

LUISS



Cattedra di  
DIRITTO COSTITUZIONALE

**I limiti ed i principi costituzionali che  
regolano l'esecuzione della pena.**

*Analisi dell'art. 41-bis della legge sull'ordinamento  
penitenziario da una prospettiva costituzionale.*

Chiar.mo Prof. Giovanni Piccirilli

Chiar.mo Prof. Mario Esposito

---

RELATORE

---

CORRELATORE

Lorenzo Germani

153573

---

**Anno Accademico 2023/2024**



*A zia Iaia*

# **I limiti ed i principi costituzionali che regolano l'esecuzione della pena.**

*Analisi dell'art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario da una prospettiva costituzionale.*

# Indice

## Capitolo I

<b>Introduzione</b>	<b>pag. 9</b>
<b>1. Il regime di esecuzione della pena in Italia nel periodo Statutario</b>	<b>pag. 11</b>
1.1 Considerazioni introduttive	pag. 11
1.2 Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, c.d. Regolamento Rocco	pag. 15
<b>2. I principi costituzionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena</b>	<b>pag. 19</b>
2.1 Il periodo costituzionale transitorio	pag. 19
2.2 Il disposto del comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione. Analisi dei lavori preparatori	pag. 22
2.3 L'originaria concezione polifunzionale della finalità pena	pag. 25
2.4 L'affermazione del principio rieducativo	pag. 33
2.5 Il principio di umanità delle pene	pag. 42
2.6 Gli altri principi di diritto costituzionale penale	pag. 44
<b>3. I principi internazionali che limitano e l'esecuzione della pena</b>	<b>pag. 48</b>
3.1 L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali	pag. 48
3.2 Gli altri principi della Convenzione in tema di esecuzione della pena	pag. 53
3.3 Gli altri principi sovranazionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena	pag. 56

## Capitolo II

<b>1. Introduzione storica. La genesi dell'articolo 41-bis della l. 354/1975</b>	<b>pag. 60</b>
1.1 Cenni storici sull'emergenza derivante dallo stragismo mafioso degli anni '90	pag. 60

1.2 L'articolo 90 della legge sull'ordinamento penitenziario come diretto antecedente dell'articolo 41-bis	pag. 61
1.3 L'articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, analisi da un punto di vista costituzionale. Analisi del primo comma	pag. 66
1.4 Analisi dei commi da 2 a 2-septies	pag. 69
1.5 I principali interventi legislativi di modifica al regime disposto dall' articolo 41-bis	pag. 76
<b>2. Il meccanismo di applicazione ed il funzionamento della procedura ex art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario</b>	<b>pag. 84</b>
2.1 I destinatari del provvedimento. Ambito di operatività	pag. 84
2.2 Il decreto ministeriale. Il contenuto della disciplina: applicazione e proroga	pag. 87
2.3 Il reclamo. Il sindacato giurisdizionale	pag. 89

## **Capitolo III**

<b>1.1 Le principali pronunce della giurisprudenza interna sul regime ex articolo 41-bis</b>	<b>pag. 94</b>
1.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario	pag. 94
1.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario	pag. 109
<b>2. Analisi della giurisprudenza sovranazionale sul regime differenziato</b>	<b>pag. 122</b>
2.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte europea dei diritti dell'uomo (2000-2003) sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario	pag. 122
2.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario	pag. 135
2.3 Analisi della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Viola c. Italia del 13 giugno 2019	pag. 142

## **Capitolo IV**

<b>1. Le prospettive di riforma più recenti ed il dibattito circa la concreta utilità del regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario</b>	<b>pag. 149</b>
1.1 Rilievi introduttivi	pag. 149
1.2 Il 41-bis e la sua aderenza al disposto costituzionale: un dibattito ancora vivo ed attuale	pag. 150
<b>2. Analisi del caso di Alfredo Cospito da un punto di vista costituzionale</b>	<b>pag. 159</b>
2.1 Cenni sulle principali vicende giudiziarie che hanno coinvolto Alfredo Cospito	pag. 159
2.2 L'applicazione del regime di rigore ad Alfredo Cospito, analisi della vicenda giudiziaria	pag. 162
<b>Conclusioni</b>	<b>pag. 168</b>
 <b>Bibliografia</b>	 <b>pag. 169</b>

# Capitolo I

**Introduzione- 1. Il regime di esecuzione della pena in Italia nel periodo Statutario:** 1.1 *Considerazioni introduttive-* 1.2 *Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, c.d. Regolamento Rocco-* **2. I principi costituzionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena:** 2.1 *Il periodo costituzionale transitorio-* 2.2 *Il disposto del comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione. Analisi dei lavori preparatori-* 2.3 *L'originaria concezione polifunzionale della finalità pena-* 2.4 *L'affermazione del principio rieducativo-* 2.5 *Il principio di umanità delle pene-* 2.6 *Gli altri principi di diritto costituzionale penale-* **3. I principi internazionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena:** 3.1 *L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali-* 3.2 *gli altri principi della Convenzione in tema di esecuzione della pena-* 3.3 *Gli altri principi sovranazionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena.*

## Introduzione.

L'obiettivo di questo elaborato è quello di analizzare le garanzie di rango costituzionale che regolano e limitano l'esecuzione della pena, questa analisi sarà funzionale poi per effettuare un confronto con la disciplina, invece, prevista dal disposto dell' articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario<sup>1</sup>, ovvero il regime di esecuzione della pena più duro previsto dal nostro ordinamento.

Prima di iniziare l'analisi della disciplina normativa, è sicuramente interessante guardare qualche dato statistico per spostare il discorso da un piano teorico ad uno sicuramente più pratico. Le persone detenute soggette al regime di cui all' articolo 41 bis della legge sull'ordinamento penitenziario sono 740 di cui 12 donne, distribuiti in 60 reparti in 12 istituti. Le fasce di età vanno da meno di 30 anni (1 detenuto) a più di 70 (87 detenuti). La fascia di età più popolosa è quella che va dai 60 ai 69 anni (234 detenuti). I dati sono aggiornati al 27 febbraio 2023<sup>2</sup>. Si parla quindi di un numero di detenuti che appare, proporzionalmente, rilevante.

In conclusione, si ritiene fondamentale sottolineare l'attualità e la rilevanza del tema trattato, evidenziata da vicende giuridiche di notevole interesse. Il caso di Alfredo Cospito<sup>3</sup> ha offerto un'importante occasione per riaprire il dibattito sul regime di cui all'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, evidenziandone le implicazioni sotto il profilo dei diritti fondamentali e delle garanzie costituzionali. Tale discussione è stata ulteriormente intensificata dall'arresto e dalla successiva detenzione presso la casa circondariale dell'Aquila di Matteo Messina Denaro<sup>4</sup>, figura di spicco della criminalità

---

<sup>1</sup> legge 26 luglio 1975 numero 354.

<sup>2</sup> I dati provengono dal Rapporto tematico del 2023 sul regime detentivo speciale ex articolo 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

<sup>3</sup> Alfredo Cospito (Pescara, 14 luglio 1967), è un anarchico italiano conosciuto per la sua attività eversiva e per il dibattito giuridico suscitato dalle sue vicende giudiziarie. Tra le sue azioni più famose, vi sono: l'attentato esplosivo presso la scuola Allievi dei Carabinieri a Fossano nel 2006, che non ha provocato vittime, ed, inoltre, il ferimento tramite la c.d. "gambizzazione" del dirigente industriale della Ansaldo Nucleare Roberto Adinolfi, commesso a Genova in concorso con Nicola Gai nel 2012. Le sue condanne hanno generato riflessioni sull'inquadramento giuridico dei reati di matrice anarchica e sulle implicazioni per il sistema penale italiano. Dal 2022 è sottoposto al regime del 41-*bis*. La sua protesta contro questa condizione, espressa attraverso uno sciopero della fame durato sei mesi, ha sollevato un intenso dibattito su diritti e garanzie costituzionali dei detenuti sottoposti al sopracitato regime di detenzione. Il caso di Alfredo Cospito verrà esaminato nel paragrafo 2 del Capitolo IV di questo elaborato.

<sup>4</sup>Matteo Messina Denaro (Castelvetro, 26 aprile 1962 – L'Aquila, 25 settembre 2023), è stato

organizzata. Questi eventi hanno contribuito a rinnovare la riflessione sulla funzione e sulla legittimità di tale strumento giuridico, con particolare riferimento al suo ruolo nel prevenire il mantenimento delle relazioni criminali dall'interno delle strutture detentive, e al delicato equilibrio tra esigenze di sicurezza collettiva e rispetto dei principi dello Stato di diritto.

---

un esponente apicale di *Cosa Nostra*, considerato il capo dell'organizzazione dopo gli arresti di Salvatore Riina e Bernardo Provenzano. Ricercato per oltre trent'anni, è stato protagonista della c.d. "stagione delle stragi mafiose" degli anni '90, periodo in cui l'organizzazione criminale intensificò la propria sfida allo Stato italiano.

# 1. Il regime di esecuzione della pena in Italia nel periodo Statutario.

Per comprendere appieno il significato del dettato delle norme che ci apprestiamo ad analizzare, è fondamentale considerare il contesto storico e normativo che ha preceduto l'emanazione della Costituzione.

Come è stato ricostruito in dottrina<sup>5</sup>, alla fine dell'Ottocento, l'accelerazione cieca ed acritica dello sviluppo industriale creò giganteschi ed irregolari agglomerati urbani, che si sviluppavano intorno alle principali fabbriche di ogni grande città europea, nei quali si assistette ad un rapido e vertiginoso aumento della criminalità. Questo si tradusse in un acceso dibattito che coinvolse gli intellettuali delle principali potenze industriali europee di allora. Nella materia penale, si convenne, che il metodo più efficace per far fronte a questa spiacevole situazione era quello di ricorrere ad un sistema sanzionatorio in cui la prevenzione generale aveva un ruolo di primo piano.

Per evidenti ragioni di sintesi, l'analisi storica è stata però circoscritta al periodo immediatamente precedente alla nascita della Repubblica, anche perché l'esperienza totalitaria della dittatura fascista, com'è noto, ha fortemente influenzato le scelte dell'Assemblea Costituente.

## *1.1 Considerazioni introduttive.*

Già il deputato Filippo Turati, in un discorso tenuto alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904<sup>6</sup>, riportava come la condizione delle carceri in Italia fosse precaria e distante anni luce dal rispetto, in qualsiasi forma, dei diritti dei detenuti.

Egli, infatti, iniziò il suo intervento asserendo che la metà dell'intero bilancio dell'amministrazione dell'interno di allora, circa 30 milioni delle vecchie lire, fosse assorbito interamente dall'amministrazione carceraria. Continuava osservando che, nonostante l'elevato dispendio di risorse, il tema della situazione delle carceri fosse poco

---

<sup>5</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2001, pag. 631.

<sup>6</sup> Camera dei Deputati, Portale Storico, Atti parlamentari della XXI legislatura del Regno d'Italia, venerdì 18 marzo 1904, seconda tornata, pagina 11821 e seguenti.

trattato, quasi sorvolato, ed assumeva risalto solo in determinati momenti, ovvero quando l'opinione pubblica era sconvolta da qualche caso di cronaca.

Il deputato esponeva altresì la necessità di una riforma organica e sostanziale del sistema carcerario, lamentava come le carceri italiane fossero i luoghi nei quali si poneva in essere un'atroce vendetta sociale, rendendo quindi le stesse “la maggior vergogna del nostro paese”<sup>7</sup>.

L'onorevole Turati sosteneva, inoltre, come fosse più facile rinchiudere un condannato ed eseguire la pena nei suoi confronti in maniera crudele, piuttosto che tentare di rieducare lo stesso. Le carceri, inevitabilmente, divenivano quindi “fabbriche di delinquenti o scuole di perfezionamento di malfattori”<sup>8</sup>. Il deputato definì quindi le carceri, data la loro marginalità nell'interesse dell'opinione pubblica, il loro isolamento dalla società civile, lo squallore e la fatiscenza degli edifici dove erano collocati i detenuti, come il “cimitero dei vivi”<sup>9</sup>.

Passando all'analisi della dottrina dell'epoca, è necessario notare come vi fosse una forte contrapposizione tra due Scuole. Da una parte vi erano studiosi che aderivano alla Scuola Classica, dall'altra vi erano coloro che erano afferenti alle idee della Scuola Positiva<sup>10</sup>.

La Scuola Classica, rileva Fassone<sup>11</sup>, ebbe grande rilevanza nei primi decenni dell'Unità d'Italia. Per quanto riguarda la funzione della pena, essi sostenevano, “con larga prevalenza”<sup>12</sup>, le teorie che le assegnavano un ruolo retributivo. Nota poi lo stesso Autore come, “l'idea retributiva”<sup>13</sup> della finalità della pena, emerga maggiormente nei periodi caratterizzati da orientamenti politici più autoritari. Gli esponenti della Scuola Classica, secondo quanto riportato, tra gli altri, da Fiandaca e Musco<sup>14</sup>, erano grandi fautori delle teorie retributive, in quanto erano fortemente influenzati dalla tradizione penalistica

---

<sup>7</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 11822.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2022, pagine 40 e 41.

<sup>11</sup> E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, da pagina 20 a pagina 23.

<sup>12</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 22.

<sup>13</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 23.

<sup>14</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *cit.*, pag. 631.

“illuministico-liberale”<sup>15</sup>. Costoro, infatti, credevano fortemente nell’esistenza del libero arbitrio e, di conseguenza, nella capacità di autodeterminazione di qualsiasi individuo.

La Scuola Positiva, invece, sempre secondo gli stessi Autori<sup>16</sup>, partiva da una posizione completamente opposta. I positivisti, infatti, negavano l’esistenza del libero arbitrio e, di conseguenza, la loro concezione di pena non poteva essere afferente alle teorie retributive. Per quanto riguarda la dottrina penalistica rileva, tra gli altri, Ariano<sup>17</sup> che è il reo-delinquente ad essere al centro dell’attenzione. I positivisti, infatti, come nota anche Fassone<sup>18</sup>, credono che la funzione della pena non debba essere retributiva ma, al contrario, deve essere quella di emendare il condannato, quando è considerato recuperabile, affinché quest’ultimo possa essere reinserito in società. Se ciò, in virtù del caso concreto, non risultasse possibile, in quanto il reo è giudicato non recuperabile, esso deve essere “segregato e neutralizzato”<sup>19</sup>. Secondo, di nuovo, Fassone il movimento “traspone nel diritto penale i fermenti sollevati più in generale dal positivismo”<sup>20</sup>, di conseguenza giocano un ruolo fondamentale la fiducia verso la scienza ed il progresso.

Come già scritto in precedenza, per esigenze di sintesi, l’analisi svolta in questo e nel successivo paragrafo non può riguardare l’intera storia dell’impianto normativo in tema di esecuzione della pena che fu propria del periodo Statutario. Si deve necessariamente partire, quindi, da quello che è stato l’antenato più prossimo alla normativa sull’esecuzione della pena del periodo repubblicano, ovvero il Regio decreto numero 787 del 1931, c.d. Regolamento Rocco.

Il Regolamento fu emanato nel pieno periodo fascista, in cui, come riporta tra gli altri Fassone<sup>21</sup>, al centro della vita del cittadino veniva messo lo Stato. Il controllo dello Stato sull’autonomia privata diveniva sempre più assoluto e, questa tendenza, era funzionale ad uno scopo, ovvero il regime fascista necessitava di una: “immediata ed acritica immedesimazione in esso delle masse popolari”<sup>22</sup> funzionale a legittimarsi.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> C. Ariano, *L’ordinamento penitenziario italiano, storia ed evoluzione*, Roma, 2018, pagina 21.

<sup>18</sup> E. Fassone, *cit.*, da pagina 24 a 27.

<sup>19</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 27.

<sup>20</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 24.

<sup>21</sup> E. Fassone, *cit.*, pagine da 62 a 65.

<sup>22</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 62.

Infatti, non si può non notare come un regime, sebbene autoritario e dotato di efficaci e pervasivi strumenti di controllo, necessiti del più ampio consenso popolare possibile per evitare, o comunque limitare, rischi di rivolte e sovversioni.

Uno dei compiti dello Stato era, quindi, quello di proporre una sua rosa di regole, collegate funzionalmente alla morale fascista. Come sottolinea lo stesso Autore, però, queste “regole di eticità”<sup>23</sup> non erano “mai a favore dell’uomo, bensì tutte a favore dello Stato”<sup>24</sup>. In questo contesto, è chiaro come la legiferazione in materia penale si dimostri uno degli strumenti più adeguati a rendere effettivi gli scopi di controllo e di repressione propri del regime fascista.

Ed è in questo contesto che nascono, oltre al Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931, anche i due codici Rocco del 1930, cioè il codice penale, ovvero il Regio decreto n. 1398/1930 ed il codice di procedura penale, ovvero Regio decreto n. 1399/1930. Emerge, infatti, anche dalla lettura della Relazione che precede il Regolamento, una stretta correlazione tra il Regolamento stesso e, soprattutto, il codice penale del 1930.

Quanto appena riportato può essere letto come, ulteriore, indizio della coerenza normativa in materia penale e penitenziaria che voleva perseguire il regime fascista, poiché ciò era sicuramente funzionale al contenimento del dissenso e, di conseguenza, al mantenimento del potere.

Infatti, con il Regolamento, ed in particolare con l’introduzione del sistema c.d. del “doppio binario”, il Legislatore dell’epoca tendeva a conseguire un ambizioso risultato: quello di creare un compromesso per tentare di conciliare le diversissime visioni delle due Scuole del diritto penale<sup>25</sup>.

Tale sistema era fortemente innovativo, poiché prevedeva, oltre alla classica pena inflitta in base alla colpevolezza del reo, la presenza di una misura di sicurezza che, a sua volta, si fondava sulla base di un giudizio sulla pericolosità sociale dello stesso e che

---

<sup>23</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 65.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *cit.*, pag. 632.

aveva come scopo la risocializzazione di quest'ultimo. Sono quindi separate e trattate distintamente la colpevolezza e la pericolosità sociale.

Questo sistema, però, prestava il fianco ad una serie di criticità che con il passare del tempo sono emerse sempre più in superficie. In particolare, come evidenziato in dottrina<sup>26</sup>, vi sono plurime contraddizioni che appartengono sia al piano teorico che a quello pratico.

Per quanto riguarda le prime, se si segue *in toto* la logica del regolamento, si finisce con l'accettare l'idea di un essere umano- reo che "risulta diviso in due parti"<sup>27</sup>, ovvero nel momento in cui gli viene comminata la pena egli è considerato in grado di autodeterminarsi, grazie al suo libero arbitrio e quindi il criterio utilizzato per accertare la sua responsabilità è quello della colpevolezza. Diversamente, per l'applicazione della misura di sicurezza, viene preso in considerazione la sua "tendenza deterministica a delinquere"<sup>28</sup> e, di conseguenza, il suo grado di pericolosità sociale.

Oltre alle premesse teoriche, anche a livello pratico si riscontrano delle incongruenze. La dottrina<sup>29</sup> le ravvisa in particolare, tra le altre, nella difficoltà nel delineare un confine netto tra i criteri che sono necessari per commisurare la pena e quelli che invece devono essere presi in considerazione per l'applicazione della misura di sicurezza.

## *1.2 Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, c.d. Regolamento Rocco.*

Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena fu approvato con il Regio decreto n. 787 del 1931. Il Regolamento prende il nome, come da tradizione, del guardasigilli in carica all'epoca della promulgazione, ovvero Alfredo Rocco<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ivi*, nello specifico pag. 633.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Alfredo Rocco (Napoli, 9 settembre 1875-Roma, 18 agosto 1935) dal 1925 al 1932 Ministro della Giustizia.

Il Regolamento è diviso in quattro parti, la prima parte disciplina l'esecuzione delle pene detentive e della custodia preventiva, la seconda dell'esecuzione delle misure amministrative di sicurezza detentive, la terza parte del personale e la quarta contiene norme di attuazione e transitorie. Le prime tre parti sono divise in Titoli a loro volta divisi in articoli.

Se si analizza la Relazione che accompagna il Regolamento, si nota subito un elemento fondamentale, un concetto che ispirerà l'intero impianto normativo. Analizzando quanto scrive lo stesso Ministro, infatti, si evince che la pena deve conservare "il suo carattere fondamentale di castigo"<sup>31</sup>. Risulta fin da subito che quindi è questo il ruolo che deve ricoprire la pena, certo sia pur in concorso con altri fini – come, ad esempio, testimonia il fatto che nello stesso paragrafo si cita anche la "rigenerazione del condannato"<sup>32</sup> – ma è la relazione che intercorre tra pena e castigo che è definita, dallo stesso Rocco, come "fondamentale"<sup>33</sup>, segno della sua preminente importanza rispetto ad ogni altro elemento.

Infatti, le norme che regolano la vita carceraria, devono essere sì idonee ad emendare il condannato, ma non devono togliere alla pena il suo fondamentale "carattere afflittivo ed intimidativo"<sup>34</sup>. È stato sottolineato come, il Regolamento del 1931, fosse ispirato a logiche di concezione della pena come necessariamente retributiva e, in taluni casi, addirittura vendicativa<sup>35</sup>. Come è stato rilevato in dottrina<sup>36</sup>, infatti, il diritto penale di inizio Novecento era fortemente indirizzato verso un'idea di pena e, soprattutto, di esecuzione della pena, prettamente retributiva.

La volontà, almeno in teoria e di certo non esclusiva, di emendare il condannato, quindi, era presente. L'emenda deve però avvenire attraverso pene afflittive ed intimidative, sicché pare ampiamente coerente e giustificata l'affermazione fatta dallo stesso Ministro Rocco riguardo la stretta, anzi, per utilizzare le sopracitate parole dello stesso Ministro, "fondamentale" correlazione che intercorre tra pena e castigo.

---

<sup>31</sup> Gazzetta Ufficiale n.147 del 1931, Relazione al Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787, Parte Prima, Esecuzione delle pene detentive e della custodia preventiva, paragrafo I.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ivi*, paragrafo II, punto 1).

<sup>35</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *Manuale di Diritto Penitenziario*, Torino, 2020, pagina 1.

<sup>36</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *cit.*, pag. 631.

Passando ad esaminare i tratti salienti del Regolamento, non si può non partire dal primo articolo. Già dalla rubrica, ovvero “Modalità essenziali dell'esecuzione delle pene e della custodia preventiva”<sup>37</sup>, possiamo notare come gli obblighi per i detenuti ivi contenuti, ovvero quello del lavoro, quello dell'istruzione e quello della partecipazione alle funzioni del culto cattolico, siano dei pilastri di fondamentale importanza e l'impianto normativo che verrà descritto negli articoli successivi ne deve necessariamente tenere conto. In dottrina<sup>38</sup>, sono state definite le tre leggi fondamentali della vita carceraria.

Come precisa ulteriormente Fortuna<sup>39</sup>, l'emenda del condannato, secondo quanto disposto dal Regolamento Rocco, “non costituisce se non uno scopo secondario della pena, attuabile attraverso la coercizione della condotta, la negazione della personalità con il silenzio, le pratiche religiose imposte, il lavoro costretto”<sup>40</sup>. Questa affermazione trova evidenti riscontri in numerose norme all'interno del Regolamento.

In particolare, al secondo comma dell'articolo 78, rubricato “Come devono essere chiamati i detenuti”, è disposto che i condannati devono essere “chiamati col numero della loro matricola”, evidentemente perseguendo un'idea di spersonalizzazione del detenuto che diventa, a tutti gli effetti, un numero; l'articolo 82 impone l'obbligo del silenzio che “oltre che nei casi espressamente indicati da questo regolamento e negli spostamenti collettivi, è obbligatorio nelle ore e nei luoghi determinati dai regolamenti interni dei singoli stabilimenti”, e quando anche non fosse obbligatorio rimanere in silenzio i detenuti, precisa l'ultimo comma dell'articolo 82, devono parlare a bassa voce; l'articolo 93 impone il “divieto di giuochi non espressamente consentiti dai regolamenti”. I trasgressori, nella maggior parte dei casi, incorrevano poi in sanzioni di natura penale che, in sostanza, prolungavano il periodo di detenzione. Emerge quindi, dalle norme del Regolamento che sono state esaminate, ancora una volta, in maniera preponderante, che il filo rosso concettuale che lega le modalità di esecuzione della pena è l'equivalenza tra la pena stessa ed il castigo.

