

## QUESTIONI APERTE

---

### Ordinamento penitenziario

#### La decisione

**Ordinamento penitenziario - Regime detentivo speciale - Misure di prevenzione personali - Misure di sicurezza - Pena accessoria - Diritto di difesa - Accesso alla giustizia - Reclamo - Questione di legittimità costituzionale (L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis).**

*Il regime detentivo differenziato non viene imposto in via automatica a tutti i detenuti che abbiano riportato condanna per determinati titoli di reato, ma selettivamente a coloro di essi che presentino caratteristiche personali e specifiche di pericolosità, legate alla loro appartenenza ad organizzazioni criminali strutturate e, sulla base dei dati ricavati dalle pregresse esperienze processuali e dalle conoscenze criminologiche, capaci di stabilire contatti anche con quanti siano ristretti in carcere, caratteristiche che li distinguono dai comuni soggetti sottoposti a pena detentiva, va escluso che la norma di cui all'art. 41-bis si ponga in contrasto con i principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. e che sussista una riconoscibile e censurabile disparità di trattamento, rispetto al sistema delle misure di prevenzione, sotto il profilo dell'adozione del provvedimento impositivo di tale regime o della sua proroga da parte dell'autorità amministrativa, anziché per decisione giudiziale come, invece, previsto per le misure di prevenzione. Non sussiste nemmeno il denunciato contrasto tra la disposizione dell'art. 41-bis ord. pen. ed i parametri costituzionali, rappresentati dagli artt. 111 e 117 Cost., poiché, sebbene il regime detentivo differenziato sia imposto con provvedimento amministrativo, lo stesso, anche se sia autorizzata la proroga, deve essere supportato da autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza dei pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblici e la possibilità del suo riesame in funzione della tutela del sottoposto, ammesso ad esercitare il diritto di difesa senza limitazioni, è assicurata in sede giurisdizionale mediante la previsione dell'istituto del reclamo innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, che provvede all'esito della procedura camerale partecipata.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 24 gennaio 2018 (ud. 27 novembre 2017) TARDIO, *Presidente* - BONI, *Relatore* - SALZANO, *P.G.* - Tagliavia, *Ricorrente*.

**La finalità preventiva del 41-bis O.P.  
tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza:  
suggerzioni *de iure condendo***

Con il presente contributo, l'autrice propone delle riflessioni critiche in ordine ad una recente pronuncia della Corte di cassazione con cui i giudici di legittimità hanno affrontato la compatibilità del regime del "carcere duro" rispetto ai principi costituzionali informanti il diritto di difesa ed il giusto processo. Prendendo le mosse dalle principali ricostruzioni concettuali dell'art. 41-bis O.P., l'autrice sviluppa delle considerazioni sulla natura dell'istituto, definito strutturalmente come "ibrido", dato che il regime di detenzione speciale partecipa ai presupposti applicativi sia delle misure di prevenzione sia delle misure di sicurezza e della pena. Nella parte conclusiva, l'autrice tenta di suggerire delle proposte *de iure condendo*, in un'ottica di ripensamento del 41-bis O.P. in termini costituzionalmente orientati.

*In this paper, the author proposes critical reflections about a recent judgment of the Supreme Court in which the judges have decided about the compatibility of the "strong imprisonment" (article 41-bis) with the constitutional rules of right to defense and the fair trial. Starting from the main conceptual reconstructions of the art. 41-bis O.P., the author develops considerations on the nature of this institute, defined structurally as a rule "hybrid": the special detention regime participates in the application conditions of both prevention measures and security measures and punishment. In the conclusions, the author tries to suggest proposals "de iure condendo", rethinking 41-bis O.P. in constitutionally oriented terms.*

**SOMMARIO:** 1. Le *quaestiones iuris* sottoposte alla Corte di cassazione. - 2. Sulla natura del regime del 41-bis O.P.: le argomentazioni della Corte. - 2.1. La ricollocazione di un istituto strutturalmente "ibrido": una proposta *de iure condendo*. - 2.2. Suggestioni di diritto comparato: la disciplina della *Sicherungsverwahrung* tedesca. - 3. L'azionabilità del diritto di difesa: le motivazioni della Corte. - 4. La posizione della Corte di cassazione alle sollecitazioni sovranazionali. - 5. Umanità della pena, proporzione sono i principi costituzionali da seguire per un regime conforme alla dignità della persona.

### **1. Le *quaestiones iuris* sottoposte alla Corte di cassazione.**

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di cassazione è tornata nuovamente ad occuparsi della legittimità costituzionale del regime di detenzione speciale di cui al 41-bis O.P., respingendo le doglianze difensive in ordine alla natura di misura di prevenzione personale e alla carenza di strumenti giurisdizionali a tutela del detenuto in violazione dei principi cardine della Costituzione (e, in particolare, ex artt. 2, 3, 13, 24, 111 e 117 Cost.).

Il caso trae origine dal caso del detenuto Francesco Tagliavia, recluso in regime di 41-bis O.P. (da ventidue anni), per plurime condanne alla pena dell'ergastolo: avverso l'ordinanza di rigetto del 2 dicembre 2016 del Tribunale di Sorveglianza di Roma la difesa presentava ricorso per Cassazione, sollevando due importanti questioni di legittimità costituzionale, la prima in relazione alla violazione degli artt. 2, 3, 13, 24, 111, 117 Cost., dato che si prevede l'assegnazione della competenza a decidere in materia di 41-bis all'autorità ministeriale e, non a quella giudiziaria, "*una misura che, per natura giuridica e finalità, oltre che per l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità e dottrina, rientra nel novero delle misure di prevenzione personale*". Secondo la difesa, infatti, il regime differenziato "*costituisce misura di prevenzione, priva*

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, in *questa Rivista* online.

*della funzione di aggravamento della pena e la disciplina positiva conferma che il regime ex art. 41-bis ord. pen. presenta le caratteristiche ontologicamente proprie della misura di prevenzione personale”.*

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale viene ravvisato dal ricorrente in relazione all'assenza di strumenti difensivi diretti ad attivare il controllo giurisdizionale del decreto di applicazione o di proroga del regime: in particolare, si ravvisa un vuoto normativo nella disciplina dei reclami esperibili contro l'applicazione del regime applicativo del 41-*bis* O.P., in ragione della soppressione della previsione - per effetto della legge n. 94/2009 - di cui al co. 2-*sexies*, in merito al controllo sulla congruità del contenuto dei decreti ministeriali in linea con le esigenze preventive di sicurezza.

Impermeabile la Cassazione anche rispetto alle sollecitazioni della difesa, in ordine all'incompatibilità strutturale del regime differenziato rispetto alla finalità rieducativa a cui dovrebbe tendere il trattamento penitenziario: nessuna censura può essere rilevata, quindi, né in relazione ai principi della Costituzione (così come ha ravvisato la stessa Corte costituzionale con sentenza del 1997, n. 376), né rispetto ai parametri della Cedu (né, tanto meno, in riferimento al combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 3 Cedu). Secondo la Suprema Corte, infatti, *“non sussiste, anche secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, alcuna incompatibilità strutturale, tra l'adizione di un regime carcerario differenziato, dettato dalla necessità di neutralizzare l'allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l'esterno del carcere, ed i contenuti della citata norma convenzionale [cfr. art. 3 Cedu], attesa la natura temporanea della misura, l'esistenza per il detenuto di spazi minimi e incompressibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni e sulla tipologia delle limitazioni imposte”*<sup>3</sup>.

Rispetto a tale quadro, risulta quanto mai decisiva la presa di posizione della Corte di cassazione, che dichiara la piena legittimità del regime di cui al 41-*bis* O.P., non tenendo conto, tra l'altro, delle diverse sollecitazioni critiche mosse dalle diverse componenti sociali<sup>4</sup>, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>5</sup>, dalla dottrina<sup>6</sup>, che - all'unanimità - ribadiscono l'esigenza di un ripensamento complessivo della

<sup>2</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>4</sup> Vedi, *in primis*, i lavori conclusivi degli Stati generali dell'esecuzione penale, *Tavolo 2-Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, 20.

<sup>5</sup> Cfr. *Norme e Normalità. Standard per l'esecuzione della pena detentiva per adulti, dossier* a cura dell'Ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

<sup>6</sup> Cfr., *in primis*, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016.

disciplina applicativa del “carcere duro”, dalla riaffermazione della *ratio* preventiva (e non punitiva) del regime, al recupero di una dimensione “umana” e legale delle prescrizioni, rispondenti a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, alla valorizzazione di un giudizio effettivo ed idoneo circa la sussistenza della pericolosità sociale, al potenziamento di strumenti difensivi diretti al controllo giurisdizionale della legalità (non solo formale, ma anche sostanziale) dell’applicazione concreta del regime, *etc.*<sup>7</sup>.

Nonostante, quindi, il ragionamento della Suprema Corte appaia unidirezionale verso l’affermazione della piena legittimità delle previsioni normative di cui al 41-*bis* O.P., si scorgono degli spunti di riflessione di rilievo che consentono di meditare sulla disciplina del 41-*bis* O.P., sia alla luce dell’attuale formulazione normativa, sia in una prospettiva *de iure condendo*.

## 2. Sulla natura del regime del 41-*bis* O.P.: le argomentazioni della Corte.

Una questione fondamentale affrontata dalla Corte è data dalla natura giuridica del regime del 41-*bis* O.P.: secondo la ricostruzione della difesa, il regime del “carcere duro” non può dirsi legittimo dato che prevede l’applicazione di una misura fortemente restrittiva della libertà personale, sia a condannati con sentenza passata in giudicato, sia a soggetti in stato di custodia cautelare, ad opera di un’autorità amministrativa e, non giurisdizionale. Si tratterebbe, in sostanza, di una misura di prevenzione personale, rispetto alla cui disciplina normativa condivide i presupposti applicativi, in quanto richiede “*una forma di pericolosità sociale in soggetti che non devono necessariamente essere stati già definitivamente condannati, potendo essere sottoposti anche a sola misura cautelare custodiale, e negli effetti l’applicazione del regime detentivo differenziato limita i diritti di libertà personale del soggetto*”. Affinchè il regime del 41-*bis* O.P. possa dirsi conforme ai dettami costituzionali è, quindi, necessario che tale misura venga applicata “*all’esito di una procedura giurisdizionalizzata, contraddistinta dal contraddittorio reale e non apparente soprattutto in tema di formazione della prova sui presupposti applicativi per garantire effettività al diritto di difesa*”.

A fronte di tale ricostruzione concettuale, in linea con la dottrina maggioritaria<sup>10</sup>, per cui il regime del 41-*bis* O.P. partecipa ai presupposti applicativi tipici delle misure di prevenzione generale, la Suprema Corte, da una parte, smen-

---

<sup>7</sup> Cfr., da ultima, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 419 ss.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>10</sup> Cfr. S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, 80.

tisce categoricamente tale conclusione interpretativa, dall'altra, non fornisce delle indicazioni univoche in ordine ad una qualificazione giuridica alternativa.

Se, infatti, secondo la Cassazione, non è possibile considerare il 41-*bis* O.P. una misura di prevenzione generale, in assenza di indicazioni diverse, quale collocazione potrebbe rivelarsi più lineare e vicina rispetto all'attuale formulazione normativa?

La Prima Sezione ha, infatti, affermato di *“non poter aderire all'impostazione esegetica prospettata dalla difesa – in termini di misura di prevenzione generale –, poiché sono individuabili plurimi profili di differenza tra gli istituti a raffronto quanto a presupposti giustificativi e funzioni; sotto il primo profilo, va evidenziato che l'art. 41-bis ord. pen. postula la ricorrenza di condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche e altre soggettive riguardanti il detenuto, derivanti dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale per reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, oltre che la perdurante esistenza ed operatività dell'organizzazione cui egli appartiene”*<sup>11</sup>. Per contro – secondo la Cassazione –, le misure di prevenzione personali verrebbero *“imposte per fronteggiare il rischio della commissione di reati nei confronti di chi sia ritenuto pericoloso in dipendenza, non necessariamente di condanne o di misure cautelari, ma dello stile di vita”*<sup>12</sup>. Si ritiene, inoltre, che, anche sul piano degli effetti, le due misure a confronto debbano essere mantenute distinte, dato che *“la sospensione delle regole detentive ordinarie riguarda l'esecuzione della pena nei confronti di quei detenuti che manifestino capacità di mantenere collegamenti con le associazioni di appartenenza e di trasmettere ordini e direttive all'esterno del carcere e comporta una limitazione dei diritti soggettivi, non già la loro radicale privazione”*<sup>13</sup>.

Secondo la Cassazione, quindi, non sussiste una violazione dei principi costituzionali, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., per disparità di trattamento, tra le misure di prevenzione personali ed il regime di detenzione differenziato, essendo quest'ultimo disposto per opera di un provvedimento amministrativo, e non giudiziale: la Cassazione, evitando di prendere espressamente posizione su tale questione, argomenta (però, ad onor del vero, fuori tema), ritenendo che il regime del 41-*bis* sia compatibile con i parametri costituzionali sopra richiamati, perché oltre a concretizzarsi in una modalità di esecuzione della pena detentiva, non viene ad applicarsi in modo automatico a tutti i detenuti

---

<sup>11</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

che hanno riportato una condanna per determinati reati, ma opera selettivamente solo per quei detenuti che presentano delle precise caratteristiche personali “*e specifiche di personalità, legate alla loro appartenenza ad organizzazioni criminali strutturate e, sulla base di dati ricavati dalle pregresse esperienze processuali e dalle conoscenze criminologiche, capaci di stabilire contatti anche con quanti siano ristretti in carcere, caratteristiche che li distinguono dai comuni soggetti sottoposti a pena detentiva*”<sup>14</sup>.

Pur muovendo dall'intento di salvaguardare la legittimità del regime di detenzione speciale di cui al 41-*bis* O.P., la Corte di cassazione, così argomentando, solleva numerosi interrogativi sulla compatibilità della attuale formulazione normativa rispetto alla Costituzione: definendo il regime del 41-*bis* come *una modalità di esecuzione della pena*, con spiccate (e forse prevalenti, ma non esclusive) finalità preventive, di fatto, avvicina notevolmente l'istituto alla categoria della *sanzione penale*. La stessa argomentazione della Corte che precisa come il regime del 41-*bis* non debba intendersi come una misura ad applicazione automatica, finisce per ancorare tale istituto a presupposti oggettivi e soggettivi ben definiti, che non possono dirsi slegati dalla pena, quanto meno a titolo, di custodia cautelare, differenziandosi sensibilmente rispetto dalle tradizionali misure di prevenzione personali *ante delictum* (e non *ante poenam!*). Il fatto che tale misura abbia o dovrebbe avere una finalità preventiva non è incompatibile con le funzioni che ad oggi vengono riconosciute con prevalenza alla pena stessa: la tutela preventiva dei beni giuridici, e, dunque, la prevenzione, nelle sue forme, generale e speciale, connota, sia le misure di prevenzione, sia la pena, nonché le misure di sicurezza, che, quindi, condividono tutte una finalità preventiva<sup>15</sup>.

