

ORIENTAMENTI

MORRIS MARINI

Il regime dell'art. 41-bis ord. penit. negli itinerari della giurisprudenza costituzionale

Il saggio ripercorre la giurisprudenza costituzionale in tema di sistema carcerario differenziato, così come disciplinato dall'art. 41-bis ord. penit. Si tratta di un istituto che, sin dalla sua introduzione, ha ricevuto molteplici critiche, tanto da essere stato oggetto di scrutinio di legittimità numerose volte. A una prima fase, in cui, mediante un massiccio ricorso alla pronuncia interpretativa di rigetto, la scarna normativa è stata ricondotta entro confini accettabili, si è passati a una seconda, ove, a seguito di una strutturale riforma legislativa, la Corte ha avuto sporadiche occasioni di pronunciarsi e, comunque, in maniera poco incisiva. Infine, si è giunti agli ultimi approdi, caratterizzati da una maggiore attenzione della Corte ai diritti compresi dal cosiddetto carcere duro.

The case-law of the Italian Constitutional Court on the 'hard prison regime', as established by Article 41-bis of the Prison Administration Act

This paper illustrates the case-law of the Italian Constitutional Court on the "hard prison regime", as regulated by Article 41-bis of the Prison Administration Act. Since its introduction, the regime has been widely criticized and its legitimacy has been assessed several times by the Court. First, the Constitutional Court supplemented the scarce legislation through a massive use of the interpretative refusal judgements (the so-called "sentenze interpretative di rigetto"). Then, after a broad legislative reform, the Court's interventions were more sporadic and of limited influence. Finally, the Constitutional Court thoroughly assessed the impact of the hard prison regime on the relevant fundamental rights.

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. I primi "paletti" costituzionali. - 3. La questione dei mezzi di impugnazione. - 4. Tanto tuonò che piovve. - 5. Ancora sul diritto di difesa: corrispondenza e censura. - 6. Lo scambio di libri è corrispondenza? - 7. «Piccoli gesti di normalità quotidiana»: la cottura dei cibi. - 8. Effetto domino: lo scambio di oggetti. - 9. Ibridi postmoderni: i colloqui "da remoto". - 10. Misure di sicurezza detentive e sistema penitenziario derogatorio: possibile una convivenza? - 11. Conclusioni.

1. *Premesse.* Con una delle sue prime pronunce del 2022¹, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lettera e), l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti: ord. penit.), nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori, così accogliendo la questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione².

¹ Corte cost., n. 18 del 2021. Per un primo commento, cfr. RAMPIONI, *Corrispondenza e visto di censura: prosegue il cammino verso un pieno riconoscimento del diritto di difesa*, in *Penale - Dir. e Proc.*, 2022. Più di recente, v. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *Diritto di difesa*, 4 marzo 2022.

² Cass., Sez. I, 19 marzo 2021, Jerinò, in www.giurisprudenzapenale.com.

Dal 2013, quando il Giudice delle leggi, per la prima volta, è addivenuto a una decisione di censura di parte del c.d. 41-*bis*, le pronunce di questo tipo sono state ben quattro³.

Inoltre, la Corte ha da sempre fatto ampio uso, anche *in subiecta materia*, di approdi interpretativi di rigetto, e propende, come si vedrà, a adottare tale modello di decisione con intensità crescente.

Nell'analisi di quella che è stata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, occorre brevemente premettere alcuni punti chiave su cos'è, e quali peculiarità possiede, il discusso sistema *ex art. 41-bis*, co. 2 e ss., ord. penit.

In estrema sintesi, è risaputo che l'istituto previsto dalla norma pocanzi menzionata, altresì noto come "carcere duro", è stato introdotto nel 1992 - con la l. 7 agosto 1992, n. 356 - nel contesto di quella legislazione antimafia che tendeva a rendere più efficace l'azione di contrasto dello Stato nei confronti della criminalità mafiosa, in un periodo di parossistico scontro tra il primo e la seconda⁴.

Più in dettaglio, viene consentito al Ministro della Giustizia di sospendere, a taluni soggetti reclusi in relazione a gravi reati, regole o istituti previsti dalla legge penitenziaria, in quanto passibili di porsi in concreto contrasto con le «esigenze di ordine e sicurezza». Parafrasando: l'intenzione era, ed è, quella di impedire i collegamenti tra questi tipi di detenuto e coloro che si trovano all'esterno delle mura carcerarie, al fine di prevenire la *perpetuatio delicti*: si era notato, infatti, che l'ordinaria detenzione non solo non faceva venire meno il vincolo associativo, ma neppure precludeva ai soggetti di continuare a emanare ordini e gestire l'organizzazione nonostante lo stato di reclusione.

³ Corte cost., n. 143 del 2013, a commento della quale, v. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2176 e FIORENTIN, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, *ivi*, 2180; Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, annotata da APRILE, *È illegittimo il divieto di cuocere cibi in cella previsto per i detenuti soggetti al regime dell'art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 196; Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, 1181, a margine della quale, GALLIANI, *Incostituzionale, ma senza esagerare. Il divieto di cambiare oggetti al 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2020, 1197.

⁴ Per un'analisi organica, si rinvia al lavoro monografico di DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2017, cui *adde* CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa, Giostra, VI ed., Padova, 2020, 538 ss. e FIORIO, *Commento all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, I ed., vol. III, Milano, 2017, 2431.

Inizialmente, l'istituto in discussione si risolveva nel solo dettato del secondo comma, sicché le concrete restrizioni operabili a seguito della sottoposizione al "41-bis" erano lasciate alla discrezionalità ministeriale. A un decennio di distanza, nel 2002, con la legge n. 279⁵, si è proceduto a una profonda revisione della materia, intervenendo su diversi fronti, mediante l'inserimento di nuovi commi, tra cui, in particolare, il 2-*quater*, il quale prevede un elenco di limitazioni (c.d. tipizzazione) da applicare a chi viene sottoposto alla misura speciale.

Detta riforma è fondamentale anche e soprattutto perché il sistema derogatorio era stato inserito all'interno dell'ordinamento italiano, come si diceva, al fine di fronteggiare una situazione *emergenziale*, e per tale ragione nasceva come ontologicamente provvisorio⁶. È su questo piano, quindi, che rileva il *novum* legislativo: con questo, infatti, si è provveduto a "stabilizzare" la norma.

Ultimo rapido cenno va fatto alla seconda, fondamentale innovazione all'articolo *de quo*. Infatti, con la legge n. 94 del 2009⁷, volendo porre rimedio a una situazione di eccessivo allargamento delle maglie del sistema⁸, si è provveduto a inasprire l'istituto in discussione tramite una serie di accorgimenti, tra cui merita in questa sede ricordare l'aver "blindato" il contenuto afflittivo

⁵ L. 23 dicembre 2002 n. 279, recante «Modifica degli articoli 4 *bis* e 41 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia di trattamento penitenziario», in *Guida dir.*, 2003, 1, 14. Per un'analisi, v. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 284.

⁶ La norma avrebbe dovuto avere efficacia solo per tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione, e cioè fino al 1995, termine poi prorogato prima al 31 dicembre 1999 (v. D'AMBROSIO, *Prorogato il trattamento penitenziario "di rigore"*, *Dir. pen. proc.*, 1995, 417, nonché, VITELLO, *La proroga dell'art. 41-bis comma 2 introdotto dalla legge Gozzini*, *ivi*, 1439), poi al 31 dicembre 2000 (cfr. LA GRECA, *Proroga breve per il trattamento penitenziario "di rigore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 56), quindi al 31 dicembre 2002, anno dell'avvenuta stabilizzazione.

⁷ L. 15 luglio 2009 n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica». Per un commento, si rinvia a BRESCIANI, *Commento all'art. 2, co. 25, l. 94/2009*, in *Commentario al "Pacchetto Sicurezza". L. 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di De Francesco, Gargani, Manziona, Pertici, Torino, 2011, 278.

⁸ Per le ragioni che hanno portato alla riforma del 2009, cfr. *Relazione sulla Politica dell'Informazione per la Sicurezza*, 2008, a cura del Dipartimento Informazioni per la Sicurezza (Presidenza del Consiglio), ripresa in DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis dell'ord. penit. nella legge 94 del 2009*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di Bellantoni, Vigoni, Vol. III, Milano, 2010, 26; nonché, v. PRESTIPINO, GRASSO, *Il regime differenziato dell'art. 41 «bis» ord. penit. ha ancora un futuro quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata?*, in *Foro it.*, 2007, II, 248

del regime differenziato, sostituendo il precedente e maggiormente duttile uso della forma servile «può comportare» con l'indicativo presente «prevede»⁹. Da tale momento, dunque, le prescrizioni tipizzate risulterebbero applicabili solo in modo congiunto, non essendo più possibile modulare il contenuto del provvedimento¹⁰.

Partendo dai punti chiave ora abbozzati, è possibile meglio sistematizzare gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, in particolare gli ultimi: se per circa un ventennio, i Giudici di Palazzo della Consulta hanno mantenuto un atteggiamento che si potrebbe definire “monitorio”, ma anche “di cautela”, di sicuro la sopracitata sentenza del 2013 ha segnato un rilevante *turning point*, di fatto determinando quello che sembra un significativo cambio di rotta della Corte. Alla luce di ciò, occorre anzitutto ricostruire i punti cardine contenuti nelle prime pronunce seguenti all'introduzione dell'art. 41-*bis* ord. penit., per approdare a una più puntuale analisi degli ultimi arresti elencati in apertura.

2. *I primi “paletti” costituzionali.* Partendo dal presupposto che, fin dalla sua entrata in vigore, il regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* ord. penit. è stato bersaglio di aspre critiche, volte a evidenziarne il carattere di estrema, e talora gratuita, afflittività, e i possibili profili di incompatibilità con la tutela dei diritti individuali fondamentali¹¹, nella prassi giudiziaria tali critiche si sono tradotte in specifiche e plurime censure di illegittimità costituzionale e incompatibilità con i diritti fondamentali della persona, sollevate sotto numerosi profili.

Il ruolo assunto dalla Corte costituzionale ha avuto amplissimo rilievo nella vita dell'istituto: essa non «ha mai censurato le ragioni fondamentali, riconoscendo l'utilità dello strumento nel contrasto alla criminalità mafiosa, ma si è

⁹ In tali termini si esprime FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifica in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 395.

¹⁰ Cfr., però, *infra* § 10.

¹¹ Nella vasta produzione scientifica sul punto, si segnala NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1245 s., ove si afferma che «a tutt'oggi la norma appare in generale criticabile in quanto, dietro la dichiarata e condivisibile finalità di garantire l'ordine e la sicurezza pubblici, isolando i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata dal mondo esterno ed impedendo loro di mantenere in carcere legami con le organizzazioni criminali di appartenenza, se ne celerebbe in realtà un'altra: quella di predisporre un regime penitenziario differenziato e decisamente più severo di quello ordinario, che [...] funga da strumento di vendetta e/o deterrenza, al contempo inducendo gli interessati a collaborare con le autorità: finalità, quest'ultima, di per sé astrattamente condivisibile, ma che non potrebbe né dovrebbe essere perseguita attraverso l'applicazione di un regime detentivo più severo che incida fortemente sui diritti individuali fondamentali».

impegnata in una profonda opera di ricostruzione della disciplina, fissando dei “paletti di costituzionalità”, entro i quali l’Amministrazione penitenziaria si è mossa nel dare applicazione all’istituto¹². Invero, con le sue quattro fondamentali sentenze, all’indomani dell’introduzione della normativa e dunque a cavallo tra il 1993 e il 1997, la Corte si è dovuta muovere in una situazione quasi “desertica”, trovandosi a modellare l’unico, scarno comma che disciplinava il “41-bis” (il secondo), carente sotto molteplici punti di vista – come, ad esempio, la previsione, poi ampiamente dibattuta, della sottoposizione a controllo giudiziale del provvedimento amministrativo –, nel tentativo di ricondurre la materia entro limiti costituzionalmente compatibili.

Muovendo dal presupposto che «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell’uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall’art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com’è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta», il Giudice delle leggi ha concluso che «l’adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e di giurisdizione) espressamente previste dall’art. 13, secondo comma, della Costituzione»¹³.

La Corte individua, dunque, i confini del “carcere duro” nei seguenti termini. *In primis*, quelli che sono stati definiti “limiti esterni”: possono essere sospesi solo gli istituti che già appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime detentivo in senso stretto¹⁴. Sicché, la competenza in ordine alle misure di espiazione della pena fuori dal

¹² Così DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 116.

¹³ Così, i Giudici delle leggi si sono occupati per la prima volta della conformità a Costituzione del regime differenziato: Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349. Per un commento, si rinvia a VITELLO, *Brevi riflessioni sull’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario nel più vasto complesso del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, 2861. Per la parte citata nel testo, v. § 4.2 della sentenza in oggetto.

¹⁴ Obietta, peraltro, MARTUFI, *Il “carcere duro” tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 261, che «non pare agevole stabilire quali restrizioni siano da ricondurre all’ambito organizzativo dell’amministrazione e quali invece possano “sconfinare” in una restrizione di libertà ulteriore e non consentita; inoltre, [...] la prassi evidenzia l’esistenza di un vero e proprio caleidoscopio di restrizioni che sfuggono alla predeterminazione legislativa e risultano specificate soltanto attraverso l’adozione di circolari del D.A.P. e ordini di servizio emanati dalla direzione dei singoli istituti».

carcere rimarrà esclusivamente in capo all’Autorità giudiziaria, «proprio perché incidono sostanzialmente sull’esecuzione della pena, quindi, sul grado di libertà personale del detenuto».

In secondo luogo, prosegue affermando che le modalità di esecuzione della detenzione devono obbedire ai principi costituzionali relativi al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, co. 4), al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, co. 3), al rispetto del principio di difesa (art. 24), individuando, di converso, i “limiti interni”.

L’effetto è stato quello di aver dato certezza sul contenuto delle modalità detentive con l’unico potere, per l’Amministrazione, di operare con un certo grado di flessibilità, non di rado necessario, sia ai fini di rieducazione del detenuto, sia per l’ordine e la sicurezza, senza però che venissero sacrificate le opportunità di colloquio, di permanenza all’aperto, di “socialità” con altri detenuti, «la cui limitazione, contenuta nell’ordinamento penitenziario, costituisce già una deroga ai diritti di libertà individuale esercitabili *intra moenia*, e che non può spingersi dunque sino alla loro negazione»¹⁵.

I giudici, poi, hanno confermato il proprio orientamento ribadendo la legittimità dello strumento con le successive sentenze: la n. 351 del 1996¹⁶ e la n. 376 del 1997, le quali riprendono sì le argomentazioni già adottate, ma ampliandole su svariati fronti.

Degna di nota la pronuncia del 1996, ove la Corte espande – e precisa – ulteriormente i “limiti interni” al potere derogatorio ministeriale. A parere del Giudice delle leggi, occorre guardare alla necessaria finalizzazione delle restrizioni: mancando una *congruità* nella tutela di ordine e sicurezza pubblica¹⁷, le

¹⁵ Testualmente, ARDITA, *Il nuovo regime dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, 13.

¹⁶ Corte cost., n. 351 del 1996, commentata da FIORIO, *L’inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell’esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3056.