---

<sup>37</sup> Regio decreto n. 787 del 1931, articolo 1.

<sup>38</sup> C. Ariano, *cit.*, pag.8.

<sup>39</sup> F. S. Fortuna, *Il carcere duro, negazione dell'ideologia penitenziaria*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Roma, n.1 del 2004, pagine 63 e seguenti.

<sup>40</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 66.

L'organizzazione degli stabilimenti carcerari è invece disciplinata dal Titolo secondo. L'articolo 21 del Regolamento Rocco, infatti, classifica gli stabilimenti carcerari in tre gruppi: gli stabilimenti di custodia preventiva, gli stabilimenti di pena ordinari e gli stabilimenti di pena speciali.

Il Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, quindi, incarna ed esprime al suo interno una serie di principi figli dell'epoca in cui è stato concepito. Infatti, come ci ricorda, tra gli altri, Pietrancosta<sup>41</sup>, l'istituto penitenziario e la società civile esterna sono rigidamente separati, i detenuti sono tendenzialmente isolati e le attività consentite riguardano solo il lavoro, l'istruzione e le attività religiose. Anche in virtù del quadro che è stato precedentemente descritto, è chiaro come la "personalità individuale del detenuto"<sup>42</sup> sia fortemente repressa. Il carcere è quindi un'istituzione chiusa, anzi, racchiusa su sé stessa, separata dalla società e dedita alla mera contenzione.

L'emendazione del detenuto, quindi, lungi dall'essere il fine principale o cardine dell'ordinamento penitenziario, si pone come fine sì, eventualmente, perseguito ma unicamente attraverso quelle che, nella dottrina sopra citata, sono state definite come le tre leggi fondamentali della vita carceraria.

---

<sup>41</sup> F. Pietrancosta, *Carcerazione, diritti e condizione detentiva in Italia dal Regio Decreto 787/1931 alla riforma del 1975*, in *Diacronie*, Bologna, n. 2 del 2010, pagina 3.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

## **2. I principi costituzionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena.**

Terminata la guerra e con essa sia l'esperienza monarchica che quella del regime totalitario, un radicale cambiamento era avvenuto all'interno delle fonti normative del nostro paese.

Con l'avvento della Costituzione, infatti, era necessario ripensare l'intero ordinamento in modo da renderlo compatibile con i principi in essa contenuti. Come è stato illustrato nei precedenti paragrafi, sia in materia penale sia in quella penitenziaria, il regime precedente aveva inciso molto. È evidente come i principi che hanno ispirato la normazione del regime fascista mal si conciliano con il disposto costituzionale.

In questo paragrafo verranno quindi analizzati i principi costituzionali che regolano e limitano l'esecuzione della pena.

### *2.1 Il periodo transitorio.*

L'estate del 1943 fu ricca di eventi che cambiarono il corso della Seconda guerra mondiale e le sorti dei paesi belligeranti, con conseguenze che sono ovviamente ricadute anche sull'allora Regno d'Italia.

In particolare, il tra il 10 luglio ed il 17 agosto, gli Alleati sbarcarono in Sicilia, la c.d. operazione *Husky* ebbe un notevole impatto sul regime fascista. Subito dopo, infatti, precisamente tra il 24 ed il 25 luglio, si tenne una riunione del gran consiglio del fascismo che votò per la destituzione del duce su proposta del consigliere Grandi<sup>43</sup>. La votazione ebbe esito positivo e mussolini fu destituito, il comando delle forze armate fu quindi trasferito al Re, Vittorio Emanuele III, il quale ordinò l'arresto di Mussolini e nominò

---

<sup>43</sup> Dino Grandi (Mordano, 4 giugno 1895 – Bologna, 21 maggio 1988) fu un politico e diplomatico italiano, una delle figure chiave del regime fascista, ricoprì incarichi di rilievo come Ministro degli Esteri (1929-1932) e Ambasciatore a Londra. Fu anche presidente della Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

Pietro Badoglio<sup>44</sup> capo del governo. Il 3 settembre fu firmato a Cassibile (SI), dallo stesso Badoglio, l'armistizio<sup>45</sup> che prevedeva la resa incondizionata dell'Italia agli Alleati<sup>46</sup>.

Nel periodo compreso tra la fine del 1943 e il 1945, il territorio italiano era quindi frammentato tra la Repubblica Sociale Italiana (d'ora in poi R.S.I.) al Nord, posta sotto il controllo diretto della Germania nazista, ed il Regno del Sud, nel Mezzogiorno, posto formalmente sotto l'amministrazione monarchica ma in realtà controllato dagli Alleati. Questa divisione ebbe significative ripercussioni sul sistema di giustizia penale e sull'esecuzione della pena, caratterizzate da una profonda discontinuità istituzionale.

In particolare, nella R.S.I., si assistette, a livello di legislazione penale e di esecuzione della pena, ad una strumentalizzazione della cornice normativa esistente<sup>47</sup>, al fine di reprimere ad ogni costo le rivolte<sup>48</sup>. Nel Regno del Sud, l'amministrazione penale rispecchiava la fase emergenziale che stava vivendo in quel periodo l'Italia. Le strutture carcerarie erano in condizioni precarie e l'attenzione era spostata principalmente sulla repressione dei collaborazionisti fascisti<sup>49</sup>.

La conclusione della Seconda guerra mondiale, sancì la fine della R.S.I. e della Monarchia, all'indomani del 2 giugno del 1946 l'Italia, quindi, diveniva ufficialmente una Repubblica.

Come è stato rilevato, era il momento di “governare la transizione attraverso la giustizia”<sup>50</sup>, ovvero, nell'immediato dopoguerra, era il momento di fare i conti con il recente passato per stabilire quali fossero state le effettive responsabilità e a chi era

---

<sup>44</sup> Pietro Badoglio (Grazzano Monferrato, 28 settembre 1871-1° novembre 1956) fu un generale italiano e capo del governo del Regno del Sud dopo l'armistizio del 1943. Precedentemente, era stato comandante dell'esercito durante la Prima Guerra Mondiale e capo di Stato Maggiore durante il fascismo.

<sup>45</sup> L'armistizio fu reso noto solo l'8 settembre successivo.

<sup>46</sup> L'armistizio di Cassibile, firmato il 3 settembre 1943 e annunciato l'8 settembre, segnò la resa incondizionata dell'Italia agli Alleati e la cessazione delle ostilità contro di essi. Questo primo accordo, noto come “armistizio breve”, stabiliva esclusivamente il cessate il fuoco senza entrare nei dettagli delle condizioni successive. Successivamente venne firmato il c.d. “armistizio lungo”, il 29 settembre 1943 a Malta, nel quale si specificarono le obbligazioni dell'Italia nei confronti degli Alleati, includendo la cooperazione militare contro gli ex alleati e la gestione amministrativa dei territori occupati.

<sup>47</sup> Il riferimento è al codice penale e di procedura penale del 1930, ed al regolamento per gli istituti di prevenzione e pena del 1931.

<sup>48</sup> G. Oliva, *La grande storia della resistenza, 1943-1948*, Milano, 2018, pagina 280 e seguenti.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> G. Bernardini, M. Cau, G. D' Ottavio, C. Nubola, *L'età costituente. Italia 1945-1948*, Bologna, 2017, pagina 27.

necessario imputarle, evitando, non essendoci più una situazione di emergenza, episodi di giustizia sommaria.

Furono quindi create, con il d.lgs. lt. n. 142/1945, le Corti di Assise straordinarie- poi trasformate in sezioni speciali delle Corti di Assise dal d. lgs. lt. n. 625/1945- il cui compito era quello di giudicare quelli che furono i crimini di guerra commessi durante l'occupazione della Germania nazista. Come è stato rilevato in dottrina<sup>51</sup>, la mole di lavoro delle singole circoscrizioni era molto diversa. In particolare, si assisteva ad un profondo divario tra il settentrione, che aveva conosciuto l'occupazione della Germania nazista, ed il meridione, nel quale l'occupazione nazista non era stata direttamente conosciuta. Giova ricordare come le condanne a morte irrogate dalle Corti, non siano state più eseguite dopo l'entrata in vigore della Costituzione la quale, come verrà anche trattato più avanti, sanciva il divieto di prevedere nella legislazione penale, la pena di morte.

Passando ad esaminare quello che fu il diritto sostanziale, si deve necessariamente partire dalla c.d. “amnistia Togliatti”, ovvero il decreto presidenziale n. 4/1946. Com'è stato notato<sup>52</sup>, esso fu un provvedimento di clemenza con un oggetto molto ampio, fortemente voluto dal primo governo De Gasperi, e si pone in linea con l'esigenza di una “necessità di un rapido avviamento del Paese a condizioni di pace politica e sociale”<sup>53</sup>.

Nella Relazione che accompagna il testo del decreto presidenziale, è lo stesso Guardasigilli a spiegare ulteriormente quali sono state le ragioni che hanno portato ad operare tali scelte.

Egli indica come, con l'instaurazione della Repubblica, si sia aperto un “periodo nuovo nella vita dello Stato italiano unitario”<sup>54</sup> e questo, lungi dall'essere un espediente utilizzato per cancellare quelli che sono stati gli atti crudeli e talvolta inumani perpetrati, soprattutto durante la fase di occupazione nazista, deve essere piuttosto un monito a considerare sotto una luce diversa alcuni atti compiuti da alcuni cittadini che si sono

---

<sup>51</sup> *Ivi*, pagina 31.

<sup>52</sup> *Ivi*, pagina 34.

<sup>53</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli al Presidente del Consiglio sul decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4, concedente amnistia e indulto per reati comuni, politici e militari, in *Gazzetta Ufficiale* n. 137 del 23 giugno 1946.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

trovati costretti a commetterli, in virtù delle condizioni emergenziali che erano scaturite dal contesto di grave menomazione delle loro libertà nel quale si trovavano.

Non sono mancate pesanti critiche al decreto, come, ad esempio, quella di M. Franzinelli<sup>55</sup> che lo ha definito come “la disposizione chiave per dare un colpo di spugna alle responsabilità fasciste”<sup>56</sup>. Secondo l’Autore, infatti, l’amnistia ha favorito un’estesa impunità per i crimini commessi dai fascisti durante il ventennio sacrificando le necessità di giustizia per tutte le vittime delle violenze perpetrate dal regime.

## *2.2 Il disposto del comma terzo dell’articolo 27 della Costituzione. Analisi dei lavori preparatori.*

Il terzo comma dell’attuale articolo 27 della Costituzione ha generato un dibattito che affonda le sue radici nella storica contrapposizione tra due principali Scuole di pensiero giuridico italiane in ambito penalistico. Le divergenze tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva, già presenti prima della caduta del fascismo, non solo sono rimaste rilevanti anche dopo, ma hanno influenzato significativamente i lavori dell’Assemblea Costituente.

Passando ad esaminare i lavori preparatori dell’Assemblea, in particolare quelli che riguardano il comma terzo dell’articolo 27 della Costituzione, si deve innanzitutto precisare che si parlava inizialmente di articolo 21, dopodiché la numerazione fu cambiata in 27.

Per svolgere al meglio le dovute riflessioni è necessario partire dal testo del terzo comma dell’articolo 21 del Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, testo che fu approvato dalla Commissione dei 75. Il dettato del comma terzo dell’allora articolo 21 infatti, recitava: “le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”<sup>57</sup>.

Le posizioni dei Deputati costituenti erano alquanto discordi. Alcuni membri dell’Assemblea Costituente ritenevano che, nella formulazione sopra citata, fosse stato

---

<sup>55</sup> M. Franzinelli, *L’amnistia Togliatti. 22 giugno 1946*, Milano, 2006, pagina 7 e seguenti.

<sup>56</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 7.

<sup>57</sup> Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, articolo 21, terzo comma.

attribuito un eccessivo rilievo al concetto di emenda del condannato, oscurando altre teorie e funzioni della pena, come quella retributiva, e favorendo così le istanze della scuola Positiva. Questi deputati si opponevano fermamente all'inclusione di qualsiasi riferimento all'emenda del condannato come fine ultimo della pena nella Costituzione. Infatti, alcuni di essi in dei loro interventi, come ad esempio Pietro Mastino nel discorso pronunciato nella seduta del 27 marzo 1947<sup>58</sup>, ritenevano che non tutti avessero la possibilità- o meglio, fossero in grado- di emendarsi. Altri deputati, come ad esempio Leone e Bettiol, nonostante il disaccordo, si ponevano su una lunghezza d'onda di natura più moderata.

La Costituzione, si convenne infatti durante lo svolgimento dei lavori preparatori, non doveva essere il trionfo di una scuola di pensiero su un'altra, di un'ideologia dominante su altre che venivano relegate ad un ruolo secondario ed ancillare, ma doveva essere la crasi, articolo per articolo, di tutte quelle ideologie che appartenevano ai costituenti.

Non ebbe infatti successo l'emendamento proposto dall'onorevole Persico<sup>59</sup> che, come riporta anche Fiandaca<sup>60</sup>, aveva una chiara ed evidente matrice positivista. L'emendamento proposto dall'onorevole Persico, recitava infatti che “le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato”<sup>61</sup>.

Seguendo questa stessa logica, non si diede seguito neanche all'emendamento del deputato Crispo<sup>62</sup>, proposto durante la seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente, che proponeva la soppressione delle parole che si riferivano alla rieducazione del condannato.

L'emendamento proposto da Leone e Bettiol durante la stessa seduta, invece, ristrutturava in questo modo il testo dell'articolo: “le pene non possono consistere in

---

<sup>58</sup> Atti Assemblea Costituente, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, pagina 2570 del resoconto.

<sup>59</sup> S. M. Cicconetti, M. Cortese, G. Torcolini, S. Traversa, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970, pag. 903 e seguenti.

<sup>60</sup> G. Fiandaca, in *Commentario della costituzione*, di G. Branca ed A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1991, da pagina 225 a pagina 228.

<sup>61</sup> S. M. Cicconetti, M. Cortese, G. Torcolini, S. Traversa, *cit.*, pag. 903 e seguenti.

<sup>62</sup> Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pagina 2879 del resoconto.

trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato”<sup>63</sup>. In questo modo, i due Deputati costituenti, volevano da una parte non far prevalere l’ideologia della scuola Classica, dall’altra evitare che il fine rieducativo della pena fosse elevato a scopo principale della stessa. Nonostante questo emendamento avesse una natura più compromissoria, non volta, cioè ad imprimere nessun dogma scolastico in particolare, fu respinto lo stesso.

Decisivo fu, infine, il contributo di Tupini. Egli era presidente della prima Sottocommissione e vicepresidente della Commissione e, con grande perizia ed intelligenza, pronunciò un discorso con l’intento di mediare tra gli esponenti delle due scuole di pensiero.

Tupini affermò, infatti, sempre durante la seduta antimeridiana del 15 aprile del 1947, che la Commissione non intendeva schierarsi né con la scuola Classica né con la scuola Positiva ma, nonostante questo, faceva notare che è compito della società quello di non rinunciare “ad ogni sforzo, ad ogni mezzo, affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione”<sup>64</sup>. Il Deputato dell’Assemblea, sostenne che questo concetto non è soltanto patrimonio della scuola Positiva e, di conseguenza, valorizzarlo non voleva dire per forza aderire *in toto* alla dottrina della scuola stessa.

Una parte dei Costituenti, ancora scettica, si convinse quindi ad aderire alla nuova declinazione che si dava al concetto di rieducazione. L’Assemblea, sempre nella più volte citata seduta, durante la votazione, si pronunciò a favore quindi della formula della Commissione che prevedeva il principio di rieducazione prima di quello di umanità.

Successivamente però, il Comitato di redazione, ritenne opportuno anticipare il divieto di trattamenti inumani rispetto al principio di rieducazione, nell’ottica di attenuare la portata positivista del terzo comma dell’articolo 27. Secondo un’opinione di importante dottrina<sup>65</sup>, questa scelta del Comitato di redazione, fu presa anche come riflesso delle pressioni derivanti dalla discesa in campo di illustri studiosi, come Moro,

---

<sup>63</sup> Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pagina 2878 del resoconto.

<sup>64</sup> *Ivi*, pagina 2881.

<sup>65</sup> G. Fiandaca, *cit.*, pagina 226.

Bettiol e Leone, che erano “in gran parte democristiani e comunque tutti di orientamento moderato”<sup>66</sup>.

Nota giustamente Fassone<sup>67</sup> che, dopo un lungo e travagliato percorso, alla fine la portata del principio rieducativo è stata arginata, in virtù della neutralità del dettato costituzionale, di fronte alle diverse e divergenti opinioni delle due Scuole. Scrive infatti lo stesso Autore che “l’inversione tra le due proposizioni”<sup>68</sup> del terzo comma dell’articolo 27 “può sembrare un fatto di modesto rilievo”<sup>69</sup> ma, se si guarda a questo evento con una prospettiva più ampia, si può notare come siano stati “espunti i più genuini connotati di socialità”<sup>70</sup> per lasciare spazio ad un “compendio di elevati principi di impronta liberale”<sup>71</sup>.

Svolgendo un’analisi più approfondita, seguendo anche la ricostruzione di attenta dottrina<sup>72</sup>, si deve certamente ammettere come l’attuale formulazione del disposto del comma terzo dell’articolo 27, non sia il solo frutto delle pressioni che gravavano sul Comitato di redazione in seguito all’intervento di illustri studiosi, ma un ruolo altrettanto decisivo è stato giocato da un lato dalle “prese di posizione improntate ad un pur comprensibile realismo”<sup>73</sup>, dall’altro dall’assenza di proposte di rilievo da parte dei deputati afferenti all’area social-comunista.

È stato comunque notato<sup>74</sup> che, con l’entrata in vigore del terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione, il carattere retributivo della pena ha perso la sua centralità.

### *2.3 L’originaria concezione polifunzionale della finalità della pena.*

Per comprendere appieno le parole del terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione è necessario chiarire fin subito un concetto: la funzione della pena,

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> E. Fassone, *cit.*, pagina 74.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> G. Fiandaca, *cit.*, pagina 226.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> L. Garlati, *Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale*, in Quaderno di storia del penale e della giustizia, Macerata, n.3 del 2021, pagina 187.

all'interno della storia del nostro Paese, come si è potuto evincere anche dall'analisi svolta nei paragrafi precedenti, non è sempre stata quella della rieducazione del condannato.

Il concetto di finalità rieducativa della pena è emerso con vigore, ed è entrato da protagonista nel dibattito dottrinale, solo dal momento in cui è nata la nostra Carta fondamentale. Anzi, nei primi anni di vigenza della stessa e nei primi anni di operatività della Corte Costituzionale, le opinioni della dottrina e della giurisprudenza non erano certo sovrapponibili *in toto* a quelle odierne.

È necessario, quindi, affrontare il discorso dividendolo in tappe intermedie, in cui analizzare i momenti salienti che hanno portato all'affermazione del principio rieducativo.

Precedentemente all'affermazione di quest'ultimo si parlava, sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale, di concezione polifunzionale dalla finalità della pena, segno che a quest'ultima erano ricollegate una pluralità di finalità.

Come rileva Pittaro<sup>75</sup>, le finalità e gli scopi che si possono ricollegare alla pena sono molteplici, come ad esempio: retribuzione, prevenzione generale, difesa sociale e molti altri. Come è stato analizzato anche precedentemente, all'interno della stessa Assemblea Costituente, la volontà era quella di creare una norma frutto di compromesso, piuttosto che scegliere nettamente un fine e\o uno scopo che risultasse preminente rispetto a tutti gli altri.

È allora comprensibile come, sia nella dottrina dell'epoca, sia nelle prime sentenze della Corte Costituzionale, si venne affermando quella che è la c.d. teoria della polifunzionalità della finalità della pena.

Polifunzionalità significa, sempre secondo Pittaro<sup>76</sup>, che all'interno della pena sono presenti contemporaneamente tutte le varie funzioni che si possono normalmente ricollegare alla pena stessa, alcune delle quali sono state già citate precedentemente e, a seconda del contesto al quale si vuole fare riferimento, una o più di una emergono e risultano più evidenti, anche se in maniera temporanea, rispetto alle altre. Ad esempio, le

---

<sup>75</sup> P. Pittaro, voce *Articolo 27*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di R. Bin e S. Bartole, seconda edizione, Padova, 2008, pagine 280 e 281.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

funzioni retributiva e di prevenzione generale emergono durante la fase legislativa, quando si creano le norme penali, mentre la funzione di prevenzione speciale è più evidente nella fase di esecuzione della pena stessa.

Per comprendere meglio queste affermazioni, si può certamente citare ed analizzare la sentenza della Corte Costituzionale numero 12/1966, dove la Corte è chiamata a decidere circa la compatibilità della pena pecuniaria con il nostro ordinamento.

Per quanto riguarda il principio rieducativo, dopo averne circoscritto la portata, la Corte afferma che lo stesso “dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto”<sup>77</sup>. Quindi, secondo questa ricostruzione, la rieducazione del condannato non è né l’unico fine al quale deve tendere la pena, né tanto meno il principale.

La Corte asserisce, poi, che è lo stesso dettato del testo del comma terzo dell’articolo 27 della Costituzione a circoscrivere l’ambito di applicazione e il valore del principio rieducativo. Infatti il disposto, stabilendo che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, utilizza un’espressione che “nel suo significato letterale e logico”<sup>78</sup> indica “unicamente l’obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla”<sup>79</sup>.

La Corte prosegue la sua argomentazione statuendo che, il principio rieducativo, non è né assoluto né esclusivo, questo è confermato quando, la stessa Corte, nel paragrafo successivo, stabilisce che quest’ultimo è una tendenza che ha valore programmatico e deve ispirare l’azione del legislatore ma, la rieducazione del condannato, cede il passo quando, a seconda della situazione, il legislatore ritenga che un determinato tipo di pena per sua “natura”<sup>80</sup> ed “entità”<sup>81</sup> non calzi perfettamente la portata del principio rieducativo ma, al tempo stesso, gli altri fini che persegue sono ritenuti necessari per il corretto mantenimento dell’ordine sociale.

La Corte effettua poi anche un’indagine sui lavori preparatori della Costituzione, dai quali emerge, come è stato anche precedentemente rilevato, che l’Assemblea

---

<sup>77</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 12/1966, § 6 del considerato in diritto.

<sup>78</sup> *Ivi*, § 7 del considerato in diritto.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

costituente “non intese prendere posizione sul problema generale della funzione della pena, né, tanto meno, pronunciarsi per l'uno o per l'altro dei vari orientamenti della dottrina; ma volle anzi proprio evitare che ciò avvenisse”<sup>82</sup>. Infatti, nel testo odierno del terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione, il principio rieducativo succede a quello di umanità. Appare opportuno ricordare che questa scelta, di certo non frutto del caso, è stata operata dal Comitato di Redazione, per “attenuare la portata positivista della nozione”<sup>83</sup>. La Consulta si pone quindi in linea di continuità con il lavoro dei Deputati costituenti, ritenendo che non possa essere travolta da censura di illegittimità una norma che “non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità”<sup>84</sup>.

Cercando di interpretare ulteriormente quali sono le ragioni che hanno fatto sì che la Corte statuisse in questo modo, vi è, per l’appunto, la concezione, secondo la stessa Corte, che la funzione della pena esonda quei confini meramente interni che attengono alla rieducazione del soggetto al quale si rivolge ma, la stessa, viene ad assumere anche il ruolo di difesa e tutela dell’ordine costituito e della società civile tutelando questi ultimi da chi commette determinati tipi di reati.

Interessante è anche il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 22 del 1971.

L’oggetto del giudizio di legittimità costituzionale sono gli artt. 624 e 625<sup>85</sup> del codice penale, facendo in particolare riferimento alla parte relativa ai massimi edittali della pena, prendendo come parametro di riferimento gli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Per quanto riguarda l’articolo 3 della Costituzione la Corte asserisce subito che: “L’art. 3 della Costituzione non è violato”<sup>86</sup>. Viene infatti precisato che sì, è vero che le pene vigenti allora per il furto, specie nel caso del concorso con le c.d. aggravanti speciali, sono criticate in dottrina perché eccessive ma, prosegue l’argomentazione della Corte, anche se queste scelte, seppur sono state fatte in un contesto storico e sociale più risalente

---

<sup>82</sup> *Ivi*, paragrafo ottavo del considerato in diritto.