Pur muovendo, quindi, da una *ratio* prevalentemente preventiva e securitaria, di fatto, il regime del 41-*bis* assume un connotato anche di tipo afflittivo, con-

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tagliavia, cit.

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. Corte cost., n. 291 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, 854. Tale riflessione viene ripresa da A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 382. Come ricorda Stella, oggi, la teoria retributiva non è più a fondamento teologico: “C’è voluto il preminente influsso di teologi come Barth e Rahner per farne vacillare i fondamenti e per aprire la strada a una concezione autenticamente laica del diritto penale [...] respinto il tabù retribuzionistico, ed ancorata la ragione di esistenza del diritto penale all’esigenza di proteggere i beni giuridici, ossia ad una esigenza di prevenzione generale, il pensiero teologico contemporaneo offre per chi indaghi sulla portata del principio di laicità, altri preziosi spunti di riflessione: riconoscendo per un verso che la funzione di prevenzione generale deve trovare un limite nella colpa soggettiva del reo (Gründel, Rahner); e sottolineando per l’altro verso che la pena deve servire, oltre che alla protezione di beni giuridici, alla risocializzazione dell’autore del reato”. Cfr. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell’Università Cattolica*, Milano, 1977, 316, nonché EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 275.

sistendo nella previsione di prescrizioni restrittive della libertà personale e dei principali diritti soggettivi, il cui esercizio rimane precluso, o, comunque più gravoso, rispetto alla generalità dei detenuti: l'applicazione del regime, inoltre, segue le vicende della pena detentiva (quanto meno, a livello di misura cautelare in stato di custodia in carcere), applicandosi in costanza di espiazione della pena, divenendo una modalità di esecuzione della pena stessa. Il 41-*bis*, inoltre, condivide sia con le misure di prevenzione, sia con le misure di sicurezza, i presupposti applicativi della pericolosità sociale (e non della colpevolezza, come per la pena, applicandosi, peraltro, anche in fase cautelare), e, in termini qualitativamente selettivi, il criterio della previa realizzazione del reato presupposto, rispetto al quale deve risultare almeno l'avvio di un procedimento penale in corso, a livello di indagini preliminari.

Partecipa, per di più, negativamente alla finalità di tipo special-preventivo, avvicinandosi di molto alle misure di sicurezza, nella parte in cui l'obiettivo della sottoposizione a tale regime, non è motivato da istanze positive di reinserimento sociale, ma solo di neutralizzazione della pericolosità del soggetto sia rispetto alla sua posizione interna alla struttura penitenziaria sia rispetto al mantenimento di legami esterni con la consorte criminale di appartenenza: il regime del 41-*bis* si inserisce, infatti, all'interno delle strategie di lotta alla criminalità organizzata (*"Sequestro di beni, regime speciale di detenzione, gestione delle informazioni provenienti dalle collaborazioni con la giustizia, vanno, pertanto, considerati strumenti introdotti nell'ambito di una comune strategia, perché costituiscono un sistema di interventi di tipo integrato e volto a disarticolare l'operatività delle organizzazioni criminali"*<sup>16</sup>).

L'affinità del regime del 41-*bis* rispetto alle misure di sicurezza si coglie anche nell'espressione, a cui la dottrina ha da sempre fatto ricorso per indicare la contrapposizione misure di sicurezza/pena<sup>17</sup>, del c.d. "doppio binario penitenziario"<sup>18</sup>, ovvero sia di un sistema di esecuzione penale assai diverso da

<sup>16</sup> Così, cfr. S. Ardita, in S. ARDITA, M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminologia*, 2007, 249 ss.

<sup>17</sup> Bibliografia pressochè infinita, tra cui, numerose monografie: I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978; L. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988; M. BERTOLINI, *L'imputabilità e il vizio nel sistema penale italiano*, Milano, 1990; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997; M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino 2007; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 79 ss.; ID., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>18</sup> Tra i moltissimi, cfr. B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, f. 3, 123 ss.; F. P. C. IOVINO, *Legge penitenziaria e*

quello previsto per la c.d. “criminalità comune”: con questa dizione, coniata dalla dottrina nei primi anni '90<sup>19</sup>, si fa riferimento, infatti, alle modalità con cui il legislatore ha inteso disciplinare l'esecuzione penitenziaria per determinati “tipi d'autore”, il cui trattamento penitenziario, in parte, risultava sottratto ai principali principi costituzionali della pena, perché preminenti erano le istanze securitarie di prevenzione e difesa sociale<sup>20</sup>.

---

*lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 139 ss.; ID., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1257 ss.; A. PRESUTTI, “Alternative” al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. Presutti, Milano, 1994, 59 ss.; M. CANEPA, *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, 118 ss. Più recentemente, cfr. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015, 241 ss.; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 28 ss.; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 485 ss.; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 228 ss.; L. CARACENI, C. CESARI, sub art. 4-bis ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, Padova, 2015, 44 ss.

<sup>19</sup> Cfr., *ex multis*, V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, 5.

<sup>20</sup> Per queste considerazioni, ad es., cfr. *Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia. Relazione sui lavori svolti e sullo stato del fenomeno mafioso al termine della V legislatura (approvata nella seduta del 31 marzo 1972)*, 75, reperibile al sito [www.senato.it](http://www.senato.it), nella quale si è affermato che: “I mafiosi non temono molto la sanzione penale, sia per una falsa concezione di coraggio, di prestigio e di onore personale, per cui il carcere accettato con fatalistica rassegnazione, e senza tradire i complici contribuisce ad accrescere verso il detenuto sentimenti di rispettosa ammirazione; sia perché dal carcere, sito quasi sempre nella stessa zona dei delittuosi trascorsi, è possibile mantenere contatti con la propria famiglia e con la propria cosca e spesso continuare a tessere le fila di altre criminose imprese; sia, ancor più, perché essi ritengono di poter sfuggire alla pena, fidando sulla omertà dei testimoni, i quali non osano deporre contro di loro e fanno venir meno le prove di colpevolezza”. Il sistema del c.d. “doppio binario” penitenziario, così come sopra delineato, vede nell'art. 4-bis O.P. la sua norma simbolo: tale disposizione è stata introdotta ad opera del d.l. n. 152/1991 e, nonostante le numerose riforme a cui è stata sottoposta e le varie pronunce della Corte costituzionale che sono seguite nel tempo, essa è rimasta pressoché immutata nel corso degli anni. Come noto, l'art. 4-bis O.P. preclude l'assegnazione al lavoro all'esterno, la concessione dei permessi premio e delle misure alternative (esclusa la liberazione anticipata) a detenuti o internati per determinate fattispecie criminose, molte delle quali sono riconducibili alla criminalità di stampo mafioso. La peculiarità di tale disposizione consiste nel fatto che il legislatore ha inteso subordinare la meritevolezza dei benefici penitenziari ad un parametro oggettivo di valutazione, dato dal titolo di reato, e ad un parametro soggettivo, dato dall'avvenuta collaborazione con la giustizia. L'art. 4-bis O.P. distingue, infatti, all'interno dell'area di delitti ricollegabili alla criminalità organizzata tra due fasce o categorie di *titula iuris*, dove la prima (di cui al comma 1) contempla una serie di delitti diretta riconducibilità alla criminalità organizzata, mentre la seconda (di cui al comma 1-ter) delinea un catalogo di reati di per sé non direttamente riferibili al fenomeno mafioso. I detenuti per delitti di prima fascia possono ottenere i benefici penitenziari e le misure alternative, in primo luogo, prestando forme di collaborazione “piena” con la giustizia e adoperandosi, a norma dell'art. 58-ter O.P., “per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”, ovvero, aiutando “concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati”.



Nonostante, a distanza di anni, “l'emergenzialità terroristica” sia venuta meno – avendo assunto la criminalità organizzata le forme più diverse e manifestandosi cronicamente negli ambiti più inusuali, dal pubblico al privato, in settori anche istituzionali, per cui sarebbe stato necessario, sin da subito, un ripensamento normativo idoneo a fornire una risposta al fenomeno chiara ed esemplare, con istituti strutturali e attentamente orientati alla tutela delle esigenze securitarie, senza con ciò determinare una “eccessiva compromissione” dei diritti soggettivi dei detenuti – ad oggi, il nucleo di disposizioni di cui agli artt. 4-*bis*, 41-*bis*, 58-*quater* O.P. rappresentano “simbolicamente” gli strumenti normativi per eccellenza con cui lo Stato ha deciso di combattere la criminalità organizzata, come se cercasse dall'esecuzione penitenziaria, quindi, ormai *ex post*, risposte che, a livello istituzionale, il diritto penitenziario non è in grado di fornire e non dovrebbe nemmeno essere chiamato a dare<sup>21</sup>.

---

La concessione dei benefici penitenziari ai detenuti per reati di cui alla prima fascia può essere ammessa, altresì, in secondo luogo, anche in assenza di forme di collaborazione, *ex art. 58-ter* O.P., laddove tale collaborazione risulti oggettivamente irrilevante o impossibile: l'art. 4-*bis*, co. 1-*bis* O.P. consente, infatti, il superamento di tale condizione ostativa, sempre che vengano acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la delinquenza organizzata. Per quanto riguarda i detenuti per delitti di seconda fascia, la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative è possibile “purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva”, non sussistendo nei loro confronti la presunzione di pericolosità sociale operante, invece, per gli autori dei delitti di cui alla prima fascia. In nota critica, cfr., *ex multis*, Così M. PAVARINI, *Il trattamento dei detenuti differenziati ai sensi dell'art. 41-bis in relazione al regime di sorveglianza particolare previsto dall'art. 14-bis della legge 26.7.75 n. 354 modificato dalla legge 7.8.92 n. 356*, in *CSM Quaderni*, 80, 1995, 748; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992 n. 203, e 8 giugno 1992 n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356*, in *Mafia e criminalità organizzata*, vol. II, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, Torino, 1995, 797. La disposizione in esame è stato oggetto – seppur indirettamente, non essendo compresa nell'ambito della delega conferita al Governo in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario, con legge n. 103 del 2017 – di un profondo ripensamento da parte delle Commissioni ministeriali di studio nominate dal Ministro della Giustizia, i cui lavori conclusivi sono stati trasfusi (parzialmente) nello schema di decreto legislativo N. 501, pubblicato sul sito della Camera, il 15 gennaio 2018. Sul punto, per un commento “a caldo” dello schema di decreto legislativo, si consenta un rinvio a V. MANCA, *Umanità della pena, tutela dei soggetti vulnerabili, implementazione delle “sanzioni di comunità” dovrebbero essere gli imperativi categorici per un ordinamento penitenziario conforme ai principi costituzionali*, in [www.giurispudenzapenale.it](http://www.giurispudenzapenale.it).

<sup>21</sup> Per effetto, infatti, del rinvio operato dal co. 2 dell'art. 41-*bis* O.P. al 4-*bis* (co. 1) O.P. (anche se la norma riporta erroneamente il “primo periodo del co. 1”, non tenendo conto delle modifiche estensive operate dalla riforma del 2009, sul punto, cfr. C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò Torino, 2009, 406), il regime detentivo speciale oggi si applica nei confronti di una molteplicità di autori di reato, tra cui, delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione mafiosa anche straniera (art. 416-*bis* c.p.); delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; scambio elettorale politico

Secondo il disposto costituzionale, di cui all'art. 27, co. 2 e 3 Cost., si rammenta, infatti, che la pena deve tendere - anche per questi "tipi di autore", senza alcuna distinzione di tipo soggettivo - alla finalità rieducativa, intesa come "servizio pubblico", da cui lo Stato non può mai rescindere, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., o come "obbligazione positiva"<sup>22</sup>, ai sensi dell'art. 1 Cedu, per cui lo Stato deve comunque assicurare, in ogni caso, una forma di "trattenimento" penitenziario conforme alla dignità umana della persona (essendo la stessa affidata alle sue cure) e un tipo di "trattamento" rieducativo che possa fornire, "quanto meno a livello di speranza"<sup>23</sup>, concrete ed effettive

---

mafioso (art. 416-ter c.p.); riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.); delitti di induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, co. 1 c.p.); delitti di pornografia minorile nelle ipotesi di cui all'art. 600-ter, co. 1 e 2 c.p.; tratta di persone (art. 601 c.p.); acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.); sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); delitti di cui all'articolo 12, co. 1 e 3 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modificazioni; associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973 n. 43), associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309).

<sup>22</sup> La teoria degli obblighi positivi elaborata dalla Corte di Strasburgo in linea con la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca, trova la sua massima esemplificazione nell'interpretazione evolutiva degli artt. 2 Cedu in tema di tutela del diritto alla vita e 3 Cedu in relazione alla protezione dei diritti fondamentali dei detenuti (*i.e.*: compatibilità della detenzione con lo stato di salute del detenuto; sovraffollamento carcerario e spazio minimo della cella per detenuto; condizioni inumane e degradanti di detenzione ed ipotesi di tortura perpetrata ai danni degli stessi). Il diritto alla vita ex art. 2 Cedu ha rappresentato, infatti, il vero banco di prova su cui la Corte ha potuto modulare progressivamente l'intensità e la tipologia degli obblighi derivanti dalla violazione delle disposizioni convenzionali, distinguendo dal contenuto "classico" e negativo delle libertà fondamentali in termini di dovere di astensione (*Abwerrecht*) a carico dello Stato, obblighi a contenuto positivo (*Schutzpflicht*), aventi ad oggetto, non un divieto, bensì la protezione e il godimento del diritto stesso. In materia di obblighi positivi, la Corte di Strasburgo ha affermato il dovere primario di assicurare all'individuo una adeguata protezione preventiva da aggressioni illegittime da parte degli agenti statali e di qualsiasi terzo (con ciò estendendo la tutela anche a forme di aggressione provenienti da privati). Secondo la Corte, un simile dovere si ricava dallo stesso *incipit* della Convenzione, laddove all'art. 1 Cedu si fa ricorso, nella versione inglese della Carta, al termine "*secure*" o "tutelare" e discende dalla stessa esigenza di rendere effettiva, e non meramente declaratoria, la protezione garantita dalla Corte. Sul tema, A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Vedi anche F. VIGANO, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 243 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2645 ss.

