate, la norma, incidendo sul rapporto madre-figlio, impediva, seppur indirettamente, la finalità di reinserimento sociale della condannata, anch'essa rientrante nelle finalità della detenzione domiciliare⁸⁵.

⁸⁵ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit. p. 404.

L'art. 4-*bis* è strutturato, quindi, su una scansione dei gradi di pericolosità dei reati.

Al vertice di questa gerarchia sono collocati i delitti afferenti alla criminalità organizzata per i quali è prevista una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»⁸⁶, la quale, a sua volta, si basa sulla presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori derivante della (presunta anch'essa) persistenza dei legami con l'organizzazione criminale. Un sistema di presunzioni che, già da un punto di vista logico, non può reggere ma che cela l'obiettivo specifico di rafforzare l'elemento della collaborazione come strumento di lotta alla criminalità organizzata, allontanandosi così dal fine della risocializzazione del condannato.

Sulla scorta di quest'ultima osservazione, dunque, il sistema poc'anzi illustrato, oltre a presentare profili di illogicità non è esente nemmeno da profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 27 comma 3 Cost.

La forte limitazione all'accesso ai benefici e alle misure alternative, prevista dal sistema dei reati ostativi, infatti, non consente alla pena di assolvere pienamente la sua funzione principale, come pensata dai Padri costituenti, quale quella di risocializzazione del condannato, attribuendo, altresì, alla pena una

⁸⁶ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit. p. 405.

funzione che nemmeno le appartiene, cioè quella di strumento di lotta alla criminalità organizzata.

La Corte costituzionale non ha mancato di sottolineare in più occasioni che la funzione general-preventiva – la quale, in determinate circostanze, può risultare prevalente rispetto a quella special-preventiva – non può mai spingersi al punto tale da annullare le possibilità di risocializzazione del condannato⁸⁷.

Si genererebbe un sistema incostituzionale anche in contrasto con il fondamentale principio di offensività (nella specie declinato nella sua forma *in concreto*) dell'ordinamento penale poiché, prevalendo la funzione general-preventiva su quella special-preventiva, sarebbe impedito al Magistrato, nella sua qualità di interprete del precetto, di compiere un bilanciamento che consenta di dare prevalenza all'una piuttosto che all'altra funzione della pena, proprio tenendo conto delle specifiche circostanze del caso concreto.

Anche il regime di cui al comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis* presenta profili di criticità al punto tale da spingere la dottrina a pensare di poterne fare a meno⁸⁸.

La disposizione appena richiamata, nel disciplinare i cd. Reati di seconda fascia, prevede dei meccanismi già presenti nell'ordinamento penitenziario, determinando così il rischio di

⁸⁷ Corte cost. sent. n. 306 del 1993 e n. 78 del 2007.

⁸⁸ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit., p. 407.

generare una pericolosa compressione dell'ideale rieducativo, avvicinandosi, ancora una volta, più al sistema precedente che non a quello moderno volto a garantire il finalismo rieducativo della pena⁸⁹.

⁸⁹ Il carattere maggiormente afflittivo della pena si evince dalla lettura degli articoli 21, 30-ter, co. 4, lettera c), e 50, co. 2, ord. pen. che disciplinano il lavoro all'esterno, il permesso premio e la semilibertà.

In particolare: l'art. 21 ord. pen., relativo al lavoro all'esterno, recita: «*I detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15. Tuttavia, se si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni. Nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni.*

I detenuti e gli internati assegnati al lavoro all'esterno sono avviati a prestare la loro opera senza scorta, salvo che essa sia ritenuta necessaria per motivi di sicurezza. Gli imputati sono ammessi al lavoro all'esterno previa autorizzazione della competente autorità giudiziaria.

Quando si tratta di imprese private, il lavoro deve svolgersi sotto il diretto controllo della direzione dell'istituto a cui il detenuto o l'internato è assegnato, la quale può avvalersi a tal fine del personale dipendente e del servizio sociale.

Per ciascun condannato o internato il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno diviene esecutivo dopo l'approvazione del Magistrato di sorveglianza.

Le disposizioni di cui ai commi precedenti e la disposizione di cui al secondo periodo del comma 13 dell'articolo 20 si applicano anche ai detenuti ed agli internati ammessi a frequentare corsi di formazione professionale all'esterno degli istituti penitenziari.

I detenuti e gli internati possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi. L'attività è in ogni caso svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dei detenuti e degli internati. Sono esclusi dalle previsioni del presente comma i detenuti e gli internati per il delitto di cui all'articolo art. 416 bis del c.p. del codice penale e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Si applicano, in quanto compatibili, le modalità previste nell'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274».

L'art. 30-ter, co. 4, lett. c), relativo ai permessi premio, prevede: «*La concessione dei permessi è ammessa: nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni.*

Infine, l'art. 50, co. 2, ord. pen., a proposito dell'ammissione alla semilibertà, stabilisce: «*Fuori dei casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, di*

In questi casi, il carattere maggiormente afflittivo della pena, difficilmente compatibile con il fine rieducativo della stessa ai sensi del terzo comma dell'art. 27 Cost., è determinato da una pena comunque maggiore per questi condannati, dalla quale si evince una presunzione di difficile recuperabilità sociale⁹⁰.

almeno due terzi di essa. L'internato può esservi ammesso in ogni tempo. Tuttavia, nei casi previsti dall'articolo 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena».

⁹⁰ L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, cit., p. 408.

2.2 L'elemento dirimente della “collaborazione”.

Il decreto-legge n. 306 del 1992 si fondava sull'idea per cui la linea di difesa dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruita differenziando il regime probatorio concernente la concessione delle varie misure rieducative⁹¹. Il decreto citato infatti attribuisce un peso decisivo all'elemento della collaborazione, il quale, nella formulazione della norma, assume un ruolo centrale.

Dalla lettura della norma si evince, dunque, come l'elemento necessario al fine di poter accedere al trattamento differenziato sia dato dalla “collaborazione”. A conferma di ciò basti osservare come il suddetto requisito, introdotto sin dal 1991, sia stato costantemente confermato dal legislatore, anche nelle versioni successive della disposizione legislativa, ponendosi, per un verso, in contrasto con la logica della risocializzazione e, per altro, in favore del cd. “pentitismo” per cui solo la condotta che favorisce l'attività della magistratura e della polizia nel contrasto alle associazioni criminali può ottenere condizioni migliorative⁹².

⁹¹ L. CARACENI e C. CESARI, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 48.

⁹² L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 399.

La figura del collaboratore diverrebbe, a parere di taluno, «la chiave di lettura e il terreno di applicazione privilegiato della riforma penitenziaria dettata dalle leggi dell'emergenza».

Secondo alcuni, l'esecuzione della pena finisce per essere usata come strumento di pressione diretto all'ottenimento della collaborazione, trasformando, in tal modo, l'apparato carcerario in «ingranaggio attivo dell'azione investigativa»⁹³.

Nel collegamento tra regime penitenziario ed esigenze di natura sostanziale è stata identificata una «nuova forma di premialità». Di qui i vincoli imposti alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza: la certezza dell'attribuzione del premio per la collaborazione, che ulteriori valutazioni demandate al giudice di sorveglianza potrebbero compromettere, funge da incentivo, amplificando gli «effetti promozionali voluti dalla nuova disciplina». La centralità dell'apporto collaborativo del detenuto costituisce di per sé uno scompenso rispetto ad un sistema virtualmente ispirato alla funzione rieducativa della pena, che finisce con il riacquistare una «precisa identità retributiva».

La collaborazione e la rieducazione non si implicano vicendevolmente, per la «chiara caratterizzazione fenomenica della prima», a fronte della «dimensione squisitamente interiore» che

⁹³ L. CARACENI e C. CESARI, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 48.

connota la seconda, benché la collaborazione sia giudicata indice sintomatico di distacco dall'organizzazione criminale. Anzi, «alla ipervalutazione di atteggiamenti collaborativi si affianca la correlativa svalutazione di condotte altrimenti rilevanti sul piano della risocializzazione». Nel corso del tempo, peraltro, il requisito della collaborazione ha consumato il suo smalto e taluno ne rileva la perdita di centralità, dovuta soprattutto agli interventi di ridimensionamento della Corte costituzionale.

Tale offuscamento viene oggi accentuato dalla introduzione massiccia nell'art. 4-*bis* di fattispecie di reato prevalentemente a carattere individuale e comunque non immediatamente collegate con il crimine organizzato, per le quali la collocazione entro questa cornice è funzionale piuttosto a creare percorsi esecutivi di maggior rigore (si pensi al collegamento tra la norma in esame e l'art. 656, co. 9, c.p.p.), ma non a contrastare le associazioni criminali. Basti pensare al rilievo e alla corposità dell'attuale comma 1-*ter*, all'introduzione dei co. 1-*quater* e 1-*quinqies* oppure alla presenza nello stesso comma 1, tra i reati per cui è imposta la collaborazione, di ipotesi per le quali la praticabilità della collaborazione è discutibile.

Il sistema, nell'impossibile tentativo di bilanciare il nucleo originario della normativa e le nuove opzioni, si presenta

disarticolato, lascia aperte delicatissime questioni e stride in più punti con il dettato costituzionale.

2.3 Corte cost. sent. 253 del 2019.

La sentenza n. 253 del 2019⁹⁴, depositata il 4 dicembre del 2019, rappresenta l'ennesima dimostrazione di come la Corte costituzionale ritenga in contrasto con i fondamentali canoni della ragionevolezza, della rieducazione, della personalità e della proporzionalità della pena, le presunzioni "assolute" di non meritevolezza.

La Corte, infatti, nella sentenza in commento, che secondo alcuni ha ripristinato l'«*habeas corpus* penitenziario»⁹⁵ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., nella parte in cui non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se erano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, ponendosi in linea con i principi propri delle Corti europee⁹⁶.

Prima di addentrarci nelle valutazioni di ordine critico in merito alla pronuncia di cui si discute, occorre ripercorrere, seppur

⁹⁴ Una suggestiva ricostruzione è stata formulata da D. GALLIANI, *Un dialogo (immaginario) fra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale*, in *Diritto Penale e Uomo*, nonché su *Questionegiustizia.it*, 21 ottobre 2020.

⁹⁵ A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *forumcostituzionale.it*, 2020, p. 7.

⁹⁶ J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)*, in *Federalismi.it*, 3/2020, p. 85.

nei tratti essenziali, le argomentazioni che il giudice *a quo* ha posto a sostegno della propria tesi nell'ordinanza di rimessione e che rappresentano il preludio della suddetta sentenza.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, con ordinanza del 20 dicembre 2018 dalla sezione prima della Corte di cassazione⁹⁷, la quale aveva censurato l'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. in riferimento agli articoli 3 e 27 della Costituzione, nella parte in cui escludeva che il condannato all'ergastolo per delitti di contesto mafioso, cioè commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c. p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen., possa essere ammesso al godimento di un permesso premio di cui all'art. 30-*ter* ord. pen.

Il ricorrente⁹⁸, dopo essersi visto respinto il proprio reclamo proposto al Tribunale di sorveglianza dell'Aquila avverso un decreto del Magistrato di sorveglianza che aveva dichiarato inammissibile la sua richiesta di permesso premio *ex art.* 30-*ter* ord. pen. proponeva ricorso per cassazione sulla scorta dei seguenti motivi di doglianza: in primo luogo, lamentava la violazione di legge da parte del provvedimento impugnato, in riferimento agli artt. 4-*bis*, 30-*ter* e 58-

⁹⁷ Corte cass., sez. pen., 18 giugno 2020, n. 18518.

⁹⁸ Si trattava, in particolare di un soggetto condannato all'ergastolo con isolamento diurno per un anno per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis* c.p.

ter ord. pen. e, in secondo luogo, proponeva alla Corte di cassazione la questione della sospetta incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen., per violazione degli artt. 27, terzo comma, e 117 Cost., in relazione all'art. 3 CEDU. Occorre premettere, altresì, che il Tribunale di sorveglianza aveva rigettato il reclamo del detenuto sostenendo che non potessero sussistere le condotte di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen., poiché la pena scontata dal detenuto era riferibile ai delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.⁹⁹.

Nella citata pronuncia, la Corte ha assestato un duro colpo al regime dell'ostatività penitenziaria¹⁰⁰ senza spingersi al punto da dichiararne l'illegittimità costituzionale *tout court*. Come è stato sottolineato in dottrina, infatti, la volontà del Giudice delle leggi di delimitare chiaramente i confini del *thema decidendum* è apparsa palese¹⁰¹, laddove, sin da subito, si è affermato come «nei processi *a quibus* si fa questione della sola possibilità di concessione, ai detenuti, di un permesso premio, non di altri benefici»¹⁰²,

⁹⁹ Per una più completa ricostruzione si rinvia a M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai benefici premiali: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 3 e 27 Costituzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2019 nonché ad A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., p. 140.

¹⁰⁰ G. BELLINI E F. PROCOPIO, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1/2021, p. 179.

¹⁰¹ S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, p. 15.

¹⁰² Comunicato stampa della Corte costituzionale del 4 dicembre 2019.

preservando, per il momento, altri benefici extramurali considerati dal comma 1 dell'art. 4-*bis* (assegnazione al lavoro all'esterno, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà)¹⁰³.

In particolare, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen. in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, è stata riconosciuta anche ai condannati, non collaboranti, per i reati di delinquenza organizzata la facoltà, di accedere al beneficio del permesso premio. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma *de qua* «nella parte in cui non prevede che – ai detenuti per i delitti di cui all'articolo 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'articolo 58-*ter* del medesimo ord. pen., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»¹⁰⁴; ciò tanto con riferimento ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale articolo o per agevolare

¹⁰³ M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, p. 224.

¹⁰⁴ Corte cost. sent. n. 253 del 2019, in particolare p. 10 del *Considerato in diritto*.

le associazioni ivi contemplate, quanto, in via consequenziale, con riguardo ai condannati per tutte le altre fattispecie “ostative” previste dalla norma censurata.

Le questioni decise dalla Corte riguardano, infatti, coloro i quali abbiano subito una condanna per reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di “contesto mafioso” in quanto l’art. 4-*bis* ord. pen. impedisce loro di accedere ai permessi premio di cui all’art. 30-*ter* ord. pen. se non collaborano con la giustizia¹⁰⁵.

Le conclusioni cui è approdata la Corte costituzionale, sebbene profondamente diverse nel risultato finale¹⁰⁶, prendono le mosse dalla precedente sentenza n. 306 del 1993 nella quale già si affermava come la negazione ai condannati per determinati gravi reati – non collaboranti con la giustizia – di taluni benefici penitenziari, determinasse una «rilevante compressione» della finalità rieducativa della pena¹⁰⁷.

Il punto principale del *decisum* sul quale la Corte ha fondato il suo ragionamento è rappresentato dal carattere in termini di

¹⁰⁵ S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità*, cit., p. 15 e p. 19.

¹⁰⁶ In quell’occasione la Corte, pur affermando che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi d’autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita», ha concluso dichiarando non fondate le questioni che erano state sollevate sull’art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. in relazione all’art. 27, co. 3, Cost.

¹⁰⁷ G. MALVASI, *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *Archivio Penale*, 1/2020, p. 3.

assolutezza della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata derivante dalla mancata collaborazione.

In primo luogo, più che una libertà di non collaborare, che nel processo trova concreta applicazione nel brocardo *nemo tenetur se detegere*, saremmo di fronte ad un gravoso onere di collaborazione¹⁰⁸, con buona pace per il diritto al silenzio del detenuto che, per converso, si troverebbe ad essere sacrificato sull'altare di esigenze di natura investigativa¹⁰⁹. In secondo luogo, l'assolutezza impedirebbe di effettuare una valutazione circa il percorso carcerario intrapreso fino a quel momento dal detenuto, in palese contrasto con la finalità rieducativa della pena. Infine, una presunzione assoluta si pone in termini di genericità e preclude, di conseguenza, una valutazione del caso concreto, la quale, per converso, potrebbe essere dirimente ad orientare il giudice in un senso piuttosto che in un altro¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. BELLINI e F. PROCOPIO, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta*, cit., p. 180.

¹⁰⁹ Tale conclusione si porrebbe in contrasto anche con la disciplina sovranazionale, si rinvia sul punto alla Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2016 e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, fra le altre *Saunders v. Regno Unito*, 17 dicembre 1996, 68).

¹¹⁰ La valutazione individualizzata “caso per caso” nella materia dei benefici penitenziari è imposta dalla stessa Costituzione e la Corte costituzionale era già approdata a queste conclusioni nella sent. n. 149 del 2018 laddove ha detto che «una volta che il condannato (...) abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possono dunque legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine special-preventivo – sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato».

Occorre sottolineare come la declaratoria di illegittimità della norma censurata non abbia comportato una totale rescissione rispetto al passato poiché la concessione del beneficio resta comunque subordinata ad un onere di allegazione probatoria posto in capo al condannato, oltre che ad un rigoroso vaglio dell'autorità giudiziaria.

Il Magistrato di sorveglianza dovrà, infatti, valutare la condotta del detenuto alla luce del contesto sociale esterno avvalendosi delle informazioni reperite anche per il tramite del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente. Inoltre, ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 3-*bis* ord. pen. tutti i benefici non possono essere concessi qualora il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ovvero il Procuratore distrettuale, evidenzino l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Alla luce degli adempimenti, che, dunque, restano anche in capo alla magistratura, si può affermare come, in questo caso, i beni costituzionalmente coinvolti soggiacciono ad un bilanciamento che è svolto al fine di superare le contrapposizioni conflittuali (oltre che per poterle svolgere in sinergia fra i soggetti competenti) e che viene effettuato “a più mani” o, sempre per restare all'interno del linguaggio anatomico, da parti diverse del cervello: taluni compiti sono assolti dalla zona del “cervello centrale” – il legislatore – altri da un “sistema nervoso diffuso” – i giudici.

Fra questi si pone la Corte costituzionale la quale, da sempre, esercita la funzione di equilibrare le funzioni svolte tra loro¹¹¹.

Nel momento in cui la Corte costituzionale interviene con una pronuncia di illegittimità costituzionale, infatti, l'effetto è quello di restituire centralità all'attività probatoria dell'operatore del giudizio, delegando il bilanciamento suddetto agli organi giudiziari¹¹².

L'orientamento della Corte costituzionale pare dunque essere costante nel senso di valorizzare la discrezionalità del Magistrato di sorveglianza, il quale, in qualità di organo di prossimità, appare in grado di (ri)conferire coerenza al sistema dell'esecuzione della pena.

Alla luce delle suesposte considerazioni si può affermare, dunque, come oggetto del sindacato costituzionale sia il carattere in termini di "assolutezza" della presunzione sulla quale si fonda l'automatismo. Il risultato è che si passa da una presunzione – illegittima – assoluta ad una – legittima – relativa, laddove al Giudice di merito è delegato il compito di procedere ad accertamenti e a valutazioni coerenti con il caso concreto¹¹³.

L'irragionevolezza degli automatismi legislativi, infatti, rileva solo nel caso in cui sia preclusa al giudice la possibilità di adottare

¹¹¹ A. GUZZAROTTI, *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità. La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Questione giustizia*, 4/2020, p. 88.

¹¹² R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di "bilanciamento in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1/1991, p. 3574 ss.

¹¹³ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2005.

delle decisioni che si pongano in linea con le caratteristiche specifiche del caso concreto.

Secondo la più autorevole dottrina, la sentenza con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di un automatismo legislativo inaugurerebbe la stagione del nuovo tipo di sentenze additive, le cd. "sentenze additive per *deficit* di flessibilità"¹¹⁴.

A differenza di quanto è accaduto con le decisioni della Corte costituzionale in occasione di un altro caso particolarmente interessante di cui si dirà a breve, si tratta di sentenze auto-applicative che non richiedono alcun intervento da parte del legislatore poiché i naturali destinatari risultano essere i giudici.

Al di là di questo specifico caso, la sentenza è interessante e si è ritenuto di doverla citare poiché dimostra, ancora una volta, come una disciplina legislativa compiutamente volta alla tutela dei diritti dei detenuti speciali si renda necessaria e sia, verosimilmente, l'unica soluzione per evitare successive declaratorie di illegittimità costituzionale.

¹¹⁴ C. SALAZAR, "Guerra e pace" nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive "di principio" quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali", in A. RUGGERI e G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2020, p. 279.

2.4 Il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

Nell'originario impianto normativo della legge sull'ordinamento penitenziario, lo strumento funzionale al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica era l'art. 90 ord. pen. Tale norma consentiva al Ministro di Giustizia il potere di sospendere le ordinarie regole previste dalla legge in caso di gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza.

Al di fuori di tale campo d'applicazione la legge del 1975 non contemplava nessun'altra disposizione che si occupasse di gestire i detenuti "pericolosi" sulla scorta delle caratteristiche oggettive (titolo di reato) o soggettive (peculiari caratteristiche del reo).

Come si avrà modo di approfondire più avanti, l'anno di svolta in cui si avverte la forte necessità di intervenire da un punto di vista legislativo al fine di colmare quello che ormai era diventato un vero e proprio *vulnus* normativo è il 1992, ma già nel 1986, con la legge Gozzini, il legislatore era intervenuto per introdurre due particolari regimi penitenziari: il regime di sorveglianza di cui all'art. 14-*bis* ord. pen. e l'art. 41-*bis*, co. 1, ord. pen. (quest'ultima sostitutiva dell'art. 90 ord. pen. che era stato contestualmente abrogato).

Sorto in un momento parecchio concitato, a cavallo delle stragi di mafia che raggiunsero l'apice con gli attentati ai giudici Falcone e

Borsellino¹¹⁵ e nel segno di un deciso inasprimento del “doppio binario”¹¹⁶ (tanto cautelare quanto penitenziario), la disciplina del “carcere duro” è stata prevista *ab origine* con carattere temporaneo, poi nel tempo è stata ripetutamente prorogata fino a quando, con un intervento indifferibile¹¹⁷, è stata definitivamente cristallizzata nel 2002.

Con l'introduzione della disposizione di cui al comma 2¹¹⁸, inserita nel quadro dell'art. 41-*bis* ord. pen., il legislatore è intervenuto in maniera ancora più incisiva disciplinando uno speciale regime di rigore, funzionale alla tutela della sicurezza pubblica, applicabile ai condannati definitivi, internati e imputati per i delitti previsti (originariamente solo) nel primo periodo del comma 1 dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. pen. e (successivamente, dopo la riforma del 2009) per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni ovvero anche al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, qualora esistessero elementi tali da far ritenere sussistenti forme di collegamento con associazioni criminali, terroristiche o eversive¹¹⁹.

¹¹⁵ Per una ricostruzione storica dell'art. 41-*bis* si rinvia a M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 195 ss.

¹¹⁶ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza” : modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., pp. 395 ss.

¹¹⁷ M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 4.

¹¹⁸ L'introduzione della nuova disposizione è avvenuta ad opera del decreto-legge 18 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge n. 356 del 1992.

¹¹⁹ Tale estensione ha ricevuto il *placet* da parte della Corte costituzionale nella sent. n. 376 del 1997.

Il nuovo regime speciale, per la cui applicazione è necessario un provvedimento *ad personam* adottato dal Ministro di Giustizia, incide in maniera preponderante sui diritti, anche quelli fondamentali, tra i quali rientra certamente anche il diritto alla rieducazione dei detenuti pagando, probabilmente, il dazio di essere stato adottato al fine di rispondere alle problematiche legate alla criminalità organizzata di stampo mafioso¹²⁰.

Proprio la particolare rigidità di tale regime ha contribuito a rendere, ancora oggi, molto arduo, ma al contempo fortemente auspicato, un suo adeguamento ai dettami costituzionali e sovranazionali.

L'art. 41-*bis* ord. pen., rubricato «Situazioni di emergenza»¹²¹ contempla due diverse forme di deroga rispetto alle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati: il primo, di matrice più risalente nel tempo, è contenuto nel primo comma. Il presupposto ai fini dell'applicazione di tale misura è rappresentato dalla presenza di una pericolosità “interna” all'istituto, cd. “pericolosità penitenziaria”; il secondo tipo di sospensione delle normali regole di trattamento è contemplato dal secondo comma dell'art. 41-*bis* e rileva in questo caso in presenza di una pericolosità “esterna”

¹²⁰ A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., pp. 399 ss.

¹²¹ Per un approfondimento sulla disciplina organica dell'art. 41-*bis* ord. pen. si rinvia a L. FILIPPI, G. SPANGHER, M.F. CORTESI, *Manuale diritto penitenziario*, Milano, 2016, pp. 151-176.

all'istituto, presuppone un *iter* particolare (legittimato in tal senso è il Ministro della giustizia anche su richiesta del Ministro dell'interno) ed è adottato quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. pen., ovvero per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva¹²².

La disciplina dell'esecuzione della pena dettata per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata sottintende, in particolare, un "sistema a "forbice"¹²³ di politica sanzionatoria, contraddistinto da due peculiari aspetti contrapposti e complementari: l'estremo rigore di principio, da un lato, e la concessione di premi per chi collabori con l'autorità giudiziaria, dall'altro.

¹²² Trattasi di delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 601, 602, 609-*octies* e 630 c.p., all'art. 12 commi 1 e 3 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), all'art. 291-*quater* testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, all'art. 74 testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 ovvero, dopo la riforma del 2009, delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso.

¹²³ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 341.

Il regime può essere disposto, nello specifico, con provvedimento motivato dell'amministrazione penitenziaria, nei confronti dei condannati¹²⁴, internati¹²⁵ ed imputati¹²⁶ nei seguenti casi: quando il soggetto, con il suo comportamento, compromette la sicurezza ovvero turba l'ordine dell'istituto in cui è ristretto; quando, con violenza o minaccia, impedisce le attività degli altri reclusi; quando, nella vita penitenziaria si avvale dello stato di soggezione degli altri detenuti nei suoi confronti. Inoltre, possono essere sottoposte a tale regime, sin dall'ingresso in istituto, le persone già valutate negativamente, sulla scorta di comportamenti assunti in precedenti detenzioni ovvero di comportamenti tenuti in concreto nello stato di libertà.

¹²⁴ Per "condannati" s'intendono coloro che, a seguito di una condanna definitiva, si trovano negli istituti penitenziari per espiare la pena loro comminata. Si considerano condannati anche coloro per i quali sia stata disposta una misura alternativa alla detenzione (affidamento, detenzione domiciliare, ecc.) nonché quelli sottoposti ad una sanzione sostitutiva (semi-detenzione, libertà controllata, pena pecuniaria, lavoro sostitutivo). A seconda della pena loro inflitta, i condannati sono distinti in: arrestati (detenuti condannati alla pena dell'arresto, da quindici giorni a tre anni), reclusi (detenuti condannati alla pena della reclusione, da quindici giorni a ventiquattro anni) ed ergastolani (reclusi i detenuti condannati alla pena dell'ergastolo).

¹²⁵ Per "internati" s'intendono coloro che sono sottoposti all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive (colonia agricola, casa di lavoro, casa di cura e custodia, ospedale psichiatrico giudiziario).

¹²⁶ Per "imputati" s'intendono coloro ai quali è stata formalmente contestata la commissione di un reato. Tale contestazione ha luogo attraverso il rinvio a giudizio o altro atto equipollente. Gli imputati sono distinti in: giudicabili (soggetti per i quali è stato avviato un procedimento penale e sono in attesa del giudizio di primo grado), appellanti (soggetti contro i quali è stata emessa una sentenza penale di primo grado e che sono in attesa del giudizio di secondo grado) e ricorrenti (soggetti contro i quali è stata emessa una sentenza penale di secondo grado e che sono in attesa del giudizio di terzo grado).

Il contenuto dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, è corredato da una serie di limitazioni, ulteriori rispetto a quelle riservate ai detenuti comuni, che rispecchia la condizione di severità loro riservata. Tali divieti si irradiano, infatti, su più fronti, a partire dall'allocazione spaziale in cui devono essere poste le "carceri fortezza"¹²⁷: «*i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria*»¹²⁸.

Il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. rappresenta un *quid pluris*¹²⁹ nell'ambito dell'ordinamento penitenziario.

La sua introduzione si è resa necessaria al fine di rafforzare l'ordinario regime detentivo nei confronti di soggetti appartenenti ad organizzazioni criminali connotate dall'elemento della speciale pericolosità.

¹²⁷ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., p. 413.

¹²⁸ Le specifiche articolazioni delle sezioni dislocate sul territorio italiano sono rappresentate nell'ultimo *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario (2016-2018)* del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, aggiornato al 3 gennaio 2019 e pubblicato il 5 febbraio 2019. Per tutte le ulteriori osservazioni – e le conseguenti raccomandazioni – emergenti dal citato Rapporto, si rinvia a G. MENTASTI, *Regime detentivo ex art. 41-bis ord. penit.: il rapporto del garante nazionale dei diritti dei detenuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

¹²⁹ M. BORTOLATO, *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti*, in *questionegiustizia.it*, 2023, p.1.

La disciplina cristallizzata nella legge speciale rappresenta uno strumento di estremo rigore al punto tale da determinare, spesso e soprattutto in passato, una forte compressione dei diritti fondamentali della persona. I detenuti sottoposti a questo speciale regime sono inseriti nel circuito di Alta Sicurezza poiché, a causa dei reati loro ascritti¹³⁰, richiedono un costante monitoraggio durante il periodo di espiazione della pena.

Come si avrà modo di illustrare più avanti, notevoli passi avanti sono stati fatti nel corso degli anni anche grazie agli interventi della Corte costituzionale che, con le sue pronunce, ha contribuito a rendere effettivo un processo evolutivo in senso più favorevole per i diritti fondamentali di questi speciali soggetti.

Il bilanciamento che in questo caso rileva vede contrapposti, per un verso, le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico e, per altro, la tutela di diritti fondamentali della persona umana (che, come più volte è stato detto, è tale prima ancora di essere un detenuto).

La dottrina si è molto interrogata circa la – intollerabile – compressione dei suddetti diritti soprattutto alla luce del primato

¹³⁰ Si tratta di soggetti imputati e/o condannati per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. o per fattispecie delittuose aggravate dall'attuale art. 416-*bis* n. 1 c.p. (vecchio art. 7 l. n. 203/1991); ed ancora, di promotori di associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti, sequestro di persona a scopo di estorsione, di capi e promotori dei delitti di contrabbando; di soggetti ristretti per reati di terrorismo nazionale o internazionale, nonché di soggetti fuoriusciti dal circuito del regime speciale per annullamento o mancato rinnovo del decreto ministeriale.

della persona umana e dei suoi diritti inviolabili, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost.

Il regime differenziato e particolarmente severo è stato introdotto nel 1992 – stagione storica tragicamente ricordata per le stragi di mafia avvenute in quel periodo tanto da essere definito come strumento della “guerra alla mafia”¹³¹ – con il d.l. n. 306 del 1992¹³² conv. in legge n. 356 del 1992 ma, dal momento della sua introduzione, è stato oggetto di successive modifiche attraverso le quali il legislatore ha inteso inasprire il trattamento sanzionatorio *ab origine* previsto¹³³.

La prima critica mossa dalla dottrina verso tale misura è nei confronti del carattere – originariamente – “emergenziale” dell’istituto ma che è rimasto tale per circa un decennio fino a quando con l’intervento del 2002¹³⁴ ha perso i caratteri della precarietà assumendo definitivamente un carattere stabile nell’ordinamento.

¹³¹ Così definito su *rapportoantigone.it*.

¹³² Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa.

¹³³ Tra gli interventi modificativi intervenuti si ricordano la legge n. 279 del 2002 e la legge n. 94 del 2009.

¹³⁴ Legge 23 dicembre 2002 n. 279 “*Modifiche degli articoli 4-bis e 41-bis l. n. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*”.

La *ratio* dell'istituto è recidere qualsiasi forma di collegamento tra il detenuto (o l'internato)¹³⁵ e l'associazione criminale di appartenenza.

Il suo scopo, inoltre, non è (*rectius*, non dovrebbe essere) quello di determinare una condizione di assoluto isolamento né, a maggior ragione, di aggravare la sofferenza della detenzione ordinaria ma, piuttosto, quello di rafforzare la prevenzione anche in ambito penitenziario.

Il primo elemento valutativo al fine dell'assegnazione del detenuto è, infatti, l'area geografica di operatività dell'associazione criminale di appartenenza che si aggiunge alle esigenze sanitarie nonché ad eventuali divieti di incontro o a varie incompatibilità segnalati dall'Autorità giudiziaria.

L'individuazione della sede di assegnazione¹³⁶ più idonea possibile si rende necessaria anche al fine di consentire un omogeneo raggruppamento dei detenuti tale da soddisfare, per un verso, le esigenze di sicurezza connesse al circuito d'appartenenza (ci si riferisce, in particolare, alla necessità di evitare intensive concentrazioni di detenuti che facciano parte della stessa

¹³⁵ Destinatari del provvedimento sono detenuti o internati «per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni ovvero al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso» (art. 41-*bis*, co. 2, ord. pen.).

¹³⁶ Gli istituti penitenziari in cui sono collocate le sezioni detentive *ex art.* 41-*bis* sono ubicati presso le sedi territoriali di: Cuneo, L'Aquila, Milano Opera, Novara, Nuoro, Parma, Roma Rebibbia, Sassari, Spoleto, Terni, Tolmezzo, Viterbo.

associazione criminale ovvero, per converso, a gruppi antagonisti) e, per altro, procedere verso un percorso trattamentale rieducativo comune.

Per le assegnazioni, inoltre, vigono i criteri applicativi individuati dall'art. 42 ord. pen. secondo il quale «i trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza». La citata disposizione determina, quindi, una sorta di impianto logistico che si concentra su una classificazione dei detenuti che sono ritenuti altamente pericolosi in relazione tanto al reato commesso quanto al comportamento assunto durante la pena.

Il circuito di Alta Sicurezza, come si anticipava, è suddiviso, a sua volta, nei seguenti sotto-circuiti¹³⁷: “AS1” dedicato al contenimento dei detenuti ed internati nei cui confronti sia stato dichiarato inefficace il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.; “AS2” dedicato ai detenuti per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; “AS3” dedicato ai detenuti per delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. o aggravati dall'art. 416-*bis* 1 c.p., 630 c.p., art. 74, co. 1, D.P.R. 309/1990 (ruolo di promotori di associazioni).

¹³⁷ Circolare DAP 21 aprile 2009 n. 3619/6069.

La citata tripartizione non rileva ai fini del trattamento penitenziario che rimane quello previsto dalle specifiche disposizioni legislative né, tantomeno, in relazione ai diritti e ai doveri dei detenuti, ma tende solo ad evitare influenze reciproche ovvero anche possibili attività di proselitismo.

I detenuti sottoposti al regime del cd. carcere “duro”, aggettivo che già, di per sé, evoca un trattamento fortemente restrittivo della propria sfera personale, sono destinati ad espiare la pena obbligatoriamente in una cella singola con la possibilità di socializzazione con gruppi composti al massimo da quattro persone solo due ore al giorno. Nella scelta dei soggetti che condivideranno gli spazi aperti si prediligono coloro che non appartengono alla medesima organizzazione criminale o componenti di spicco di organizzazioni che operano in alleanza – o contrapposizione – tra loro o, ancora, su territori confinanti.

È prevista la possibilità di effettuare un solo colloquio al mese il quale, a prescindere dal numero degli interlocutori, non può essere superiore ad un’ora, salvo quanto previsto dall’art. 37, co. 10, d.P.R.

n. 230 del 2000¹³⁸, secondo l'interpretazione fornita dalla Suprema Corte di cassazione¹³⁹.

Il colloquio deve comunque avvenire dietro un vetro divisorio¹⁴⁰ con l'unica eccezione che non si tratti di un incontro con un minore di dodici anni e, comunque, videosorvegliati da un agente della polizia penitenziaria.

La norma che si occupa di disciplinare le modalità attraverso le quali devono svolgersi i colloqui è l'art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) ha superato – positivamente – il giudizio della Corte costituzionale in una recente pronuncia. Tale tematica presenta taluni profili particolarmente interessanti per i quali è preferibile dedicare la sua analisi ad un apposito paragrafo.

Per quanto interessa sottolineare in questa sede è sufficiente evidenziare come qualora i detenuti non effettuino colloqui visivi, questi possono essere autorizzati a svolgere un colloquio telefonico con i familiari, i quali, in quest'ultimo caso, devono recarsi presso l'istituto penitenziario più vicino al luogo di residenza al fine di consentire l'esatta identificazione degli interlocutori.

¹³⁸ In caso di circostanze eccezionali è consentito di prolungare la durata del colloquio con i familiari fino ad un massimo di due ore qualora questi ultimi risiedano in un comune diverso da quello in cui si trova l'istituto e qualora, nella settimana precedente, il detenuto (o internato) non abbia fruito di alcun colloquio, il tutto compatibilmente alle esigenze e all'organizzazione dell'istituto.

¹³⁹ Corte cass. sent. n. 3758 del 2013.

¹⁴⁰ Il regime detentivo ordinario consente al detenuto la possibilità di effettuare sei colloqui e senza barriere divisorie.

Affinché un soggetto possa essere sottoposto al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. occorre che si verifichino due requisiti, uno di carattere oggettivo e l'altro soggettivo: come già anticipato, il primo si concretizza nella realizzazione di uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.; il secondo è dato dalla presenza di elementi tali che facciano ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica ed eversiva.