<sup>83</sup> V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, 1969, pag. 99.

<sup>84</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 12/1966, § 9 del considerato in diritto.

<sup>85</sup> Gli articoli sono rubricati all’interno del codice penale come: 624 “furto”; 625 “circostanze aggravanti”.

<sup>86</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 22/1971, § 2 del considerato in diritto.

nel tempo e quindi, in virtù di ciò, appaiono non più attuali rispetto alle esigenze sanzionatorie del diritto penale contemporaneo alla sentenza, la modifica e l'attualizzazione delle stesse richiederebbe l'intervento del legislatore.

Passando all'analisi poi della presunta violazione dell'art. 27 della Costituzione, la Corte stabilisce anche un altro importante principio. Partendo infatti dal presupposto che la determinazione della pena edittale è rimessa alla valutazione del legislatore, ed al giudice spetta il compito della sua irrogazione nel caso concreto, "sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua efficacia rieducativa"<sup>87</sup>.

Analizzato ciò, ci sono due importanti riflessioni da fare. *In primis* la pena, nonostante il disposto dell'articolo 27 terzo comma, non ha come unica finalità quella di rieducare il condannato ed *in secundis* la rieducazione del condannato dipende, citando la stessa Corte, "soprattutto"<sup>88</sup> dal regime di esecuzione della pena.

È compito, quindi, "soprattutto" del sistema penitenziario, di chi esegue la pena e della cornice normativa che riguarda questa fase di occuparsi di rendere effettivo il fine, costituzionalmente previsto, di rieducazione del condannato.

Sicché, del principio rieducativo, non sembra che ne debbano tenere conto in maniera imperativa né il legislatore, quando approva leggi di natura penale -ad esempio, come nel caso esaminato, prevedendo una cornice edittale compatibile con suddetto principio- né tanto meno il giudice quando irroga tanto la tipologia, quanto l'entità, della pena nel caso concreto. Conclude la Corte sentenziando che non risulta violato neanche l'art. 27 comma terzo della Costituzione.

La stessa Consulta, seguendo la teoria della polifunzionalità, ha nel tempo adottato vari orientamenti che, secondo Pittaro<sup>89</sup>, possono essere ricondotti a due macro-categorie.

La prima è definita da Fiandaca<sup>90</sup> come "sincretistico-additiva"<sup>91</sup>. In questo caso, la pena assolve sì a più funzioni contemporaneamente ma, in particolare, hanno

---

<sup>87</sup> *Ivi*, paragrafo terzo del considerato in diritto.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> P. Pittaro, *cit.*, da pagina 282 a pagina 283.

<sup>90</sup> G. Fiandaca, *scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Vassalli (a cura di) *diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pagg. da 131 a 145.

<sup>91</sup> G. Fiandaca, *cit.*, pagina 332.

preminente importanza quella general preventiva, special preventiva, retributiva e rieducativa, che assumono maggiore risalto a seconda del caso concreto.

Lo testimonia anche la sentenza della Corte Costituzionale numero 12 del 1966, secondo cui la pena, infatti, deve avere anche un carattere necessariamente afflittivo-retributivo, senza il quale sarebbe addirittura improprio parlare di “pena”, ed il ruolo del terzo comma dell’articolo 27 della costituzione sarebbe sostanzialmente quello di limite al carattere afflittivo della pena stessa.

La finalità rieducativa, come ci ricorda, tra le altre, anche la sentenza della Corte Costituzionale numero 22/1971, emerge come protagonista nella sola fase di esecuzione della pena. La pena diviene allora “uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di volta in volta prevalenti”<sup>92</sup>.

Per evidenziare ulteriori ed importanti aspetti del tema che è oggetto di analisi, è utile guardare anche alla sentenza della Corte numero 264/1974. Il giudizio di legittimità coinvolge l’art. 22 del codice penale, rubricato come “ergastolo”<sup>93</sup>.

Se la pena dell’ergastolo ha come contenuto sanzionatorio la privazione perpetua della libertà personale, è ovvio che ciò contrasta in maniera evidente con il fine di reinserire il condannato, una volta emendato, all’interno della società dalla quale egli è stato coattivamente tolto. Di conseguenza, non si porrebbe in linea con quello che è il disposto del terzo comma dell’articolo 27, in particolare contrasterebbe col principio rieducativo.

Proseguendo con la sua argomentazione, il giudice *a quo* aggiunge ulteriori censure di illegittimità, in particolare riguardo alla liberazione condizionale, sostenendo che il meccanismo di accesso a quest'ultima non sia equivalente per tutti i condannati.

---

<sup>92</sup> G. Fiandaca, *scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Vassalli (a cura di) *diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 135.

<sup>93</sup> Sono sicuramente interessanti alcune statistiche che riguardano l’ergastolo. Secondo i dati del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento – Sezione Statistica al 2022 i condannati all’ergastolo sono 1'856 su 40'269 detenuti totali. Se si confrontano i dati con quelli del 2005, i più vecchi disponibili, si scopre come i detenuti condannati all’ergastolo fossero 1'224 su 36'676 detenuti totali. A livello percentuale, nell’intervallo di tempo tra il 2005-2022, si è assistito ad un lieve aumento. Oggi i detenuti condannati all’ergastolo sono circa il 4% dei detenuti totali.

Infatti, tale accesso risulta subordinato all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

Addentrandosi nelle argomentazioni, i Giudici della Corte, effettuano una ricognizione su quelle che possono essere le finalità perseguite dalla pena all'interno dell'ordinamento italiano, enunciano quella che potrebbe essere benissimo una definizione del concetto di polifunzionalità della pena.

Secondo la Corte, infatti, il fine e la funzione della pena non può essere il solo riadattamento dei condannati, che la stessa Corte definisce in alcuni casi “purtroppo non sempre conseguibile”<sup>94</sup>. Infatti, quale che sia la scuola dottrinale ed alla conseguente teoria alla quale si fa riferimento, secondo i Giudici comunque “non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”<sup>95</sup>. Addirittura in questo caso la Corte ammette che determinate categorie di detenuti non sarebbero idonee a poter essere rieducate e, conseguentemente, reinserite all'interno della società.

Il legislatore ordinario non ha vietato esplicitamente la pena dell'ergastolo, pur avendone la possibilità, all'interno dell'esercizio del suo potere legislativo, egli ha quindi un margine di discrezionalità tale che può considerare l'ergastolo uno strumento indispensabile per dissuadere individui che non sono sensibili a pene meno severe o per isolare a tempo indeterminato criminali particolarmente pericolosi.

Emerge, ancora una volta, che le finalità della pena sono molteplici e, addirittura, quella della rieducazione del condannato cede il passo alle altre tutte quelle volte in cui il legislatore ritiene che questa o non sia possibile o non sia necessariamente prevalente.

La sentenza si chiude con una riflessione sull'istituto della liberazione condizionale<sup>96</sup>, il quale “consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel

---

<sup>94</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 264/1974, § 1 del considerato in diritto.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Articolo 176 codice penale. Le condizioni per ottenere la liberazione condizionale sono contenute all'interno del comma 1: “Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni.”. Mentre per i condannati all'ergastolo l'articolo statuiva al terzo comma che: “Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena”.

consorzio civile”<sup>97</sup>. Occorre ricordare che il giudice *a quo* aveva sollevato dubbi nell’ordinanza di rimessione anche su questo aspetto, manifestando il timore del fatto che ci potesse essere una discriminazione di natura economica per accedere alla liberazione condizionale.

Infatti, se per accedere ad essa è necessario adempiere alle obbligazioni civili nascenti da reato, allora i condannati in precarie condizioni economiche sono effettivamente pregiudicati nell’accesso a questo istituto.

La Corte replica scrivendo che è vero che l’accesso alla liberazione condizionale è subordinato all’adempimento degli obblighi civili derivanti dal reato, ma il condannato può provare di trovarsi in una condizione economica precaria che gli impedisca quindi di adempiere alle obbligazioni civili che gravano su di lui e, una volta che ne ha dato sufficiente prova, non subirà per questo alcun pregiudizio.

Da ultimo, la Corte rileva che nella sua sentenza n.204 del 1974 essa stessa ha dichiarato illegittima la norma che attribuiva al Guardasigilli il potere discrezionale di negare o concedere la liberazione condizionale. Questo potere, da lì in avanti, sarà attribuito all’autorità giudiziaria. Da una scelta discrezionale del potere esecutivo si passa quindi ad un provvedimento emanato da un organo terzo ed imparziale, il giudice, che per sua natura opera in un ambiente fornito di maggiori garanzie, in cui la discrezionalità esiste, ma è consentita entro confini ben delimitati e precisi.

La seconda posizione a cui fa riferimento Pittaro<sup>98</sup>, quando descrive gli orientamenti seguiti dalla Corte Costituzionale sul concetto di polifunzionalità della pena, è quella c.d. “additivo-dialettica”<sup>99</sup>. In questo caso, sono prevalenti le finalità special preventive e general preventive, questo a scapito della funzione retributiva della pena che, perdendo la sua autonomia, assume unicamente il ruolo di parametro di proporzione tra gravità del reato commesso dal consociato e pena da infliggere a quest’ultimo in concreto.

La sentenza numero 313 del 1990 della Corte Costituzionale, può essere citata come valido esempio. In questa sentenza, la Corte, dichiara l’illegittimità costituzionale

---

<sup>97</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 264/1974, § 4 del considerato in diritto.

<sup>98</sup> P. Pittaro, *cit.*, pag. 282.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

dell'articolo 444 secondo comma<sup>100</sup> del codice di procedura penale “nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'articolo 27, terzo comma, della Costituzione, il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione”<sup>101</sup>. Sicché, quando il giudice, nel caso concreto, non ritenga che le finalità di prevenzione speciale siano soddisfatte, ritenendo che la pena non sia congrua a garantire una corretta rieducazione del condannato, deve avere la facoltà di rigettare il patteggiamento.

#### 2.4 L'affermazione del principio rieducativo.

L'affermazione del principio rieducativo è avvenuta tramite un processo che ha avuto un avanzamento graduale, si è passati, infatti, dal considerare il disposto del terzo comma dell'articolo 27 come meramente programmatico<sup>102</sup> ad affermare che in esso è rappresentato “il principio più importante in materia penitenziaria”<sup>103</sup>.

L'affermazione del finalismo rieducativo è intervenuta, come ha ricostruito la dottrina<sup>104</sup>, in modo graduale. In particolare, negli anni '80 del secolo scorso, il principio rieducativo si vede assegnato il ruolo di “criterio finalistico principale”<sup>105</sup>, che aveva però un ruolo veramente centrale nella sola fase esecutiva della pena stessa. Successivamente, rileva la stessa Autrice, il principio rieducativo si espande, sempre gradualmente ma in maniera costante, “a tutto campo”<sup>106</sup>, comprendendo non soltanto la sola fase esecutiva della pena, ma diventa rilevante anche “nelle scelte legislative sulle fattispecie di reato e in quelle dei giudici nella fase di commisurazione della pena”<sup>107</sup>.

Uno dei temi più controversi, è stato sicuramente il significato da attribuire al concetto di “rieducazione”. La giurisprudenza costituzionale, non ha prodotto una

---

<sup>100</sup> L'articolo 444 del codice di procedura penale è rubricato come: “applicazione della pena su richiesta”.

<sup>101</sup> Corte Costituzionale, sentenza numero 313/1990.

<sup>102</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 4.

<sup>103</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2019, pagina 7.

<sup>104</sup> M. D'Amico, *articolo 27*, in *La Costituzione Italiana*, a cura di R. Bifulco, M. Olivetti, A. Celotto, Torino, 2007, da pagina 573 a 574.

<sup>105</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 573.

<sup>106</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 574.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

definizione univoca del concetto in esame. In particolare, la Corte ha definito il principio rieducativo come, ad esempio, “reinserimento del reo nel contesto economico e sociale”<sup>108</sup>, oppure come “reinserimento del condannato nel consorzio civile”<sup>109</sup> od ancora, semplicemente, “riadattamento sociale”<sup>110</sup>. Ora, ciò che appare chiaro è che in tutte queste diverse definizioni vi è una base sostanziale comune, ovvero quella che considera che la funzione rieducativa si concretizza, a livello pratico, in tutti gli interventi finalizzati alla reintegrazione del detenuto nella società.

Questa affermazione trova diverso riscontro anche in dottrina, in particolare Donini<sup>111</sup> considera il principio rieducativo alla stregua di “un’opportunità di recupero sociale del reo”<sup>112</sup>, il quale può cogliere l’occasione ed iniziare un percorso che lo condurrà all’emenda oppure, al contrario, può rifiutare l’offerta.

Interessante ed originale appare anche la ricostruzione di una parte di dottrina<sup>113</sup>, sull’evoluzione dell’interpretazione del concetto di rieducazione. Ebbene, secondo gli Autori, alcune opinioni dottrinali e giurisprudenziali risalenti nel tempo, assegnavano al termine rieducazione una valenza meramente interna al condannato, che coincideva sostanzialmente con il suo pentimento. Gli stessi Autori sottolineano poi, come qualsiasi velleità paternalistica, sia decaduta in favore di un atteggiamento più proprio di uno stato laico e che quindi, l’interpretazione del concetto di rieducazione, coincide anche qui col c.d. reinserimento sociale del reo.

Risulta interessante anche la differenziazione fatta da Pelissero<sup>114</sup>, il quale ritiene che il principio rieducativo può essere letto sia come risocializzazione, ovvero reinserimento in società, in tutti quei casi in cui “la commissione del reato si inserisce in un contesto problematico di socializzazione e di emarginazione”<sup>115</sup> mentre, nel caso in cui il condannato sia ben inserito nelle dinamiche sociali, la funzione special preventiva della pena non sarebbe efficace se puntasse al mero recupero sociale quindi, in questo

---

<sup>108</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 126/1983, § 2 del considerato in diritto.

<sup>109</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 168/1994 § 4 del considerato in diritto.

<sup>110</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 282/1989 § 4 del considerato in diritto.

<sup>111</sup> M. Donini, voce “Teoria del reato”, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 2021, pagina 258.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 4.

<sup>114</sup> M. Pelissero, *Le funzioni della Pena*, in *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di C.F. Grosso, D. Petrini, P. Pisa, M. Pelissero, Torino, 2020, da pagina 647 a 648.

<sup>115</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 648.

caso, secondo l'Autore, la funzione rieducativa della pena si deve realizzare attraverso la c.d. "intimidazione"<sup>116</sup>, in quanto risulta più efficiente che "l'applicazione della pena deve servire da stimolo per il recupero del rispetto degli interessi lesi dal reato"<sup>117</sup>.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone Fiandaca<sup>118</sup>. Secondo l'Autore, è corretto affermare che il concetto di rieducazione, contenuto nel terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, si leghi all'idea di una c.d. "socializzazione sostitutiva"<sup>119</sup>, ma ciò non esaurisce la portata di questo principio.

Infatti, come rileva lo stesso Autore, vi sono dei casi nei quali il binomio rieducazione-recupero sociale non è attuabile, proprio perché alcuni tipi di delitti, in virtù della loro natura, possono essere commessi solo da rei che sono "ben integrati nei circuiti socio-economici"<sup>120</sup>. In questo caso, secondo Fiandaca è necessario ricostruire il concetto di rieducazione per renderlo di portata generale, capace cioè di ricomprendere sotto la sua ala, potenzialmente qualsiasi tipo di reo-destinatario.

Sicuramente, una strada che non è possibile percorrere, è quella che tenta di modificare la morale del reo. Infatti, da un lato è possibile che alcuni reati ledano precetti morali non consolidati, dall'altro è necessario notare come, in uno Stato di diritto laico e garantista, che rifiuta l'idea di una morale unica, non è possibile "utilizzare la pena come strumento di emenda morale dei cittadini adulti"<sup>121</sup>. In altri termini, non è ammissibile una c.d. "educazione coatta alla moralità"<sup>122</sup>.

Quindi, in ossequio a quanto esposto, per l'Autore il contenuto del principio rieducativo deve essere circoscritto alla sola c.d. "legalità esteriore"<sup>123</sup>, l'esecuzione della pena quindi deve tendere a far acquisire al reo la conoscenza di uno stile di vita in cui egli non incorra nella commissione di reati. In questo modo l'obiettivo dell'esecuzione penale, ovvero l'acquisto od il riacquisto da parte del reo della capacità di avere una condotta che

---

<sup>116</sup> *Ibidem.*

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> G. Fiandaca, *articolo 27*, in *Commentario della costituzione*, di G. Branca ed A. Pizzorusso, Roma-Bologna, 1991, da pagina 276 a pagina 281.

<sup>119</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 276.

<sup>120</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 277.

<sup>121</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 278.

<sup>122</sup> *Ibidem.*

<sup>123</sup> *Ibidem.*

implichi il rispetto delle norme penali, prescinde dal soggetto che effettivamente ne è destinatario.

In altre parole, avendo creato un sistema in cui è possibile ricomprendere potenzialmente qualsiasi tipo di reo, sarà poi l'effettivo "strumento o tecnica di volta in volta ritenuti necessari per conseguire il risultato preso di mira"<sup>124</sup> a mutare, secondo le esigenze proprie del caso concreto.

Rimanendo sempre sul piano dell'interpretazione del disposto del terzo comma dell'articolo 27, non si può non ricordare come anche l'interpretazione del verbo "tendere" abbia generato un ampio dibattito in dottrina.

Una parte di essa<sup>125</sup>, infatti, ritiene che l'uso di tale verbo sia giustificato dal fatto che i Costituenti non volevano assegnare allo Stato un ruolo di stampo paternalistico. L'adesione al trattamento rieducativo, infatti, per essere autentica, deve provenire dalla volontà del condannato, non da un'imposizione esterna ad esso. Dello stesso avviso è Pelissero<sup>126</sup>, il quale sostiene che nel nostro ordinamento viga un generale divieto di rieducazione coatta. Infatti, secondo lo stesso Autore, "la rieducazione non può mai essere imposta; piuttosto lo Stato deve offrire possibilità di risocializzazione, senza ridurre la pena a pura neutralizzazione del condannato"<sup>127</sup>. Come hanno notato poi altri autori<sup>128</sup>, il verbo tendere sta a significare che la rieducazione del condannato, e conseguentemente il suo reinserimento sociale, non può essere mai "né imposto, né certo, né impossibile"<sup>129</sup>.

Anche in questo caso risulta particolarmente importante l'opinione di Fiandaca<sup>130</sup>, il quale sostiene, coerentemente anche con quanto esposto nel precedente paragrafo, che il verbo "tendere" è stato inserito anche per evitare un'imposizione coercitiva del trattamento rieducativo al condannato. Infatti, accertare l'eventuale disponibilità del destinatario al trattamento, risulta essere da una parte coerente con i principi cardine dello

---

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> R. Calvano, *articolo 27*, in *La Costituzione italiana, commento articolo per articolo*, Volume I, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, Bologna, 2018, pagina 188.

<sup>126</sup> M. Pelissero, *cit.*, pagina 647.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 4.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> G. Fiandaca, *cit.*, pagina 280.

Stato di diritto, dall'altra, risulta anche evidente come il consenso del destinatario- reo è necessario per avere una plausibile aspettativa di successo sul piano sostanziale.

Lo stesso Autore, aggiunge poi, che aderire ad un concetto di rieducazione che non sia autoritario, comporta necessariamente un "processo di reciproca interazione tra società ed l'individuo"<sup>131</sup>. Questa affermazione implica quindi che: da lato, non vi deve essere da nessuna delle due parti, nonostante la posizione asimmetrica nella quale si trovano, un'imposizione unilaterale di valori; dall'altro lato, vuol dire anche che la stessa società, nel perseguire la rieducazione del singolo, ridiscute continuamente i propri valori dominanti, non rendendoli in questo modo dogmi insuperabili.

Importante in questo senso risulta essere la sentenza della Corte Costituzionale n. 313/90. In questa sentenza la Corte, in una prima parte, effettua una ricognizione della propria giurisprudenza che riguarda il comma terzo dell'articolo 27, asserendo che nei primi anni di vigenza della Costituzione e di operatività della Consulta, si era negato "esclusività ed absolutezza al principio rieducativo"<sup>132</sup>. Dopodiché la Corte asserisce che, è vero che la pena presenta inevitabilmente dei caratteri afflittivi, infatti, secondo la stessa Corte, sia la c.d. "retributività"<sup>133</sup> che la c.d. "afflittività"<sup>134</sup>, sono caratteristiche "minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale"<sup>135</sup>. Affermato ciò, la Corte indica come il principio rieducativo abbia una primaria importanza e viene in risalto sia per quanto riguarda la legittimazione, sia per quanto riguarda la funzione della pena stessa.

Seguendo l'argomentazione della Corte, si può notare come anche per quest'ultima il verbo "tendere", contenuto nel comma terzo dell'articolo 27, sia da interpretare come libera scelta che il nostro ordinamento consegna nelle mani del destinatario del trattamento rieducativo, il quale può declinare l'offerta oppure coglierla ed iniziare un percorso di emenda. Viene ribadito, infatti, che nel nostro ordinamento non vige alcun obbligo tassativo di rieducazione coatta per il condannato, fermo restando l'incostituzionalità di un regime di esecuzione che precluda tale fine.

---

<sup>131</sup> *Ibidem.*

<sup>132</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 313/1990, § 8 del considerato in diritto.

<sup>133</sup> *Ibidem.*

<sup>134</sup> *Ibidem.*

<sup>135</sup> *Ibidem.*

Infine, la Corte, afferma che il principio in esame è divenuto parte del patrimonio della cultura giuridica europea, segno che le varie tradizioni giuridiche che appartengono al nostro continente convergono tutte su un tema così centrale ed importante. È significativo pertanto, il fatto che il principio rieducativo, nel nostro caso, è stato impresso nel disposto costituzionale.

È stato notato come, con l'affermazione del principio rieducativo, la funzione retributiva della pena ha perso il suo ruolo centrale. Infatti, oggi, il principio retributivo assurge ad un ruolo di primo piano solamente per quanto riguarda il c.d. principio di proporzionalità della pena, inteso in senso di qualità e quantità della pena stessa, rispetto alla gravità del fatto commesso ed al grado di colpevolezza nel caso concreto<sup>136</sup>.

Passando all'analisi delle modifiche al diritto sostanziale, non si può non citare la legge numero 354/1975, che ha modificato radicalmente la materia penitenziaria.

Questa legge, come è stato sottolineato<sup>137</sup>, si pone in linea con quel cambio di orientamento che ha coinvolto la concezione della finalità della pena. In altre parole, questa norma, testimonia come si sia cercato, sul piano sostanziale, di attuare quello che è il disposto costituzionale del comma terzo dell'articolo 27, privilegiando quindi sia il fine rieducativo della pena, che il principio di umanità della stessa<sup>138</sup>. Emblematico è in questo senso l'articolo 1<sup>139</sup> della legge sull'ordinamento penitenziario che, come hanno

---

<sup>136</sup>R. Calvano, *cit.*, pagina 187.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> L'articolo 1, rubricato "Trattamento e Rieducazione" della l. n. 354/1975 recita: "1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.

2. Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati.

3. Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno.

4. Negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà.

5. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari.

6. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome.

7. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva."

rilevato alcuni autori<sup>140</sup>, è la testimonianza di come, per la prima volta nella nostra tradizione giuridica, al centro dell'esecuzione delle misure restrittive delle libertà personali è stato messo il detenuto come persona. La logica della depersonalizzazione è stata definitivamente abbandonata, la pena non deve più essere mortificante e inutilmente afflittiva.