<sup>23</sup> Con ciò si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione alla disciplina dell'ergastolo c.d. ostativo e alle previsioni normative in merito al riconoscimento effettivo di possibilità

di reinserimento. Le pronunce *Öcalan c. Turchia (n. 2)* e *Trabelsi c. Belgio* hanno offerto delle importanti precisazioni in merito al principio di proporzionalità della pena, con specifico riferimento alla pena dell'ergastolo. Nel caso *Öcalan*, il ricorrente, accusato di terrorismo, era stato condannato alla pena di morte, commutata, in seguito alla sua abolizione in Turchia, in una pena perpetua reale senza possibilità di liberazione condizionale. Secondo la Corte di Strasburgo, nella legislazione turca non vi erano margini di consentire al detenuto forme di reinserimento sociale, né erano previsti meccanismi di riesame della pericolosità dello stesso. Identiche riflessioni sono state formulate in relazione all'*affaire Trabelsi*, in cui il ricorrente era stato estradato dalle autorità belghe negli Stati Uniti, in cui avrebbe dovuto essere processato. Seguendo i criteri giurisprudenziali, elaborati in seno al caso *Vinter c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha opportunamente valutato, con un giudizio *ex ante*, l'affidabilità dello Stato terzo in ordine alle prospettive garantite sul piano interno di liberazione dell'interessato e dell'assenza di rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. In contrasto con tali precedenti, la Corte è intervenuta di nuovo sul problema dell'ergastolo, facendo un passo indietro rispetto ai principi consolidati. Il riferimento corre, in particolare, ai casi *Murray c. Paesi Bassi* e *Hutchinson c. Regno Unito*, decisi in prima istanza dalla Camera e appellati innanzi la Grande Camera. Nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità della legislazione dell'isola di Curaçao (Antille olandesi) con l'art. 3 Cedu: il ricorrente era stato condannato all'ergastolo, senza liberazione condizionale, con la sola possibilità di riacquisire la libertà per grazia presidenziale. Nel 2011 una riforma dall'ordinamento giuridico dell'isola di Curaçao ha introdotto la possibilità di riesame periodico della pena dell'ergastolo. Nel 2012, dopo una rivalutazione della pena del ricorrente, le autorità competenti hanno ritenuto che il mantenimento in detenzione fosse ancora legittimo e giustificato. La Corte Edu ha richiamato i criteri *Vinter*, ricordando l'ampio margine di apprezzamento dello Stato nella determinazione della pena e ha concluso per la non violazione dell'art. 3 Cedu. Diametralmente opposta, invece, la decisione della Grande Camera, la quale il 26 aprile 2016, ha rivalutato le argomentazioni della sezione semplice, decretando la violazione dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui, nel caso concreto, l'impossibilità di accedere in corso di esecuzione della pena detentiva ad adeguate cure medicopsichiatriche ha privato il detenuto di qualsiasi possibilità di intraprendere un percorso trattamentale riabilitativo che gli consentisse di beneficiare di una riduzione sensibile ed effettiva della pena dell'ergastolo. Cfr. Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/10. Nel caso *Hutchinson*, la Corte Edu è tornata ad esaminare, per la terza volta, la legislazione del Regno Unito sull'ergastolo sotto un profilo analogo al caso *Vinter*: l'impossibilità per i condannati all'ergastolo di ottenere una liberazione anticipata/condizionale e l'assenza di chiarezza del dato normativo quanto ai presupposti per l'esercizio del potere discrezionale del Ministro. L'unica differenza tra la situazione del signor Hutchinson e quelle oggetto del caso *Vinter* consiste nella sopravvenuta giurisprudenza interna sulla compatibilità del sistema con le esigenze convenzionali. La Corte d'appello, nel caso *R. c. Newell: R. v. McLoughlin* (2014), del 18 febbraio 2014, che la legislazione interna ha infatti ritenuto valida e sufficientemente chiara la legislazione interna, in particolare in relazione alla sussistenza di possibilità - seppur eccezionali - di liberazione per i condannati all'ergastolo. Secondo la Grande Camera, del 17 gennaio 2017, la decisione della Corte inglese avrebbe svolto un ruolo centrale di interpretazione evolutiva della legislazione interna, dissipando dubbi interpretativi circa la compatibilità della normativa inglese rispetto all'art. 3 Cedu. Cfr. Corte EDU, GC, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, ric. n. 57592/08. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, elaborata in relazione alla compatibilità delle forme di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, potrebbe avere un impatto decisivo sulla legislazione interna e sull'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo: come è noto, è, infatti, attualmente pendente il ricorso n. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia* (presentato il 12 dicembre 2016), giudicato rilevante ai fini dell'ammissibilità di una decisione in merito, come risulta dal comunicato diffuso dalla Corte di Strasburgo, del 30 maggio 2017, la cui risoluzione potrebbe condurre ad una dichiarazione di non conformità agli *standard* convenzionali della pena dell'ergastolo ostativo. Sul punto, cfr. F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

possibilità di reinserimento sociale. È evidente, dunque, come istituti ispirati alle logiche della pura neutralizzazione (anche se motivata da ragioni primarie di sicurezza e difesa sociale) non hanno alcuna legittimazione in un ordinamento costituzionale (e convenzionale) che aspira ad essere anche uno Stato di diritto e sociale, con una propensione, quindi, naturale (e ontologica) verso l'adempimento di obbligazioni positive a tutela degli individui, sia come singoli sia come parte di una più ampia comunità sociale di riferimento, senza alcuna distinzione.

Risulta palese, pertanto, che la collocazione dogmatica del 41-*bis* in un'unica categoria rappresenta un grave errore concettuale, che impedisce di cogliere a pieno le importanti sfaccettature del regime di detenzione speciale, precludendo, inoltre, una più ampia e seria riflessione, in prospettiva *de iure condendo*, che tenga conto delle importanti ricadute del regime sul sistema normativo (*rectius*, politico) di lotta alla criminalità organizzata, all'interno di un ordinamento, che si informa pur sempre ai principi cardine della dignità della persona umana (e, anche, di conseguenza a tutti i suoi corollari, dalla solidarietà, all'uguaglianza, alla legalità, all'umanità della pena ed, infine, alla finalità rieducativa).

### **2.1. La ricollocazione di un istituto strutturalmente “ibrido”: una proposta *de iure condendo*.**

Non può dirsi esaustiva, quindi, l'interpretazione tradizionale che colloca il regime del 41-*bis* all'interno delle sole misure di prevenzione personale: tale collocazione dogmatica non convince, peraltro, nemmeno la Corte di cassazione, che ritiene l'istituto del 41-*bis* un “ibrido” che si colloca a metà strada tra le misure di prevenzione personali, con cui condivide, senza alcun dubbio, le istanze preventive di sicurezza e difesa sociale, e le misure di sicurezza, dato che - secondo la Cassazione - l'applicazione del regime differenziato è subordinata alla ricorrenza di *condizioni oggettive di emergenza e sicurezza pubbliche* ed *altre soggettive riguardanti il detenuto*, derivanti non tanto dal suo stile di vita, come nel caso delle misure di prevenzione personale - anche se con riferimento ai delitti di mafia il confine è molto sottile -, quanto dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale per reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, in sintesi, dalla pericolosità sociale dell'autore, indice della permanenza di collegamenti con la consorteria criminale di appartenenza.

La definizione, in termini di istituto di misura di prevenzione personale *sui generis* (*rectius*, misura di “sicurezza” *sui generis*) si coglie anche nel successivo passaggio contenuto nella sentenza n. 3447 del 2018, in cui la Cassazione

prende atto di come il regime del 41-*bis* vada applicato in ragione della sussistenza di *precise e specifiche caratteristiche personali di pericolosità sociale*, connesse all'appartenenza del soggetto ad organizzazioni criminali strutturate e ai dati ricavati dalle pregresse esperienze processuali, nonché dalle conoscenze criminali dello stesso, idonee a mantenere i contatti con l'esterno, anche con quanti siano già ristretti in carcere.

La prossimità concettuale del regime del 41-*bis* O.P. con la disciplina delle misure di sicurezza, più che da un raffronto con la normativa interna, si misura dalla lettura delle fonti sovranazionali – in cui, peraltro, non vi è mai una rigida collocazione e distinzione tra istituti processuali o sostanziali o di natura preventiva o punitiva, come sul piano interno –, e, in particolare, dall'esame della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 14 febbraio 2014, relativa al trattamento dei “*delinquenti pericolosi ristretti nelle carceri dei suoi Stati membri*”<sup>24</sup>.

Secondo la definizione contenuta nel provvedimento, il “*delinquente pericoloso*” è “*una persona che è stata condannata per un reato sessuale molto grave e o per un reato violento di estrema gravità contro una o più persone e che presenta una probabilità molto elevata di commettere nuovamente un reato sessuale molto grave o un reato violento molto grave contro una o più persone*”<sup>25</sup>. Con l'espressione “*custodia preventiva di sicurezza*”, la Raccomandazione identifica la “*detenzione imposta dall'autorità giudiziaria ad una persona, da scontare durante la condanna alla reclusione o al termine di questa, secondo la normativa nazionale. Essa non si impone semplicemente a causa di un reato commesso nel passato, ma anche sulla base di una valutazione che stabilisce che il delinquente potrebbe commettere altri reati molto gravi in avvenire*”<sup>26</sup>.

Prendendo, quindi, le mosse da tali premesse definitorie, la Raccomandazione europea è chiara nel sancire importanti principi di trattamento per i “*delinquenti pericolosi*”, che vengono sottoposti a misure restrittive della libertà solo qualora esse “*risultino proporzionate al livello del rischio posto sulla società*”. Si evidenzia, inoltre, che la pericolosità sociale del destinatario della misura dovrebbe essere oggetto di rivalutazione periodica effettuata da un'autorità giudiziaria o da un altro organismo indipendente e comunque non

<sup>24</sup> Cfr. Raccomandazione CM/REC(2014) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa ai delinquenti pericolosi, consultabile al *link*: in [www.rm.coe.int](http://www.rm.coe.int).

<sup>25</sup> Per un approfondimento, cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 384.

<sup>26</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 384-385.

appartenente all'amministrazione penitenziaria. Con riguardo poi al fine della "custodia preventiva di sicurezza", si specifica come quest'ultima abbia come scopo primario la protezione della società dalla possibile commissione di futuri reati, e come scopo secondario o eventuale, laddove possibile, il reinserimento nella società - in modo sicuro - dei delinquenti ritenuti pericolosi e sottoposti a misura privativa della libertà personale<sup>27</sup>.

Risulta, quindi, evidente come a livello definitorio il campo d'azione della "custodia preventiva di sicurezza" di matrice europea si sovrapponga al regime differenziato del 41-*bis*, dato che anche tale regime detentivo speciale svolge la funzione di realizzare un *surplus* di controllo su autori di reato di accertata pericolosità<sup>28</sup>.

È, infatti, indubbio che con tale categoria di sanzione, il regime detentivo speciale condivida alcune caratteristiche fondamentali: la finalità di neutralizzazione della pericolosità sociale, i presupposti applicativi, ossia la commissione di un fatto di reato e l'accertamento della pericolosità sociale, la durata indeterminata, che si dovrebbe spiegare - secondo la dottrina - considerando che la sua commisurazione non è rapportata alla colpevolezza, ma alla persistenza della pericolosità sociale nel tempo<sup>29</sup>.

Come ha affermato una parte della dottrina, si tratterebbe, pertanto, di un'ipotesi *sui generis* di misura di sicurezza, caratterizzata da alcuni profili di specialità<sup>30</sup>. A differenza, infatti, delle misure di sicurezza, nel caso del regime detentivo speciale, la pericolosità non discende dalle caratteristiche soggettive del detenuto, ma dalla sua appartenenza al contesto criminale: secondo il co. 2 dell'art. 41-*bis* O.P., nell'accertare la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva si deve tenere conto del profilo criminale del soggetto, della posizione rivestita all'interno dell'associazione, del grado di operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni, degli esiti del trattamento penitenziario, se detenuto, e del tenore di vita dei familiari. I criteri di accertamento della pericolosità sociale possono dirsi, tuttavia, in parte simili, nella misura in cui si valuta pur sempre la situazione soggettiva dell'autore, seppur in termini

<sup>27</sup> Cfr. Raccomandazione CM/REC(2014) 3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa ai delinquenti pericolosi, consultabile al *link*: in [www.rm.coe.int](http://www.rm.coe.int).

<sup>28</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 384-385.

<sup>29</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 384-385.

<sup>30</sup> Cfr. M. RONCO, *Riflessioni su una "nuova" sanzione: l'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, raccolti sotto la direzione di M. Gallo, Napoli, 2012, 217 ss.

specifici e speciali, rispetto alle ipotesi tipiche di applicazione delle misure di sicurezza: la pericolosità sociale dell'autore, intesa come accentuata possibilità che lo stesso commetta in futuro altri reati dello stesso tenore, anche dallo stato di detenzione, viene ricavata - o quanto meno dovrebbe esserlo - da una valutazione complessiva della persona e dagli elementi, in parte oggettivi, deducibili dal contesto sociale di appartenenza e dal suo pregresso criminale, oltre che dall'*iter* processuale in corso, e, in parte soggettivi, desumibili dalla sua storia personale (*i.e.*: carattere, indole, personalità, posizione all'interno nella consorte di appartenenza in termini di rapporti, influenza e soggezione sugli affiliati; tutte caratteristiche che, a mente dell'art. 133, co. 2 c.p., vengono valutate anche in sede di accertamento della pericolosità sociale, ai sensi dell'art. 203 c.p. e seguenti)<sup>31</sup>.

Ciò che, invece, differisce è l'organo deputato a svolgere tale tipo di accertamento, da una parte il giudice, dall'altra l'amministrazione penitenziaria, in sede di prima applicazione e di rinnovo del regime detentivo speciale. Se, infatti, si tenesse conto delle similitudini concettuali con la disciplina delle sanzioni penali, risulterebbe giocoforza che la sussistenza in capo all'amministrazione penitenziaria della competenza a decidere in materia di 41-*bis* O.P. sia da ritenersi incompatibile rispetto alla cultura della giurisdizione e del giusto processo, ben espressa dalle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 13, 25, 27, 111 e 117 Cost., peraltro, lette anche come norme interposte agli *standard* convenzionali di cui agli artt. 5,6,7 Cedu. Anche in ragione di una valutazione di coerenza interna al sistema della giustizia penale, si dovrebbe ripensare alla collocazione normativa del regime detentivo speciale, tenendo in considerazione che lo stesso si applica sia agli imputati - per cui, in ogni caso, deve valere il principio di presunzione di non colpevolezza -, e ai detenuti definitivi, per cui è, invece, intercorso un accertamento in sede processuale della colpevolezza in relazione ai delitti di criminalità organizzata<sup>32</sup>. Per quanto in entrambi i casi, l'esigenza preventiva primaria della

<sup>31</sup> Di notevole interesse la distinzione tra "pericolosità oggettivizzata", che sarebbe strettamente connessa a determinati tipi di reato, o meglio, a un certo contesto criminogeno, e "pericolosità soggettivizzata", che si radica prevalentemente in un giudizio sulla personalità del soggetto: cfr. R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunto sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 731.