¹⁷ Il criterio della “congruità”, qui esposto in via astratta, diverrà poi fondamentale nell’applicazione che ne farà la Corte nella successiva giurisprudenza, sulla verifica della legittimità costituzionale di alcune singole prescrizioni del “41-bis”. In dottrina, si è elaborato il concetto del “minimo sacrificio necessario”: «fondamentale parametro di verifica della legittimità d[elle] limitazioni [di cui al “41-bis”] la circostanza che esse siano somministrate nella misura strettamente necessaria ad assolvere le esigenze preventive» (così, FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del “41-bis” e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. e crim.*, 2013, 195). Si tratta, invero, di una declinazione del principio di ragionevolezza, consistente nella situazione in cui una norma non risulta in alcun modo strumentale a raggiungere l’obiettivo a essa sotteso. Si legga, in proposito, CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2016, 625 ss., richiamato anche in DOLSO, *Corte costituzionale, 41-bis e sinda-*

misure acquisterebbero un significato diverso da quello legittimo, «divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata permanente afflittiva, non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» e dunque ledendo il parametro dell'art. 3 Cost.

La Consulta, statuendo la verificabilità, di volta in volta, che «le singole misure e il loro complesso non siano tali da vanificare» la finalità rieducativa ex art. 27, co. 3 Cost., nonché che non sia violato il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, si interroga «se un limite assoluto al contenuto delle misure derogatorie si tragga, per analogia, dall'art. 14-*quater*, quarto comma, dell'ord. penit.», preposto a specificare gli ambiti della vita carceraria che non possono essere incisi dalle restrizioni disposte con l'affine regime di cui all'art. 14-*bis* ord. penit.¹⁸: interrogativo plausibile, considerato che già in precedenza la Corte aveva riconosciuto un contenuto “largamente” coincidente tra i due sistemi¹⁹. I Giudici si auto-rispondono, affermando laconicamente: «deve rilevarsi che non può mancare la individuazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti»²⁰.

Desta una certa attenzione questo passaggio, in quanto il legislatore, nella novella del 2002, ha totalmente disatteso il suggerimento, non disciplinando espressamente quello che potrebbe essere definito il “nocciolo duro”, ossia un nucleo di disposizioni intangibili, così come fa l'art. 14-*quater* per lo strumento di cui all'art. 14-*bis* ord. penit., e tantomeno ha dettato alcun tipo di rinvio a tale disciplina²¹.

cato di ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2018, in Giur. pen., 2020, 1-bis (speciale “Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime detentivo differenziato”), 5.

¹⁸ L'art. 14-*bis* ord. penit. – come noto – disciplina il regime di sorveglianza particolare: un regime individualizzato, adottato nei confronti di quel detenuto che abbia tenuto comportamenti che compromettono la sicurezza ovvero l'ordine negli istituti, ossia che attentano alla incolumità degli operatori penitenziari in genere e della popolazione detenuta, all'integrità delle cose mobili e degli immobili, e pregiudicano l'interesse all'effettiva esecuzione della pena, nonché violano le regole che governano gli istituti. L'art. 14-*quater* ord. penit. ne disciplina i contenuti. Per un approfondimento si rinvia a GIANFILIPPI, CESARIS, *Commento all'art. 14-bis. Regime di sorveglianza particolare*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., 187.

¹⁹ Corte cost., n. 410 del 1993.

²⁰ Testualmente, Corte cost. 14 ottobre 1996, n. 351, cit., § 6.

²¹ Si legga, in tema, DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema della sicurezza*, in *Criminalità organizzata e*

Ancora, rispetto a un eventuale contrasto tra l'art. 41-*bis* e l'art. 27, co. 3, Cost. è la sentenza n. 376 del 1997²² ad averne «negato in maniera piuttosto sbrigativa l'esistenza»²³. La Corte si limita qui a ribadire - quasi tautologicamente - che la norma deve essere interpretata conformemente alla Costituzione: «nel senso che sarebbe vietato adottare in base ad essa misure restrittive concretanti un trattamento contrario al senso di umanità, o tali da vanificare del tutto la finalità rieducativa della pena». Nella pronuncia si afferma che l'applicazione del regime «non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato [ex] art. 13 dell'ord. penit., né la preclusione alla partecipazione ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 dello stesso ordinamento»²⁴: attività che dovranno dunque essere organizzate, a parere dei Giudici, per i detenuti in regime di "41-*bis*", con modalità tali da evitare contatti con la criminalità organizzata, senza poter essere del tutto sospese.

È dai profili - e moniti - ora ripercorsi che il legislatore del 2002 si è mosso, tentando di conformare il più possibile la normativa derogatoria ai vincoli richiamati dalla Corte costituzionale, in parte riuscendoci, in parte no.

3. *La questione dei mezzi d'impugnazione.* Se oggi l'art. 41-*bis*, co. 2-*quinquies* e 2-*sexies* ord. penit. (e il co. 2-*bis* tra il 1998 e il 2002²⁵) espressamente prevedono un sistema di controllo *giurisdizionale* del provvedimento *ministeriale* applicativo del regime differenziato, la questione, anteriormente alla riforma, e nonostante l'espressa riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost., era piuttosto dibattuta nella pratica.

politiche penitenziarie, a cura di Presutti, Milano, 1994, 104, secondo cui: «la mancata previsione di "limite assoluto" alla discrezionalità dell'organo esecutivo, lascia supporre che il legislatore, con la previsione dell'art. 41 *bis* comma 2 ord. penit., non abbia inteso escludere la possibilità di interventi particolarmente rigorosi, capaci, se dettati dalla necessità, di incidere sulla sfera dei diritti fondamentali dei detenuti».

²² Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376. Al riguardo, CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. penit. norma effettiva o virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 3179.

²³ Si esprime in tali termini, NICOSIA, *Il c.d. 41-bis*, cit., 1248.

²⁴ Corte cost. 26 novembre 1997, n. 376, cit. Cfr., anche, BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in *Rass. penit. e crim.*, 2003, 272.

²⁵ Con la l. 7 gennaio 1998, n. 11, infatti, il legislatore era già intervenuto disciplinando il reclamo, con l'aggiunta del co. 2-*bis*: procedura poi dettagliata e, appunto, slittata ai co. 2-*quinquies* e 2-*sexies* in sede di riforma del 2002.

Gli aspetti non chiari erano due: anzitutto, veniva sottolineata l'assenza di mezzi d'impugnazione previsti dalla legge, in relazione diretta al "41-bis".

Sul presupposto che la sindacabilità del giudice ordinario fosse indubbia, nell'applicazione pratica – come poi avallato in sede di scrutinio costituzionale –, si riteneva utilizzabile estensivamente il sistema di reclamo previsto dall'art. 14-ter ord. penit. in relazione al regime di sorveglianza particolare. In particolare, nella sentenza n. 410 del 1993, la Corte ha motivato l'*analogia legis* della disciplina, ritenendo largamente coincidenti i due istituti, contrassegnati da una «notevole identità di presupposti», nella loro messa in atto.

Secondo *punctum dolens* denunciato in sede di merito riguardava l'oggetto della cognizione del giudice. La giurisprudenza di legittimità maggioritaria, infatti, sosteneva la tesi per cui il sindacato del giudice sarebbe limitato ai presupposti della misura e della sua applicabilità al singolo detenuto, senza però estendersi al contenuto del provvedimento, ossia alle specifiche limitazioni ivi previste. I Giudici di Palazzo della Consulta non hanno dato seguito a detto orientamento, ma hanno offerto invece un'interpretazione costituzionalmente conforme, appoggiando quindi la "tesi estensiva", seguita dai giudici di merito: nell'occasione, viene riconosciuta *apertis verbis* la piena competenza in capo all'autorità giudiziaria, quale giudice dei diritti, a operare anche un controllo *sostanziale* del provvedimento²⁶.

La Corte costituzionale si è successivamente pronunciata su tale (o simile) questione due volte.

Una prima, con un'ordinanza di manifesta infondatezza, non particolarmente significativa per la sua sinteticità e per il suo replicare i precedenti²⁷.

²⁶ Corte cost., n. 351 del 1996, cit.

²⁷ Corte cost., n. 390 del 2002, a margine della quale, CESARIS, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.: un equilibrio difficile, forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2002, 2003, 2277, e COPPETTA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti in regime di sospensione delle regole trattamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, 3325. È sufficiente riportarne la massima (n. 27256): «Manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, censurato, in riferimento agli artt. 3, 32 e 101 della Costituzione, nella parte in cui non consente al giudice che procede al giudizio penale, nel cui ambito è stato emesso il titolo cautelare in esecuzione, di sindacare il contenuto del decreto ministeriale di sottoposizione al regime carcerario speciale, nei limiti in cui tale verifica si renda assolutamente necessaria ai fini di tutela del diritto alla salute dell'imputato detenuto. Infatti, la tutela di tale diritto nei confronti del provvedimento ministeriale di sospensione delle regole ordinarie di trattamento risulta assicurata, da un lato, dal controllo esercitato, in sede di reclamo, dal tribunale di sorveglianza, a garanzia dei diritti del detenuto e, dall'altro lato, dai poteri conferiti in materia di libertà personale al giudice che procede, il quale – a norma degli artt. 299, comma 4-ter, e 275, commi 4-bis e ter, cod. proc. pen. – non può di-

La seconda pronuncia d'interesse, altresì figlia di quanto scandito dalla Corte stessa negli anni Novanta, è la n. 190 del 2010²⁸.

Due i profili di contrasto con la Carta dei diritti ipotizzati dal rimettente²⁹, a seguito dell'inasprimento legislativo operato dalla novella del 2009. In particolare, merita in questa sede maggiore attenzione il primo: invero, il comma 2-*sexies*, nella sua vigenza tra il 2002 e il 2009, prevedeva la possibilità di presentare il reclamo avverso l'atto ministeriale sospensivo, al fine sia di verificare la «sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento» (e la proroga), sia di vagliare la «*congruità* del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Ebbene, la predetta legge n. 94, con il dichiarato intento di «correggere la giurisprudenza dei giudici di merito»³⁰, oltre a eliminare la discrezionalità del Ministro nella scelta delle restrizioni, ha espunto la seconda delle prerogative riportate³¹. Da ciò, i dubbi del rimettente, che era stato adito in merito alla possibilità di ampliare i limiti della permanenza all'aperto del detenuto reclamante, limiti pure acuiti in sede di riforma, lad-

sporre né mantenere la custodia cautelare in carcere se sussiste incompatibilità con lo stato di salute dell'imputato e quindi è certamente abilitato a intervenire anche nei confronti del detenuto sottoposto al regime speciale di cui al predetto art. 41-bis, comma 2. - V. la sentenza n. 410/1993 (che a sua volta richiama la sentenza n. 349/1993), in tema di competenza a sindacare i provvedimenti di sospensione del regime di sorveglianza speciale, nonché la sentenza n. 351/1996, a proposito delle esigenze di tutela della salute, citate nella decisione».

²⁸ Corte cost. 26 maggio 2010, n. 190, con nota di FIORIO, *Il carcere "duro" tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2268. A commento della stessa, parimenti, DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2511.

²⁹ Trib. Sorv. Roma, 6 ottobre 2009, G.A., reperibile in *Gazzetta Ufficiale*.

³⁰ «Modifiche, inequivocabilmente determinate dall'intento di rendere più severo e "impermeabile" al controllo giurisdizionale il regime carcerario differenziato»: testualmente, DELLA CASA, *op. ult. cit.*, 2512, cui si rinvia, per ulteriori riferimenti bibliografici.

In tema, cfr., altresì, ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, 717, ove l'A. analizza le criticità seguite alla prima novella del 2002, in particolare su un dato decisamente sintomatico, ossia che, dopo solo circa sei mesi dall'introduzione della legge, siano stati annullati dai vari tribunali di sorveglianza sessantatré decreti di proroga del regime; v., anche, PRESTIPINO, GRASSO, *Il regime differenziato*, cit., 248 ss., i quali commentano criticamente Trib. Sorv. Perugia, 12 ottobre 2006, Timirello, e Trib. Sorv. Torino, 21 febbraio 2007, Madonia (ambedue in *Foro it.*, 2007, II, 246). Infine, v. *Relazione sulla politica*, cit.

³¹ Oltre al fatto che, con modifica del co. 2-*quinquies*, la competenza a sindacare in merito all'adozione o proroga del provvedimento, è stata accentrata nel Tribunale di Sorveglianza di Roma. Tale scelta è giustificata dall'esigenza di «evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali» (così, SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Disegno di legge A.S. n. 733-B. «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»*, maggio 2009, n. 127, 205, reperibile in *www.senato.it*).

dove sono state ridotte le ore da quattro a due: pertanto, anche questa ipotesi veniva fatta oggetto di rilievo³².

La Corte costituzionale dichiarò inammissibili ambedue le questioni.

In merito alla sindacabilità, la pronuncia è sintetica e, richiamando i propri *dicta* antecedenti, conclude che una ricostruzione sistematica del quadro normativo, costituzionalmente orientata, è possibile sulla base degli stessi principi già esposti: sicché, venuta meno, a seguito della ricordata novella, la specifica previsione introdotta in passato nell'art. 41-*bis* ord. penit., si “riespande” quella generale – come argomentato, appunto, nelle pronunce del 1993, 1996 e 1997 –, «senza che si determini, sul piano dei diritti dei detenuti, un vuoto di tutela»³³.

Anche sul punto relativo alla limitazione del tempo da trascorrere fuori della cella, la Corte giunge a una soluzione negativa. Il Giudice delle leggi, infatti, rileva una «ambivalenza del *petitum*», non essendo chiaro se il rimettente abbia chiesto una eliminazione *tout court* di qualsiasi riferimento temporale, oppure una dilatazione del numero delle ore d'aria giornaliera previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. Tale mancanza di chiarezza, viene detto in motivazione, sarebbe di per sé sufficiente a giustificare una dichiarazione di inammissibilità: lo stesso esito, però, si avrebbe anche nel caso di contestazione del *quantum* orario. In tal senso, alla Corte è preclusa la possibilità di esprimersi, essendo, questo tipo di previsione, una scelta riservata al legislatore. In ogni caso, viene aggiunto, il limite di ore applicato con il decreto è giustiziabile per violazione di un diritto soggettivo (ad esempio: diritto alla salute): «non si tratterebbe, in tali ipotesi, di un controllo sulla “congruità” del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza, ma dell'accertamento della eventuale lesione di un

³² Le censure venivano formulate in relazione agli artt. 27, terzo comma, Cost. – come trattamento contrario al senso di umanità – e 3 Cost. – a causa della disparità di trattamento rispetto ai carcerati “comuni”, non giustificata dalle esigenze di tutela sottese al “41-*bis*”.

³³ Ne deriva che il sindacato sul contenuto del provvedimento è oggi possibile per mezzo e con le modalità del reclamo giurisdizionale previsto dagli artt. 69, co. 6, lett. b) e 35-*bis* ord. penit., in vigore dal 2013. Puntualmente, in merito, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 131 ss. Cfr. altresì GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, in *La tutela preventiva e compensativa per violazione dei diritti dei detenuti*, a cura di Fiorentin, Torino, 2019, 69 (nonché, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 73).

diritto fondamentale – mai giustificabile, neppure per esigenze di sicurezza – da verificare *caso per caso*» (corsivo nostro)³⁴.

4. *Tanto tuonò che piovve*. La giurisprudenza di merito si è dimostrata da subito critica verso le limitazioni di nuovo conio. Così, a ridosso dell'entrata in vigore delle stesse, è stata sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale³⁵. Il giudizio ha portato all'ordinanza del 2010, n. 220³⁶, con dispositivo di manifesta inammissibilità. In tal caso, è stata infatti rilevata la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di sindacato costituzionale, oltre che l'assoluta carenza di motivazione in punto di rilevanza³⁷.