È stato inoltre notato<sup>141</sup> che, l'ulteriore testimonianza del fatto che la finalità rieducativa rivesta un ruolo di primaria importanza tra gli obiettivi perseguiti dall'esecuzione della pena, è testimoniato dal fatto che, la legge sull'ordinamento penitenziario, pone in assoluta evidenza tale finalità, aprendo il proprio articolato con l'enunciazione del trattamento rieducativo dei detenuti (art. 1, Capo I). Questa disposizione sottolinea la centralità e l'importanza della finalità rieducativa, ponendola in una posizione di rilievo rispetto alle esigenze meramente custodiali, che vengono affrontate in un momento successivo, all'art. 2 del medesimo regolamento. Si è parlato, quindi, dell'esistenza di un diritto alla rieducazione del condannato, ciò comporta che il detenuto abbia diritto ad essere sottoposto anche ad un trattamento rieducativo, che deve essere personalizzato in modo da consentire allo stesso di poter ottimizzare al meglio il suo percorso<sup>142</sup>. Infine, è stato notato in dottrina<sup>143</sup>, che, con la riforma dell'ordinamento penitenziario, il centro dell'esecuzione penale si sposta dal fatto-reato al soggetto che lo ha commesso, che, in quanto colpevole, deve essere sottoposto “all'espiazione della pena”<sup>144</sup>.

Dello stesso avviso è Fiandaca<sup>145</sup>, quando sottolinea come nella fase di esecuzione della pena il legislatore deve già in partenza costruire tipologie di sanzione che siano suscettibili di essere adattate ad un'esecuzione personalizzata o comunque non desocializzante.

Dall'analisi fin qui svolta emerge come, con l'affermazione del principio rieducativo, non si possono più considerare le varie fasi che coinvolgono l'imputato

---

<sup>140</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, da pagina 3 a pagina 4.

<sup>141</sup> F. Siracusano, F. Fiorentin, *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Torino, 2019, pagina 8.

<sup>142</sup> P. Corvi, *Manuale di diritto penitenziario*, Padova, 2024, pagina 341.

<sup>143</sup> M. D'Amico, *cit.*, pagina 573.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> G. Fiandaca, *cit.*, pagina 275.

prima, il condannato poi, come se fossero compartimenti stagni. Il principio rieducativo deve essere tenuto in considerazione sia dal legislatore penale, che dal potere giudiziario e, successivamente, anche da chi si occuperà poi di eseguire la pena irrogata e prenderà effettivamente in custodia il condannato.

È interessante notare come, il principio rieducativo, è stato richiamato anche dalla recente giurisprudenza costituzionale in relazione ai c.d. diritti all'affettività ed alla sessualità del detenuto. Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 10/2024. In questa sentenza, la Corte ha stabilito che l'impossibilità della persona detenuta di effettuare colloqui intimi, si pone in contrasto con la Costituzione ed, in particolare, con quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 27. Risulta, infatti, priva di giustificazione l'inderogabilità del c.d. controllo a vista sullo svolgimento dei colloqui previsto dall'articolo 18 della legge sull'ordinamento penitenziario.

Nel momento in cui non sussistano, nel caso del detenuto, esplicite esigenze penitenziarie, come ad esempio quella di mantenere l'ordine e la sicurezza nell'istituto, oppure qualora non sussistano, rispetto all'imputato-detenuto, esigenze di ordine giudiziario, è evidente come, il divieto assoluto di visite intime, sia una misura con carattere prevalentemente, se non esclusivamente, afflittivo. Di conseguenza, il carattere afflittivo della pena contrasta, *in toto*, con il disposto del terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, impedendo il pieno manifestarsi della finalità rieducativa. Infatti, se l'obiettivo dell'esecuzione della pena è la risocializzazione del detenuto, ostacolare le sue relazioni affettive e sentimentali, soprattutto quelle stabili e durature, rappresenta un serio impedimento alla riuscita di tale processo<sup>146</sup>.

Sulla correlazione tra finalità rieducativa e diritto all'affettività ed alla sessualità, è stata chiara l'argomentazione della Corte. Infatti, il perseguimento dell'obiettivo rieducativo, deve avere natura sostanziale. L'esecuzione penale, quindi, non può e non deve comportare un sacrificio per il detenuto superiore al necessario. In questo caso, invece, appare inevitabile l'indebolimento delle relazioni affettive del detenuto, sicché

---

<sup>146</sup> M. Ruotolo, *Il riconoscimento del diritto all'intimità delle persone detenute in un'originale additiva ad attuazione progressiva*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fascicolo 1 del 2024, da pagina 90 a pagina 100.

quest'ultimo rischia una “desertificazione affettiva”<sup>147</sup>, la quale si pone in evidente contrasto con la risocializzazione del detenuto stesso.

La questione era stata già affrontata dalla Corte in un suo famoso precedente, ovvero la sentenza n. 301/2012. Nel caso di specie, la Corte dichiarò la questione di legittimità costituzionale inammissibile sotto un duplice profilo. In primo luogo, il *giudice a quo* aveva “omesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta e, conseguentemente, di motivare sulla rilevanza della questione”<sup>148</sup> ed, in secondo luogo, la Corte stabilì che l’eliminazione del controllo visivo, da parte della polizia penitenziaria, non fosse sufficiente a realizzare l’obiettivo perseguito. Era infatti necessaria una specifica disciplina, che stabilisse i termini e le modalità in cui poter esercitare concretamente il diritto all’affettività e che tenesse anche conto delle esigenze, evidentemente contrapposte, di ordine e sicurezza che potevano emergere a livello pratico. Era quindi necessario effettuare un rigoroso bilanciamento, in altre parole, era necessario l’intervento del legislatore.

Erano presenti, inoltre, ulteriori ragioni che impedivano alla Corte di pronunciare una sentenza una sentenza additiva “di principio”<sup>149</sup>. In particolare, era necessario effettuare delle scelte che appartenevano alla discrezionalità legislativa, come quella che riguardava i soggetti che potevano accedere alle visite intime<sup>150</sup>.

La Corte, con la sentenza n. 10/2024, ha superato il suo precedente orientamento e ciò è stato possibile per una serie di ragioni. Infatti, in questo caso, le questioni di legittimità costituzionale erano formulate in modo da non esporsi a rilievi di inammissibilità. Dopodiché, come rileva nella sentenza la stessa Corte, la normativa penitenziaria ha registrato “significative innovazioni, che delineano oggi un quadro normativo ben differente da quello di allora”<sup>151</sup>. A testimonianza di ciò, è possibile richiamare l’ articolo 1, comma 85, lettera n), della legge n. 103/2017, nel quale era esplicitamente riconosciuto il diritto all’affettività delle persone detenute ed internate. Se, a quanto affermato, si aggiunge poi che la lacuna presente nel sistema penitenziario non

---

<sup>147</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 10/2024, § 4 del considerato in diritto.

<sup>148</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 301/2012, § 2 del considerato in diritto.

<sup>149</sup> M. Bortolato, *Il diritto all’intimità del colloquio: osservazioni a Corte cost. 10/2024*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fascicolo 1 del 2024, da pagina 100 a 109.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 10/2024, § 2 del considerato in diritto.

è stata colmata con una normazione specifica in tal senso, allora si può certamente comprendere meglio il sindacato della Corte che, a distanza di dodici anni, effettua un “sindacato più penetrante che vale ad evitare il consolidamento dell’omissione nella forma di una intollerabile inattuazione costituzionale capace di risolversi in lesione della dignità della persona”<sup>152</sup>.

## 2.5 *Il principio di umanità delle pene.*

L’esperienza della dittatura fascista e della Seconda Guerra Mondiale hanno profondamente influenzato i lavori dell’Assemblea Costituente, come già evidenziato nei paragrafi precedenti. In particolare, il tema dell’esecuzione della pena, è stato oggetto di una considerevole attenzione, dettata dalla necessità di segnare una netta discontinuità con il passato.

È stato notato come, un primo ruolo significativo che riveste il principio di umanità, è sicuramente quello di limite al c.d. carattere afflittivo della pena stessa<sup>153</sup>. Questo limite, nota poi Palazzo<sup>154</sup>, non si riferisce alle sole pene corporali, ma si rivolge anche a tutte pene che, sebbene siano state pensate per attuare il principio rieducativo come da disposto costituzionale, si sostanziano in tecniche di manipolazione della personalità del reo, ovvero in metodi “produttivi di una sofferenza di carattere non fisico ma psicologico-morale, consistente nell’umiliazione patita dal soggetto toccato nel valore della sua più profonda dignità umana”<sup>155</sup>.

Sulla stessa lunghezza d’onda si pone poi, la sentenza della Corte Costituzionale n. 12/1966, nella quale la Corte afferma che il principio di umanità, contenuto nel disposto del comma terzo dell’articolo 27 della Costituzione, ha posto un preciso limite per impedire che il grado di afflittività di una pena renda possibile la commissione di atti contrari al senso di umanità.

---

<sup>152</sup> M. Ruotolo, *cit.*, pagina 94.

<sup>153</sup> P. Pittaro, *articolo 27*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di R. Bin e S. Bartole, Seconda edizione, Padova, 2008, pagina 281.

<sup>154</sup> F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pagina 92.

<sup>155</sup> F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*, Torino, 2008, 43.

Altri<sup>156</sup>, hanno poi notato come il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità è strettamente correlato al finalismo rieducativo della pena. Esso, infatti, impone che il condannato sia inserito in un contesto penitenziario nel quale sia presente in maniera imperativa il rispetto dei diritti fondamentali della persona, che incontrano un limite nella sola esigenza di ordine e sicurezza. In sostanza, nonostante lo stato proprio del detenuto, quello cioè di persona privata temporaneamente della sua libertà personale, è necessario riconoscere a quest'ultimo “quei diritti fondamentali che sono propri di ogni essere umano”<sup>157</sup>, principio che rappresenta un ulteriore limite alla c.d. afflittività della pena, che deve essere rispettato durante l'esecuzione della stessa.

Di particolare importanza, risulta essere poi la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/1974. In questa sentenza la Corte ha stabilito che, in conformità al precetto costituzionale, ne deriva il diritto del condannato a ottenere, qualora ricorrano le condizioni stabilite dalla norma di diritto sostanziale, un riesame del protrarsi dell'esecuzione della pretesa punitiva, finalizzato a verificare se la quantità di pena espiata abbia effettivamente assolto in modo positivo alla sua funzione rieducativa; tale diritto deve essere garantito dalla legge mediante un sistema giurisdizionale valido e ragionevole.

E' stato notato<sup>158</sup> come, uno degli aspetti più importanti che coinvolgono il principio di umanizzazione della pena, sia costituito proprio “dal riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale durante l'esecuzione penale”<sup>159</sup>. È noto come, la sentenza in esame, sia una tappa importante all'interno del processo che ha portato alla c.d. “giurisdizionalizzazione”<sup>160</sup> della fase di esecuzione della pena.

Questa tendenza trova poi conferma poi nella legge n. 354/1975 che, nei procedimenti davanti alla magistratura di sorveglianza che incidono sulla libertà personale del condannato, assicura le garanzie proprie della giurisdizione, dopodiché si amplierà con le modifiche introdotte dalle leggi n. 1/1977 e n. 663/1986 alla stessa legge

---

<sup>156</sup> P. Corvi, *cit.*, pagina 341.

<sup>157</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 342.

<sup>158</sup> M. D'Amico, *cit.*, pagina 577.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

sull'ordinamento penitenziario e, successivamente, troverà riconoscimento anche nel nuovo codice di procedura penale del 1988.

È quindi doveroso affermare come, anche nella riforma dell'ordinamento penitenziario, si sia tenuto conto del principio di umanizzazione della pena, in virtù anche di un clima europeo favorevole in tal senso, come dimostra anche l'elaborazione da parte del Consiglio d'Europa, nel 1973, delle Regole minime per il trattamento penitenziario. Le Regole minime sono state, infatti, uno dei tanti fattori che hanno ispirato la riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>161</sup>.

In particolare, oltre a quanto affermato nel paragrafo precedente, se si esaminano le norme che compongono la legge n. 354/1975, si può notare come sia netto il cambio di passo rispetto al Regolamento Rocco del 1931. Infatti, già dall'esame del primo articolo della legge n. 354/1975, è possibile notare come il disposto del terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione e, nello specifico, il principio di umanità, rivestano un ruolo centrale e di assoluto primo piano, essendo stati elevati al rango di principio cardine sul quale si fonda l'intera riforma.

Inoltre, dall'analisi svolta da una parte di dottrina<sup>162</sup>, il disposto del comma terzo dell'articolo 27 è strettamente legato al principio di individualizzazione del trattamento penitenziario, contenuto all'articolo 1 comma 2 della legge n. 354/1975, ulteriore testimonianza di come il legislatore abbia voluto tenere conto, e valorizzare, il disposto costituzionale.

## *2.6 Gli altri principi di diritto costituzionale penale.*

Appare utile ricordare, come è stato sottolineato<sup>163</sup>, che fino alla riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n. 354/1975, l'esecuzione della pena era regolata ancora dal Regolamento Rocco del 1931.

Regolamento che, in quanto tale, sfuggiva al potenziale intervento della Corte Costituzionale. La situazione è stata ampiamente modificata con l'entrata in vigore della

---

<sup>161</sup> P. Pittaro, *cit.*, pagina 281.

<sup>162</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 576.

<sup>163</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 1.

Riforma del 1975, che ha stravolto l'allora vigente assetto normativo, creando un impianto sicuramente più aderente e più coerente con il dettato costituzionale.

Inoltre, la scelta del legislatore del '75 di adottare la riforma attraverso la legge ordinaria, è sintomo da un lato, della centralità della materia alla luce di una rinnovata sensibilità sul tema, dall'altro lato, della precisa volontà di rendere la materia stessa sottoponibile agli eventuali interventi della Corte Costituzionale<sup>164</sup>.

Per evidenti ragioni di sintesi, è stato ritenuto limitare la trattazione a quelle che sono state ritenute le principali norme che entrano in gioco, direttamente od indirettamente, nell'esecuzione della pena.

Di seguito sarà quindi fatta una ricognizione dei più importanti principi costituzionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena, oltre al disposto del terzo comma dell'articolo 27.

Il primo articolo del disposto costituzionale che è necessario citare è sicuramente l'articolo 2. Esso, com'è ben noto, garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, anche se detenuto, come ha riconosciuto anche in dottrina<sup>165</sup>. Il disposto costituzionale è stato ampiamente attuato, soprattutto con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 e con il superamento del vecchio Regolamento del 1931 che era improntato, come è stato anche precedentemente rilevato, ad un paradigma rigidamente retributivo che assumeva, talvolta, anche connotati vendicativi<sup>166</sup>.

L'articolo 3 della Costituzione, al suo primo comma, dispone quello che è stato definito il c.d. principio di uguaglianza formale<sup>167</sup>, il quale implica che "situazioni eguali siano trattate in modo eguale e situazioni differenti in modo differenziato"<sup>168</sup>. Per quanto concerne la normativa penitenziaria, il precetto in esame, influenza notevolmente numerosi e variegati ambiti. Ad esempio, com'è stato rilevato, il principio di uguaglianza formale assume rilevanza sia per quanto riguarda il trattamento penitenziario, sia per

---

<sup>164</sup> M. D'Amico, *cit.*, pagina 573.

<sup>165</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 1.

<sup>166</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, 2019, pag. 1.

<sup>167</sup> Tra i tanti si veda il contributo di M. D'Amico, *articolo 3*, in *La Costituzione italiana, commento articolo per articolo*, Volume I, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, Bologna, 2018, da pagina 31 a pagina 34.

<sup>168</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 29.

quanto riguarda il procedimento di sorveglianza<sup>169</sup>. Come esempio di origine normativa si può citare sicuramente l'articolo 3 della legge n. 354/1975, rubricato "Parità di condizioni fra i detenuti e gli internati", il quale garantisce quindi ad entrambi "parità di condizioni di vita"<sup>170</sup>. Numerose sono state poi le sentenze della Corte Costituzionale che hanno riguardato la violazione del principio in esame, come esempio si può citare la sentenza n. 227 del 1995, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-ter, quarto comma, della legge sull'ordinamento penitenziario "nella parte in cui non prevede l'ammissione al permesso premio dei condannati alla reclusione militare"<sup>171</sup>.

L'articolo 13 della Costituzione è a presidio di quella che è stata definita come "la più antica e fondamentale delle libertà individuali"<sup>172</sup>, ovvero la libertà personale<sup>173</sup>. Infatti, se si guarda anche alla collocazione sistematica dell'articolo 13 all'interno della Costituzione, come è stato rilevato<sup>174</sup>, non si può non notare come quanto disposto in esso sia la "premessa necessaria al godimento effettivo di tutte le altre libertà"<sup>175</sup>. Altri hanno notato, come l'articolo 13 sia una norma immediatamente precettiva, come affermato anche dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 2/1956 e, di conseguenza, configura in capo al singolo un diritto soggettivo perfetto, valevole *erga omnes* e che non è suscettibile di limitazioni se non alle condizioni stabilite dalla stessa Costituzione<sup>176</sup>.

In particolare, con riferimento all'analisi oggetto del presente elaborato, risulta di particolare interesse approfondire il comma secondo dell'articolo 13. Nel citato comma, sono contenute rispettivamente la c.d. riserva di giurisdizione e la c.d. riserva assoluta di legge statale, dal cui combinato disposto emerge che ogni forma di detenzione, ispezione o perquisizione personale, così come qualsiasi altra limitazione della libertà personale, è

---

<sup>169</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, da pagina 1 a pagina 2.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

<sup>171</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 227/1995.

<sup>172</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 95.

<sup>173</sup> C. Martinelli, voce *Articolo 13*, in *La Costituzione italiana*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E.

Vigevani, Bologna 2018, da pagina 95 a pagina 101.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> C. Mainardis, voce *articolo 13*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, pagina 103.

consentita esclusivamente in presenza di un atto motivato dell'autorità giudiziaria, limitatamente ai casi e alle modalità contemplati dalla legge<sup>177</sup>.

L'ultimo comma dell'articolo 13, invece, vieta categoricamente le violenze fisiche o morali compiute su persone sottoposte a restrizione di libertà. Com'è stato evidenziato<sup>178</sup>, il comma in esame, presenta diversi collegamenti logico-giuridici con il principio di umanità delle pene contenuto nell'articolo 27 comma terzo. Considerando il fatto che, i soggetti privati della libertà, si trovano in uno stato di particolare vulnerabilità è quindi compito dello Stato di diritto, in quanto custode e responsabile delle persone che ha privato della libertà, evitare il proliferarsi di atti che integrino condotte di tipo afflittivo. Siamo di fronte a quindi quella che è, stata definita come “un'importantissima norma di civiltà giuridica”<sup>179</sup>.

Il comma quarto dell'articolo 27 impone, nel nostro ordinamento, il divieto di predisporre la pena di morte che, a seguito della l. cost. n. 1/2007, che ha eliminato la frase “se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”, è possibile definire come assoluto.

Com'è stato sostenuto, in questo modo, risulta coerente l'idea di pena che traspare innanzitutto dal terzo comma dell' articolo 27 stesso e, più in generale, dall'intero impianto costituzionale<sup>180</sup>. L'abolizione della pena di morte, in ogni caso, confermerebbe il c.d. “paradigma rieducativo della pena”<sup>181</sup>.

Tra le altre norme di rango costituzionale che influenzano l'esecuzione della pena, è opportuno richiamare, senza pretese di completezza: l'articolo 27 comma secondo che detta la c.d. presunzione di non colpevolezza dell'imputato, che come diretta conseguenza, come suggerisce la dottrina<sup>182</sup>, impone che il trattamento penitenziario di quest'ultimo non sia equiparato a quello del condannato; l'articolo 32 che, come è stato rilevato<sup>183</sup>, garantisce il diritto alla salute, quindi ad esempio cure ed assistenza sanitaria,

---

<sup>177</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 4.

<sup>178</sup> C. Martinelli, *opera cit.*, pagina 100.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> R. Calvano, *cit.*, pagina 190.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 7.

<sup>183</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 3.

anche ai soggetti privati della libertà personale ed, infine, l'articolo 87 che concede al Presidente della Repubblica il potere di concedere la grazia e commutare le pene.

### **3. I principi internazionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena.**

In Italia, l'esecuzione della pena, non è regolata esclusivamente dalla normativa nazionale, ma è altresì influenzata da fonti sovranazionali che ne definiscono i limiti e ne disciplinano l'applicazione. Il presente paragrafo si propone di esaminare le principali di esse.

#### *3.1 L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*

L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi C.E.D.U. o Convenzione) ha una posizione privilegiata per quanto guarda il tema dell'esecuzione della pena. Inoltre, come è stato notato in dottrina<sup>184</sup>, se guardiamo il tema assumendo un'ottica comparatistica, il disposto dell'articolo 3 della Convenzione ha importanti similitudini con quanto disposto invece dalla prima parte del comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione ed anche con quanto disposto dall'articolo 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Innanzitutto, è necessario circoscrivere la portata dell'articolo 3 della Convenzione, nel momento in cui la formulazione dello stesso potrebbe portare ad ambiguità interpretative. In particolare, come è stato rilevato<sup>185</sup>, la *ratio* dell'articolo sarebbe quella di proteggere “il principio essenziale della dignità di ogni essere umano”<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 9.

<sup>185</sup> P. Pustorino, voce *Articolo 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pagina 65.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

Affermato ciò, è allora necessario considerare anche, come è stato affermato anche in dottrina<sup>187</sup>, che il disposto contenuto nell'articolo 3 della C.E.D.U. presenta due caratteristiche fondamentali: esso è assoluto ed inderogabile.

La caratteristica dell'assolutezza sta a significare che, quanto disposto nell'articolo 3 della Convenzione, non è suscettibile di eccezioni e/o bilanciamenti di qualsiasi natura. Infatti, il regime di cui all'articolo 3, non può subire eccezioni, neanche per ragioni di interesse pubblico, come la lotta al terrorismo od alla criminalità organizzata<sup>188</sup>.

Il concetto di inderogabilità non ha bisogno di particolari definizioni ma, è necessario notare, che la stessa Convenzione, all'articolo 15, dopo aver stabilito al primo comma che in caso di guerra o di grave pericolo pubblico per la vita della nazione, ogni parte contraente può adottare misure derogatorie agli obblighi della Convenzione, nei limiti imposti dalla situazione e nel rispetto degli altri obblighi di diritto internazionale, stabilisce chiaramente al secondo paragrafo dello stesso articolo che “la disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7”<sup>189</sup>. Da ciò discende che la disciplina *ex* articolo 3, non può essere sospesa neanche in caso di guerra o di emergenza pubblica<sup>190</sup>.

È stato quindi affermato che il combinato disposto dei due principi implica che, gli Stati contraenti, non possono in alcun modo condurre alcun tipo di eventuale bilanciamento tra i valori protetti dall'articolo 3 della Convenzione ed altri ipotetici valori che possono emergere in concreto<sup>191</sup>.

Guardando più da vicino quanto disposto dall'articolo 3, possiamo sicuramente affermare che emergono tre concetti distinti e di vitale importanza, che è necessario analizzare, ovvero cosa si intende per: tortura, trattamenti o pene inumani e degradanti.

---

<sup>187</sup> *Ibidem*.

<sup>188</sup> Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2023, pagina 242.

<sup>189</sup> Articolo 15, paragrafo 2, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

<sup>190</sup> Harris, O'Boyle, Warbrick, *cit.*, pagina 242.

<sup>191</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 66.

Prima di analizzare uno per uno questi concetti è necessario affermare, come rilevato anche in dottrina<sup>192</sup>, che è grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che oggi abbiamo una definizione circoscritta dei concetti in esame. Infatti, secondo la ricostruzione fornita dalla Corte, tra i concetti in esame esiste un rapporto di gradualità. È interessante notare come non ci può essere tortura senza un trattamento inumano o degradante e che una determinata condotta non può integrare allo stesso tempo un trattamento contemporaneamente inumano e degradante<sup>193</sup>, senza costituire tortura.

Inoltre, è stato affermato che, affinché si attivi la tutela della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), è necessario che l'abuso subito dal detenuto debba essere superiore ad una c.d. soglia minima di gravità che deve essere valutata in base al caso concreto, ovvero prendendo in considerazione la condizione del soggetto che la subisce. È stato correttamente notato<sup>194</sup>, come alcuni dei principali criteri individuati dalla Corte sono: la durata della violazione; l'età; le conseguenze fisiche e mentali prodotte e lo stato di salute dell'individuo<sup>195</sup>.