La disciplina prevista nella disposizione *de qua* stabilisce che il regime speciale deve essere applicato con decreto motivato del Ministro della Giustizia, nei confronti dei detenuti per fatti rientranti nella previsione di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. pen., per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica su richiesta del Ministero dell'Interno, sentito il parere del Pubblico Ministero ed acquisite ulteriori notizie presso la Direzione Nazionale Antimafia e gli Organi di Polizia¹⁴¹. Il decreto di applicazione ha una durata di quattro anni ed è predisposto dopo aver acquisito le ulteriori informazioni previste, mentre la proroga del regime richiede ulteriori accertamenti volti a valutare la permanenza dei presupposti e l'attualità delle esigenze di prevenzione.

Normalmente la richiesta di applicazione del regime è formulata dal pubblico ministero.

¹⁴¹ Art. 41-*bis* ord. pen.

La proroga è concessa qualora risulti che non sia venuta meno la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva, tenendo anche in debito conto del profilo criminale di appartenenza del soggetto interessato dal provvedimento e della sua posizione rivestita all'interno dell'associazione. Rileva, ancora, la perdurante operatività del sodalizio criminale, la sopravvenienza di nuove incriminazioni (non precedentemente valutate), gli esiti del trattamento penitenziario e, da ultimo, anche il tenore di vita dei familiari dell'interessato¹⁴².

2.5 La tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata nella sent. n. 105 del 2023 Corte costituzionale.

Si anticipava poc'anzi come la norma che si occupa di disciplinare i colloqui svolti dai detenuti speciali (l'art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) sia stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale¹⁴³ la quale, avvalendosi della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata, ha estrapolato dalla disposizione un significato tale da risultare, dunque, coerente e conforme al dettato costituzionale.

¹⁴² Art. 41-*bis*, co. 2-*bis* ord. pen.

¹⁴³ Corte cost. sent. n. 105 del 2023.

Alla luce di tale orientamento, quindi, la norma è stata fatta salva e, immutata rispetto al suo originario contenuto, è rimasta in vigore poiché, secondo il Giudice delle leggi, è idonea ad appartenere alla costellazione delle norme proprie dell'ordinamentale penitenziario.

La Corte costituzionale ha, nello specifico, dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto affermando, in sintesi, come la disposizione di cui all'art. 41-*bis* non imponga sempre l'utilizzo del vetro divisorio «a tutta altezza» durante i colloqui con i familiari minori di età dovendo, piuttosto, valutare caso per caso circa l'effettiva possibilità di impedire il passaggio di oggetti durante i colloqui medesimi, tenendo conto sia dei diritti del detenuto sia di quelli del minorenne¹⁴⁴.

La questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale nella citata sentenza (nella quale sono riuniti due diversi giudizi poiché le rispettive ordinanze di rimessione¹⁴⁵ «censurano la stessa disposizione, evocano i medesimi parametri costituzionali ed offrono i medesimi argomenti a sostegno delle questioni sollevate»¹⁴⁶) rappresenta una preziosa occasione per riflettere tanto degli aspetti

¹⁴⁴ Corte cost. sent. n. 105 del 2023.

¹⁴⁵ Ordinanze depositate entrambe il 5 agosto 2022 r.o. n. 104 del 2022, r.o. n. 105 del 2022.

¹⁴⁶ Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. n. 5 del “*Considerato in diritto*”.

sostanziali quanto di quelli formali della sentenza e, alla luce di quanto sarà a breve esposto, la sua analisi risulta essere altresì estremamente interessante poiché, se svolta in maniera frettolosa o fugace, rischia di esporre la pronuncia anche a taluni profili di contraddittorietà.

Si proceda con ordine.

Da un punto di visto sostanziale la pronuncia mette in luce come, talora, il trattamento differenziato e particolarmente rigido che la norma *ad hoc* riserva alla categoria dei detenuti speciali abbia un impatto tale da riflettersi, a sua volta, anche nei confronti di soggetti *direttamente* “estranei” alla pena, «distinti(o) dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»¹⁴⁷, ma che, *indirettamente* e loro malgrado, devono comunque subirne le sfavorevoli conseguenze.

Rileva, in questo caso, una tematica particolarmente delicata poiché, trattando di soggetti minori di età (figli o nipoti dei detenuti speciali), a porsi al centro della questione è il cd. *best interest of child*, principio che già in passato aveva orientato la Corte costituzionale verso un *adeguamento* delle norme dell’ordinamento

¹⁴⁷ Corte cost. sent. n. 76 del 2017, in part. p. n. 2.2 del “*Considerato in diritto*”.

penitenziario anche alla luce delle disposizioni contenute nel diritto sovranazionale¹⁴⁸.

La sentenza, tuttavia, dimostra come il suddetto principio non abbia «una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena»¹⁴⁹.

Dall'analisi delle osservazioni e delle considerazioni svolte in motivazione, infatti, si evince come – tra gli interessi in gioco – l'interesse del minore, seppure fondamentale, sia quello che *apparentemente* ne esce “sconfitto” rispetto al suo antagonista che, nel caso di specie, è rappresentato dalla necessità di assicurare le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza sociale.

Non rilevano, da questo punto di vista, le argomentazioni poste a sostegno della propria tesi da parte del giudice *a quo* secondo le quali la diposizione censurata determinerebbe una violazione degli articoli 3, 27, 31 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo perché, per un

¹⁴⁸ In particolare, nella sentenza sono richiamati l'art. 8 Cedu poiché tale disposizione imporrebbe di dedicare «una speciale attenzione [...] ai colloqui con i minori», e obbligherebbe lo Stato ad assicurare che il colloquio si svolga con modalità tali da evitare, per quanto possibile, «condizioni stressanti per i bambini», pure quando si tratta di «colloqui con parenti in carcere per reati di speciale gravità, anche ristretti in regime di massima sicurezza». (Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. 7.2 del “Considerato in diritto”) e l'art. 24, co. 2, CDFUE: «che qualifica come “superiore” l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative ad esso (...) tale interesse deve essere considerato “preminente”» (Corte cost. sentt. n. 239 del 2014, n. 17 del 2017, n. 76 del 2017 e, da ultimo, n. 187 del 2019).

¹⁴⁹ Corte cost. sent. n. 174 del 2018 e sent. n. 30 del 2022.

verso, i minori non potrebbero in alcun caso «ritenersi strumentalizzabili quali veicoli di informazioni da e per l'esterno» e, per altro, poiché il colloquio sarebbe l'unico modo per «esplicare il rapporto con il genitore»¹⁵⁰.

Come si avrà modo di approfondire più avanti, ma come è già stato velatamente anticipato, la Corte costituzionale conclude in senso diverso rispetto a quanto sostenuto nella tesi del giudice *a quo* non perché non ne condivida il contenuto ma perché ritiene che le suddette esigenze non risultino precluse dall'applicazione della disposizione censurata la quale, al fine di esprimere in modo legittimo il proprio significato, deve *semplicemente* essere letta (*rectius* interpretata) in modo diverso rispetto a quanto suggerisce *prima facie* la norma medesima.

Dalla lettura della motivazione, inoltre, non sono isolati i punti di contatto tra le ragioni sostenute dal giudice *a quo* e le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale. Il fondamentale elemento di differenziazione che conduce ad una declaratoria di illegittimità è rappresentato dalla diversa chiave di lettura, più estensiva, che la Corte utilizza attraverso il rimedio che le è consentito adottare.

Al di là del contenuto di ordine sostanziale, infatti, ciò che rileva in questa sede è l'aspetto di ordine formale della pronuncia

¹⁵⁰ Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. 7.2 del "Considerato in diritto".

nella quale la norma sospettata di incostituzionalità è, per converso, fatta salva dalla Corte costituzionale in virtù, come anticipato, di una interpretazione costituzionalmente orientata della stessa.

Il ricorso a tale tecnica, che nel corso degli anni ha mostrato elementi di utilità in tutti quei casi in cui «la norma in esame, non risultasse di felice formulazione»¹⁵¹, è risalente nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha da tempo stabilito come «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁵² e tuttora dà il senso della capacità della Costituzione di penetrare l'ordinamento «in modo molecolare»¹⁵³.

Nella pronuncia di cui si discute, in particolare, l'elemento cruciale, nonché di “frizione” rispetto alle ordinanze di rimessione, è costituito dalla (erronea) interpretazione della norma censurata da parte del giudice *a quo* che attribuisce alla disposizione il senso «di imporre l'utilizzo del vetro divisorio *in ogni circostanza*».

La Corte costituzionale, di contro, non condivide questo presupposto e non assegna la caratteristica della *inequivocabilità*¹⁵⁴

¹⁵¹ Corte cost. sent. n. 349 del 1993.

¹⁵² Corte cost. sent. n. 356 del 1996.

¹⁵³ G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, p. 323.

¹⁵⁴ Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. n. 9 del “*Considerato in diritto*”.

alla norma; attraverso il ricorso all'interpretazione costituzionalmente orientata, quale strumento comunque idoneo ad assicurare *standard* adeguati di tutela, dichiara, pertanto, infondata la questione.

La tecnica adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza citata rappresenta certamente un rimedio ricco di risvolti favorevoli soprattutto laddove un intervento in questi termini si renda necessario al fine di colmare (o non creare) vuoti legislativi¹⁵⁵, tanto da portare alcuni autori a discutere di una «funzione paralegislativa»¹⁵⁶ della Corte e la cui *ratio* è spesso stata oggetto di dibattito in dottrina. Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, estrapolare un significato conforme a Costituzione piuttosto che pronunciare una declaratoria di illegittimità, per un verso, persegue l'obiettivo di privilegiare la certezza del diritto e, per altro, favorisce la collaborazione tra istituzioni¹⁵⁷ al punto che la dichiarazione di incostituzionalità rappresenta una *extrema ratio*, quale esito del fallimento dell'interpretazione¹⁵⁸.

Sebbene, dunque, il rimedio dell'interpretazione costituzionalmente orientata presenti indubbi profili di positività che

¹⁵⁵ M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, 1/2011, p. 18.

¹⁵⁶ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, AA. VV., Bologna, 1982, p. 39.

¹⁵⁷ G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 20.

¹⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 257.

possono essere, in sintesi, ricondotti ai motivi sopra illustrati, le sentenze frutto di tale *modus decidendi*, a parere di chi scrive, dovrebbero, altrettanto, essere sostenute da mere ragioni di opportunità che scongiurano l'eventualità di ricondurre tale tecnica decisoria ad una sorta di "accanimento terapeutico" operando delle forzature interpretative delle disposizioni sottoposte al vaglio della Corte costituzionale.

A questo punto, occorre fare un passo indietro.

L'art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. b) stabilisce che i colloqui debbano svolgersi «*in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti*» senza, pertanto, individuare espressamente le specifiche modalità operative attraverso le quali ciò debba avvenire. Secondo il ragionamento offerto dalla Corte costituzionale, tale mancata indicazione non corrisponderebbe ad una mera dimenticanza legislativa ma si tradurrebbe, in maniera più incisiva, nella possibilità di riservare ad una fase successiva le modalità attuative attraverso le quali perseguire la *ratio legis* e senza che ciò si traduca, contestualmente, in una lesione dei diritti dei detenuti.

Sebbene da un punto di vista letterale il ragionamento della Corte non faccia una piega, è anche vero però come sia opportuno effettuare un'analisi più di sistema. Non può non tenersi conto, infatti, di quali siano, in concreto, i mezzi più adatti a realizzare

quanto prescritto nel testo normativo e, quindi, in un certo senso, a rispettare la *voluntas legis*.

A dimostrazione di ciò vale la pena sottolineare come sia la stessa Corte costituzionale, in più di un passaggio contenuto nella motivazione, a porsi sulla stessa linea del giudice rimettente quando, ad esempio, afferma la necessità, sia di garantire che il complessivo trattamento penitenziario non contrasti con il senso di umanità sia di tutelare il preminente interesse dei minori e, per quanto concerne l'utilizzo del vetro divisorio, ammette come questo costituisca «un mezzo altamente idoneo allo scopo, in considerazione della sua innegabile efficacia ostativa al passaggio di oggetti»¹⁵⁹.

Sulla scorta di tali considerazioni sorge quantomeno il sospetto che la decisione a cui – di fatto – giunge la Corte non potesse essere, in questa sede, raggiunta adottando una tecnica decisoria diversa da quella prescelta che in più occasioni, si ribadisce, si è dimostrata essere di estremo pregio palesando il suo innegabile valore.

La Corte costituzionale, per converso, decide di risolvere la questione che le è stata sottoposta *semplicemente* attribuendo alla Carta fondamentale la capacità, come si diceva, di penetrare molecolarmente l'ordinamento.

¹⁵⁹ Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. n. 10 del “*Considerato in diritto*”.

Infine, per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti sottoposti al regime differenziato, un ultimo aspetto che vale la pena evidenziare è rappresentato dalla circostanza per cui la citata sentenza, in maniera quasi sorprendente, non pare porsi in linea di continuità rispetto ad altre (che pure sono state citate in questo lavoro in altre occasioni e) nelle quali, per converso, la tutela dei suddetti diritti aveva sempre avuto un peso maggiore tanto da determinare uno “sbilanciamento” in senso sfavorevole per la sicurezza sociale.

In realtà, però, ad una lettura più approfondita e ad un’analisi più attenta di tutta la questione emerge come, anche questa volta, la tutela dei diritti fondamentali (tanto dei detenuti quanto di coloro che sono fuori dall’istituto penitenziario) non sia messa in discussione. La tecnica adottata in questa sede dalla Corte costituzionale, infatti, suggerisce come la loro tutela risulti comunque soddisfatta anche laddove ciò significhi attribuire un significato estensivo ad una disposizione che, se interpretata in maniera circoscritta e rigida nei suoi schemi, avrebbe, per converso, leso i diritti fondamentali dei soggetti detenuti (e non).

2.6 Brevi cenni alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La tutela dei diritti dei detenuti è un tema il cui raggio d'azione si amplia ben oltre i confini nazionali e, pertanto, si ritiene di non poter prescindere, seppur brevemente, dalla sua trattazione.

Il punto cruciale è verificare se il regime *ex art. 41-bis*, per le sue peculiari caratteristiche, oltrepassi il limite consentito dal senso di umanità e sfoci nel campo della tortura, secondo la lettura che della stessa ne dà, soprattutto, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Da questo punto di vista europeo è fatto notorio che i giudici di Strasburgo abbiano in più occasioni “bacchettato” l'Italia a seguito di alcune decisioni ritenute non conformi con i dettami dell'ordinamento CEDU. Basti pensare alla sentenza Torreggiani in occasione della quale ad essere sottoposta all'esame della Corte europea era la condizione delle carceri, in particolare il sovraffollamento in cui esse versavano (e in realtà tuttora versano), che si ripercuote negativamente sulle condizioni in cui i detenuti sono costretti a scontare la propria pena. Ancora più recentemente, inoltre, la Corte europea ha avuto nuovamente a che dire, non condividendo la decisione dei giudici italiani di negare la libertà al boss mafioso Provenzano negli ultimi giorni della sua vita, sottoponendo così il detenuto, a loro dire, ad un trattamento inumano e degradante.

Escluse queste due vicende, la Corte di Strasburgo¹⁶⁰, a differenza di quanto accaduto rispetto ad altre normative di Paesi europei su analoghi trattamenti penitenziari¹⁶¹, ha escluso che l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* si ponga in contrasto con le disposizioni della Convenzione e in particolare con l'art. 3 CEDU in tema di tortura.

Sul piano internazionale la qualificazione di tortura¹⁶² è riservata a casi particolarmente gravi e brutali di violenza fisica o

¹⁶⁰ In più occasioni la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha giudicato compatibile l'art. 41-*bis* con l'art. 3 CEDU secondo cui «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» (Corte europea, Grande Camera, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, sez. II, 19 gennaio 2010 Montani c. Italia, sez. II, 12 gennaio 2010 Mole c. Italia, sez. II, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, sez. II 27 marzo 2008 Guidi c. Italia, 4 marzo 2008 Cavallo c. Italia, sez. II 15 gennaio 2008, n. 15625 Bagarella c. Italia, sez. II 13 novembre 2007 Ascitutto c. Italia, sez. IV, 28 giugno 2005 Gallico c. Italia). In Enea c. Italia, in particolare, secondo la Corte «il trattamento riservato al ricorrente non aveva ecceduto l'*inevitabile livello di sofferenza* inerente alla detenzione» (corsivi aggiunti). Nello stesso senso *Stolder* c. Italia, caso in cui «accertata la persistente pericolosità del detenuto e verificata l'adeguatezza delle cure prestate in carcere», si è concluso nel senso di «non ritenere raggiunta quella soglia di gravità del trattamento necessaria per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU».

¹⁶¹ In alcune occasioni invece la Corte europea ha condannato alcuni Stati ritenendo che la loro disciplina fosse contraria all'art. 3 CEDU; in particolare, con riferimento alla Bulgaria, in cui l'ordinamento sottopone il soggetto al regime speciale a prescindere dall'accertamento della sua pericolosità, la Corte ha ordinato di «rimuovere l'automatismo applicativo e limitare l'utilizzazione del regime ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata» (Corte europea diritti dell'uomo, *Harakchiev and Tolumov* c. Bulgaria ricorsi n. 15018/11 e 61199/12), ritenendo insufficiente ai fini della dimostrazione della pericolosità del soggetto una dichiarazione di «*serious lack of moral character*». In un'altra occasione la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al regime detentivo di rigore previsto in Polonia nei confronti di autori di reati di criminalità organizzata (Corte europea diritti dell'uomo, *Horych* c. Polonia e *Piechowicz* c. Polonia, ricorso n. 13621/08 e ricorso n. 20071/07).

¹⁶² A differenza della nostra Carta costituzionale in cui non è precisato cosa debba intendersi per tortura, la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984,

psicologica, inflitta intenzionalmente al fine specifico di punire, intimidire, discriminare o estorcere informazioni, mentre sono configurate come «trattamenti crudeli inumani o degradanti» quelle forme di violenza fisica o psicologica, non necessariamente accompagnate dall'intenzionalità e dalla specifica finalità dell'atto vietato, che determinano in chi le subisce sofferenze fisiche o mentali, sentimenti di angoscia e di inferiorità destinati a piegarne la resistenza fisica e psicologica.

Entrambe le definizioni, come ora esposte, sono ben lontane dal trattamento penitenziario riservato ai soggetti condannati al regime *ex art. 41-bis* il quale, sebbene più rigido e severo rispetto a quello comune, è distante da simili definizioni; pertanto, anche con riferimento alla CEDU, sebbene siano state sollevate talune riserve¹⁶³, dovrebbe escludersi una piena coincidenza.

definisce la tortura all'art. 1 come «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito».

¹⁶³ Il Commissario internazionale dei diritti dell'uomo (organo indipendente all'interno del Consiglio d'Europa istituito nel 1999 dal Comitato dei ministri, con la funzione di promuovere l'effettivo rispetto dei diritti dell'uomo all'interno dei Paesi membri) ha ritenuto giustificabile il regime previsto dall'art. 41-bis ord. pen. (nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata) ma, al contempo, ha formulato il sospetto che sia stato concepito per spezzare la volontà del detenuto, per incoraggiarne la cooperazione e per dimostrare la forza dello Stato. Il Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o

2.7 Profili di giurisdizione del regime di cd. “carcere duro”.

Il tema della giurisdizione in ambito penitenziario offre molteplici spunti di riflessione. Per quanto concerne i risvolti che tale tematica riflette sul regime speciale cristallizzato nelle disposizioni di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., i profili sui quali occorre soffermarsi al fine di analizzarne eventuali elementi di criticità riguardano, in particolare, il rapporto che, alla luce della normativa vigente, è destinato ad instaurarsi tra l'organo giurisdizionale e quello amministrativo i quali, come sarà evidenziato, non necessariamente si pongono in regime di esclusività nel sistema poiché non è detto che siano gli unici di cui occorre tenere conto in fase di analisi.

Le competenze che sono state attribuite dal legislatore ai due poteri e che nel corso degli anni non hanno mancato di manifestare anche intensi caratteri di dinamicità rappresentano, ad ogni modo, un interessante punto di partenza idoneo a verificare se possano esistere, e nell'eventualità affermativa quali possano essere, taluni profili di

degradanti (CPT), ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti ha disposto quanto segue: «Il Comitato esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione della tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti»; istituito nel 1987 nell'ambito della omonima Convenzione europea, in diverse occasioni si è espressamente pronunciato sul regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen., giudicando il regime detentivo speciale «uno tra i più duri che il Comitato ha avuto occasione di osservare finora» e ha ricollegato a tale trattamento effetti pregiudizievoli sui detenuti che si traducono in alterazioni della facoltà sociali e mentali, talora irreversibili. Ha inoltre sottolineato che in nessun caso si può ammettere che la risposta penale degeneri in trattamenti inumani o degradanti. Per un commento più approfondito del pensiero del Comitato si rinvia a P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 338 ss.

“incontro-scontro” tra le competenze giurisdizionali e quelle amministrative.

Per quanto concerne, in particolare, le modalità attuative attraverso le quali si realizza l'attività amministrativa, occorre, inoltre, evidenziare già in questa prima fase introduttiva come, qualora l'amministrazione disponga di un'ampia discrezionalità, poiché attribuita ad essa dal legislatore, questa deve agire in ogni caso in modo tale da non determinare alcuna violazione della dignità umana o dei diritti soggettivi (anche laddove questo dovesse causare un trattamento non omogeneo); qualora, invece, l'attività amministrativa risultasse vincolata tanto nell'*an* quanto nel *quomodo* l'amministrazione sarà comunque tenuta al rispetto delle garanzie dell'individuo¹⁶⁴.

L'obiettivo finale resta sempre il medesimo: verificare se, sulla base degli elementi fattuali e giuridici di cui si dispone, l'attuale normativa che si occupa di disciplinare dettagliatamente i profili su richiamati, e che, come è già stato anticipato, ha subito profonde modifiche a seguito di talune riforme che si sono susseguite nel corso degli anni, sia approdata ad un “porto sicuro” alludendo con tale espressione evocativa ad un risultato soddisfacente per i protagonisti

¹⁶⁴ V. MANCA, *op. cit.*, p. 16.

indiscussi di cui si tratta in questa sede, i diritti fondamentali dei detenuti speciali.

Il punto della questione è quello di verificare, in particolare, se ad offrire a questi ultimi una maggiore forma di tutela (in termini quali-quantitativi) sia l'organo giurisdizionale, la cui affidabilità è preceduta, *in primis*, dalle garanzie di ordine costituzionale che ruotano attorno ad esso e che fungono da veri e propri pilastri della sua imponente struttura ovvero l'amministrazione la quale, rispetto al suo "antagonista" potrebbe contare sul rapporto di prossimità di cui – inevitabilmente – gode e su una *vicinitas* che le consentono di conoscere meglio le esigenze e i bisogni dei detenuti speciali e, di conseguenza, di garantire, al contempo, una risposta maggiormente coerente agli *standard* di tutela richiesti.

Prima di soffermarsi, in particolare, sui profili di giurisdizione che specificamente ruotano attorno al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., occorre, seppur brevemente, illustrare i caratteri che riguardano la materia della giurisdizione nell'ordinamento penitenziario in generale. Tale panoramica illustrativa, infatti, risulta utile al fine di favorire un confronto con quanto previsto in ordine alle competenze attribuite in ambito "speciale".

L'esecuzione della pena è stata definita in dottrina come la “costola” del processo penale¹⁶⁵. L'attuale testo normativo, in vigore in questo momento storico, è il risultato di un lungo e tormentato *iter* legislativo che trova uno dei suoi punti di rottura nell'avvento della Carta costituzionale. Uno degli aspetti più salienti, su cui hanno inciso anche le più recenti riforme, concerne la competenza ad adottare i provvedimenti che, originariamente, si concretizzavano prevalentemente in meri ordini di servizio emanati dal Tribunale di Sorveglianza.

Occorre sin da subito sottolineare come la “giurisdizionalizzazione” abbia riguardato in un primo momento solo le misure alternative e quelle di sicurezza. Tale “priorità” trova la sua ragion d'essere, principalmente, nei seguenti aspetti: *in primis* si tratta di questioni che ineriscono e incidono sensibilmente sulla libertà personale in termini di «quantità e qualità della pena» e, in secondo luogo, poiché si tratta di misure che sono pacificamente considerate rientranti nella copertura della duplice riserva di legge e giurisdizione di cui all'art. 13 co. 2 Cost.¹⁶⁶

Non rientra, per converso, nella competenza dell'organo giurisdizionale, pur essendo contemplata nella legge speciale, la tutela delle posizioni soggettive del detenuto.

¹⁶⁵ A MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, op. cit., p. 73.

¹⁶⁶ A. MENGHINI, op. cit., p. 76.

Da un punto di vista storico, è altresì interessante sottolineare come la prima radicale modifica al sistema risale a due interventi della Corte costituzionale nell'ambito dei quali è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle previsioni contenute nel (l'allora) codice Rocco secondo le quali la "liberazione condizionale"¹⁶⁷ e la "revoca anticipata delle misure di sicurezza"¹⁶⁸ erano di competenza del Ministro di Grazie e Giustizia. A seguito delle richiamate pronunce i suddetti istituti sono stati ricondotti nell'alveo della competenza della Corte d'Appello – per quanto concerne la liberazione condizionale – e del Tribunale di Sorveglianza – per quanto riguarda, invece, la revoca delle misure di sicurezza.

Secondo quanto previsto dal sistema vigente, la "giurisdizionalizzazione" della fase esecutiva può definirsi completa¹⁶⁹ almeno per quanto concerne le seguenti misure

¹⁶⁷ Corte cost. sent. n. 204 del 1974. In questa pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 176 c.p. nella parte in cui attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza alla concessione della liberazione condizionale, riconoscendo che «sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale», p. 2 del "*Considerato in diritto*".

¹⁶⁸ Corte cost. sent. n. 110 del 1974. La Corte ha dichiarato, in questa occasione, l'illegittimità dell'art. 207 co. 3 c.p. (norma poi abrogata dall'art. 89 ord. pen.) nella parte in cui attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia, anziché al Giudice di Sorveglianza, il potere di revocare le misure di sicurezza. In questo secondo caso, la Corte evidenziò il contrasto della precedente formulazione sia con l'art. 13 Cost., in quanto in spregio alla riserva di giurisdizione ivi prevista, sia con l'art. 102 Cost., in quanto «con l'esercizio del potere di revoca il Ministro viene ad interferire nello svolgimento di funzioni giurisdizionali, quali sono indubbiamente quelle disciplinate dagli artt. 634 e seguenti del c.p.p.», p. 9 del "*Considerato in diritto*".

¹⁶⁹ A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, op. cit., p. 76.

alternative: semilibertà, detenzione domiciliare e affidamento in prova, oltre che l'esecuzione presso il domicilio della pena contenuta nel limite, anche residuo, di 18 mesi, introdotta con la c.d. legge svuota-carceri, l. n. 199 del 26 novembre 2010.

Occorre specificare sul punto come le competenze attribuite alla Magistratura di Sorveglianza siano state, ulteriormente, suddivise nell'ambito della funzionale articolazione dell'organo giurisdizionale e ciò, soprattutto, al fine di sgravare dall'ingente mole di lavoro il giudice diminuendo il carico di provvedimenti che devono essere emanati in ordine alla concessione delle misure alternative.

In particolare, secondo quanto previsto nelle disposizioni già contenute nella cd. Commissione Giostra¹⁷⁰, il Presidente del Tribunale di Sorveglianza designa un singolo magistrato e fissa un termine entro cui quest'ultimo può: o decidere se concedere o meno la misura alternativa ovvero, per converso, non concederla. Qualora si verifichi questa seconda eventualità, anche solo facendo scadere il termine che gli era stato assegnato, l'organo monocratico dovrà restituire gli atti al Presidente del Tribunale di Sorveglianza, il quale fisserà l'udienza a ruolo, con conseguente ritorno al normale *iter* procedurale.

¹⁷⁰ Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso costituita il 19 luglio 2017.

Occorre ancora sottolineare, inoltre, come la competenza sia del singolo giudice solo qualora si tratti di decidere circa una concessione provvisoria ovvero definitiva ma per pene uguali o inferiori ai 18 mesi mentre, per converso, qualora si tratti di una concessione in via definitiva delle misure alternative, la competenza resta in capo al Tribunale di Sorveglianza.

Passando dal generale al particolare, i commi che si occupano della tutela giurisdizionale¹⁷¹ nei confronti dei detenuti speciali sono il 2-*quinques* e il 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. pen.: a norma del primo «*il detenuto o l'internato nei confronti del quale è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di cui al comma 2, ovvero il difensore, possono proporre reclamo nel termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e su di esso è competente a decidere il tribunale di sorveglianza di Roma. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento*»¹⁷².

Come si evince dalla lettura della disposizione appena richiamata, prevale anche in questo ambito la competenza dell'organo giurisdizionale.

¹⁷¹ A. MENGHINI, *La cassazione sulla portata applicativa del cd. reclamo giurisdizionalizzato*, in *Giur. it.*, 3/2018, p. 724.

¹⁷² Su una ricostruzione cronologica della normativa si rinvia ad 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, pp. 75 ss.

Non appare fuori luogo sottolineare come la competenza – accentrata e inderogabile – in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma, di cui molto si è discusso in dottrina¹⁷³, sia stata introdotta a seguito della novella del 2009 e corrisponde al duplice intento di concentrare i mezzi tecnici e amministrativi necessari alla trattazione dei complessi procedimenti in materia di art. 41-*bis* presso un unico ufficio giudiziario e, al contempo, di ridurre il tasso di difformità delle decisioni, anche in ragione della necessità di evitare discordanti orientamenti giurisprudenziali suscettibili di vanificare il regime differenziato¹⁷⁴.

Degno di nota è, per quanto interessa sottolineare in questa sede, anche il comma successivo, ai sensi del quale entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo¹⁷⁵, il Tribunale decide in camera di consiglio, nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 c.p.p., circa la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento.

All'udienza, le funzioni di pubblico ministero possono essere altresì svolte da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Repubblica ovvero del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Entro dieci giorni dalla sua comunicazione, le parti

¹⁷³ Sulla possibilità di proporre reclamo da parte del detenuto a seguito della nuova norma e sulle diverse forme di reclamo si rinvia a C. FIORIO, *Il “doppio binario penitenziario”*, in *Archivio Penale*, 1/2018, p. 35.

¹⁷⁴ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza” : modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., p. 417.

¹⁷⁵ E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI e L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 214 ss.

interessate possono proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale per violazione di legge, senza che ciò sospenda l'esecuzione del provvedimento. Se il reclamo viene accolto, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento, deve, tenendo conto della decisione del Tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo.

Per quanto concerne il profilo della garanzia giurisdizionale del regime del carcere duro, vale la pena affrontare i seguenti profili: per un verso, interessante è stata l'evoluzione normativa che ha, da ultimo, condotto all'affermazione del vaglio di legittimità del Tribunale di Sorveglianza e, per altro, la volontà di riconoscere la competenza all'emanazione del provvedimento dispositivo in capo al Ministro di Giustizia¹⁷⁶.

Per quanto concerne il vaglio di legittimità riconosciuto al Tribunale di Sorveglianza, occorre sottolineare, in particolare, come, nell'impianto della disciplina originaria, non fosse prevista alcuna forma di tutela nei confronti del regime del carcere duro.

Molto presto tale preclusione è venuta meno, essendo stata dichiarata incostituzionale dalla Corte la suddetta disciplina nella parte in cui, incidendo sui diritti fondamentali delle persone detenute,

¹⁷⁶ Per un approfondimento sul punto si rinvia a V. MANCA, *La finalità preventiva dell'art. 41 bis o.p. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni dei iure condendo*, in *Archivio penale web*, 1/2018.

non consentiva la sindacabilità del decreto dispositivo del regime da parte del Magistrato competente¹⁷⁷.

Qualche anno dopo il legislatore è intervenuto¹⁷⁸ inserendo la disciplina “mancante” al comma 2-*bis*.

Dalla sentenza n. 349 del 1993 si è assistito ad una progressiva estensione della tutela dei diritti dei detenuti sottoposti al regime speciale «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»¹⁷⁹.

Successivamente, la riforma del 2009, che, secondo alcuni, rappresenta un punto di svolta in senso ulteriormente repressivo¹⁸⁰, ha spostato la competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Per quanto concerne il secondo aspetto, si ritiene che la necessità di riconoscere all’autorità giudiziaria la competenza ad

¹⁷⁷ Corte cost. sent. n. 349 del 1993.

¹⁷⁸ Legge 7 gennaio 1998, n. 11 «*Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario*».

¹⁷⁹ Corte cost. sent. n. 351 del 1996, in particolare p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁸⁰ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*: modifiche in tema di ord. pen., in O. MAZZA e F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38 e alla l. 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009.

applicare il regime del carcere duro trovi il proprio fondamento direttamente nell'art. 13, secondo comma, Cost.

Dall'applicazione del regime speciale, al di là dell'incidenza che esso ha sulla libertà personale dell'individuo, deriva inevitabilmente una sorta di "degradazione giuridica" la quale non potrebbe che essere necessariamente affidata ad un organo giudiziale¹⁸¹.

Alla luce delle suddette considerazioni e, soprattutto delle disposizioni che sono state richiamate, emerge come, la questione meriti di essere osservata da un punto di osservazione più ampio di quanto in precedenza era stato detto.

L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti sottoposti al regime del carcere duro, infatti, non pare possa essere indagata esclusivamente sulla base di un rapporto "bilaterale" tra il potere autoritativo dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza ma, alla luce degli interventi legislativi (necessariamente rispettati da entrambi), occorra, *a priori*, ripensare e rivalutare l'impatto che anche la discrezionalità legislativa è – giocoforza – in grado di dare all'intero sistema e il cui inserimento modifica il suddetto rapporto da bilaterale a "trilaterale".

¹⁸¹ A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit. p. 410.

Se quanto appena esposto corrisponde a verità, inoltre, non è detto che il cerchio sia destinato a chiudersi in questi termini residuando, eventualmente, un margine di intervento (più o meno ampio) anche per la Corte costituzionale la quale, consapevole del portato valoriale del finalismo rieducativo sulla pena detentiva¹⁸², dovrà intervenire al fine di ripristinare il sistema normativo in ossequio all'originale impianto delineato dai Padri costituenti.

Secondo questo angolo di visuale, allora, il quadro è molto più articolato e per certi versi anche più complesso rispetto a quanto si era originariamente ipotizzato.

L'auspicata soluzione tendente all'affermazione di una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali potrà essere probabilmente raggiunta solo attraverso una ben equilibrata ripartizione di competenze la quale, a sua volta, dovrà essere raggiunta rispettando anche un principio di proporzionalità il quale, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito di *idoneità*, *necessarietà* e di *principio di proporzionalità in senso stretto*), dovrebbe fungere da chiave di lettura per un (eventuale ma necessario) ripensamento complessivo della disciplina esecutiva del 41-*bis* ord. pen.¹⁸³.

¹⁸² V. MANCA, *Il principio di proporzionalità "cartina tornasole" per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni de iure condendo*, in *Giurisprudenza Penale Web - "Dentro Il 41-Bis"*, 1-bis/2020, p. 16.

¹⁸³ V. MANCA, *op. cit.*, p.16.

Infine, non appare fuori luogo un'ultima annotazione circa l'affermarsi dei cd. automatismi penitenziari¹⁸⁴, sulla cui legittimità anche la Corte costituzionale non ha mancato di sollevare talune critiche osservazioni¹⁸⁵ poiché la loro sempre più frequente incidenza comporta delle notevoli ripercussioni anche sulle competenze della Magistratura di sorveglianza la quale, di fronte a tali fenomeni, rischia di degradare ad una “mera esecutrice” di un giudizio di pericolosità sociale che basa le sue fondamenta esclusivamente sulla gravità del titolo di reato ovvero anche sullo *status* del detenuto, con buona pace del diritto di difesa¹⁸⁶ che, all'esito di un mancato giudizio, ne esce depotenziato¹⁸⁷.

¹⁸⁴ La dottrina ha definito gli automatismi penitenziari come quella “*disposizione che, in via derogatoria, prescrive il meccanico prodursi di un rigido effetto al verificarsi di un dato presupposto, quest'ultimo ritenuto presuntivamente sintomatico dell'elemento fondante la sua stessa ratio legis*”. In questi termini si esprime S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 29 novembre 2018, 8 ss. Molto interessanti e degne di nota sono le considerazioni che l'autrice sviluppa in merito alla tipologia di rapporto che dovrebbe o potrebbe instaurarsi tra questi e il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

¹⁸⁵ Sul punto, a mero titolo esemplificativo, si veda Corte cost. sent. n. 215 del 1990, sent. n. 186 del 1995, sent. n. 173 del 1997, sent. n. 296 del 1997, sent. n. 350 del 2003, sent. n. 255 del 2006.

¹⁸⁶ V. MANCA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁷ A. MENGHINI, p. 78.

2.8 Report sulla situazione degli istituti detentivi dei detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* ord. pen.

Il decreto ministeriale 30 luglio 2020 – Riorganizzazione del Gruppo Operativo Mobile (GOM) della Polizia penitenziaria – stabilisce che il richiamato reparto specializzato del Corpo della polizia penitenziaria deve provvedere, fra le altre funzioni, alla vigilanza e osservazione dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis*, co. 2, ord. pen.¹⁸⁸.

Alla data del 31 ottobre 2022 sono 728 i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro” di cui: 12 donne, 7 internati ed 1 detenuto sottoposto alla disciplina dell'art. 6 della l. n. 45 del 2001¹⁸⁹.