La Consuta, chiamata nuovamente a pronunciarsi, è addivenuta alla pronuncia n. 143 del 2013³⁸, con la quale ha “scalfito”, per la prima volta – seppur parzialmente –, il meccanismo regolato dall'art. 41-bis ord. penit.: ha infatti dichiarato costituzionalmente illegittimo il co. 2-*quater*; lettera *b*), ultimo periodo, nella parte in cui limita quantitativamente le telefonate e i colloqui tra il detenuto in regime speciale e i difensori, segnando un'ulteriore tappa «nel cammino di recupero di quei valori costituzionali che sono stati ridimensionati dalle modifiche apportate al regime con la l. 94 del 2009»³⁹.

³⁴ In relazione alla tematica della limitazione delle ore all'aperto, nell'ampia produzione scientifica, si rinvia, limitandosi agli scorcii più recenti, a DIEZ, *Aria nel reparto 41-bis*, in *Giur. pen.*, 2020, 1-bis (speciale “*Dentro il 41-bis*”, cit.); MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in questa *Rivista*, 2017, 2.

³⁵ Cfr. Marg. Sorv. Cuneo, 18 dicembre 2009, *ined.*

³⁶ Corte cost., 9 giugno 2010, n. 220.

³⁷ La Corte ha concluso che «il rimettente ha precluso ogni possibile controllo sulla rilevanza della questione sollevata, omettendo di indicare se il reclamante avesse richiesto colloqui in eccesso rispetto al limite attualmente consentito, se detti colloqui fossero pertinenti a specifici procedimenti o adempimenti per i quali si potessero esigere difensive altrimenti non assicurabili, se fossero intervenuti provvedimenti di rigetto dell'Amministrazione penitenziaria», ritenendo infine che il procedimento principale sembra introdotto «al solo scopo di sindacare la legittimità costituzionale di una norma di legge». Cfr. il penultimo capoverso della citata pronuncia.

³⁸ Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, cit. In merito, cfr., altresì, FIORIO, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 42.

³⁹ Così, CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1189.

La questione di legittimità prende le mosse da un'ordinanza di rimessione seguita al reclamo proposto da un detenuto che si era visto negare la possibilità di fruire del colloquio visivo con il proprio difensore⁴⁰.

Occorre peraltro premettere che anche il D.A.P. era intervenuto con proprie circolari⁴¹: era stato irragionevolmente disposto che le limitazioni normative operassero a prescindere dal numero dei procedimenti. Proprio qui si annida la problematica: nel caso di specie, l'impugnante era detenuto in esecuzione di tre diverse sentenze ed era sottoposto a custodia cautelare in carcere in forza di due provvedimenti restrittivi. Non solo: erano a suo carico pendenti dei processi penali rispetto ai quali erano decorsi i termini di custodia cautelare. Terminati i colloqui a sua disposizione con il difensore, il detenuto si era visto privato della necessaria tutela costituzionale alla difesa tecnica, essendogli state precluse ulteriori visite⁴².

È sicuramente il parametro di cui all'art. 24 Cost. che risulta maggiormente legato a un'eventuale lesione arrecata dall'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lettera *b*), ord. penit.: e infatti, è rispetto a esso che la Corte costituzionale ritiene fondata la questione, rimanendo assorbite le censure riferite agli artt. 3 e 111, co. 3, Cost.

A differenza di quanto avvenuto nel recente passato *in subiecta materia*, l'argomentazione della Corte è in questo caso particolareggiata e circostanzia-

⁴⁰ Mag. Sorv. Viterbo, 7 giugno 2012, *ined.*

⁴¹ Circolari D.A.P. 3 settembre 2009, 3 dicembre 2009 e 1 aprile 2010. Con le stesse veniva inoltre riconosciuta facoltà per il detenuto di effettuare un unico colloquio settimanale visivo o telefonico prolungato, della durata rispettivamente di tre ore o di trenta minuti, in luogo dei tre distinti colloqui settimanali.

⁴² Le disposizioni che il giudice rimettente assume a parametro sono: a) l'art. 3 Cost., il quale risulta violato proprio in considerazione di quanto strettamente afferente ai reclusi in regime differenziato. Infatti, rispetto ai cd. detenuti comuni, i primi hanno esigenze difensive maggiori, in ragione del numero più elevato, nonché della "maggiore complessità" dei procedimenti pendenti a loro carico. Esigenze, peraltro, già di per sé penalizzate in considerazione del *locus detentionis* di tali soggetti, che, com'è noto, risulta essere distante dalla residenza e dal luogo del processo, per le ragioni che sottostanno alla misura; b) l'art. 111, co. 3, Cost.: il disposto in parola, stabilendo le condizioni del "giusto processo penale", prevede che la legge debba assicurare alla persona accusata di un reato il tempo e le condizioni necessarie al fine di preparare la propria difesa. Sempre la considerazione dei numerosi procedimenti cui risulta coinvolto il detenuto "speciale" comporta che i limiti introdotti non consentano di disporre del tempo necessario per la difesa; c) infine, l'art. 24 Cost.: la norma sancisce il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e, soprattutto, al secondo comma statuisce che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Nel caso del "carcere duro", sottolinea il giudice, la compressione risulta evidente, ma non giustificata dalla necessità di proteggere un altro interesse costituzionalmente garantito.

ta: come detto, essa fonda il proprio percorso argomentativo sulla lesione dell'art. 24 Cost. e, dunque, non può esimersi dal chiarire precipuamente la portata e l'estensione del principio ivi enunciato. Invero, questa "labile" norma, «di primo acchito scultorea e "potente", mostra in effetti un marcato tasso di genericità in entrambe le sue componenti», ossia l'oggetto e il predicato⁴³.

Chiarire la portata, si è detto: com'è evidente, la Corte richiama – dedicando l'intero secondo paragrafo della pronuncia – alcuni principi, sanciti in materia in sue precedenti pronunce⁴⁴: «è acquisito, nella giurisprudenza di questa Corte, che la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica (sentt. 1984, n. 80 e 1979, n. 125) e, dunque, anche, il diritto – a essa strumentale – di conferire con il difensore (sent. 1996, n. 216): ciò al fine di definire e predisporre strategie difensive e, ancora prima, di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarsi e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti (sent. 1997, n. 212[⁴⁵])».

Giungendo a pronunciarsi specificamente sulla previsione del regime speciale, la Corte articola la propria decisione attorno a due punti essenziali.

Da un lato, rimarca il principio secondo il quale il diritto di difesa può sì subire limitazioni nel bilanciamento con altre esigenze di rango superiore, ma non oltre la soglia che ne comprometta l'effettività⁴⁶. In tal senso, i Giudici com-

⁴³ In questi termini, MANES, NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 337: «qualificare la "difesa" come "diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" giova, in effetti, ancora a poco, se nulla si dice sull'essenza di quel diritto, sulle singole garanzie ad esso strumentali e sul modulo processuale più idoneo a valorizzarne la funzione. [...] La "difesa" è una situazione squisitamente "giuridica", posto che il rapporto intercorrente, a fini difensivi, tra un soggetto e la vicenda processuale che lo riguarda è esclusivo prodotto dell'intervento del legislatore».

⁴⁴ Per una sintetica, ma efficace, esposizione dell'evoluzione del diritto di difesa per le persone *in vinculis*, si leggano COPPETTA, *I colloqui con i difensori dei condannati al "carcere duro": incostituzionali le restrizioni quantitative*, in *Giur. it.*, 2013, 2350, nonché, FIORIO, *Regime carcerario differenziato*, cit., 44.

⁴⁵ Tale pronuncia, richiamata in motivazione, risulta particolarmente importante: si tratta di Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, sulla quale, v. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 210. Merita infatti ricordare che essa ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18 ord. penit. «nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva ha il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena».

⁴⁶ Cfr. Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, cit., § 6. Peraltro, la giurisprudenza costituzionale risulta costante nel ritenere che l'esercizio del diritto di difesa e relative modalità possa essere, almeno in linea di principio, soggetto a restrizioni o a modulazioni legislative differenti, nel momento in cui sia necessa-

piono un passo importante, richiamando anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁷, nella specie quella inerente all'art. 6 C.E.D.U.: anch'essa, difatti, ammette che lo Stato ponga limiti ai contatti tra soggetto detenuto e proprio difensore, ma «rimarca come ogni misura limitativa di tal fatta debba risultare assolutamente necessaria [...] e non debba comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato». Trattasi – come si nota – di un'ulteriore applicazione del criterio di congruità.

Nella specie, la Corte, sindacando i limiti introdotti, inerenti al *quantum*, ritiene che vadano a intaccare il nucleo essenziale sovraesposto: non è possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, «consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione alle attività difensive»⁴⁸. Viene inoltre sottolineato quanto già posto in risalto dal giudice rimettente, ossia il fatto che nel caso di specie si discute di soggetti condannati o imputati per delitti di particolare gravità e spesso contemporaneamente coinvolti – come nel caso del reclamante – in più procedimenti: risulta pertanto che a una grave compressione delle esigenze difensive non corrisponda affatto un incremento della tutela dell'interesse alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza⁴⁹.

Dall'altro lato, poi, viene osservato – e questo punto risulta di massimo rilievo – come gli interlocutori dei colloqui difensivi in oggetto siano persone appartenenti a un ordine professionale, quale quello degli avvocati: esse sono tenute al rispetto di un codice deontologico nel campo dei rapporti con la giustizia e sottoposte a vigilanza da parte della categoria forense stessa. Va testualmente richiamato, al proposito, un passaggio fondamentale della pronuncia: «l'eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto d'opera

ria la salvaguardia di altre esigenze costituzionalmente riconosciute. V., *ex multis*, Corte cost., sentt. 30 novembre 2009, n. 317; 22 aprile 2009, n. 173; 9 luglio 2008, n. 297; 5 novembre 1993, n. 407.

⁴⁷ In particolare, Corte EDU, sez. II, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, annotata da CORVI, *La corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; e Corte EDU, sez. II, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, cit., § 6. V. anche FIORENTIN, *Regime speciale*, cit., 2182, secondo cui, la compressione del diritto di difesa in vantaggio di altre esigenze «va ritenuta preclusa nel caso di specie, considerato che il *vulnus* operato dalle limitazioni introdotte, eccedendo il “minimo sacrificio necessario” dell'interesse cedente, avrebbe privato di effettività il diritto di difesa, superando quindi quella linea di confine *nec plus ultra* – individuata appunto dalla Corte nella sopravvivenza di un adeguato indice di “effettività” del valore sacrificato – travalicando il quale il bilanciamento di interessi si risolve in un'operazione costituzionalmente illegittima».

⁴⁹ Sul punto, pone alcune sottolineature interessanti, RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni*, cit., 2178 s., a cui si rinvia.

professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell'organizzazione criminale, se non può certamente essere esclusa a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo». Con tali affermazioni, dunque, è la stessa Corte a rispondere all'interrogativo rispetto alla "presunzione di reità" operata dal legislatore in sede di riforma: essa non la ritiene legittima.

Ora, se da una parte è pacifico - nonostante la mancanza di una precisa regolamentazione - che i colloqui visivi con i difensori sono effettuati senza limiti di durata e di frequenza, come previsto dall'art. 16.3 circolare D.A.P. 2017⁵⁰ per i detenuti sottoposti al regime differenziato⁵¹, senza dimenticare quanto espressamente stabilito - in generale - dalla sent. 1997, n. 212, per i condannati in via definitiva, nonché ex. 104 c.p.p., per gli imputati⁵²; d'altra parte, rimane aperto il quesito afferente ai colloqui telefonici con i legali: la disciplina delle telecomunicazioni tra il legale e il suo assistito *in vinculis*, a prescindere dal regime applicato, «rimane controversa e carente, e richiede di essere rimediata alla luce della pronuncia della Corte»⁵³.

In base all'orientamento allo stato ancora dominante nella giurisprudenza di legittimità⁵⁴, risulta applicabile l'art. 39 reg. esec., il quale subordina l'esercizio del diritto alla previa autorizzazione del direttore dell'istituto⁵⁵. In senso contrario, come sovente accade, la magistratura di sorveglianza: quest'ultima ritiene che il diritto di conferire con il difensore non possa essere rimesso a

⁵⁰ Circolare D.A.P. 2 ottobre 2017, n. 3676/6126. Per un commento, cfr. FIORIO, «Fermo restando»: l'art. 41-bis ord. penit. tra il gerundio della legislazione e l'imperativo dell'amministrazione, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 2, 388, nonché, MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

⁵¹ Per quanto non stabilito, ai colloqui visivi legale difensore-assistito si estende la regolamentazione di cui all'art. 37 reg. esec.

⁵² Sulla citata sent.: *supra*, nota 45. Con riferimento all'art. 104 c.p.p., però, merita ricordare che operano distinti e ulteriori limiti, che la stessa Corte ritiene giustificati rispetto a quelli censurati in relazione all'art. 41-bis ord. penit.

⁵³ Testualmente, CORVI, *La Corte costituzionale*, cit., 1189 e 1191 ss.

⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 4 novembre 2004, Roccalba, in *DeJure*.

⁵⁵ Elemento che depona a favore dell'interpretazione adottata dalla Suprema Corte e che viene riportato in CORVI, *op. ult. cit.*, 1182, ove si legge che «l'art. 35.5 disp. att., nel prevedere che quando sono autorizzati colloqui telefonici tra imputato detenuto e suo difensore non si applica la disposizione che consente o impone la registrazione o l'ascolto delle conversazioni, presuppone l'applicazione ai colloqui telefonici con il difensore della disciplina penitenziaria generale contenuta negli artt. 18 o.p. e 39 reg. esec.».

valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, rimanendo sottratto all'ordinaria disciplina⁵⁶.

In definitiva, l'indirizzo ermeneutico assunto dai giudici di merito parrebbe avallato dai principi compiutamente enunciati dall'analizzato arresto della Corte costituzionale, i quali sono in grado di fornire «solidità e capacità persuasiva», atte a ispirare anche l'Amministrazione nella gestione dei colloqui difensivi, compresi quelli telefonici⁵⁷.

Da ultimo, dato atto che la decisione della Consulta presenta diversi profili di rilievo e passaggi di spiccata originalità, è necessario sottolinearne l'importanza sotto svariati punti: anzitutto, sul piano generale, laddove fissa dei principi cardine, a cominciare dal diritto di difesa, applicabili a tutto l'ordinamento. D'altronde, è altresì indubitabile l'effetto sulla norma di matrice speciale, oggetto di questa trattazione: per la prima volta, la Corte ne dichiara la parziale illegittimità. Fino a poco tempo prima, invece, il “carcere duro” sembrava aver ormai assunto i connotati dell'intangibilità.

5. *Ancora sul diritto di difesa: corrispondenza e censura.* Stante la stretta connessione di *petitum* tra la decisione testé analizzata e quella che ora ci si appresta a trattare, converrà prescindere dalla sequenza cronologica, a favore di un criterio “di sostanza”: infatti, con il suo ultimo arresto, come si ricordava in apertura, la Corte costituzionale si è trovata, ancora una volta, a doversi

⁵⁶ Mag. Sorv. Varese, 15 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, 1119, a margine della quale, PICOZZI, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, *ivi*, 1124. Più ampiamente sull'argomento, si rinvia a LARA, *Colloqui telefonici per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa*, in *Giur. merito*, 2012, 2386, il quale si allinea alla citata posizione del Magistrato lombardo.