La mancanza di una definizione netta dei principi in esame può essere imputata al fatto che, come conferma anche importante dottrina<sup>196</sup>, partendo dalla ricostruzione della discussione avvenuta durante i lavori preparatori della Convenzione, inserire all'interno dell'articolo 3 una serie di fattispecie, formando di fatto un elenco tassativo, avrebbe circoscritto la portata dell'articolo in questione eccessivamente, impedendo alla Corte di interpretare estensivamente le fattispecie alla luce del mutamento delle circostanze che si trovava ad affrontare. Il rovescio della medaglia si può sicuramente notare nel momento in cui, la scarna e lacunosa formulazione del disposto in esame, ha consentito un'applicazione estremamente discrezionale della norma che, in alcuni casi, può sollevare "legittime perplessità"<sup>197</sup>.

---

<sup>192</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 9.

<sup>193</sup> *Ibidem*. La citata dottrina inoltre richiama il Rapporto della Commissione europea del 5 novembre 1969, ricorsi n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, 1969, pp. 5-510.

<sup>194</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 66.

<sup>195</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 68. La citata dottrina richiama la sentenza della Corte EDU: *Irlanda c. Regno Unito* del 18 gennaio 1978, citando il § 162.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

Per quanto riguarda la nozione di tortura, essa si riferisce ad atti che intenzionalmente causano gravi sofferenze fisiche o psicologiche, spesso con l'obiettivo di ottenere un determinato risultato. In altre parole, la tortura è composta da una serie di condotte che mirano all'annientamento e all'annichilimento della persona, sia fisico che psicologico. Essa, insomma, "non è che una forma aggravata di trattamento inumano o degradante"<sup>198</sup>.

La nozione di trattamento inumano implica un trattamento "premeditato, applicato per ore e che causa lesioni corporali o sofferenze intense sotto il profilo fisico e mentale"<sup>199</sup>, mentre la definizione di trattamento degradante implica che il trattamento stesso sia tale da "creare nella vittima un senso di paura, angoscia ed inferiorità, tale da umiliarla e piegare la sua resistenza fisica o morale così da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza"<sup>200</sup>.

Secondo una parte di dottrina <sup>201</sup>, inoltre, la Corte ha ampliato di molto negli anni le condotte da ricomprendere sotto la fattispecie di trattamenti degradanti, infatti, grazie alla sua giurisprudenza evolutiva, sono state ricondotte sotto questa fattispecie tutte quelle situazioni lesive della dignità del detenuto, come ad esempio le condizioni delle carceri nelle quali quest'ultimo sconta la detenzione.

È stato affermato che dall'articolo 3 della Convenzione discendano una serie di obblighi, di natura sia positiva e che negativa a carico degli Stati contraenti. Più nello specifico, si può evidenziare come, se ci basassimo solo sul dato letterale dell'articolo 3 della Convenzione, l'unico obbligo che ricaveremmo sarebbe quello di natura negativa a carico dello Stato contraente di non sottoporre i cittadini detenuti a tortura e a trattamenti o pene inumane o degradanti<sup>202</sup>.

In realtà la questione è più complessa. La giurisprudenza della Corte ha ampliato considerevolmente la portata dell'articolo 3, assumendo un'interpretazione "assai estensiva di tale disposizione che tiene conto dell'evoluzione complessiva del settore dei

---

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> *Ibidem*

<sup>200</sup> *Ibidem*.

<sup>201</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 9.

<sup>202</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 72.

diritti umani e della prassi specifica degli stati parte”<sup>203</sup>. Ad esempio, in tema di trattamento di detenuti, la giurisprudenza ha riconosciuto obblighi positivi a carico dello Stato contraente, in persona di chi lo rappresenta, di motivazione specifica delle ragioni alla base del prolungamento il periodo di detenzione di soggetti in età avanzata, o di minore età od ancora di soggetti in precarie condizioni di salute, anche mentale<sup>204</sup>.

A livello giurisprudenziale, la sentenza della Corte EDU *Torreggiani ed altri c. Italia* dell’ 8 gennaio 2013, risulta essere una delle più interessanti. L’oggetto della cognizione della Corte EDU è il tema del c.d. sovraffollamento penitenziario. Infatti, viene evidenziato, come il sistema carcerario italiano sia in condizioni critiche a causa, tra l’altro, della fatiscenza delle strutture e della elevata presenza dei detenuti a fronte di una scarsità di spazi detentivi. In particolare, il caso riguarda sette detenuti che, nei rispettivi istituti di detenzione, scontavano la pena in celle con spazi vitali non superiori a 3 m<sup>2</sup> a testa<sup>205</sup>.

Nella sentenza, la Corte di Strasburgo, definisce il problema del sovraffollamento carcerario italiano come “endemic”<sup>206</sup>. La dimensione del fenomeno, in concreto, assume quindi proporzioni abnormi che costringono inevitabilmente i detenuti a subire trattamenti inumani o degradanti quotidiani, a causa del ristretto spazio nel quale devono scontare la detenzione.

Come è stato osservato<sup>207</sup>, la sentenza in esame, assume prospettive inedite in quanto, a differenza delle precedenti pronunce, come ad esempio *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte EDU individua, con giudizio unanime, la totale e sistematica disfunzione dell’intera struttura penitenziaria italiana.

In virtù di ciò, considerando l’aumento del numero di persone potenzialmente coinvolte e le possibili condanne derivanti dai numerosi ricorsi, la Corte EDU ha emesso

---

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno 2013, Fascicolo 2, da pagina 948 a pagina 966.

<sup>206</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia* dell’8 gennaio 2013, § 87.

<sup>207</sup> M. Dova, *cit.*, pagina 949.

una sentenza pilota rilevando una violazione strutturale dell'art. 3 CEDU, causata dal perdurante sovraffollamento degli istituti penitenziari.

La Corte EDU ha quindi ravvisato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione e, per questo motivo, ha condannato lo Stato italiano, oltre al risarcimento dei danni nei confronti dei ricorrenti, anche all'obbligo di predisporre "un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario"<sup>208</sup>. Lo Stato deve quindi, secondo quanto riportato anche dalla dottrina <sup>209</sup>, adottare anche una serie di misure che sono indirettamente collegate alla sentenza della Corte. In altre parole, oltre ad un ammodernamento degli istituti di pena, è necessario anche intervenire a livello legislativo, che è indubbiamente una via che si può percorrere più celermente.

È anzi, nello stesso interesse dello Stato evitare che si crei un copioso numero di sentenze di condanna che riguardano lo stesso tema, ovvero il sovraffollamento. È quindi la stessa Corte, subito dopo aver precisato che non spetta comunque a lei indicare soluzione al problema, in quanto rientra nell'ambito di assoluta discrezionale politica penale nazionale, a suggerire una soluzione, invitando lo Stato ad esortare i procuratori e i giudici a ricorrere "il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria"<sup>210</sup>.

### *3.2 gli altri principi della Convenzione in tema di esecuzione della pena.*

Prima di iniziare l'analisi degli altri principi della Convenzione in tema di esecuzione della pena è opportuno precisare che, per evidenti ragioni di sintesi, il paragrafo tratterà solo dei principali articoli che vengono in rilievo in relazione al tema trattato da questo elaborato.

---

<sup>208</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Torreggiani ed altri c. Italia dell'8 gennaio 2013, § 4 della decisione.

<sup>209</sup> M. Dova, *cit.*, pagina 950.

<sup>210</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Torreggiani ed altri c. Italia dell'8 gennaio 2013, § 95.

È stato evidenziato come, l'articolo 3 della Convenzione, data la sua primaria importanza, abbia influenza sull'interpretazione e sull'applicazione di diverse norme della Convenzione, sia di natura sostanziale che procedurale<sup>211</sup>.

Dal punto di vista strettamente procedurale, a titolo di esempio, si può sicuramente citare il fatto che, in tema di ricevibilità dei ricorsi individuali che hanno oggetto la violazione dell'articolo 3, il requisito del c.d. previo esaurimento dei ricorsi interni viene interpretato dalla Corte in "maniera più flessibile e meno restrittiva"<sup>212</sup>. Viene quindi "applicato in modo favorevole al ricorrente il criterio dell'effettività dei ricorsi nazionali da esperire"<sup>213</sup>. Da un lato, quindi, si è ritenuto superfluo, in caso di violazione sistematica dell'articolo 3 da parte dello Stato contraente, l'esaurimento di alcuni ricorsi astrattamente esperibili<sup>214</sup>; dall'altro lato è stata accuratamente verificata l'efficacia di specifici mezzi di ricorso nazionali.

Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale, la dottrina<sup>215</sup>, ricostruisce un intenso collegamento tra l'articolo 2 e l'articolo 3 della Convenzione. In particolare, in questi casi, lo "scrutinio della Corte viene difatti condotto in modo più approfondito di quanto richiesto da altre disposizioni convenzionali"<sup>216</sup>. Questo fa sì che si convenga a soluzioni interpretative, specie quando si tratta di ricavare obblighi positivi a carico dello Stato contraente, analoghe per entrambe le fattispecie.

È interessante analizzare anche ciò che è disposto agli articoli 4 e 5 della Convenzione. L'articolo 4, al primo paragrafo, dispone che nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù, al secondo paragrafo dispone il divieto di costrizione a compiere lavori forzati od obbligatori e, da ultimo, il terzo paragrafo specifica quale tipo di lavoro non è considerato forzato. In particolare alla lettera a) si evince che esula dall'integrare una violazione della presente norma: "il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale"<sup>217</sup>. L'articolo 5, paragrafo primo, della

---

<sup>211</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 66.

<sup>212</sup> *Ibidem.*

<sup>213</sup> *Ibidem.*

<sup>214</sup> *Ibidem*, si veda anche: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Akasoy c. Turchia*, § 52.

<sup>215</sup> *Ibidem.*

<sup>216</sup> *Ibidem.*

<sup>217</sup> CEDU, articolo 4, paragrafo 3, lettera a).

convenzione, invece, tratta del diritto alla libertà ed alla sicurezza. Dopo aver disposto che nessuna persona può essere privata della libertà se non nei casi previsti dalla legge, procede ad un elenco di situazioni nelle quali la limitazione della libertà è ritenuta legittima, ad esempio nel caso di cui alla lettera a), ovvero “se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente”<sup>218</sup>. Nota giustamente parte della dottrina<sup>219</sup> che, in molti casi, come ad esempio *Szabò c. Svezia*, la Corte EDU ha sanzionato il disequilibrio eccessivo che si verificava tra il regime applicato nello stato di condanna e quello che era effettivamente subito nello stato di detenzione.

È stata, inoltre, ricostruita una stretta relazione tra l’articolo 3 e gli articoli della Convenzione n. 6, 8, 13, 14<sup>220</sup>.

Questa affinità è stata giustificata dal fatto che, le norme citate, sembrano costituire un “naturale completamento dell’esame riguardante l’articolo 3”<sup>221</sup>. Questa complementarità si può verificare a livello pratico in varie modalità. Da una parte, possiamo affermare che l’accertamento della violazione dell’articolo 3 può essere svolto contestualmente alla valutazione della violazione delle disposizioni convenzionali sopra menzionate, dall’altra è opportuno notare che la rilevazione di gravi violazioni di disposizioni pattizie diverse dall’articolo 3 può comportare automaticamente la violazione di tale articolo<sup>222</sup>. Ad esempio, la violazione di quanto disposto dall’articolo 6 della Convenzione, ovvero il c.d. principio dell’equo processo, può essere particolarmente grave (e quindi coinvolgere il perimetro di tutela offerto dell’articolo 3), quando, durante il processo svolto davanti alle autorità dello Stato contraente, come nel caso sottoposto all’attenzione della Corte europea dei diritti dell’uomo *Jalloh c. Germania*, sono state usate prove raccolte mediante utilizzazione di tortura o attraverso trattamenti inumani o degradanti, tali “da violare il principio che attribuisce al solo imputato la facoltà di autoincriminarsi”<sup>223</sup>.

È stato anche evidenziato come, il divieto di pena di morte ex articolo 27 quarto comma della Costituzione, sia rinvenibile all’interno del Protocollo numero 13,

---

<sup>218</sup> CEDU, articolo 5, paragrafo 1, lettera a).

<sup>219</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 16.

<sup>220</sup> P. Pustorino, *cit.* pagina 66.

<sup>221</sup> *Ibidem.*

<sup>222</sup> *Ibidem.*

<sup>223</sup> *Ibidem.*

all'articolo 1, mentre nei successivi due articoli, dello stesso Protocollo, sono disposti il divieto di deroga e di riserva<sup>224</sup>.

### *3.3 Gli altri principi sovranazionali che limitano e regolano l'esecuzione della pena.*

In conclusione del paragrafo, è necessario fare una breve ricognizione dei principali strumenti normativi e degli ulteriori principi, del diritto internazionale pattizio, in tema di esecuzione della pena.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Parigi, 10 dicembre 1948), offre molteplici spunti di analisi. Non si può non notare, infatti, come l'articolo 5 della convenzione stessa presenta numerose affinità con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'articolo 27 comma terzo della Costituzione. Infatti, anche in questo caso, viene sancito il divieto di *"torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment"*<sup>225</sup>.

Rimanendo sempre in ambito O.N.U., nel 1955 furono elaborate le Regole minime per il trattamento dei detenuti (Ginevra, 30 agosto 1955)<sup>226</sup>, esse sono state il frutto della memoria, ancora fresca, delle atrocità commesse durante la Seconda guerra mondiale<sup>227</sup>. Ebbero comunque un grande impatto a livello internazionale, tanto che furono recepite anche a livello europeo. Infatti, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, emanò con la risoluzione (73) 5, le c.d. Regole minime per il trattamento dei detenuti. Codeste regole, sono state poi aggiornate nel 1987 e, successivamente, nel 2006 con le Regole penitenziarie europee<sup>228</sup>.

Risulta interessante, come notato anche in dottrina<sup>229</sup>, l'analisi del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966, adottato dall'Assemblea Generale delle

---

<sup>224</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 20

<sup>225</sup> Universal Declaration of Human Rights, article 5.

<sup>226</sup> Le Regole furono poi approvate dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite con due risoluzioni, la 663 C del 1957 e la 2076 del 1977. Oggi, in seguito ad una importante revisione avvenuta nel 2015, sono anche conosciute come *"Mandela Rules"*.

<sup>227</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 5.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> L. Filippi, G. Spangher, M.F. Cortesi, *cit.*, pagina 21.

Nazioni Unite (Risoluzione 2200 A, 16 dicembre 1966), che nella parte terza, all'articolo 7, stabilisce chiaramente che “*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation*”<sup>230</sup>. Lo specifico riferimento agli esperimenti medico-scientifici, contenuto nell'ultima parte dell'articolo, testimonia come, anche in questo caso, le atrocità commesse durante la Seconda guerra mondiale sui soggetti detenuti influenzassero ancora molto il dibattito dell'epoca.

Esistono poi delle Convenzioni che hanno come specifico oggetto la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. Esse, agiscono su due piani in riferimento alla validità *ratione loci*<sup>231</sup>. Un primo piano, è rappresentato dalle convenzioni che operano sul piano c.d. universale, come la Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti ( adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 39/46 del 10 dicembre 1984); l'altro, è rappresentato invece dalle convenzioni che operano su un piano c.d. regionale che, a livello europeo, coincidono con la Convenzione europea per la prevenzione della tortura o delle pene e trattamenti inumani o degradanti del 1987.

In particolare, quest'ultima Convenzione, dispone anche di un organismo, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (di seguito C.P.T.) che ha un ruolo molto peculiare<sup>232</sup>. Infatti, il, C.P.T., è un “meccanismo di controllo preventivo”<sup>233</sup>, che si serve di visite, anche a sorpresa, presso le strutture detentive di qualsiasi natura presenti all'interno del territorio nazionale degli Stati contraenti. Al termine di questa visita viene redatta una Relazione, nella quale gli ispettori redigono i risultati degli “accessi”<sup>234</sup> che hanno effettuato, con le loro conclusioni.

Inoltre, il C.P.T. e le Relazioni, influiscono in modo sia diretto che indiretto sull'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte). Infatti, sebbene siano due organismi autonomi e non sovrapponibili quanto a competenze e funzioni, si

---

<sup>230</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, article 7.

<sup>231</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 66.

<sup>232</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 7.

<sup>233</sup> *Ibidem.*

<sup>234</sup> *Ibidem.*

può affermare che, talvolta, operino su piani complementari. Ovvero, da un lato il C.P.T., nel momento in cui demanda ispezioni, potrebbe prevenire eventuali futuri casi che poi in futuro potrebbero essere portati al cospetto della Corte; dall'altro lato è possibile che la Corte stessa "si avvalga delle Relazioni come attività istruttoria funzionale alla loro decisione"<sup>235</sup>.

A livello europeo, assume particolare importanza anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza. La Carta è stata approvata dal Parlamento europeo il 12 dicembre del 2007, in seduta plenaria e, dopo la ratifica da parte dei parlamenti nazionali, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati. Anche in questo strumento legislativo, troviamo un articolo che espressamente sancisce il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, l'articolo 4.

In conclusione, diversi sono gli strumenti del diritto internazionale che riguardano il tema dell'esecuzione della pena. Per quanto riguarda gli strumenti di *soft law*, è stato affermato che "essi sono in larga parte riproduttivi del diritto internazionale generale"<sup>236</sup>. È sicuramente di rilievo anche il ruolo degli accordi che riguardano, direttamente od indirettamente, l'esecuzione della pena e le garanzie del detenuto.

La dottrina<sup>237</sup> ha evidenziato, infine, come il divieto di tortura e di trattamenti o pene inumane e degradanti non ricopra solo il ruolo di diritto internazionale consuetudinario ma, in realtà, esso sarebbe addirittura una norma di *jus cogens*.

Questa affermazione sarebbe giustificata su tre diversi fronti. Il primo riguarda alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, come 61/153 del 2006 o la risoluzione 62/148 del 2007; il secondo fronte è quello della c.d. giurisprudenza internazionale, con ad esempio la sentenza del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia *Prosecutor c. Anto Furundzija* del 10 dicembre 1998<sup>238</sup> e, da ultimo, addirittura la giurisprudenza interna, in particolare, a titolo di esempio si può vedere la sentenza della *House of lords A. and Others v. Secretary of the State for the Home Department* dell'8 gennaio 2005<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> In particolare si vedano i § 144 e 153 e seguenti.

<sup>239</sup> P. Pustorino, *cit.*, pagina 66.

# Capitolo II

**1. Introduzione storica. La genesi dell'articolo 41-bis della l. 354/1975:** 1.1 *Cenni storici sull'emergenza derivante dallo stragismo mafioso degli anni '90-* 1.2 *L'articolo 90 della legge sull'ordinamento penitenziario come diretto antecedente dell'articolo 41-bis-* 1.3 *L'articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, analisi da un punto di vista costituzionale. Analisi del primo comma-* 1.4 *Analisi dei commi da 2 a 2-septies-* 1.5 *I principali interventi legislativi di modifica al regime disposto dall' articolo 41-bis-* **2. Il meccanismo di applicazione ed il funzionamento della procedura ex art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario:** 2.1 *I destinatari del provvedimento. Ambito di operatività-* 2.2 *Il decreto ministeriale. Il contenuto della disciplina: applicazione e proroga-* 2.3 *Il reclamo. Il sindacato giurisdizionale.*

## **1. Introduzione storica. La genesi dell'articolo 41-bis della l. 354/1975.**

In questo paragrafo verrà analizzato quanto disposto dall'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario. In particolare verranno accennate le ragioni storiche che hanno influenzato il dibattito parlamentare dei primi anni '90, dopodiché verrà illustrata la disciplina dell'articolo 90 della legge sull'ordinamento penitenziario ed infine verrà ripercorsa quella che è stata l'evoluzione della disciplina dell'articolo 41-*bis*, analizzando le principali riforme subite dallo stesso.

### *1.1 Cenni storici sull'emergenza derivante dallo stragismo mafioso degli anni '90.*

Alcune brevi considerazioni introduttive, di natura storica, sono necessarie prima di iniziare l'analisi dell'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario. Il fine è quello di inquadrare meglio quali sono le ragioni ed il contesto sottostanti alle scelte legislative che saranno analizzate nei paragrafi successivi.

È necessario precisare, innanzitutto, che l'antecedente sia a livello storico che a livello normativo, dell'articolo 41-*bis*, si può sicuramente identificare nell'articolo 90 della stessa legge sull'ordinamento penitenziario<sup>240</sup>.

Nel 1986, con la legge n. 663/1986, c.d. legge "Gozzini", fece per la prima volta ingresso nella legge sull'ordinamento penitenziario l'articolo 41-*bis*. Esso era composto da un solo comma e, nelle intenzioni del legislatore dell'epoca, doveva ricoprire il ruolo di sostituto della disciplina che era prevista *ex* articolo 90.

È solo all'inizio degli anni '90 dello scorso secolo che viene aggiunto un secondo comma all'articolo 41-*bis*, precisamente con l'articolo 19 del d. l. n. 306/1992, convertito in legge n. 356/1992<sup>241</sup>. La norma fu introdotta in un periodo di produzione legislativa

---

<sup>240</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *L'articolo 41-bis Ord. Pen. E le garanzie del detenuto*, Torino, 2007, pagina 2.

<sup>241</sup> M. G. Coppetta, *Carcere duro o trattamento inumano?*, in *Tortura di Stato, le ferite della democrazia*, a cura di A. Giannelli e M. P. Paternò, Roma, 2004, pagina 217.

che è stato definito come “emergenziale”<sup>242</sup>. Lo stragismo di natura mafiosa, infatti, aveva creato numerosi disordini, sia in Sicilia che nel resto d’Italia. Tra le stragi compiute da “cosa nostra”, due in particolare hanno avuto un enorme clamore. Sono la c.d. strage di Capaci<sup>243</sup> del 13 maggio 1992 e la c.d. strage di via d’Amelio<sup>244</sup>, del 19 luglio dello stesso anno.

Non si può non tenere conto, quindi, che una norma così di rigore è figlia di un momento storico nel quale vi era una fortissima necessità di limitare l’operato della criminalità organizzata, soprattutto quella di stampo mafioso, che stava mettendo a dura prova la resistenza delle istituzioni democratiche del Paese<sup>245</sup>. La norma serviva, soprattutto, a combattere un fenomeno, ovvero quello di “cosa nostra”, che aveva acquisito una tale organizzazione ed una tale pervasività nella società, da risultare estremamente difficile da arginare.

Si deve inoltre menzionare il fatto che, il regime *ex art. 41-bis*, aveva una caratteristica peculiare: esso doveva avere natura temporanea<sup>246</sup>. Caratteristica che, dopo ripetuti differimenti del termine di efficacia, è stata definitivamente persa nel 2002 con la legge n. 279/2002, che ha “stabilizzato l’istituto”<sup>247</sup>.

## *1.2 L’articolo 90 della legge sull’ordinamento penitenziario come diretto antecedente dell’articolo 41-bis.*

È stato già evidenziato lo stretto contatto tra le discipline dell’articolo 41-*bis* e dell’articolo 90 della legge sull’ordinamento penitenziario. Nonostante l’abrogazione di quest’ultimo, è necessario ripercorrere la disciplina ivi prevista, per comprendere al meglio la disciplina invece disposta dal suo diretto successore.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*.

<sup>243</sup> La strage di Capaci, avvenuta il 23 maggio 1992, fu un attentato mafioso in cui persero la vita il giudice Giovanni Falcone, sua moglie Francesca Morvillo e tre agenti della scorta (Vito Schifani, Rocco Dicillo e Antonio Montinaro).

<sup>244</sup> La strage di via D’Amelio avvenne il 19 luglio 1992 a Palermo, quando un’autobomba uccise il magistrato Paolo Borsellino e gli agenti di scorta Agostino Catalano, Emanuela Loi, Vincenzo Li Muli, Walter Eddie Cosina e Claudio Traina.

<sup>245</sup> M. G. Coppetta, *cit.*, da pagina 217 a pagina 218.

<sup>246</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 2.