Per un quadro completo circa l'attuale situazione in cui versano gli istituti penitenziari appare utile riportare le informazioni reperite nelle seguenti tabelle riepilogative. Le stesse sono state rese in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2023 e sono tratte dalla *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia anno 2022*.

¹⁸⁸ Art. 2, co. 3, d.m. citato.

¹⁸⁹ Legge 13 febbraio 2001, n. 45 «*Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*».

*Tabella della situazione dei detenuti sottoposti al regime ex art. 41-bis
ord. pen.*

Reparto detentivo	Detenuti sottoposti al regime ex art. 41-bis ord.pen.	Detenute sottoposte al regime ex art. 41-bis ord.pen.	Internati
Cuneo	45	***	***
L'Aquila	143	12	***
Milano Opera	95	***	***
Novara	70	***	***
Nuoro	6	***	***
Parma	63	***	***
Roma Rebibbia	44	***	***
Sassari	86	***	***
Spoletto	80	***	***
Terni	27	***	***
Tolmezzo	19	***	7
Viterbo	50	***	***
TOTALE	728	12	7

Numero dei detenuti in relazione all'Associazione criminale di appartenenza.

Denominazione Associazione criminale di appartenenza	Numero detenuti
Camorra	242
Ndrangheta	195
Cosa Nostra	232
Sacra Corona Unita	20
Stidda	3
Altre mafie	32
Terrorismo interno ed internazionale	4

Confronto dei detenuti sottoposti al regime ex art. 41-bis ord. pen. rispetto all'anno precedente.

Dati	Anno 2021	Anno 2022
Conta al 31 ottobre	750	728
Picco massimo	760	748
Picco minimo	749	726
Presenza media	754	737

Un dato interessante che emerge dal confronto tra l'anno 2021 e l'anno 2022 è quello concernente l'età anagrafica media dei detenuti al regime speciale.

In particolare, questa risulta in crescita in modo proporzionale al numero dei ristretti di età pari o superiore a 60 anni: l'età anagrafica media è di 58 anni (nel 2021 era 56 anni); i detenuti di età pari o superiore a 60 anni sono 340 (circa il 46.7 % del totale; nel 2021 erano 299, circa il 40%).

Nuove applicazioni, riapplicazioni, proroghe del regime speciale, declassificazioni, scarcerazioni, decessi, intervenuti nell'arco temporale dal 1° gennaio 2022 al 31 ottobre 2022.

Progressione evolutiva della pena detentiva	Anno di riferimento 2022
Detenuti in regime detentivo speciale per nuova applicazione dell'art. 41-bis, co. 2 ord. pen.	16
Detenuti riassociati in regime detentivo speciale per riapplicazione dell'art. 41-bis, co. 2 ord. pen.	5
Detenuti ai quali è stato prorogato il regime detentivo speciale	84
Detenuti declassati per inizio collaborazione con la giustizia	2
Detenuti declassati in AS1 per accoglimento reclamo dal Tribunale di Sorveglianza di Roma	4
Detenuti declassati in AS1 per mancato rinnovo del decreto ministeriale	5
Detenuti 41 bis scarcerati	26
Decessi	5

3 L'ERGASTOLO OSTATIVO

L'ergastolo “ostativo” è la forma estrema di pena a vita, atteso che nei confronti di coloro che sono sottoposti a tale regime¹⁹⁰ è preclusa la possibilità di accedere ai benefici che l'ordinamento contempla per coloro che, invece, sono sottoposti al regime della pena, seppur perpetua, ordinaria. Col termine “ostativo” si allude, infatti, ad una pena detentiva, «*perpetua ed immutabile*»¹⁹¹, da scontare integralmente in carcere e che esclude la possibilità di fruire di benefici penitenziari, tra cui la liberazione condizionale, salvo che il condannato non collabori con la giustizia¹⁹².

Taluni aspetti propri dell'istituto giuridico noto come “ergastolo ostativo”¹⁹³ sono già stati illustrati¹⁹⁴.

¹⁹⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU. Atti del seminario AIC di Roma. Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, 28 Maggio 2014*, Napoli, 2014, p. 20.

¹⁹¹ F. FIORENTIN e F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, p. 11.

¹⁹² D. MARTIRE e A. R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4/2022, p. 249.

¹⁹³ Per una ricostruzione, anche storica, dell'istituto si rinvia ad A. MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Archivio Penale*, 3/2021 e, più in generale, M. LAMANUZZI, *L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità*, in *Dignitas, percorsi di carcere e di giustizia*.

¹⁹⁴ Per la disciplina dell'ergastolo ostativo si rinvia a quanto già detto al cap. 2 del presente lavoro.

Si rammenta, pertanto, schematicamente come gli “ergastolani ostativi”¹⁹⁵ siano coloro che sono sottoposti al regime differenziato di cui agli articoli 4-*bis* e 41-*bis* ord. pen., i quali, a norma della prima disposizione, a seconda del reato commesso, sono suddivisi in tre categorie: il primo gruppo si riferisce ai reati più gravi di crimine organizzato (commi 1 e 1-*bis*); il secondo gruppo contiene l’elenco di reati di evidente gravità ma inferiore a quelli del primo gruppo e non necessariamente collegati al crimine organizzato (comma 1-*ter*); il terzo gruppo elenca i reati commessi dai c.d. *sex offenders* (comma 1-*quater*).

Vale la pena, tuttavia, evidenziare come la disciplina abbia assunto una nuova veste a seguito del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162¹⁹⁶, ultimo provvedimento che, in ordine di tempo, innova l’ordinamento penitenziario e che ha visto la luce a seguito di un altalenante *iter* interlocutorio tra i soggetti che sono stati – necessariamente – coinvolti in questo “dialogo”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ S. CIAFFONE, “Ergastolo ostativo”: verso il superamento di una pena disumana e degradante sulla scia garantista della Corte Costituzionale. Un anno di tempo al legislatore per adeguare l’istituto ai principi costituzionali e comunitari, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5/2021, p. 8.

¹⁹⁶ In senso critico circa i presupposti di straordinaria necessità ed urgenza indispensabili ai sensi dell’art. 77 Cost. si rinvia a E. SANTORO, *L’eliminazione apparente dell’ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in www.forumcostituzionale.it.

¹⁹⁷ Sui rapporti tra gli organi costituzionali si rinvia a A. APOSTOLI, *La necessità di ripensare il rapporto con gli “organi di garanzia” in un sistema parlamentare monocamerale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2022.

Al di là del contenuto proprio del citato decreto (e di cui si dirà successivamente), infatti, la vicenda assume peculiari connotati anche per la nuova tecnica decisoria adottata, in questo caso, dalla Corte costituzionale al fine di sollecitare un intervento legislativo che potesse disciplinare la materia dell'ergastolo ostativo¹⁹⁸.

In passato¹⁹⁹, la tecnica utilizzata dalla Corte si era concretizzata nell'opportunità di rinviare la propria decisione ad una data successiva, già determinata in ordinanza, auspicando che il periodo di tempo intercorrente tra un dispositivo e l'altro fosse sufficiente per il Parlamento al fine di introdurre una disciplina *ad hoc*. L'intervento legislativo avrebbe dovuto così scongiurare l'avvento di una pronuncia di incostituzionalità che, in realtà,

¹⁹⁸ Sul tortuoso *iter* che ha, infine, portato al contenuto del decreto si rinvia a F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio AIC*, 3/2023.

¹⁹⁹ L'armamentario degli strumenti decisorii di cui la Corte costituzionale può disporre era già stato ampliato in occasione del cd. caso Cappato quando, con ordinanza n. 207 del 2018 (preludio della sent. n. 242 del 2019), la Corte ha adottato, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale, la tecnica del "rinvio" sollevando già allora critiche e riflessioni da parte della dottrina. Si rinvia sul punto a M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 644 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, in particolare par. 5 del contributo; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2019.

neanche tanto velatamente, era stata preannunciata come una incostituzionalità «prospettata»²⁰⁰ o «differita»²⁰¹.

Lo strumento di cui si è avvalsa la Corte nell'ord. n. 97 del 2021 presenta le medesime caratteristiche delle precedenti²⁰² che possono riassumersi nei seguenti tre punti: in primo luogo, si tratta di una tecnica decisoria che combina in sé la veste formale di un'ordinanza (collegiale e numerata) e un effetto di mero rinvio della decisione definitiva con la motivazione di una decisione di merito, come detto, più propensa all'accoglimento; in secondo luogo, nel caso in cui il Parlamento non dovesse accogliere l'*assist* volto ad evitare che la norma venga espunta dall'ordinamento, la Corte prospetta la possibilità di reperire da sé una soluzione alternativa che rappresenti un punto di equilibrio tra gli interessi costituzionalmente rilevanti; infine, è preclusa la possibilità di intervenire *medio tempore* sulla normativa censurata.

Tutte le ordinanze che prospettano l'utilizzo della tecnica del rinvio si basano su un presupposto comune che può ravvisarsi nell'intenzione da parte della Corte di instaurare un proficuo dialogo

²⁰⁰ In questi termini si è espressa la Presidenza della Corte costituzionale prima nella persona di Giorgio Lattanzi e successivamente di Giancarlo Coraggio nella Relazione del Presidente del 13 maggio 2021, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020*.

²⁰¹ A. DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del "Feindstrafrecht"*, in *Federalismi.it*, 28/2021, p. 54.

²⁰² Oltre all'ord. n. 207 del 2018 si segnala anche l'ord. n. 132 del 2020 nella quale la Corte si è occupata della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa.

con le Camere in uno «spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»²⁰³, in uno «spirito di leale collaborazione istituzionale e rispetto dei limiti alle proprie attribuzioni»²⁰⁴ e in considerazione delle «esigenze di collaborazione istituzionale»²⁰⁵.

La dottrina²⁰⁶ si è, inoltre, interrogata circa la coerenza di tale *modus procedendi* rispetto all'ordine delle attribuzioni costituzionali della Corte costituzionale e delle Camere, non approdando a soluzioni unitarie²⁰⁷.

Al di là di tali – comuni – elementi, la tecnica del rinvio assume, necessariamente, dei connotati peculiari che si concretizzano sulla scorta del caso di specie e plasmano lo strumento, di per sé duttile, al fine di renderlo facilmente adattabile alla circostanza che rileva.

A titolo esemplificativo, come è stato sottolineato²⁰⁸, nell'ordinanza n. 97 del 2021 non sono state impartite specifiche indicazioni (come era accaduto nell'ordinanza n. 207 del 2018 c.d. caso Cappato o nell'ordinanza n. 132 del 2020, relativa al cd.

²⁰³ Corte cost. ord. n. 207 del 2018, in particolare punto 11 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁴ Corte cost. ord. n. 132 del 2020, in particolare punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁵ Corte cost. ord. n. 97 del 2021, in particolare punto 11 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁶ A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnLine*, 3/2018.

²⁰⁷ R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e 'politici' delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22/2021.

²⁰⁸ M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, p. 3 ss.

“carcere dei giornalisti”) sottolineando quel senso di mitezza che pare aver mosso la penna del giudice redattore²⁰⁹.

La differenza rispetto al passato è invece rappresentata dalla circostanza per cui, nel caso *de quo*, il (*primo*) rinvio operato con la citata ordinanza non è rimasto un rinvio isolato, ma ha determinato l’avvio di un procedimento legislativo volto all’approvazione di un testo soddisfacente dei rilievi formulati dalla Corte. Questo tentativo si è rivelato però vano poiché allo scadere del termine previsto nella citata ordinanza residuava ancora, nell’ordinamento, il medesimo *vulnus* che aveva originato la necessità dell’intervento della Corte costituzionale.

Per tale motivo, con la successiva ordinanza n. 122 del 2022 la Corte costituzionale ha nuovamente rinviato la decisione della questione di legittimità costituzionale (questa volta all’8 novembre 2022) al fine di assecondare «lo stato di avanzamento dell’*iter* di formazione della legge»²¹⁰.

Provando a ripercorrere con ordine le diverse tappe, occorre ricordare che il caso prende le mosse dalla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione che ha censurato l’art. 4-*bis*, comma 1, e l’art. 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354,

²⁰⁹ A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l’ord. n. 97 del 2021 sull’ergastolo ostativo*, in *Consulta OnLine*, 2/2021, p. 388.

²¹⁰ Corte cost. ord. n. 122 del 2022, in particolare penultimo punto del *Considerato in diritto*.

nonché l'art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia.

Secondo il ragionamento svolto dalla Corte di cassazione, suffragato dai precedenti orientamenti giurisprudenziali²¹¹, anche sovranazionali²¹², il rischio insito nella censurata disciplina era quello di consentire alla pena perpetua *de iure* di consolidarsi in una pena perpetua anche *de facto*²¹³.

Occorre sottolineare come, in realtà, la Corte di cassazione abbia trovato “una spalla” nei precedenti della Corte costituzionale a seguito di un *revirement* del Giudice delle leggi che, nella sentenza n. 135 del 2003, si era invece espresso in termini profondamente diversi.

La storia dei rapporti tra ergastolo (in generale) e Costituzione fonda le sue radici nella sentenza n. 264 del 1974²¹⁴ mentre è nelle sentenze 306 del 1993 e 135 del 2003 che la Corte costituzionale

²¹¹ Corte cost. sent. n. 253 del 2019.

²¹² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ricorso n. 77633/16, Viola c. Italia.

²¹³ A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo “ostativo”*, in *Consulta OnLine* 3/2022, p. 1195.

²¹⁴ Per una ricostruzione si rinvia a E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sistema Penale*, 2022. Lo scritto riproduce una relazione tenuta all'Incontro-Webinar “*L'ergastolo ostativo nella società e nell'ordinamento: Silenzio, parla la Corte costituzionale*”, organizzato da ItaliaStatodiDiritto, dalla Camera penale di Roma e dall'Ordine avvocati di Roma (Roma, 4 novembre 2022).

affronta *vis a vis* la tematica dell'ergastolo ostativo, pur avendo sempre come parametro di riferimento l'art. 27, terzo comma, Cost.

Tra i tratti più salienti delle citate pronunce si sottolinea come la Corte affermi che «inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena»²¹⁵ e neghi che l'art. 4-*bis* ord. pen. si ponga come una preclusione in maniera assoluta per il condannato non collaborante. Da questo punto vista, la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi della collaborazione impossibile ovvero oggettivamente irrilevante, sarebbe «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato»²¹⁶.

È la sent. n. 253 del 2019 che però segna una svolta nella storia dell'art. 4-*bis* ord. pen.

In via del tutto preliminare degna di nota è la veste “formale” del provvedimento nell'ambito del quale le nuove disposizioni normative hanno preso vita. Occorre, infatti, sottolineare come l'esigenza avvertita dalla Corte costituzionale, in virtù del rilievo primario degli interessi in gioco, di disciplinare la materia

²¹⁵ Corte cost. sent. 306 del 1993, in particolare p. 11 del *Considerato in diritto*.

²¹⁶ Corte cost. sent. n. 135 del 2003, in particolare punto 4 del *Considerato in diritto*.

dell'ergastolo ostativo con un provvedimento legislativo sia stata soddisfatta solo parzialmente poiché, a circa una settimana dallo scadere del termine fissato nell'ordinanza n. 122 del 2022, il 31 ottobre il Governo, ritenendo il monito della Corte costituzionale rilevante in termini di necessità ed urgenza, ha deciso di riproporre il d.d.l. n. 2574 in forma di decreto-legge, giustificando la mancata approvazione da parte del Senato a causa dello scioglimento delle Camere.

In via del tutto preliminare occorre sottolineare come gli aspetti più rilevanti²¹⁷ della nuova disciplina dell'ergastolo ostativo previsti dal decreto-legge n. 162 del 2022 abbiano avuto ad oggetto l'art. 4-*bis* ord. pen. che ne rappresenta l'architrave²¹⁸.

Nel merito si osserva come, in virtù della disposizione transitoria di cui all'art. 3, co. 1, del d.l. n. 162 del 2022, la nuova disciplina si debba applicare solo ai reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto, cioè dal 1 novembre 2022 e che, in secondo luogo, rilevino le condizioni in presenza delle quali il detenuto, sebbene non collaborante, può essere ammesso alla concessione dei benefici.

Com'è stato criticamente osservato altrove²¹⁹ la novella non pare rispondere pedissequamente ai rilievi sollevati dalla Corte

²¹⁷ Per i dettagli si rinvia a E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo*, cit., pp. 4 ss.

²¹⁸ F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 39.

²¹⁹ E. SANTORO, *op. cit.*, p. 225.

costituzionale poiché si inserisce nel solco di una disposizione della cui linearità si è ampiamente dubitato in dottrina²²⁰.

L'art. 1, co. 1, lett. a), n. 1 del decreto-legge, infatti, stabilisce come il regime ostativo si applichi anche «ai delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati».

Ai sensi della novella, dunque, il giudice (della cognizione ovvero anche dell'esecuzione) è chiamato ad accertare il nesso teleologico, consentendo di riconoscere l'ostatività anche in capo a chi abbia commesso un reato aggravato, ai sensi dell'art. 62, n. 2, c.p., o collegato, ai sensi dell'art. 371 c.p.p., prescindendo da un eventuale cumulo con le pene inflitte per i reati di cui al comma 1, dell'art. 4-*bis* ord. pen.²²¹.

Il decreto-legge dedica l'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ai delitti riconducibili alla criminalità organizzata (fra i quali rientrano delitti di terrorismo o di eversione, delitti di mafia, favoreggiamento dell'immigrazione illegale, associazioni finalizzate al traffico di

²²⁰ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in www.giustiziainsieme.it, 2 novembre 2022.

²²¹ R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

stupefacenti o al contrabbando di tabacchi) e a questi aggiunge, ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis* 2, l'associazione per delinquere ex art. 416 c.p., nei casi in cui sia finalizzata alla commissione di delitti di cui al comma 1 *bis*; dall'altro lato, dedica l'art. 4-*bis* comma 1-*bis* 1 ai restanti delitti di cui all'art. 4 *bis* comma 1 (delitti contro la pubblica amministrazione, delitti in materia di schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione).

Le nuove disposizioni sono state introdotte dall'art. 1, co. 1, lett. a), n. 2 del decreto e rappresentano il nucleo fondamentale della riforma²²².

Affinché possano essere concessi i benefici, secondo la lettera del nuovo *corpus* normativo, occorre che si verifichino le seguenti condizioni: in *primis*, il condannato deve aver tenuto una regolare condotta carceraria, deve aver partecipato al percorso rieducativo e deve aver dichiarato la propria dissociazione dall'organizzazione criminale; in *secundis*, deve dimostrare l'integrale adempimento delle obbligazioni civili e delle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato (ovvero, in alternativa, dovrà dimostrare l'assoluta impossibilità di adempiervi); in terzo luogo, infine, deve allegare «elementi specifici che consentano di escludere l'attualità di

²²² E. SANTORO, *op. cit.*, p. 226.

collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo del ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi».

In tale valutazione, il giudice terrà conto «delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile», nonché dell'eventuale «sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa»²²³.

Per quanto concerne gli adempimenti che spettano al giudice che dovrà decidere sull'istanza presentata dal non collaborante e, in particolare, in tema di informazioni reperibili ai fini della decisione, l'art. 1, lett. a), n. 3 del decreto-legge 162 del 2022 fa salvo l'art. 4-*bis*, comma 2, ord. pen. Pertanto, le suddette possono essere reperite, in primo luogo, presso il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione del condannato e, inoltre, ulteriori informazioni dovranno essere acquisite attraverso la direzione dell'istituto in cui si trova l'istante.

Ancora in tema di informazioni, queste possono riguardare anche accertamenti volti a verificare le condizioni economiche, le

²²³ E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo*, cit., p. 4.

attività economiche, il tenore di vita del condannato e il suo nucleo familiare, nonché eventuali misure di prevenzione personali o patrimoniali disposte nei loro confronti.

Oltre alle informazioni appena dette, il decreto-legge si occupa dei pareri rilasciati dalle Procure nella persona del pubblico ministero presso il giudice della sentenza di primo grado.

Rilevanti novità sono ancora introdotte in tema di competenza a concedere i benefici qualora l'istanza sia proposta da un condannato per reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. A differenza di quanto accade per la generalità dei condannati, nell'ambito dei quali la competenza è del Magistrato di sorveglianza, per i condannati per i delitti di terrorismo o di mafia²²⁴, la legge attribuisce all'organo collegiale la competenza *de qua* – quindi al Tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta.

Per quanto riguarda la liberazione condizionale, occorre distinguere se, in virtù del profilo criminale, il non collaborante sia stato o meno condannato all'ergastolo, poiché in questo caso, prima di poter chiedere di accedere al suddetto beneficio dovrà aver scontato almeno trent'anni e anche in caso di esito positivo dovrà

²²⁴ Art. 30-*ter* ord. pen., come modificato dall'art. 1, lett. c), n. 1 decreto-legge n. 162 del 2022.

trascorrere i successivi dieci anni in libertà vigilata²²⁵; viceversa “saranno sufficienti” i due terzi della pena.

Infine, una preclusione in termini assoluti è prevista per i detenuti di cui all’art. 41-*bis* ord. pen. che potranno chiedere di accedere al beneficio solo dopo che il provvedimento applicativo del regime detentivo speciale sia stato revocato o non prorogato²²⁶.

Questo ultimo profilo ha sollevato in dottrina interessanti spunti di riflessione laddove, criticamente, è stato osservato come la disposizione risulti alquanto superflua e la cui *ratio* consista solo nella volontà di assicurare l’opinione pubblica specie alla luce della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, la quale sembrava aver fatto presagire, nelle aule politiche e giudiziarie, la possibilità che si verificasse un “liberi tutti” nei confronti di frotte di boss mafiosi²²⁷.

²²⁵ Art. 2, lett. *b*), d.l. n. 162 del 2022.

²²⁶ Art. 2, lett. *a*), d.l. n. 162 del 2022.

²²⁷ E. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo*, cit., p. 8.

Seconda parte

4 INTRODUZIONE AI DIRITTI FONDAMENTALI DEI DETENUTI SOTTOPOSTI AL REGIME DI CUI ALL'ART. 41-BIS ORD. PEN.

Dalle considerazioni appena svolte si evince come la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis* ord. pen. abbia richiamato l'attenzione degli studiosi di diverse branche del diritto, i quali, in più di un'occasione, si sono espressi evidenziando il difficile bilanciamento tra esigenza di sicurezza e ordine pubblico, da un lato, e diritti inviolabili dell'uomo-detenuto speciale, dall'altro, il quale, in quanto "uomo" resta comunque centro di imputazione di diritti²²⁸ – e di situazioni giuridiche soggettive attive – che può esercitare personalmente nonostante lo stato di interdizione legale.

La dottrina è solita distinguere tra i diritti che il detenuto esercita all'interno del carcere e quelli che possono essere esercitati fuori dall'istituto penitenziario. Rientrano nell'alveo della prima categoria: il diritto al programma e al trattamento rieducativo, il diritto al periodico riesame della propria posizione e il diritto ai premi e benefici penitenziari; fanno invece parte della categoria precedente: il diritto all'integrità fisica e alla salute, cui si ricollegano, a loro

²²⁸ E.F. ACETO, *Detenzione domiciliare "generica" e reati ostativi: automatismi preclusivi tra istanze di soppressione ed esigenze di politica criminale*, in *Archivio Penale*, 2/2020, p. 9.

volta, una serie di norme in tema di edilizia penitenziaria (artt. 5, 6 ord. pen.), il diritto al vestiario e corredo (art. 7 ord. pen.), il diritto all'igiene personale (art. 8 ord. pen.), il diritto al vitto (art. 9 ord. pen.), il diritto di permanere all'aria aperta per almeno due ore al giorno (art. 10 ord. pen.), il diritto a visite mediche (art. 11 ord. pen.), il diritto ai colloqui e all'assistenza alle famiglie (artt. 18 e 28 ord. pen.). Questi ultimi sono quelli che sono stati ritenuti riconducibili ai diritti e libertà fondamentali di rango costituzionale²²⁹.

La problematica è stata poi, nel corso dei decenni, arricchita da una serie di pronunce della Corte costituzionale, la quale si è pronunciata, anch'essa in più di un'occasione, in senso favorevole alla progressione, se non in taluni casi ad una vera e propria emersione, della – effettiva – tutela dei diritti fondamentali.

Gli interventi resi dal Giudice delle leggi hanno così contribuito a favorire l'ampliamento della tutela di taluni diritti originariamente più limitata o preclusa, dando atto anche di una evoluzione della disciplina legislativa.

A titolo meramente esemplificativo, si riportano di seguito gli stralci di due pronunce costituzionali che saranno trattate a breve, dalle quali emerge la volontà della Corte costituzionale di alzare l'asticella della tutela dei taluni, per certi versi peculiari, diritti di

²²⁹ E.F. ACETO, *Detenzione domiciliare "generica"*, cit., p. 9.

detenuti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. ai quali, proprio in virtù dell'attenzione riservata dal Giudice delle leggi, è giocoforza plausibile attribuire la qualifica di diritto "fondamentale".

Nella sentenza n. 135 del 2013, chiamata a pronunciarsi su un conflitto di attribuzione, la Corte costituzionale ha stabilito come non spetti al Ministro della giustizia disporre che non venga data esecuzione ad un provvedimento emesso da un Magistrato di sorveglianza all'esito di un procedimento giurisdizionale, nel quale si dichiara che un determinato comportamento dell'Amministrazione penitenziaria è lesivo di un diritto del detenuto²³⁰.

Nella sentenza n. 186 del 2018 la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f*), ord. pen. nella parte in cui escludeva la possibilità di cuocere cibi sovrapponendo in tal senso la disciplina dei detenuti ordinari a quella dei detenuti speciali²³¹.

²³⁰ A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

²³¹ Della questione si è occupato anche G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020.

5 «DIS-MOI CE QUE TU MANGES, JE TE DIRAI CE QUE TU ES». CADE IL DIVIETO DI «CUOCERE CIBI» PER I DETENUTI SOTTOPOSTI AL REGIME DELL'ART. 41-BIS ORD. PEN. RIFLESSIONI A SEGUITO DELLA SENTENZA N. 186/2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE²³²

5.1 Premessa.

Con l'aforisma citato nel titolo di questo scritto Jean Anthelme Brillat-Savarin²³³ sottolineava la possibilità di risalire alla personalità di ognuno valutando i cibi che mangia e le modalità attraverso le quali questi vengono cucinati. Nella vicenda che si va narrando la norma censurata e dichiarata incostituzionale con la sentenza annotata poneva il principio inverso: “dimmi chi sei (*rectius* che reato hai commesso) e ti dirò *se* puoi cucinare”. Infatti, solo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*

²³² Le considerazioni riportate in questo capitolo sono tratte da S. STURNIOLO, «*Dis-moi ce que tu manges, je te dirai ce que tu es*». *Cade il divieto di «cuocere cibi» per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-bis ord. pen. Riflessioni a seguito della sentenza n. 186/2018 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 1/2019.

²³³ J.A. BRILLAT-SAVARIN, *Physiologie du gout*, de Gonet Editeur, Paris, 1825, spec. p. IX.

comma 2-*quater*, lettera f), ord. pen.²³⁴, limitatamente alla parte in cui escludeva la possibilità di «cuocere cibi»²³⁵, anche i detenuti speciali, al pari di quelli ordinari, possono provvedere autonomamente alla cottura degli alimenti. Con la sentenza n. 186/2018 la vita all'interno delle carceri dei soggetti sottoposti al regime speciale tende così, per quanto possibile, ad essere più vicina alla realtà quotidiana.

La citata disposizione²³⁶ rientra fra le prescrizioni introdotte dalla novella legislativa del 2009, la quale – oltre alla previsione qui in esame, che già qualche Autore in dottrina definiva da tempo

²³⁴ Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) – poi modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), numero 3) della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

²³⁵ Come meglio specificato dalla Circolare ministeriale del DAP n. 0286202 del 4 agosto 2009, per «divieto di cuocere cibi» si intende «il divieto di ricevere dall'esterno e di acquistare al sopravvitto generi alimentari che per il loro utilizzo necessitano di cottura, nonché cucinare quelli di cui è consentito l'acquisto, poiché consumabili anche crudi. Al detenuto in regime art. 41-*bis* è consentito l'utilizzo dei fornelli personali esclusivamente al fine di riscaldare liquidi e cibi già cotti nonché preparazione di bevande, prevedendo sanzioni disciplinari in caso di violazione».

²³⁶ Il testo dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), ord. pen. è il seguente: «I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al comma 2 prevede: (...) f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti [e cuocere cibi]».

«superflua ed ultronea»²³⁷ – elenca una serie di misure specifiche²³⁸ costituenti il contenuto tipico e necessario del regime di cui all'art. 41-*bis*.

A seguito della pronuncia in oggetto²³⁹ torna in auge il delicato tema della tutela dei diritti fondamentali di coloro nei cui confronti, «a causa di gravi situazioni di emergenza», non possono trovare applicazione le «normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati»; si tratta di casi eccezionali²⁴⁰ in relazione ai quali il regime

²³⁷ F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità `a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41-bis ord. Pen.*, in *Osservatorio del processo penale*, 4-5/ 2009, pp. 80 ss.

²³⁸ Le misure possono così essere riassunte: al fine di prevenire qualsivoglia tipo di contatto – tanto con soggetti appartenenti alla medesima organizzazione criminale (che siano anch'essi detenuti o meno) – quanto con altri appartenenti ad una contrapposta associazione, la lettera *a*) prevede l'adozione di misure di «elevata sicurezza interna ed esterna».

La lettera *b*) prescrive una serie di misure volte determinare le modalità attraverso le quali possono svolgersi i colloqui, sia con i familiari sia con il difensore del detenuto. In ossequio alle lettere seguenti *c*), *d*) ed *e*) sono, altresì, soggette a limitazioni eventuali somme, beni ed oggetti provenienti dall'esterno; è del tutto esclusa la possibilità di rappresentanza a favore di detenuti ed internati; infine, è sottoposta a censura l'eventuale corrispondenza tranne quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

²³⁹ Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 ottobre 2018.

²⁴⁰ L'art. 41-*bis* ord. pen., rubricato «*Situazioni di emergenza*», distingue al primo comma: «i casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, [nei quali] il ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto»; mentre al secondo comma quelli sussistenti «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis*, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto

penitenziario comune non è ritenuto sufficientemente adeguato, dovendo ricorrersi ad un trattamento penitenziario più rigido, tale da assicurare, tra l'altro, una recisione netta dei rapporti tra il condannato e gli appartenenti ad associazioni criminali in stato di libertà.

La disciplina concernente il trattamento penitenziario dei detenuti sottoposti al cd. “carcere duro” – termine, questo, non appropriato secondo il Garante nazionale dei diritti dei detenuti e sulla cui compatibilità con alcuni principi costituzionali la dottrina si è spesso interrogata²⁴¹ – è abbastanza articolata, integrata da circolari ministeriali che disciplinano in dettaglio specifici profili²⁴², modificata da successivi interventi legislativi²⁴³ (spesso sollecitati

con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente».

²⁴¹ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, p. 306.

²⁴² Per quanto riguarda specificamente il «divieto di cuocere cibi» la circ. dap. n. 0286202 del 4 agosto 2009, apportando modifiche alla circ. n. 3592-6042 del 9 ottobre 2003 (emanata sulla scorta di quanto stabilito dalla legge n. 279 del 2002), al punto *m*) («sopravvitto e uso dei fornelli personali») fa divieto ai detenuti sottoposti a questo regime di ricevere dall'esterno e di acquistare al sopravvitto generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura, nonché utilizzare fornelli personali (salvo che per riscaldare liquidi e cibi già cotti e per la preparazione di bevande). Sul punto si rinvia a C. RENOLDI, *Commento all'art. 9*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 114 ss., D. VERRINA, *Commento all'art. 9*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 129 ss.

²⁴³ L'articolo è stato introdotto dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663, modificato dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356, (che ha inserito il comma 2), dalla l. 7 gennaio 1998 n. 11 (che ha inserito il comma 2-bis), dalla l. 23 dicembre 2002 n. 279 e dalla l. 15 luglio 2009 n. 49. Per un approfondimento si rinvia a L. CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 442 ss.

dalla stessa Corte costituzionale) e non immune, tra l'altro, dall'intervento degli organi giurisdizionali europei²⁴⁴.

Il nocciolo della questione è rappresentato, in modo particolare, dalla necessità di assicurare l'esercizio dei diritti fondamentali dei detenuti, i quali, seppur privi della libertà personale, restano sempre titolari di diritti incompressibili²⁴⁵, assicurando che il regime – che per ovvie ragioni è più rigido e severo rispetto a quello comune – non travalichi l'insuperabile confine che separa la natura punitiva della pena dal trattamento disumano²⁴⁶.

Occorre anticipare sin d'ora che, nel silenzio dei lavori preparatori della l. n. 94/2009, la *ratio* che ha portato all'introduzione del divieto di cottura dei cibi, era stata ricondotta alla necessità di contrastare l'eventuale crescita di potere e prestigio criminale del detenuto all'interno del carcere²⁴⁷. In proposito, la Corte costituzionale²⁴⁸ ha, da tempo, chiarito che, relativamente a tale

²⁴⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, (ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Per un approfondimento si rinvia a P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in L. CONTI, M. MARANDOLA e G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 101.

²⁴⁵ Corte cost. sent. n. 212/1997.

²⁴⁶ Nel nostro ordinamento la funzione punitiva – inflitta sul presupposto della colpevolezza – si accompagna, e quindi si aggiunge, a quella preventiva. Ragioni di ordine storico-sociale, infatti, hanno portato il legislatore, sin dal 1930, ad introdurre nel codice Rocco il sistema del cd. doppio binario, un sistema cioè, che ruotasse, contestualmente, attorno ai poli della prevenzione generale (affidata appunto alla pena) e speciale (diretta a neutralizzare la pericolosità del reo attraverso specifiche misure di sicurezza). Per un approfondimento sul punto si rinvia a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2014, p. 698 ss.

²⁴⁷ Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

²⁴⁸ Corte cost. sent. n. 376/1997, sent. n. 351/1996 e sent. n. 349/1993.

aspetto, non sono giustificabili quelle misure non riconducibili alle esigenze citate, in quanto palesemente inidonee o incongrue rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato²⁴⁹. Seppur nella loro rigidità, infatti, le misure non devono essere tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena²⁵⁰ o, peggio ancora, violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (profili individuati nell'art. 27, terzo comma, Cost. su cui a breve si tornerà).

Il divieto, di cui oggi si discute, non era inizialmente inserito in fonti di livello primario e non compare neppure nella l. 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* l. 26 luglio 1975, n. 354), la quale, disciplinando in modo analitico il regime di detenzione speciale, ha tipizzato le limitazioni che possono essere imposte dal Ministro della giustizia al fine di contenere la pericolosità dei singoli destinatari della misura. Il divieto di cottura dei cibi assume veste legislativa solo con la legge n. 94 del 2009 che inserisce definitivamente il divieto alla lettera f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*.

Per quanto poi riguarda le specifiche misure restrittive di cui la lettera f), la cui conformità a Costituzione è stata esaminata dalla Corte con la decisione qui commentata, si prevede l'adozione di

²⁴⁹ Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁰ Corte cost. sent. n. 149/2018.

misure di «*elevata sicurezza interna ed esterna*», predisposte al fine 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*» di cui alla lettera a).

5.2 Le ragioni poste a fondamento della decisione della Corte costituzionale.

Anche la sentenza n. 186 del 2018 rappresenta l'ennesima occasione per individuare gli elementi che, secondo la Corte costituzionale, assurgono a “funzione” e “limite” dell'art. 41-*bis* ord. pen.

Per quanto concerne la funzione, come è già stato illustrato nella prima parte, vale la pena ribadire come questa sia individuata nella necessità di contenere il più possibile la pericolosità del reo (anche all'esterno dell'istituto penitenziario) e di rescindere tutte le (anche potenziali) forme di collegamento tra i detenuti e gli appartenenti alle associazioni criminose che si trovino in stato di libertà. I limiti, invece, riguardano due profili principali: la congruità e la funzione rieducativa della pena²⁵¹.

²⁵¹ G. ALBERTI, *op. cit.*

Le argomentazioni della Corte costituzionale che si pongono alla base della pronuncia possono essere riassunte nei seguenti termini. La *ratio* del divieto di cuocere cibi è evitare che il detenuto acquisisca potere e prestigio criminale all'interno del carcere ma tale divieto risulta incongruo²⁵² rispetto alla finalità e alle esigenze di prevenzione di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. posto che una posizione di privilegio correlata al possesso dei generi alimentari potrebbe derivare anche da cibi crudi²⁵³ (seppur di lusso) che non necessitano di cottura.

Rileva ancora la Corte costituzionale come l'assunzione di una posizione di potere possa essere scongiurata anche attraverso altre disposizioni normative tanto ordinarie quanto speciali (ad esempio attraverso l'applicazione della lett. c) dell'art. 41-*bis* ord. pen.).

La Corte, infine, non ravvisa particolari esigenze di ordine e sicurezza che giustificano il divieto di cuocere cibi quali, ad esempio, evitare contatti tra il detenuto e le imprese presso cui acquista generi alimentari e la potenziale pericolosità degli utensili necessari alla cottura dei cibi²⁵⁴.

Per quanto riguarda più da vicino i termini della questione e, in particolare, la violazione dell'art. 3 Cost., la disposizione

²⁵² Corte cost., sentenza n. 186 del 2018, in part. p. 3.1 del "*Ritenuto in fatto*".