<sup>32</sup> In prospettiva *de iure condendo*, parte della dottrina auspicherebbe la devoluzione dell'intera disciplina all'interno del D.Lgs. n. 159 del 2011, così come di recente modificato, per una coerenza sistematica, assoggettando anche il regime applicativo del 41-*bis* O.P. alla giurisdizione penale e, in particolar modo, individuando nel Tribunale del capoluogo del distretto, *ex art. 5*, il giudice competente a decidere in materia di prima applicazione e di proroga. Non vi è chi non abbia proposto - sempre nell'ottica di una piena giurisdizionalizzazione del regime - di individuare nel giudice competente per le indagini preliminari la competenza a disporre il regime detentivo speciale e a decidere anche in merito alle rela-

sicurezza e difesa pubblica trova una ragion d'essere nella necessità di reprimere i collegamenti con l'esterno, le due posizioni sono nettamente differenti e, quindi, necessiterebbero di due diverse modalità applicative: nel caso di soggetto solo imputato<sup>33</sup>, il regime detentivo dovrebbe fondarsi su esigenze probatorie, che, in fase di indagini preliminari, sono assolutamente pregnanti sia in un'ottica preventiva, perché vi è la probabilità che il soggetto in stato di libertà torni a delinquere, commettendo delitti della stessa indole, considerata anche la sua posizione all'interno della consorte criminale e la sua storia personale, sia in un'ottica probatoria, data l'esigenza di preservare il materiale di indagine acquisito. Secondo tale lettura, sono evidenti le affinità con l'istituto applicativo della misura della custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 275 c.p.p.: da una parte, infatti, si ha l'istituto della custodia cautelare in carcere, la cui applicazione risulta motivata dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza – secondo il meccanismo della doppia presunzione, rimasta in piedi solo per le fattispecie di mafia<sup>34</sup> –, inserita in seno al procedimento

---

tive impugnazioni, ai sensi dell'art. 279 c.p.p., così, tra tutti, A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, in S. Corbetta, A. Della Bella, G. L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009. L. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif., dalla L. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009, 464.

<sup>33</sup> L'applicabilità del regime detentivo speciale nei confronti dell'imputato era vista favorevolmente da una parte della dottrina, tra cui, cfr. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, 54. *Contra*: B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e delle pene*, cit., 145. L'interpretazione estensiva era stata, peraltro, avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità, cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 5 giugno 1995, n. 3410, in *Giust. pen.*, 1996, f. III, 344, per cui: «In tema di ordinamento penitenziario le disposizione di cui all'art. 41-bis l. 26 luglio 26 luglio 1975, n. 354 trovano applicazione, come è dimostrato dall'uso del generico termine "detenuti", non solo nei confronti di condannati, ma anche riguardo a imputati i quali sono anch'essi, d'altra parte, soggetti ad una forma di "trattamento" (art. 1, co. 5, ord. penit.) e destinatari di norme quali, ad esempio, quelle in materia di colloqui, di corrispondenza, di remunerazione, di peculio, di permessi per gravi eventi familiari; e ciò senza considerare che la *ratio legis*, ispiratrice dell'introduzione della norma in esame (art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356), è di tutta evidenza identica tanto per i detenuti-condannati quanto per quelli in carcere per custodia cautelare, giacché sia per gli uni che per gli altri possono porsi le identiche esigenze di ordine carcerario e di sicurezza pubblica». In senso analogo, cfr. Cass., Sez. I, 3 giugno 1994, Carollo, in *Cass. pen.*, 1995, 2281; Id., Sez. I, 27 novembre 1996, n. 6288, P.M., *ivi*, 1998, 258.

<sup>34</sup> Come è noto, infatti, per tali fattispecie, e, in particolare, per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p., si prevede una disciplina speciale in materia di "carcerazione preventiva". L'art. 275, co. 3 c.p.p. pone, infatti, con riferimento alla disposizione sopra citata, una duplice presunzione: la prima, di carattere relativo (*iuris tantum*), in relazione alle esigenze cautelari, che devono considerarsi sussistenti tutte le volte in cui non risulti la prova contraria della loro mancanza; la seconda, di carattere assoluto (*iuris de iure*), in relazione al criterio dell'adeguatezza della scelta della misura cautelare da applicarsi, laddove per la fattispecie di cui sopra il legislatore ritiene che la sola custodia cautelare in carcere possa dirsi adeguata a fronteggiare a pieno le esigenze cautelari, con conseguente esclusione di ogni soluzione "intermedia" e meno invasiva, tra custodia in carcere e lo stato di piena libertà dell'imputato. In dottrina, sul punto, cfr. S. PALADINO, *Reati di mafia e presunzione di necessità della custodia cautelare in carce-*



penale con le relative garanzie della giurisdizione, e, dall'altra, il parallelo binario del 41-*bis*, che ruota intorno al concetto di pericolosità sociale qualificata, in caso di prima applicazione, e di presunzione di persistenza del vincolo con l'organizzazione criminale, in caso di proroga, quest'ultime entrambe, però, di competenza amministrativa<sup>35</sup>.

In tale frangente, considerata anche la gravità dei fatti oggetto di indagini, le istanze preventive e probatorie risultano quanto mai assorbenti: non si deve dimenticare, però, che anche per soggetti imputati di delitti di mafia vale, in ogni caso, il disposto costituzionale dell'art. 27, co. 2 Cost. in materia di presunzione di non colpevolezza, la cui portata si estende inevitabilmente sulle modalità di *trattenimento penitenziario*<sup>36</sup>. La sottoposizione ad un regime penitenziario differenziato dovrebbe, quindi, motivarsi in forza di un provvedimento giudiziale, sottoponibile altresì al controllo di legittimità ai sensi dell'art. 111, co. 7 Cost., che si inserisca all'interno di una valutazione più ampia, coordinata e coerente di pericolosità del soggetto e di sussistenza – quanto meno a livello di gravi indizi di colpevolezza – per i fatti contestati nel procedimento penale in corso<sup>37</sup>.

---

*re. Gli orientamenti della Corte costituzionale a partire dalla sentenza 25-29 marzo 2013, n. 57, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); V. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, Padova, 2012, 406; A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano, G. Tinebra, Milano, 2013, 335.*

<sup>35</sup> In altri termini, si ritiene che in relazione all'art. 416-*bis* c.p. le esigenze cautelari possono essere soddisfatte solo per il tramite della custodia cautelare in carcere, atteso che l'appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso implica necessariamente un'adesione permanente nel tempo ad un sodalizio criminoso, radicato sul territorio e caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, per cui le altre misure "minori" non possono dirsi adeguate e "sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità": così, cfr. Corte cost., n. 265 del 2010, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Risulta, quindi, evidente come per il legislatore le istanze preventive sottese all'art. 275, co. 3 c.p.p. possono essere adeguatamente tutelate proprio con l'applicazione del regime speciale, il quale mira appunto ad impedire la *perpetuatio delicti* dei detenuti provenienti dal mondo della criminalità organizzata, ponendosi, con ciò, in sintonia, in sostanza, con gli obiettivi della custodia cautelare.

<sup>36</sup> In prospettiva *de iure condendo*, l'applicabilità del regime detentivo speciale in attesa di giudizio potrebbe essere subordinata all'intervenuta ordinanza confermativa del Tribunale del riesame, a seguito di impugnazione, ai sensi dell'art. 309 c.p.p., o, per effetto, della cristallizzazione dell'ordinanza applicativa, essendo nel mentre spirati i termini per l'impugnazione.

<sup>37</sup> Secondo la Corte costituzionale, nella sentenza n. 376 del 1997, "non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l'applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata". Tale linea interpretativa è stata poi espressamente recepita dal legislatore del 1998, il quale, interpolando il testo dell'art. 41-*bis* O.P., ha inserito dei chiari riferimenti al soggetto in attesa di giudizio (vedi il co. 2 dell'art. 41-*bis* O.P., per cui si richiama "l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari" o lo specifico riferimento all'imputato, di cui alla lett.

Con riguardo, invece, ai detenuti definitivi, essendo già intervenuta una sentenza di condanna che ha accertato la colpevolezza per i gravi fatti contestati e con cui, in sede di commisurazione della pena, si è proceduto a identificare la natura, il grado di coinvolgimento del soggetto all'interno della consorterìa criminale di appartenenza e la sua posizione rispetto ai delitti commessi, si è in presenza di un accertamento giudiziale presupposto che possa fungere (o quanto meno dovrebbe fungere) da riscontro anche per la valutazione della pericolosità sociale dal punto di vista dell'applicazione e, soprattutto, della proroga del regime detentivo speciale. In questo caso, ciò che risulta affievolita è la necessità di neutralizzare il detenuto rispetto ai suoi legami con l'esterno, dal momento che, rispetto al momento investigativo, l'intervenuta sentenza di condanna definitiva si colloca inevitabilmente in un contesto temporale di molto successivo e, quindi, si presume che i legami con il contesto criminale esterno siano stati rescissi già da tempo<sup>38</sup>.

In caso di detenuto, quindi, la sottoposizione al regime detentivo speciale dovrebbe essere motivata da oggettivi riscontri fattuali che continuino a giustificare il congelamento dei rapporti con l'esterno da parte del detenuto, anche, perché nei suoi confronti, essendo nel mentre calato il giudicato, vale la tensione finalistica della rieducazione, ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost., la cui attuazione - in tali casi - risulta del tutto secondaria, se non pressochè inattuata e inattuabile<sup>39</sup>.

---

b) del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* O.P.). Peraltro, C. FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura G. Cerquetti, C. Fiorio, Padova, 2004, 172, evidenzia come l'applicazione del regime speciale ai detenuti in attesa di giudizio configuri una sorta di "misura cautelare atipica" contrastante con i principi di tassatività e di giurisdizionalità cautelari.

<sup>38</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 384-385.

<sup>39</sup> *De iure condito*, una parte della dottrina, ritiene che il regime del 41-*bis* O.P. possa identificarsi con una pena accessoria: pur condividendo che il regime detentivo speciale finisce in concreto per tramutarsi in una sanzione (sia essa definibile come misura di prevenzione, in senso tradizionale, o misura di sicurezza *sui generis*, avendo in comune le caratteristiche sia delle misure di prevenzione personali sia delle misure di sicurezza personali detentive), incidendo sulla libertà personale del soggetto sottoposto a tale regime, non può accettarsi - a mo' di resa - che la disciplina applicativa del 41-*bis* O.P. venga considerata una pena, dato che, aderendo a tale impostazione, il regime detentivo speciale sarebbe *ab origine* incostituzionale, violando i più importanti principi costituzionali, da quello di legalità, tassatività e determinatezza, a quello della presunzione di non colpevolezza, fino al finalismo rieducativo. Si ritiene, quindi, più opportuno ragionare in termini di categorie oscillanti tra misure di prevenzione e di sicurezza, perché allo stato, sono palesi le affinità concettuali e di disciplina con tali categorie (e, inoltre, risulta molto difficile classificare in una rigida categoria tale regime), auspicando, in ogni caso, un intervento riformatore che possa definitivamente ricondurre nell'alveo della stretta legalità tale regime applicativo (e nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo). Cfr., sul punto, in termini di pena accessoria, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 403 ss.

È evidente come, in entrambi i casi, sarebbe opportuna una rivisitazione complessiva della disciplina, che tenesse conto, da un lato della differenza di posizioni tra l'imputato ed il detenuto definitivo, e, dall'altro, che uniformasse la prassi applicativa del regime detentivo speciale, assorbendolo nelle dinamiche del processo e nelle maglie della giurisdizione penale, lasciando all'amministrazione penitenziaria solo la competenza a decidere sulla concreta regolamentazione per questioni logistiche, faccende interne alla struttura penitenziaria e connesse allo scandenziarsi materiale della vita quotidiana all'interno della cella, sezione e struttura, sulla base della gestione del singolo e dei rapporti con la direzione, polizia penitenziaria e con le strutture gerarchiche di riferimento.

## 2.2. Suggestioni di diritto comparato: la disciplina della *Sicherungsverwahrung* tedesca.

Con le dovute distinzioni concettuali, si rivengono delle forti somiglianze tra la disciplina del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* O.P.<sup>40</sup> e la normativa tedesca in materia di custodia di sicurezza, la *Sicherungsverwahrung*, prevista ai sensi dei §§ 66 e seguenti dello *Strafgesetzbuch* (StGB), così come modificata dalla recente legge del 5 dicembre 2012 (BGBl. I S. 2425)<sup>41</sup>.

La *Sicherungsverwahrung*, istituto cardine del sistema del c.d. doppio binario tedesco - *System der Zweispurigkeit* - sin dalla sua prima introduzione nel 1933, consiste in una misura di sicurezza custodiale applicata obbligatoriamente ogni qualvolta essa appaia necessaria alla tutela della collettività nei

---

<sup>40</sup> Considerato lo specifico riferimento, operato dall'art. 41-*bis*, co. 2 O.P. agli internati, il "carcere duro" può essere applicato anche nei confronti di coloro che sono sottoposti ad una misura di sicurezza personale detentiva. In termini critici, la dottrina ha osservato come l'accertamento da parte del magistrato di sorveglianza circa la permanenza della pericolosità sociale finisca, di fatto, per incidere inevitabilmente anche sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime speciale, con ciò sovrapponendo il profilo di accertamento della pericolosità sociale, ai sensi dell'art. 133 c.p., per via giudiziale, ad un diverso tipo di valutazione operato dall'autorità amministrativa. L'indeterminatezza della durata della misura di sicurezza, per cui la legge prevede soltanto un *minimum*, lasciando al magistrato di sorveglianza la decisione sul loro termine, renderebbe, peraltro, procrastinabile - potenzialmente *sine die* - la sospensione delle normali regole di trattamento: sotto quest'ultimo profilo, si ritiene che tale situazione debba ritenersi mutata, per effetto dell'art. 1, co. 1-*ter* del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, così come convertito in legge 30 maggio 2014, n. 81, dato che si prevede che "le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima".

<sup>41</sup> Per un approfondimento, cfr., tra tutti, M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, cit., 23; S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco-Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

confronti di un soggetto imputabile pericoloso: la sua comminazione è subordinata alla sussistenza di requisiti formali relativi alla carriera criminale pregressa del soggetto, nonché alla valutazione della sua pericolosità rispetto alla commissione di ulteriori reati<sup>42</sup>. Lo scopo della misura viene individuato nella neutralizzazione dell'autore pericoloso, mentre la sua durata è indeterminata nel massimo e dipende dal raggiungimento di tale finalità<sup>43</sup>.