<sup>247</sup> M. G. Coppetta, *cit.*, pagina 232.

È stato affermato<sup>248</sup> che, anche alla base dell'articolo 90, vi erano necessità c.d. emergenziali, in quanto quest'ultimo era stato pensato “per far fronte ad un'emergenza dilagante”<sup>249</sup>. La situazione eccezionale, in questo caso, era determinata dalla proliferazione di attacchi di natura terroristica di stampo politico-eversivo, che hanno minacciato l'Italia negli anni '70 del secolo scorso, ovvero i c.d. anni di piombo. La dottrina<sup>250</sup> ha notato poi come, l'articolo 90, integrava la “prima esperienza codificata di sospensione delle regole di trattamento ordinario in situazioni di emergenza”<sup>251</sup>.

È interessante sottolineare che gli anni '70 sono stati un decennio cruciale per la materia penitenziaria<sup>252</sup>. In particolare, come è stato già evidenziato, nel 1975 è avvenuta la riforma dell'ordinamento penitenziario che, come si può evincere anche da quanto disposto, ad esempio, dall'articolo 1 della stessa legge n. 354/1975, ha come principale *ratio* ispiratrice la c.d. risocializzazione del detenuto. Quest'ultima, quindi, costituisce il principio guida della maggior parte delle disposizioni oggi contenute nella legge riformata e ha influenzato in modo significativo ed inevitabile le scelte, incluse quelle di carattere strutturale, contenute nella legge stessa<sup>253</sup>.

Questa ricostruzione è confermata anche da Ardita<sup>254</sup>, il quale ci indica anche come la disciplina c.d. emergenziale *ex* articolo 90 si era resa necessaria “all'indomani della riforma del '75, tutta volta a garantire ampi margini di trattamento per la risocializzazione dei reclusi”<sup>255</sup>.

Secondo una parte di dottrina<sup>256</sup>, all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario, era dedicato poco spazio alle c.d. esigenze di ordine e sicurezza. Riscontrano gli stessi Autori che il quadro normativo, in tale ambito, risultava lacunoso ed incompleto. L'articolo 90, invece, “spiccava per chiarezza di intenti”<sup>257</sup>, consentendo al Ministro della Giustizia, in presenza di situazioni concrete di carattere eccezionale, di

---

<sup>248</sup> S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, da pagina 4 a pagina 8.

<sup>249</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 8.

<sup>250</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 5.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

<sup>252</sup> L. Cesaris, *articolo 90*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2019, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>253</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 1197.

<sup>254</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 6.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>257</sup> *Ibidem*.

sospendere in uno o più stabilimenti penitenziari, in tutto od in parte, per un periodo di tempo determinato, delle regole “di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza”<sup>258</sup>.

La natura dell’articolo 90, come è stato rilevato<sup>259</sup>, era particolarmente peculiare. L’articolo era il penultimo della legge n. 354/1975, ed il suo ruolo era quello di norma di “chiusura”<sup>260</sup> del sistema. Infatti, l’articolo 90, era stato pensato per riportare l’ordine e la sicurezza, per utilizzare le stesse parole del legislatore, negli istituti penitenziari.

Va da sé che quello che ci troviamo di fronte è sicuramente un istituto non ordinario, che ha un ambito operativo in situazioni di emergenza, in presenza di “gravi e fondati motivi”<sup>261</sup>. Insomma, il ruolo che era assegnato all’articolo 90 era quello di sopperire alle carenze degli strumenti ordinari e, di conseguenza, la disciplina ivi prevista si applicava quando “gli strumenti ordinari di controllo risultassero inefficaci o inadeguati a fronteggiare la situazione sopravvenuta”<sup>262</sup>.

Era una misura quindi di carattere “eccezionale”<sup>263</sup>, l’applicazione dell’istituto era demandata al Ministro della Giustizia, al quale spettava il compito di valutare se, nel caso concreto, sussistessero effettivamente i c.d. “gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza”<sup>264</sup>.

Il Ministro aveva quindi la responsabilità, definita come “politica”<sup>265</sup>, oltre della verifica dei requisiti che legittimavano l’adozione della misura nel caso concreto, anche di: individuare gli istituti penitenziari; individuare il periodo di tempo durante il quale la misura era valida e, soprattutto, il Ministro doveva altresì individuare quali regole trattamentali erano collidenti con le esigenze di ordine e sicurezza.

Il testo dell’articolo 90 è stato fortemente criticato, in dottrina, sotto più aspetti. In particolare, alcuni autori<sup>266</sup>, lamentavano una mancanza di tassatività della

---

<sup>258</sup> Articolo 90 legge n. 354/1975.

<sup>259</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>260</sup> *Ibidem.*

<sup>261</sup> *Ibidem.*

<sup>262</sup> *Ibidem.*

<sup>263</sup> *Ibidem.*

<sup>264</sup> Articolo 90 legge n. 354/1975.

<sup>265</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>266</sup> *Ibidem.*

disposizione, tale da definirla “labile ed indeterminata”<sup>267</sup>. Questo era in netto contrasto, invece, con il ruolo di strumento di carattere eccezionale che abbiamo visto essere proprio dell’articolo 90. La genericità emergeva, in modo evidente, soprattutto quando, nell’ultima parte della disposizione, si faceva generico riferimento alle “regole di trattamento e degli istituti”<sup>268</sup> che potevano essere sospesi in caso di necessità.

Quanto affermato indica, in maniera chiara ed inequivocabile, come il testo dell’articolo 90 fosse “improntato alla massima genericità”<sup>269</sup>. Inoltre, è stato riscontrato come, in concreto, nacquero quelle che erano a tutti gli effetti le prime misure restrittive, di carattere preventivo, previste dal nostro ordinamento che si andavano ad affiancare alle esigenze di sicurezza interne all’istituto penitenziario. Come esempio, si possono citare: le limitazioni al passeggio all’aperto, disciplina del numero e delle modalità di svolgimento dei colloqui, controlli sulla corrispondenza e sulle comunicazioni telefoniche<sup>270</sup>.

Rileva poi lo stesso Autore che, le suddette limitazioni, avevano un duplice scopo. Il primo era quello di natura squisitamente preventiva, ovvero quello di impedire l’ingresso nella struttura detentiva di oggetti pericolosi, come le armi, che potevano essere funzionali alla destabilizzazione dell’ordine e della sicurezza all’interno dell’istituto. L’altro scopo, era invece quello di rendere difficili le comunicazioni “tra i detenuti facinorosi ed altri accoliti operanti all’esterno”<sup>271</sup>.

Ora, la vera portata innovativa della norma, come è stato sottolineato<sup>272</sup>, stava proprio in questo. In altre parole, per la prima volta all’interno della normativa penitenziaria italiana, non erano prese in considerazione le sole esigenze di tutela dell’ordine e della sicurezza interni alla struttura detentiva. Emergevano, infatti, anche altre esigenze, di carattere preventivo, che attenevano alla volontà di inibire le comunicazioni tra l’interno e l’esterno della struttura detentiva che, tutt’oggi, “costituiscono il presupposto del vigente regime speciale di detenzione”<sup>273</sup>.

---

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> Articolo 90 legge n. 354/1975.

<sup>269</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 7.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

<sup>273</sup> *Ibidem*.

È da rilevare che, nonostante tutto, comunque la dottrina<sup>274</sup>, all'unanimità, escludeva dalla rosa degli istituti che potevano essere sospesi *ex* articolo 90, quelle stesse regole che, da una parte coinvolgevano la soddisfazione dei c.d. "bisogni primari"<sup>275</sup>, garantiti costituzionalmente e, dall'altra, non erano sospese quelle regole che "per le modalità di esecuzione, o per le circostanze contingenti, non compromettevano concretamente l'ordine e la sicurezza"<sup>276</sup>.

L'articolo 90 presentava però degli evidenti limiti, che hanno portato al suo superamento<sup>277</sup>. In particolare, uno dei primi limiti è stato ravvisato nell'impossibilità di operare scelte differenziate. Infatti, l'articolo 90, operava solo in virtù di una applicazione generalizzata. Era quindi un regime che prescindeva completamente dall'individualizzazione e "raggiungeva in modo uniforme tutti i ristretti presenti all'interno di intere sezioni ed istituti"<sup>278</sup>. È evidente come, la ragione di tale scelta, risiedeva nel fatto che era, come è stato riportato, figlia di un contesto di emergenza, legato alla diffusione del terrorismo che poteva trovare dei nuovi adepti all'interno degli istituti penitenziari, anche tra coloro che erano stati condannati per reati comuni.

Un altro ed incisivo limite dell'articolo 90 risiedeva nel fatto che, in fin dei conti, l'applicazione della disciplina *ex* articolo 90 era determinata da una scelta discrezionale del Ministro della Giustizia. Di conseguenza, i provvedimenti che incidono sull'esecuzione della pena in concreto, potevano essere adottati senza alcun sindacato di natura giurisdizionale sui presupposti che ne costituivano la base<sup>279</sup>. Ne derivava, quindi, un evidente contrasto con il disposto costituzionale, in particolare con il terzo comma dell'articolo 25<sup>280</sup>.

Queste ragioni portarono all'abrogazione della disciplina prevista dall'articolo 90, con la legge n. 663/1986 c.d. "Gozzini", intervenuta all'indomani della fine dei c.d. anni di piombo. Quanto disposto dall'articolo in questione, che "da più parti era stato

---

<sup>274</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>275</sup> G. Di Gennaro, M. Biondo, R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1977, pagina 377.

<sup>276</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>277</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 7 a pagina 8.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> *Ibidem*.

<sup>280</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 2.

denunciato come una disposizione idonea a dar luogo a forme di abuso e violazione dei diritti umani”<sup>281</sup>, non era più in grado di soddisfare le esigenze sopravvenute nel tempo.

Era necessario, come è stato rilevato, un nuovo corpo di norme che affrontasse l’annoso tema dell’ordine e della sicurezza nelle carceri in maniera più diretta<sup>282</sup>. In virtù di ciò, la legge c.d. “Gozzini”, operò una riforma dei regimi speciali. Nacquero quindi le discipline previste dagli articoli 14-*bis* e seguenti, che disciplinano la c.d. sorveglianza particolare e quella prevista *ex* articolo 41-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario, che dispone invece sulla sospensione temporanea delle normali regole del trattamento penitenziario.

### *1.3 L’articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario, analisi da un punto di vista costituzionale. Analisi del primo comma.*

Come abbiamo anche precedentemente affermato, l’articolo 41-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario fu introdotto con la legge n. 663/1986. Com’è stato rilevato<sup>283</sup>, l’articolo contiene “due diverse forme di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati”<sup>284</sup>. La prima si applica ai singoli istituti penitenziari od in specifiche parti di essi, mentre il secondo tipo di sospensione si applica, invece, ai singoli detenuti ed internati.

Innanzitutto è necessario precisare come, quando fu introdotto, l’articolo 41-*bis* presentava un solo comma.

La nuova previsione, come rilevato anche in dottrina<sup>285</sup>, aveva uno scopo ben preciso: doveva sostituire l’abrogato art. 90 della stessa legge sull’ordinamento penitenziario. Risulta interessante osservare, come è stato notato<sup>286</sup>, che tra l’articolo 90 e il primo comma dell’articolo 41-*bis* non vi siano particolari differenze. Infatti, “stando alla lettera della nuova disposizione, si può ben dire che la terminologia utilizzata risulti

---

<sup>281</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 9.

<sup>282</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 1197 a pagina 1198.

<sup>283</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, 169.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 11 a pagina 24.

<sup>286</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 12.

identica”<sup>287</sup>, e quindi si ripropongono tutti quei problemi di natura interpretativa che erano propri della disciplina abrogata.

L’opinione sopra riportata, trova riscontro anche in altri Autori<sup>288</sup>, i quali confermano come disposizione in esame abbia una portata innovativa limitata rispetto alla vecchia disciplina contenuta nell’articolo 90.

In generale, è stato notato<sup>289</sup>, come fossero rimaste identiche alcune caratteristiche che erano proprie del vecchio regime. In particolare, la competenza funzionale è rimasta in capo al Ministro della Giustizia, non sono stati posti limiti per quanto riguarda la durata del provvedimento e persiste, anche in questo caso, il collegamento tra situazioni emergenziali e l’ordine e sicurezza. Più nello specifico, è stato notato<sup>290</sup> come ci sia un’identità per quanto riguarda sia i termini utilizzati per riferirsi alle “situazioni invocate”<sup>291</sup>, sia per quanto riguarda “gli strumenti adottabili”<sup>292</sup>.

Per quanto concerne invece le differenze, in dottrina, sono state prodotte diverse opinioni. Una parte<sup>293</sup>, sostiene che la principale differenza che risulta dall’analisi comparata delle discipline *ex* articolo 90 ed *ex* articolo 41-*bis*, è quella che riguarda l’applicazione della misura su più edifici penitenziari. In altre parole, la nuova disciplina, a differenza della vecchia, può essere applicata solamente ai singoli istituti penitenziari. Questa ricostruzione, trova riscontro anche se si seguono le argomentazioni di altri Autori<sup>294</sup>.

Un’altra parte di dottrina<sup>295</sup>, invece, sottolinea innanzitutto come la collocazione sistematica dell’articolo 41-*bis* sia sensibilmente diversa rispetto a quella dell’articolo 90. Infatti, mentre l’articolo 90 si trovava tra le c.d. disposizioni finali e transitorie, ed era quindi una norma di chiusura del sistema, segno perciò della natura di norma a cui si doveva ricorrere in caso di situazioni eccezionali, l’articolo 41-*bis* si trova collocato al

---

<sup>287</sup> *Ibidem*.

<sup>288</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 535 a pagina 537.

<sup>289</sup> *Ibidem*.

<sup>290</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 12.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> *Ibidem*.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 169.

<sup>295</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 535 a pagina 537.

Capo IV della legge n. 354/1975, tra le disposizioni dedicate al regime penitenziario, testimonianza della diversa concezione che si può attribuire al nuovo regime.

Anche con la nuova disciplina, permane incertezza circa la durata temporale del provvedimento che deve adottare il Ministro della Giustizia. Nonostante ciò, in dottrina<sup>296</sup>, si è stato osservato come vi sia stato comunque un c.d. “sforzo legislativo”<sup>297</sup>, nel tentativo di circoscrizione delle fattispecie nelle quali è legittima la sospensione delle normali regole di trattamento. Infatti, stando al testo della norma, la sospensione delle normali regole di trattamento può avvenire solo in “casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza”<sup>298</sup>. L’ambito di operatività risulta quindi più circoscritto rispetto al regime precedente.

Per quanto riguarda l’oggetto della sospensione, è stato correttamente affermato<sup>299</sup> come, nonostante la formulazione comunque generica dell’articolo, la sospensione stessa non può colpire quelle che sono le regole che attengono ai c.d. bisogni primari della persona (es. il diritto al vitto od all’igiene personale). Infatti, si è parlato di “nucleo essenziale di diritti”<sup>300</sup> riconosciuti ai detenuti, con riferimento al fatto che qualsiasi sospensione non può e non deve incidere su codesto nucleo.

Quanto affermato, trova corrispondenza anche in dottrina<sup>301</sup>, la quale conferma che: da una parte l’articolo 41-*bis* primo comma trova il suo fondamento, la sua ragion d’essere, in “quelle condizioni ambientali”<sup>302</sup> che sono idonee a “giustificare in un istituto penitenziario o in parte di esso, la sospensione delle normali regole del trattamento per il tempo strettamente necessario per il ripristino dell’ordine e della sicurezza”<sup>303</sup>; dall’altra parte è stato osservato, anche in questo caso, come sia rilevante la collocazione

---

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> Articolo 41-*bis*, legge n. 354/1975.

<sup>299</sup> L. Cesaris, *cit.*, da pagina 535 a pagina 537.

<sup>300</sup> F. Giunta, *Articolo 41-bis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fondata da G. Delitala e diretta da E.

Dolcini, numero 1, anno 1988, pagina 591 e seguenti.

<sup>301</sup> F. P. C. Iovino, *Osservazioni sulla recente riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *Cassazione Penale*, Anno 1993, Fascicolo 5, pagina 1259.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> *Ibidem*.

sistematica del nuovo regime, tra le disposizioni che regolano il trattamento penitenziario, che ha l'effetto di "evidenziarne la natura coercitiva"<sup>304</sup>.

Tolte queste differenze, però, il primo comma dell'articolo 41-*bis* "riproponeva gli aspetti problematici dell'articolo 90, fondati sulla genericità dei contenuti dello strumento e sulla possibilità di applicazione generalizzata all'interno dell'istituto"<sup>305</sup>. È stato quindi giustamente notato come, in realtà, la nuova disciplina ha avuto un impiego scarsissimo, essendo stata utilizzata una sola volta, nel carcere dell'Ucciardone a Palermo nel 1989<sup>306</sup>.

#### *1.4 Analisi dei commi da 2 a 2-septies.*

È nel 1992 che la disciplina dell'articolo 41-*bis* viene ampliata. Infatti, con il decreto legge n. 306/1992, convertito in legge n. 356/1992, è stato inserito il secondo comma all'interno della norma.

Il secondo tipo di sospensione delle normali regole di trattamento "si applica invece ai singoli detenuti od internati"<sup>307</sup>, ed è stato introdotto, come ci ricorda anche la dottrina<sup>308</sup>, in un periodo storico di forte emergenza a causa delle c.d. stragi di mafia.

Ora, per comprendere al meglio le scelte del legislatore dell'epoca, è necessario analizzare brevemente il fenomeno che il nuovo comma tentava di contrastare.

Come è stato ricostruito<sup>309</sup>, il legislatore del 1992 si trovava di fronte ad un problema inedito. Infatti, a differenza di altre emergenze, come pure quella del c.d. terrorismo politico degli anni '70, il fenomeno mafioso presentava delle inedite e differenti insidie.

Le organizzazioni mafiose, in particolare "cosa nostra", come è stato indicato<sup>310</sup>, hanno infatti una struttura di tipo verticistico-piramidale, in cui alla base ci sono i

---

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 11.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 169.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 13.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

componenti di rango più basso mentre, all'apice, c'è la c.d. "cupola", ovvero il gruppo di comando formato dai membri di rango più elevato.

Ora, la necessità dell'epoca era quella di impedire che, le figure di vertice detenute, potessero continuare a tenere le redini del loro gruppo criminale di appartenenza, dettando gli ordini esecutivi anche se ristretti all'interno degli istituti di pena. Il primo problema che doveva quindi affrontare il legislatore, era sicuramente quello di interrompere quel fenomeno che la dottrina ha definito come "*perpetuatio delicti*"<sup>311</sup>.

Da una parte, infatti, i c.d. capi-mafia, avevano un comportamento riservato ed esemplare all'interno delle carceri, dall'altra i messaggi che contenevano ordini da inviare all'esterno, erano spesso camuffati e, di conseguenza, era difficile riconoscerne la reale pericolosità e la reale portata.

Di conseguenza, dalla struttura di detenzione, le figure di comando gestivano i sottoposti senza particolari problemi. L'attenzione andava, quindi, "necessariamente spostata al di fuori dei luoghi ove veniva vissuta la detenzione"<sup>312</sup>. Da qui si comprende come, la dimensione e la portata del problema, siano completamente diverse rispetto a quanto era stato affrontato dalla legislazione penitenziaria fino a quel momento.

Risulta interessante notare come, fin dalla sua introduzione, il secondo comma dell'articolo 41-*bis* abbia scatenato una serie di perplessità da parte della dottrina dell'epoca.

In particolare, una parte della dottrina<sup>313</sup>, individua come, rispetto all'abrogato regime proprio dell'articolo 90, vi sia una sostanziale differenza che si può ricollegare a più fattori. Infatti, il regime disposto dal secondo comma dell'articolo 41-*bis*, si applica ai detenuti che hanno commesso un reato contenuto all'interno di un elenco all'interno del primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis*, prescindendo totalmente dal luogo di detenzione. Le ragioni di ordine e sicurezza che vengono tutelate, infatti, sono esterne ed indipendenti dall'istituto penitenziario che ospita il detenuto in questione. Sicché, i detenuti che subiscono la sospensione delle c.d. normali regole del trattamento

---

<sup>311</sup> *Ibidem*.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> F. P. C. Iovino, *cit.*, pagina 1259.

penitenziario, “sono identificabili non per quanto fanno e neppure per quanto avviene nello stabilimento dove sono ristretti, ma in relazione a generici motivi di ordine e sicurezza ed allo specifico delitto commesso”<sup>314</sup>.

La dottrina<sup>315</sup>, si è interrogata, quindi, sulle questioni di legittimità costituzionale che scaturiscono dalla nuova disciplina.

Il primo dubbio, emerge sicuramente dal confronto della disciplina in esame, con quanto disposto dall’articolo 13, secondo comma, della Costituzione. Infatti, è dato assodato all’interno della dottrina costituzionale e penalistica<sup>316</sup>, il fatto che il giudice riveste il ruolo di “garante della legalità di ogni privazione o limitazione della libertà personale”<sup>317</sup>, anche nella fase di esecuzione della pena stessa. Quindi, nonostante lo stato di restrizione della libertà proprio del detenuto, ogni ulteriore limitazione della libertà già compresa deve essere comunque vagliata dall’autorità giudiziaria.

Ora, è chiaro come il regime contenuto al secondo comma dell’articolo 41-*bis* comporti una restrizione della libertà ben maggiore rispetto a quanto previsto dall’ordinario regime di detenzione. Queste restrizioni della libertà, inoltre, possono essere indirizzate “a prescindere da ogni ipotesi di colpa anche presunta e da riferimenti temporali, verso tutti – o solo alcuni di – quelli che si trovano in espiazione di pena in relazione a condanne riportate, per specifici delitti”<sup>318</sup>.

Nel regime in esame, però, l’esercizio del relativo potere è attribuito alla discrezione del Ministro della Giustizia, il quale ha oneri di motivazione alquanto ridotti che si possono addirittura circoscrivere, secondo l’opinione dell’Autore, al mero generico riferimento ai c.d. gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica.

In secondo luogo<sup>319</sup>, ulteriori limiti di compatibilità costituzionale, sorgono se si considera il disposto dell’articolo 15 della Costituzione.

---

<sup>314</sup> *Ibidem*.

<sup>315</sup> *Ibidem*

<sup>316</sup> Si veda, a titolo di esempio: A. Daila, L. Ferraioli, *Corso di diritto processuale*, Padova, 1992, pagina 191.

<sup>317</sup> P. Nuvolone, *Il processo penale e l’esecuzione delle pene in trent’anni di diritti e procedura penale*, Volume II, Padova, 1969, pagina 1465.

<sup>318</sup> F. P. C. Iovino, *cit.*, pagina 1259.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

L'articolo, com'è noto, disciplina il principio della c.d. libertà e segretezza della corrispondenza, disponendo, al secondo comma, che ogni possibile limitazione debba “avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”<sup>320</sup>. Infatti, in questo caso, le censure di illegittimità costituzionale potrebbero derivare dal fatto che, il provvedimento del Ministro, può incidere direttamente sull'esercizio della libertà e della segretezza della corrispondenza, in diretto contrasto quindi con il precetto costituzionale.

A livello di confronto, meramente interno, con le norme della legge sull'ordinamento penitenziario, si può notare come invece si muovano in perfetta aderenza al disposto costituzionale sia l'articolo 18, sia l'articolo 14-*quater*; il che risulta interessante in quanto, in quest'ultimo caso, si tratti di una norma che disciplina i contenuti della c.d. sorveglianza particolare.

In terzo ed ultimo luogo<sup>321</sup>, ed è forse la critica più importante fatta dall'Autore, il regime previsto dal secondo comma dell'articolo 41-*bis*, collide in maniera evidente con quanto disposto dall'articolo 27 comma terzo della Costituzione.

Il contrasto con il disposto costituzionale avviene seguendo un duplice profilo, ovvero considerando sia quanto disposto dal principio rieducativo, sia quanto previsto dal principio di umanità delle pene.

Per quanto riguarda il primo profilo, appare evidente che, seguendo le argomentazioni contenute nelle sentenze della Corte Costituzionale che sono state esposte nei precedenti paragrafi, il fine della pena è sicuramente quello della rieducazione del condannato che, lungi dall'essere un fine meramente formale e programmatico, è sicuramente un principio al quale l'esecuzione della pena si deve ispirare e deve essere ispirata.