²⁵³ Argomentazione richiamata anche da G. P. DOLSO, *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 186 del 2018, in part. p. 4.4 del "*Considerato in diritto*".

censurata avrebbe determinato una disparità di trattamento – secondo alcuni «ai limiti della follia»²⁵⁵ – tra i detenuti “comuni” (ai quali il divieto non si applica) e quelli soggetti al trattamento differenziato, non giustificata dalle esigenze poste a base dell’imposizione del regime differenziato.

In primo luogo, infatti, se le limitazioni previste devono essere interpretate anche in termini teleologici²⁵⁶, occorre osservare come nessuna discriminazione sia prevista né tra i principi cardine dell’ordinamento speciale²⁵⁷, né, tanto meno, dalle disposizioni che, nello specifico, si occupano del regime alimentare dei detenuti²⁵⁸.

In secondo luogo, le ragioni che giustificano l’applicazione del trattamento *ex art. 41-bis* sono da ricercarsi nella necessità, per un verso, di soddisfare²⁵⁹ «le esigenze di ordine pubblico e sicurezza» e, per altro²⁶⁰, di «impedire collegamenti con l’associazione criminale di riferimento»²⁶¹, escluse le quali, il divieto di cuocere cibi

²⁵⁵ N. MANI, *A proposito di diritti umani. Ci salvi il Giudice Costituzionale dalla disumana inutilità del divieto di cuocere cibi per il detenuto in regime di 41-bis*, in *Archivio Penale*, 2/2017, p. 718.

²⁵⁶ F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell’intervento novellistico sull’art. 41 bis ord. Pen.*, in *Osservatorio del processo penale*, 4-5/2009, p. 80 ss.

²⁵⁷ Articoli 1 e 3 ord. pen.: il trattamento, seppur differenziato, deve comunque essere «improntato ad assoluta imparzialità» ed assicurare da un lato «il rispetto della dignità della persona» e, dall’altro, la «parità di condizioni di vita».

²⁵⁸ L’art. 9 ord. pen, comma 1, senza indicare un eventuale trattamento diseguale riservato ai detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 41-bis, né specifiche modalità di preparazione del cibo, così dispone: «Ai detenuti e agli internati è assicurata un’alimentazione sana e sufficiente, adeguata all’età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima».

²⁵⁹ Art. 41-bis comma 1 ord. pen.

²⁶⁰ Art. 41-bis comma 2 ord. pen.

²⁶¹ Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare p. 3 del *Considerato di diritto*.

acquisterebbe un carattere puramente affittivo e vessatorio²⁶², «non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»²⁶³.

La vocazione dichiarata dalla recente attività legislativa è stata, infatti, quella di rendere ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza²⁶⁴.

A nulla varrebbe, inoltre, il parallelismo azzardato dalla difesa statale, al fine di contestare tali argomentazioni, tra il censurato divieto e quello – legittimo – di «ricevere e detenere capi d'abbigliamento ad accessori particolarmente costosi di tipo lussuoso»²⁶⁵, giustificato, a parere dell'Avvocatura, dalla medesima *ratio* cui entrambi i divieti sottenderebbero, ossia quella di «affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto nei confronti di chi utilizza le regole del trattamento penitenziario al fine di mantenere all'interno del carcere, il proprio prestigio o carisma criminale e aggregare consenso traducibile in termini di potenzialità offensive criminali».

²⁶² Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare p. 3.5 del *Considerato in diritto*.

²⁶³ Corte cost. sent. n. 351/1996.

²⁶⁴ C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., p. 402.

²⁶⁵ Corte cass. I sez. pen., n. 42605/2013.

La Corte ha condiviso queste ragioni ma solo in parte. Secondo il proprio convincimento, infatti, «eventuali manifestazioni all'interno del carcere di forme di "potere" dei detenuti più forti o più facoltosi deve perseguirsi attraverso l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario», tuttavia, «non potrebbe considerarsi legittimo l'impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti»²⁶⁶. A ciò si aggiunga, infine, che il regime differenziato rende improbabile il possesso da parte del detenuto di generi alimentari "pregiati", tali da distinguere la sua posizione all'interno del "gruppo di socialità" entro il quale al detenuto è concesso di convivere.

Si diceva poc'anzi che nel comma 3 dell'art. 27 Cost. il Costituente ha inteso cristallizzare due caratteristiche ben precise delle pene, le quali per un verso «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» e, per altro, «devono tendere alla rieducazione del condannato».

Orbene, il divieto di cui si discute parrebbe violare la disposizione tanto nell'uno quanto nell'altro verso: per quanto attiene al senso di umanità, infatti, essendo pacificamente esclusa qualsiasi

²⁶⁶ Corte cost. sent. n. 351/1996.

forma di collegamento con l'esterno (condizione che, per converso, ne avrebbe potuto giustificare l'imposizione), il divieto rappresenterebbe una restrizione puramente afflittiva e gratuita²⁶⁷. La temuta "contaminazione" (dall'esterno verso l'interno e viceversa) è, infatti, esclusa poiché i cibi sarebbero comunque acquistati dall'amministrazione penitenziaria e, dunque, non proveniente né da conoscenti né, tanto meno, da familiari.

Inoltre, sebbene non esista alcun "diritto fondamentale a cuocere cibi" nella propria cella, accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, «tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà individuale del detenuto»²⁶⁸, rappresenterebbe una modalità «umile e dignitosa» per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno per tutto il «tempo della detenzione che, altrimenti, trascorre(rebbe) in sovrana solitudine»²⁶⁹.

Alla luce di tali considerazioni, il divieto configura una misura vessatoria e, pertanto, lesiva di quel senso di umanità che, per volere dei Padri costituenti, rappresenta uno degli elementi cardine della pena.

Per quanto riguarda, poi, il secondo aspetto, occorre sottolineare che il regime di cui all'art. 41-*bis*, sin dalla sua

²⁶⁷ F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41 bis ord. pen.*, cit., p. 80 ss.

²⁶⁸ In tal senso anche Corte cost. sent. n. 349/1993, sent. n. 20/2017 e sent. n. 122/2017.

²⁶⁹ Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare p. 4.5 del *Considerato in diritto*.

introduzione, a causa della rigidità che lo ha sempre contraddistinto, pareva vanificare la filosofia della rieducazione che, nel precedente periodo, aveva incoraggiato l'approvazione della legge Gozzini²⁷⁰. Eppure, tanto nell'idea del legislatore, quanto poi nella concretezza della giurisprudenza costituzionale, ha continuato ad affermarsi l'idea secondo la quale l'applicazione del regime di rigore non deve comportare «la soppressione o la sospensione delle attività di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 ord. pen.²⁷¹, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative e sportive di altro genere, volte alla realizzazione della personalità»²⁷² che nel loro complesso, favoriscono la rieducazione del detenuto²⁷³.

Si diceva ancora che un ulteriore obiettivo perseguito dalla norma è evitare che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà e, così facendo, mantenere il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa²⁷⁴, impedendo quei collegamenti che, in situazioni ordinarie, l'ordinamento penitenziario favorisce quali strumenti di reinserimento sociale²⁷⁵.

²⁷⁰ Legge 10 ottobre 1986, n. 663.

²⁷¹ Art. 13 ord. pen.

²⁷² Corte cost. sent. n. 212/1997.

²⁷³ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., p. 306.

²⁷⁴ Corte cost. sent. n. 143/2013.

²⁷⁵ Sent. n. 376/1997, ord. n. 417/2004 e ord. n. 192/1998.

La norma non distingue tra collegamenti con la stessa o con diverse associazioni, ma, ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen., si riferisce genericamente ai «collegamenti con un'associazione criminale», comprendendo in questo modo i contatti tra affiliati tanto *inter* quanto *extra* associazione. L'indeterminatezza dell'articolo pare dunque favorire un'interpretazione estensiva che risulta essere stata condivisa anche dai giudici di legittimità²⁷⁶. Sebbene la lettera *f*) indichi specificamente i «detenuti appartenenti a *diversi* gruppi di socialità» (corsivo aggiunto), la Corte di cassazione ha, infatti, rigettato il ricorso di un detenuto, sottoposto al regime detentivo speciale, al quale l'amministrazione penitenziaria aveva vietato di scambiare generi alimentari con un altro detenuto, appartenente al *medesimo* gruppo di socialità²⁷⁷. In questo caso, secondo il ricorrente il divieto era da considerarsi illegittimo poiché, a rigore, la previsione normativa avrebbe dovuto ritenersi riferita solo a detenuti appartenenti a *diversi* gruppi. La decisione della cassazione non opera, per converso, alcuna discriminazione, vietando collegamenti e/o contatti con le associazioni criminali *tout court*.

²⁷⁶ Cass. pen. sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977.

²⁷⁷ A. DELLA BELLA, *Regime detentivo speciale - per la cassazione i detenuti in "41-bis" non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto da sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1689.

5.3 Lo Stato portatore di un “obbligo alimentare” nei confronti dei detenuti.

La violazione dell'art. 32 Cost., infine, sarebbe determinata dalle particolari condizioni di salute in cui versa il detenuto. La possibilità di prepararsi liberamente e autonomamente cibi che richiedono la cottura consentirebbe, secondo la tesi sostenuta dal giudice *a quo*, al detenuto di variare la dieta alimentare nei termini che lo stesso ritenga più idonei alle proprie condizioni di salute²⁷⁸. Secondo l'Avvocatura, invece, nessun diritto fondamentale risulterebbe in tal senso leso poiché, ai sensi dell'art. 13 D.P.R. n. 230 del 2000, qualora vi fossero necessità tali da giustificare l'impiego, l'utilizzo del fornello potrebbe essere concepito «in via eccezionale e per esigenze marginali»²⁷⁹.

La pronuncia non si occupa di tale aspetto essendo la questione assorbita dalla decisione di accoglimento sotto altri profili, tuttavia, è opportuno sottolineare come l'ordinamento non si sia disinteressato di questo aspetto; infatti, proprio al fine di tutelare e garantire il diritto alla salute dei detenuti, su proposta del medico competente, è prevista la possibilità di modificare il vitto²⁸⁰.

²⁷⁸ In tema di alimentazione dei detenuti si veda anche A. GASPARRE, *L'alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41-bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 gennaio 2014.

²⁷⁹ Corte cost. sent. n. 186/2018, in particolare p. 4.5 del *Ritenuto in fatto*.

²⁸⁰ Circolare n. 686040 del 7 aprile 1988 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della giustizia.

Il tema dell'alimentazione²⁸¹, collegato al diritto alla salute, presenta una sua particolare delicatezza e risulta specificamente disciplinato dall'art. 9 ord. pen. Ai sensi del primo comma della citata disposizione è riconosciuto ai detenuti il diritto a ricevere «un'alimentazione sana e sufficiente, adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione e al clima» (parametri ai quali deve essere rapportata l'adeguatezza qualitativa e quantitativa del regime alimentare e che coincidono in parte con quelli stabiliti dall'art. 22 reg. pen. eur.: età, sesso, stato di salute e lavoro).

La concreta determinazione della quantità e della qualità del cibo che quotidianamente deve essere distribuito a ciascun detenuto è effettuata mediante apposite tabelle «approvate con decreto ministeriale» (comma 4)²⁸². L'attuazione di tale diritto ricade sull'amministrazione ma, al fine di controllare l'applicazione delle tabelle e la preparazione del cibo, sono istituite rappresentanze (composte da tre persone prescelte – con una rotazione mensile –

²⁸¹ In tema di alimentazione dei detenuti ex art. 41-bis, si segnala anche Cass. pen., Sez. I, sent. n. 41474/2013, in quel caso il detenuto lamentava il divieto imposto dalla casa circondariale dove era ristretto a ricevere vitto vegetariano (oltre l'ingresso di un maestro buddista zen), sulla questione si rinvia a A. GASPARRE, *L'alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41 bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*, cit.

²⁸² Da ultimo, la Circolare n. 3676/616 del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, sollecitato anche dal Garante dei diritti dei detenuti, ha previsto il cd. "Modello 72" contenente la puntuale elencazione di «generi alimentari, bevande, medicinali e vari articolari, concessi in regime di sopravvitto, ai detenuti sottoposti al regime». Per un approfondimento si rinvia a V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena, brevi note a margine della circolare dap n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 novembre 2017.

mediante sorteggio) di detenuti e di internati (comma 6) autorizzate a presentare osservazioni al direttore²⁸³. Il regime poi muta a seconda che riguardi detenuti semplici ovvero speciali²⁸⁴.

La possibilità di cucinare all'interno della cella si collega, infine, ad un ulteriore profilo che, al fine esclusivo di garantire l'incolumità del detenuto, potrebbe sì giustificare l'imposizione del divieto oggi censurato. Posto che l'art. 13, comma 4, reg. esec. consente la detenzione di fornelli personali al solo fine di riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento²⁸⁵, l'utilizzo più improprio e pericoloso di questi apparecchi è rappresentato dall'inalazione volontaria del gas racchiuso nelle bombolette destinate alla loro alimentazione, un'abitudine generalmente diffusa tra la popolazione dei detenuti o come surrogati di sostanze stupefacenti ovvero allo scopo di tentare il suicidio.

Al fine di scongiurare questo pericolo il legislatore ha comunque stabilito nella norma seguente, l'art. 14, comma 2, reg. esec., che possono essere «previste ed applicate delle limitazioni, per motivate esigenze di sicurezza, ai generi e agli oggetti dei quali è consentito il possesso, l'acquisto e la ricezione, anche in relazione

²⁸³ D.P.R. n. 230 del 2000, art. 12 comma 5.

²⁸⁴ S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma, 2016, p. 66.

²⁸⁵ Circolare n. 286202 del 4 agosto 2009.

alla differenziazione del regime detentivo conseguente all'applicazione degli artt. 14-*bis*, 41-*bis* e 64 ord. pen.».

Alla luce delle considerazioni sopra illustrate è possibile affermare come la tutela dei diritti dei detenuti rappresenti un tema, oltre che attuale, estremamente delicato, nei confronti del quale il legislatore è chiamato ad effettuare un'ardua operazione di bilanciamento tra esigenze contrapposte ma, al contempo, meritevoli in egual misura della massima attenzione: da un lato, infatti, si schierano i diritti di soggetti che, prima ancora che *detenuti* sono *persone* e per i quali, nonostante i crimini commessi, ai fini dell'esercizio dei propri diritti fondamentali, la qualificazione penale non dovrebbe mai anteporsi a quella umana; dall'altro lato, però, non meno rilevante è la necessità di affermare con forza l'autorità dello Stato di diritto, sia in termini punitivi nei confronti di tutti coloro che assumono atteggiamenti *contra legem*, sia in termini di protezione verso i propri cittadini, i quali, si aspettano di ricevere da uno Stato quasi "paternalista" la massima tutela.

La decisione di dichiarare illegittimo il divieto di cuocere cibi pare muovere nella direzione di un ampliamento della tutela dei diritti dei detenuti, facendo venir meno un'imposizione che, non trovando alcun fondamento né nella necessità di rafforzare l'autorità dello Stato né, tanto meno, in termini di sicurezza per i cittadini, era

esclusivamente lesiva della situazione già abbastanza difficile dei detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis*.

In definitiva, ciò che si auspica è un regime penitenziario semplicemente proporzionato al delitto commesso, senza atteggiamenti caritatevoli o, peggio ancora, indulgenti nei confronti di chi si è macchiato di crimini particolarmente offensivi ma, al contempo, senza corredare la pena con ulteriori misure afflittive *sic et simpliciter*, le quali, non renderebbero il trattamento penitenziario maggiormente “ri-educativo”, ma servirebbero solo a collocare la pena oltre i limiti costituzionali.

Occorre, pertanto, agire, tanto *ex ante* in sede legislativa, quanto eventualmente *ex post* in sede giurisdizionale, al fine di scongiurare situazioni illogiche e/o paradossali, generate dalla pura volontà di non creare situazioni discriminatorie ovvero di porre fine ad altre già esistenti.

6 IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE

Prima di occuparci, nello specifico, del diritto all'informazione per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. e di come i riflessi che da esso si irradiano lo rendano idoneo ad essere declinato nelle forme di un diritto fondamentale, una breve introduzione al tema in generale non appare fuori luogo.

Secondo Vincenzo Zeno Zencovich «*tutto è informazione*»²⁸⁶. Tale definizione è pienamente calzante e compatibile con un contesto socio-culturale nel quale tende a svilupparsi, in maniera progressiva, la cd. società dell'informazione.

Le prime tracce dell'importanza di una comunità volta alla conoscenza si rintracciano, in realtà, già nel 1969 quando Alain Touraine, ha, per la prima volta, coniato il termine di “società post-industriale”.

La libertà di espressione ha carattere fondamentale in quanto “pietra angolare dell'ordinamento democratico”²⁸⁷.

Il diritto di informazione si ricollega, infatti, con il concetto stesso di democrazia e con «i principi fondanti della forma di Stato delineati dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi

²⁸⁶ V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *Enciclopedia Italiana, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009, p. 301.

²⁸⁷ Corte cost. sent. n. 84 del 1969, in particolare p. 5 del *Considerato in diritto*.

attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale»²⁸⁸.

Sebbene, dunque, in astratto non ci siano particolari dubbi circa la rilevanza di tale modalità attraverso la quale è possibile acquisire conoscenze, in concreto, da un punto di vista giuridico, non è dato rinvenire una precisa disposizione normativa che dia atto della sua positivizzazione nell'ordinamento.

Il suo riconoscimento è, piuttosto, evincibile da una interpretazione estensiva del contenuto delle norme che si occupano di argomenti che si trovano *a latere* della questione.

Si fa riferimento all'art. 21 Cost. ove il diritto di informazione si manifesta come estrinsecazione della libera manifestazione del pensiero²⁸⁹.

A livello sovranazionale il quadro normativo è per certi versi diverso poiché le Carte europee ed internazionali dei diritti si occupano *specificamente ma non esclusivamente* del diritto di informazione. L'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo attribuisce ad ogni individuo il diritto alla libertà di opinione (intesa anche come l'astensione da parte degli altri per l'esercizio della stessa) e di espressione.

²⁸⁸ Corte cost. sent. N. 112 del 1993, in particolare p. 7 del *Considerato in diritto* in cui la Corte enuclea i requisiti del diritto di informazione. Sempre sul collegamento con la democrazia: Corte cost. sentt. n. 122 del 1970; n. 105 del 1972; n.1 del 1981; n. 194 del 1987.

²⁸⁹ I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit., p. 275.

Nell'ambito di tale formulazione, il legislatore europeo include il diritto di *cercare, ricevere e diffondere informazioni* e idee, attraverso qualsiasi mezzo e al di là di confini extra territoriali.

Una disposizione analoga è, altresì, prevista nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 10 CEDU è rubricato "Libertà di espressione". Il comma 1 disciplina, nella sua prima parte, il diritto come espresso in rubrica ma, subito dopo, specifica che nel termine "espressione" occorre includere tanto la libertà d'opinione quanto quella di ricevere ovvero anche di comunicare *informazioni o idee* (...). L'art. 11 della Carta di Nizza, invece, esplicita chiaramente già nella sua rubrica come la disposizione si riferisca alla libertà tanto di espressione quanto di informazione.

Alla luce delle disposizioni appena citate è possibile individuare un elemento caratterizzante il diritto di informazione che si può racchiudere nel concetto di poliformismo.

Lungi dall'extrapolazione di una definizione unitaria, infatti, la dottrina, e con essa anche la giurisprudenza²⁹⁰, si è espressa nel senso

²⁹⁰ Già a partire dagli anni 70 la Corte costituzionale ha offerto una lettura estensiva dell'art. 21 Cost. individuando nel diritto all'informazione il profilo implicito della libertà di manifestazione del pensiero. Il diritto all'informazione, sulla base dello stretto nesso funzionale

di ritenere più corretto declinare il diritto informazione, per un verso, nel diritto *di* informare e, per altro, nel diritto *all'*informazione.

Il diritto di informare si realizza in senso attivo ed è destinato a tutelare tutti coloro i quali si trovino ad operare nel sistema dei *mass-media*; il diritto all'informazione, per converso, è da intendersi in senso passivo come il diritto riconosciuto a ciascun individuo di ricevere e di cercare informazioni. Come si vedrà più avanti, tale ultima accezione assume un significato particolarmente rilevante nell'ambito del diritto all'informazione dei detenuti che per costoro sarebbe meglio esprimere come diritto ad *accedere* alle informazioni.

Altra, e più risalente nel tempo, duplice declinazione attribuita alla nozione del diritto di informazione è quella che scinde la libertà di informazione “in senso lato” e “in senso stretto” alludendo, con la prima espressione al «duplice ordine di situazioni soggettive connesso sia alla attività acquisitiva di conoscenze (l'informarsi) sia

esistente tra l'informare e l'informarsi, rappresenterebbe l'altra faccia della stessa medaglia: un “interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'art. 21 alla informazione; il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”, Corte cost. sent. n. 105 del 1972, in particolare p. 4 *Cons. in diritto*.

L'esistenza di un vero e proprio diritto all'informazione da parte della Corte costituzionale è stata riconosciuta nella sent. n. 153 del 1987, connotandolo dell'attributo di “inviolabilità” ai sensi dell'art. 2 Cost. nella sent. n. 112 del 1993 nella quale, oltre ad affermare che la libertà di manifestazione del pensiero “ricomprende tanto il diritto alla informazione quanto il diritto ad essere informati”, specifica che l'articolo 21 Cost. “colloca la predetta libertà tra i valori primari, assistiti dalla clausola dell'inviolabilità, i quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto”.

al comportamento attivo di espressione (l'informare)»²⁹¹; la seconda, invece, ricomprende solo l'accezione attiva ovvero il diritto all'informazione.

Come si anticipava, il diritto all'informazione (inteso in senso passivo) è estrapolabile da una lettura estensiva della disposizione di cui all'art. 21 Cost. che, per converso, riconosce il diritto di informazione (in senso attivo) quale mera estrinsecazione della libera manifestazione del pensiero.

La norma costituzionale rappresenterebbe una “cerniera tra il diritto individuale e l'interesse generale della collettività all'informazione”²⁹².

²⁹¹ A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 472.

²⁹² I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere*, cit., p. 277.

6.1 Il diritto di informazione in ambito penitenziario.

Il diritto di informazione assume un ruolo fondamentale anche all'interno degli istituti penitenziari poiché rappresenta, fra gli altri, una modalità attraverso la quale favorire una forma di rieducazione e risocializzazione del condannato.

Alla luce del fondamento costituzionale dei diritti coinvolti neppure la detenzione rappresenta uno *status* idoneo ad inficiare la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive che, dunque, restano le medesime anche per i soggetti detenuti rispetto a quelle che l'ordinamento riconosce alle persone libere, salvo che non siano incompatibili per questioni oggettive con il suddetto stato detentivo²⁹³.

Tale orientamento trova conferma anche a livello sovranazionale laddove l'art. 5 regolamento penitenziario europeo stabilisce come «la vita in carcere deve essere il più vicino possibile agli aspetti positivi della vita della società libera».

Gli strumenti attraverso i quali l'uomo può sviluppare la propria personalità e accrescere il bagaglio culturale sono numerosi²⁹⁴, eppure, sulla scorta delle disposizioni contenute nella normativa vigente e, in particolar modo, della regolamentazione che

²⁹³ Corte cost. sent. n. 349 del 1993; sent. n. 212 del 1997; sent. n. 26 del 1999; sent. n. 301 del 2012; sent. n. 143 del 2013.

²⁹⁴ C. TOMBA, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit., p. 91.

l'Amministrazione ha previsto in talune specifiche circolari, le mura che perimetrano il luogo di detenzione rischiano di diventare un limite fisico per la conoscenza dei soggetti detenuti.

I particolari vincoli cui questi sono sottoposti, infatti, difficilmente consentono loro di accedere a testate giornalistiche o strumenti di comunicazione in generale al pari di qualsiasi altro soggetto non sottoposto a misure di restrizione.

La disciplina del diritto all'informazione trova il proprio fondamento normativo sia nella legge n. 354/1975 sia nel regolamento d'esecuzione, D.P.R. n. 230/2000.

La tutela *ivi* garantita ha subito nel tempo una progressiva evoluzione, come dimostrano le vigenti disposizioni di cui all'art. 18 ord. pen. e 37 ss. Reg. esec. le quali disciplinano i colloqui, la corrispondenza e l'accesso ai mezzi di informazione in modo tale da capovolgere le restrizioni e gli aspetti più illiberali del Regolamento del 1931.

Gli istituti messi a disposizione dall'ordinamento penitenziario al fine di garantire un contatto con il mondo esterno appena citati sono stati definiti come strumenti «essenziali per contrastare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare e

dal proprio contesto sociale» e sono stati affiancati dal legislatore del 1975 alla consolidata triade «istruzione, lavoro e religione»²⁹⁵.

I contatti con questi “luoghi” sono stati definiti una sorta di “biglietto da visita”²⁹⁶ idoneo a fornire una immediata caratterizzazione della legge penitenziaria.

L’art. 18, co. 6, della l. n. 354 del 1975 autorizza i soggetti detenuti e internati a tenere presso di sé quotidiani, periodici e libri che siano liberamente venduti all’esterno del carcere, oltre alla possibilità loro concessa di avvalersi di altri mezzi di informazione.

In via del tutto preliminare occorre sottolineare come la normativa non faccia alcun cenno alla “commercializzazione” delle pubblicazioni ma si esprima solo in termini di liceità di queste ultime. Da ciò consegue la possibilità di accesso all’interno degli istituti penitenziari anche delle pubblicazioni distribuite gratuitamente²⁹⁷.

L’unico limite previsto dal legislatore nella disciplina vigente, allargando un po’ le maglie rispetto a quella precedente, affinché l’informazione possa circolare all’interno del carcere, è rappresentato dalla «libera vendita all’esterno».

²⁹⁵ M. RUARO, C. SANTINELLI, *Art. 18 Colloqui, corrispondenza e informazione*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 232.

²⁹⁶ F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Enc. dir. Ann.*, II, T. 2, p. 799 ss.

²⁹⁷ In tal senso anche la giurisprudenza europea, vd. C. eur. *Mesut Yurtserver e altri c. Turchia*, 14946/2998 sent. 20 gennaio 2015.

Il Regolamento carcerario del 1931²⁹⁸, infatti, prevedeva una censura preventiva generalizzata. A titolo esemplificativo, la lettura di giornali politici e di quotidiani era sottoposta a vincoli particolarmente restrittivi attraverso l'eliminazione di articoli non ritenuti idonei alla consultazione dall'amministrazione.

Anche i giornali materialmente appresi dai detenuti durante i colloqui erano sottoposti a ferrei controlli all'esito dei quali il contenuto degli articoli (che riguardavano soprattutto processi in corso, disordini all'interno di qualche istituto penitenziario ovvero anche episodi di cronaca nera) risultava spesso travolto.

Elemento caratterizzante dell'art. 18 dell'ord. pen. è rappresentato proprio dalla eliminazione di qualsiasi forma di censura preventiva mostrandosi in ciò in linea con l'art. 21 Cost., tale che le eventuali limitazioni adottate dall'amministrazione possono essere esclusivamente sottese ad esigenze di ordine e di spazio o sicurezza²⁹⁹.

È stato notato come una generalizzata preclusione all'informazione si tradurrebbe in un «immotivato isolamento rispetto alla società libera»³⁰⁰ poiché l'informazione rappresenta un

²⁹⁸ R.D. 18 giugno 1931, n. 787, *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*.

²⁹⁹ Tale soluzione normativa che segna un'apertura rispetto alla disciplina previgente era già anticipata dalla circolare ministeriale 14/02/1970 n. 1862/3419 specificando come eventuali limitazioni potessero essere previste solo se giustificate da esigenze di ordine e di spazio.

³⁰⁰ C. SANTINELLI, *Art. 18 o.p.*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 230.

modo per continuare a mantenere un contatto con la realtà esterna tale che l'amministrazione penitenziaria deve impegnarsi nel «profondere ogni sforzo per ridurre, sin dai primissimi momenti di permanenza in carcere, il distacco tra il detenuto ed il mondo esterno»³⁰¹.

Il regolamento di esecuzione individua una serie di norme che disciplinano la possibilità di accedere alle biblioteche e le modalità di utilizzo dei nuovi strumenti tecnologici.

Come si avrà modo di approfondire più avanti, tale forma di “concessione” all'informazione (*rectius*, al mondo esterno) trova un fisiologico arresto nel caso in cui si discuta di soggetti detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. nei confronti dei quali una forma di recisione con la società rappresenta una peculiarità insita nel trattamento loro riservato.

6.2 La corretta declinazione del diritto di informazione in ambito penitenziario.

Dalla lettura delle norme speciali che si occupano del diritto di informazione per i soggetti detenuti emerge come il diritto di cui si discute sia declinato, soprattutto, in senso passivo, cioè come il diritto del singolo ad essere informato e a ricevere informazioni,

³⁰¹ Circolare DAP n. 0177644 del 2010.

piuttosto che (in senso attivo) come la libertà di informare e di diffondere il proprio pensiero.

Tale accezione sembra essere attribuita anche dalle Regole penitenziarie europee le quali consentono ai detenuti di «tenersi informati regolarmente degli avvenimenti pubblici abbonandosi e leggendo quotidiani, riviste ed altre pubblicazioni ed ascoltando la radio o vedendo trasmissioni televisive, a meno che non vi sia un divieto specifico imposto dall'autorità giudiziaria su un singolo caso per un periodo determinato»³⁰².

Il riconoscimento di tale univoca forma di informazione, giustificata da talune voci dalla necessità di rispettare le stringenti esigenze di sicurezza e controllo presenti in tale contesto, rischia di favorire forme di isolamento del detenuto oltre che celare una violazione dell'art. 21 Cost. come sopra illustrato.

Si pone, inoltre, in controtendenza rispetto alla sempre più ampia diffusione di redazioni giornalistiche all'interno delle carceri dove si curano riviste on line ovvero anche a stampa³⁰³.

³⁰² Art. 24, co. 10, Regole Penitenziarie Europee.

³⁰³ Il primo periodico realizzato all'interno di un carcere risale al 1950. In particolare, il primo periodico intramurario fu fondato all'interno dell'istituto penitenziario di Porto Azzurro sull'Isola d'Elba. Dal 1989 la rivista è stata denominata "La grande promessa" ed è pubblicato con cadenza mensile su supporto cartaceo ed informatico.

Gli scritti di letteratura all'interno del carcere, invece, risalgono a "Le mie prigioni" di Silvio Pellico pubblicate nel 1832 e ai "Quaderni del carcere" che Antonio Gramsci cominciò a scrivere nel febbraio del 1929 durante la sua prigionia nelle carceri fasciste.

Le prime riviste italiane specializzate risalgono, a partire dall'Unità di Italia, con la fondazione nel 1865 del periodico "*Effemeride* carceraria: ossia l'amministrazione delle carceri giudiziarie case e luoghi di pena".

Strettamente connesso con il diritto all'informazione è il diritto allo studio, parimenti riconosciuto ai detenuti.

Al fine di garantire che quest'ultimo sia esercitato in maniera continuativa e, quindi, proficua l'ordinamento consente ai detenuti (e agli internati) studenti di tenere presso di sé «libri, pubblicazioni e tutti gli strumenti didattici necessari allo studio»³⁰⁴.

Il direttore può, altresì, autorizzare l'utilizzo di «pc, lettori di nastri e di compact disc portatili» per motivi di studio (e anche di lavoro) nelle camere di pernottamento³⁰⁵, consentendo così l'utilizzo di questi anche nelle ore notturne.

Una speciale deroga alla disciplina appena illustrata era in passato prevista per i detenuti sottoposti al regime del cd. “carcere duro” nei confronti dei quali la possibilità di consultare libri, riviste, etc. non era offerta nei medesimi termini degli altri detenuti.

La circolare ministeriale n. 3676/6126, infatti, conteneva una disposizione secondo la quale ai soggetti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. era concesso di detenere nella cella un numero limitato di libri, in particolare, non più di quattro³⁰⁶.

Tale limite poteva essere ampliato, su richiesta dell'interessato, secondo le esigenze didattiche ed il prudente

³⁰⁴ Art. 44 Studi universitari “DPR 30 giugno 2000 n. 230 “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà”.

³⁰⁵ Art. 40 *Uso di apparecchi radio e di altri strumenti*

³⁰⁶ In passato la Circolare n. 8845 del 16 novembre 2011 fissava in cinque il numero di libri che potevano essere detenuti in cella.

apprezzamento della Direzione amministrativa, proprio per coloro che fossero iscritti a corsi scolastici o universitari.

Occorre sottolineare come la circolare citata sia stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale nell'ambito di un conflitto di attribuzione tra un Magistrato di sorveglianza e il Ministro della Giustizia³⁰⁷.

In questa occasione la Corte ha ritenuto di doverla disapplicare laddove il suo contenuto si fosse tradotto in una compressione del diritto all'informazione la quale, secondo le motivazioni allegate dall'Amministrazione nel giudizio principale, sarebbe suscettibile di compressione per i detenuti sottoposti al regime regolare dall'art. 41-*bis* ord. pen.

³⁰⁷ La circolare, in particolare, è stata disapplicata nella parte in cui imponeva lo spegnimento del televisore "non oltre le ore 24". Tale disposizione era ritenuta "non funzionale" alla *ratio* del regime speciale poiché non solo non risponde all'esigenza di evitare contatti con le organizzazioni criminali ma, di più, comprime il diritto all'informazione, Corte cost. sent. n. 46 del 2012.

6.3 L'accesso all'informazione dei detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. pen. e la sentenza n. 135 del 2013 della Corte costituzionale.

Il bilanciamento tra il diritto del singolo all'informazione e l'esigenza di sicurezza che consente la limitazione del diritto stesso si fa più stringente quando l'affermazione della libertà di informazione è reclamata da un soggetto detenuto sottoposto al regime speciale, molto più restrittivo, disciplinato dall'art. 41-bis dell'ord. pen.

Se per un verso, come finora è stato sostenuto, il diritto all'informazione trova la sua ragion d'essere – anche – nella necessità di garantire una forma di collegamento con la società e se, per altro, la *ratio* dell'istituto del cd. carcere duro è, proprio, la totale recisione del soggetto pericoloso con qualunque forma di contatto col mondo esterno, la possibilità di garantire il diritto all'informazione per coloro che sono sottoposti a tale regime parrebbe doversi ritenere esclusa *a priori*.

Occorre, tuttavia, sottolineare come «l'estensione e la portata dei diritti [anche] dei detenuti può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla

privazione della libertà personale, non compatibile con l'articolo 27, terzo comma, Cost.»³⁰⁸.

La legge penitenziaria consente ai detenuti e agli internati la possibilità di avvalersi, oltre al materiale stampato, di «altri mezzi di informazione» i quali possono essere forniti dalla stessa amministrazione ovvero essere anche di proprietà personale dei soggetti.

Nella realtà carceraria il mezzo di informazione più utilizzato è la televisione³⁰⁹. La disciplina sovranazionale stabilisce come il dovere da parte dall'Amministrazione penitenziaria di garantire una costante informazione degli avvenimenti pubblici possa essere assolto, tra gli altri mezzi di informazione previsti, vedendo trasmissioni televisive³¹⁰, in quanto autorizzato o controllato dall'amministrazione penitenziaria³¹¹.

Anche il diritto all'informazione, declinato nei termini di cui si è detto, è stato oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale la quale, nel caso specifico, è stata chiamata a risolvere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato³¹², in particolare tra Ministro

³⁰⁸ Corte cost. sent. n. 135 del 2013.

³⁰⁹ La Circolare DAP 5/12/2018 n. 03814970,20 consente la fruizione dei canali televisivi aperti del digitale terrestre a *tutta* la popolazione detentiva.

³¹⁰ Art. 24 co. 10 “Regolamento penitenziario europeo”.

³¹¹ Art. 63 “Regole delle Nazioni Unite sullo *standard* minimo per il trattamento dei prigionieri”, cd. Regolamento Mandela.

³¹² L'ordinanza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità del ricorso è l'ord. 7 marzo 2012, n. 46 per la quale si rinvia a M. GIALUZ, *Nota redazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

della giustizia ed il Magistrato di sorveglianza di Roma; nella sent. n. 135 del 2013 ha dichiarato che non spetta al Ministro disporre la non esecuzione di un provvedimento emesso da un Magistrato di sorveglianza all'esito di un procedimento giurisdizionale³¹³.

La vicenda sottoposta al vaglio della Corte costituzionale prende le mosse da un provvedimento emesso dal Direttore generale dei detenuti e del trattamento del DAP con il quale era stato ordinato al Direttore del carcere di Rebibbia di inibire ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. la visione di Rai sport e Rai storia.

Contro tale decisione era intervenuto un detenuto sollevando reclamo *ex art.* 69 e art. 14-*ter* ord. pen. al Magistrato di sorveglianza di Roma e chiedendo il ripristino della visione dei suddetti canali e di un altro canale, precedentemente oscurato (Mtv).

Il detenuto lamentava la lesione del proprio diritto all'informazione garantito dall'art. 18 ord. pen. e dall'art. 21 Cost.

Il Magistrato ha accolto il reclamo ponendo a base della propria decisione il fatto che il potere dell'Amministrazione penitenziaria di dettare prescrizioni limitative può essere esercitato solo nei limiti previsti dalla legge. In particolare, per i detenuti

³¹³ Per ulteriori approfondimenti sul contenuto della sentenza si rinvia a M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 4/2013 e, sempre dello stesso Autore *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti* in *Rivista AIC*, 3/2016.

sottoposti al regime speciale dell'art. 41-*bis*, rileva la disposizione contenuta nella lett. *a*), del co. 2-*quater* della citata norma per cui le restrizioni imposte devono essere necessariamente congrue rispetto all'obiettivo ultimo di prevenire contatti con l'esterno, in particolare con le organizzazioni criminali di appartenenza.