Nel secondo dopo guerra, la *Sicherungsverwahrung* viene ricondotta all'interno del mutato quadro costituzionale e democratico, espungendo la sua applicazione dal sistema minorile e applicandosi in base al principio cardine del sistema costituzionale tedesco della proporzionalità tra il provvedimento detentivo e l'esigenza di tutela della collettività<sup>44</sup>. Il mutato assetto costituzionale non impedisce, tuttavia, una nuova riforma in senso repressivo da parte del legislatore del 1998<sup>45</sup>, che - in ragione di una progressiva sfiducia nell'idea della prevenzione speciale positiva e supportato da un movimento di politica criminale di potenziamento della prevenzione generale negativa -

<sup>42</sup> Cfr. V. MILITELLO, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, 1993, 13 ss.

<sup>43</sup> Cfr. H. KAMMEIR, *MaßregelVollzugsrecht. Kommentar*, Berlin-New York, 2010, 7 ss.; per un approfondimento, M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, cit., cfr. 4, per cui l'esecuzione della misura terminava qualora venisse raggiunto il suo scopo (*die Unterbringung dauert so lange, als ihr Zweck es erfordert*). Per quanto concerne la disciplina della custodia di sicurezza del 1933, si osserva come la durata fosse indeterminata nel massimo e il rilascio dipendesse dal raggiungimento dello scopo, che il giudice era tenuto a verificare con una cadenza triennale; scaduto tale termine, laddove fosse provato che il soggetto era ancora pericoloso, il termine riprendeva a decorrere da capo. Si prevedeva che il giudice potesse sospendere la misura, imponendo particolari obblighi e prescrizioni. La misura poteva essere disposta retroattivamente, anche nei confronti di quei condannati, che, al momento della dell'entrata in vigore, risultavano definitivi.

<sup>44</sup> Durante il periodo nazional-socialista, infatti, la logica preventiva e rieducativa lasciò spazio a quella di neutralizzazione ("L'uomo non è più persona, ma cosa, non è punito, ma custodito", cfr. J. HELLMER, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1935*, Berlin, 1961, p. 298). Già la legge del 1933 aveva previsto, fra le misure di sicurezza e di miglioramento (§ 42k StGB), la castrazione (*Entmannung*), nei confronti del soggetto che venisse condannato per un reato sessuale alla reclusione non inferiore ai sei mesi, avendo già precedentemente riportato una condanna per un reato sessuale, sempre che dalla valutazione complessiva dei fatti risultasse che il reo fosse autore pericoloso di reati contro la moralità pubblica. Infine, nel 1941, con la legge del 4 settembre, il regime introdusse la pena di morte nel catalogo delle pene, destinata ai delinquenti abituali pericolosi: in questo modo, la segregazione custodiale lasciò il posto alla neutralizzazione fisica, meno costosa e in linea con il programma eugenetico di soppressione dei malati di mente.

<sup>45</sup> Un primo ampliamento della custodia di sicurezza venne realizzato, infatti, dalla legge sulla lotta ai reati sessuali ed altri gravi reati violenti, del 26 gennaio 1998, sollecitata da gravi fatti di cronaca, in particolare, rispetto ai reati sessuali contro minori: fu la stessa relazione di accompagnamento al progetto di legge a sottolineare la necessità di intervenire a fronte di gravi abusi sessuali commessi a danno di minori. Cfr., per un approfondimento, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 236.

punta ad estendere il campo di applicazione di tale misura, aumentandone i destinatari e la relativa efficacia, venendo meno *ex tunc* il limite massimo di dieci anni relativo alla detenzione a titolo di *Sicherungsverwahrung*, termine introdotto con la precedente riforma del 1969<sup>46</sup>. A partire dal 2002, inoltre, si prevede un'ulteriore ipotesi di *Sicherungsverwahrung*, non più applicabile solo contestualmente alla condanna da parte del giudice della cognizione, ma anche con riserva di applicazione<sup>47</sup>. La riserva deve essere pronunciata in sede di condanna sulla base di un sospetto circa la pericolosità dell'autore e decisa durante la fase di esecuzione della pena. Con il 2004, poi, si introduce la custodia di sicurezza postuma - la *Sicherungsverwahrung nachträgliche* - la quale può essere ordinata durante l'esecuzione della pena a prescindere da qualsiasi emersione *ex post* di elementi nuovi in favore di un'alta probabilità di commissione di ulteriori reati<sup>48</sup>. Il regime transitorio della legge sull'introduzione della custodia di sicurezza postuma prevede altresì l'applicabilità retroattiva dell'istituto anche nei confronti degli autori già condannati. Sollevata questione di legittimità costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht*, con sentenza del 5 febbraio 2004, ritiene compatibile la durata indeterminata della custodia di sicurezza rispetto ai principi del *Grundgesetz* (GG), atteso che, non trattandosi di una pena, ma di una misura di sicurezza, l'unico requisito essenziale ai fini di una sua corretta applicazione è rappresentato solamente dal rispetto del principio di proporzionalità, quale limite

---

<sup>46</sup> Cfr., sul punto, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., 220 ss. Si tratta della prima legge di riforma del 1969, c.d. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 25 giugno 1969, *Bundesgesetzblatt I*, 645, abbreviata 1. StrRG, e *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 4 luglio 1969, entrata in vigore il 1 luglio 1975, *Bundesgesetzblatt I*, 717, abbreviata 2 StrRG, con cui si introdusse il principio di proporzionalità come criterio discrezionale di applicazione della misura e la possibilità di sospensione dell'esecuzione della custodia, grazie alla quale il condannato veniva affidato ad una persona che ne assumeva anche la tutela. Con la seconda legge di riforma, approvata nel 1969 ed entrata in vigore nel 1975, si intervenne in materia di custodia di sicurezza su due livelli: dal punto di vista sistematico, si stabilì che la *Sicherungsverwahrung* fosse disciplinata dal § 66 StGB, mentre dal punto di vista sostanziale, si limitò la durata della prima applicazione della misura ad un periodo massimo di dieci anni. Mentre, in segno inverso, con la successiva legge del 1998, si abolì il predetto termine di durata massima di dieci anni, prevedendo espressamente che tale abolizione avesse efficacia retroattiva.

<sup>47</sup> Il § 66a StGB attribuiva, inoltre, al giudice il potere di riservarsi la possibilità di ordinare, successivamente alla sentenza di condanna, l'applicazione della custodia di sicurezza, qualora al momento della sentenza di condanna, non fosse accertabile con sufficiente certezza (*mit hinreichender Sicherheit*) la pericolosità dell'autore. Qualora durante l'esecuzione della pena, fosse possibile, invece, formulare il giudizio di pericolosità richiesto dalla legge, il giudice poteva ordinare l'esecuzione della custodia di sicurezza.

<sup>48</sup> Vedi: *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die Sexuelle Bestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*, del 27 dicembre 2003.

costituzionale invalicabile alle istanze preventive<sup>49</sup>. Secondo la Corte, la garanzia del principio di proporzionalità sarebbe sufficientemente specificata dal § 67d, co. 3 StGB, in ordine all'esigenza di una valutazione prognostica molto più stringente a fondamento di un provvedimento di prosecuzione della misura; medesime questioni vengono riproposte successivamente all'attenzione della Corte costituzionale tedesca, la quale conferma nuovamente la compatibilità della normativa interna rispetto ai principi costituzionali, quali la libertà personale, ex art. 2, co. 2 GG, la tutela dell'affidamento, ex art. 2, co. 2 GG in combinato disposto con l'art. 20, co. 3 GG, nonché il principio di legalità e di irretroattività in materia penale, ex art. 103 GG<sup>50</sup>. Di tutt'altro avviso la Corte Edu, la quale riscontra la violazione sia dell'art. 5, sia dell'art. 7 Cedu: con riguardo al primo profilo, i giudici europei contestano la legittimità della detenzione comminata al ricorrente in forza dell'ordine di prolungamento in ragione della mancanza dei requisiti applicativi di cui alle lett. c) ed e) dell'art. 5 Cedu, nonché in base ad una lettura generale del co. 1 della medesima disposizione<sup>51</sup>. All'indomani della pronuncia *M. c. Germany*, dopo una prima fase di incertezza applicativa, il *Bundesverfassungsgericht* torna nuovamente a pronunciarsi sulla compatibilità dei §§ 66, 66c e 67d StGB rispetto al *Grundgesetz*, nonché agli artt. 5 e 7 Cedu, quali parametri aggiuntivi del giudizio di legittimità costituzionale: la Corte costituzionale tedesca, pur riprendendo le argomentazioni della Corte europea, rimane ferma nella propria posizione in merito alla qualificazione della misura di sicurezza, in linea con la scelta legi-

<sup>49</sup> Per un commento alla sentenza del 5 febbraio 2014, cfr., per tutti, S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco-Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, cit., 9. Successivamente a tale pronuncia, il legislatore, su sollecitazione anche dei *Länder* e del *Bundesverfassungsgericht*, introdusse una nuova ipotesi di *Sicherungsverwahrung*, la più invasiva, la c.d. custodia di sicurezza postuma (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*, § 66b StGB). In sintesi, quindi, accanto all'ipotesi base di custodia di sicurezza (§ 66 StGB), per cui il giudice deve formulare una prognosi di pericolosità già al momento della condanna, e all'ipotesi aggiunta successivamente, prevista dal § 66a StGB, per cui il giudice, pur non escludendo la pericolosità al momento del fatto, non è in grado di accertare con sufficiente certezza che il soggetto sia pericoloso, e, quindi, si riserva la possibilità di ordinarne l'applicazione, in un momento successivo, il legislatore aggiunge la nuova ipotesi, ai sensi del § 66b StGB, per cui è sufficiente una prognosi di pericolosità successiva alla sentenza di condanna, fondata su fatti emersi nel corso dell'esecuzione. Nel 2007, poi, la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* subì un ulteriore ampliamento con la legge di riforma della *Führungsaufsicht* e di modifica della disposizioni in materia di custodia di sicurezza postuma del 13 aprile 2007, entrata in vigore il 18 aprile 2007.

<sup>50</sup> Sul punto, cfr. S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco-Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, cit., 9.

<sup>51</sup> Per un approfondimento, cfr. F. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano - Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, 3275.

slativa di costruire il sistema punitivo secondo lo schema del c.d. doppio binario pena/misura di sicurezza.

La necessità di ripristinare una differenza strutturale di *ratio*, contenuto e disciplina normativa della custodia di sicurezza rispetto alla pena viene posta, invece, a fondamento della successiva declaratoria di illegittimità costituzionale dei §§ 66, 67c e 67d StGB<sup>52</sup>. Una corretta rimodulazione della *Sicherungsverwahrung* dovrebbe, infatti, muovere dalle seguenti premesse: (a) applicazione della misura quale *extrema ratio*, laddove non siano concretamente applicabili altre misure meno invasive; (b) rispetto della dignità e della libertà personale dell'internato; (c) previsione di un programma terapeutico trattamentale individualizzato e personalizzato, a cui l'internato partecipi attivamente e dal quale possa essere incentivato nell'ottica di un graduale reinserimento sociale; (d) l'espiazione della misura in locali appositi, separati dai luoghi di esecuzione della pena detentiva; (e) la possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione; (f) riesame della pericolosità sociale a cadenza biennale; dopo i dieci anni, ogni nove mesi; (g) la valorizzazione del principio di proporzione nella valutazione della necessità di prosecuzione della misura<sup>53</sup>. Così, infatti, recita il nuovo § 66c StGB, introdotto *ex novo* con la legge 5 dicembre 2012 ed in vigore dal primo giugno 2013: “§ 66c - *L'esecuzione della custodia di sicurezza e di altre misure preventive. (1) L'esecuzione della custodia di sicurezza avviene in strutture, in cui 1. sia garantito ai detenuti un livello di cura trattamentale articolato e dalle modalità di aggiornamento periodico basato su di un programma che (a) sia individuale ed intensivo e che miri a incentivare e sviluppare la partecipazione del detenuto, in particolar modo, attraverso misure trattamentali psichiatriche, psico o socio-terapeutiche, parametrate sui bisogni del detenuto, nella misura in cui i para-*

<sup>52</sup> Il 4 maggio 2011, in seguito alle tre decisioni della Corte europea nei casi Kallweit, Mateus e Schummer, è stata di nuovo sollevata di fronte al *Bundesverfassungsgericht* questione di legittimità costituzionale della proroga retroattiva della *Sicherungsverwahrung* oltre il limite decennale previsto dal diritto in vigore al momento della condanna e della custodia di sicurezza postuma (BverfG, 4 maggio 2011, in *NJW* 2011, p. 1931 ss.). Per un'analisi della sentenza si veda: S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco-Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, cit., p. 17 ss.; M. PELISSERO, *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, cit., 32 ss.; A. DI MARTINO, *Ancora sull'efficacia della CEDU nel diritto interno: il BverfG e la “detenzione di sicurezza”*, in *www.diritticomparati.it*; F. SAITTO, *Germania. Il Bundesverfassungsgericht supera un proprio precedente in materia di libertà personale interpretando il diritto alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *www.dpce.it/online*. Per commenti di parte tedesca, cfr. A. MOSRACHER, *Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick*, 229, in *www.hrr-Strafrecht.de*; A. KREUZER, T. BARTSCH, *Urteil des BVerfG v. 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09*, in *STV* 2011, p. 472; A. DESSECKER, *Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, in *ZIS* 8-9/2011.

<sup>53</sup> Cfr. BverfG, 4 maggio 2011, in *NJW* 2011, 1931 ss.

*metri standard non si rivelino appropriati (inadeguati/ineffettivi), e (b) che sia in grado di neutralizzare e/o ridurre al minimo la pericolosità del detenuto a livello tale da consentire la cessazione della misura ovvero la revisione della stessa nel più breve tempo possibile. 2. Assicurare condizioni di detenzione che (a) gravino il meno possibile il detenuto, rispondano alle esigenze trattamentali di cui al co. 1, punto 1 e che, nonostante le esigenze di sicurezza, siano compatibili con le condizioni di vita generali e (b) si svolgano in edifici appositi o in sezioni separate dal regime detentivo ordinario, a meno che siano le esigenze trattamentali a richiedere eccezionalmente una soluzione contraria e 3. al fine di conseguire gli obiettivi di cui al co. 1, punto 1, lett. (b); (a) favorire il regime carcerario aperto e la preparazione al rilascio del detenuto, a meno che esistano fattori specifici contrari, indici del pericolo di fuga ovvero della probabile commissione di ulteriori reati gravi, e (b) assicurare l'inserimento del detenuto, al termine della misura custodiale, al circuito terapeutico ordinario. (2) Se il giudice dispone la custodia di sicurezza nel corso del giudizio, ovvero dopo il differimento, o, altresì, successivamente, o, ancora, nel corso del giudizio abbia disposto un ordine di differimento ed il detenuto si trovi già in carcere, per quel periodo, gli deve essere assicurato il trattamento di cui al co. 1, punto 1, in particolar modo, misure socio-terapeutiche, affinché l'esecuzione della detenzione (§ 67c § 1, co. 1, punto 1) od ogni altra disposizione in tal senso (§ 66bis, co. 3) risultino il meno superflua possibile”<sup>54</sup>.*

---

<sup>54</sup> Le altre innovazioni sono:

§ 67a - Passaggio all'esecuzione di un'altra misura di sicurezza.