⁵⁷ Si può inoltre qui ricordare che, *de iure condendo*, gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale (Tavoli Tematici, Tavolo 2 - Vita detentiva. Responsabilizzazione, circuiti e sicurezza, *Proposta 8. Colloqui telefonici*, 7 s., reperibile in www.giustizia.it) hanno ipotizzato «di rendere i colloqui telefonici col difensore non soggetti alle limitazioni previste dalla norma» ordinaria, tenuto soprattutto conto della ricordata sentenza della Corte, la n. 143 del 2013, la quale - secondo l'interpretazione datale dagli Stati Generali stessi - ha eliminato i vincoli imposti dall'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b), ord. penit. in relazione anche a tali colloqui: propongono, dunque, la modifica dell'art. 39 reg. esec., con l'introduzione di un nuovo comma, per il quale: «i colloqui col difensore non sono soggetti alle limitazioni previste dai commi precedenti».

pronunciare in merito al rapporto tra il regime differenziato e il diritto di difesa⁵⁸.

Precisamente, i Giudici di Palazzo della Consulta hanno dichiarato illegittima la lettera e) dell'art. 41-bis, co. 2-quater, ord. penit., laddove non esclude dalla sottoposizione al visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori.

Nella sua precedente vigenza, il comma “derogatorio” impediva il controllo delle comunicazioni scritte del detenuto, solamente qualora queste si rivolgesero ai membri del Parlamento o ad autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia. In particolare, l'interrogativo era se tale previsione si ponesse quale norma speciale rispetto all'ordinaria disciplina ex art. 18-ter ord. penit., applicabile, appunto, ai detenuti “comuni”.

Come noto, quest'ultima, introdotta nel nostro ordinamento dopo un travagliato percorso⁵⁹, detta le modalità e le condizioni a cui è possibile limitare il diritto “comunicativo” del carcerato. Per quanto qui d'interesse, al secondo comma sono contemplate le deroghe alla predetta ingerenza: non si applicano le disposizioni di cui al primo comma, «qualora la corrispondenza epistolare o telegrafica sia indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'articolo 103 [c.p.p.], all'autorità giudiziaria, alle autorità indicate nell'articolo 35 della presente legge, ai membri del Parlamento, alle Rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di cui gli interessati sono cittadini ed agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela del diritto dell'uomo di cui l'Italia fa parte». La differenza, anzitutto quantitativa, tra questa previsione e quella dell'art. 41-bis ord. penit. è visibile *ictu oculi*. E precisamente, il riferimento alla disposizione del codice di procedura, e quindi, tra gli altri, ai difensori, è del tutto assente nel *corpus* “differenziale”⁶⁰.

⁵⁸ Corte cost., 2 dicembre 2021, n. 18, ammotata da CATTANEO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in *Sist. pen.*, 2022.

⁵⁹ La norma è stata introdotta con legge 8 aprile 2004, n. 95. Cfr. FIORENTIN, *Varata una disciplina organica delle verifiche: così l'Italia si allinea alla Corte di Strasburgo*, in *Guida dir.*, 2004, 17, 20 e, *funditus*, PULVIRENTI, *L. 8.4.2004 n. 95 - Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti (GU 14.4.2004 n. 87)*, in *Leg. pen.*, 2004, II, 762. Per un commento all'articolo in parola, invece, si rinvia a RUARO, SANTINELLI, *Commento all'art. 18-ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 284 ss.; FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 4^a ed., Milano, 2019, 55 ss.

⁶⁰ Anche se, in verità, come rilevato altresì dai Giudici costituzionali, già la Circolare DAP 2017, cit., dispone espressamente che «[v']è tassativo divieto di sottoporre a limitazioni e/o controlli la corrispon-

Nel definire la questione, la Corte, da un lato, prende atto del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, in merito all'applicabilità dell'art. 18-ter ord. penit. anche ai reclusi in "carcere duro", nelle parti non compiutamente regolate dall'art. 41-bis ord. penit.⁶¹; ma, dall'altro lato, nota che, all'opposto, l'esclusione dal controllo di alcune categorie di soggetti, prevista dall'art. 41-bis ord. penit. stesso, va intesa come *lex specialis* rispetto al più ricco elenco della norma ordinaria⁶², denotando come sul punto difettesse «un orientamento chiaro e consolidato della giurisprudenza di legittimità [...], idoneo ad assicurare a diritto vivente»⁶³.

Pertanto, la questione sollevata in riferimento all'art. 24 Cost. è stata ritenuta fondata. I Giudici richiamano tanto propri precedenti, e in particolare la ricordata pronuncia n. 143 del 2013, quanto pronunce della Corte EDU.⁶⁴, va-

denza cd. "per giustizia", ovvero la corrispondenza indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'art. 103 del codice procedura penale», nonché a tutte le autorità indicate nell'art. 35 delle relative norme di attuazione, così in parte anticipando gli effetti della pronuncia della Corte.

⁶¹ Nel senso che, in particolare, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 Cost. e come anche ampiamente chiarito da Corte cost. 28 luglio 1993, n. 349, cit., solo un provvedimento dell'autorità giudiziaria specificamente motivato può comprimere il diritto alla corrispondenza del detenuto. Ma ciò non è nemmeno «mai stato messo in discussione dall'Amministrazione penitenziaria che, nei decreti applicativi, lo prevede espressamente»: così, DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., 250.

⁶² In realtà, in dottrina era pacifico non soltanto che l'art. 41-bis ord. penit. si ponesse come norma speciale, ma che dovesse intendersi integrato nei punti non disciplinati da quanto disposto dall'art. 18-ter ord. penit. Di più, che l'elenco maggiormente compiuto di quest'ultimo si estendesse fino a coprire le lacune del più scarno "41-bis": sul punto, si leggano, DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, 251 e CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 162. All'opposto, denunciava già «un forte *vulnus* al diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 [C.E.D.U.]», CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, cit., 556.

⁶³ A titolo di esempio, si possono citare in senso opposto: Corte d'Assise Firenze, Sez. II, 23 febbraio 2011, F. T., in questa *Rivista*, 2011, 249, con il commento di ROMOLI, *Scritti "difensivi" dell'imputato detenuto in regime di 41 bis ord. penit.: la soluzione della Corte fiorentina per salvaguardarne la segretezza*, che ha addirittura esteso il divieto di controllo, non solo alla corrispondenza con il difensore, ma anche ai cd. "scritti difensivi", ossia a quegli appunti del detenuto/internato, estesi in vista di un colloquio (o altro) con il patrocinatore; Cass., Sez. I, 14 giugno 2019, n. 36041, in *DeJure* (a margine della quale, CATTELAN, *La Cassazione in tema di trattenimento della corrispondenza proveniente del difensore e diretta al detenuto sottoposto al 41-bis*, in *Giur. pen.*, 2020, 1-bis), che si è espressa confermando la decisione del Magistrato di sorveglianza di sottoporre a vaglio di censura una missiva trattenuta, diretta a un detenuto e proveniente apparentemente dal proprio avvocato, ma ritenuta passibile, in quanto mancante di autenticazione, di manipolazione.

⁶⁴ Sulla normativa italiana, si ricorda che, ancora nell'ultimo scorcio - poco più di una decina d'anni addietro -, quindi anche dopo l'introduzione del nuovo art. 18-ter ord. penit., la Corte EDU si è diverse volte pronunciata, ritenendo violato l'art. 8 C.E.D.U. In particolare, in Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia* veniva censurato il controllo di una lettera inviata dal ricorrente al proprio difensore; e in

lutando la disposizione come «del tutto inidonea» e «certamente eccessiva» in relazione al precipuo scopo del regime differenziato, quello di impedire cioè che il ristretto possa continuare a intrattenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza. Ciò anche perché «il temuto scambio di informazioni tra difensori e detenuti o internati potrebbe comunque avvenire nel contesto dei colloqui visivi o telefonici, oggi consentiti con il difensore in numero illimitato, e rispetto al cui contenuto non può essere operato alcun controllo».

6. *Lo scambio di libri è corrispondenza?*⁶⁵ Nel 2011, il D.A.P. emanò una circolare in cui, in applicazione del combinato disposto delle lettere *a)* e *c)* dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, ord. penit., regolamentava, in maniera alquanto rigida, la detenzione, la ricezione e l'inoltro di libri e riviste tra detenuti e familiari⁶⁵.

Le disposizioni erano state dettate a seguito di un episodio nel quale un ristretto in "41-*bis*" era riuscito a scambiare con i familiari libri, riviste, nonché corposi atti giudiziari, contenenti messaggi criptati di natura illecita, e destinati presumibilmente all'organizzazione criminale di appartenenza⁶⁶. Ed ecco che, in considerazione della difficoltà di compiere gli eventuali controlli da parte del personale preposto – avendo inoltre presente, in astratto, la mole di documenti da verificare –, l'Amministrazione ha ritenuto di dover intervenire, prevedendo che qualsiasi tipo di stampa autorizzata potesse essere acquisita

Corte EDU, 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia* erano stati illegittimamente aperti plichi indirizzati proprio alla stessa Corte europea.

⁶⁵ In particolare, l'atto amministrativo prevedeva: a) l'eliminazione dalle biblioteche degli istituti penitenziari dei libri contenenti tecniche di comunicazione criptata; b) il divieto di acquisto di stampa autorizzata al di fuori dell'istituto penitenziario; c) il divieto di ricezione di libri e riviste da parte dei familiari, anche tramite pacco consegnato *brevi manu* al momento del colloquio, o spedito per posta, così come l'invio del predetto materiale ai familiari da parte del detenuto (attuale art. 11.6, circolare D.A.P. 2017, terzultimo capoverso); d) il divieto di accumulo eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di perquisizione ordinaria (in tema, si ricorda che, ora, è previsto, all'art. 11.6 circolare D.A.P. 2017, il limite in camera di detenzione di un massimo di quattro volumi. Se, invece, il ristretto risulta iscritto a un corso di studio, è possibile aumentarne il massimo su richiesta, e secondo il prudente apprezzamento della direzione dell'istituto); e) il divieto di scambio di libri e riviste tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità (v., ora, art. 11.6 circolare D.A.P. 2017, ultimo capoverso).

Come anche riportato in parentesi, le limitazioni di cui alla circolare del 2011 sono ora riproposte in quella del 2017.

⁶⁶ L'episodio è citato in premessa alla circolare. Perplesso, in dottrina, AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giur. pen.*, 2017, 7-8, 11. L'A. afferma: «colpime cento per causa di uno, si potrebbe dire. Se non fosse che i detenuti in regime di 41-*bis* sono ben più di cento».

da un soggetto in regime differenziato solamente per il tramite dell'istituto penitenziario.

Com'è intuibile, all'indomani delle previsioni di nuovo conio, molte sono state le reazioni critiche - e non - da parte di dottrina e giurisprudenza. In seno a quest'ultima, in particolare, si è sin da subito formato un insanabile contrasto: come di consueto, tra i giudici di merito⁶⁷, la normativa ministeriale non ha trovato accoglienza favorevole, cosicché è stata più volte oggetto di disapplicazione⁶⁸. Precisamente, gli Uffici di sorveglianza ritenevano che lo scambio di tale oggettistica rientrasse nella fattispecie della corrispondenza: materia tutelata dall'art. 15 Cost., il quale, come si sa, pone una duplice riserva, di legge e di giurisdizione, recepita dall'art. 18-ter ord. penit., «ove si esplicita che tanto le limitazioni quanto la sottoposizione a visto di controllo possono avvenire con decreto motivato emesso dall'autorità giudiziaria competente».

All'opposto, la Corte di cassazione ha assunto un diverso orientamento ermeneutico, annullando, in sede di reclamo, i provvedimenti di disapplicazione del giudice di prime cure: ciò in quanto le restrizioni ministeriali sono espressione di quel potere conferito all'Amministrazione penitenziaria dalla legge, in forza del quale sarebbe consentito dettare disposizioni ulteriori nei confronti dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale⁶⁹.

I Supremi giudici riconoscono la rilevanza dei diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto a informarsi e il diritto allo studio, ma ne escludono una

⁶⁷ In dottrina, invece, si legga l'autorevole opinione di 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 libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, 842. L'A. non mette in dubbio l'utilità della misura restrittiva in esame - ove funzionale all'obiettivo posto -, ma ritiene che debba essere consentito un vaglio sulla sua ammissibilità o idoneità in un determinato caso specifico, «in termini di congruità e necessità»: ciò può avvenire solamente con l'estensione della disciplina prevista dall'art. 18-ter ord. penit. che traduce, in sede ordinaria, le garanzie poste dal dettato costituzionale (art. 15).

⁶⁸ Cfr., *ex multis*, Mag. Sorv. Spoleto, 31 gennaio 2012, in *www.personaedanno.it*, 2012, con nota redazionale di FIORENTIN, *Diritti fondamentali e accesso all'informazione*; per un commento, v. FALZONE, PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. penit. e crim.*, 2012, 132; Mag. Sorv. Spoleto, 29 ottobre 2012 e Mag. Sorv. Roma, 18 febbraio 2013, entrambe in *Rass. penit. e crim.*, 2014, 174, annotate da CESARIS, *Diritti dei detenuti e garanzie costituzionali*. Da segnalare, però, che una parte minoritaria della magistratura di sorveglianza non condivideva la riportata interpretazione: così, Mag. Sorv. Macerata, 20 maggio 2013, in *www.personaedanno.it*, 2013, con nota redazionale di FIORENTIN, *Limitazioni alla ricezione di libri solo se congruamente motivate*.

⁶⁹ Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 42902, in *DeJure*.

seria compressione, venendo bensì in essere solo una maggiore difficoltà nella fruizione degli stessi, che però risulta giustificata, avuto riguardo alle esigenze di sicurezza pubblica, bene anch'esso costituzionalmente garantito⁷⁰.

Successivamente - e l'argomento appare dirimente -, la Suprema Corte ha sostenuto che non si perviene a un pregiudizio del diritto alla corrispondenza, in quanto la ricezione o scambio di pubblicazioni che riportino il pensiero di terzi non può ricadere nella nozione di corrispondenza *stricto sensu*: quest'ultima, sia nel nostro ordinamento, sia in quello sovranazionale, va intesa come forma di comunicazione verso persone determinate, tramite scritti che traducono il proprio pensiero⁷¹.

Non sorprende che, nel quadro descritto, la materia sia stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale⁷².

⁷⁰ *Ex plurimis*, Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, Rv., n. 261858; Cass., Sez. I, 3 ottobre 2013, n. 9674, in *DeJure*.

⁷¹ Cfr. Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, n. 46783, *in ed*; Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, n. 1774, in *DeJure*. Vuole dunque essere, la corrispondenza, sostitutiva della comunicazione verbale, nonché strumentale al mantenimento delle relazioni interpersonali e affettive: si vuole che la libertà di informazione non si risolva in libertà di corrispondenza. Conformemente, fra le tante, Cass., Sez. I, 1 dicembre 2014, n. 50156, in *Cass. pen.*, 2015, 1552, con nota di PICOZZI, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*. Da ultimo, Cass., Sez. I, 7 aprile 2015, n. 32469, in *DeJure*.