Sulla scorta di tale ragionamento, il Magistrato ha ritenuto ingiustificato il divieto di guardare le trasmissioni di Rai sport e Rai storia poiché la loro visione non era in grado di rappresentare un motivo di contatto con l'esterno mentre ha confermato il divieto di guardare il canale Mtv poiché questo consente ai telespettatori l'invio di sms durante le trasmissioni, lasciando aperta la possibilità di inviare comunicazioni ai detenuti in regime speciale.

Nonostante le decisioni appena illustrate, il Ministro della Giustizia, con provvedimento del 14 luglio 2011, ha ingiunto al Direttore del carcere di Rebibbia di non dare esecuzione al provvedimento giudiziale.

Il 3 aprile 2012 il Magistrato ha sollevato davanti alla Corte costituzionale il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sottolineando come la tutela dei diritti dei detenuti sarebbe rimasta priva di effettività qualora fosse stato riconosciuto all'Amministrazione penitenziaria il potere di non dare esecuzione ai provvedimenti emessi da un giudice a seguito di un procedimento giurisdizionale.

Secondo la Corte costituzionale «le decisioni del Magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14-*ter* ord. pen., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità»³¹⁴.

La decisione della Corte si pone in linea di continuità rispetto alla sentenza n. 190 del 2010³¹⁵ poiché, mentre nel 2010 la Corte ha individuato nel reclamo di cui all'art. 14-*ter* ord. pen. un valido «strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti»³¹⁶ al fine quindi di tutelare i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis* ord. pen., con la pronuncia del 2013 la Corte ne attribuisce effettività affermando il dovere del Ministro di Giustizia di dare esecuzione alle disposizioni dettate dal Magistrato di sorveglianza.

Anche a costoro deve essere riconosciuto l'esercizio dei diritti fondamentali nella misura più ampia possibile, in particolare ciò che rileva in questo caso è la compatibilità con le esigenze di ordine e sicurezza, le quali possono giustificare delle limitazioni all'esercizio del diritto in parola, senza mai poter sfociare nel travalicamento del

³¹⁴ Corte cost. sent. n. 135 del 2013, p. 4.2 Considerato in diritto.

³¹⁵ A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

³¹⁶ Corte cost. sent. n. 190 del 2010 e prima sent. n. 266 del 2009.

limite oltre il quale “la compressione si traduce nel completo sacrificio della situazione giuridica soggettiva considerata”³¹⁷.

6.4 La legittimità del divieto di ricevere libri e riviste per i detenuti sottoposti al regime speciale.

Strettamente connesso al diritto all’informazione – poiché inteso come un’ulteriore interpretazione attraverso la quale tale diritto è idoneo a declinarsi al fine di consentire al detenuto di restare in contatto col mondo esterno – è il diritto “alla corrispondenza”.

In modo particolare, l’aspetto sul quale si intende soffermarsi in questa sede concerne la possibilità di consultare libri e riviste per coloro che sono sottoposti al regime del carcere duro. Anche in questo caso la questione assume connotati problematici laddove i suddetti strumenti diventino veri e propri “mezzi di comunicazione” non solo fine a se stessi ma in quanto idonei a realizzare un ponte capace di creare un collegamento tra “*l’intraneus*” (per utilizzare una terminologia familiare al diritto penale), da un lato, e chi si trova all’esterno dell’istituto penitenziario, dall’altro.

Come si avrà modo di illustrare a breve, anche la tutela di tale diritto è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale la quale, tuttavia, in maniera opposta rispetto alle conclusioni cui era giunta in

³¹⁷ M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Consulta OnLine*, 2013, p. 8.

altre sentenze, si è espressa in termini tali da non consentire al detenuto di poter realizzare il proprio diritto fondamentale e che lo stesso lamentava essere leso dalla normativa vigente.

Sebbene la pronuncia non sia stata pienamente condivisa in dottrina per la conclusione raggiunta³¹⁸, le argomentazioni sostenute dalla Corte costituzionale in motivazione sono tali da scongiurare profili di incoerenza rispetto ad altre pronunce nelle quali è stato dato maggiore peso alla tutela e, quindi anche, alla piena realizzazione del diritto del quale si discuteva.

Ultimo aspetto da sottolineare in queste prime note introduttive è come l'interesse manifestato dalla dottrina verso taluni argomenti si sia tradotto anche nella capacità di "profetizzare" talune questioni la cui legittimità è stata poi sottoposta ad insindacabile giudizio della Corte costituzionale.

Ci si riferisce, in particolare, ad un precedente dibattito dottrinale nell'ambito del quale alcuni autori, particolarmente attenti

³¹⁸ In senso critico tanto sulle conclusioni quanto sulla tecnica decisoria adottata si veda 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 *Diritto penale contemporaneo*, 2017 e S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017, p. 7 ss.

Condivide, per converso, condivide le argomentazioni e le conclusioni cui approda la Corte costituzionale e ne illustra le ragioni, di ordine teorico e pratico, A. LONGO, «*Est modus in rebus*». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos*, 3/2017.

ai diritti dei detenuti, si erano già interrogati circa la legittimità del divieto di cui alla pronuncia³¹⁹.

La sentenza n. 122 del 2017³²⁰, oltre a rappresentare l'ennesima occasione per discutere dei diritti fondamentali dei detenuti – “diversamente uomini”³²¹ – sottoposti al regime particolarmente rigido dell'art. 41-*bis* ord. pen. e per riflettere circa i molteplici significati che la norma di cui si discute è in grado di assumere³²², ha suscitato in dottrina una serie di riflessioni per il rigetto “secco”³²³ della questione.

Per quanto concerne il merito della questione la Corte costituzionale si è pronunciata circa la legittimità del divieto di ricevere libri e riviste, in particolare però, fuori dai canali predisposti dall'amministrazione penitenziaria.

³¹⁹ 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. penale*, 2/2015, 842 ss.

³²⁰ La questione di costituzionalità origina dall'ordinanza di remissione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto, avente ad oggetto la legittimità dell'art. 41- *bis*, comma 2-*quater*, lettere a) e c), ord. pen., nella parte in cui – secondo il “diritto vivente” – «consente all'amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall'esterno e di spedire all'esterno libri e riviste a stampa». Il divieto inoltre risulta cristallizzato nella circolare DAP n. 8845 del 16 novembre 2011 le cui preclusioni sono state richiamate nell'ordinanza n. 108 del 2016. Per un commento sull'ordinanza si rinvia a R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro?*, *Considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale in materia di libri e 41-bis*, in *Questione Giustizia*, 2016.

³²¹ S. AMATO, *op. cit.* p. 24.

³²² S. AMATO, *Le limitazioni alla ricezione di libri, stampa e corrispondenza da parte del detenuto in regime di 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, p. 24 ss.

³²³ F. MANNELLA, *op. cit.*, p. 116.

Nella sentenza, in particolare, la Corte costituzionale non ha rilevato alcuna preclusione dei diritti fondamentali dei detenuti ma ha ritenuto, per converso, che le disposizioni censurate incidano esclusivamente sulle “modalità applicative” le quali restano rimesse alla discrezionalità della stessa amministrazione.

In quest’occasione la Corte, infatti, ha ritenuto la questione infondata e, alla luce delle conclusioni cui è giunta, la preclusione prevista dalla normativa speciale è rimasta in vigore.

Per quanto concerne i termini della questione, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 41 *bis*, comma 2-*quater*, lettere a) e c), ord. pen., nella parte in cui, secondo il “diritto vivente”, permetterebbe «all’amministrazione penitenziaria di adottare, tra le misure di elevata sicurezza interna ed esterna volte a prevenire contatti del detenuto in regime differenziato con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, il divieto di ricevere dall’esterno e di spedire all’esterno libri e riviste a stampa».

Nello specifico costituiscono oggetto di censura da parte del giudice *a quo* le seguenti disposizioni: l’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a), ord. pen., nella parte in cui prevede «l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna» per prevenire qualsiasi tipo di contatto con l’organizzazione criminale di appartenenza o di riferimento, con organizzazioni contrapposte e con altri detenuti della stessa

organizzazione o appartenenti a gruppi alleati e l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. c), ord. pen., nella parte in cui prevede limitazioni alla possibilità di ricevere somme, beni e oggetti dall'esterno.

Le tre questioni (tutte ritenute infondate dalla Corte costituzionale) sollevate dal giudice rimettente hanno ad oggetto la violazione dell'art. 15 Cost., degli artt. 21, 33 e 34 Cost. e dell'art. 117 co. 1 Cost. con riferimento agli artt. 3 e 8 Cedu³²⁴.

Dalla lettura delle motivazioni illustrate nella pronuncia si evince come, in sostanza, la Corte non abbia ravvisato alcuna violazione della norma e, di conseguenza, alcuna *deminutio* nella tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

Non potendo in questa sede illustrare dettagliatamente le ragioni poste a fondamento della propria decisione, occorre comunque, seppur brevemente, sottolineare come la Corte abbia dichiarato infondata la questione per i seguenti motivi: per quanto concerne l'art. 15 Cost., in questo caso, la violazione sarebbe scongiurata poiché non si rientrerebbe nel concetto di "corrispondenza". Di contro, sostiene la Corte, che «se fosse fondata, si dovrebbe riconoscere alla persona detenuta, in nome della libertà

³²⁴ I parametri costituzionali invocati nell'ordinanza di rimessione a sostegno della propria tesi dal giudice *a quo* sono illustrati da F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia*, in *Costituzionalismo.it*, 117, 1/2017 e da M. MANNINI, *Il regime dell'art. 41-bis ord. penit. negli itinerari della giurisprudenza costituzionale*, in *www.archiviopenale.it*, 2/2022, in particolare vedi nota n. 72.

di corrispondenza il diritto di scambiare con l'esterno, senza alcuna restrizione quali-quantitativa – fin tanto che non intervenga uno specifico provvedimento limitativo dell'autorità giudiziaria – non soltanto libri e riviste, ma qualsiasi tipo di oggetto»³²⁵.

Anche le disposizioni di cui agli artt. 21, 33 e 34 Cost. non subirebbero alcuna violazione in quanto «la tutela – tanto costituzionale quanto legislativa – è (sarebbe) riferita alla facoltà del detenuto di scegliere con piena libertà i testi con i quali informarsi, mentre restano indifferenti i mezzi mediante i quali gli viene garantito il diritto di entrare in possesso delle pubblicazioni desiderate³²⁶».

Infine, anche per quanto concerne la violazione delle disposizioni contenute nella Convenzione edu, la Corte costituzionale ritiene la questione non fondata poiché le limitazioni previste non produrrebbero un effetto tale da assurgere a livelli di sofferenza e di disumanità tali da integrare quella casistica coperta dall'art. 3 Cedu e ledere dunque la dignità del detenuto.³²⁷

Come è possibile notare dalla lettura di tale pronuncia, la questione emblematica concerne la possibilità (se non proprio la necessità) di garantire la tutela effettiva di un diritto fondamentale della persona la cui piena realizzazione diventa inevitabilmente

³²⁵ Corte cost. sent. n. 122 del 2017, in part. p. n. 6 del “Considerato in diritto”.

³²⁶ Corte cost. sent. n. 122 del 2017, in part. p. n. 5 del “Considerato in diritto”.

³²⁷ F. MANNELLA, *op. cit.*, p. 129.

problematica a causa del particolare *status* in cui versa il soggetto che la vanta. La vicenda, infatti, si complica per la difficoltà di conciliare una mera *routine* della vita quotidiana con le rigide preclusioni che, per converso, ruotano attorno alla persona detenuta al 41-*bis* ord. pen.

Al di là delle conclusioni cui la Corte costituzionale approda nella specifica sentenza poc'anzi citata, infatti, trattando ancora di diritti fondamentali, la questione rappresenta un'utile occasione che consente all'interprete di riflettere circa un elemento comune a tutti i diritti fondamentali dei detenuti, ossia alla problematica della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti "speciali" laddove si tratti di controbilanciare la loro piena ed effettiva realizzazione con la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza sociale.

Come si è già avuto modo di illustrare in precedenza e come sarà ancora sottolineato più avanti, l'interrogativo appena posto rappresenta il nocciolo duro della delicata questione di cui si discute e della quale non è semplice trovare una pacifica soluzione.

Con riferimento al caso specifico trattato nella sent. n. 122 del 2017 qualche considerazione merita "*il contatto con il mondo esterno*" e, più in particolare, il significato quasi ambivalente che ruota attorno ad esso. Se per un verso, infatti, la *ratio* che ci cela dietro alla possibilità di consultare libri e/o riviste è quella, di ordine positivo, di mantenere costante un filo conduttore con la realtà

esterna al carcere e, in tal modo, favorire il fine rieducativo della pena ai sensi dell'art. 27 Cost., per altro, in maniera totalmente opposta, la questione cambia radicalmente di significato, e assume un connotato negativo, nel momento in cui “il contatto” si dovesse tradurre in una sorta di possibilità di “scambio” di informazioni o anche di mera vicinanza con l'ambiente esterno.

La giurisprudenza costituzionale è ormai costante nel sostenere che la *ratio* del regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* sia quella di contenere la pericolosità dei detenuti ad esso soggetti, «anche nelle sue eventuali proiezioni esterne al carcere, impedendo i collegamenti degli appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi proprio attraverso quei contatti con il mondo esterno che lo stesso ordinamento penitenziario normalmente favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale»³²⁸.

Il diritto, dunque, si realizzerebbe in maniera legittima nel momento in cui il detenuto sia messo nelle condizioni di “ricevere” informazioni che provengono *dall'esterno* e che gli consentono di restare aggiornato su tutto ciò che succede fuori dall'istituto penitenziario senza che, per converso, ciò implichi o possa essere un modo per “inviare” o “trasmettere” messaggi, direttive e qualsiasi

³²⁸ Corte cost. sent. n. 105 del 2023, in part. p. 7 del “*Considerato in diritto*”.

altra forma di comunicazione *all'esterno*, questo si contrariamente a quanto previsto dalla normativa speciale.

7 IL DIRITTO ALLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

7.1 Riflessioni introduttive sul diritto alla salute.

Nel novero dei diritti fondamentali dei detenuti non poteva non menzionarsi il diritto alla salute.

Nella Carta fondamentale la disposizione che si occupa di disciplinare la tutela di tale diritto, come noto,³²⁹ è l'art. 32 Cost. il quale, espressamente – oltre che in modo univoco nella Carta – lo qualifica come diritto “fondamentale” «dell'individuo e interesse della collettività» e attribuisce alla Repubblica il compito di garantire cure gratuite a tutti coloro che non possono provvedere autonomamente.

In via del tutto preliminare, occorre chiarire come non esista nell'ordinamento nazionale (e come si avrà modo di approfondire più avanti in quello penitenziario) una nozione unitaria di tutela della salute. Peraltro, non potrebbe essere diversamente, data la varietà delle discipline che si occupano del tema e che spaziano dalla medicina alla sociologia, dalla psicologia all'economia finanche alla politica.

³²⁹ L'Organizzazione Mondiale della Sanità, accogliendo una nozione molto ampia, definisce la “salute” come uno stato di benessere fisico, mentale e sociale e non meramente una situazione di assenza di malattie o di infermità.

La nozione stessa di salute è stata oggetto di una progressiva evoluzione migrando da una concezione prettamente “individuale” (intesa, cioè, come il diritto del singolo di essere curato) ad una, invece, “sociale” e cioè come l’interesse dell’intera comunità ad essere costituita da individui sani.

Già da una prima lettura della disposizione si evince che la tutela *ivi* contemplata non conosce alcuna distinzione; essa, *a contrario*, si rivolge agli individui tutti, non conosce trattamenti specifici o particolari, né risulta declinata in modo diverso a seconda della specifica categoria cui è indirizzata.

All’interno del perimetro costituzionale, le norme che concorrono alla disciplina del diritto alla salute del detenuto sono gli articoli 13 e 27 Cost. là dove dispongono che debba essere espunta dall’ordinamento qualsiasi forma di violenza – morale o fisica – che potrebbe essere realizzata nei confronti di una persona privata della libertà, e contestualmente rifiutano un trattamento contrario al senso di umanità.

Al di là delle disposizioni proprie dell’ordinamento interno che si occupano del tema, il diritto alla salute è altresì tutelato e garantito in ambito sovranazionale sia della Carta di Nizza (in particolare la norma cui si fa riferimento è l’art. 35) sia dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali ma con una differenza fondamentale: mentre la Carta dei diritti fondamentali

dell'Unione Europea stabilisce espressamente che «Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana», la CEDU non contiene una disposizione che espressamente si occupa del diritto alla salute.

Quest'ultimo, per converso, è estrapolato dal cd. diritto vivente o, meglio, dal modo in cui una disposizione convenzionale è interpretata dalla sua Corte. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, la tutela suddetta si evince da una lettura congiunta degli articoli 2, 3 e 8 CEDU, intendendola come una sorta di protezione assicurata alla vita umana o alla vita privata e familiare.

Tutte le norme appena citate disciplinano il diritto alla salute in generale e sono indirizzate a tutelare una più ampia platea di destinatari senza, come si diceva, prevedere strumenti differenziati a seconda della fattispecie che in concreto occorre giudicare.

Affinché possa essere assicurata un'effettiva parità di trattamento tra soggetti liberi e coloro che invece sono stati privati della loro libertà, dando piena applicazione al principio di uguaglianza sostanziale, un sistema contemplato in tal modo non è

risultato idoneo a garantire e assicurare il pieno godimento delle prerogative connesse al diritto alla salute³³⁰.

Dinanzi ad oggettivi «svantaggi istituzionali»³³¹, il soggetto pubblico deve, infatti, attuare specifiche misure.

Tra i beni giuridici tutelati dal diritto di cui al citato art. 32 rientra l'integrità psico-fisica³³² che è stata declinata dalla giurisprudenza civile anche come diritto ad un «ambiente salubre»³³³. Tale concetto ha uno stretto collegamento con la tutela del diritto alla salute che deve essere garantito nelle carceri.

La “sanità penitenziaria” è stata per la prima volta introdotta nell'ordinamento italiano nel 1970, cioè, cinque anni prima che entrasse in vigore quell'insieme di norme che ancora oggi disciplinano l'ordinamento penitenziario nel suo complesso, la legge n. 354 del 1975, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

È, infatti, la legge n. 740 del 1970 a prevedere, per la prima volta, il diritto di ricevere cure mediche all'interno degli istituti penitenziari per il soggetto detenuto. Prima di tale intervento, infatti, una forma di tutela era riconosciuta ma non era molto garantista per

³³⁰ M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, cit., p. 166.

³³¹ In questi termini si è espresso il Parere del Comitato nazionale per la bioetica, *La salute “dentro le mura”*, 2013, p. 5, <http://www.governo.it/bioetica/pdf/6>.

³³² F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalimo.it*, 1/2021, p. 95.

³³³ Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

il soggetto detenuto; era, per converso, piuttosto arbitraria essendo rimessa alla mera valutazione discrezionale compiuta dall'amministrazione (nella persona del comandante piuttosto che del direttore o del medico), la quale, dunque, era libera di agire diversamente valutando caso per caso.

Un primo importante passo avanti nella storia della tutela di tale diritto fondamentale è stato compiuto nel 1975, quando è entrata in vigore la legge sull'ordinamento penitenziario³³⁴, poiché per la prima volta è stato espressamente riconosciuto il diritto a vivere in condizioni salubri e a ricevere trattamenti sanitari.

L'art. 5 ord. pen. è rubricato «Caratteristiche degli edifici penitenziari», consta di due commi e stabilisce che gli istituti devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati (comma 1) e che devono essere dotati di locali idonei a soddisfare le esigenze di vita individuale e garantire lo svolgimento di attività lavorative, formative e, ove possibile, culturali, sportive e religiose (comma 2).

Le norme contemplate dalla disciplina di settore devono, inoltre, essere lette in combinato disposto con quelle regolamentari di cui al D.P.R. n. 230 del 2000 «Regolamento recante norme

³³⁴ L. n. 354 del 1975 «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*».

sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

L'art. 17 del citato Regolamento si occupa di disciplinare genericamente l'«assistenza sanitaria» della quale, a norma del comma 1, i detenuti e gli internati usufruiscono secondo le disposizioni contenute nella normativa vigente.

La norma opera nuovamente un rinvio (comma 2) alla normativa vigente per tutto ciò che concerne le competenze e le modalità de «Le funzioni di programmazione, indirizzo, coordinamento ed organizzazione dei servizi sanitari in ambito penitenziario, nonché di controllo sul funzionamento dei servizi medesimi».

L'assistenza sanitaria è, generalmente, prestata all'interno dell'istituto penitenziario (comma 3), tranne che non sia necessario prestare cure o accertamenti sanitari che non possono essere resi *in loco*. In questo caso si procede con il trasferimento presso strutture sanitarie esterne di diagnosi o cura con provvedimento del giudice³³⁵.

L'art. 42, co. 1, ord. pen., infatti, nel disciplinare i trasferimenti dei detenuti³³⁶, individua fra le ipotesi che li possono giustificare, anche i motivi di salute. Ai sensi dell'art. 47-ter ord. pen., se il

³³⁵ Art. 11, co. 4, ord. pen.

³³⁶ Art. 42, co. 1, ord. pen. Trasferimenti: “*I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari*”.

Magistrato riconosce «condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedono costanti contatti con i presidi territoriali», il condannato – alla pena dell’arresto o della reclusione non superiore a quattro anni – può chiedere di espierla in una dimora privata o in un luogo di cura, assistenza o accoglienza pubblico³³⁷.

Per il minore di anni ventuno la detenzione domiciliare si può prevedere anche se la condizione clinica non risulti essere “particolarmente grave” ma sussistano comprovate esigenze di salute.

Questa norma, come si avrà modo di sottolineare più avanti, ha assunto un ruolo chiave nella gestione del Covid-19 rappresentando uno strumento alternativo alla pena anche durante la fase pandemica emergenziale al fine di ridurre il numero di soggetti detenuti e, conseguentemente, le probabilità di contagio.

Anche dall’ordinamento sovranazionale è possibile estrapolare delle forme di tutela del diritto alla salute (in tutte le sue forme) per i detenuti.

L’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali può essere invocato dinanzi ai Giudici di Strasburgo qualora si lamentino pregiudizi inerenti alla tutela della

³³⁷ Definito come detenzione domiciliare cosiddetta “umanitaria” da G. VASINO, *COVID-19 e istituti penitenziari italiani: una riflessione relativa alle misure adottate e al loro impatto sui diritti dei detenuti*, in *Federalismi.it*, 3/2022, p. 270.

salute, sofferti durante la detenzione, nel caso in cui siano tali da essere considerati come trattamenti inumani o degradanti.

La giurisprudenza sovranazionale ha elaborato distintamente tre casi in cui, a seconda della drammaticità della situazione, della serietà della patologia, della durata temporale dei giudizi lamentati e da altri parametri di tal genere, può ipotizzarsi un trattamento inumano o degradante: *in primis*, viene in rilievo la detenzione in luoghi ove non vengano osservate le basilari prescrizioni sull'igiene pubblica, la pulizia e la salubrità dei locali³³⁸; in secondo luogo, rileva l'inadeguatezza della diagnosi e/o del trattamento terapeutico effettuati durante il periodo di reclusione qualora siano la causa di un peggioramento del quadro clinico³³⁹; infine, incompatibilità della condizione detentiva con lo stato di salute della persona³⁴⁰.

Sulla scorta di tali parametri valutativi, si può dedurre che, per i Giudici di Strasburgo, è compito dello Stato non solo somministrare le cure mediche ma verificare anche che quelle adottate siano effettivamente adeguate al caso concreto, idonee ad eliminare la patologia o, quantomeno, a ridurre il più possibile gli effetti.

³³⁸ Sentenze Corte edu 29 gennaio 2009, *Antropov c. Russia e Andreyevskij c. Russia*; sent. Corte edu 14 settembre 2010, *Marinescu c. Romania e Florea c. Romania*.

³³⁹ Sent. Corte edu: 26 settembre 2000, *Kudla c. Polonia*; 20 gennaio 2009, *Wenerski c. Polonia*; 9 settembre 2010, *Xiros c. Grecia*; 29 gennaio 2013, *Prestieri c. Italia*; 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*.

³⁴⁰ Sentt. Corte edu: 10 giugno 2008, *Scoppola c. Italia*; 27 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*; 29 gennaio 2013, *Cirillo c. Italia*; 11 febbraio 2014 *Contrada c. Italia*.

Vige, infine, nell'ordinamento sovranazionale un principio di massimizzazione delle tutele, in base al quale la tutela dovuta alla persona è quella ritenuta più elevata all'interno della protezione "multilivello" dei diritti fondamentali. Sulla scorta di tale principio la tutela offerta al detenuto anche in ambito sovranazionale serve, dunque, a rafforzare e, contestualmente, a integrare l'impegno già assunto dal legislatore nazionale al fine di promuovere, con ogni mezzo, il benessere psico-fisico delle persone sottoposte a limitazione della libertà personale³⁴¹.

Come si diceva in fase introduttiva, non esiste una nozione unitaria del concetto di "salute".

Anche all'interno dell'ambiente carcerario il diritto alla salute non ha una univoca definizione. Quando si parla di salute, infatti, è possibile riferirsi, direttamene e indirettamente alle seguenti sottocategorie: libertà di cura; diritto alla salubrità dell'ambiente; diritto a ricevere trattamenti sanitari (cd. diritto alle cure); libertà di non curarsi. Non appare inopportuno, quindi, in questa sede, illustrare, seppur nelle linee generali, come la dottrina interpreti le suddette declinazioni.

Ogni cittadino ha il pieno diritto di scegliere se e come essere curato. È abbastanza evidente come una libertà totalmente piena e

³⁴¹ M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane*, cit., p. 194.

incondizionata di tal genere non possa essere riconosciuta al soggetto detenuto proprio a causa della restrizione nell'istituto penitenziario.

Anche il servizio medico predisposto all'interno del carcere e, in generale, la totale organizzazione della macchina ospedaliera per la medicina penitenziaria non possono essere scelti dal paziente detenuto.

La disciplina di settore prevede, tuttavia, una possibilità volta a superare anche tale forma di discriminazione, giacché è comunque fatta salva la possibilità di farsi visitare da un medico di fiducia, purché le spese siano a carico del soggetto detenuto³⁴². La critica mossa verso questa possibile alternativa concerne, in questo caso, le modalità e i tempi delle procedure da seguirsi, le quali, soprattutto in particolari realtà, non rendono agevole l'ingresso del medico di fiducia del detenuto nell'istituto penitenziario³⁴³, così che una pratica astrattamente possibile diventi spesso, di fatto, materialmente impossibile.

Il diritto a vivere in un ambiente salubre deve essere garantito non solo, limitatamente, all'interno del luogo di pernottamento; il compito di mantenere delle idonee condizioni igienico-sanitarie deve

³⁴² Art. 11 ord. pen.

³⁴³ Elementi di criticità che emergono dal *Report* realizzato dall'Associazione Antigone in particolar modo analizzando le procedure seguite in specifici reparti del carcere di Rebibbia di Roma. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane*, cit., p. 173, in particolare si veda nota n. 18.

essere, infatti, altresì assolto anche in tutti gli altri luoghi in cui si svolge la vita carceraria.

Come si diceva in fase introduttiva, già il fenomeno del sovraffollamento è indice di mancato rispetto di tale compito nonostante gli interventi che dalla sentenza Torreggiani in poi sono stati messi in atto dal legislatore al fine di risolvere l'annosa questione.

Per quanto concerne il numero della popolazione carceraria, i dati non sono incoraggianti³⁴⁴, sebbene il legislatore abbia tentato di intraprendere diverse strade alternative alla detenzione, ove possibile.

Al di là dell'aspetto "quantitativo" degli "inquilini", che, come già detto, occupa una porzione abbastanza importante della problematica, un ulteriore elemento di criticità che non consente di garantire pienamente la salubrità degli ambienti, è rappresentato dall'aspetto infrastrutturale degli istituti carcerari.

Appare evidente, infatti, che per "ambiente salubre" debba intendersi un luogo in cui luce, acqua calda, protezione dal troppo freddo o dal troppo caldo, siano servizi pienamente garantiti, per non

³⁴⁴ Secondo i dati ufficiali messi a disposizione dal Ministero della Giustizia si registravano 53.982 detenuti al 28 febbraio 2015 a fronte dei 67.961 nel 2010; tuttavia, secondo la rilevazione del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, a marzo 2017 si registra un numero pari a 55.400. Il dato più allarmante è, inoltre, rappresentato dal *trend* della statistica che, soprattutto negli ultimi anni, è crescente, già di mese in mese e seppur di poche unità, in maniera costante.

parlare della necessità di ambienti che escludano totalmente la presenza di barriere architettoniche a tutela di quei detenuti che presentino difficoltà di deambulazione o disabilità motorie.

La normativa risulta rispettata, e ulteriori condanne possono essere scongiurate, solo laddove siano costantemente messi in atto tutti i necessari interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria che consentano di vivere in un ambiente, se non confortevole, quantomeno dignitoso.

Anche questo aspetto, per converso, come spesso le cronache e i *mass media* rappresentano, non risulta essere pienamente soddisfacente; quelli che una società moderna considera semplici servizi di cui godere nella quotidianità, per un soggetto detenuto possono essere, spesso, molto più vicino ad un *confort* del quale è costretto a privarsi.

Dai più recenti dati raccolti dalla Associazione Antigone³⁴⁵ si evince una situazione drammatica: nelle carceri di Augusta l'acqua è razionata mentre a Santa Maria Capua Vetere manca del tutto poiché scollegata dalla rete idrica comunale. Nel momento in cui il mondo intero soffriva una delle estati più calde degli ultimi decenni, ai detenuti di quest'ultimo istituto penitenziario venivano forniti solo quattro litri di acqua potabile al giorno.

³⁴⁵ *La calda estate delle carceri, Rapporto di metà anno sulle condizioni di detenzione in Italia*, 28 luglio 2022, disponibile on line <https://www.garantedetenutilazio.it/wp-content/uploads/2022/08/RapportoLuglio2022.pdf>.

Anche il diritto alle cure assurge a diritto fondamentale e, pertanto, la Repubblica non può venire meno ad un impegno che si radica proprio nella Costituzione; tuttavia, le cure che devono essere garantite comportano dei costi per le casse dello Stato. Tale, altrettanto importante profilo, è stato anche oggetto di pronunce da parte del giudice costituzionale ed è stato definito come un “diritto finanziariamente condizionato”³⁴⁶. Sulla scorta di tale ultima considerazione è ammesso l’adeguamento del servizio sanitario pubblico al variare delle risorse economiche destinate al suo finanziamento, purché siano sempre garantite le prestazioni minime che rappresentano il “nucleo essenziale” del diritto stesso³⁴⁷.

A seguito del trasferimento delle competenze sanitarie (di cui si è detto) al Servizio Sanitario Nazionale, le modalità di attuazione dei trattamenti sanitari hanno aggiunto alla loro natura esclusivamente “terapeutica” anche quella “preventiva”, prevedendo così una possibilità di intervento non solo *ex post* ma anche *ex ante*.

Ogni istituto penitenziario afferisce alla Azienda Sanitaria Locale territorialmente competente che sarà, così, responsabile tanto della programmazione quanto della successiva erogazione dei servizi messi a disposizione del paziente detenuto.

³⁴⁶ Ai sensi dell’art. 1, co. 6, d.lgs. n. 230/1990 e dell’art. 18, co. 1, Regolamento esecutivo, tutta la popolazione carceraria è esente dal pagamento del cd. *ticket* sia per prestazioni erogate sia per l’acquisto di farmaci.

³⁴⁷ Corte cost. sent. n. 455 del 1990 e sent. n. 309 del 1999.

Il mero trasferimento di competenze da Amministrazione penitenziaria a S.S.N. non è stato comunque sufficiente al fine di scongiurare definitivamente un trattamento differenziato fra detenuti e dipende dalle diverse forme di organizzazione in cui sono articolati i livelli “inferiori”³⁴⁸.

In primo luogo, infatti, oltre alla struttura di competenza esterna, l’A.S.L. locale di riferimento, occupano un ruolo importante anche le organizzazioni interne presenti nell’istituto carcerario poiché, a seconda del tipo di assistenza prestata, soprattutto in termini di dotazione strumentale, si potrà decidere di svolgere il trattamento all’interno del carcere ovvero, se necessario, presso un altro luogo di cura.

In secondo luogo, un altro aspetto di criticità, già oggetto di dibattito, riguarda la diversità tra Sistemi Sanitari Regionali che, oltre al già noto problema della disomogeneità dell’offerta assistenziale su tutto il territorio nazionale³⁴⁹, aggiunge quello dell’attuazione della riforma della medicina penitenziaria a velocità diverse. Solo per restare nelle Regioni del centro nord: in Emilia-Romagna è stato approvato il «Programma regionale per la salute negli istituti penitenziari»³⁵⁰ che si propone di definire gli standard clinico-

³⁴⁸ M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane*, cit., p. 180.

³⁴⁹ Un sistema sanitario noto all’opinione pubblica come sistema “a macchia di leopardo”.

³⁵⁰ Delibera Giunta regionale n. 2/2010.

assistenziali e predisporre una proposta di ripartizione delle risorse alle A.S.L. per il monitoraggio e la valutazione delle politiche regionali in materia.

Tale piano non ha mai visto luce nella Regione Lazio con riflessi certamente negativi per le Aziende locali, le quali non hanno mai potuto predisporre un piano di programmazione.

Non possono, infine, non svolgersi delle considerazioni in merito a una delle più gravi problematiche che attengono al sistema carcerario: quella del trattamento delle malattie mentali.

I dati forniti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità sono allarmanti: nella popolazione carceraria italiana, il 41,3% dei detenuti è affetto da almeno un disturbo psichico (spesso causati da una contestuale dipendenza da droghe) e altrettanto numerosi sono gli episodi di autolesionismo, tentativi di togliersi la vita e suicidi³⁵¹.

La portata così ampia di questo problema evidenzia che gli strumenti ad oggi utilizzati sono assolutamente insufficienti e che, per converso, occorre predisporre delle misure di contenimento di questo fenomeno, che spesso non è solo circoscritto all'interno degli istituti penitenziari durante il periodo di reclusione, ma si verifica anche fuori dopo aver scontato la pena.

³⁵¹ Dai dati del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale emergono i seguenti casi: nel 2016 sono stati attestati 8.540 episodi di autolesionismo, 1.006 tentati suicidi e 40 suicidi.

Alcune carceri sono dotate di strutture specifiche, cioè di sezioni che si occupano di monitorare i soggetti con supposto disagio mentale³⁵², e di vere e proprie articolazioni interne per la tutela della salute mentale. Eppure, anche in questo caso, le procedure predisposte per l'attivazione di queste strutture spesso rendono il percorso di accompagnamento e sostegno troppo ostico, rischiando così di non raggiungere gli obiettivi preposti.

Il trattamento sanitario obbligatorio psichiatrico rappresenta, nell'ambito degli istituti penitenziari, un'ipotesi in cui il detenuto non può rifiutare di essere curato e consiste, proprio al fine di tutelare anche la collettività circostante, in un ricovero psichiatrico coatto, deciso dall'autorità competente nel caso in cui dovesse riscontrarsi una grave alterazione psichica o comportamentale tale da rendere il detenuto pericoloso non solo per se stesso ma anche per gli altri.

La particolarità della categoria, in questo caso, non legittima una disciplina specifica che regolamenti il trattamento sanitario obbligatorio dei detenuti; trovano, piuttosto, applicazione gli articoli 33, 34 e 35 della legge n. 833/1978, che valgono per la generalità degli utenti del S.S.N. e che prescrivono l'intervento di figure professionali diverse (medico, sindaco e giudice).

³⁵² Art. 112 Regolamento d'esecuzione.

La questione relativa alle prestazioni sanitarie è così rilevante da aver richiamato l'attenzione di uno specifico tavolo tecnico di lavoro in occasione degli Stati Generali dell'esecuzione penale, in particolare il riferimento è al tavolo n. 10 che, nell'ambito dell'iniziativa promossa dal Ministero della Giustizia, si è occupato di "Salute e Disagio psichico".

Diametralmente opposto, ma non per questo esente da aspetti problematici, è il diritto di decidere di non voler ricevere trattamenti sanitari. Ai sensi del comma 2 dell'art. 32 Cost. «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Esistono, quindi, dei casi in cui la cura può essere somministrata anche contro la volontà della persona e che possono individuarsi in tutte quelle ipotesi in cui la mancata prestazione sanitaria determinerebbe un pericolo per la salute del resto della collettività.

Se questo vale quando la collettività vive in un ambiente libero e senza costrizioni o limitazioni, a maggior ragione tale concetto trova piena applicazione all'interno degli istituti penitenziari, luoghi chiusi e perimetrati nei quali le probabilità di contagio si alzano naturalmente.

Oltre al trattamento sanitario obbligatorio di cui si è già detto, un'altra ipotesi in cui la cura può essere "imposta" al detenuto è l'alimentazione forzata ma, in questo caso, a differenza di quanto avviene con il TSO, nell'ambito del quale non si registrano particolari dubbi o perplessità circa la sua concreta applicazione, non è emerso un orientamento pacifico e lineare né in dottrina né, tantomeno, in giurisprudenza.