(1) Se è stato disposto l'internamento in un ospedale psichiatrico o in istituto di disintossicazione, il giudice può successivamente trasferire l'autore all'esecuzione dell'altra misura, se in tal modo la sua risocializzazione può essere meglio perseguita. (2) Sussistendo, i presupposti del co. 1, il giudice può successivamente anche trasferire l'autore contro il quale è stata disposta la custodia di sicurezza all'esecuzione di una delle misure menzionate, nel co. 1. La possibilità di un successivo trasferimento sussiste se sono integrati i presupposti di cui al co. 1 e il trasferimento sia funzionale all'attuazione di un trattamento medico-sanitario ovvero un programma di disintossicazione, anche nei confronti di un agente, che si trova in stato di detenzione o è sottoposto alla custodia di sicurezza o la cui esecuzione è stata differita.

§ 67c - Inizio posticipato dell'internamento.

(1) Se una pena detentiva viene eseguita prima della custodia di sicurezza disposta per il medesimo fatto o medesimi fatti e, prima della fine dell'esecuzione della pena, risulta provato che 1. Lo scopo della misura non richiede più l'internamento (perché lo scopo sia già stato raggiunto) o che all'internato non sia stato offerto un adeguato programma trattamentale ai sensi del § 66c, co. 1 punto 1, il giudice sospende condizionalmente l'esecuzione dell'internamento; con la sospensione, interviene la vigilanza sulla condotta. Non è necessario che sia provato il raggiungimento del punto 1, co. 1 laddove l'internamento della custodia di sicurezza sia stata disposta a meno di anno prima della fine dell'esecuzione della pena.

§ 67d - Durata dell'internamento.



*File rouge* della riforma - oltre al rispetto del principio di umanità di trattamento, che rappresenta, peraltro, un punto di contatto con il legislatore italiano delle ultime riforme in materia di misure di sicurezza personali detentive<sup>55</sup> - è dato dalla valorizzazione del principio di proporzionalità: laddove, infatti, venga attestato - in ragione della valutazione del caso concreto - che siano venute meno le istanze preventive poste a fondamento della misura di custodia di sicurezza (e, quindi, a contrario, si dimostri che lo scopo della norma sia stato raggiunto in termini di neutralizzazione e/o riduzione al minimo della pericolosità sociale), si consente al giudice di riesaminare la situazione soggettiva del delinquente ritenuto pericoloso e di sospendere “*condizionalmente l’ulteriore esecuzione dell’internamento se vi è da attendersi che l’internato non commetterà ulteriori reati al di fuori dell’esecuzione della misura. Il giudice è tenuto a sospendere l’esecuzione dell’internamento anche dopo il suo inizio, laddove l’ulteriore esecuzione risulti sproporzionata [...]*” (§ 67d StGB). Anche a fronte di soggetti ritenuti pericolosi, quindi, la *ratio* della riforma impone che siano valorizzate comunque, in ogni caso, le istanze di reinserimento e recupero sociale, con la cessazione (previa sottoposizione ad un periodo di controllo) della misura, favorendo nei confronti dei detenuti il regime carcerario aperto e la preparazione al rilascio, “*a meno che esistano fattori specifici contrari, indici del pericolo di fuga ovvero della probabile commissione di ulteriori reati gravi*” (§ 66c StGB). Deve trattarsi, infatti, di una misura “*(b) che sia in grado di neutralizzare e/o ridurre al minimo la pe-*

---

(1) L’internamento in un istituto di disintossicazione non può superare i due anni. Il termine decorre dall’inizio dell’internamento. Se prima della pena detentiva viene eseguita una misura privativa della libertà disposta congiuntamente ad essa, il termine massimo si prolunga della durata della pena detentiva, in quanto il periodo di esecuzione della misura sia scomputato alla pena. (2) Se non è previsto un termine massimo o il termine non è ancora trascorso, il giudice sospende condizionalmente l’ulteriore esecuzione dell’internamento se vi è da attendersi che l’internato non commetterà ulteriori reati al di fuori dell’esecuzione della misura. Il giudice è tenuto a sospendere l’esecuzione dell’internamento anche dopo il suo inizio, laddove l’ulteriore esecuzione risulti sproporzionata perché non è stato disposto dal giudice un programma di cura oltre il periodo di sei mesi, ai sensi del § 66c, co. 1 punto 1. La sospensione, ai sensi del co. 1 e 2 comporta automaticamente la revisione.

§ 67e - Riesame

(1) Il giudice può in ogni momento verificare se l’ulteriore esecuzione dell’internamento debba essere sospesa condizionalmente. Egli deve verificare ciò prima della scadenza dei termini previsti. (2) I termini sono in caso di internamento in un istituto di disintossicazione: sei mesi, in un ospedale psichiatrico: un anno, in custodia di sicurezza: due anni, dopo i dieci anni di applicazione della misura, il riesame viene effettuato ogni nove mesi.

<sup>55</sup> Cfr., sul punto, da ultima, la delega in materia di misure di sicurezza, contenuta nella c.d. riforma “Orlando”, legge n. 103 del 2017, i cui principi e criteri direttivi possono dirsi in linea con le precedenti modifiche introdotte con il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito in legge 30 maggio 2014, n. 81. Per un approfondimento, cfr. G. L. GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

*ricolosità del detenuto a livello tale da consentire la cessazione della misura ovvero la revisione della stessa nel più breve tempo possibile*” (§ 66c StGB), ma che – in ogni caso – preservi delle condizioni di trattamento e di vita interna alla sezione conformi alla dignità della persona<sup>56</sup>.

Nonostante vi siano delle evidenti differenze concettuali, anche in ragione di una diversa applicazione, si possono cogliere delle affinità rispetto al c.d. doppio binario penitenziario: se, infatti, rispetto alla disciplina generale delle misure di sicurezza personali detentive si assiste ad un mutamento di sensibilità del legislatore italiano diretto a potenziare i principi costituzionali del trattamento sanzionatorio, nei confronti degli autori di reati gravi inerenti la criminalità organizzata il legislatore rimane fermo sulle proprie posizioni, dando origine ad una disciplina normativa (e prassi applicativa) impermeata di presunzioni di pericolosità sociale, senza possibilità di graduazione e progressività di trattamento, specie, per gli imputati, la cui concreta esecuzione – dalla prima applicazione, alla proroga – è rimessa interamente all’autorità amministrativa, sconnessa, quindi, dal momento processuale e dalle garanzie proprie della giurisdizione penale. Si ritiene che una corretta valorizzazione del principio di proporzionalità, in un’ottica *de iure condito*, possa rappresentare una soluzione pratica ottimale sia per la ripartizione delle competenze tra l’autorità amministrativa e il controllo giurisdizionale sia per la limitazione dei poteri d’azione attribuiti all’amministrazione penitenziaria in materia di applicazione e proroga del regime detentivo speciale di cui all’art. 41-bis O.P.<sup>57</sup>. A fronte, infatti, dell’esigenza pubblica di tutelare la collettività dai fenomeni della criminalità organizzata, sulla base di strumenti effettivi ed efficaci in termini di sicurezza e prevenzione, di cui lo Stato si fa carico, si staglia il controinteresse (non necessariamente antagonista) di assicurare, in ogni caso, anche nei confronti dei soggetti ritenuti altamente pericolosi e, quindi, soggetti sottoposti a circuiti penitenziari fortemente restrittivi, la tutela dei diritti fondamentali, consentendo comunque l’espiazione della pena il più possibile conforme ai principi costituzionali (art. 2, 3, 13, 25, 27 Cost.), dignitosa e nel rispetto assoluto della legalità. Un bilanciamento di interessi risulta, quindi, indefettibile per uno Stato di diritto, il cui esito comunque non sempre è di facile ed immediata soluzione, se non sulla base di un’attenta ponderazione dei

<sup>56</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 130-131.

<sup>57</sup> Sul punto, cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Milano, 2012, 204 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nell’esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015. Sia consentito il richiamo a V. 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* online, 2, 2017.

beni giuridici in gioco e dei fini primari tutelati, con l'ausilio anche dei principi costituzionali e convenzionali, che possono fungere da guida per la ricerca di una soluzione sensibile alla *ratio* propria di tali istituti (prevenzione e sicurezza pubblica), ma, allo stesso tempo, attenta ai diritti umani della persona reclusa, che, non devono in alcun modo risultare arbitrariamente ed eccessivamente compromessi.

### 3. L'azionabilità del diritto di difesa: le motivazioni della Corte.

Ulteriore questione sottoposta alla Corte di cassazione è connessa alla previsione normativa di cui al co. 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* O.P., così come novellato dalle legge n. 94/2009, in materia di accesso alla giurisdizione del soggetto sottoposto al regime detentivo speciale, a norma della quale il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, l'internato o il difensore possono proporre, entro dieci giorni della sua comunicazione, ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Roma, che abbia respinto il reclamo avverso il decreto ministeriale, unicamente per dedurre la violazione di legge, compresa la carenza di motivazione del provvedimento applicativo<sup>58</sup>. Secondo la difesa, in tal modo, attribuendo la competenza a decidere all'Amministrazione penitenziaria sull'applicazione del regime detentivo differenziato, verrebbe violato il principio di riserva di giurisdizione in materia di restrizione della libertà personale, *ex art.* 13 Cost.<sup>59</sup>. Secondo la Suprema Corte, invece, tale rischio non sussisterebbe, nella misura in cui la legge prevede un espresso onere di motivazione, sussistente in capo all'autorità amministrativa, particolarmente stringente in caso di proroga, per cui il provvedimento amministrativo "*deve essere supportato da autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza dei pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblici e la possibilità del suo riesame in funzione della tutela del sottoposto, ammesso ad esercitare il diritto di difesa senza limitazioni*"<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> In questo senso, *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Pellegrino, in *Mass. Uff.* n. 224611; Note per l'Autore: tutte le sentenze dovranno essere citate come la prima evidenziata in verde Cass., Sez. I, 9 novembre 2004, Santapaola, in *Mass. Uff.* n. 230203; Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2010, Mannino, in *Mass. Uff.* n. 246172; Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, in *Mass. Uff.* n. 226628; Cass., Sez. I, 19 ottobre 2005, in *Mass. Uff.* n. 232889; Cass., Sez. I, 7 marzo 2008, Belforte, in *Mass. Uff.* n. 240141; Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2003, Criaco e altro, in *Mass. Uff.* n. 229305; Cass., Sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, in *Mass. Uff.* n. 239692; Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, 1913.

<sup>59</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tragliavia, cit.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 27 novembre 2017, Tragliavia, cit.

Pur trattandosi, nello specifico, di una questione inerente i limiti di ammissibilità del ricorso per Cassazione – la cui specificità rispetto all’art. 606 c.p.p.<sup>61</sup> è da sempre, peraltro, oggetto di critiche – si ritiene che la pronuncia rafforzi gli spunti di riflessione, sin qui emersi, sulla necessità di un ripensamento, in prospettiva *de iure condendo*, dell’accesso alla giurisdizione da parte del soggetto sottoposto al regime detentivo speciale, sia in sede di prima applicazione (anche a livello di partecipazione), sia in sede di successive proroghe, dato che, allo stato, l’accesso ad un pieno controllo giurisdizionale risulta, in parte precluso, e, in parte, ancorato ad altri reclami giurisdizionali, come quello di cui all’art. 35-*bis* O.P.<sup>62</sup>, che sopperisce alla mancanza di un reclamo *ad hoc*

<sup>61</sup> Laddove infatti il ricorso per Cassazione fosse presentato per motivi diversi – pur ricompresi nell’ambito di riferimento dell’art. 606 c.p.p., ma che esulano dalla violazione di legge – dovrà essere dichiarato inammissibile. In dottrina, si ritiene che tale restrizione sia del tutto ingiustificata e discriminatoria sotto il profilo dell’art. 3 Cost.: così, infatti, M. RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 428.

<sup>62</sup> Sia consentito il rinvio a V. 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*, cit., 15, nt. 40. Alla luce del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, conv. con modif. in l. 21 febbraio 2014 n. 10, con gli artt. 35-*bis* e 69 O.P., il detenuto può oggi esercitare il controllo di legittimità sul contenuto del regime speciale, impugnando quelle limitazioni che appaiano meramente vessatorie. Residuano, tuttavia, dubbi circa l’applicabilità del rimedio rispetto alle prescrizioni trattamentali non interamente predeterminate per legge: la questione prende le mosse dalla constatazione che il catalogo di restrizioni che la sospensione delle ordinarie regole di trattamento “prevede” non è affatto tassativo giacché «residuano aree paragonabili a delle “bande di oscillazione”, con riferimento alle quali è l’amministrazione che, con le sue scelte, determina, di volta in volta, il valore esatto». Secondo una parte della dottrina, il sindacato giurisdizionale sarebbe ammissibile anche nel caso di prescrizioni, parzialmente predeterminate per legge: posto infatti che l’amministrazione è tenuta a disporre soltanto quelle restrizioni funzionalmente connesse agli obiettivi cui ottempera il regime detentivo speciale, l’adozione di misure incongrue, configurando un’ipotesi di «cattivo uso del potere» ministeriale, estraneo alle finalità per le quali esso è attribuito, potrebbe costituire una violazione di un interesse legittimo di tipo oppositivo vantato dal detenuto nei confronti dell’autorità amministrativa ed essere pertanto censurabile in sede giurisdizionale. Se nel concetto di “esercizio dei diritti”, di cui all’art. 69, co. 6 lett. b) O.P. non possono farsi rientrare le aspettative di mero fatto ovvero le violazioni meramente formali della normativa che non abbiano arrecato alcun pregiudizio all’interessato, non altrettanto pare possa dirsi per gli interessi legittimi, specie sulla base di quanto affermato dalle Sezioni unite, 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 2961, le quali hanno evidenziato come alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela anche di tali posizioni soggettive. Cfr., sul punto, M. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 2010, 770. In tal senso, la già citata sentenza n. 135/2013, in cui la Consulta, dichiarando che non spettava al Ministro della Giustizia disporre, su conforme proposta del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, che non fosse data esecuzione al provvedimento del magistrato di sorveglianza con il quale era stato ritenuto lesivo di un diritto del soggetto *in vinculis* l’oscuramento delle emissioni di Rai Sport e di Rai Storia – ha affermato quanto segue: “L’estensione e la portata dei diritti dei detenuti può [...] subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisitebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l’art. 27, co. 3 Cost.”. Cfr., altresì, A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di*

che consenta al detenuto di poter adire la magistratura di sorveglianza per impugnare il contenuto prescrittivo del regime a lui assegnato, laddove tali prescrizioni, non solo siano in contrasto con i diritti fondamentali e, quindi, lesive in concreto di diritti soggettivi, ma anche laddove tali misure esulino dal campo di applicazione del regime, finendo per essere solo previsioni punitive, estranee alla *ratio* preventiva<sup>63</sup>.