⁷² L'incidente di legittimità costituzionale è stato sollevato da Mag. Sorv. Spoleto, 24 aprile 2016, in *Quest. giust.*, 2016, con il commento di Mura, *Galeotto fu (proprio) il libro?*

Il magistrato ha ritenuto la disciplina confliggente con: a) l'art. 15 Cost., il quale presidia con doppia riserva la libertà e la segretezza della corrispondenza, senza porre alcuna differenza in ordine a mezzi o forme. Viene dunque inibita, con le limitazioni amministrative, la comunicazione tra il detenuto e i familiari, conculcando le garanzie previste dall'art. 18-*ter* ord. penit.; b) l'art. 21 Cost., il quale comprende il diritto alla libera manifestazione del pensiero, con la compressione subita dal detenuto nel proprio diritto a essere informato - interessante la rassegna delle disposizioni penitenziarie in materia operata dal giudice, il quale sottolinea la mancata possibilità, ex art. 14-*quater* ord. penit., di porre limiti al possesso, acquisto e ricezione di determinati oggetti (tra cui libri o riviste) al soggetto in regime di sorveglianza particolare: che, a sua detta, costituisce una irrazionale differenza rispetto al similare regime ex art. 41-*bis* ord. penit.; c) gli artt. 33 e 34 Cost. sul diritto allo studio, che sanciscono una scuola aperta a tutti e in grado di assicurare che i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, possano raggiungere i più alti gradi degli studi, al fine di assicurare a ognuno una società aperta e l'opportunità di sviluppare la propria personalità: anche rispetto a tali parametri, il giudice *a quo* ritiene vi sia una compressione non giustificata, non proporzionata e non congrua (rispetto a tali diritti sia consentito fare una escursione fuori dall'ambito prettamente scientifico, per approdare a quello letterario, e suggerendo la lettura di FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015); d) infine, l'art. 117, co. 1 Cost., quale parametro che conferisce valore giuridico sovraordinato alla C.E.D.U. nel nostro ordinamento: in tal caso, si ritengono violati gli artt. 3 e 8 C.E.D.U., facendo ampio rinvio all'interpretazione data dagli stessi e all'ampia giurisprudenza in materia della relativa Corte.

Tra gli altri, un particolare *punctum dolens* denunziato è il problema che si riscontra nella realtà effettiva della vita carceraria; infatti, «emerge un quadro di ostacoli al reperimento della suddetta stampa che, lungi dall'incidere sul solo metodo di acquisizione, appare determinare un pregiudizio all'esercizio concreto del diritto»⁷³: il rimettente, per parte sua, ritiene che la lesione derivi direttamente anche dalla diffusa inefficienza amministrativa nella gestione del flusso di ordini e disponibilità di materiali scritti⁷⁴.

La Corte costituzionale, condividendo l'indirizzo seguito dalla Cassazione, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale⁷⁵. Anzitutto, specifica che non viene inciso il diritto di cui all'art. 21 Cost., dal momento che, sia la normativa costituzionale che quella ordinaria, «si riferisc[ono] 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 desiderate»: argomentazione non dissimile viene utilizzata, *mutatis mutandis*, per escludere la lesione dei diritti di studio ex artt. 33 e 34 Cost.

Ancora, la sentenza si sofferma su quanto sostenuto dal rimettente in relazione all'inefficienza delle istituzioni carcerarie per l'acquisto degli scritti: «l'eventuale *vulnus* dei diritti del detenuto deriverebbe, comunque sia, non dalla norma, ma dal corretto comportamento dell'amministrazione penitenziaria chiamata ad applicarla, esulando perciò dalla prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale». Dunque, eventuali effetti indiretti non possono assumere rilievo, non derivando gli stessi direttamente dalla legge⁷⁶.

Nemmeno con riferimento al diritto alla corrispondenza, i Giudici ritengono fondata la questione: invero, a loro dire, non si rientrerebbe nel novero del concetto di corrispondenza *stricto sensu* nel caso di pacchi contenenti libri, portando, nel caso contrario, a risultati paradossali: «se essa fosse fondata, si dovrebbe riconoscere alla persona detenuta, in nome della libertà di corri-

⁷³ Si legga, in tema, AMATO, *Un messaggio*, cit., 10.

⁷⁴ Lo stesso rimettente argomenta che una compressione determinata in tal modo possa essere giustificata in base a un bilanciamento di interessi, ma è qui che richiama giurisprudenza costituzionale conforme: quest'ultima ha sempre ritenuto che tale contrazione debba essere *congrua e proporzionata* al fine perseguito. In questo caso, sarebbe dunque escluso un significativo incremento alla tutela della sicurezza pubblica, a fronte delle limitazioni alla ricezione e inoltro di libri o riviste.

⁷⁵ Corte cost., 8 febbraio 2017, n. 122, con il commento di CIAVOLA, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, in *Giur. cost.*, 2017, 1230.

⁷⁶ Sul punto, criticamente, si rinvia a DELLA BELLA, *Libri e riviste al 41 bis: la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 67.

spondenza, il diritto di scambiare con l'esterno, senza alcuna restrizione qualitativa - fin tanto che non intervenga uno specifico provvedimento limitativo dell'autorità giudiziaria - non soltanto libri e riviste, ma qualsiasi tipo di oggetto». Peraltro, ad avviso della Corte, trattandosi di soggetti sottoposti a restrizione personale, è naturale riconoscerne la libertà di corrispondenza solo mediante gli ordinari strumenti di comunicazione («scrivere la lettera»), e non anche nella anomala forma di scambio di beni o oggetti⁷⁷.

Infine, non fondata risulta la censura operata rispetto all'art. 117, co. 1, Cost., come norma interposta alle disposizioni sovranazionali.

Analoga la posizione rispetto all'art. 3 C.E.D.U., in quanto il parametro è incongruo, dato quanto prospettato dal rimettente, il quale contesta il *quomodo* delle limitazioni, non la loro ammissibilità. La Corte si spinge in ogni caso a negarne la violazione, in quanto l'esclusione di ricezione e inoltro di stampa, stanti l'esistenza e la possibilità di una corrispondenza epistolare, non determina livelli di sofferenza e svilimento della persona tali da assumere la connotazione di trattamenti inumani o degradanti.

Quanto, poi, all'art. 8 C.E.D.U., i Giudici di Palazzo della Consulta pongono l'accento sulla non assolutezza di quanto ivi previsto - ossia il rispetto, anche, della corrispondenza -: è infatti consentita, a norma del secondo paragrafo del medesimo disposto sovranazionale, una ingerenza da parte della "pubblica autorità", in presenza delle tre condizioni indicate, ossia la previsione legislativa, il perseguimento di uno degli scopi indicati, nonché la necessità dell'ingerenza in una società democratica. Anche in questo caso, quindi, non si ravvisa alcuna violazione della norma posta a parametro, sulla base delle medesime argomentazioni. Peraltro, viene sottolineato che l'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* ord. penit. possiede un forte grado di dettaglio, riferendosi alla necessità di interrompere i contatti tra detenuto e associazione criminale di appartenenza: grado ritenuto sufficiente anche dalla Corte EDU, per la quale, sebbene una norma di legge, nell'attribuire un potere, debba limitarne la portata, è comunque «impossibile giungere a una certezza assoluta nella sua formula-

⁷⁷ In dottrina, cfr., invece, CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, ed. III, Torino, 2011, 344, secondo cui l'art. 15 Cost. equipara, ai fini dell'applicazione delle garanzie, la corrispondenza a «ogni altra forma di comunicazione», sancendo l'indifferenza, ai fini dell'individuazione puntuale dell'oggetto della medesima, del mezzo, del contenuto, nonché delle forme utilizzate».

zione poiché il probabile risultato di tale desiderio di certezza sarebbe un'eccessiva rigidità»⁷⁸.

7. «*Piccoli gesti di normalità quotidiana: la cottura dei cibi*. La legge di riforma del 2009, come sopra detto, ha apportato diverse modifiche peggiorative all'art 41-*bis* ord. penit. Tra queste, la nuova formulazione della lettera *f* del co. 2-*quater* consentiva di adottare «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*»⁷⁹]. Ebbene, entrambi questi ultimi due incisi sono stati oggetto di censura da parte della Corte costituzionale.

Il divieto di cottura, in verità, non è un *novum* assoluto all'interno dell'ordinamento, stante la sua adozione in concreto già prima dell'elevazione a norma di rango primario: come ricostruito anche nella pronuncia in analisi, già i primi provvedimenti applicativi del regime differenziato erano corredati da detta negativa imposizione, presente, inoltre, sin dalle prime circolari del D.A.P. Oltre a ciò, la circolare D.A.P. del 2009, sostituita dalla più recente del 2017⁸⁰, specificava il nuovo dettato legislativo: il soggetto in «41-*bis*» non avrebbe potuto ricevere dall'esterno e acquistare al sopravvito generi alimentari che per il loro utilizzo richiedessero cottura, mentre i fornelli avrebbero potuto essere utilizzati esclusivamente per riscaldare liquidi o cibi già cotti, oppure per la preparazione di bevande.

La *ratio* del divieto sarebbe da ravvisarsi nella necessità di contrastare il pericolo che il detenuto accresca il proprio «potere» e prestigio criminale *intra*

⁷⁸ Corte EDU, 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia* (citata dalla pronuncia in esame): in proposito, v. MAZZA, *Due casi italiani di violata segretezza della corrispondenza tra detenuto e difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 162 s.

⁷⁹ Tale ultima limitazione, in particolare, già ai tempi della sua introduzione nel 2009, è stata oggetto di perplessità e critiche in dottrina: v., a proposito, CALABRESE, *Prime osservazione sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41-bis ord. penit.*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 4-5, 88, in cui si legge: «appare sinceramente sbalorditiva la circostanza secondo cui sia stato impedito di poter cuocere cibi all'interno della propria cella»; conformemente, CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2010, 214; FIORIO, *La stabilizzazione*, cit., 415; A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volte e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di Corleone, Pugiotto, Roma, 2013, 201 s.

⁸⁰ Circolare D.A.P. del 4 agosto 2009, n. 286202, poi sostituita dalla qui più volte richiamata Circolare D.A.P. del 2017.

moenia, «misurabile anche attraverso la disponibilità di generi alimentari “di lusso”», situazione che si verificava normalmente in passato, a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta⁸¹.

Il magistrato rimettente, chiamato a pronunciarsi in merito a un reclamo da parte di un ristretto in “carcere duro”, ha ritenuto di dover investire della questione il Giudice delle leggi⁸².

La Corte, con la sentenza n. 186 del 2018⁸³, condividendo l’approccio del decisore di prime cure, ha ritenuto privo di ragionevole giustificazione il divieto di cottura cibi: «incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un’ingiustificata deroga all’ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva»⁸⁴; assorbita, invece, la censura in relazione all’art. 32 Cost.

Più nel dettaglio, rispetto alla *ratio* del vincolo di cui sopra si cennava, i Giudici fanno leva su una doppia argomentazione, al fine di non fornirle avallo:

⁸¹ Più ampiamente, a riguardo, Cass., Sez. V, 23 aprile 2002, n. 24712, Rv., n. 222299, citata in DELLA BELLA, *Per la Cassazione i detenuti in “41 bis” non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto dal sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017, 1694.

⁸² Mag. Sorv. Spoleto, 15 maggio 2017, in www.giurisprudenzapenale.it, a commento della quale, v. MANI, *A proposito dei diritti umani. Ci salvi il giudice costituzionale dalla disumana inutilità del divieto di cuocere cibi per il detenuto in regime di 41-bis*, in questa *Rivista*, 2017, 715.

Il magistrato ha ritenuto la disciplina confliggente: a) con l’art. 3 Cost., a causa della disparità di trattamento che vi sarebbe con i detenuti “ordinari”, senza che vi sia una giustificazione in relazione agli scopi di pubblica sicurezza del regime speciale; b) con non dissimili motivazioni, con l’art. 27 Cost., specie nel suo comma terzo, che vieta trattamenti contrari al senso di umanità e richiede la tendenziale rieducazione del detenuto, dato che la compressione *de qua* finirebbe per rivestire un carattere meramente vessatorio; c) infine, con l’art. 32 Cost., posto a tutela del diritto alla salute. Quest’ultimo parametro rilevava in particolare nel caso di specie, in quanto il detenuto impugnante soffriva di alcune patologie gastriche, le quali potevano essere tenute sotto controllo, oltre che con la normale assunzione di farmaci, anche, e forse soprattutto, con una determinata dieta, nella fattispecie impedita dalla circostanza che al soggetto era impedita la cottura di cibi.

⁸³ Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, cit. Cfr., altresì, PARLATO, *Privo di ragionevole giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro”*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, 375.

Inoltre, anche qui – come nel caso della sentenza n. 143 del 2013 e il relativo precedente del 2010 (ord. n. 220, *supra* nota 36) –, la Corte costituzionale era già stata investita della questione, decisa con l’ordinanza n. 56 del 9 febbraio 2011. I Giudici non sono qui entrati nel merito, avendo rilevato la manifesta inammissibilità per questioni procedurali (carenza di motivazione in punto di rilevanza e coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di costituzionalità).

⁸⁴ Come osservato da DOLSO, *Corte costituzionale, 41-bis*, cit., 2, si tratta di un caso di c.d. microconflictualità costituzionale, «in cui appunto la Corte viene chiamata ad occuparsi di questioni assai circoscritte e delimitate nella loro portata».

da un lato, viene chiarito come già le ordinarie regole dell'ordinamento penitenziario rendono pressoché ineliminabile ogni potenziale crescita di potere e prestigio. Difatti, il regolamento esecutivo prevede espressamente dei limiti alla ricezione, acquisto e possesso di generi alimentari valevoli per tutti i detenuti, comuni e "differenziati". Dall'altro lato, sono le stesse ulteriori restrizioni previste dall'art. 41-*bis* ord. penit. che, vietando il possesso di cibi o vivande "di lusso" al sottoposto al regime speciale, ne inibiscono ogni posizione di primato all'interno del già limitato "gruppo di socialità" con cui convive⁸⁵: per di più, è la stessa lettera *c*) a fissare un tetto alla ricezione dall'esterno di beni, oggetti e, in particolare, somme di denaro.

La pronuncia, peraltro, va oltre e sottolinea l'incongruenza del divieto rispetto alla finalità del regime, ossia quella di recidere i contatti con chi è posto al fuori delle mura carcerarie, laddove il recluso "41-*bis*" può, ad esempio, entrare comunque in rapporto con le imprese fornitrici dei generi che è autorizzato a reperire come sopravvitto (quelli che non richiedono cottura).

In conclusione, nella motivazione si fa cenno alla lesione della dignità dei detenuti, valutando la disposizione contraria al senso di umanità: «chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere ai piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale»⁸⁶. Se da qualcuno tale notazione ulteriore è intesa come "pleonastica"⁸⁷, in realtà, va valutata e si inserisce nel solco di una giurisprudenza "atti-

⁸⁵ Si ricordi che, in base alla lettera *l*), i ristretti in "carcere duro", durante le attività al di fuori della cella detentiva, possono far parte di gruppi composti da "sole" quattro persone (prima del *novum* del 2009: cinque). Compagnie di persone, peraltro, la cui composizione è accuratamente studiata a tavolino dall'amministrazione: sul punto, cfr. Circolare D.A.P. 2017, artt. 3 e 3.1; in dottrina, si legga: FALZONE, PICOZZI, *L'organizzazione della vita penitenziaria delle sezioni speciali (art. 41-bis ord. penit.)*, sub § 4., in questa *Rivista - Riv. web*, 2016, 1, e CESARIS, *Commento all'art. 41-bis*, cit., 559, dove, inoltre, si fa riferimento a Cass., Sez. VII, 29 maggio 2014, n. 378, Piromalli, Rv., n. 261890, in cui è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità riguardo alla formazione dei gruppi di socialità, ribadendo «le finalità perseguite dalla previsione in esame volte a evitare dinamiche relazionali che potrebbero agevolare la perpetuazione di logiche associative o all'opposto contrapposizioni conflittuali con esponenti di gruppi avversari».