Inoltre, le intenzioni del legislatore del 1975, che ha operato la riforma dell'ordinamento penitenziario, sono anch'esse molto chiare e sono state esposte precedentemente. Qui è necessario richiamare il fatto che, la riforma della legge

---

<sup>320</sup> Articolo 15, secondo comma, Costituzione.

<sup>321</sup> F. P. C. Iovino, *cit.*, pagina 1259.

penitenziaria del '75, è la conferma di tutto quel percorso giurisprudenziale e dottrinale che ha riconosciuto al fine rieducativo un valore sostanziale e concreto<sup>322</sup>.

Osservato quindi che, i mezzi per attuare il fine rieducativo dei consociati detenuti, sono quelli previsti dal c.d. trattamento penitenziario e sono contenuti nel Titolo I della legge n. 354 del 1975, va da sé che la loro sospensione “non sorretta da idonea motivazione, consegue un inadempimento dell’obbligo”<sup>323</sup>, rieducativo del condannato, costituzionalmente garantito, “con la violazione del correlato diritto”<sup>324</sup>.

Per quanto concerne il profilo dell’umanità della pena, è stato notato che, a differenza da quanto previsto *ex* articolo 14-*quater* della stessa legge, non sono garantite le “regole trattamentali minime o di civiltà carceraria”<sup>325</sup>.

Appare interessante, da ultimo, dare uno sguardo a quello che è stato il dibattito parlamentare in sede di conversione del decreto legge n. 306/1992, che avrebbe portato all’approvazione della legge n. 356/1992. In sede di conversione del decreto legge, in particolare nella seduta del 30 luglio 1992, vengono esaminate le questioni pregiudiziali di costituzionalità sollevate da alcuni Deputati.

Prima della votazione della Camera dei Deputati sulle questioni di pregiudizialità costituzionale, vengono pronunciati interessanti interventi da parte dei rappresentanti di alcuni gruppi parlamentari, che affrontano argomenti di perfetta centralità rispetto all’analisi che si sta conducendo in questo paragrafo.

Il primo interventore è l’Onorevole Russo Spina<sup>326</sup>, del gruppo di Rifondazione Comunista. Il Deputato ripercorre con il suo intervento quelle che sono state le principali ragioni alla base della proposizione della questione pregiudiziale di costituzionalità.

In particolare, egli afferma come le parole chiave della politica della giustizia, in quel preciso periodo storico, fossero: “emergenza, eccezione, urgenza”<sup>327</sup>, di questo

---

<sup>322</sup> Capitolo I, paragrafo 2.4.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

<sup>324</sup> *Ibidem*.

<sup>325</sup> *Ibidem*.

<sup>326</sup> Camera dei Deputati, Atti Parlamentari, XI legislatura, seduta 30 luglio 1992, pagina 2245 del resoconto stenografico.

<sup>327</sup> *Ibidem*.

passo, sottolinea il Deputato, la differenza tra normalità ed eccezione non appare più netta e delineata o delineabile. Al contrario l'eccezione sembra diventata la normale prassi.

L'Onorevole, prosegue argomentando che in un Paese in cui vige lo Stato di diritto ci sono dei capisaldi ai quali ci si deve attenere. Uno di questi è rappresentato, sicuramente, dalla parità per tutti i detenuti per quanto riguarda il fine al quale deve tendere la pena "che la Costituzione vuole rivolta alla rieducazione, configurandosi quest'ultima come diritto di ogni detenuto, e non all'afflizione o alla retribuzione"<sup>328</sup>. Secondo l'Onorevole questo è negato dal decreto e, se si segue la logica dell'emergenza così come delineata, si crea una inevitabilmente una struttura con un *vulnus* destinato ad operare per tutti i cittadini anche nel momento in cui l'emergenza sarà terminata.

Si sta creando, quindi, una disparità di trattamento tra detenuti. Alcuni di essi, infatti, apparterranno ad una categoria "per i quali di fatto la pena non ha più il fine stabilito dall'articolo 27 della Costituzione"<sup>329</sup>, essendo costoro esclusi da qualsiasi misura alternativa alla detenzione e dai permessi premio a meno che non collaborino. Questo genera quindi, sempre secondo l'Onorevole, una violazione degli articoli 27 e 24 della Costituzione.

La critica diviene durissima nel momento in cui il Deputato asserisce che la misura che si va delineando, specie nella sua dimensione penitenziaria, crea un regime tanto duro ed illiberale quanto inutile ai fini della lotta alla c.d. criminalità organizzata. Infatti, sostiene il Deputato, che "i precedenti insuccessi della via repressiva in tale lotta collezionati dal codice Rocco, che pure lasciava ampi margini a giudici e poliziotti, avrebbero dovuto insegnare qualcosa"<sup>330</sup>. È necessaria, quindi, una volontà politica effettiva ed una progettualità alternativa alla acritica durezza, per combattere proficuamente il fenomeno mafioso.

Il secondo intervento<sup>331</sup>, è dell'Onorevole Taradash del gruppo federalista europeo, il quale asserisce che con la disciplina in esame, si sia venuta a creare una disparità tra cittadini e cittadine sulla base delle imputazioni, creando il paradosso di avere

---

<sup>328</sup> *Ibidem.*

<sup>329</sup> *Ibidem.*

<sup>330</sup> *Ibidem.*

<sup>331</sup> *Ivi*, pagina 2247.

cittadini che hanno diritto a tutte le garanzie processuali ed altri, invece, che non le possono conoscere.

Si è quindi creato, per combattere la mafia, un “doppio regime. Per gli imputati dei delitti di mafia — non per i mafiosi, vorrei sottolinearlo! — vengono meno determinate garanzie”<sup>332</sup>.

Per quanto riguarda la materia penitenziaria, è stato sollevato dal Deputato, un altro problema. Infatti, vengono introdotte regole che sono state definite solo in apparenza rigorose e codeste regole, inoltre, colpiscono tutti i soggetti detenuti, imputati o condannati, per determinati reati in maniera automatica ed indifferenziata. In base a queste nuove regole, l’accesso ai benefici penitenziari è subordinato solo alla collaborazione, ovvero il c.d. pentimento, del consociato colpito dalle stesse. Il Deputato, sottolinea quindi come “questo aspetto sia profonda mente ingiusto oltre che anticostituzionale, e mi pare che non porti a nessun beneficio reale in termini di lotta alla mafia”<sup>333</sup>, portando anzi ad una violazione di numerosi principi costituzionali, tra i quali, ad esempio, quello della funzione rieducativa della pena.

Infine, risulta interessante l’analisi dell’intervento dell’Onorevole Fumagalli Carulli del gruppo della Democrazia cristiana, che si pone in senso opposto rispetto a quelli esaminati.

L’onorevole principia il suo intervento asserendo che, né la legge c.d. Gozzini, né la legge sull’ordinamento penitenziario hanno copertura costituzionale. Copertura costituzionale che, invece, è presente, ovviamente, per il disposto dell’articolo 27 comma terzo della Costituzione. Secondo la Deputata, però, l’analisi deve vertere necessariamente sul bilanciamento di diversi valori e, tra i “valori costituzionalmente protetti vi è anche la persona, la sua sicurezza, la tutela della vita, gravemente compromessa dalla violenza della criminalità”<sup>334</sup>. Per questi motivi, secondo la Deputata, la questione di pregiudizialità non sussiste.

---

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> *Ibidem*.

La Camera dei Deputati con 82 voti favorevoli e 344 contrari, respinse quindi la questione pregiudiziale di costituzionalità<sup>335</sup>.

### *1.5 I principali interventi legislativi di modifica al regime disposto dall'articolo 41-bis.*

Il primo intervento degno di nota che ha colpito la disciplina in esame è stato quello disposta dalla legge n. 11/1998. La stessa legge, ha inserito il comma 2 *bis* all'interno dell'articolo 41-*bis*.

La legge, ha inoltre disposto in tema di partecipazione a distanza ai processi. Infatti, come rilevato anche in dottrina<sup>336</sup>, per la prima volta i detenuti potevano partecipare a distanza ai processi tramite videocollegamento. Con tale soluzione, si evitavano costose e pericolose traduzioni, evitando che i detenuti-imputati potessero avere contatti con altri detenuti, con altri co-imputati, oppure, dato che i processi nella maggior parte dei casi si svolgevano nel luogo di origine degli imputati, anche con la realtà criminale dalla quale erano stati estirpati.

In dottrina, la suddetta legge ha ricevuto parecchie critiche. In particolare, alcuni Autori<sup>337</sup>, hanno osservato come, con la partecipazione a distanza, vi può essere una potenziale lesione del diritto alla difesa previsto dall'articolo 24 della Costituzione, sotto svariati punti di vista.

A titolo di esempio delle varie manifestazioni della lesione del diritto di difesa del detenuto-imputato, è stato osservato come, all'atto pratico, il collegamento telefonico cada spesso o risulta fortemente disturbato. Di conseguenza, si manifestano svariati episodi di interruzione del processo e, di frequente, lo stesso detenuto-imputato non può godere di un intervento immediato quando questo si rende necessario.

Proseguendo l'analisi delle modifiche intervenute alla disciplina prevista dall'articolo 41-*bis*, la legge n. 279/2002 ha introdotto nel regime numerose novità.

---

<sup>335</sup> *Ibidem*.

<sup>336</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 13.

<sup>337</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *L'articolo 41-bis ord. pen. e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007, pagina 37.

In particolare, come è stato rilevato<sup>338</sup>, la legge in esame interviene in modo massiccio sulla disciplina dell'articolo 41-*bis*, sostituendo i commi 2 e 2-*bis*, dopodiché introducendo *ex novo* i commi 2-*ter*, 2-*quater*, 2-*quinqües* e 2-*sexies*.

Prima di analizzare il contenuto della novella legislativa, è necessario analizzare i lavori preparatori delle legge di modifica, ed il relativo dibattito avvento in sede parlamentare.

L'Onorevole Carboni del gruppo democratici di sinistra, nel suo intervento<sup>339</sup>, sottolinea come la riforma penitenziaria del 1975 abbia accolto e suggellato quelli che sono i due principi contenuti all'interno del comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione: il principio della finalità rieducativa della pena e quello della sua umanità.

Durante l'esecuzione della pena, sono quindi previste misure volte a rendere effettivo il disposto costituzionale come, ad esempio: il lavoro interno, sia domestico sia produttivo, ed esterno, la scuola, la formazione professionale, lo svago, la garanzia dei rapporti affettivi, la socializzazione nel carcere, l'assistenza ai familiari, le misure premiali ed altre ancora.

Questo fa sì che “tali principi sono ormai patrimonio della cultura giuridica e sociale del Paese”<sup>340</sup>. Deve essere quindi dato pieno risalto alla funzione rieducativa della pena, abbandonando totalmente l'idea di assegnare alla stessa un fine retributivo.

Tuttavia, il Deputato, prosegue argomentando come il regime previsto dall'articolo 41-*bis*, sebbene con le sue lacune, come il problema della mancata c.d. giurisdizionalizzazione del procedimento, abbia dato risultati eccellenti rescindendo nella quasi totalità i rapporti dei soggetti destinatari con le associazioni mafiose delle quali facevano parte. Si dice quindi, favorevole al sostegno alla misura in quanto “Gli apprezzabili risultati conseguiti inducono a dare carattere definitivo alla misura, poiché non sono state ancora eliminate le condizioni che ne imposero la sua introduzione”<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> F. Peroni, A. Scafati, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, pagina 261.

<sup>339</sup> Camera dei Deputati, Atti Parlamentari, XIV legislatura, seduta n. 236 del 9 dicembre 2002, pagina 25 e seguenti del resoconto stenografico.

<sup>340</sup> *Ibidem*.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

L'Onorevole Mascia del gruppo di Rifondazione comunista, nel suo intervento<sup>342</sup>, si dichiara invece profondamente contraria alla misura, definita come un'allusione ad un concetto che deve rimanere alieno allo Stato di diritto, ovvero "il fine giustifica i mezzi"<sup>343</sup>.

Il regime previsto dall'articolo 41-*bis*, infatti, secondo l'opinione della Deputata, contrasta con molteplici disposizioni costituzionali, in particolare vi è un evidente contrasto con quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 27. Infatti, la disciplina in esame, da una parte non ha di certo caratteristiche che si possono allineare con la finalità rieducativa della pena né, dall'altra parte, "il senso di umanità è certamente messo in discussione se vi sono detenuti che devono stare tutto il giorno con le luci accese per via di sbarre, griglie e protezioni metalliche varie poste alle loro finestre"<sup>344</sup>.

L'onorevole Cento, del gruppo misto Verdi- L'Ulivo, nel suo intervento<sup>345</sup>, è dello stesso avviso. Infatti, il Deputato afferma che la lotta alla criminalità organizzata, obiettivo nobile e del quale tutti riconoscono l'importanza, deve essere perseguito secondo le regole dello Stato di diritto, nel rispetto della Costituzione e delle persone anche se si sono macchiati di delitti gravissimi. Assecondare, ancora una volta, un regime estremamente duro, giustificandolo in base ad una esigenza c.d. emergenziale, rischia di far cedere i principi cardine sui quali lo Stato di diritto è basato alle mere esigenze del momento. Anzi, stabilizzando una disciplina nata in un periodo di effettiva emergenza, rende la nozione di emergenza stessa vaga e vuota. Inoltre, rileva lo stesso Deputato, il fine di lotta alla mafia non si persegue seguendo la via dell'autoritarismo che "non risolve il problema dell'obiettivo che ci si dà della lotta alla mafia, della lotta al terrorismo, della lotta all'eversione ma, al contrario, riduce le garanzie e il rispetto indispensabile e necessario della Costituzione"<sup>346</sup>. In dieci anni di applicazione, osserva il Deputato, il regime differenziato non ha risolto il problema per il quale è stato creato, segno della sua insufficienza per debellare il fenomeno della criminalità organizzata. Insomma, il rapporto dei costi-benefici, risulta sicuramente negativo.

---

<sup>342</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 28 e seguenti.

<sup>343</sup> *Ibidem*.

<sup>344</sup> *Ibidem*.

<sup>345</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 32 e seguenti.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

Dopo aver analizzato i lavori preparatori, è necessario entrare nel vivo della disciplina della novella del 2002 evidenziandone le principali novità.

La prima fra tutte, riguarda il regime di stabilità dell'istituto. Infatti, con l'articolo 3 della legge n. 279/2002, viene abrogato l'articolo 29 del decreto legge n. 306/1992. La temporaneità, era quindi venuta meno e la disciplina dell'articolo 41-*bis* diveniva definitiva. Com'è stato rilevato<sup>347</sup>, la novella ha avuto l'importante effetto di "portare a regime"<sup>348</sup> una normativa che, com'è stato più volte sottolineato, era la diretta conseguenza di un periodo di emergenza e, come tale, aveva la caratteristica di essere provvisoria, nonostante le ripetute proroghe.

Lo stesso Autore<sup>349</sup>, sottolinea poi come il testo della novella sia la diretta conseguenza di un compromesso delle Camere che sul tema, frutto ovviamente dell'ampio divario a livello politico.

Lo scopo della riforma, come ha ricostruito la dottrina<sup>350</sup>, era quello di tentare di porre rimedio a tutti quegli aspetti di criticità, evidenziati dalla stessa dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, che la disciplina *ex art. 41-bis* presentava fino a quel momento.

In particolare, il riferimento è, ad esempio, alla formulazione sintetica e generica per quanto riguarda i presupposti applicativi, oppure al fatto che, per quanto riguarda il reato presupposto, vi era un generico riferimento a quanto disposto dall'articolo 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, il quale presenta un insieme di fattispecie eterogenee e variegate, quindi "l'effettiva destinazione dello strumento alle finalità di contrasto alla criminalità organizzata era pertanto desumibile dalla prassi, ma non sufficientemente esplicitata dalla legge"<sup>351</sup>.

Viene inoltre stabilito espressamente, al comma 2-*quater*, quali siano le singole misure che l'applicazione del regime può comportare. Questa, è stata definita come "la

---

<sup>347</sup> S. Ardita, *Il nuovo regime dell'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Cassazione Penale, Anno 2003, Fascicolo 1, pagina 4.

<sup>348</sup> *Ibidem*.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 20 a 24.

<sup>351</sup> *Ivi*, nello specifico pagina 21.

principale novità della legge sul piano della disciplina dell'istituto"<sup>352</sup>. Infatti, il legislatore del 2002 ha avuto il merito di provare a tracciare degli argini per limitare la discrezionalità del provvedimento adottato dall'autorità amministrativa, uscendo da quella che era una discrezionalità quasi incondizionata del Ministro, figlia anch'essa dell'emergenza<sup>353</sup>.

Un altro aspetto interessante della riforma del 2002, come è stato sottolineato<sup>354</sup>, è stato quello dell'estensione dell'applicabilità del regime *ex* secondo comma dell'articolo 41-*bis*, tramite la modifica del primo comma dell'articolo 4-*bis* della stessa legge sull'ordinamento penitenziario.

Questa disciplina può essere sintetizzata dal brocardo, che è stato definito "incivile"<sup>355</sup> ed "incostituzionale"<sup>356</sup>, *carceratus tenetur alios detegere*, per cui al detenuto che voglia usufruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario è imposto l'onere della collaborazione processuale.

La censura di illegittimità costituzionale verte, ovviamente, sul fatto che, *rebus sic stantibus*, alla pena viene attribuita una "funzione di incentivo alla collaborazione"<sup>357</sup>, il che contrasta nettamente con quanto disposto dalla Costituzione all'articolo 27 comma 3. Anzi, l'assetto così delineato, influirebbe sulla capacità di autodeterminazione del consociato detenuto.

Ma le censure di illegittimità proposte, non si fermano qui. Infatti, è stato rilevato<sup>358</sup>, come permanga la violazione della riserva di giurisdizione, nonostante una proposta di revisione in tal senso avanzata dall'Unione delle Camere Penali<sup>359</sup>.

---

<sup>352</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 15.

<sup>353</sup> *Ibidem*.

<sup>354</sup> L. Filippi, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'unione delle camere penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la convenzione europea*, in *Cassazione Penale*, Anno 2003, Fascicolo 1, pagine 30 e 31.

<sup>355</sup> *Ibidem*.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 4 e seguenti.

<sup>359</sup> Camera dei Deputati, Atti Parlamentari, XIV legislatura, seduta n. 236 del 9 dicembre 2002, pagina 25 e seguenti del resoconto stenografico. La proposta dell'Unione delle Camere Penali Italiane era stata presentata alla II Commissione Permanente (Giustizia) in un'audizione informale tenutasi durante la seduta del 6 novembre 2002.

La proposta di modifica del disegno di legge, della I commissione -Affari Costituzionali- della Camera, è rimasta sostanzialmente inascoltata dalla Commissione Giustizia, la quale ha concluso che l'intervento del magistrato non è necessario in quanto, il secondo comma dell'articolo 41-*bis*, non incide sulla libertà personale, già limitata dalla sentenza di condanna, del destinatario. La competenza ad applicare il regime in esame è stata quindi lasciata in capo al Ministro della Giustizia<sup>360</sup>.

Ulteriori contrasti con il disposto costituzionali vengono rinvenuti, anche per quanto riguarda l'articolo 15 della Costituzione<sup>361</sup>. Infatti, il regime in esame, conserva ancora le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza. Com'è noto, il disposto dell'articolo in esame, pone una riserva di legge e di giurisdizione, sulle limitazioni della libertà e della segretezza della corrispondenza.

Le censure di illegittimità poc'anzi riportate, assumono dei profili sicuramente più allarmanti se si considera che, il regime previsto dal secondo comma dell'articolo 41-*bis*, viene applicato anche all'imputato, per il quale vigono dei principi che sono considerati unanimemente come cardine dello Stato di diritto, come la presunzione di innocenza<sup>362</sup>. Stride quindi con il disposto costituzionale, il fatto che, quest'ultimo, alla fine subisca un trattamento penitenziario più afflittivo "per il solo titolo del reato"<sup>363</sup>.

Viene inoltre resa stabile, tramite l'abrogazione dell'articolo 6 della legge n. 11/1998, anche la disciplina della c.d. partecipazione a distanza dell'imputato ai processi.

In dottrina<sup>364</sup>, da una parte si riconosce la necessità dell'evitamento di quello che è stato definito come "turismo giudiziario"<sup>365</sup>, dall'altra viene però in considerazione una critica. Infatti, il rischio è quello di indebolire il principio del contraddittorio, disposto dalla Costituzione all'articolo 111 secondo comma. La partecipazione a distanza limiterebbe, infatti, sia l'autodifesa dell'imputato, sia il diritto ad una difesa tecnica, in quanto nel caso in cui ci fosse un unico difensore, egli è costretto a scegliere se stare nell'aula di udienza o nel luogo a distanza dove si trova l'imputato. Successivamente,

---

<sup>360</sup>L Filippi, *cit.*, pagine 30 e 31.

<sup>361</sup>S. Ardita, *cit.*, pagina 4 e seguenti.

<sup>362</sup> L Filippi, *cit.*, pagine 30 e 31.

<sup>363</sup> *Ibidem*.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> *Ibidem*.

altri<sup>366</sup>, hanno evidenziato come la disciplina di partecipazione a distanza influirebbe sulla presunzione di innocenza in quanto, il regime differenziato, non è fondato su una condanna definitiva ma, al contrario, trova il suo fondamento semplicemente nell'imputazione.

Inoltre, l'esame a distanza, si troverebbe in contrasto anche con quanto disposto dall'articolo 111 terzo comma della Costituzione, il quale, com'è noto, prevede che l'imputato abbia la facoltà, dinanzi al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di testimoni a sua difesa alle stesse condizioni previste per l'accusa, nonché l'acquisizione di qualsiasi altro mezzo di prova a suo favore. Questa previsione impone, infatti, "un'unica dimensione spaziale del contesto processuale"<sup>367</sup>, che non può sussistere nel momento in cui un imputato è collegato da remoto.

La riforma del 2002 ha quindi inciso sul regime *ex art. 41-bis* sotto vari punti di vista. Da una parte, cercando di arginare il potere discrezionale del Ministro della Giustizia, il quale non potrà disporre misure che non siano quelle strettamente necessarie nel caso concreto, dall'altra parte però, come è stato rilevato<sup>368</sup>, ampliando notevolmente la portata del regime dell'articolo 41-*bis*. La dottrina<sup>369</sup> ha quindi sottolineato come le aspettative dei garantisti siano state deluse dalla riforma.

La legge n. 94 del 2009, è stato l'ultimo grande intervento di riforma dell'articolo 41-*bis* della legge n. 354/1975. La riforma si inserisce in un contesto che, come è stato rilevato<sup>370</sup>, ha come paradigma quello securitario. Infatti, la stessa legge n. 94/2009, fa parte di quello che è stato definito come il fenomeno dei c.d. "pacchetti sicurezza"<sup>371</sup>.

Il paradigma è chiaro. L'intento dichiarato del legislatore del 2009, è quello di "ripristinare l'originario rigore del regime differenziato, al fine di rendere impossibili o comunque assai difficili, i collegamenti con l'organizzazione di appartenenza"<sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Torino, 2002, pagine 562 e seguenti.

<sup>367</sup> L. Filippi, *cit.*, pagine 30 e 31.

<sup>368</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 173.

<sup>369</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 23.

<sup>370</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 540.

<sup>371</sup> *Ibidem*.

<sup>372</sup> *Ibidem*.

Tra le varie modifiche apportate appare interessante notare, come rilevato anche in dottrina<sup>373</sup>, che il legislatore dell'epoca ha “reso ancora più rigido il trattamento di rigore”<sup>374</sup>, prevedendo che il trattamento abbia una durata predeterminata di quattro anni, con eventuale proroga disposta in maniera fissa della durata di due anni.

Questo automatismo, non consente di rendere personalizzabile e graduare, in base al caso concreto, la durata del regime previsto dallo stesso articolo. L'irrigidimento della disciplina è confermato anche dalla dottrina<sup>375</sup>, la quale afferma che l'inasprimento della disciplina fosse un “dichiarato intento”<sup>376</sup> del legislatore.