Il problema è il seguente: fino a che punto l'alimentazione può essere imposta al detenuto dal momento in cui "lo sciopero della fame" non arreca nessun danno e nessun pregiudizio ai terzi e, inoltre, non esiste nell'ordinamento una norma che espressamente disciplini questa specifica fattispecie.

Dall'analisi della dottrina emerge una scuola di pensiero per cui, valorizzando il diritto all'autodeterminazione dell'individuo, non dovrebbe essere imposto alcun trattamento alimentare³⁵³; nelle aule dei Tribunali, per converso, sono state considerate legittime le pratiche di alimentazione forzata paragonando lo sciopero della fame ad un disturbo mentale tale da giustificare una sorta di TSO ai sensi dell'art. 833 del 1978 oppure ancora sulla base dell'art. 41 ord. pen. il quale, al fine di garantire l'incolumità del detenuto, consente l'uso della coercizione fisica.

³⁵³ Di parere opposto (quindi favorevole all'imposizione di trattamenti nutritivi) si rinvia a M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 145 s.

La delicatissima tematica del diritto alla salute e, in particolare, delle specifiche modalità attraverso le quali questo possa trovare piena applicazione, acquisisce profili di maggior complessità per i detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

La tematica è stata spesso al centro della pubblica opinione laddove, soprattutto, l'oggetto del dibattito sia costituito da vicende particolarmente note alla cronaca e per i loro protagonisti e per gli eventi che vi ruotano attorno.

Si pensi, ad esempio, ad uno dei casi più significativi della complessità della tutela del diritto alla salute nei riguardi dei detenuti internati nelle sezioni di rigore³⁵⁴. Ci si riferisce alla vicenda del boss Bernardo Provenzano che nel 2018 ha portato anche la Corte edu a pronunciarsi e a condannare l'Italia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione³⁵⁵ con riferimento al provvedimento di proroga del regime speciale emesso qualche mese prima della morte del detenuto, avvenuta il 13 luglio 2016³⁵⁶.

In particolare, in questo caso specifico, il ricorso era stato presentato dal figlio nel 2013 (ed è successivamente proseguito

³⁵⁴ D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute, Il "caso Provenzano": tortura di Stato?*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, A. Massaro (a cura di), Roma, p.171.

³⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, 25 ottobre 2018.

³⁵⁶ 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018.

anche *post mortem* di Provenzano) il quale lamentava la violazione della suddetta disposizione sotto due profili: per un verso poiché il rinnovo del regime differenziato risultava incompatibile con lo *status* del boss presumendo l'incapacità dello stesso di poter mantenere contatti con il mondo esterno a causa delle condizioni fisiche (gli stessi referti allegati dalla parte testimoniavano un «cronico e irreversibile decadimento intellettuale ed incapacità di comunicare dell'uomo») e, per altro, in quanto l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. avrebbe impedito al padre di poter usufruire di un trattamento sanitario adeguato alle sue condizioni sanitarie.

Non essendo possibile ripercorrere pedissequamente gli sviluppi della vicenda che hanno, infine, condotto alla condanna dell'Italia³⁵⁷, per quanto ci interessa in questa sede, occorre sottolineare come la violazione del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti si sarebbe realizzata “esclusivamente” a causa di una insufficiente valutazione, nel suddetto provvedimento di proroga, del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto e non anche con riferimento alla lamentata incompatibilità tra il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. e le condizioni di salute del ricorrente, né, ancora, rispetto alle doglianze inerenti all'inadeguatezza delle cure ricevute.

³⁵⁷ Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a 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, 1-bis – “dentro il 41-bis”, p. 50 ss..

In particolare, per quanto concerne l'adeguatezza delle cure mediche, la Corte afferma come la valutazione debba essere effettuata "caso per caso" e debba essere fornita la prova oltre ogni ragionevole dubbio circa i maltrattamenti subiti giungendo, di fatto, alla conclusione che le modalità di detenzione non fossero incompatibili con le gravi condizioni di salute e l'età avanzata del Provenzano.

Se per un verso, quindi, la Corte ha ritenuto adeguate le cure mediche garantite al Provenzano, per altro, con riferimento alla sottoposizione dell'art. 41-*bis* ord. pen. ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu – limitatamente alla proroga di marzo 2016 – a causa dell'assenza di un'aggiornata rivalutazione delle peggiorate condizioni cognitive del ricorrente.

Secondo le osservazioni poste dal Giudice europeo la dignità dell'uomo rappresenta sempre l'essenza della Convenzione e le norme di questa devono interpretarsi in modo da rendere tale protezione effettiva. Sulla scorta di tale premessa sottoporre un individuo a una serie di restrizioni aggiuntive, imposte discrezionalmente, senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni basate su una valutazione individualizzata di necessità, minerebbe la sua

dignità umana e integrerebbe una violazione del diritto sancito dall'articolo 3 Cedu³⁵⁸.

Interessante notare come, successivamente, si sia pronunciata la giurisprudenza al fine di risolvere una questione, altrettanto complessa, che presentava caratteristiche simili alla precedente già illustrata che condivide la “notorietà” del protagonista per il suo spessore criminale. Ci si riferisce in questo caso al boss Salvatore (Totò) Riina e che rappresenta l'ennesima occasione per discutere del bilanciamento tra l'interesse del detenuto a ricevere adeguate cure e l'esigenza di sicurezza della collettività³⁵⁹. Anche in questo caso tutto ruota attorno alla “grave infermità fisica” del soggetto la quale ha portato la Suprema Corte a conclusioni diverse rispetto a quanto avvenuto nel caso Provenzano.

Il giudice di nomofilachia ha, infatti, optato verso una soluzione più rispettosa della dignità della persona, posto che le patologie cui era affetto Riina non gli consentivano di vedere associato alla sua persona l'elemento della pericolosità e, quindi, la possibilità di nuocere alla pubblica sicurezza.

³⁵⁸ G. ALBERTI, *op. cit.*, p. 4.2.

³⁵⁹ F. SICURO, *Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità (una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio 2018, n. 22307)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018, p. 672.

7.2 I provvedimenti adottati durante la pandemia volti alla gestione dell'emergenza da Covid-19.

La tutela del diritto alla salute all'interno delle carceri è stata particolarmente complessa e messa a dura prova durante la fase emergenziale dovuta alla pandemia da Covid-19.

Se, infatti, come si è avuto modo di analizzare, la tutela del diritto alla salute (in senso lato) presentava già talune lacune e necessitava di interventi legislativi al fine di potersi definire pienamente realizzata, l'ondata pandemica, che ha travolto l'intero pianeta dal 2020 al 2022 e che solo da pochi mesi può dirsi ufficialmente superata, ha, se del caso, peggiorato la situazione.

In senso critico è stato segnalato in dottrina come, soprattutto nella fase iniziale dell'emergenza, l'Amministrazione penitenziaria abbia adottato una "scelta coreana" laddove non abbia – adeguatamente e debitamente – divulgato le informazioni sui (primi) contagi in maniera dettagliata³⁶⁰.

Un aspetto che può essere, in primo luogo, già messo in evidenza è rappresentato dalla stretta collaborazione che si è andata instaurando, nel corso dei mesi, tra i poteri dello Stato.

³⁶⁰ E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *La legislazione Penale*, 2020, accessibile anche da <http://www.lalegislazionepenale.eu/diritto-alla-salute-e-prevenzione-in-carcere-problemi-teorici-e-pratici-di-gestione-del-coronavirus-negli-istituti-di-pena-emilio-santoro/>.

Il trascorrere del tempo ha infatti registrato l'adozione di una serie di provvedimenti successivi e integrativi, soprattutto di natura amministrativa, delle disposizioni legislative che (adottate, in via esclusiva, solo nella primissima fase dell'emergenza) avevano disciplinato la fattispecie ma che poi, per i profili più dettagliati, necessitavano di specifici interventi che provenissero dall'autorità più vicina alla realtà carceraria.

Nel *mare magnum* dei provvedimenti emanati nel corso dei mesi, ma soprattutto durante la prima fase emergenziale quando ancora la materia da fronteggiare era quasi del tutto ignota anche agli operatori tecnici del settore, l'Esecutivo ha elaborato una molteplicità di disposizioni³⁶¹ allo scopo di garantire il pieno diritto alla salute dei detenuti, prevedendo talora anche delle specificità laddove il trattamento carcerario fosse risultato particolarmente rigido.

Anche nella realtà carceraria, l'obiettivo principale proposto dal Governo era quello di scongiurare il dilagare dei contagi.

Durante la prima fase, gli interventi posti in essere dal legislatore sono stati: il decreto-legge n. 11 del 2020 e il d.p.c.m. n. 11 dell'8 marzo 2020.

³⁶¹ I plurimi interventi che si sono succeduti nel corso dei mesi hanno spinto parte della dottrina a parlare di panoplia di provvedimenti, in particolare sul tema si rinvia a A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 49.

In ordine cronologico, i primi atti con i quali si è intervenuto sono state le circolari e le note del DAP del 22-25 e 26 febbraio 2020 («Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus; ulteriori indicazioni per la prevenzione del contagio del coronavirus; indicazioni specifiche per la prevenzione del contagio da corona virus – regioni Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia») e quelle del Capo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità del 22 e 25 febbraio 2020.

Il DAP è pure intervenuto con «*Ulteriori indicazioni*» circa l'effettiva implementazione di quanto progressivamente stabilito dal Ministero della salute per il trattamento di eventuali casi di COVID-19, nonché circa le traduzioni per motivi di giustizia.

Sono stati approvati il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», conv. con mod. dalla l. 5 marzo 2020, n. 13; il D.p.c.m. 23 febbraio 2020, «Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; i D.p.c.m. 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, tutti rubricati «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19» e riportanti una disposizione sui “nuovi ingressi” in carcere; il d.l. 2 marzo 2020 n. 9 («Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), che però nulla ha statuito sul tema della detenzione; il d.p.c.m. 8 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», di raccomandazione quanto alla sostituzione di colloqui visivi con quelli a distanza e agevolazione, attraverso la magistratura di sorveglianza, di provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare; il d.l. 8 marzo del 2020, n. 11 «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»; il d.p.c.m. 9 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale» che ha soltanto esteso i provvedimenti inizialmente limitati territorialmente ad alcune aree (Lombardia e alcune province); il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da

COVID-19»; il cd. decreto “Cura Italia”; il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; il d.p.c.m. 1° aprile 2020, che ha esteso fino al 13 aprile 2020 le misure urgenti di contenimento del contagio da COVID-19 sull'intero territorio nazionale dei precedenti d.p.c.m. del 1, 8, 9 e 22 marzo 2020, nonché dell'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020.

Occorre, in realtà, anche dare atto di altri provvedimenti che già negli ultimi giorni di febbraio erano stati emanati dalle autorità penitenziarie del Veneto e della Lombardia (prime zone rosse dell'emergenza sanitaria) a causa della scoperta di alcuni focolai e che già allora prescrivevano, per un verso, talune restrizioni circa l'ingresso di operatori e soggetti terzi all'interno degli istituti e, per altro, la temporanea sospensione dei trasferimenti.

La realtà carceraria rappresenta un luogo certamente complesso, ove non è sufficiente prevedere degli interventi posti a tutela di chi vi è costretto a soggiornare. Pur essendo un luogo, infatti, i cui confini appaiono “astrattamente” chiusi e circoscritti, nella realtà quotidiana non mancano comunque degli spostamenti che lo rendono un luogo comunque aperto e dinamico.

Oltre ai soggetti già detenuti, nella realtà quotidiana si registra la presenza di: nuovi ingressi, forze dell'ordine, avvocati, parenti e di tutta una serie di soggetti che per le più varie questioni logistiche

è portata a frequentare i luoghi detenzione; tutti soggetti di cui il legislatore non poteva non tenere conto.

Ancora, anche all'interno della stessa realtà carceraria, non tutti i detenuti possono ricevere lo stesso trattamento poiché diverse sono le limitazioni a cui sono sottoposti.

Sarebbe stato, allora, probabilmente più opportuno prevedere una disciplina differenziata e specifica da applicare caso per caso, ma una disciplina ponderata in tal senso non sarebbe stata una disciplina dell'emergenza.

Fra i provvedimenti adottati, in via del tutto preliminare, occorre segnalare le iniziative promosse dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, fra le quali emergono le occasioni di incontri informativi da organizzare con le aziende sanitarie, a beneficio tanto della popolazione carceraria quanto del personale interessato.

In linea del tutto generale, i provvedimenti da attuare all'interno del carcere cercavano, compatibilmente alle caratteristiche degli istituti penitenziari, di ricalcare le misure di contenimento che il legislatore aveva prescritto, sulla base dei suggerimenti proposti dal Comitato Tecnico Scientifico, per la generalità dei consociati.

Per quanto concerne i “nuovi giunti”³⁶², era previsto l’isolamento per i casi asintomatici ed era raccomandata la possibilità di concedere la detenzione domiciliare. Laddove ciò non fosse stato possibile, si sarebbe data maggiore attenzione al controllo sulle condizioni di salute, sottoponendo i soggetti interessati ad un controllo preventivo in delle zone di *pre-triage* appositamente allestite³⁶³.

Queste particolari misure di sicurezza erano state predisposte inizialmente nelle c.d. zone rosse per poi necessariamente estendersi anche a quelle arancioni.

Già da questi primi provvedimenti si evince come la situazione carceraria, già in termini di popolazione, non ha reso semplice attuare il cd. distanziamento sociale, prima basilare misura consigliata dagli esperti per la generalità dei consociati.

Per quanto concerne, invece, l’accesso dei soggetti terzi, anche in questo caso si è cercato di prediligere un ambiente *smart* stabilendo che i colloqui non avvenissero in presenza ma in modalità video³⁶⁴ o telefonica³⁶⁵, incrementando contestualmente il numero delle telefonate concesse.

³⁶² Espressione con cui ci si riferisce a coloro che entrano in carcere dall’esterno a seguito di una pena o dell’applicazione di una misura cautelare.

³⁶³ Circolare DAP, 25.2.2020 e successivi atti del 13 e del 20.3.2020.

³⁶⁴ Circolare DAP, “*Disposizioni in merito ai colloqui visivi e telefonici dei detenuti*”, marzo 2020.

³⁶⁵ Circolare DAP, 25.2.2020.

Anche laddove ciò non fosse stato possibile, i colloqui in presenza si sarebbero dovuti comunque svolgere rispettando la distanza di almeno due metri³⁶⁶.

Ancora, maggiori poteri erano attribuiti all'autorità giudiziaria competente a limitare i permessi e la libertà vigilata ovvero anche ad individuare un regime *ex novo* al fine di ridurre tanto in entrata quanto in uscita il flusso negli istituti penitenziari, raccomandando, anche in questo caso, la possibilità di valutare la detenzione domiciliare.

Infine, anche per quanto riguardava i colloqui con i propri legali e con i garanti locali³⁶⁷ si sono registrate non poche difficoltà logistiche. In un primo momento era semplicemente richiesto l'utilizzo dei dispositivi di protezione (forniti dalla stessa amministrazione), successivamente, però, il peggioramento della situazione generale non ha reso agevole le occasioni di contatto, anche solo telefoniche, neppure con i propri avvocati.

Probabilmente, la caratteristica principale di questi provvedimenti, giustificata certamente dalla circostanza di dover fronteggiare una situazione ignota (oltre al fatto che ad essere ignoto era anche il suo evolversi), era la loro temporaneità. Molti di questi, infatti, nascevano con una certa scadenza ed erano, spesso,

³⁶⁶ Art. 2, lett. u), d.p.c.m. 8 marzo 2020, n. 11.

³⁶⁷ Art. 67 ord. pen.

successivamente prorogati, stante il perdurante propagarsi della pandemia.

Tali disposizioni erano state poi raccolte nella decretazione d'urgenza ribadendo che i colloqui a distanza dovevano essere svolti «ove possibile, [con] apparecchiature e collegamenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria e minorile o mediante corrispondenza telefonica, che può essere autorizzata oltre i limiti»³⁶⁸.

Le misure adottate durante la prima fase emergenziale, non solo non hanno ottenuto l'effetto sperato, di più hanno “infuocato” gli animi dei detenuti che non si sono sentiti evidentemente tutelati dai provvedimenti attuati.

Non si sono fatte tanto attendere le reazioni violente dei detenuti che hanno interessato circa il 10% della popolazione carceraria³⁶⁹.

Se, dunque, i primi interventi legislativi non hanno ottenuto il risultato sperato, quelli successivi non sono stati da meno, incidendo, forse con ancora maggior forza, sui diritti di alcune categorie di detenuti.

³⁶⁸ Art. 83, co. 16, d.l. 17/2020, cd. “Cura Italia”.

³⁶⁹ G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare? Considerazioni a margine delle (e oltre) le rivolte*, in *Sistema penale*, 12 marzo 2020, par. 1. Si veda, altresì, l'intervento del Ministro della Giustizia Bonafede alla Camera dei deputati, XVIII legislatura, *Resoconto stenografico*, 11 marzo 2020.

Il riferimento normativo è costituito in tal senso dal c.d. decreto Cura Italia³⁷⁰.

L'elemento di criticità che è stato evidenziato in questo ultimo provvedimento è rappresentato dall'eterogeneità di talune disposizioni che, soprattutto da parte dei destinatari, sono state accolte ed interpretate come ingiuste forme di discriminazione.

In particolar modo, l'art. 124 del d.l. n. 18/2020 ha stabilito l'estensione delle licenze per i detenuti semiliberi oltre i limiti del 45 giorni annui imposti, di regola, dall'art. 52 ord. pen.

È stata, soprattutto, la soluzione di cui all'art. 123³⁷¹ del citato decreto a suscitare talune perplessità in dottrina, avendo applicato un automatismo dell'istituto della detenzione domiciliare³⁷² non da tutti favorevolmente accolto.

L'art. 30 della l. n. 199 del 2010 stabilisce che la pena detentiva è eseguita – su istanza – presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, qualora non superi i diciotto mesi e anche se si tratta di una parte residua di una pena maggiore, salvo che riguardi: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale; b) delinquenti abituali,

³⁷⁰ Decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020.

³⁷¹ Art. 123 d.l. n. 18/2020 “*Disposizioni in materia di detenzione domiciliare*”.

³⁷² Legge 26 novembre 2010 n. 199 “*Esecuzione domiciliare delle pene*”.

professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-*ter* della medesima legge; d) detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; e) detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi dell'articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato.

Il comma 2 continua stabilendo che il Magistrato di sorveglianza adotta il provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio, salvo che ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura.

Il comma 3 disciplina i casi in cui al soggetto interessato è disposta la misura del c.d. braccialetto elettronico e prevede che, salvo si tratti di condannati minorenni o condannati cui è stata inflitta una pena non superiore a sei mesi, è applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici (...).

Quando la pena residua da espiare scende sotto la soglia di sei mesi, la procedura di controllo, alla cui applicazione il condannato deve comunque prestare il proprio consenso, è disattivata (comma 4).

Il numero di mezzi elettronici e di altri strumenti tecnici – disponibili nei limiti delle risorse finanziarie – che possono essere utilizzati per l'esecuzione della pena è individuato con provvedimento del capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, d'intesa con il capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, tenuto conto anche delle emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti.

Ai sensi del comma 6 la direzione deve attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, che non sussistono le preclusioni di cui al comma 1 e che il condannato abbia fornito espressamente il consenso all'attivazione delle procedure di controllo. Dovrà, altresì, trasmettere il verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, redatto in via prioritaria dalla polizia penitenziaria ovvero, qualora il condannato sia sottoposto ad un programma di recupero (ovvero anche intenda sottoporsi), la documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

Il comma 7 si occupa del condannato minorenne e stabilisce che per il condannato minorenne nei cui confronti è disposta l'esecuzione della pena detentiva con le modalità di cui al comma 1, l'ufficio servizio sociale minorenni territorialmente competente in relazione al luogo di domicilio, in raccordo con l'*equipe* educativa dell'istituto, provvederà, entro trenta giorni dalla ricevuta comunicazione dell'avvenuta esecuzione della misura in esame, alla redazione di un programma educativo secondo le modalità indicate dall'articolo 3 del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121, da sottoporre al Magistrato di sorveglianza per l'approvazione.

L'istituto della detenzione domiciliare di cui alla l. n. 199/2010, la cui disciplina è stata appena tracciata, è stato introdotto nel nostro ordinamento al fine di fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, a seguito della sentenza *Sulejmanovic* che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale istituto doveva avere un carattere temporaneo ma, nei fatti, è stata stabilizzata successivamente con il d.l. n. 146/2013, cd. *svuotacarceri*.

Ai sensi della citata legge, in caso di pena detentiva non superiore a 18 mesi, qualora non sussistano i motivi ostativi individuati al medesimo articolo, il Magistrato può disporre (*rectius*, dispone) l'esecuzione della pena presso l'abitazione o in un luogo

privato o pubblico di cura, salvo un previo accertamento della pericolosità del condannato.

La peculiarità di tale disposizione è, quindi, quella di poter essere applicata al di là delle valutazioni di meritevolezza del provvedimento che, per converso, sono richiamate dall'art. 47-*ter* ord. pen.

L'emergenza Covid-19 si è allora tradotta sempre di più, quindi, in un via libera alla esecuzione della pena al di fuori degli istituti detentivi: oltre al giudizio di meritevolezza del provvedimento, si supera anche il giudizio di pericolosità del detenuto.

Esiste comunque una cerchia di soggetti esclusi dall'applicazione della disposizione e per i quali vige in assoluto un divieto: i condannati per i reati c.d. ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (già previsti dall'ordinamento previgente); i condannati per maltrattamenti e *stalking ex* articoli 572 e 612-*bis* c.p.; i delinquenti abituali, professionali o per tendenza; i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare; i detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo e, infine, coloro nei cui confronti è stato emesso un rapporto disciplinare per grave condotta intramuraria³⁷³.

³⁷³ In questa categoria rientrano i detenuti che ai sensi dell'art. 123, co. 1, lett *e*), sono stati destinatari di un redatto rapporto disciplinare *ex* art. 81, co. 1, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse iniziate il 7 marzo 2020.

Le ipotesi di esclusione, individuate dal legislatore in modo così netto e definito, rendono l'auspicato – oltre che sempre presente impegno al – bilanciamento costituzionale poco equilibrato; bilanciamento, che, in questo caso, vede contrapposte l'esigenza di tutela della salute, da un lato, e quella di assicurare la sicurezza, dall'altro.

Inoltre, è stato generalizzato anche l'uso del braccialetto elettronico o di altri strumenti per il controllo elettronico, salvo per i condannati minorenni o se la pena da eseguire non sia superiore a sei mesi³⁷⁴.

Al fine di agevolare l'utilizzo del suddetto strumento, le procedure sono state velocizzate: non occorre, infatti, presentare la normale richiesta che solitamente precede la presentazione della domanda³⁷⁵. Anche in questo caso esistono comunque dei limiti: la pena non deve essere superiore a diciotto mesi, non devono sussistere le preclusioni già previste dalla legge, il condannato deve aver prestato il proprio consenso alle procedure di controllo elettronico e, infine, deve essere stato trasmesso il verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, redatto in via prioritaria dalla polizia

³⁷⁴ Art. 123, co. 3, d.l. 17/2020, cd. "Cura Italia". Quando la pena residua da espiare scende sotto la soglia di sei mesi le procedure di controllo elettronico vengono disattivate (art. 123, co. 4). L'esecuzione del provvedimento nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore (art. 123, co. 5).

³⁷⁵ Art. 1, co. 4, l. n. 199/2010.

penitenziaria ovvero, se il condannato è sottoposto – o intenda sottoporsi – ad un programma di recupero –, occorre presentare la relativa documentazione³⁷⁶.

7.3 Confronto con le disposizioni sovranazionali in materia sanitaria.

I provvedimenti comunque limitativi per alcune categorie di detenuti del 2020 si sono, tra l'altro, mossi in controtendenza rispetto alle indicazioni fornite a livello sovranazionale. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti e delle pene inumani e degradanti del Consiglio d'Europa (CPT) aveva, infatti, elaborato una serie di Raccomandazioni³⁷⁷ che suggerivano caldamente alle autorità competenti il ricorso a misure extramurarie, ponendo a fondamento, da un lato, la particolare condizione di vulnerabilità cui versa il soggetto detenuto e, dall'altro, richiamando ancora una volta i principi di cui all'altro 3 CEDU.

Sulla scorta di tali raccomandazioni, la regola era quella di attuare «ogni possibile misura per la protezione della salute e della sicurezza di tutte le persone private della libertà personale»³⁷⁸ e che

³⁷⁶ Art. 123, co. 6, d.l. 17/2020, cd. "Cura Italia". Si richiama infatti la documentazione di cui all'art. 94, co. 1, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

³⁷⁷ *Statements of Principles*, si tratta di raccomandazioni che il CTP ha elaborato a seguito della pubblicazione da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 15 marzo 2020.

³⁷⁸ *Principle n. 1.*

ogni scelta di ordine più restrittivo dovesse essere giustificata e sorretta da un fondamento legislativo, rispettando al contempo «i criteri di necessità, proporzionalità, rispetto della dignità umana e limitazione temporale»³⁷⁹.

Viene in rilievo, ancora una volta, il ricorso a forme alternative alla privazione della libertà nei diversi ambiti in cui questa può realizzarsi, oltre alla necessità di una particolare tutela nei confronti delle persone detenute più vulnerabili o a rischio (ad esempio per le persone anziane o con patologie mediche preesistenti).

Un'attenzione particolare è, ancora una volta, riservata alla tutela dei diritti fondamentali laddove si stabilisce «La irriducibilità di diritti fondamentali: il diritto a mantenere un adeguato livello di igiene personale, il diritto all'attività all'aperto (almeno un'ora al giorno)», nonché la «compensazione della restrizione dei contatti con forme di comunicazione alternative» e la «Garanzia di contatto umano quotidiano alle persone in isolamento sanitario».

Sono poi affermati la «Conservazione delle tutele giuridiche fondamentali (l'accesso a un avvocato, l'accesso a un medico e la notifica della detenzione a una terza persona)» e il «Pieno esercizio dei poteri degli organismi di monitoraggio (qual è per esempio il Garante nazionale) in tutti i luoghi di privazione della libertà

³⁷⁹ *Principle n. 4.*

personale, inclusi quelli in cui le persone vengono messe in quarantena»³⁸⁰.

Infine, anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha emanato una serie di raccomandazioni per quanto attiene alla gestione del Covid-19 in luoghi particolarmente critici (come lo sono le carceri e gli altri luoghi di detenzione penale), in cui le persone sono maggiormente esposte al rischio di contagio a causa della promiscuità in cui vivono, per le condizioni igienico-sanitarie non sempre ottimali e per la mancanza di presidi idonei a rendere gli ambienti sempre sanificati.

Dopo aver dato atto degli interventi normativi che si sono succeduti ed avvicinati in breve tempo, è altresì interessante verificare qual è stata la concreta applicazione dei suddetti interventi.

Per quanto concerne i casi accertati di contagio da Covid-19, sono stati predisposti dei reparti di isolamento sanitario a scopo precauzionale³⁸¹.

Quello che si è potuto registrare è stato un intervento da parte della magistratura di sorveglianza adottato spesso in via generale e non calibrato sulla specifica fattispecie che si andava decidendo. Determinante è stata anche la necessità di intervenire con soluzioni

³⁸⁰ <http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/fdedc460a98a505bc8c83cc10e88d2fe.pdf>.

³⁸¹ Secondo le note pubblicate dal Garante nazionale del 31 marzo 2020 e del 24 aprile 2020, in 156 istituti sono stati allestiti 210 reparti di isolamento sanitario (al 31.3.2020, le persone alloggiate risultavano essere 380).

rapide e ciò si è tradotto, per un verso, in una sempre crescente tendenza a velocizzare le procedure e, per altro, in una serie di provvedimenti volti ad agevolare i permessi, l'affidamento terapeutico e la detenzione domiciliare per coloro che già fruivano del lavoro esterno e della semi-libertà, tutte misure volte ad allentare il più possibile la presenza in carcere, con conseguente diminuzione di possibilità di contagio³⁸².

Al di là delle disposizioni legislative, la gestione delle misure da adottare è stata affidata anche ai provvedimenti amministrativi, alle prassi, senza financo richiedere l'intervento della magistratura.

Prima ancora degli interventi normativi che si sono occupati della gestione Covid in Italia (la l. n. 11 e il dpcm n. 11 dell'8 marzo 2020), si è avvertita la necessità di intervenire al fine di prevenire l'insorgere della malattia all'interno delle mura carcerarie già alla fine del mese di febbraio.

Tali misure hanno di fatto preceduto quelle che poi sono state attuate con i citati provvedimenti, che di seguito si illustrano.

In primo luogo, sul fronte "interno", per quanto riguardava i nuovi ingressi, il legislatore ha previsto l'isolamento per tutti i casi sintomatici, oltre alla possibilità di concedere la detenzione domiciliare; per quanto riguardava, invece, i rapporti con i terzi, e

³⁸² A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza COVID-19*, cit., p. 56.

quindi le occasioni di contatto concesse attraverso lo strumento del colloquio, il dpcm aveva escluso gli incontri in presenza stabilendo che i colloqui potessero avere luogo solo in modalità video o telefonica.

Negli eccezionali casi in cui era consentito il colloquio in presenza, questo doveva avvenire adottando tutte le misure precauzionali del caso e comunque sempre con il rispetto della distanza di sicurezza di due metri.

Ancora, ulteriori misure di sicurezza sono state stabilite anche per la partecipazione alle udienze che dovevano anch'esse avvenire a distanza attraverso l'ausilio video *et similia*.

Al Magistrato di sorveglianza era riconosciuta la possibilità di sospendere la concessione dei permessi premio di cui all'articolo 30-*ter* della legge n. 354 del 1975 e del regime di semilibertà ai sensi dell'articolo 48 della medesima legge e del d.lgs. n. 121 del 2018 (articolo 2, comma 9).

Le misure adottate si ponevano l'obiettivo di contenere il rischio di contagio ma, nei fatti, hanno contribuito all'insorgere di contrasti e violenze da parte dei destinatari dei medesimi.

Animate reazioni si sono registrate in più di un istituto carcerario, come le cronache di quel periodo hanno avuto modo di descrivere, causando feriti e anche morti e culminando con l'intervento da parte dell'autorità giurisdizionale.

Dalla lettura delle norme e, in generale, da tutti provvedimenti, anche di natura *extra* legislativa, che sono stati adottati nel corso dei mesi, emerge un quadro peculiare che dà conto di una serie di difficoltà che già investivano la situazione carceraria prima ancora dell'avvento del Covid-19 e che, negli ultimi mesi, hanno amplificato le problematiche esistenti.

Nell'ambito della realtà carceraria, infatti, appare poco condivisibile un confronto tra una situazione "emergenziale" (dovuta all'epidemia) rispetto ad una precedente di "normalità", discutendosi già molto spesso, anche in tempi non sospetti, di molteplici profili emergenziali della realtà carceraria nei confronti dei quali il legislatore è stato più volte invitato ad intervenire e fronteggiare.

Al di là di queste iniziali considerazioni, tentando di tirare le fila del quadro illustrato nel corso di questo capitolo, è possibile evidenziare due profili di criticità cui sono andati incontro gli strumenti e i mezzi di tutela posti in essere.

Il primo è quello concernente i molteplici, ancora tristemente presenti, profili di irragionevolezza di talune disposizioni.

Ci si riferisce, in particolar modo, alla (mancata) tutela di diritti fondamentali dei detenuti che già prima del Covid meritavano un'attenzione particolare ma che *post* pandemia risultano esserne usciti profondamente sconfitti.

Basti pensare alla forte discriminazione che si è registrata tra i detenuti che, al di fuori del carcere, avevano la disponibilità di un luogo idoneo a poter scontare la pena della detenzione domiciliare e quelli che, invece, non avevano questa possibilità.

Muovendo da questa prospettiva, la condizione economico-sociale del detenuto ha rischiato di generare una vera e propria forma di discriminazione, laddove, invece, avrebbe dovuto essere motivo di attenzione nei confronti di chi già versava in situazioni particolarmente fragili e/o svantaggiate.

Per quanto concerne le possibilità di incontro anche solo virtuali pare che il legislatore non abbia fatto i conti con gli strumenti di cui gode l'amministrazione, molto spesso inadeguati a garantire una proficua forma di collegamento con l'esterno. Strumenti telematici, *skype*, varie piattaforme telematiche etc. non sono, purtroppo, spesso sufficientemente adatti né, da un punto di vista logistico, per numero di postazioni eventualmente disponibili, non compatibili con il numero delle persone detenute, né da un punto di vista tecnico, essendo le linee e il relativo cablaggio non particolarmente performanti.

È evidente, quindi, come il momento di contatto con i familiari esterni, che certamente rappresenta uno dei diritti più importanti per chi è costretto a vivere lontano e in condizioni di isolamento, è

risultato essere profondamente pregiudicato a causa dei reali strumenti di cui dispone l'amministrazione.

Il secondo elemento di criticità emerso durante la fase pandemica è rappresentato dalle risorse finanziarie dell'amministrazione non sempre disponibili e sufficienti a garantire l'attuazione degli strumenti alternativi alla detenzione. Si pensi, in questo caso, alla insufficiente quantità di braccialetti elettronici necessari al fine di monitorare i soggetti potenzialmente destinatari di tale misura.

Infine, sempre da un punto di vista economico, qualche considerazione merita il richiamo da parte delle norme introdotte alla condizione per cui i provvedimenti comunque adottati dall'amministrazione non devono comportare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Un'affermazione di tal guisa appare quantomeno discutibile e poco idonea alla realizzazione di un rinnovato tavolo di strumenti di tutela, considerando le risorse umane, finanziarie e strumentali di cui dispone attualmente l'amministrazione interessata.

Se questi possono essere considerati i profili negativi legati all'emergenza pandemica e nell'ambito dei quali gli interventi legislativi sono apparsi insufficienti, occorre comunque dare atto di quello che può definirsi come il rovescio della medaglia e che è

rappresentato, per converso, dagli aspetti che, anche se per causa di forza maggiore, si sono verificati.

In primo luogo, sono da accogliere positivamente i profili di snellezza e celerità che, giocoforza, hanno caratterizzato i procedimenti giurisdizionali degli ultimi mesi; in secondo luogo, sempre al fine ultimo di ridurre, laddove ciò fosse possibile, il numero della popolazione carceraria, è valutata positivamente dalla dottrina la possibilità di concedere licenze premio straordinarie per chi si trova in regime di semilibertà, anche in deroga ai limiti temporali massimi previsti e – potenzialmente – per un periodo di tempo anche significativo³⁸³.

Infine, ultimo aspetto senz'altro positivo è quello relativo all'utilizzo delle tecnologie rispetto al quale, peraltro, è auspicabile un continuo ricorso anche adesso che l'emergenza è finita.

Sulla scorta di tali ultime osservazioni, dunque, si evidenzia come le esigenze della realtà carceraria non sono poi così lontane e avulse da quella sociale di chi vive in libertà. Gli strumenti che sono stati utilizzati all'interno delle carceri sono, praticamente, i medesimi, che il legislatore ha predisposto per la generalità dei consociati: utilizzo di strumenti e piattaforme telematiche per lo

³⁸³ Art. 124 d.l. n. 17/2020.

svolgimento di colloqui a distanza, distanziamento sociale (ove fosse necessario interloquire in presenza), etc.

7.4 Il caso Cospito.

Negli ultimi mesi è stato oggetto di discussione mediatica³⁸⁴, oltre che dottrinale e giurisprudenziale, un caso particolarmente delicato, definito da taluni autori un *hard case*³⁸⁵, che riguarda il diritto alla salute dei detenuti sottoposti al regime speciale dell'art. 41-*bis* ord. pen. e, in particolare, la vicenda trae spunto da uno sciopero della fame indetto dal detenuto Alfredo Cospito.

Posto che, se esistesse una pseudo gerarchia tra i diritti inviolabili dell'uomo, il diritto alla salute si collocherebbe verosimilmente al vertice della stessa, vale la pena trattare anche in questa sede tale vicenda soprattutto per gli importanti risvolti che la stessa ha determinato e che sono da ultimo sfociati nella sent. n. 94 del 2023 della Corte costituzionale.

Occorre sin da subito evidenziare come il *decisum* della Corte costituzionale nella citata sentenza non affronti propriamente il diritto alla salute del detenuto; tuttavia, si è ritenuto comunque necessario trattare, a conclusione di questo capitolo, la questione per le rilevanti conseguenze che, indirettamente, ne sono derivate.

³⁸⁴ M. DONINI, *Serve un martire della legge per cambiare il 41-bis?*, in *Il riformista*, 2023; G. FIANDACA, *Il carcere da salvare*, in *Il foglio quotidiano*, 2023; G. ZAGREBELSKY, *Cospito, la coscienza e la Costituzione*, in *La Stampa*, 2023.

³⁸⁵ G.L. GATTA, *Estremismo ideologico dal carcere e 41 bis: dalla cassazione nuovi spunti di riflessione sul caso Cospito*, in *Sistema Penale*, 4/2023, p. 33.

Prima di entrare nel merito della questione occorre ripercorrere brevemente i tratti essenziali della vicenda processuale di Alfredo Cospito che lo hanno portato ad essere condannato a scontare la pena del cd. “carcere duro”. Cospito è detenuto in carcere dal 2012 ed è stato condannato alla pena di trent’anni di reclusione quale risultato del cumulo di più pene a lui inflitte per la commissione, fra gli altri, dei seguenti reati: associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico³⁸⁶, attentato con finalità terroristiche o di eversione, con esito di lesioni personali³⁸⁷, istigazione a delinquere³⁸⁸. È stato, ancora, condannato per istigazione a delinquere e per l’attentato del 2012 posto in essere nei confronti di Roberto Adinolfi.