⁸⁶ Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, cit., § 4.5. Per una notazione critica sul fatto che la Corte ha basato la propria motivazione solo sul principio di umanità della pena e non anche su quello della rieducazione, si rinvia a BERNARDI, *Per la Consulta il divieto di cuocere cibi imposto ai condannati al 41-bis è inutile e meramente allitativo. Verso un "carcere duro" più umano?*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2018, 2339 s.

⁸⁷ Si legga DOLSO, *Corte costituzionale, 41-bis*, cit., 5.

va” – magari non compiutamente riscontrabile ai tempi della pubblicazione della sentenza ora in analisi – ma, allo stato, di sicuro più facilmente apprezzabile⁸⁸.

8. *Effetto domino: lo scambio di oggetti.* Come sopra visto, ulteriore previsione di carattere deteriore rispetto al precedente assetto dell’art. 41-*bis* ord. penit. è quella della mancata possibilità dello scambio di oggetti. L’inciso, in particolare, è stato successivamente interpretato, tanto dall’amministrazione, quanto dalla giurisprudenza, come divieto, sia per i diversi sottoposti all’istituto derogatorio, facenti parte di gruppi di socialità differenti, sia per i soggetti appartenenti al medesimo gruppo. Invero, già la Circolare D.A.P. 2017, all’art. 4, co. 1, avallava detto orientamento⁸⁹. Anche la Cassazione valorizzava il segno d’interpunzione presente tra le parole “socialità” e “scambiare”, sicché, nella sua esegesi, l’“assoluta impossibilità” si riferiva a tre tipologie di limitazioni: a) divieto di comunicazione fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità; b) divieto di scambio di oggetti tra ristretti, pure nello stesso circolo sociale; c) divieto di cottura cibi; «altrimenti la disposizione avrebbe contemplato la assoluta impossibilità di *comunicare e scambiare* oggetti tra detenuti appartenenti a *diversi* gruppi di socialità, e di cuocere cibi»⁹⁰. Ritenendo corretta tale ermeneusi, assurta dunque a “diritto vivente”⁹¹, la Cassazione ha successivamente rimesso la questione alla Corte costituzionale, in

⁸⁸ Sul punto, si vedano le conclusioni del presente testo.

⁸⁹ Al contrario, immediatamente dopo il *novum* del 2009, la dominante ipotesi era che il divieto vigesse solamente tra soggetti in gruppi di socialità differenti. Così, infatti, prevedeva la precedente versione della circolare D.A.P. sulla disciplina dell’organizzazione generale del “41-*bis*”, ossia la Circolare D.A.P., 4 agosto 2009, 286202. Nel 2015, accortisi della virgola, si iniziarono ad approvare ordini di servizio avallanti l’opposta interpretazione, riportata nel testo.

⁹⁰ Cass., Sez. I, 13 luglio 2016, Guarino, Rv., n. 269185 – e in *Giur. it.*, 2017, 1689, a commento della quale, DELLA BELLA, *Per la Cassazione*, cit. –, richiamata tanto dall’atto amministrativo citato nel testo, tanto dal giudice rimettente, quanto dalla Corte costituzionale nella pronuncia che ci si accinge ad analizzare. L’A. riteneva già al tempo della citata statuizione il divieto *de quo* incongruo e si auspicava una rimessione della questione alla Corte costituzionale, così come poi avvenuto. Altresì criticamente, in dottrina, DIDI, *Manuale di diritto penitenziario*, Pisa, 2019, 174.

⁹¹ Cfr., più di recente, *ex multis*, Cass., Sez. I, 18 aprile 2019, n. 29300, in www.avvocatopenalista.org, che, peraltro, ha ritenuto la scelta legislativa del divieto in discussione «non irragionevole» e anzi «ragionevole e compatibile con la finalità precipua del regime detentivo» speciale. *Contra*, ancora una volta, la magistratura di sorveglianza: v., sul punto, Mag. Sorv. Spoleto, 13 febbraio 2018, citata da DE VITO, *L’illegittimità costituzionale della norma che sancisce l’assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in 41-bis ord. penit.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1577, il quale definisce l’orientamento dei giudici di merito «un’operazione di ortopedia logico-sistematica».

quanto non ha ritenuto la disposizione, così interpretata, conforme agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.⁹²

I Giudici di Palazzo della Consulta sono pervenuti a decisione con la pronuncia n. 97 del 2020⁹³, in cui è stata condivisa quest'ultima impostazione del Supremo Collegio.

La Corte, infatti, ha accolto la questione, giudicando la normativa derogatoria incompatibile con entrambi i parametri costituzionali e pervenendo a una decisione di tipo manipolativo-sostitutivo.

Con riguardo ancora una volta a quei "limiti interni", opportunamente ricostruiti nei precedenti degli anni Novanta, l'argomentazione primaria fa perno sul principio di congruità e di funzionalità, rispetto alla precipua finalità sottesa al "carcere duro".

In relazione all'art. 3 Cost., non è infatti giustificata la regola di natura speciale prevista dall'art. 41-bis ord. penit. rispetto a quella ordinariamente dettata ex art. 15, co. 2, reg. esec. per tutti i detenuti, secondo cui questi possono comunque scambiarsi solamente oggetti "di modico valore": ne deriva, ulteriormente, che la proibizione *de qua* «finisce per assumere un significato meramente affittivo», violando altresì il comma terzo dell'art. 27 Cost.⁹⁴

Nella parte motiva, poi, si confuta l'argomento per cui quanto oggetto di scambio potrebbe tradursi in una comunicazione da veicolare all'esterno: nuovamente facendo perno sulla congruità, si fa aperto riferimento al fatto che, comunque, i carcerati facenti parte del medesimo gruppo sociale hanno svariate occasioni di comunicare tra di loro, tanto in forma orale, senza essere ascoltati, quanto, persino, con modalità gestuali dal significato «non facilmente intelligibile», tale da non essere compreso nonostante la video-sorveglianza.

⁹² Le ordinanze di remissione del Supremo Collegio sono commentate in ALBERTA, *41-bis: il divieto di scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità: previsione irragionevole?*, in *Giur. pen.*, 2020, 1-bis (speciale "Dentro il 41-bis", cit.).

⁹³ Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, cit., altresì annotata da GIUGNI, *Incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetti fra detenuti al 41-bis appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Una nuova ripermetrazione del regime differenziato*, in *Sist. pen.*, 2020, nonché, da PADUA, *Lo scambio di oggetti fra i detenuti in regime di 41-bis: per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto assoluto*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 1497.

⁹⁴ Cfr. Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351, cit., secondo cui, la mancanza di congruità tra le limitazioni applicate e le esigenze di sicurezza rende le prime «ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente affittiva, non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento».

Inoltre, al fine di contrastare l'assunto secondo cui, mediante lo scambio di *res*, il detenuto potrebbe assumere una posizione di supremazia all'interno della propria "compagnia", i Giudici costituzionali fanno quasi un integrale richiamo a quanto già approfonditamente detto in merito a tale punto nella precedente pronuncia n. 186 del 2018, giudicando valevole quanto in quella sede sostenuto anche e ancor più rispetto alla limitazione da ultimo in discussione.

In conclusione, viene quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f), ord. penit., nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti», anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

Come anche segnalato altrove⁹⁵, la Corte mostra preoccupazione circa le possibili conseguenze della propria decisione. E infatti, due sono i moniti - o suggerimenti - che i Giudici delle leggi tengono a formulare.

Primo: la pronuncia rievoca un argomento già proposto nel suo precedente del 2018. Là veniva sottolineato che non si poteva sostenere un diritto fondamentale a cuocere cibi nella propria cella, tanto per i detenuti in regime differenziato, quanto per quelli "comuni"⁹⁶; qua, tramite diretto richiamo a quella sentenza - o meglio: con le medesime parole -, la Corte ribadisce *mutatis mutandis* la tesi: non sussiste un diritto fondamentale del soggetto *in vinculis* a scambiarsi oggetti⁹⁷. Contestualmente, però, in entrambe afferma che anche chi si trova ristretto in "41-*bis*" «deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale»⁹⁸.

Da ciò, il secondo assunto: la limitazione dello scambio di beni, deroga alle ordinarie norme penitenziarie, non è giustificabile in via generale e astratta. La Corte, però, evoca la tanto contestata disposizione di cui alla lettera *a*) dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, ord. penit., che, inserita già in sede di riforma del

⁹⁵ Ci si riferisce a GALLIANI, *Incostituzionale*, cit., 1204.

⁹⁶ Cfr. Corte cost. 12 ottobre 2018, n. 186, cit., § 4.5, penultimo capoverso.

⁹⁷ Così, § 8 della sentenza in analisi. In punto di retrocessione da diritto a facoltà come affermato dalla Corte, ampiamente e criticamente, GALLIANI, *op. ult. cit.*, 1202 ss. Positivamente, invece, BIONDI, «Piccoli gesti di normalità quotidiana», *umanità della pena e finalità rieducativa. Nota alla sentenza n. 97 del 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2020, 7.

⁹⁸ Corte cost. 12 ottobre 2018, n. 186, cit., § 4.5 e Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, cit., § 8.

2002, ha in verità reso più apparente che reale la tipizzazione avvenuta⁹⁹. Ed effettivamente, detta previsione consente «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»¹⁰⁰. Ebbene, rimarcano i Giudici che, anche dopo la

⁹⁹ La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la previsione *de qua* abbia vanificato la tassatività dell'elencazione successiva, rendendo apparente – come detto – tanto la tipizzazione, quanto il principio di legalità. In merito, cfr., *ex plurimis*, MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. pen., agg. V*, Torino, 2010, 773; PETRINI, *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo*, in *Leg. pen.*, 2003, 247, secondo il quale la lettera, seppur posta all'inizio dell'elenco, costituisce in realtà una norma di chiusura. *Contra*, BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., 302, che la definisce, invece, norma "manifesto", volta a indicare gli obiettivi di massima perseguiti.

¹⁰⁰ Dall'esame della prassi si evince che su questa lettera, e sulla successiva lettera f) – la quale dispone che «saranno 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» –, si fonda un numero di restrizioni cd. atipiche assai rilevante, contenute o in circolari ministeriali (ad esempio: divieto di detenere nella cella oggetti come radio o specchi, o v. il caso esposto al § 6) o in ordini di servizio delle singole case circondariali (come l'obbligo di perquisizione mediante denudamento con flessione prima e dopo la traduzione all'esterno del detenuto). Il caso forse più paradigmatico è la previsione della video-sorveglianza all'interno della camera di pernottamento, che si basa esplicitamente sulla lettera a). In merito, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. I, 8 ottobre 2018, n. 44972, in *D&G*, 9 ottobre 2018 – e in *Giur. pen. web*, 2018, con nota redazionale di MANCA, *La videosorveglianza continua non viola i diritti fondamentali del detenuto, se ritenuto altamente pericoloso* –, in cui si è ritenuto che tale pratica non configuri un trattamento inumano e degradante; in dottrina, si leggano BOCCHINI, *Diritto alla privacy e detenuti in regime 41-bis ord. penit.: un duetto consacrato dalla cassazione*, in questa *Rivista*, 2001, 613 e MONNI, *Distopie nel 41-bis: la "rieducazione videosorvegliata"*, in *Giur. pen.*, 2020, 1-bis (speciale "Dentro il 41-bis", cit.). Per altri esempi, tra cui quelli citati, v. DELLA BELLA, *Il carcere duro*, cit., 261 ss.

In questo senso, un ulteriore caso emblematico, che vale la pena menzionare, è quello che ha portato a Corte cost., 3 giugno 2013, n. 135 (commentata da FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, 2092, e RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, *ivi*, 2084; più in generale, in tema, v. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Riv. AIC*, 2016, 3), rispetto a un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: il Ministro della Giustizia, su proposta del D.A.P., aveva illegittimamente disposto di non dare esecuzione a un'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Roma (9 maggio 2011, n. 3031, *ined.*), in cui veniva accolto il reclamo di un detenuto in "41-bis". A quest'ultimo era stata preclusa la possibilità di assistere a programmi televisivi trasmessi dalle emittenti televisive "Rai Sport" e "Rai Storia". Per quanto qui rileva, nella vicenda che ha fatto scaturire l'*affaire*, vi era stata una compressione del diritto soggettivo del recluso a essere informato, promanante dall'art. 21 Cost., per il tramite del disposto della lett. a): il giudice, però, non aveva accertato alcun nesso concreto tra l'oscuramento del segnale e le esigenze sottostanti al regime trattamentale differenziato.

pronuncia di illegittimità costituzionale dell'inciso generale, resta ferma la possibilità per l'amministrazione penitenziaria di disciplinare le modalità di scambio di oggetti tra i ristretti in "carcere duro" appartenenti allo stesso gruppo e di «predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni»¹⁰¹. Monito nel monito: viene precisato che dette limitazioni devono risultare giustificate da determinate esigenze, oggetto di specifica ed espressa motivazione, sindacabile dal magistrato di sorveglianza.

9. *Ibridi postmoderni: i colloqui "da remoto"*. Con la questione di costituzionalità che ha portato alla pronuncia n. 57 del 2021¹⁰², avviene un inedito, leggero spostamento dell'asse di interesse.

Infatti, il giudice rimettente in questo caso è quello minorile¹⁰³, chiamato a decidere sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale di due detenuti, ristretti in regime *ex art. 41-bis* ord. penit., sul co-affidamento dei figli minori al servizio sociale e su ulteriori disposizioni per assicurare il benessere psico-fisico dei minori stessi. Nelle more di tale procedimento, il decidente veniva investito di istanze volte all'ottenimento di incontri "in remoto" tra i genitori e la propria prole, al fine di poter ovviare all'assenza di contatti, causata dall'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Il giudice riconosceva lo svolgimento dei colloqui come necessario e finalizzato al supremo interesse degli infradiciottenni al mantenimento del rapporto affettivo con il padre e la madre. Ciononostante, non riteneva accoglibili le istanze, visto quanto dettato dall'art. 4 del d.l. n. 29 del 2020¹⁰⁴. Tale disposizione, mirante alla limitazione del contagio, stabiliva che i colloqui con i congiunti e altre persone, cui hanno diritto i reclusi a norma degli artt. 18 ord. penit., 37 reg. exec. e 19 d.lgs. n. 121 del 2018, potessero essere espletati a

¹⁰¹ Tra parentesi, la Corte chiosa in tal senso: «con riferimento a certi oggetti che, più di altri, si prestano ad essere il veicolo di comunicazioni difficilmente decifrabili, come già previsto, ad esempio per il divieto [...] di scambiare libri o copie parziali tra detenuti».

¹⁰² Corte cost., 31 marzo 2021, n. 57, a margine della quale, diffusamente e criticamente, MAGGIO, *La Consulta nega l'abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord. penit., ridimensionando i «danni simbiotici» originati dal carcere*, in *Giur. cost.*, 2021, 763.

¹⁰³ Trib. Min. Reggio Calabria, 16 giugno 2020, n. 144 e 23 giugno 2020, n. 124. Entrambe le ordinanze sono reperibili in *Gazzetta Ufficiale*.