---

*sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), secondo cui la Consulta «accoglie l'idea che la mancanza di congruità rispetto all'obiettivo di prevenzione trasforma automaticamente la restrizione imposta al detenuto (nel caso in esame, l'oscuramento di canali televisivi "innocui") in una compressione illegittima dell'esercizio di un suo diritto: così facendo, la Corte sostanzialmente reintroduce il sindacato del giudice sulla congruità del contenuto del provvedimento ex art. 41-bis, per lo meno nello spazio lasciato "scoperto" dalla tipizzazione legislativa»; G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, cit., 251; C. FIORIO, *Il carcere "duro" tra giurisdizione ed amministrazione tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2271, il quale sostiene che «almeno sino a quando la norma penitenziaria conterà deleghe "in bianco" a favore del ministro della giustizia, la giurisdizione di sorveglianza, quale giudice dei diritti del detenuto, sarà chiamata a verificare il rispetto di tali limiti da parte dell'esecutivo. Interpretazioni di segno diverso saranno inevitabilmente, ricondotte a Costituzione».

<sup>63</sup> Come noto, il tema della tutela giurisdizionale avverso il provvedimento di applicazione o proroga del regime detentivo speciale è assai controverso e dibattuto. Il riconoscimento di forme di difesa a fronte degli atti ministeriali in materia di 41-bis O.P. vede il suo sviluppo lungo cinque tappe fondamentali: 1. la prima fase corrisponde con l'originaria formulazione del testo del 1992, il quale nulla diceva in merito, essendo evidente lo scopo di esautorare la magistratura di sorveglianza dal settore della differenziazione dei detenuti appartenenti all'area della criminalità organizzata; 2. la seconda fase vede protagonista la Corte costituzionale, la quale, colmando il predetto vuoto normativo, ha riconosciuto - mediante sentenza interpretativa di rigetto - la sindacabilità dei decreti ministeriali di cui al co. 2 dell'art. 41-bis O.P. da parte del giudice ordinario, il quale, in sede di reclamo, avrebbe esercitato il medesimo controllo giurisdizionale che l'ordinamento gli riconosce in relazione all'operato dell'amministrazione penitenziaria. In particolar modo, la Corte costituzionale, con sentenza del 23 novembre 1993, n. 410, ha affermato che «in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-bis deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario», individuando così nel tribunale di sorveglianza (e, quindi, nel giudice ordinario) l'organo competente a decidere; 3. con il passaggio alla terza fase si assiste al primo riconoscimento del controllo giurisdizionale sul regime applicativo dell'art. 41-bis O.P., con l'introduzione, ad opera della legge 7 gennaio 1998, n. 11, del co. 2-bis, a mente del quale è competente a decidere, sui reclami avverso i provvedimenti ministeriali, il tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto cui il condannato, l'internato o l'imputato viene assegnato; 4. la quarta fase coincide con la riforma del 2002, n. 279, per cui il legislatore recependo l'orientamento della Corte costituzionale, ha previsto un autonomo sistema di impugnazione avverso il decreto di applicazione o di proroga del "carcere duro", modellato sul procedimento di sorveglianza di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.: il tribunale di sorveglianza aveva il potere di verificare tanto la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento quanto la congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza pubblica cui il 41-bis ottempera; avverso l'ordinanza del giudice era attribuita, infine, al procuratore generale presso la corte d'appello, al detenuto, all'internato o al difensore la possibilità di proporre ricorso per Cassazione, per violazione di legge. Con la riforma del 2009 (la quinta fase), mediante la modifica dell'art. 41-bis, co. 2-quinquies O.P., si delega al tribunale di sorveglianza di Roma la competenza a decidere sul reclamo avverso il

#### 4. La posizione della Corte di cassazione alle sollecitazioni sovranazionali.

Dalla lettura delle motivazioni della sentenza qui in esame, emerge la fermezza della Suprema Corte nell'asserire la compatibilità del regime rispetto agli standard costituzionali, respingendo *in toto* le sollecitazioni sovranazionali, espresse dal Consiglio d'Europa e dal Comitato europeo contro la prevenzione della tortura e trattamenti inumani degradanti, che, di recente, hanno espresso, al contrario, forti criticità rispetto alla conformità del regime detentivo speciale agli *standard* convenzionali<sup>64</sup>: tuttavia, la posizione della Cassazione si colloca in linea con precedenti orientamenti giurisprudenziali, dato che sia la Corte costituzionale, sul piano interno, sia la Corte di Strasburgo, a livello sovranazionale, formalmente, di fatto, tendono a salvaguardare la legittimità costituzionale e la conformità convenzionale.

In relazione al regime del 41-*bis* O.P., sia la giurisprudenza costituzionale sia quella europea si sono mostrate, infatti, apparentemente prudenti, astenendosi dal prendere una decisione definitiva in merito alla legittimità del regime ed evitando di dichiarare non conforme agli *standard* di tutela dei diritti umani la previsione di restrizioni così limitative della libertà personale. Nonostante,

---

provvedimento di applicazione o di proroga, con ciò derogando vistosamente al criterio del *locus custodiae*, consacrato ai sensi dell'art. 677, co. 1 c.p.p. Tale ultima soluzione, la cui approvazione era stata, peraltro, fortemente osteggiata da parte della minoranza in sede di dibattito parlamentare, ha incontrato forti critiche da parte della dottrina, suscitando dubbi di legittimità costituzionale. Allo stato dell'arte, quindi, avverso il provvedimento applicativo o di proroga del regime di cui all'art. 41-*bis* O.P. è ammesso unicamente il reclamo innanzi il tribunale di sorveglianza di Roma, il quale – alla luce della modifica della novella del 2009 – è titolare di un sindacato giurisdizionale assolutamente limitato, atteso che il giudice può vagliare la sola “sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento”, con ciò recidendo il controllo sulla congruità delle misure disposte, nonché precludendo, di conseguenza, provvedimenti di annullamento ad opera del giudice stesso. Va da sé, che tale disciplina, così come riformata, abbia suscitato dubbi di legittimità costituzionali: sollevata, quindi, questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 13, co. 2, 24, co. 1 e 113, co. 1 e 2 Cost., la Corte costituzionale ha osservato come l'eliminazione del riferimento testuale del controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini è stata determinata dalla “forte riduzione della discrezionalità ministeriale” e dall’“introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge”. Nonostante, quindi, sia venuto meno il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, non sussisterebbe alcuna violazione dei diritti fondamentali, dato che l'ordinamento prevede “la perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. penit. per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti”. Così cfr. Corte cost., n. 190 del 2010, in *www.giurecost.org*. Cfr., sul punto, in dottrina, F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 215.

<sup>64</sup> Vedasi anche le Osservazioni conclusive del CPT del 18 dicembre 2017. In tale documento il Comitato ha, tra l'altro, chiesto all'Italia di rivedere il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* O.P. per allinearlo agli *standard* internazionali di protezione dei diritti umani (§§34-35). Per un commento, cfr. F. CANCELLARO, *Pubbligate le osservazioni del comitato Onu contro la tortura sulla situazione italiana*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

quindi, si registri una certa cautela in ordine al regime speciale di detenzione, un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime viene fornita proprio dalla Corte costituzionale, con una serie di pronunce fondamentali, che ben colgono la complessità della questione: la sospensione dei diritti soggettivi del detenuto, in ragione di istanze securitarie, deve avvenire nel rispetto della dignità umana dello stesso e sulla base di un scrupoloso e attento giudizio di "congruità" (*i.e.*: proporzionalità)<sup>65</sup>.

Il rispetto dei diritti fondamentali della persona deve, quindi, uniformare la prassi applicativa ed orientare il sindacato giurisdizionale, atteso che, in vigore del regime del 41-bis, "*non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale*"<sup>66</sup>. Anche con sent. n. 143 del 2013, la Consulta ha ribadito l'assunto per cui "*non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango*", dato che "*l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti non può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost.*"<sup>67</sup>.

Ad una lettura complessiva della giurisprudenza europea emergono, inoltre, alcuni punti fermi. Se, infatti, con il *leading case Labita c. Italia*, la Corte di Strasburgo conferma l'astratta compatibilità del regime di detenzione speciale rispetto all'art. 3 Cedu, dato che tale regime risulta legittimo, qualora si dimostri necessario per garantire l'ordine all'interno dell'istituto penitenziario o la

<sup>65</sup> Tra cui, senza dubbio, sent. n. 190 del 2010, l'ord. n. 56 del 2011 e, le sentenze meno recenti, nn. 349 del 1993, 410 del 1993, 351 del 1996 e 376 del 199745.

<sup>66</sup> Cfr. Corte cost., n. 135 del 2013, con nota di A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, cit.

<sup>67</sup> Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, con nota di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

sicurezza pubblica esterna, si richiede, in ogni caso, il rispetto della dignità del detenuto e della sua salute psico-fisica<sup>68</sup>.

Un altro punto fermo concerne il tipo di valutazione che deve essere effettuata dalla Corte: l'accertamento della compatibilità del regime viene, infatti, effettuata in relazione al singolo caso concreto e sulla base delle caratteristiche fisiche e psichiche del detenuto, alla tipologia e alla durata delle restrizioni imposte, alla loro funzionalità rispetto agli obiettivi di prevenzione, alle conseguenze che esso produce sulla persona che vi è sottoposta, *etc.*<sup>69</sup>.

Con riguardo, inoltre, all'esame della disciplina trattamentale, la Corte Edu si è soffermata sulle previsioni che presentano degli automatismi applicativi, il *leading case* è dato dalla recente sentenza pilota pronunciata nei confronti della Bulgaria (nel caso *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, dell'8 luglio 2014), con cui la Corte ha ordinato di rimuovere l'automatismo applicativo del regime di detenzione speciale per i condannati all'ergastolo e di limitare l'utilizzazione del regime ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata<sup>70</sup>.

Con riferimento poi alla contrarietà di singole prescrizioni rispetto agli *standard* di tutela dell'art. 3 Cedu, vengono in evidenza una serie di casi di detenuti sottoposti a regimi detentivi speciali per un lungo periodo di tempo in uno stato di totale inattività, esclusi dalla partecipazione a qualsiasi attività di

---

<sup>68</sup> Nonostante, in astratto, il regime speciale di detenzione sia stato giudicato, più volte, compatibile con il parametro di cui all'art. 3 Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, invero, come lo stesso sia suscettibile di una valutazione contraria in ragione della sua applicazione concreta al singolo caso. Cfr., da ultima, in tal senso, Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolillo c. Italia*, ric. n. 37648/02. Per un commento, cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.

<sup>69</sup> Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 320. Si ritiene violato l'art. 3 Cedu, inoltre, in tutti i casi di isolamento sociale e sensoriale "relativo", in cui, pure in presenza di condizioni detentive considerate soddisfacenti, il rigore del regime detentivo non risponda a reali esigenze di prevenzione oppure sia stato applicato secondo un meccanismo automatico, in assenza, cioè di un accertamento in concreto della pericolosità del detenuto.

<sup>70</sup> Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 320-321. Dello stesso tenore, risultano numerose pronunce emesse nei confronti della Polonia, in relazione al regime di detenzione applicato agli autori di reati di criminalità organizzata. Il regime di detenzione speciale previsto dalla legislazione polacca presenta, infatti, molteplici affinità con la disciplina del 41-*bis* O.P.: medesimo scopo perseguito - rottura dei legami tra i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza -, per il contenuto che lo contraddistingue, come, ad es., collocazione in cella singola, assenza di contatti con altri reclusi, limitati contatti con i familiari, controllo della corrispondenza, *etc.*). Anche in questo caso, il motivo principale di contrarietà all'art. 3 Cedu risiede nell'automaticità dei provvedimenti di proroga emessi dall'Amministrazione penitenziaria, in assenza di un effettivo accertamento della pericolosità dei detenuti. Cfr. Corte Edu, *Piechowic c. Polonia*, 17 aprile 2012.



tipo fisico o trattamentale<sup>71</sup>: in altri termini, le prescrizioni che con rispondono a una *ratio* di proporzione rispetto allo scopo perseguito (prevenzione e sicurezza pubblica), vengono considerate “inutili” e “gratuite”, nella misura in cui risultano, di fatto, puramente afflittive e punitive (come, ad es., le perquisizioni corporali mediante denudamento o divieti superfluo, come il divieto di detenere fotografie, orologi o bustine di tè)<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 30 giugno 2015, *Khoroschenko c. Russia*; Corte Edu, Glowacki c. Polonia, 30 ottobre 2013; Corte Edu, *Horych c. Polonia*, 17 aprile 2012; Corte Edu, *Ramirez Sanchez c. Francia*, 4 luglio 2006. Per un'analisi sistematica di tali pronunce, cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 323.