Alfredo Cospito è stato riconosciuto come organizzatore e capo della organizzazione eversiva Rivolta Anonima e Tremenda/ Federazione Anarchica Informale (R.A.T./F.A.I.), costituita nel 2003 che si propone “la distruzione dello Stato e del capitale”³⁸⁹.

I fatti oggetto di contestazione, come riportati nell’ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, si sono verificati nella notte tra il 2 e il 3 giugno del 2006 quando Alfredo Cospito – in concorso con una persona coimputata – «al fine di

³⁸⁶ Art. 270-bis c.p. “*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico*”.

³⁸⁷ Art. 280, co. 2 c.p. “*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*”.

³⁸⁸ Art. 414 c.p. “*Istigazione a delinquere*”.

³⁸⁹ G.L. GATTA, *Estremismo ideologico dal carcere e 41 bis*, cit., p. 31.

attentare alla sicurezza dello Stato mediante l'uccisione di un numero indeterminato di esponenti delle forze dell'ordine, ha collocato due dispositivi ad alto potenziale esplosivo nei pressi di uno degli ingressi della scuola Allievi Carabinieri di Fossano»³⁹⁰.

Per la commissione del reato i soggetti agenti hanno realizzato la cd. "tecnica del richiamo" che consiste, in particolare, nel «far esplodere un ordigno di ridotta potenzialità offensiva per attirare sul posto appartenenti alle Forze dell'Ordine o soccorritori, con l'intento di attingere questi ultimi con un secondo e più potente ordigno collocato a breve distanza e programmato per esplodere dopo un lasso temporale sufficiente ad assicurare la presenza sul posto degli obiettivi prefissati»³⁹¹.

Nel dettaglio, «gli ordigni contenevano cinquecento grammi di polvere pirica ciascuno ed erano dotati di un sistema di attivazione temporizzato che ne aveva determinata la deflagrazione ad un intervallo di tempo precedentemente programmato di circa mezz'ora l'uno dall'altro, tale da massimizzare gli effetti letali dell'esplosione»³⁹². Solo per circostanze del tutto sopravvenute ed occasionali l'attentato non ha provocato danni alle persone ma ha solo cagionato limitati danni alle cose.

³⁹⁰ Corte cost. sent. n. 94 del 2023, in particolare punto 1.1. del *Ritenuto in fatto*.

³⁹¹ Corte cass. sez. II n. 38184 del 2022.

³⁹² Ordinanza di rimessione n. 14 del 2022 della Corte d'assise d'appello di Torino.

La questione è stata sollevata dinanzi alla Corte costituzionale a causa di un corto circuito sviluppatosi nel dialogo tra i giudici di primo e secondo grado, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro, a seguito del quale l'intervento del giudice costituzionale si è reso necessario al fine di dipanare l'annosa questione.

La *quaestio*, in particolare, concerne il *nomen iuris* del fatto di reato ascritto all'imputato poiché, a seconda della qualificazione giuridica attribuita durante l'*iter* processuale, rilevano conseguenze penali molto diverse tra loro al punto tale da sottoporre la questione ad un giudizio di legittimità.

In primo – e in secondo – grado il giudice di merito ha ritenuto che il fatto di reato meritasse di essere qualificato come delitto di strage “comune”³⁹³ poiché, nel caso concreto, secondo il parere del giudice di *prime cure*, l'elemento psicologico di Cospito non si configurava quale specifica volontà di arrecare un'offesa, sotto il profilo della sicurezza, alla personalità dello Stato.

Il Giudice di legittimità, invece, proprio facendo leva sulla volontà del reo di arrecare danno non a comuni cittadini³⁹⁴ ma a «simbolici rappresentanti delle forze dell'ordine, articolazione importante dei pubblici poteri, corpo adibito precipuamente a tutelare

³⁹³ Art. 422 c.p. “Strage”.

³⁹⁴ F. ALMA, *Caso Cospito (Scuola allievi Carabinieri di Fossano): sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla quale dipende la condanna all'ergastolo*, in *Sistema Penale*, 2/2023, p. 60.

la sicurezza dello Stato»³⁹⁵ ha riqualificato il reato come strage “politica”³⁹⁶.

La vicenda, tuttavia, si è ulteriormente complicata a causa di due profili problematici emersi nel caso *de quo* e che hanno contribuito a rendere la questione particolarmente controversa al punto tale da chiedere l'intervento della Corte costituzionale.

Si tratta, in particolare, per un verso, della particolare situazione in cui versa il Cospito il quale, per i reati commessi e illustrati brevemente in fase introduttiva, è stato dichiarato recidivo reiterato ai sensi dell'art. 99 co. 4 c.p. e che potrebbe rappresentare l'aspetto “soggettivo” e, per altro, del comma 4³⁹⁷ dell'art. 69 c.p.,

³⁹⁵ Corte cass. sez. II n. 38184 del 2022.

³⁹⁶ Art. 285 c.p. “*Devastazione, saccheggio e strage*”.

Si tratta di un argomento già noto alla Corte costituzionale che si è ripetutamente espressa con riferimento a singoli reati e a specifiche circostanze attenuanti, in quelle occasioni il divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo: nella sent. n. 143 del 2021 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma già nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della circostanza attenuante del fatto di lieve entità relativo al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione; nella sent. n. 251 del 2012 la Corte ha dichiarato l'illegittimità cost. nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza); sempre con riferimento alla disciplina degli stupefacenti si segnala la sent. n. 74 del 2016; sent. n. 105 del 2014 in cui si afferma come l'art. 69 co. 4 c.p., nel precludere relativamente al reato di ricettazione la prevalenza dell'attenuante del fatto di «particolare tenuità» sulla recidiva reiterata, determina conseguenze manifestamente irragionevoli sul piano sanzionatorio per la riconducibilità alla medesima cornice edittale di due fatti che lo stesso legislatore riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, dal momento che «[l]e differenti comminatorie edittali del primo e del secondo comma dell'art. 648 cod. pen. rispecchiano le diverse caratteristiche oggettive delle due fattispecie, sul piano dell'offensività»; sent. n. 106 del 2014 in relazione al divieto di prevalenza della circostanza attenuante concernente i «casi di minore gravità» di violenza sessuale cui all'art. 609-*bis*, terzo

norma introdotta nel 2005³⁹⁸ nel nostro ordinamento che prevede il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata e che potrebbe assurgere ad elemento “oggettivo”.

La Corte d’Assise d’appello di Torino ha, infatti, sollevato la questione di legittimità costituzionale della citata norma per violazione degli articoli 3 co. 1, 25 co. 2 e 27 co. 3 Cost. nella parte in cui essa comporta – in relazione all’art. 285 c.p. – il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della lieve entità del fatto,

comma, cod. pen. Tale circostanza attenuante si pone «quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell’oggettività giuridica del reato»; ancora si segnala la sent. n. 205 del 2017 in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha riguardato la circostanza attenuante di cui all’art. 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), concernente il «danno patrimoniale di speciale tenuità» cagionato alla massa dei creditori per i reati di bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito. Si è riconosciuto che il trattamento sanzionatorio, significativamente più mite, assicurato ai fatti di bancarotta che hanno determinato un danno patrimoniale di particolare tenuità, «esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l’individuazione della pena concreta verso un’abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato».

In quell’occasione la Corte si pronunciava in termini di contrarietà della norma censurata al principio di uguaglianza ed al principio della determinazione di una pena proporzionata, idonea a tendere alla rieducazione del condannato., sottolineando come l’attenuante del fatto di lieve entità svolga una «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» (p. 6 Considerato in diritto), consentendo una mitigazione della pena in dipendenza di «una valutazione riferita al fatto nel suo complesso, in rapporto all’evento di per sé considerato e alla natura, specie, mezzi, modalità della condotta, nonché all’entità del danno o del pericolo per la persona sequestrata, avuto riguardo alle modalità della privazione della libertà personale e alla portata dell’ingiusto profitto perseguito dall’autore della condotta estorsiva» (p. 7 Considerato in diritto).

³⁹⁸ L. 5 dicembre 2005, n. 251 “*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*”, cd. *Legge ex Cirielli*, denominazione che prende il nome dal suo originario proponente ma che, a seguito delle successive modifiche apportate, ha deciso di ritirare la propria sottoscrizione.

prevista dall'art. 311 c.p., sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata ex art. 99 co. 4 c.p.

In particolare, la censurata disposizione normativa si suppone in contrasto con l'art. 3 Cost. violando, pertanto, il principio di uguaglianza poiché «determinerebbe l'applicazione della medesima pena dell'ergastolo a fatti di differente rilievo penale, equiparando sul piano sanzionatorio, condotte che (...) sono assolutamente diverse con riguardo agli indici previsti dall'art. 311 cod. pen. per la particolare tenuità del danno o del pericolo»³⁹⁹.

La violazione del comma 2 dell'art. 25, invece, si tradurrebbe sul piano pratico nella violazione del principio di offensività, elemento cardine dell'ordinamento penale poiché, secondo la (precedente) formulazione legislativa, la norma censurata non «consentirebbe di adeguare la risposta sanzionatoria alla concreta capacità offensiva della condotta criminosa se il fatto è di lieve entità in relazione alla natura, alla specie, ai mezzi, alle modalità o alle circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, finendo così con attribuire esclusivo rilievo alla pericolosità dell'agente, insita nell'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata»⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Corte cost. sent. n. 94 del 2023, in particolare p. 1.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁰⁰ Corte cost. sent. n. 94 del 2023, in particolare p. 1.1. Il cpv, del *Considerato in diritto*.

In tal senso, un'erronea applicazione della norma rischia, tra l'altro, di configurare una sorta di delitto penale d'autore, figura, questa, non ammessa nel nostro sistema penale.

Infine, si lamenta anche un contrasto con l'art. 27, co. 3 Cost. poiché «l'applicazione della pena fissa dell'ergastolo non consente di adottare una pena proporzionata alla condotta in concreto tenuta dal reo, precludendo la possibilità di assicurare un trattamento sanzionatorio che tenda alla rieducazione del condannato»⁴⁰¹.

Al di là delle questioni giuridiche che ruotano attorno alla vicenda e che hanno richiesto l'intervento della Corte costituzionale, ciò che preme rilevare in questa sede poiché incide in maniera preponderante su un diritto fondamentale di Alfredo Cospito concerne la decisione assunta dallo stesso di iniziare uno sciopero della fame che, per un primo periodo di tempo, è stato assoluto, al punto tale da perdere circa 45 kg in poco tempo e destare la preoccupazione (anche) del personale sanitario chiamato a valutare le condizioni cliniche del paziente-detenuto e che, solo dopo mesi, è stato attenuato introducendo un regime alimentare che, sebbene ancora molto rigido, pare essere più rassicurante in termini di sussistenza e, quindi, quantomeno sufficiente al sostentamento fisico.

⁴⁰¹ Corte cost. sent. n. 94 del 2023, in particolare p. 1.1. III cpv, del *Considerato in diritto*.

Le decisioni assunte dai Magistrati al fine di fronteggiare le condizioni circa lo stato di salute di Alfredo Cospito e di garantirgli la massima tutela che la situazione clinica particolarmente delicata richiedeva hanno anche rischiato di produrre delle conseguenze sul piano dell'ordine pubblico.

L'aggravamento dello stato di salute, infatti, è stato tale da rendere necessario il trasferimento del detenuto dal carcere di Opera alla competente struttura sanitaria, in particolare presso il Reparto di Medicina Penitenziaria dell'Ospedale San Paolo di Milano e ciò ha determinato, in brevissimo tempo, il verificarsi di taluni episodi in cui un gruppo di anarchici ha manifestato in favore della liberazione del compagno dal regime speciale dell'art. 41-*bis* ord. pen. sia presso il nosocomio in cui il detenuto era stato ricoverato sia con un *sit in* svolto in via Arenula a Roma, dinanzi al Ministero di Giustizia.

La condizione di grave infermità fisica che si è determinata in conseguenza dello sciopero della fame indetta dal detenuto non è stata ritenuta dirimente dal Tribunale di Sorveglianza di Milano chiamato a pronunciarsi in merito alla decisione di accogliere l'(ulteriore) istanza avanzata dalla difesa di Cospito con la quale di chiedeva di poter disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, in luogo del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena.

Il Tribunale di Sorveglianza ha rigettato l'istanza affermando come, nel caso concreto, le condizioni di infermità null'altro sono se non la conseguenza diretta di un gesto di protesta libero e consapevole del detenuto⁴⁰². In particolare, richiamando un principio già espresso dai Giudici di legittimità si sottolinea come «non si può pretendere tutela di un diritto abusato ed esercitato in funzione di un risultato estraneo alla sua causa»⁴⁰³.

Il tema del diritto alla salute rappresenta un argomento estremamente delicato del quale si è recentemente parlato anche con riferimento alle condizioni di salute di Matteo Messina Denaro, arrestato – dopo trent'anni di latitanza – proprio in un nosocomio ove si apprestava ad essere sottoposto ad un trattamento sanitario specialistico di cura per la propria condizione clinica.

L'argomento che sta a base della vicenda Cospito è talmente peculiare da non essere destinato a rimanere circoscritto entro le mura di un dibattito meramente giuridico trattando una questione che fisiologicamente coinvolge e si sviluppa anche verso altri importanti ambiti e che ha talora richiesto l'intervento di altri attori che si sono resi protagonisti, per quanto di loro competenza, della questione.

Ci si riferisce, in particolare, al Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.) che è stato chiamato ad esprimersi su una serie di

⁴⁰² Trib. Sorv. Milano, ord. n. 3862 del 2023, in particolare p. 6.

⁴⁰³ Corte di cass. pen., sez. I, n. 39986 del 2019.

quesiti posti dal Ministero di Giustizia⁴⁰⁴ e volti a vagliare la possibilità di eseguire, in caso di imminente pericolo di vita, interventi di nutrizione e rianimazione contro la volontà, precedentemente espressa, da parte di persona che abbia intrapreso uno sciopero della fame⁴⁰⁵.

In estrema sintesi, a dimostrazione della complessità della vicenda e del difficile inquadramento di una risposta (*rectius* soluzione) unitaria, dal documento si evincono tre diverse scuole di pensiero alle quali corrispondono tre distinti orientamenti: in *primis*, il filone interpretativo maggioritario (c.d. posizione A), si ritiene favorevole all'esecuzione di trattamenti salvavita; *in secundis*, una voce minoritaria (c.d. posizione B) auspica il diritto di autodeterminazione terapeutica e dei principi oggi cristallizzati nella l. n. 219 del 2017; infine, l'ultima tesi (c.d. posizione C), senza schierarsi nettamente verso una piuttosto che verso l'altra direzione, rimette la soluzione alla discrezionalità del Parlamento, in quanto ritenuta la sede più idonea ad effettuare tale arduo e delicato

⁴⁰⁴ I quattro i quesiti posti al Presidente del C.N.B Prof. Angelo Luigi Vescovi con nota Prot. GAB. n. 4635.U del 06/02/2023 del Ministero di Giustizia sono facilmente consultabili in quanto allegati (p. 18 e 19) al documento di cui alla nota n. 273.

⁴⁰⁵ F. LAZZERI, *Sciopero della fame e interventi salvavita contro la volontà espressa in precedenza dalla persona detenuta: il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica a margine del caso Cospito*, in *Sistema Penale*, 2023.

L'intero documento è reperibile al link https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1678872213_comitato-nazionale-bioetica-cospito-alimentazione-forzata-risposta-quesiti-ministero.pdf.

bilanciamento, ritenendo che solo un intervento legislativo possa disciplinare i termini della questione.

Gli spunti di riflessione che il caso Cospito ha sollevato sono stati molteplici e si sono senz'altro diramati in direzioni anche diverse tra loro. La dottrina si è interrogata circa il senso di mantenere in vigore il regime dell'art. 41-*bis* ord. pen. nei confronti di Alfredo Cospito⁴⁰⁶ ovvero, anche, sull'opportunità, e ancora prima sulla legittimità, della disciplina in generale dell'art. 41-*bis* ord. pen., in particolare, nella parte in cui individua nel Ministro della Giustizia l'organo competente ad emettere, prorogare ed eventualmente revocare il regime detentivo speciale⁴⁰⁷.

Come si diceva, la vicenda ha prodotto, inoltre, delle conseguenze in termini di legittimità costituzionale.

Occorre sin da subito evidenziare come la questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale concerne taluni aspetti che propriamente esulano dal campo di applicazione dell'argomento centrale di cui qui ci si occupa, per questo motivo si è deciso di trattare solo i tratti salienti della pronuncia e di illustrare nelle linee generali le ragioni che hanno, in definitiva, condotto alla decisione.

⁴⁰⁶ R. CORNELLI, *L'emergere del paradigma penitenziario del "carcere duro". Una breve riflessione sull'applicazione del 41bis ad Alfredo Cospito*, in *Sistema Penale*, 2023.

⁴⁰⁷ A. DELLA BELLA, *Carcere e 41-bis: tra poteri del Ministro della Giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della cassazione*, in *Sistema Penale*, 3/2023, p. 82. La stessa autrice aveva sollevato talune perplessità su *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016.

La Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 94 del 2023 dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata»⁴⁰⁸. L'elemento dirimente ai fini della decisione è rappresentato dal carattere “fisso” ed “indefettibile” della pena dell'ergastolo che rileva come misura sanzionatoria prevista dall'art. 285 c.p.

La rilevanza che la Corte costituzionale attribuisce a tali caratteristiche non dovrebbe sorprendere, posto che è stato più volte affermato come una pena “fissa” è già, di per sé, indiziata di illegittimità costituzionale⁴⁰⁹, poiché, secondo la Corte, le previsioni sanzionatorie rigide non risultano in linea con il «volto costituzionale» del sistema penale⁴¹⁰ e, pertanto, le conclusioni cui giunge la Corte nella sentenza in commento valgono anche, più in generale, per ogni altro reato che contempra il medesimo trattamento sanzionatorio qualora, anche in quel caso, operi il divieto di prevalenza delle attenuanti.

⁴⁰⁸ Comunicato della Corte costituzionale del 12 maggio 2023 il cui contenuto era già stato anticipato nel precedente comunicato del 18 aprile 2023.

⁴⁰⁹ Corte cost. sent. n. 67 del 1963; sent. n. 104 del 1968; sent. n. 222 del 2018 mentre nell'ambito delle sanzioni amministrative accessorie si segnalano: sent. n. 88 del 2019 e sent. n. 246 del 2022.

⁴¹⁰ Corte cost. sent. n. 94 del 2023.

Alla luce già di queste brevi considerazioni introduttive, posto che l'art. 285 c.p. punisce con l'ergastolo «chiunque, allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato, commette un fatto diretto a portare la devastazione, il saccheggio o la strage nel territorio dello Stato o in una parte di esso», qualora si applichino l'aggravante della recidiva reiterata e il divieto di prevalenza delle attenuanti, la pena dell'ergastolo diventa “fissa” ed “indefettibile” caratteri che, a parere del Giudice delle leggi non dovrebbero, invece, echeggiare nell'ordinamento penale poiché determinano per il condannato un trattamento irragionevolmente *in peius*.

Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, invece, affinché l'equilibrio costituzionale non risulti alterato con riferimento ai parametri evocati dal giudice *a quo*, in caso di recidiva reiterata non deve ritenersi precluso l'ordinario bilanciamento delle circostanze attenuanti del reato che, qualora siano ritenute dal giudice prevalenti ovvero esclusive sulle aggravanti, comportano l'applicazione della pena detentiva da un minimo edittale di venti anni ad un massimo di ventiquattro⁴¹¹ in luogo della pena dell'ergastolo.

Si tratta dunque di una valutazione da rendere caso per caso poiché, alla luce della dichiarazione di illegittimità costituzionale, il

⁴¹¹ Art. 65 c.p. “*Diminuzione di pena nel caso di una sola circostanza attenuante*”.

giudice del caso concreto chiamato a determinare il *quantum* della pena di un soggetto recidivo ai sensi dell'art. 99, co. 4, c.p. nei casi di un delitto che prevede la misura dell'ergastolo potrà effettuare il bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. in tutti i casi contemplati dalla norma valutando le attenuanti: sub-valenti (primo comma), prevalenti (secondo comma) ovvero equivalenti (terzo comma) rispetto alla recidiva reiterata.

Le *rationes decidendi* che hanno favorito l'approdo alle conclusioni appena illustrate sono sottese a taluni principi che si pongono in posizione di continuità nelle precedenti decisioni e che, brevemente, si snodano nelle seguenti tre argomentazioni principali.

In primo luogo, sotto il profilo oggettivo, la Corte costituzionale ha fatto leva sulla forbice – particolarmente ampia – esistente tra la pena base prevista per il reato non circostanziato e quella risultante dall'applicazione dell'attenuante. La preclusione al giudizio di bilanciamento tra le circostanze determina una «alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»⁴¹² perché comporta l'applicazione di pene identiche per violazioni legislative che invece sono connotate da rilievi penali diversi.

⁴¹² Corte cost. sent. n. 251 del 2012.

In secondo luogo, altro elemento utilizzato dalla Corte ha riguardato la valorizzazione del comune denominatore proprio di talune circostanze attenuanti che si concretizza nell'esigenza di bilanciare l'ampiezza della fattispecie di reato non circostanziato che accomuna condotte tra loro diverse e che devono essere differenziate nella determinazione del trattamento sanzionatorio⁴¹³.

Infine, sotto il profilo soggettivo, in alcune pronunce ha assunto particolare rilievo il carattere personale della responsabilità penale e, in particolare, la ridotta rimproverabilità soggettiva del reo.

Il riferimento è alla circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p. che si fonda su un minor grado di discernimento per l'autore che si trovi in questa situazione e che si riflette anche sulla minore capacità di controllo dei propri impulsi. In questo caso, la Corte ha affermato come «principio di proporzionalità della pena desumibile dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. esige insomma, in via generale, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto»⁴¹⁴.

La circostanza di cui all'art. 116, co. 2 c.p., speciale forma della cd. *aberratio delicti* in concorso di persone nel reato, invece, svolge la «funzione di necessario riequilibrio del trattamento

⁴¹³ Corte cost. sent. n. 94 del 2023, in particolare p. 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁴¹⁴ Corte cost. sent. n. 73 del 2020.

sanzionatorio»⁴¹⁵. La pena per il concorrente, che risponde sebbene l'evento sia diverso da quello voluto e qualora questo sia la conseguenza di una sua azione od omissione, risulta essere riequilibrata proprio a seguito dell'applicazione dell'attenuante che «concorre a sorreggere la tenuta costituzionale di questa eccezionale fattispecie di responsabilità penale».

Il caso Cospito si inserisce così nel solco della delicatissima tematica inerente la tutela del diritto alla salute dei detenuti sottoposti all'art. 41-*bis* ord. pen.

In questo specifico caso, tuttavia, la questione, sebbene strettamente connessa, si sviluppa seguendo un filone diverso rispetto a talune vicende che pure hanno riguardato questo argomento. Ci si riferisce al confronto con quanto accaduto nei casi – già citati – di Provenzano e Riina nell'ambito dei quali la lesione del diritto fondamentale si sarebbe realizzata come conseguenza degli interventi giurisprudenziali.

La vicenda del Cospito, per converso, assume i contorni della peculiarità poiché ad essere sottoposto ad un bilanciamento tra diritti fondamentali non è il diritto (attivo) alle cure quanto, piuttosto, sulla scorta del comportamento posto in essere dal detenuto, il diritto fondamentale all'autodeterminazione il quale, nel caso specifico,

⁴¹⁵ Corte cost. sent. n. 55 del 2021.

pare essere declinato nella sua accezione di “non curarsi” o meglio di “non alimentarsi”.

Il contesto “sociale” del Cospito rende la situazione ancora più problematica e ancor più ricca di spunti di riflessione poiché ricercare un equilibrio tra – tutti – gli interessi confliggenti (tutti parimenti meritevoli di tutela) si configura come un’operazione assai ardua e, ad ogni modo, non pare prefigurare una soluzione unitaria.

Uno degli elementi di discussione attorno al quale si sono sviluppate talune critiche, mosse non esclusivamente da esperti del diritto, riguarda quanto, effettivamente, la scelta del detenuto di non volersi alimentare potesse rientrare nell’ambito della richiamata libertà di autodeterminazione (la quale, in quanto espressione del rispetto della dignità dell’uomo, dovrebbe essere riconosciuta ad ogni individuo) ovvero se la suddetta decisione possa essere interpretata come una sorta di “ricatto morale” attraverso il quale Cospito abbia voluto “sfidare” l’Amministrazione al fine di ottenere un risultato che, altrimenti, non avrebbe avuto modo di realizzare.

Talune osservazioni sviluppate nell’ambito dalle varie scuole di pensiero che si sono contese il campo in questo dibattito hanno evidenziato, ancora una volta, come esistano ancora oggi dei filoni interpretativi per i quali la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti speciali non sempre sia meritevole di un totale riconoscimento ma che, per converso, il regime particolarmente severo cui sono stati

condannati abbia anche la capacità di confinarli entro le mura delle loro volontà le quali, nell'arduo bilanciamento già più volte citato, devono fare un passo indietro e dare spazio ad altri interessi che, nell'odierna società, sembrano meritare maggiore tutela.

L'intervento della Corte costituzionale, inoltre, suggerisce come, sebbene siano trascorsi anni dalla sua entrata in vigore, la disposizione di cui alla disciplina speciale presenti ancora qualche elemento di incertezza al punto tale da non escludere che il percorso legislativo della norma possa essere giunto ad una definitiva fase di arresto. Al di là del contenuto della disposizione, le vicende che si sono susseguite e di cui si è dato atto dimostrano come, in realtà, probabilmente, sia difficile immaginare una univoca applicazione dell'art. 41-*bis* ord. pen. ma che sia più opportuno analizzare le singole situazioni al fine di "adattare" la disciplina (e, di conseguenza, i suoi effetti) alle stesse che, inevitabilmente, presentano caratteristiche, oggettive o soggettive, molto eterogenee tra di loro.

8 IL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ E, IN PARTICOLARE, L’ACCESSO ALLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA PER I DETENUTI ALL’ART. 41-BIS ORD. PEN. QUALI INTERESSI RECLAMANO TUTELA?

8.1 Introduzione.

Tra i diritti fondamentali riconosciuti ai detenuti rientra quello alla genitorialità, tutelato a livello sovranazionale dalla Raccomandazione europea del 4 aprile 2018⁴¹⁶ e – seppur con i limiti sollevati in merito al *quomodo* – accolto in dottrina⁴¹⁷ e in giurisprudenza⁴¹⁸. Nonostante il riconoscimento normativo e giurisprudenziale, l’effettivo esercizio di questo diritto rimane, però, piuttosto complesso per chi accede all’istituto penitenziario già genitore (specie in tempi di pandemia⁴¹⁹), ma ancora più

⁴¹⁶ Recommendation CM/Rec (2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents.

⁴¹⁷ G. BALDISSERA, *Genitorialità in carcere: il diritto del genitore detenuto di mantenere il legame con il figlio e superiore interesse del minore, tra legislazione nazionale e sovranazionale*, in *iusinitinere.it*, 2019; G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell’ordinamento penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2017; M. PICCHI, *La tutela dell’interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d’incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell’accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum di Quad. cost.*, 3/2019.

⁴¹⁸ Corte cost. sent. n. 76 del 2017 e sent. n. 174 del 2018.

⁴¹⁹ Gli innumerevoli disagi causati dal COVID-19 non hanno risparmiato i rapporti tra detenuti e rispettivi familiari nei confronti dei quali il Governo ha tentato di dare una regolamentazione attraverso plurimi interventi normativi che, nel corso dei mesi, si sono

problematico è, per ovvie ragioni, il diritto a “diventare genitore” durante il periodo di reclusione. Questo problema è poi ulteriormente amplificato nel caso dei condannati al c.d. “fine pena mai” ai quali l’esercizio fisiologico di tale diritto parrebbe essere materialmente precluso.

Si tratta di un desiderio difficilmente contestabile a qualsiasi essere umano che lo voglia esercitare liberamente; tuttavia, nei confronti dei detenuti (soprattutto se condannati all’ergastolo), assume contorni estremamente delicati che riguardano non solo i “protagonisti” (padre e madre), ma anche i “destinatari”, cioè i figli che inevitabilmente si troveranno nella condizione di vivere un

avvicinati. Nella prima fase emergenziale, a norma dell’art. 2, co. 8 d.l. n. 11/2020, i colloqui dovevano svolgersi esclusivamente a distanza, attraverso apparecchiature e collegamenti messi a disposizione dall’amministrazione penitenziaria e minorile ovvero mediante corrispondenza telefonica, la quale però, in deroga all’art. 39, co. 2, d.p.r. n. 230/2000 e all’art. 19, co. 1, d.lgs. n. 121/2018, poteva essere autorizzata anche più di una volta a settimana (per condannati ed internati) e più di otto volte al mese (per i detenuti minorenni).

L’amministrazione penitenziaria, al fine di realizzare il concesso incremento dei contatti virtuali, oltre Skype (già in uso all’interno degli istituti penitenziari) ha autorizzato anche l’ingresso di Whatsapp, garantendo video-colloqui gratuiti per tutti i detenuti, anche se appartenenti al circuito di alta sicurezza. Tra le altre, queste nuove modalità sono state regolate dalla Circolare D.A.P. 21 marzo 2020: “Colloqui detenuti con i propri familiari”.

A decorrere dal 19 maggio 2020, l’art. 4 del d.l. n. 29/2020 ha (ri)autorizzato i colloqui in presenza, ma il loro numero massimo doveva essere stabilito dal Direttore dell’istituto penitenziario e dell’istituto penale per minorenni, sentiti, rispettivamente, il provveditore regionale dell’amministrazione penitenziaria e il dirigente del centro per la giustizia minorile, nonché l’autorità sanitaria regionale in persona del Presidente della Giunta della Regione. Le specifiche modalità di attuazione, in questo caso, sono state regolate dalla Circolare D.A.P. 12 maggio 2020 “Ripresa dello svolgimento dei colloqui di cui agli artt. 18 legge 354 del 1975 e 37 del D.P.R. 230 del 2000”.

rapporto a dir poco “discontinuo” con il genitore condannato⁴²⁰, oltre ovviamente al “contesto” in cui uno o entrambi i genitori si trovano.

Prima, però, di occuparci di questo – delicatissimo – profilo, occorre fare un passo indietro e valutare se, e come, sia possibile per costoro diventare genitori, posto che i permessi premio previsti dall’art. 30-ter ord. pen.⁴²¹ potrebbero non essere sufficienti.

8.2 La procreazione medicalmente assistita: una reale possibilità per i detenuti?

Esclusa la strada per così dire naturale, l’alternativa già discussa in giurisprudenza è data dalla possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)⁴²². Una modalità che *prima facie* può apparire non del tutto coerente con il quadro normativo vigente, poiché la (mera) detenzione non è

⁴²⁰ Sulla necessità di disciplinare la PMA in modo che sia assicurato «*il diritto del figlio ad avere una famiglia e a crescere in un ambiente domestico idoneo*» si è anche espresso il Parlamento Europeo nella Risoluzione del 16 marzo 1989 sui “*Problemi etici e giuridici della fecondazione artificiale*”.

⁴²¹ Ai sensi dell’art. 30-ter, co. 1, ord. pen., i permessi premio, volti a coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro, possono essere concessi dal Magistrato di sorveglianza (sentito il direttore dell’istituto) ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi. La loro durata, che non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione, non può superare i quindici giorni.

⁴²² Il diritto per i detenuti ad accedere a questi trattamenti è definito dalla dottrina come «*diritto di natura giurisdizionale*», così S. TALINI, *Famiglia e carcere*, in F. GIUFFRÈ e I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013, Napoli, pp. 537 ss. ma spec. pp. 549 ss. Sempre su questo tema V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *dirittifondamentali.it*, 2014.

annoverata tra le condizioni di accessibilità al trattamento contemplate dalla legge 40/2004⁴²³, né, allo stato, tra quelle suggerite, *ad adiuvandum*, dal Giudice costituzionale.

Per quanto riguarda le condizioni normative, infatti, la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) cristallizza agli articoli 4 e 5 i requisiti – di ordine oggettivo e soggettivo – necessari al fine di accedere alle tecniche di PMA. Sulla scorta delle citate disposizioni, infatti, possono accedervi le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5), quando non sia possibile «rimuovere (...) le cause impeditive della procreazione» ovvero nei casi di «sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico» nonché, ancora, nei «casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». (art. 4).

Per quanto invece concerne l'intervento giurisprudenziale, un ulteriore passo avanti si è registrato nel 2015 quando la Corte costituzionale, nella sentenza n. 96, ha dichiarato l'irragionevolezza della norma di cui sopra in quanto preclusiva della fecondazione artificiale alle «coppie fertili [ma] affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (...) di

⁴²³ L. n. 40/2004, artt. 4 e 5.

trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni»⁴²⁴. La declaratoria di illegittimità ha così eliminato l'originario «divario (...) tra coppie infertili portatrici di malattie genetiche, e coppie fertili, ugualmente portatrici ma che, in quanto escluse dal trattamento, potevano solo ricorrere ad esami diagnostici durante la gravidanza, eventualmente giungendo ad interromperla con un intervento ben più traumatico, sia fisicamente che psicologicamente»⁴²⁵.

La sentenza appena citata, in realtà, apre le porte, nel nostro ordinamento, ad un diritto già riconosciuto dalla Corte di Strasburgo⁴²⁶ ad una coppia italiana la quale – avendo già una figlia affetta dalla medesima malattia – aveva fatto ricorso alla Corte EDU – anziché alla Corte costituzionale italiana (con buona pace dell'art. 35 CEDU⁴²⁷) – lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione che sarebbe stata prodotta dal divieto di diagnosi genetica pre-impianto, previsto dalla l. n. 40/2004.

⁴²⁴ Corte cost., sent. 96 del 2015, in particolare p. 9 del *Considerato in diritto*.

⁴²⁵ I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2015, p. 3.

⁴²⁶ Corte edu, II Sezione, Costa e Pavan c. Italia, 28 agosto 2012, ricorso n. 54270/10. Per un approfondimento si rinvia a C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra Procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1/2013.

⁴²⁷ C. MASCIOTTA, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

Sebbene, dunque, lo stato detentivo non rientri nel novero delle possibilità che l'ordinamento contempla per l'accesso alla PMA, l'apparente esclusione normativa potrebbe non rappresentare un motivo ostativo, come peraltro già riconosciuto da alcune pronunce⁴²⁸, che, anche a livello europeo⁴²⁹, si sono occupate della questione.

8.3 I precedenti giurisprudenziali.

Le decisioni cui si accennava non sono pienamente sovrapponibili poiché, sebbene si occupino entrambe del medesimo diritto, si differenziano per un elemento chiave, rappresentato dallo stato patologico, in cui si trovavano le coppie italiane e sul quale il giudice si “appiglia” al fine di autorizzare l'accesso alla PMA, da quello, per converso, fisiologico del detenuto (nel caso specifico) inglese, costretto alle tecniche mediche esclusivamente a causa della lontananza dal partner.

Nel caso *Dickson v. UK*, infatti, la Corte europea accoglie il ricorso per violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto *artificial insemination remained the only*

⁴²⁸ Corte cass. sent. n. 7791 del 2008 e sent. n. 11259 del 2009.

⁴²⁹ Corte EDU, Grande Camera, ricorso n. 44362/04, 4 dicembre 2007.

*realistic hope of the applicants*⁴³⁰, e antepone, quindi, il diritto alla genitorialità – soprattutto – della madre (libera) rispetto al benessere del nascituro che dovrà vivere gli anni della sua infanzia senza la figura paterna.

Nelle pronunce italiane, invece, l'accesso alle tecniche di PMA per i detenuti è stato autorizzato solo quando «risulta(va) medicalmente accertata la patologia giustificativa del trattamento invocato»⁴³¹ e non, quindi, per garantire il diritto alla procreazione in sé⁴³². Sebbene non raggiungano il livello di tutela del Giudice europeo, tali decisioni rappresentano un importante traguardo del nostro ordinamento poiché continuano quel processo di “umanizzazione” dei diritti di chi è sottoposto alla limitazione della libertà personale, avviato per la prima volta – solo – nel 1999 con la sentenza n. 26 della Corte costituzionale.

Il primo caso, inoltre, è particolarmente interessante poiché dà conto del generale disorientamento presente nel nostro ordinamento che, a causa dell'assenza di una disciplina *ad hoc*, diventa risolvibile ricorrendo alle Supreme magistrature.

⁴³⁰ Punto 72: «*there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*».

⁴³¹ Corte cass., sent. n. 7791 del 2008.

⁴³² Nella sentenza n. 20673/2007, la medesima Sezione della Corte di cassazione aveva negato l'accesso alle tecniche di PMA ad un detenuto perché in quel caso non era stata riscontrata alcuna patologia che giustificasse il trattamento medico.