¹⁰⁴ D.l. 10 maggio 2020, n. 29. V., in proposito, CESARIS, *Il d.l. n. 29 del 2020: un inutile e farraginoso meccanismo di controllo*, in *Giur. pen.*, 2020, 5. Più ampiamente, sui decreti e sulle misure adottate in sede emergenziale a contrasto del cd. COVID-19, si rinvia alla disamina di DARAIO, *Emergenza epidemiologica da Covid-19 e sistema penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 933.

distanza o mediante corrispondenza telefonica e, se autorizzati, anche oltre i limiti *ex lege*. A parere del rimettente, la norma, omettendo ogni riferimento all'art. 41-*bis* ord. penit., sarebbe stata operante solamente per i detenuti "ordinari", escludendo dunque i "differenziati": dato testuale non superabile da diversa interpretazione costituzionalmente conforme.

Per tale ragione, il giudice *a quo* denunciava la disciplina di carattere emergenziale come illegittima rispetto a numerosi parametri costituzionali¹⁰⁵; contestualmente, riteneva non conforme alla Carta pure il terzo periodo della lettera *b)* dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater* ord. penit., laddove «non prevede che i colloqui sostitutivi con i figli minorenni possono essere autorizzati a distanza, in alternativa a quelli telefonici, con modalità audiovisive».

La Corte costituzionale, però, non è entrata nel merito della questione, dichiarandone l'inammissibilità, per difetto di competenza del rimettente. In effetti, il tribunale per i minorenni è privo di qualsiasi competenza in materia di autorizzazione ai colloqui dei detenuti. Invero, come ordinariamente previsto *ex artt.* 18, co. 10, ord. penit. e 37, co. 1 e 2, reg. esec., l'autorizzazione a detti incontri viene data dall'Autorità giudiziaria procedente fino alla sentenza di primo grado, nonché, dopo di essa e per i condannati in via definitiva, dal direttore dell'istituto di pena, i cui provvedimenti sono reclamabili davanti al magistrato di sorveglianza¹⁰⁶.

Nonostante la decisione dei Giudici di Palazzo della Consulta, formalmente corretta, è possibile in questa sede fare alcune considerazioni di merito.

Invero, nella giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, dopo un iniziale contrasto¹⁰⁷, è in corso di "assestamento" un filone - che, in realtà, sem-

¹⁰⁵ Il rimettente riteneva violati gli artt. 2, 3, 27, c. 3, 30, 31, c. 2, 32 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 C.E.D.U.

¹⁰⁶ Il giudice rimettente aveva addotto diverse argomentazioni per dimostrare di essere titolare del potere autorizzativo nel caso di colloqui con figli minori, il cui fulcro - come anche efficacemente sintetizzato nella pronuncia costituzionale - è che la limitazione ulteriore, prevista dal regime differenziato, sarebbe "bivalente", ossia influente sì sui diritti del detenuto, ma anche su quelli dell'infradiciottenne. Ne deriva che la tutela resterebbe altresì affidata al tribunale per i minorenni: in assenza di specifiche disposizioni, le due competenze - del predetto organo e del magistrato di sorveglianza - sarebbero concorrenti. La Corte costituzionale non ha avallato detta tesi. Infatti, la legge penitenziaria prevede diverse disposizioni inerenti agli interessi dei figli minori e questo solo fatto non significa che alla competenza dei giudici di sorveglianza sia sovrapponibile una concorrente del tribunale minorile: «l'idea di una competenza concorrente di due diverse autorità in rapporto al medesimo provvedimento [...] si presenta, d'altronde, palesemente confliggente con una logica di sistema».

¹⁰⁷ In un primo caso, la Suprema Corte aveva accolto favorevolmente la possibilità di effettuare dei video-colloqui: cfr. Cass., Sez. I, 9 febbraio 2015, Trigila, in *DeJure*. Per un commento, si legga MINNEL-

brerebbe oramai maggioritario, tanto da poter assurgere a diritto vivente – che, proprio a causa della situazione sanitaria, consente allo svolgimento di colloqui nella modalità in video-chiamata pure per i soggetti ristretti in regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit.¹⁰⁸

Al contrario di quanto sostenuto dal Tribunale per i minorenni, la Corte di cassazione ha posto a fondamento del suo orientamento anche quanto previsto dal d.l. n. 29 del 2020: tale disciplina, «seppur temporalmente circoscritta, non distingue tra i detenuti cui è riferibile e, pertanto, ben potrebbe essere ritenuta applicabile anche al caso di coloro che sono assoggettati al regime penitenziario differenziato». Il Supremo Collegio ha comunque chiarito che la comunicazione a distanza deve avvenire seguendo alcune condizioni in modo da garantire sì il rispetto del diritto soggettivo, ma anche delle esigenze di ordine e sicurezza salvaguardate dall'art. 41-*bis* ord. penit. Precisamente – e sinteticamente –, il collegamento dovrà avvenire tra individui, entrambi situati in case circondariali, al fine di utilizzare la piattaforma più adeguata messa a disposizione dall'amministrazione e connessa alla rete *intranet* del Ministero della Giustizia¹⁰⁹.

Dunque, seppur il predetto giudice per i minori non avesse in ogni caso la competenza per autorizzare colloqui con persone recluse in istituti di pena, si è visto come l'ordinamento – almeno, allo stato – sembri tutelare i diritti dei

LA, *Possibile il colloquio del detenuto col figlio sottoposto al carcere duro tramite videoconferenza*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 62 (nel caso di specie: collegamento “da remoto” tra un detenuto in “41-*bis*” e suo figlio, anch'esso recluso). Una seconda pronuncia, invece, aveva disatteso il precedente, ritenendo che, tanto in regime differenziato, quanto in quello ordinario, fosse previsto un percorso “binario”: o colloquio *de visu* o corrispondenza telefonica, nessuna terza via essendo consentita in difetto di una previsione legislativa (in tal senso, Cass., Sez. I, 16 aprile 2019, Pesce, in *DeJure*, commentata da PASSARO, *Colloqui audiovisivi del detenuto in 41 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 678).

¹⁰⁸ Fondamentale e “capostipite” del filone citato è Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, Madonia, in *DeJure*, a proposito della quale sia consentito rinviare a MARINI, *Ammissibili i colloqui “da remoto” tra detenuto in “41-bis” e altro soggetto ristretto*, in *Giur. it.*, 2021, 200.

Più di recente, l'orientamento è stato confermato, *ex multis*, da Cass., Sez. I, 19 maggio 2021, Attanasio, in *www.iusinitinere.it*; Cass., Sez. I, 20 maggio 2021, nn. 28614 e 28615, Cass., Sez. I, 21 settembre 2021, nn. 39773 e 39774, nonché, nell'ultimissimo scorcio, Cass., Sez. I, 7 febbraio 2022, n. 10306, tutte reperibili in *DeJure*. *Contra*, Cass., Sez. I, 17 giugno 2021, n. 23851, in *Dir. giust.*, 18 giugno 2021: in quest'ultimo caso, però, la negata autorizzazione derivava dal fatto che il collegamento “in remoto” sarebbe dovuto avvenire con un soggetto situato in un paese estero, circostanza che avrebbe comportato un aggravio organizzativo che, in mancanza di specifica disciplina, non può che portare a una soluzione di segno negativo.

¹⁰⁹ Per approfondimenti, si rinvia a Cass., Sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, cit. e, volendo, a MARINI, *op. loc. ult. cit.*

detenuti e internati – e, di conseguenza, anche degli altri soggetti coinvolti –, con particolare riferimento al diritto al mantenimento delle relazioni personali, nei limiti, ovviamente, della normativa speciale.

10. *Misure di sicurezza detentive e sistema penitenziario derogatorio: possibile una convivenza?* Con un’ordinanza del 2020, la Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis* ord. penit., nella parte in cui consente l’applicazione del regime speciale nei confronti delle persone assoggettate a misura di sicurezza detentiva, in quanto, escludendo o fortemente limitando il perseguimento degli obiettivi trattamentali, tipici di detta misura di sicurezza, la disciplina censurata darebbe luogo a un trattamento sostanzialmente punitivo¹¹⁰.

Sebbene la Corte costituzionale giunga a una pronuncia interpretativa in parte di rigetto e in parte di inammissibilità, quanto statuito nella propria decisione presenta caratteri innovativi e “garantistici”, sicuramente degni di nota¹¹¹.

¹¹⁰ Cass., Sez. I, 10 settembre 2020, n. 30408, in *Sist. pen.*, 2020, con nota di GIANFILIPPI, *Al vaglio della Consulta la legittimità costituzionale dell’imposizione del regime differenziato in peius di cui all’art. 41-bis nei confronti del sottoposto alla misura di sicurezza detentiva*.

La Corte rimettente ha ritenuto la disciplina incompatibile con diversi parametri. *In primis*, posto che, nei casi di applicazione del regime derogatorio, il trattamento degli internati sarebbe identico a quello riservato ai condannati, tanto riguardo alla vita *intra moenia*, quanto rispetto alla fruizione di benefici e trattamenti risocializzanti – in particolare, si ricorda la preclusione, per i “41-*bis*”, di accesso alle licenze ex art. 53 ord. penit., come anche inibiti sono i permessi premio –, vi sarebbe contrasto con gli artt. 3, 25 e 117, co. 1, Cost. e in relazione all’art. 7 C.E.D.U. In quest’ultimo caso, l’ordinanza fa esplicita menzione della giurisprudenza strasburghese¹¹⁰, in cui veniva affermato che la misura di sicurezza tedesca consisterebbe in una vera e propria pena – donde, l’estensione delle relative garanzie convenzionali – e veniva stigmatizzata l’assenza di specifici contenuti nel trattamento di un internato. Nondimeno, rispetto ai medesimi parametri, nonché agli artt. 27 e 111 Cost., vi sarebbe una lesione dei principi di proporzionalità e predeterminazione della pena, stante la “paralisi” degli ordinari meccanismi di rivalutazione della pericolosità, «con un effetto di reciproca interferenza: la proroga della misura indurrebbe quella del trattamento differenziale, la quale a sua volta precluderebbe la sperimentazione di misure risocializzanti, e dunque implicherebbe una nuova proroga della misura medesima». Il rimettente lamentava infine un contrasto con il principio del *ne bis in idem*, in relazione anche agli artt. 117 Cost. e 4, par. 1, Prot. n. 7 C.E.D.U.: sempre nel caso di ristretti in regime differenziato, sostanziandosi concretamente in una “pena”, la misura della casa lavoro si aggiungerebbe alla reclusione. Vi sarebbe, pertanto, una duplicazione della pena per lo stesso fatto.

¹¹¹ Corte cost., 21 settembre 2021, n. 197, a proposito della quale, v. le osservazioni di APRILE, *Per la Consulta, agli internati per l’esecuzione di misure di sicurezza detentiva è possibile modulare le restrizioni del regime differenziale di trattamento di cui all’art. 41-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2022, 154, 162. Ampiamente e criticamente, cfr. FIORENTIN, *Il “carcere duro” e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di un’importante sentenza della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 4 feb-

L'assunto di partenza, sostenuto dai Giudici di cassazione, è che anche agli internati vadano applicate obbligatoriamente tutte le limitazioni previste dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit.: vero è - si osserva - che tale comma fa esclusivo riferimento ai "detenuti", ma altresì vero che vi è menzione agli "internati", tanto in alcune delle restrizioni elencate, quanto nella disposizione del secondo comma, cui rinvia l'ultimo periodo del 2-*quater*.

La conclusione di segno negativo, cui addivene la Corte costituzionale, si basa primariamente sul ribaltamento di questa premessa ermeneutica.

La Consulta dà anzitutto particolare rilievo al penultimo periodo del comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit., laddove consente la sospensione delle regole e istituti previsti dall'ordinamento penitenziario, mediante le "restrizioni necessarie" al soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza e al fine di impedire i collegamenti con le associazioni criminali. Tale specifico inciso racchiude i criteri portanti, ossia quelli di proporzionalità e congruità: le misure derogatorie devono essere identificate come quelle («e solo quelle») *proporzionate e congrue* «in relazione alla *specificità condizione del soggetto*»¹¹² (corsi nostri). Successivamente, viene riconosciuto in motivazione che la novella del 2009 ha sì prescritto l'obbligatorietà di tutti i contenuti del "41-*bis*", ma, allo stesso tempo, nessuna modifica è intervenuta in merito alla menzionata locuzione della "necessità" delle restrizioni. Ne deriva che ogni organo - legislatore, amministrazione e autorità giudiziaria -, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, «d[ovrà] verificare se, in ogni caso concreto, le restrizioni imposte a norma dell'art. 41-*bis* ordin. penit. siano legittimate da una duplice e determinante condizione: da un lato, come è ovvio, la necessità effettiva ed attuale d'un regime differenziale per l'interessato; dall'altro, la miglior scelta possibile, quanto alle modalità esecutive, al fine di favorire l'attuazione di un efficace *programma individuale* di recupero». Ancora, i Giudici fanno ampio richiamo a tutti i propri precedenti degli anni Novanta e aggiungono un esplicito riferimento all'art. 13 ord. penit., laddove quest'ultimo obbliga all'individuazione del trattamento di ciascun detenuto o internato, con relativa imprescindibilità di attività finalizzate al reinserimento sociale dell'interessato.

braio 2022 (contributo altresì pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 50) e MENGHINI, *Internati e 41-bis ord. penit.: tra duplicazione di pena e principio rieducativo*, in *Giur. it.*, 2022, 725.

¹¹² L'argomentazione è esposta al § 4 della sentenza in esame. Senza far leva espressamente sul dato testuale, la tesi era già stata sinteticamente affermata nella sentenza n. 349 del 1993: «Misure di tal genere - è bene sottolinearlo - devono uniformarsi anche ai principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata».

La Corte prende atto che l'ultimo intervento riformatore ha voluto sottrarre all'amministrazione la discrezionalità nella scelta delle misure restrittive, ma riafferma la piena vigenza dei principi da lei già affermati: nella pratica, pone in discussione l'intento legislativo di uniformare la disciplina dei sottoposti al "carcere duro". Anzi, i Giudici di Palazzo della Consulta ribadiscono la necessità di rendere "malleabile" lo strumento preventivo, di modo da poterne "modellare" il contenuto variamente, in base alle singole esigenze del caso concreto e del singolo detenuto o internato¹¹³.

In merito agli internati stessi, poi, il Giudice delle leggi fa un passo ulteriore. Dirimente, rispetto alla *quaestio* prospettata, è la circostanza che il nuovo testo del co. 2-*quater* - a differenza degli altri alinea, tra cui il co. 2 e quelli successivi al 2-*quater*, dal nuovo 2-*quater*.1 fino al 2-*septies* -, limitandosi in apertura a fare esclusivo riferimento ai "detenuti", non fa esplicita menzione degli "internati" quali destinatari delle limitazioni elencate, se non in due particolari casi, ossia nelle lettere *a*) e *d*). Nel primo caso, quando la disposizione richiede «l'adozione di misure di elevata sicurezza [...], con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimenti, [...], interazioni con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»: qui, i sottoposti a misura di sicurezza vengono indicati meramente come soggetti "passivi" (nelle parole della pronuncia) di una regola contenitiva, rivolta ai detenuti in esecuzione pena. Nel secondo, in modo laconico, la Corte nota che gli internati stessi «compaiono in un mero riferimento riassuntivo al divieto di comporre le rappresentanze "dei detenuti e degli internati"».

Ne consegue che le persone soggette a misura di sicurezza siano sì passibili di essere altresì sottoposte al regime del "41-*bis*", ma che esse non devono necessariamente essere destinatarie delle restrizioni elencate nel comma 2-*quater*¹¹⁴: tesi suffragata, oltre che dal dato testuale dell'assenza di espressi riferimenti agli internati, dai principi di proporzionalità e congruità racchiusi nel secondo comma.