<sup>72</sup> Per un commento, cfr. F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, 74 ss.; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; A. MARCHESELLI, *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, 2008, in [www.europarights.eu](http://www.europarights.eu). Nello specifico, con riguardo alle perquisizioni personali dei detenuti, la Corte ha affermato che tale tipologia di misura non può essere considerata, di per sé, illegittima, atteso che “le perquisizioni corporali, anche integrali, possono talvolta risultare necessarie per garantire la sicurezza in una prigione – inclusa quella dello stesso detenuto – o per difendere l'ordine o prevenire i reati. È pur vero che le perquisizioni corporali, oltre a dover risultare necessarie per conseguire uno dei citati scopi, devono essere condotte con modalità adeguate, in modo che il grado di sofferenza o di umiliazione subito dai detenuti non superi quello che inevitabilmente comporta tale forma di legittimo trattamento. Diversamente, esse violerebbero l'articolo 3 della Convenzione” (cfr. Corte Edu, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02.). Sul tema della video-sorveglianza, i giudici di Strasburgo si sono pronunciati in diverse occasioni, asserendo che, pur non essendoci un esplicito riferimento nella Convenzione alla tutela della *privacy*, sarebbe possibile individuare una forma di tutela nell'art. 8 Cedu, in quanto “la tutela garantita dall'articolo 8 al rispetto della vita privata e familiare, subirebbe un indebolimento inaccettabile se l'utilizzo delle moderne tecniche scientifiche fosse autorizzato senza alcuna limitazione” (cfr. Corte Edu, GC, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04). Limitazioni della *privacy*, quindi, possono essere giustificate solamente laddove siano strettamente necessarie per il mantenimento dell'incolumità fisica del singolo, nonché della sicurezza dell'ambiente carcerario e dei rapporti tra i detenuti, ed applicate nel modo meno invasivo possibile, nel rispetto della dignità umana e della sfera personale del detenuto. Con riferimento, inoltre, alle censure della Corte Edu circa il diritto all'invulnerabilità della corrispondenza, si evidenzia come queste ultime abbiano riguardato il regime penitenziario ordinario nel suo complesso e, nello specifico, la disciplina di cui all'art. 18 O.P. e, non solo, quello speciale dell'art. 41-bis O.P.: a più riprese, infatti, la Corte ha condannato l'Italia in ragione dell'inadeguatezza del trattamento penitenziario rispetto alle garanzie del rispetto della vita privata e familiare sancite dall'art. 8 Cedu. Le prime pronunce di condanna si sono registrate a partire dalle sentenze *Calogero Diana e Dominichini* del 15 novembre 1996, a cui sono seguite numerose altre condanne, sino all'intervento – oramai necessitato – da parte del legislatore, con la legge del 8 aprile 2004, n. 95, che, come è noto, ha comportato una parziale riscrittura dell'art. 18 O.P. (cfr. Corte Edu, *Diana c. Italia*, 15 novembre 1996; *Domenichini c. Italia*, 15 novembre 1996; *Messina (2) c. Italia*, 28 settembre 2000; *Rinzivillo c. Italia*, 21 dicembre 2000; *Natoli c. Italia*, 9 gennaio 2001; *Di Giovine c. Italia*, 20 luglio 2001; *Madonia c. Italia*, 6 luglio 2004). Con riguardo alle limitazioni dei colloqui, la Corte ha, invece, ritenuto come le restrizioni del diritto di visita da parte dei familiari, inserendosi all'interno di misure dirette al contrasto della criminalità organizzata, siano conformi a quanto sancito dall'art. 8, § 2 Cedu, overosia alle esigenze di difesa e sicurezza dell'ordine pubblico: ipotesi esemplificativa di tale orientamento è data dal caso *Messina c. Italia*, in cui la Corte Edu ha affermato che l'ingerenza nella vita familiare e privata del detenuto non violasse la Convenzione, essendo tale limitazione proporzionata allo scopo legittimo per-

È evidente, quindi, che entrambe le Supreme Corti, conservando pur sempre un atteggiamento prudente ed esprimendosi con la massima neutralità e cautela, entrino in sostanza nel merito della legittimità/compatibilità dello stesso 41-*bis* O.P.: si salvaguarda, infatti, la scelta del legislatore di configurare strumenti normativi fortemente restrittivi della libertà personale e dei diritti fondamentali, in ragione di istanze securitarie primarie costituzionalmente garantite e convenzionalmente previste, sulla cui ammissibilità e legittimità le Corti si esprimono positivamente, laddove si ritiene legittimo che in uno Stato di diritto si apprestino delle misure che siano in grado di incidere (non tanto sull'incentivazione alla collaborazione con la giustizia, obiettivo che se riconnesso alla sospensione dei diritti soggettivi presenta serie e fondate criticità<sup>73</sup>) sull'interruzione (e non sulla neutralizzazione<sup>74</sup>) dei collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza. Dubbia è invece la previsione contenutistica della disciplina normativa del regime speciale, che, ad una sua lettura complessiva, non sempre risponde pienamente alle esigenze di prevenzione speciale: anche se con riguardo alla situazione italiana, la Corte europea non si sia ancora espressamente pronunciata, chiare sono le sue indicazioni. A livello di contenuto, la sospensione dei diritti soggettivi della persona reclusa deve essere attentamente connessa al caso concreto e sottoposta ad un'attenta analisi critica in termini di necessità e di proporzione (o congruità, usando l'espressione della Corte costituzionale). Sullo sfondo, inoltre, deve

---

seguito dall'art. 41-*bis* O.P., consistente nel "recidere i legami esistenti tra la persona interessata ed il suo ambiente criminale di origine, al fine di ridurre al minimo rischio di utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di appartenenza" (cfr. Corte Edu, *Riina c. Italia*, 19 marzo 2013; *Messina c. Italia*, 28 settembre 2000; *Salvatore c. Italia*, 7 maggio 2002; *Bastone c. Italia*, 11 luglio 2006; *Schiavone c. Italia*, 13 novembre 2007). Merita segnalare, infine anche quel filone giurisprudenziale che si è occupato della questione, più strettamente processuale, del mancato rispetto del termine legale per decidere da parte del tribunale di sorveglianza, sul reclamo del detenuto, avverso il provvedimento ministeriale che dispone ovvero proroga il regime dell'art. 41-*bis* e della sua compatibilità rispetto all'art. 13 Cedu. Sotto tale profilo, i *leading case* sono rappresentati dalle pronunce *Messina c. Italia* e *Ganci c. Italia* (cfr. Corte Edu, *Gallico c. Italia*, 28 giugno 2005; Corte Edu, *Argenti c. Italia*, 10 novembre 2005; *Viola c. Italia*, 29 gennaio 2006).

<sup>73</sup> Sul punto, in termini critici, G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, p. 8 ss.; A. PRESUTTI, *"Alternative" al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, 1994, 62 ss.

<sup>74</sup> Laddove la neutralizzazione - come opportunamente ha evidenziato anche di recente la dottrina - comporterebbe una compromissione dei diritti della persona oltremodo eccessiva ed insostenibile. Sul punto, cfr. D. PULTANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, 360. Così di recente A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 402.

essere sempre mantenuto fermo il rispetto per la dignità della persona umana: non vi potrà mai essere infatti una pena umana se non in quadro di assoluto rispetto e garanzia della dignità del detenuto<sup>75</sup>.

**5. Umanità della pena e proporzione sono i principi costituzionali da seguire per un regime conforme alla dignità della persona.**

Tenendo fermo il paragone con l'ordinamento tedesco, risulta pertinente un caso affrontato dalla Corte costituzionale federale tedesca, il 10 gennaio 2008, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale di una parte del regolamento carcerario che prevedeva la cessazione dell'erogazione dell'elettricità notturna, nonché il divieto assoluto di ascoltare musica, tramite apparecchi radio, da parte dei detenuti<sup>76</sup>. Il fine primario tutelato con tale disposizione viene individuato dall'Amministrazione penitenziaria in esigenze di ordine pubblico, cosicché, in ragione della necessità di predisporre un'uniformità organizzativa, il sistema di accensione è centralizzato e predisposto su ogni piano<sup>77</sup>. Di particolare interesse sono le motivazioni della Corte costituzionale, con cui ha annullato la pronuncia del giudice di primo grado che aveva respinto la richiesta del detenuto di poter usufruire della luce durante le ore notturne, per leggere e scrivere: in primo luogo, la Corte ritiene che un semplice regolamento di natura amministrativa non possa mai, nemmeno in materia penitenziaria, disporre misure che incidono sulla libertà personale e sui diritti fondamentali del cittadino; in secondo luogo, asserisce che tali limitazione devono essere sempre soggette ad un rigoroso vaglio di proporzionalità, il cui giudizio può essere espresso con la seguente relazione: *“tanto meno è emergente il pericolo per l'ordine pubblico tanto più acquista peso la libertà di azione dei detenuti e tanto più attento non può che essere il giudice alla limitazione dei diritti fondamentali”*<sup>78</sup>.

Anche in tale prospettiva, il principio di proporzionalità svolge un ruolo dirimente nel giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> La centralità della dignità umana viene evidenziata nella prospettiva offerta da R. ALEXY, in *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 130-131: la dignità umana, in sede di ponderazione tra i diritti fondamentali della persona ed altri interessi di rango costituzionale, un “punto di riferimento e di orientamento”, dato che, stante la sua intangibilità, il rispetto della persona umana è limite invalicabile anche quando un interesse pubblico presenti un grado di intensità tale da prevalere sull'interesse dell'individuo alla piena tutela di taluno dei suoi diritti fondamentali.

<sup>76</sup> Cfr. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

<sup>77</sup> Cfr. BverfG, 10 gennaio 2008, 2 BvR 1229/07.

<sup>78</sup> Per la traduzione italiana di tale passaggio argomentativo, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 263.

<sup>79</sup> Con specifico riferimento al diritto penitenziario, il principio di proporzionalità opererebbe non all'interno di “un sistema che nega ogni diritto al detenuto salvo quelle facoltà di volta in volta espres-

In particolar modo, si ritiene che una corretta esegesi del principio di proporzionalità possa condurre ad una rimeditazione del regime detentivo speciale di cui al 41-*bis* O.P., su più livelli, da quello legislativo, nella misura in cui la scelta – seppur discrezionale – di slegare il procedimento applicativo dalla giurisdizione penale contrasta inevitabilmente con i principi fondamentali posti a tutela dell'individuo, dato che la previsione della possibilità di impugnare un provvedimento applicativo *ex post*, a contraddittorio “differito”, non può risultare a pieno soddisfacente rispetto alle ricadute così incisive sulla libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, tenuto conto anche delle costanti sollecitazioni della dottrina che – allo stato dei fatti – tende ad equiparare tale regime ad una sanzione penale. Allo stato dell'arte, quindi, non è pensabile che una sanzione penale – sia essa identificabile come pena accessoria, o come misura di sicurezza “sui generis” – possa essere comminata da un'autorità amministrativa.

Tale principio – faro nel buio del c.d. doppio binario del diritto penitenziario – dovrebbe guidare poi anche l'azione dell'Amministrazione penitenziaria, la quale rimane pur sempre vincolata nel suo agire ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale e agli *standard* di tutela di origine convenzionale: laddove, infatti, non vi siano limiti legali all'esercizio dei poteri autoritativi dell'Amministrazione penitenziaria, che, quindi, gode della massima discrezionalità – quanto meno in punto di *quomodo* – non sussistono preclusioni, né motivi ostativi che l'Amministrazione penitenziaria possa avanzare per non uniformare la propria prassi ad un trattamento conforme alla dignità umana e al rispetto delle esigenze soggettive del detenuto, anche se pericoloso (*i.e.*: umanità di trattamento e principio di proporzionalità in senso stretto).

Nella misura in cui, invece, l'Amministrazione penitenziaria sia limitata dalla legge (sull'*an* o anche sul *quomodo*), essendo vincolata al raggiungimento del fine pubblico predeterminato, non dovrebbe dar luogo, nei strettissimi margini lasciati dal legislatore, ad interpretazioni – pur sempre di natura amministrativa, aventi valore di circolare – ulteriormente restrittive rispetto al dato normativo, consentendo, anzi, la possibilità alle singole direzioni penitenziarie, di poter intervenire in senso parzialmente difforme laddove le circostanze del caso concreto lo richiedano (soprattutto, a fronte di una possibile lesione di un diritto soggettivo, come il diritto alla salute).

---

samente concesse”, ma all'interno di un sistema che riconosce ai detenuti “l'intero patrimonio dei diritti fondamentali, ad esclusione di quelli la cui soppressione o limitazione è essenziale all'esecuzione della pena” Cfr., sul punto, L. STORTONI, “Libertà” e “diritti” del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in F. Bricola (a cura di), *Il carcere “riformato”*, Bologna, 1977, 33.

Sulla base, quindi, delle osservazioni critiche della dottrina, delle continue raccomandazioni sovranazionali e delle pronunce più attente della magistratura di sorveglianza, risulta quanto mai opportuno un ripensamento del c.d. doppio binario penitenziario, che ad oggi rappresenta la parte più “oscura” del diritto penitenziario, non ancora pienamente raggiunta dalle istanze sociali di riforma (a differenza del regime penitenziario “ordinario”). Se, da una parte, si ritiene corretto il *modus argumentandi* della Suprema Corte, nella misura in cui, questioni così delicate e complesse non potrebbero trovare comunque una compiuta soluzione sulla base di una sola pronuncia di illegittimità costituzionale, che rischierebbe di riconoscere forme di tutela da un lato, ma di provocare, dall’altro, un vuoto normativo non indifferente rispetto ad una disciplina così importante per la vita politica dello Stato, all’interno delle logiche di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Dall’altra, si osserva, in termini critici, come la Cassazione ometta di considerare che l’attuale formulazione normativa del 41-*bis* O.P. presenti delle innegabili criticità applicative, “arroccandosi” dietro posizioni formali che impediscono una più ampia riflessione sulla conformità del regime detentivo speciale rispetto ai principi costituzionali.

In prospettiva *de iure condendo*, si auspica, quindi, che il legislatore intervenga nella ridefinizione della disciplina del 41-*bis* O.P., che dovrebbe essere ripensata in funzione del principio di proporzionalità, a partire dalla sua stessa formulazione normativa, con la previsione della piena giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo di tale regime<sup>80</sup>. Il ricorso al principio di proporzionalità, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito: idoneità, necessità, principio di proporzionalità in senso stretto) dovrebbe, inoltre, servire come principio guida per una riscrittura del contenuto prescrittivo del regime, agevolando l’individuazione delle regole di portata repressiva ed afflittiva, di cui, pertanto, si auspica un’abrogazione (il divieto assoluto di cottura dei cibi, previsione di due ore sole come limite massimo di permanenza all’aria aperta), e un ripensamento, anche in relazione alla distribuzione dei poteri d’azione, amministrativo e giurisdizionale, delle restrizioni che appaiono idonee (rispetto al fine primario perseguito con il 41-*bis* O.P.) e strettamente necessarie (in vista della realizzazione del fine stesso), con una riponderazione del punto di equilibrio tra le istanze securitarie e i diritti fondamentali della persona detenuta<sup>81</sup>. Fondamentale risulta, inoltre, un ripen-

<sup>80</sup> Sul punto, di recente, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 419-444; in tal senso, anche i lavori conclusivi degli *Stati generali dell’esecuzione penale, Tavolo 2 - Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*.

<sup>81</sup> Il modello trattamentale ideale, pertanto, dovrebbe salvaguardare, in ogni caso, un nucleo di diritti,

samento dello schema astratto di restrizioni e di divieti che dovrebbero, in ogni caso, essere predeterminate per legge, in modo tassativo sia nell'*an* sia nel *quomodo*, limitando l'agire dell'Amministrazione penitenziaria rispetto ad interpretazioni *in peius* del dato normativo ed indicando un limite massimo di compressione dei diritti soggettivi<sup>82</sup>.

VERONICA MANCA

---

che risultano indefettibili anche in regime di 41-*bis* O.P. (in parallelo al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater*, co. 4, O.P.), o quanto meno parzialmente attenuabili, solo se strettamente necessario in relazione alla pericolosità sociale del singolo detenuto e solo se tale compressione risulta uno strumento idoneo al raggiungimento dello scopo ultimo (recessione dai legami criminali).

<sup>82</sup> Conclusioni più estese in V. 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*, cit., 27-29.