Nella sentenza n. 7791/2008, la Corte di cassazione accoglie il ricorso proposto da un detenuto il cui diritto ad accedere alla PMA era stato autorizzato dal Tribunale di Palermo⁴³³ – prima – ma negato dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria – successivamente. Tale discrasia era dovuta al fatto che, mentre il Tribunale siciliano, una volta accertato lo stato patologico all'interno della coppia⁴³⁴, non riscontrava nella reclusione un motivo ostativo alla PMA, a parere dell'amministrazione, invece, non esistevano delle ragioni valide al fine di autorizzare il trattamento sanitario *ex art. 11 ord. pen.* (cioè «in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura»⁴³⁵); sussistevano, piuttosto, delle finalità preventive connesse alla custodia di soggetti inseriti nel circuito speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. e, infine, a causa della detenzione del detenuto-padre, non si sarebbe realizzata la “massima tutela del nascituro”, pur sempre postulata dalla l. n. 40/2004.

⁴³³ Il ricorrente era stato autorizzato, in data 29 maggio 2006, dal G.U.P. presso il Tribunale di Palermo ed in data 26 settembre 2006 dal Presidente della Corte di Assise di Palermo al fine di consentire alla moglie "di accedere alla procreazione medicalmente assistita, mentre il DAP, investito con nota del 31 gennaio 2007, aveva negato l'autorizzazione al prelievo poiché la L. n. 40/2004 postulerebbe la massima tutela del nascituro, nel caso concreto non realizzabile attesa la situazione di detenzione del genitore; le prestazioni sanitarie connesse alla procreazione assistita non possono essere autorizzate ai sensi dell'art. 11 ord. pen. e, infine, perché sussistono, comunque, finalità preventive connesse alla custodia di soggetti inseriti nel circuito speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen.”

⁴³⁴ Nel caso specifico alla moglie del detenuto era stata diagnosticata una “anovularietà cronica” quale causa di infertilità.

⁴³⁵ Art. 11, co. 2 ord. pen.

Una volta posti sul piatto della bilancia i rispettivi diritti e valori, quelli prospettati dal Tribunale di Palermo hanno avuto un peso maggiore e hanno ottenuto il *placet* della Corte di cassazione poiché, come anche la Corte costituzionale non ha mancato, in più occasioni, di segnalare, a partire dalla sentenza sopra citata, solo «il trattamento penitenziario (...) conforme ad umanità e (...) rispettoso della dignità della persona»⁴³⁶, può tendere al proficuo perseguimento dell'obiettivo costituzionale della rieducazione del condannato.

Il processo di riconoscimento dei diritti dei detenuti è, nel nostro ordinamento, graduale ma costante.

La sentenza n. 11259/2009 della Corte di cassazione aggiunge, infatti, un ulteriore tassello al quadro dei diritti dei detenuti poiché legittima l'accesso alla PMA anche qualora la causa patologica non sia tra quelle indicate dalla l. n. 40/2004 ma possa essere dedotta, indirettamente, attraverso un'interpretazione estensiva delle linee guida espresse con decreto del Ministero della salute del 2008.

In questo caso l'autorizzazione era stata negata dal Magistrato di sorveglianza perché l'“epatopatia HCV” (di cui era affetto il detenuto), pur essendo una malattia sessualmente trasmissibile, non è causa di infertilità o di sterilità né, tantomeno, potevano essere

⁴³⁶ Corte cost. sent. n. 26 del 1999.

attuare le citate linee guida (le quali, invece, includevano la patologia quale condizione che, a causa dell'elevato rischio di trasmissione al partner ed al feto, induceva *oggettivamente* ad una situazione di infertilità e di infertilità), poiché si trattava di fonte regolamentare, subordinata alla legge.

All'esito del processo, trovano, anche in questo secondo caso, piena tutela i diritti del detenuto poiché «il sacrificio imposto alla persona ristretta non deve mai eccedere il minimo necessario ai fini di sicurezza, e, posta la rilevanza primaria dei diritti umani connessi all'anzidetta funzione riproduttiva, la riconosciuta tutelabilità deve trovare ragionevole e positiva espansione, in un equo temperamento delle esigenze in gioco»⁴³⁷.

Sulla scorta delle vicende, seppur sommariamente descritte, si evince come dopo tanto (troppo) tempo, i diritti dei detenuti si apprestino a vivere una nuova fase in cui ricevono tutela in quanto “*diritti*” e non perché diritti “*dei detenuti*”, superando così il cono d'ombra che per anni li ha oscurati e che era generato dal loro stato detentivo. I precedenti giurisprudenziali citati sono significativi proprio perché danno conto di un nuovo varco che pare aprirsi nella giurisprudenza di legittimità (mentre più restii appaiono ancora i giudici di prime cure) e che, nell'incessante movimento che

⁴³⁷ Corte cass., sent. n. 11259/2009.

caratterizza la tutela di tutti i diritti– ma in special modo di quelli fondamentali –, è facile presumere che non si sia del tutto arrestato.

8.4 I diritti coinvolti.

Sin da queste prime battute si evince come il tema sia estremamente complesso e ricco di implicazioni non solo di natura giuridica ma anche morale e sociale.

Emergono diritti e valori inviolabili, al di là dell'indiscusso e già pacificamente accolto valore della dignità⁴³⁸, che non possono essere annullati neanche a causa della restrizione della libertà personale⁴³⁹.

Il diritto all'affettività rientra certamente nel novero di questi diritti fondamentali perché rappresenta, per un verso, la chiave di volta necessaria per preservare il senso di umanità della pena e, per altro, il corollario della finalità rieducativa della stessa, in modo da mantenere il carattere dell'individuo come *homo socialis* anche durante il periodo di esecuzione della pena⁴⁴⁰.

⁴³⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2014, 3 ss., secondo cui la dignità è valore refrattario a soggiacere a bilanciamento alcuno, ponendosi piuttosto come la «bilancia» su cui di dispongono i beni della vita partecipati delle operazioni di ponderazione assiologica. Sulla dignità dei detenuti si rinvia, inoltre, a M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, 4/2011; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

⁴³⁹ Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

⁴⁴⁰ Corte cost., sent. n. 301 del 2012. Questa decisione è particolarmente interessante perché, nonostante l'inammissibilità della questione per omessa descrizione «della fattispecie

Al fine di garantire pienamente il diritto all'affettività, nei termini suddetti, potrebbe rivelarsi prezioso anche il riconoscimento del diritto di accesso alle tecniche di PMA per i detenuti condannati all'art. 41-*bis* ord. pen., cioè di quei soggetti nei cui confronti lo Stato ha riservato un trattamento più rigido poiché esponenti di organizzazione criminali mafiose o terroristiche⁴⁴¹. Non è questione irrilevante poiché se il suo rifiuto conferma la volontà del legislatore del 1986 di riservare un regime speciale di "carcere duro", consentirne l'accesso presuppone l'effettivo esercizio di diritti costituzionali⁴⁴² e di altri di derivazione europea⁴⁴³ di tutti i soggetti coinvolti.

Per quanto riguarda il partner detenuto (che, nel caso dei detenuti al 41-*bis*, è quasi sempre il padre), non si tratta *sic et simpliciter* di assicurare il suo diritto alla genitorialità, la sua libertà

*oggetto del giudizio principale» (...) che «impedisce la necessaria verifica della rilevanza della questione (...)» (p. 2 del "Considerato in diritto") e (2) in quanto la pronuncia implicherebbe «un intervento additivo in materia riservata alla discrezionalità del legislatore» (p. 5 del "Considerato in diritto"), la Corte entra nel merito della questione auspicando un intervento legislativo. Vedi p. 2.9 "Ritenuto in fatto": «Il problema della sessualità dei detenuti meriterebbe (...) particolare attenzione nelle competenti sedi politiche» e p. 4 "Considerato in diritto" «Né (...) il problema potrebbe essere superato [con] una sentenza additiva "di principio", la quale (...) si limiti ad affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto in parola, demandando al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione (...)». In tema di affettività in carcere, M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, in *Affettività e carcere un binomio impossibile*, *Giurisprudenza penale web*, 2-bis/2019.*

⁴⁴¹ S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41-bis ord. pen.*, in *Giurisprudenza penale web*, 2/2017, p. 3.

⁴⁴² Artt. 29 e 31 Cost.

⁴⁴³ Art. 8 CEDU.

di procreare⁴⁴⁴ ovvero la sua capacità di autodeterminazione⁴⁴⁵. Infatti, oltre al naturale e umano desiderio di diventare padre, infatti, potrebbero celarsi ulteriori ragioni a sostegno della richiesta di PMA, prima fra tutte la volontà di assicurare la sua eredità al gruppo criminale e mettere al sicuro la sua posizione autoritaria *pro futuro*.

Per quanto riguarda la figura dell'altro partner, quasi sempre la madre-compagna, occorre ricordare che il percorso di fecondazione assistita implica una serie di analisi, terapie e trattamenti anche molto invasivi; per tali ragioni l'avvio delle suddette procedure deve consistere in una scelta libera e consapevole, frutto di una decisione maturata con coscienza, specie nei confronti di quelle donne che non hanno problemi di infertilità o di sterilità, per le quali l'unico motivo ostativo alla fecondazione fisiologica è rappresentato dalla lontananza dal compagno.

A queste considerazioni si aggiungono poi le ulteriori conseguenze pratiche e psicologiche rappresentate dalla solitudine (quantomeno, sicuramente dal partner) che, in caso di condanna all'ergastolo, accompagnerebbe la donna, dalla avvenuta fecondazione e per tutta la vita del figlio.

⁴⁴⁴ A livello europeo vedi Grande Camera della Corte Edu, caso *Dickson c. Regno Unito*; nella giurisprudenza italiana Corte di cassazione sent. n. 7791/2008.

⁴⁴⁵ G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, tra l'altro, potrebbe apparire contraddittorio consentire alla donna-compagna di avere un figlio, con un padre biologicamente presente ma fisicamente assente, quando la stessa *chance* è preclusa alla donna-*single*⁴⁴⁶. Nella sostanza, infatti, in entrambi i casi il figlio si troverebbe a crescere senza la figura di uno dei genitori.

Last but not least, il nascituro. È noto come da diversi anni il principio che accomuna tutta la giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, italiana ed europea, sia il c.d. *best interest of child*⁴⁴⁷. La questione rileva, in particolare, in merito al rapporto che si instaurerebbe tra figlio e padre. Se, infatti, esiste ed è conclamato un diritto alla genitorialità, esiste anche il diritto del figlio ad avere una relazione continuativa con il padre e il diritto a poterlo esercitare alle migliori condizioni, soprattutto quando ancora in tenera età (basti

⁴⁴⁶ Corte cost. sent. n. 221 del 2019. Nel perseguire «l'intento di garantire che l'impiego della tecnica della PMA porti alla formazione di un nucleo familiare che riproduca il modello di famiglia, caratterizzato dalla presenza di una madre e di un padre» è escluso l'accesso alla PMA, al«le donne single, le coppie non più in età potenzialmente fertile, le coppie di persone dello stesso sesso femminile, nonché le donne il cui partner sia venuto a mancare dopo la formazione degli embrioni ma prima dell'impianto degli stessi». L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Rivista AIC*, 2/2020.

⁴⁴⁷ Sul *best interest of the child*, fra i tanti, A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta OnLine*, 3/2018; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; A.I. ARENA, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta OnLine*, 2/2016.

pensare ai locali degli istituti penitenziari in cui avverrebbero gli incontri per farsi un'idea su quest'ultimo profilo).

8.5 Considerazioni su un recente disegno di legge.

Allo stato attuale, non esiste una normativa circa l'accesso alle tecniche di PMA per i detenuti; le pronunce giurisprudenziali richiamate, infatti, si sono occupate del tema solo per casi in cui era accertata una patologia nella coppia, condizione che rendeva quindi applicabile la legge 40/2004.

Esiste invece un disegno di legge⁴⁴⁸ che vorrebbe vietare l'accesso alle tecniche di PMA per i detenuti al 41-*bis*; le condizioni ivi contenute (che saranno a breve illustrate) inciderebbero inevitabilmente sui diritti dell'intero *nucleo familiare* che verrebbe a formarsi e di cui occorrerebbe tenerne conto, proprio nel suo concetto di unità, nell'operazione di bilanciamento che dovrà essere effettuata, dal legislatore (prima) e dai giudici (dopo). Il ddl citato, nobile nelle sue premesse, suscita una serie di interrogativi circa la formulazione di alcune sue disposizioni, le quali si pongono in rotta di collisione con le sue stesse finalità.

Fra le figure considerate – padre, madre, figlio – quest'ultima vorrebbe-dovrebbe essere quella preponderante, in specie, nella

⁴⁴⁸ AS 1897, il cui *iter* può essere seguito alla pagina <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/53188.htm>.

configurazione del suo *best interest* e ciò emerge dalla lettura dell'art. 1 del ddl il quale individua la *ratio* della norma nel «(...) *diritto del fanciullo ad avere entrambi i genitori in grado di esercitare la propria genitorialità*». Va da sé come sia difficile per il detenuto esercitare la propria genitorialità; basti pensare che l'art. 34 cp dispone la preclusione della responsabilità genitoriale «(...) *in caso di condanna all'ergastolo o per reati punibili con la detenzione non inferiore a cinque anni*».

Consentire al detenuto condannato a queste pene di essere padre significherebbe consentirgli di esserlo *naturalmente* ma non anche *giuridicamente* e ciò con tutte le ripercussioni sulla sfera giuridica del figlio, oltre che su quella emotiva.

Gli interrogativi cui si accennava poc'anzi emergono dalla lettura dei successivi articoli 2 e 3 del ddl.

8.5.1 L'art. 2: i divieti.

Da un punto di vista soggettivo, l'art. 2, rubricato "Divieti", stabilisce che l'accesso alle tecniche di PMA non opera nei confronti dei detenuti "*maschi*".

Il motivo per il quale il legislatore dovrebbe chiarire il sesso del destinatario non è chiaro, posto che possono accedere alle tecniche previste dalla l. 40/2004 uomini e donne, sterili ovvero

infertili. Nell'immaginario collettivo, quando si pensa al boss mafioso, è comune personificarlo nella figura maschile piuttosto che in quella femminile; tuttavia, nulla vieta che anche una donna possa essere condannata per i medesimi reati alle medesime pene. A ciò si aggiunga che per la detenuta madre la legge sull'ordinamento penitenziario contempla una serie di benefici⁴⁴⁹ al fine di favorire il rapporto col figlio. Sulla scorta di queste disposizioni, dunque, consentire ad una donna detenuta al 41-*bis* di accedere alla PMA comporterebbe due conseguenze abbastanza paradossali: la prima, appena detta, consistente nell'accesso ai permessi concessi in qualità di madre; la seconda, (che costituisce proprio il pericolo che il ddl si propone di scongiurare) nel mettere al mondo un figlio senza genitore.

Continuando nella lettura dell'articolo, il legislatore individua un minimo edittale della pena – pari a dieci anni – necessario affinché il divieto possa operare. La *ratio* del limite è probabilmente da individuarsi nel fatto che nella peggiore delle ipotesi, il detenuto potrà comunque tornare (*rectius* cominciare) ad essere padre; tuttavia, sarebbe stato più opportuno operare delle distinzioni in ragione dell'età del soggetto al momento di inizio pena, evitando così di dare adito a talune forme di discriminazioni.

⁴⁴⁹ Art. 47-*quinquies* ord. pen.

In termini molto semplicistici, entrare in carcere a venti o trenta anni, immaginando di essere condannato al massimo della pena (dieci anni), significherebbe uscire dal carcere in un'età in cui la natura non impedisce di procreare; viceversa, scontare la pena a quaranta o cinquant'anni, rende la situazione fisiologicamente più complicata.

Infine, sempre l'art. 2, nel suo ultimo inciso, opera un'ulteriore distinzione: il divieto di accedere alle tecniche di PMA non si applica *«nei casi di comprovata sterilità di uno o di entrambi i richiedenti»*, i quali a questo punto entrano nel novero delle ipotesi di cui alla l. 40/2004 ma, ai fini del rapporto che si dovrebbe instaurare con il figlio, che differenza ci sarebbe tra un detenuto al 41-*bis* “sterile” ed uno “sano”?

8.5.2 *L'art. 3: la pena.*

Ulteriori perplessità emergono, inoltre, per l'unica pena prevista dall'art. 3, nel caso in cui, nonostante l'espresso divieto, i soggetti riescano comunque a concepire e, quindi, procreare. L'articolo consta di due commi: al primo, punisce il condannato all'art. 41-*bis*, sano, che effettua una procreazione “illegittima”; al secondo, esclude chi, condannato alla medesima pena, sia sterile.

La pena consiste nello sradicamento del nascituro dalla famiglia di origine e nella conseguente adozione ad altra famiglia.

Nell'intenzione del legislatore, probabilmente, l'allontanamento del nascituro dalla famiglia d'origine, in quanto "criminale", rappresenta il suo "miglior interesse" e gli offre la possibilità di progettare il suo futuro in un contesto sociale "incontaminato", presso una famiglia che, individuata secondo i rigidi criteri dell'adozione, possiede tutti i requisiti richiesti a tal fine.

Tale presunzione rischia, tuttavia, di essere cedevole: in primo luogo non esiste, né in dottrina né in giurisprudenza, una definizione aprioristica del *best interest*; viceversa, le recenti pronunce della Corte costituzionale invitano a riflettere circa la necessità di effettuare una valutazione caso per caso, «in concreto» e non «in astratto»⁴⁵⁰; in secondo luogo, il farraginoso meccanismo procedurale, propedeutico all'atto finale dell'adozione, non garantisce – specie nei primi anni di vita del bambino – un rapporto continuativo con entrambi i “futuri” genitori; infine, l'adozione in sé non implica automaticamente una rescissione definitiva con i genitori

⁴⁵⁰ Corte cost., sent. n. 272 del 2017, sulla quale si veda, tra le altre, la nota di F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018.

biologici, potendo il figlio rivendicare anche in futuro il diritto a conoscere le proprie origini⁴⁵¹.

Forse, allora, più che l'allontanamento del figlio dalla madre biologica sarebbe stato opportuno studiare forme di *compresenza post* nascita da parte delle Istituzioni, le quali avrebbero potuto accompagnare il nascituro, attraverso mirati interventi di inserimento sociale, in tutte le fasi di formazione della sua personalità per renderlo libero dal “peccato originario”, ma nella sua piena autodeterminazione.

Ultimo inciso sempre per quanto riguarda le pene: esce immune dal ddl l'unico soggetto che ha un ruolo “attivo” nell'illecita fecondazione, ovvero il professionista che assiste la coppia nella PMA, nei confronti del quale sarebbe stato opportuno prevedere delle sanzioni di natura penale, oltre che accessoria (*in primis* la radiazione dall'albo).

8.6 Conclusioni.

Le considerazioni esposte evidenziano una discrasia tra le “*Finalità*” di cui all'art. 1 del ddl e il risultato finale proprio in virtù

⁴⁵¹ Corte cass. sent. n. 19824 del 2020; Corte cost. sent. n. 278 del 2013. Nel corso della XVII legislatura, è stato avviato un procedimento, approvato alla Camera, volto a modificare l'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 per consentire «[al]l'adottato, o al (il) figlio non riconosciuto alla nascita (...), di (può) chiedere di avere accesso a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei suoi genitori biologici», (AS 1978).

del diverso trattamento previsto a seconda che il detenuto sia, o meno, sterile. Il rapporto padre-figlio (necessario nella sua continuità al fine di assicurare e soddisfare il benessere di quest'ultimo), infatti, tanto nell'uno quanto nell'altro caso ne risulterebbe comunque condizionato.

Confrontando la relazione che precede il disegno di legge e le sue disposizioni (secondo l'interpretazione sopra esposta), traspare una diversa volontà legislativa.

L'interesse celato ma effettivamente tutelato pare essere, infatti, quello della donna, compagna e madre, la quale, nel caso in cui fosse accertata la sterilità del compagno detenuto, potrebbe accedere alle tecniche di PMA.

L'iniziativa legislativa muove allora principalmente, o quantomeno inizialmente, dall'obiettivo di tutelare le donne dalle probabili coercizioni che queste subiscono al fine di sottoporsi alle tecniche di PMA e alle quali accederebbero contro la loro volontà ma solo in quanto *partner* e, quindi, in quanto unico veicolo per raggiungere la paternità. La stessa relazione di accompagnamento al ddl pare propendere in questa direzione: *«le compagne e le mogli di questi detenuti (...) sono vittime di una vera e propria violenza»*, *«sono soggiogate da padri, mariti, fratelli. Non hanno libertà di scelta. Sono costrette a farsi mettere incinta, anche contro la propria*

*volontà*⁴⁵² e, sebbene il diritto del figlio ad avere entrambi i genitori sia definito «*più importante*», nei fatti, non lo è.

Una lettura in questi termini rende più comprensibile la norma; ciò che rimane oscuro è la necessità di palesare un interesse per occultarne un altro, posto che ambedue non sono fra loro in un rapporto di sopra o subordinazione, ma necessitano della tutela legislativa in maniera equivalente.

⁴⁵² Relazione di accompagnamento al ddl.

9 RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Dalla ricerca svolta un dato sembra emergere nitidamente: la tematica dei diritti fondamentali dei detenuti condannati, per i reati commessi, al regime del c.d. “carcere duro” previsto dall’art. 41-*bis* ord. pen., rappresenta un tema tutt’altro che definito né circoscritto.

Se, per un verso, gli interventi più recenti della giurisprudenza costituzionale e del legislatore hanno contribuito ad attribuire al tema forti profili di “*dinamicità*”, per altro, è la costanza (soprattutto degli ultimi tempi) con la quale questi continuano a registrarsi ad evidenziare un’attenzione sempre maggiore nei confronti di questa speciale categoria di detenuti e delle problematiche annesse.

La questione diventa ancor più complicata a fronte degli interessi (plurimi e contrapposti) che vengono in gioco e che, inevitabilmente, si ripercuotono sull’intera collettività poiché, come è stato già detto, sull’altro piatto della bilancia si pongono interessi di altrettanto *fondamentale* rilievo quali – l’esigenza di assicurare – l’ordine pubblico e la sicurezza sociale.

Giova evidenziare, inoltre, come, proprio da questo punto di vista, sia proprio la comunità sociale a risentire ancora, per certi versi, di un retaggio storico non troppo favorevole al

riconoscimento di una maggiore tutela dei diritti dei detenuti (già in generale).

Tale circostanza rappresenta un importante elemento frenante poiché non è del tutto escluso che, verosimilmente, questo elemento tenda ad “inibire” (o almeno in passato abbia inibito) taluni interventi legislativi che potrebbero (*rectius* dovrebbero) trovare concreta realizzazione proprio nelle aule parlamentari, lì dove, appunto, *in primis*, dovrebbe trovare massima espressione la volontà popolare.

L’evoluzione progressiva della disciplina, la quale pure durante la stesura del presente lavoro di tesi è stata incessante, con modifiche anche di rilevante impatto, evidenzia come l’obiettivo della realizzazione di una effettiva tutela di talune situazioni giuridiche sia ancora *in fieri* e che il percorso intrapreso originariamente è risultato essere molto impegnativo e, talvolta, ostico.

Le questioni sollevate dal giudice *a quo* dinanzi alla Corte costituzionale, sfociate nelle pronunce citate e che sono state illustrate nel corpo dell’elaborato, dimostrano come, spesso, si sia reso necessario un intervento volto proprio a vagliare la legittimità di norme che regolano (avrebbero dovuto regolare) anche gli aspetti più comuni propri della vita quotidiana dei detenuti.

Tale circostanza evidenzia, allora, un atteggiamento del legislatore originariamente poco propenso alla tutela di queste persone e più attento, probabilmente, come è stato anche detto a causa della necessità di intervenire tempestivamente per le ragioni esposte, alla realizzazione di una risposta prettamente punitiva, in ciò discostandosi anche dai principi costituzionali che si occupano della materia.

Se la disciplina è risultata essere, per certi versi, “debole” già nella regolamentazione di aspetti fisiologici della realtà quotidiana, il quadro si è poi ulteriormente complicato, mostrando tutta la sua fragilità, nel momento in cui è emersa la necessità di fronteggiare una situazione emergenziale come è stata la diffusione del Covid-19.

In questa drammatica situazione pandemica i molteplici interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso di pochissimo tempo sono stati la palese dimostrazione dell’inidoneità del quadro normativo di riferimento vigente, tanto da richiedere l’intervento dell’Amministrazione e di atti che regolamentassero più nel dettaglio taluni aspetti.

L’analisi svolta delle diverse realtà emergenti, tanto *fisiologiche* quanto *patologiche*, induce, pertanto, ad escludere che sia stato effettivamente raggiunto un risultato dai contorni netti e ben definiti. Da questo punto di vista è possibile

osservare come, piuttosto, i più recenti interventi normativi possano essere letti non tanto come una specie di necessario “aggiornamento” quanto, piuttosto, come un primo, effettivo, passo verso una normativa “più dignitosa” della posta in gioco.

Tale nuova forma di impostazione pare, tra l’altro, essere più in linea anche con i dettami della Costituzione (in astratto) e del suo primo Interprete (in concreto) e, probabilmente, anche più vicina alla finalità rieducativa della pena.

Non sono passati, inoltre, inosservati i plurimi interventi della giurisprudenza sovranazionale i quali, anche alla luce delle diverse discipline vigenti, hanno rappresentato, con buon grado di probabilità, un *input* di cui, anche a livello interno appunto, non si è potuto prescindere e del quale, piuttosto, si è necessariamente tenuto conto.

Da ultimo, molto importante e, pertanto, anch’esso degno di nota, è stato l’intervento attivo realizzato dalle varie associazioni di categoria che, in realtà già da tempo, si sono premurate al fine di porre all’attenzione dell’operatore giuridico talune drammatiche situazioni, auspicando, al contempo, l’attuazione di un intervento (pseudo) risolutivo. I dati che, periodicamente, sono raccolti, analizzati e messi anche a confronto con i precedenti, infatti, hanno dato – purtroppo –

conto di una realtà ancora per certi aspetti lontana dalla piena realizzazione della tutela desiderata.

Al di là degli aspetti critici che concernono più da vicino il tema dei diritti fondamentali dei detenuti di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., alcune considerazioni conclusive merita, infine, uno dei più recenti interventi normativi adottato dal legislatore, non tanto da un punto di vista contenutistico, poiché del testo si è già dato conto nella tesi, quanto, piuttosto, per le modalità attraverso le quali questo si è concretizzato.

Anche alla luce delle situazioni che, ancora oggi, come detto, palesano taluni elementi di criticità, infatti, non può passare inosservato come l'intervento legislativo verso una disciplina che si è dimostrata essere lacunosa e, per certi versi quindi, bisognosa di taluni "aggiustamenti", non sia stato, soprattutto ultimamente, del tutto spontaneo, ma, per converso, sia stato il risultato realizzato a fronte dei "solleciti" contenuti nell'intervento della Corte costituzionale.

Ciò che si vuole evidenziare è come tale circostanza potrebbe essere la dimostrazione del fatto che un "sano" rapporto tra le Istituzioni o, quantomeno, un proficuo dialogo tra queste, sia estremamente utile, anche laddove ciò dovesse comportare l'adozione di "nuove modalità di comunicazione",

come la Corte costituzionale ha da ultimo dimostrato di poter fare (vedi la nuova tecnica del “doppio rinvio”).

Se il sistema dell’interlocuzione istituzionale dovesse continuare a svilupparsi in tal senso, e se ciò dovesse in futuro tradursi come una forma di tutela maggiore verso i diritti fondamentali, è auspicabile che a giovare di ciò non sia solo, nello specifico, la situazione giuridica sottesa alla questione posta dinanzi alla Corte costituzionale ma, di più, l’intero sistema dei diritti e che, tramite il suddetto rapporto istituzionale, l’auspicato bilanciamento – talvolta quasi “preteso” – possa raggiungere un equilibrio, se non perfetto, quantomeno dignitoso.

10 BIBLIOGRAFIA

E.F. ACETO, *Detenzione domiciliare "generica" e reati ostativi: automatismi preclusivi tra istanze di soppressione ed esigenze di politica criminale*, in *Archivio Penale*, 2/2020.

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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018.

G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 ottobre 2018.

F. ALMA, *Caso Cospito (Scuola allievi Carabinieri di Fossano): sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla quale dipende la condanna all'ergastolo*, in *Sistema Penale*, 2/2023.

S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.

F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018.

A. APOSTOLI, *La necessità di ripensare il rapporto con gli "organi di garanzia" in un sistema parlamentare monocamerale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2022.

S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma, 2016.

A.I. ARENA, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *Consulta OnLine*, 2/2016.

V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *dirittifondamentali.it*, 2014.

G. BELLINI e F. PROCOPIO, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1/2021.

S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253, in Osservatorio AIC, 2/2020.*

R. BIN, *La Corte e la scienza, in Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005.*

R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di "bilanciamento in concreto", in Giur. cost., 1/1991.*

M. BORTOLATO, *L'art. "41-bis": chi e come. Brevi note sul regime differenziato dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: oggetto, destinatari, contenuti, in questionegiustizia.it, 2023.*

J.A. BRILLAT-SAVARIN, *Physiologie du gout, de Gonet Editeur, Paris, 1825.*

F. CALABRESE, *Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41-bis ord. Pen.*, in *Osservatorio del processo penale*, 4-5/ 2009.

M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, IX ed., Milano, 2010.

L. CARACENI, C. CESARI, *Art. 4-bis, Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019.

M. CAREDDA, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2/2019.

M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, in occasione della Conferenza trilaterale

delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013.

L. CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015.

E. CHELI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, relazione all'Incontro di studio con la Corte costituzionale del Kosovo, Roma, Palazzo della Consulta, 7 giugno 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_2013060_CHELI.pdf, 3.

M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

S. CIAFFONE, *“Ergastolo ostativo”*: verso il superamento di una pena disumana e degradante sulla scia garantista della Corte Costituzionale. *Un anno di tempo al legislatore per adeguare l'istituto ai principi costituzionali e comunitari*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5/2021.

R. CORNELLI, *L'emergere del paradigma penitenziario del "carcere duro". Una breve riflessione sull'applicazione del 41bis ad Alfredo Cospito*, in *Sistema Penale*, 2023.

P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010.

P. CORVI, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in L. CONTI, M. MARANDOLA e G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014.

G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014.

D. DE GIOIELLIS, *Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute, Il "caso Provenzano": tortura di Stato?*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, A. Massaro (a cura di), Roma.

I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

A. DELLA BELLA, *Carcere e 41-bis: tra poteri del Ministro della Giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della cassazione*, in *Sistema Penale*, 2023.

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.

A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

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 *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

A. DELLA BELLA, *Regime detentivo speciale – per la cassazione i detenuti in “41-bis” non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto da sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017.

A. DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del “Feindstrafrecht”*, in *Federalismi.it*, 2021.

F. DE SIMONE, *L’ergastolo ostativo, una lenta uscita di scena*, in *Archivio penale*, 2020.

L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Rivista AIC*, 2020.

R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e ‘politici’ delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021.

E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sistema Penale*, 2022.

G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020.

M. DONINI, *Serve un martire della legge per cambiare il 41-bis?*, in *Il riformista*, 2023.

M.R. DONNARUMMA, *La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo "ostativo"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2014.

G: FIANDACA, *Il carcere da salvare*, in *Il foglio quotidiano*, 2023.

L. FILIPPI, G. SPANGHER, M. F. CORTESI, *Manuale diritto penitenziario*, Milano, 2016.

F. FIORENTIN e F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019.

C. FIORIO, *Il "doppio binario penitenziario"*, in *Archivio Penale*, 2018.

C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.

C. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009.

E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019.

D. GALLIANI, *Un dialogo (immaginario) fra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale*, in *Diritto Penale e Uomo*, nonché su *Questionegiustizia.it*, 2020.

A. GASPARRE, *L'alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41-bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

G.L. GATTA, *Carcere e coronavirus: che fare? Considerazioni a margine delle (e oltre) le rivolte*, in *Sistema penale*, 2020.

G.L. GATTA, *Estremismo ideologico dal carcere e 41-bis: dalla cassazione nuovi spunti di riflessione sul caso Cospito*, in *Sistema Penale*, 2023.

M. GIALUZ, *Nota redazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalimo.it*, 2021.

A. GUAZZAROTTI, *Le contropinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità. La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Questione giustizia*, 2020.

M. LAMANUZZI, *L'ergastolo ostativo. Una pena in contrasto con la dignità*, in *Dignitas, percorsi di carcere e di giustizia*, 2014.

E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

F. LAZZERI, *Sciopero della fame e interventi salvavita contro la volontà espressa in precedenza dalla persona detenuta: il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica a margine del caso Cospito*, in *Sistema Penale*, 2023.

S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 29 novembre 2018

A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.

A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"*, in *Consulta OnLine*. 2022.

A. LONGO, «*Est modus in rebus*». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos*, 3/2017.

A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza COVID-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020.

G. MALVASI, *Il problema del permesso premio ai condannati per fatti gravi pur senza la collaborazione con la giustizia*, in *Archivio Penale*, 2020.

V. MANCA, *La finalità preventiva dell'art. 41 bis o.p. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Archivio Penale Web*, 2018.

V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena, brevi note a margine della circolare dap n. 3676/616 del 2 ottobre 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

V. MANCA, *Il principio di proporzionalità "cartina tornasole" per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni de*

iure condendo, in *Giurisprudenza Penale Web* - “Dentro il 41-bis”, 1-bis/2020.

V. MANCA, *L'Italia post-Torregiani come modello nella sentenza pilota della Corte Edu Varga c. Ungheria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

N. MANI, *A proposito di diritti umani. Ci salvi il Giudice Costituzionale dalla disumana inutilità del divieto di cuocere cibi per il detenuto in regime di 41-bis*, in *Archivio Penale*, 2017.

A MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Archivio Penale*, 2021.

M. MANNINI, *Il regime dell'art. 41-bis ord. penit. negli itinerari della giurisprudenza costituzionale*, in www.archiviopenale.it, 2/2022.

M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. V, Torino, 2010.

D. MARTIRE e A.R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2022.

C. MASCIOTTA, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018.

M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2021.

J. MAZZUCA, *Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)*, in *Federalismi.it*, 2020.

A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022.

A. MENGHINI, *La cassazione sulla portata applicativa del cd. reclamo giurisdizionalizzato*, in *Giur. it.*, 2018.

M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e*

altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019), in Osservatorio AIC, 2020.

G. MENTASTI, *Regime detentivo ex art. 41-bis ord. penit.: il rapporto del garante nazionale dei diritti dei detenuti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

M. MINAFRA, *La tutela genitoriale nel preminente interesse del minore: mai più "bambini detenuti"*, in *Affettività e carcere un binomio impossibile*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2019.

F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, AA. VV., Bologna, 1982, p. 39.

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, 1-bis – “dentro il 41-bis”.

A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta OnLine*, 2021.

R. MURA, *Galeotto fu (proprio) il libro?*, *Considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale in materia di libri e 41-bis*, in *Questione Giustizia*, 2016.

C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra Procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 2013.

L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2015.

A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Atti del seminario AIC di Roma, Casa circondariale di Rebibbia Nuovo Complesso, 28 Maggio 2014, Napoli, 2014.

A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *forumcostituzionale.it*, 2020.

D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazza-corrotti e altro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

A. RENOLDI, *Commento all'art. 9*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019.

S. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41-bis ord. pen.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.

M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005.

M. RUARO e C. SANTINELLI, *Art. 18 Colloqui, corrispondenza e informazione*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019.

A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta OnLine*, 2018.

A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine* 2018.

A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992.

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. penale*, 2/2015.

M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un*

inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in Rivista AIC, 2019.

M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016.*

M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in Rivista AIC, 2019.*

M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale, in Gruppo di Pisa, 1/2011.*

M. RUOTOLO, *Introduzione, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, Napoli, 2017.*

M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida, in Rivista AIC, 2011.*

M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, in Consulta OnLine, 2013.*

M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 2013.

M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

C. SALAZAR, *“Guerra e pace” nel rapporto Corte-Parlamento. Riflessioni su pecche e virtù delle “additive di principio” quali decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali” del legislatore*, in A. RUGGERI e G. SILVESTRI (a cura di), *Corte e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000.

C. SANTINELLI, *Art. 18 o.p.*, in F. DELLA CASA e G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019.

E. SANTORO, *Diritto alla salute e prevenzione in carcere: problemi teorici e pratici di gestione del coronavirus negli istituti di pena*, in *La legislazione Penale*, 2020.

E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022.

F. SICURO, *Il difficile bilanciamento fra certezza della pena, tutela del diritto alla salute ed esecuzione penale rispettosa del senso di umanità (una riflessione a margine di Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2018-18 maggio 2018, n. 22307)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018

G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 20.

G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010.

G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 2014.

S. STURNIOLO, «*Dis-moi ce que tu manges, je te dirai ce que tu es*». *Cade il divieto di «cuocere cibi» per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-bis ord. pen. Riflessioni a seguito della sentenza*

n. 186/2018 della Corte costituzionale, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 1/2019.

S. TALINI, *Famiglia e carcere*, in F. GIUFFRÈ e I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Napoli, 2013.

C. TOMBA, *Il diritto all'istruzione e alla cultura*, in M. RUOTOLO e S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017.

M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai benefici premiali: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 3 e 27 Costituzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in F. CAPRIOLI e L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

G. VASINO, *COVID-19 e istituti penitenziari italiani: una riflessione relativa alle misure adottate e al loro impatto sui diritti dei detenuti*, in *Federalismi.it*, 2022.

G. ZAGREBELSKY, *Cospito, la coscienza e la Costituzione*, in *La Stampa*, 2023.

G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione*, in *Enciclopedia Italiana, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009.