¹¹³ Si ricorda che già nella sentenza n. 97 del 2020, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione *generale* del divieto di scambio oggetti tra detenuti del medesimo gruppo, contestualmente suggerendo un approccio *particolare*, dettato da singole esigenze, verificabili caso per caso. V. *supra*, § 8.

¹¹⁴ Qui, la Corte fa un inedito riferimento alla lettura proposta dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, nel suo Rapporto tematico del 7 gennaio 2019 (reperibile sul sito dell'Autorità citata).

La Corte si spinge sino a offrire delle ipotesi esemplificative. Così, nel caso di un soggetto assegnato alla casa di lavoro, la misura derogatoria deve essere compatibile con la misura di sicurezza e le limitazioni dovranno quindi adattarsi - nei confini del possibile - alla necessità di organizzare un programma di lavoro e quest'ultimo dovrà conformarsi alle possibilità di movimento del soggetto all'interno della struttura: per esempio, «modulando opportunamente l'applicazione a costoro della "limitazione della permanenza all'aperto"».

Ridefiniti in tal senso i limiti della disciplina, tramite la ricordata interpretazione conforme a Costituzione, ne discende la non fondatezza delle questioni prospettate rispetto ai parametri degli artt. 3, 25, 27, co. 3, 117, co. 1, Cost. e in relazione all'art. 7 C.E.D.U. La prima censura a cadere è quella relativa all'art. 3 Cost.: mediante l'ermeneutica avanzata in motivazione, elabora una distinzione tra il trattamento derogatorio per i detenuti in esecuzione pena/misura cautelare e gli internati. Con la medesima lettura, si evita anche il contrasto con l'art. 27 Cost., laddove deve essere sfruttato ogni spazio di manovra per consentire al soggetto di svolgere l'attività lavorativa, in vista dell'obiettivo risocializzante. La valutazione svolta dal magistrato di sorveglianza, dunque, va formulata sulla base della risposta del sottoposto alla misura alle opportunità rieducative concretamente offertegli nel corso del trattamento.

I Giudici riconducono a maglie ben più strette anche l'interpretazione della menzionata sentenza della Corte EDU. Precisamente, il Giudice europeo, in quell'occasione, aveva stabilito l'applicazione del principio di non retroattività della *lex superveniens* a carattere peggiorativo anche con riguardo alla misura di sicurezza, senza invece sancire un principio di necessaria predeterminazione di durata della restrizione in parola, né in quella occasione, né in altre¹¹⁵.

¹¹⁵ Non entra nel merito, la Corte, rispetto alle presunte violazioni dell'art. 111 Cost. da un lato, e del principio del *ne bis in idem* (art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, par. 1, Prot. n. 7 C.E.D.U.), dall'altro.

Riguardo al primo, viene precisato che il Giudice rimettente non ha offerto una compiuta motivazione, impedendone l'ammissibilità.

Quanto invece all'evocato principio convenzionale, parimenti perviene a un epilogo di inammissibilità. E infatti, anche qui, è «l'esistenza del preteso *idem factum* a non essere sufficientemente argomentata. [...] la pena detentiva è correlata direttamente al reato connesso, mentre la misura di sicurezza è solo occasionata dal medesimo reato, e richiede una giustificazione non direttamente rilevante per l'esecuzione della pena, cioè l'attuale e persistente pericolosità del soggetto interessato». Oltre al fatto che l'ordinanza di rimessione «non mette apertamente in discussione la compatibilità del sistema del

La pronuncia si presta a una duplice valutazione. Indubbiamente, si regge su una motivazione articolata, anche se non priva di contraddizioni. Sebbene non si sia pervenuti a una declaratoria di illegittimità costituzionale, merita però ripercorrere l'architrave logico-interpretativa da cui è partito il Collegio. Invero, emergono due profili che vedono ancora una volta la Corte sbilanciarsi in favore di un'ermeneutica "positiva": uno particolare e uno generale, quest'ultimo forse ancor più decisivo. Dal lato del particolare, con riferimento specifico alla disciplina del regime "41-bis" rispetto alle misure di sicurezza: agli internati non fa riferimento il comma 2-*quater*, sicché vi è piena autonomia organizzativa e impositiva dell'amministrazione penitenziaria. Ma attenzione, il segno favorevole del ragionamento sta nei vincoli cui deve sottostare l'amministrazione stessa nell'esercizio della propria discrezionalità: le limitazioni dovranno essere applicate con una flessibilità tale da consentire lo svolgimento di attività lavorativa, o rieducativa, con un'idea di più largo respiro.

Forse di ancor maggior interesse è il lato generale. Infatti, ancora una volta, i Giudici costituzionali sciolgono le briglie dell'organo amministrativo, laddove fanno cadere uno degli assunti cardine dell'apparato modificativo (in peggio) del 2009, lasciando intendere che, non solo per gli internati, ma altresì per i detenuti, le misure del comma 2-*quater* non sarebbero obbligatorie per tutti i detenuti: «la valenza dei principi già affermati da questa Corte resta pienamente attuale. [...] I principi costituzionali di riferimento, soprattutto gli artt. 3 e 27, terzo co., Cost., condizionano, dunque, la stessa previsione in astratto di misure restrittive "obbligatorie" per il soggetto raggiunto da un decreto ministeriale *ex art. 41-bis*, co. 2, ordin. penit.: tali misure devono perseguire gli obiettivi di ordine pubblico stabiliti dal legislatore, ma al tempo stesso il trattamento restrittivo - si tratti di esecuzione della pena o di internamento per misura di sicurezza - *deve conservare una concreta efficacia rieducativa*. Ciò vuol dire che, in assenza delle condizioni indicate, può essere posta in dubbio ed eventualmente negata (come già avvenuto) la compatibilità costituzionale di singole prescrizioni. *Ma vuol dire che anche l'interpretazione da operarsi su tali prescrizioni deve essere orientata verso soluzioni che ne garantiscano la*

«doppio binario» (pene e misure di sicurezza), che del resto trova espresso riconoscimento [...] nella stessa Costituzione».

*miglior compatibilità con i precetti costituzionali di riferimento della materia in esame*¹¹⁶.

11. *Conclusioni.* Dalla rassegna svolta si coglie una suddivisione della giurisprudenza costituzionale attinente all'art. 41-*bis* ord. penit. in tre macroperiodi, che, nel rispettivo, difforme indirizzo, tendono a corrispondere ai tre decenni di vigenza della normativa speciale (anni Novanta, anni Duemila, anni Dieci).

La prima direttrice che viene in rilievo è quella che si ricava dalle quattro sentenze degli anni Novanta, pilastri della materia¹¹⁷: come si è visto, le stesse hanno operato un profondo ridisegno della disciplina derogatoria. Trovandosi a dover stabilire dei limiti all'unico comma vigente all'epoca, la Corte costituzionale ha ampiamente sistematizzato e riallineato il regime differenziato con il tessuto sovraordinato, delineando una serie di principi, che sono stati poi alla base degli interventi riformatori del legislatore, da un lato, ma anche dell'esegesi della Corte stessa quando, successivamente, è stata chiamata a esprimersi sulla congruità di diverse limitazioni sopravvenute.

L'iniziale decennio degli anni Duemila, invece, è stato un periodo piuttosto stabile, quasi di "stagnazione". Infatti, come appresso si diceva, il legislatore, in sede di riforma, a parte qualche eccezione, si è per lo più adeguato ai *dicta* dei Giudici costituzionali. Perciò, sino almeno al mutare della normativa, con il successivo *novum* del 2009, la Corte si è trovata poche volte a pronunciarsi sul "41-*bis*", e quando ha dovuto farlo, ha mantenuto un atteggiamento di maggiore *self-restraint* rispetto al passato¹¹⁸.

¹¹⁶ Testualmente, Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 197, cit., § 4, penultimi capoversi (corsivi nostri).

¹¹⁷ Il riferimento va a Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, cit.; Corte cost. 5 novembre 1993, n. 410, cit.; Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351, cit.; Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, cit.

¹¹⁸ Di questo filone fanno parte, tra le altre, quelle in cui i Giudici sono entrati nel merito, con una declaratoria però di manifesta infondatezza e una motivazione che definiamo "derivativa", Corte cost. 10 luglio 2002, n. 390, cit., e Corte cost., 13 dicembre 2004, n. 417, commentata da ARDITA, *La costituzionalità del 41 bis e l'obbligo di motivazione della proroga*, in *Cass. pen.*, 2005, 1558 e TRONCONE, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Riv. pen.*, 547. Qui, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in merito al nuovo inciso sulla proroga del regime differenziato: con una breve motivazione, i Giudici hanno interpretato la norma, negando che vi fosse un'inversione dell'onere della prova; lo stesso rimarrebbe in capo all'Amministrazione penitenziaria, la quale ha l'obbligo di fornire «autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire». Ancora, al predetto filone appartengono quelle in cui la Corte si è fermata alla manifesta inammissibilità, altrettanto debi-

Infine, l'ultimo periodo è quello che prende avvio con l'importante sentenza n. 143 del 2013 - prima a dichiarare parzialmente illegittimo l'istituto *de quo* -, e che prosegue tuttora. Qui, si sono principalmente risolte questioni di "micro-conflittualità", peraltro, indicative di un certo approccio dei Giudici costituzionali, tipico di questo più recente filone.

Infatti, sembra che con quest'ultima sua giurisprudenza, la Corte stia seguendo una rotta di apertura e comunque di parziale "garantismo" in tema di "41-bis": pertanto, nonostante alcuni profili critici - come segnalati nell'esposizione dei singoli arresti -, si tratta, a nostro parere, di posizioni apprezzabili.

Leggendo le sentenze dell'ultima decade, in particolare, si noterà una tecnica argomentativa più articolata. E ciò, tanto nei casi in cui la Corte perviene a una declaratoria di illegittimità costituzionale, quanto nelle pronunce in cui si ferma alla verifica di ammissibilità, oppure entra nel merito, ma propende per l'infondatezza. Specie in questi due casi - così come nel primo periodo -, prevale la via della pronuncia interpretativa. In particolare, anche quando la questione non viene accolta, i Giudici costituzionali si diffondono in un apparato ermeneutico organico, ricostruendo la disciplina e sottolineando profili del tutto inediti, così agendo in modo indiretto sulla materia, con risvolti significativi, specie nella prassi.

Mentre nella vigenza della normativa anteriore al 2002, le limitazioni impartibili con il regime differenziato non erano legislativamente predeterminate, e la Consulta si è trovata a pronunciarsi sul sistema derogatorio in generale o comunque, come si è visto, su questioni di dettaglio ulteriori e distinte rispetto agli specifici contenuti (la proroga o l'impugnazione del provvedimento amministrativo applicativo), invece, oggetto delle pronunce "post-2013" sono state, per la maggior parte, proprio quelle restrizioni che la riforma del 2002 ha sì "tipizzato", mediante l'inserimento del comma 2-*quater*, ma che, soprattutto, la riforma del 2009 ha inasprito.

In un tale quadro, è comprensibile che vi sia stato - e che ancora vi sarà - un controllo maggiore e più settoriale da parte della Corte.

trici di precedenti risoluzioni, Corte cost. 26 maggio 2010, n. 190, cit., Corte cost., 9 giugno 2010, n. 220, cit. e Corte cost., 9 febbraio 2011, n. 56, cit. Queste ultime due, peraltro, denunciavano profili di illegittimità dell'art. 41-*bis* ord. penit. che, qualche anno più tardi, sarebbero stati effettivamente fatti oggetto di censura.

Le motivazioni della Consulta, anzitutto, nella loro compiutezza e nel loro essere più articolate rispetto al recente passato, contengono sovente delle notazioni aggiuntive, che esprimono l'ormai chiara linea "monitoria" - nei confronti degli organi applicatori - e "di favore" assunta dalla Corte negli ultimi scorcî¹¹⁹.

Inoltre, un profilo assolutamente degno di nota è il progressivo abbandono dell'idea della generalizzazione delle limitazioni, ossia di una codificazione tipizzata di misure applicabili uniformemente a tutti i sottoposti al "carcere duro", in favore di un maggiore particolarismo personalistico.

Invero, è la Corte stessa ad affermare che le proprie prese di posizione "ante-2002" «miravano a contenere l'ampia discrezionalità (sia ministeriale, sia dell'amministrazione penitenziaria) allora consentita nella scelta delle misure finalizzate a contenere la pericolosità individuale delle misure»¹²⁰. Ora, invece, specie a seguito della legge n. 94 del 2009 e della relativa (apparente) obbligatorietà di imposizione automatica a tutti i detenuti "41-bis", delle misure dettate, i Giudici costituzionali si preoccupano di riportare entro binari compatibili la china presa dalla legislazione prima e dall'amministrazione poi.

Il fine è quello di ridare centralità alla rieducazione del soggetto recluso. Come si è osservato nella sentenza n. 197 del 2021, dunque, la Corte ri-espande i confini discrezionali dell'Amministrazione: le misure dovranno comunque essere *proporzionate* e *congrue* «in relazione alla *specifica condizione del soggetto*» (corsivi nostri).

Ancor prima di quest'ultimo arresto, i Giudici costituzionali avevano settorialmente anticipato tale impostazione: si ricorderà che è stata ritenuta costi-

¹¹⁹ Ne è un chiaro esempio quanto si legge in Corte cost. 12 ottobre 2018, n. 186, cit., § 4.5: «Riferendosi al regime carcerario differenziato di cui all'art. 41-bis ordin. penit., più duro e restrittivo di quello ordinario, il giudice rimettente osserva che il potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità, "umile e dignitosa", per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione altrimenti in un'aspra solitudine. Non erra, lo stesso rimettente, quando conclude che, al contrario, la negazione dell'accesso a questa abitudine finisce per configurarsi come una lesione all'art. 27, terzo comma, Cost., presentandosi come un'inutile e ulteriore limitazione, contraria al senso di umanità. In definitiva, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere cibi nella propria cella" [...]: si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale». Medesima argomentazione presente in Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, cit., § 8.

¹²⁰ Testualmente, Corte cost., 21 settembre 2021, n. 197, cit., § 4, settimo capoverso.

tuzionalmente illegittima la parte dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*; ord. penit., che vietava gli scambi di oggetti tra detenuti dello stesso nucleo. Si è altresì già sottolineata più volte la cura della Corte nello specificare che, nonostante il venir meno di tale divieto generale, vi è comunque la possibilità di agire *ad personam*, per il tramite di quella disposizione che consente qualsiasi ulteriore restrizione non espressamente elencata nella norma (lettera a), fermi restando quei limiti, tanto esterni quanto interni, già chiariti dalla Corte stessa¹²¹.

In tema, sarà alquanto interessante osservare l'evolversi di questa tendenza dei Giudici delle leggi, da un lato, ma anche verificare come recepirà l'Amministrazione medesima tali sollecitazioni, dall'altro.

In questo quadro, se è indubbio che una certa riluttanza a rivedere il "carcere duro" in termini più coerenti a valori costituzionali permane in larghi strati dell'opinione pubblica e delle forze politiche - come emerso anche da ultimo, in occasione di alcune scarcerazioni legate all'emergenza pandemica¹²² -, è da auspicare che l'opera d'interpretazione adeguatrice avviata dalla Corte costituzionale prosegua nel solco della sua ultima giurisprudenza.

¹²¹ Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97, cit.

¹²² In proposito, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020, e relativa bibliografia.