Inoltre, il legislatore del 2009, ha abrogato il comma *2-ter* dell'articolo 41-*bis* che imponeva al Ministro della Giustizia di provvedere alla revoca del regime *ex art. 41-bis*, con decreto motivato, anche d'ufficio, nel momento in cui, prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni in base alle quali il provvedimento era stato adottato o prorogato.

È stato illustrato come, una delle maggiori novità apportate dalla c.d. novella del 2002, fosse quella di tipizzazione delle restrizioni operabili *ex art. 41-bis*. Con la legge n. 94/2009, com'è stato osservato<sup>377</sup>, è stato modificato il comma *2-quater*. Con la nuova formulazione del comma, l'intento del legislatore è stato quello di “dare un'ulteriore stretta a tali restrizioni”<sup>378</sup>, tale intento è stato confermato anche da altri<sup>379</sup>, secondo cui il legislatore del 2009 aveva l'intento ulteriore di trovare una soluzione a quelle che sono state definite come “distorsioni applicative”<sup>380</sup>, introducendo all'interno dell'articolo 41-*bis* un elenco di limitazioni al trattamento più specifico e puntuale.

Un esempio in tal senso, può essere offerto analizzando la disciplina della permanenza all'aperto che, secondo le restrizioni aggiunte dalla legge n. 94/2009, non può effettuarsi in gruppi maggiori di quattro persone per una durata non superiore alle due ore al giorno.

---

<sup>373</sup>L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 175.

<sup>374</sup> *Ibidem*.

<sup>375</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2019, pagina 140.

<sup>376</sup> *Ibidem*.

<sup>377</sup> *Ivi*, pagina 179.

<sup>378</sup> *Ibidem*.

<sup>379</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 140.

<sup>380</sup> *Ibidem*.

La disciplina fin qui emersa ha suscitato perplessità in dottrina<sup>381</sup>. In particolare, è stato osservato che, sebbene il regime dell'articolo 41-bis persegua finalità di ordine e sicurezza pubblica e, quindi, le sue ragioni siano estranee alla logica interna del carcere, esso finisce per incidere pesantemente sulle condizioni detentive, introducendo misure di dubbia legittimità costituzionale per scopi estranei al sistema penitenziario.

La stessa Autrice, solleva quindi dei dubbi circa le effettive finalità perseguite in concreto dal legislatore. In particolare, sembrerebbe che lo scopo del regime in esame sia quello di strumento che “mira a tranquillizzare l'opinione pubblica inducendo un maggior senso di efficienza e quindi di sicurezza”<sup>382</sup>. Questo tipo di politica penitenziaria, sempre secondo l'Autrice, risulta non condivisibile nel momento in cui si sacrificano principi costituzionalmente garantiti come, ad esempio, la finalità rieducativa della pena, ed il divieto della stessa di essere contraria al senso di umanità *ex* articolo 27 comma terzo della Costituzione.

## **2. Il meccanismo di applicazione ed il funzionamento della procedura *ex* art. 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.**

In questo paragrafo sarà analizzata, nei suoi tratti essenziali, la concreta disciplina prevista dall'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

### *2.1 I destinatari del provvedimento. Ambito di operatività.*

In prima battuta, è essenziale individuare i soggetti ai quali si rivolge la disciplina contenuta all'interno dell'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

La sospensione delle normali regole di trattamento si rivolge ai singoli soggetti detenuti od internati. Il regime che sarà esaminato presenta delle forti divergenze da quanto era previsto, invece, dall'articolo 90 della legge sull'ordinamento penitenziario e

---

<sup>381</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 541.

<sup>382</sup> *Ibidem*.

dal primo comma dello stesso articolo 41-*bis*, vi sono tuttavia delle evidenti affinità con la disciplina prevista dall'articolo 14-*bis* della legge n. 354/1975<sup>383</sup>.

Il regime di cui all'articolo 41-*bis* della legge 354/1975 si applica sia ai condannati in via definitiva sia agli imputati in custodia cautelare. Questa estensione è espressamente confermata dal comma 2-*quater*, lettera b, che prevede limitazioni per gli «imputati», e dal comma 2-*bis*, che fa riferimento all'«ufficio del p.m. che procede alle indagini preliminari». Si è evidenziato come questa interpretazione sia coerente con la funzione del regime differenziato, il quale non si limita a incidere sull'esecuzione della pena, ma può operare anche nella fase cautelare, a tutela delle esigenze di sicurezza e dell'ordine pubblico<sup>384</sup>.

Per quanto riguarda gli internati, com'è stato giustamente notato in dottrina<sup>385</sup>, la possibilità di estendere a costoro il regime in esame è stata data dalla legge n. 279/2002. L'Autrice, espone un'opinione fortemente critica rispetto a questa disposizione. Infatti, da una parte la platea dei soggetti è minima, sono solo 5 gli internati destinatari del regime *ex* articolo 41-*bis*<sup>386</sup>, in secondo luogo viene messa in discussione l'effettiva utilità di una misura fortemente invasiva come quella in esame, nei confronti di soggetti che ben difficilmente possono avere ancora dei legami con le associazioni di stampo mafioso o terroristico alle quali appartenevano a causa, ad esempio, di una grave patologia psichiatrica.

Per quanto riguarda l'ambito di operatività della disciplina, è noto lo stretto legame che intercorre tra gli articoli 41-*bis* e 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

In particolare, l'articolo 41-*bis* rinvia alle fattispecie previste all'interno dell'articolo 4-*bis* primo comma primo periodo. È stato osservato come, con il susseguirsi delle riforme, si siano ampliate notevolmente le fattispecie nelle quali può essere applicato potenzialmente applicato il regime di cui all'articolo 41-*bis*. Si è avuto quindi

---

<sup>383</sup>L. Cesaris, *cit.*, pagina 542.

<sup>384</sup> Si veda, ad esempio: F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 140, S. Ardita, *cit.*, pagina 67 e L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 170.

<sup>385</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 546.

<sup>386</sup> *Ibidem*.

un effettivo c.d. “allargamento della platea”<sup>387</sup> degli eventuali destinatari del provvedimento del Ministro della Giustizia<sup>388</sup>. Oggi, ad esempio, sono ricomprese all’interno delle fattispecie previste dall’articolo i reati di: riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 codice penale); tratta di persone (art. 601 codice penale); acquisto ed alienazione di schiavi (art. 602 codice penale).

Tuttavia si osserva come, nella realtà applicativa, il regime in esame si rivolga principalmente a chi commette od è imputato di delitti di stampo mafioso o terroristico-eversivo<sup>389</sup>. La volontà di ampliare l’ambito operativo del regime dell’articolo 41-*bis* è confermata anche in dottrina<sup>390</sup>, la quale nota che le intenzioni del legislatore sono alquanto dubbie, arrivando ad affermare che potrebbe essere un metodo indiretto per provocare la collaborazione del detenuto.

È stato notato come, con la legge n. 279/2002, sia stato introdotto un criterio soggettivo di individuazione e di selezione dei destinatari del provvedimento sospensivo<sup>391</sup>. Infatti, per essere destinatari della misura, non è più sufficiente il mero titolo del reato ma è necessario fornire la prova di “elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva”<sup>392</sup>, una prova quindi della persistenza del legame con le associazioni criminali di appartenenza.

Nel caso in cui il soggetto destinatario del provvedimento si trovi ristretto in base a più titoli, non opera il principio giurisprudenziale del c.d. scioglimento del cumulo. Infatti, come ricostruito anche in dottrina<sup>393</sup>, se un condannato si trova in stato di detenzione per un numero di reati maggiore di uno, ed almeno uno di questi reati rientra tra le fattispecie di cui al primo periodo del primo comma dell’articolo 4-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario, la possibile “espiazione”<sup>394</sup> dei reati di cui alla disciplina appena citata, non fa venire per forza meno il regime di sospensione delle normali regole

---

<sup>387</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 140.

<sup>388</sup> *Ibidem*.

<sup>389</sup> Secondo i dati forniti dalla Sezione statistica del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, al 2022, di 728 detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis*, 724 sono detenuti per reati di stampo mafioso, 4 sono i detenuti per reati di terrorismo interno-internazionale.

<sup>390</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 543.

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> Articolo 41-*bis* primo comma legge n. 354/1975.

<sup>393</sup> F Peroni, A. Scalfati, *cit.*, pagina 263.

<sup>394</sup> *Ibidem*.

di trattamento, in forza del principio contenuto all'interno dell'articolo 76 comma 1 del codice penale, ovvero la c.d. unità della pena.

Infatti, il discorso si sposta su un piano più sostanziale, come sottolineato anche dalla dottrina<sup>395</sup>, in quanto non ci si può limitare alla formale osservazione della permanenza o meno di un reato c.d. ostativo alla concessione dei benefici penitenziari ma è necessario “accertare se il soggetto si trovi nelle condizioni legittimanti l'adozione del regime sospensivo, e cioè se sia detenuto per uno dei reati indicati e se mantenga collegamenti con l'organizzazione di riferimento”<sup>396</sup>, il che, ovviamente, può accadere indipendentemente dall'espiazione della pena riferita a tali reati.

## *2.2 Il decreto ministeriale. Il contenuto della disciplina: applicazione e proroga.*

Presupposto necessario per l'applicazione del c.d. regime differenziato è il decreto del Ministro della Giustizia, il quale può essere assunto anche su richiesta del Ministro dell'Interno, nel caso in cui ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, nei confronti di taluni detenuti od internati in relazione ai reati contenuti all'interno del primo periodo del primo comma dell'articolo 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

Il provvedimento, è emanato dal Ministro della Giustizia, sulla base di informazioni che quest'ultimo ottiene dall'ufficio del Pubblico Ministero competente in relazione alla fase delle indagini preliminari o dal giudice competente nel caso in cui la persona ristretta sia in custodia cautelare. Sono, in ogni modo, acquisite tutte le informazioni necessarie dalla Direzione Nazionale Antimafia e dagli organi di polizia specializzati nel contrasto alla criminalità organizzata e terroristico-eversiva.

È stato affermato che, da una parte la mancata acquisizione del parere del Pubblico Ministero precedente non comporta alcuna invalidità, dall'altra il parere di quest'ultimo o del giudice precedente, non è necessario nel caso in cui il destinatario del

---

<sup>395</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 543.

<sup>396</sup> *Ibidem.*

provvedimento sia condannato in via definitiva<sup>397</sup>. Infatti, il testo del comma *2-bis* dell'articolo 41-*bis*, è riferibile esclusivamente ai detenuti in custodia cautelare e non si rivolge quindi “a coloro che si trovano in espiazione di pena in esecuzione di condanna irrevocabile”<sup>398</sup>.

La prima applicazione del decreto è per quattro anni, le successive, eventuali, proroghe hanno una durata di due anni. Il decreto ministeriale di proroga, viene emanato sulla base di una serie di elementi. In particolare, in primo luogo, esso deve ovviamente tenere conto del soggetto a cui si riferisce, nel senso di valutare il suo effettivo profilo criminale e valutare se il soggetto, in base ad elementi attuali, effettivamente mantiene dei contatti con l'organizzazione dalla quale è stato estirpato.

Ulteriori elementi che possono e devono essere presi in considerazione sono, ad esempio, l'effettivo perdurare delle attività dell'organizzazione criminale al quale il soggetto apparteneva o l'effettivo tenore di vita dei familiari. Inoltre, è stato affermato che il “mero decorso del tempo è da considerarsi di per sé neutro”<sup>399</sup>, nel senso che il trascorrere del tempo non indica per forza una rescissione dei legami con l'organizzazione criminale di appartenenza<sup>400</sup>.

Passando ad esaminare il contenuto delle limitazioni che in concreto colpiscono i destinatari del provvedimento, è necessario precisare che, innanzitutto, un elenco dettagliato si trova al comma *2-quater* dell'articolo 41-*bis*.

In particolare, i detenuti sottoposti al regime differenziato, devono essere ospitati in istituti penitenziari preferibilmente ubicati in zone insulari, devono essere isolati dal resto della struttura e devono essere adottate nei loro confronti misure di alta sicurezza per prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Essi possono godere di un solo colloquio al mese, con familiari e conviventi, che deve essere svolto all'interno di locali attrezzati per evitare il passaggio di oggetti. Sono vietati in genere i colloqui con persone diverse dai familiari ma, in casi eccezionali, possono essere autorizzati dal direttore dell'istituto di volta in volta. Dopo i primi sei

---

<sup>397</sup> F Peroni, A. Scalfati, *cit.*, pagina 264.

<sup>398</sup> *Ibidem*.

<sup>399</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 140.

<sup>400</sup> *Ibidem*.

mesi, esso può essere sostituito eventualmente da una telefonata di dieci minuti. I colloqui devono avvenire ad intervalli di tempo regolari per limitare il pericolo di passaggi informativi<sup>401</sup>.

Le limitazioni possono colpire anche l'uso del *personal computer*, vi può essere anche la limitazione alla ricezione di pacchi e vi è anche la possibilità di sottoporre visto di censura la corrispondenza. In quest'ultimo caso è esclusa l'applicazione del visto di censura se la corrispondenza riguarda membri del Parlamento, autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

Non sono passibili di limitazioni, registrazioni o qualsivoglia forma di ascolto, in alcun modo, i colloqui e le conversazioni telefoniche con i difensori. Sono inoltre limitate le quantità e la ricezione di somme, beni ed oggetti che provengano dall'esterno. La permanenza all'aria aperta non può durare più di due ore al giorno e deve svolgersi in gruppi di socialità non superiori alle quattro persone. Queste ultime sono scelte in base all'appartenenza a formazioni criminali che non presentano contatti od interessi comuni e che provengono da aree geografiche diverse.

È stato osservato come, la sottoposizione al regime di trattamento differenziato *ex* articolo 41-*bis*, non osta di per sé con la fruizione del trattamento rieducativo, nelle forme e per quanto compatibile con il regime stesso<sup>402</sup>.

### *2.3 Il reclamo. Il sindacato giurisdizionale.*

All'interno dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'articolo 41-*bis*, è contenuta la disciplina del reclamo contro l'applicazione del regime differenziato, la proroga dello stesso o del rigetto dell'istanza di revoca.

Il termine di proposizione dello stesso è di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento e non ha effetto sospensivo dell'esecuzione. Il reclamo, può essere proposto dal detenuto, dall'internato o dal difensore e deve contenere i motivi secondo la disciplina prevista dall'articolo 581 e 591 del codice di procedura penale. Infatti, secondo

---

<sup>401</sup> *Ibidem*.

<sup>402</sup> F Peroni, A. Scalfati, *cit.*, pagina 264.

la dottrina<sup>403</sup>, il reclamo previsto dalla disciplina del comma 2-*quinquies* è a tutti gli effetti un mezzo di impugnazione.

La competenza territoriale, per tutta l'Italia, spetta unicamente al tribunale di sorveglianza di Roma. Questa disciplina, prevista in seguito alle modifiche apportate alla legge n. 94/2009, presenta, secondo la dottrina<sup>404</sup>, forti criticità dal punto di vista dell'aderenza col disposto costituzionale, in quanto colliderebbe, evidentemente, col principio contenuto all'interno dell'articolo 25 primo comma della Costituzione, il c. d. principio del giudice naturale precostituito per legge. Gli stessi Autori, sottolineano poi, come questa scelta non sia frutto di una maggiore o particolare specializzazione del tribunale citato.

Il tribunale di sorveglianza, decide in camera di consiglio, salvo il diritto del soggetto interessato a richiedere la pubblica udienza, entro 10 giorni dal ricevimento del reclamo, seguendo la disciplina degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. La partecipazione del difensore, è obbligatoria così come quella del pubblico ministero. Il soggetto interessato dal provvedimento può partecipare all'udienza, lo può fare mediante collegamento audio-visivo anche, ovviamente, se è collegato da un istituto al di fuori della circoscrizione del giudice competente.

L'oggetto della cognizione del tribunale di sorveglianza riguarda, secondo anche la ricostruzione costituzionalmente orientata effettuata in dottrina<sup>405</sup>, la valutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità delle misure restrittive imposte, rispetto alla effettiva gravità dei presupposti accertati. Da ciò discende il c.d. potere-dovere del tribunale di sorveglianza di disapplicare quella o quelle parti del provvedimento impugnato che sono ritenute lesive dei diritti del soggetto al quale si applicano.

Il procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo, il procuratore di cui al comma 2-*bis*, il procuratore generale presso la Corte d'Appello, il detenuto, l'internato od il difensore possono proporre, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'ordinanza del tribunale, ricorso in cassazione per il solo motivo della violazione della legge.

---

<sup>403</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 184.

<sup>404</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 144.

<sup>405</sup> L. Filippi, G. Spangher, M. F. Cortesi, *cit.*, pagina 184.

Anche il ricorso non ha effetto sospensivo. Se il reclamo viene accolto, il Ministro della Giustizia, nel caso in cui voglia disporre un nuovo provvedimento in base al comma 2 dell'articolo 41-*bis*, deve evidenziare gli elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo che giustificano l'adozione del regime di sospensione del trattamento differenziato. Egli deve quindi, tenere conto della decisione del tribunale di sorveglianza.

Nel caso di un reclamo presentato in seguito alla richiesta della proroga del regime, il controllo del tribunale di sorveglianza deve pedissequamente verificare che, il decreto ministeriale, motivi in maniera adeguata la continuità della sussistenza dei requisiti previsti dalla disciplina dell'articolo 41-*bis*. In questo senso, è sufficiente che, rispetto al passato, non siano presenti elementi sopravvenuti di novità che inficiano i presupposti in base al quale il provvedimento ministeriale era stato emanato<sup>406</sup>.

E' stato osservato come questo *modus operandi* abbia creato una "notevole stabilità nel tempo della sottoposizione al regime"<sup>407</sup>, anche per via di una carenza di osservazione trattamentale nei confronti dei soggetti sottoposti al regime, che non consente di verificare se ci sia stata una, seppur eventuale, effettiva recisione rispetto ai legami con l'associazione criminale di appartenenza<sup>408</sup>.

Anche le condizioni di salute, giocano un ruolo fondamentale nella valutazione della persistenza dei presupposti applicativi del regime. Infatti, nel caso di un repentino o graduale decadimento psico-fisico del soggetto destinatario del trattamento differenziato, assume rilevanza la sua effettiva ed attuale capacità di ricercare collegamenti con gli *ex sodali*.

Il tema del mutamento delle condizioni di salute del detenuto e la proroga del regime detentivo differenziato è un argomento di assoluta centralità, calcolando che il regime in esame viene applicato ad una platea di 740 detenuti, dei quali 234 hanno più di sessant'anni, 87 detenuti invece ne hanno più di 70<sup>409</sup>.

Applicare trattamenti detentivi così duri e rigorosi, nei confronti di detenuti molto anziani e con diverse patologie gravi, appare privo di una concreta giustificazione per

---

<sup>406</sup>F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 145.

<sup>407</sup> *Ibidem*.

<sup>408</sup> *Ibidem*.

<sup>409</sup> Fonte: Rapporto tematico sul regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario 2023, del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

diversi motivi<sup>410</sup>. Appare, ad esempio, difficile immaginare come, anche dei c.d. capi-mafia di rango piuttosto elevato, possano in concreto continuare ad avere un ruolo significativo all'interno dell'organizzazione criminale nel momento in cui hanno un'età avanzata e delle risorse cognitive piuttosto limitate<sup>411</sup>.

La questione è stata oggetto di una famosa sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), ovvero la *Provenzano c. Italia* del 2018<sup>412</sup>. La Corte EDU ha avuto un approccio diverso rispetto al solito. Infatti, il sindacato della stessa, non si è limitato alla verifica dell'adeguatezza delle cure mediche in relazione alle patologie sofferte dal detenuto, ma vi è stata una valutazione circa le effettive capacità di mantenere un collegamento stabile con gli *ex sodali*, da parte di un detenuto in stato di età molto avanzato, con condizioni di salute peggiorate notevolmente nel tempo<sup>413</sup>. È necessario quindi un accertamento, sulle reali capacità psico-fisiche del detenuto, di natura sostanziale, per poter valutare al meglio la concreta attualità della necessità di sottoporre il detenuto al regime detentivo *ex art. 41-bis*<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, p. 326

<sup>411</sup> L. Pressacco, *Presupposti di applicazione dell'art. 41-bis ord. pen. e condizioni di salute del detenuto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1 del 2019, pagina 669 e seguenti.

<sup>412</sup> Per l'analisi dettagliata della sentenza si rimanda al Capitolo III paragrafo 2.2.

<sup>413</sup> L. Pressacco, *cit.*, pagina 669 e seguenti.

<sup>414</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 567.

# Capitolo III

**1.1 Le principali pronunce della giurisprudenza interna sul regime ex articolo 41-bis:** *1.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario-1.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario-*

**2. Analisi della giurisprudenza sovranazionale sul regime differenziato:** *2.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte europea dei diritti dell’uomo (2000-2003) sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario- 2.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell’uomo sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario- 2.3 Analisi della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo Viola c. Italia del 13 giugno 2019.*

## **1. Le principali pronunce della giurisprudenza interna sul regime *ex* articolo 41-*bis*.**

Dopo aver descritto la genesi dell'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario ed averne delineato la disciplina ivi prevista nei tratti essenziali, è necessario analizzare le principali sentenze della Corte Costituzionale partendo da quelle storicamente più rilevanti fino ad arrivare a quelle più moderne.

### *1.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.*

Prima di analizzare le sentenze più recenti della Corte Costituzionale, è necessario commentare le sentenze storicamente più rilevanti.

È stato affermato come, nonostante le numerose questioni di legittimità costituzionale, la Consulta ha preferito, piuttosto che dichiarare l'incostituzionalità *tout court* del regime carcerario *ex* articolo 41-*bis*, orientare la sua applicazione ai precetti costituzionali<sup>415</sup>.

Com'è stato indicato in dottrina, infatti, le decisioni della Consulta n. 349/1993, n. 410/1993, n. 351/1996 e n. 376/1987, sono state fondamentali poiché hanno contribuito a ridefinire il regime previsto *ex* articolo 41-*bis*, in ottica costituzionale, individuando dove necessario, delle regole ermeneutiche additive che ovviassero all'ermetismo del testo legislativo. Come sottolinea lo stesso Autore, nel susseguirsi dell'applicazione del regime, sono stati molteplici i richiami alle sentenze della Corte, segno ulteriore del forte impatto che hanno avuto<sup>416</sup>.

Le prime due sentenze che vengono in rilievo, quindi, sono le sentenze della Corte Costituzionale n. 349/1993 e n. 410/1993 che, in virtù della comunanza delle questioni affrontate e la poca distanza temporale, possono essere analizzate congiuntamente.

---

<sup>415</sup> S. Delisa, M. Turco, *Tortura democratica, inchiesta sulla “comunità del 41-*bis* reale”*, Venezia, 2002, pagina 66.

<sup>416</sup> S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41-*bis**, Milano, 2007, pagina 42.

In particolare, nel primo caso, il tribunale di sorveglianza di Ancona solleva questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'articolo 41-*bis* secondo comma della legge sull'ordinamento penitenziario, ritenendolo in contrasto con gli articoli 13 comma secondo, 27 comma terzo, 15, 97 e 113 della Costituzione.

Il giudice *a quo*, nell'ordinanza di rimessione, argomenta i dubbi di costituzionalità partendo dal disposto dell'articolo 13 secondo comma della Costituzione che, com'è noto, dispone le c.d. riserve di legge e di giurisdizione in tema di limitazione della libertà personale. Infatti, secondo il giudice rimettente, il regime previsto dal secondo comma dell'articolo 41-*bis* comporterebbe una restrizione ulteriore, rispetto a quella che già subisce il detenuto, della libertà personale del soggetto destinatario. Di conseguenza, il fatto che tali restrizioni siano applicate con un atto del Ministro della Giustizia, senza coinvolgere in nessun modo l'autorità giudiziaria, è considerato, dal giudice *a quo*, in evidente contrasto con quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 13 della Costituzione. Ulteriori censure di legittimità vengono rilevate, dal giudice *a quo*, con il disposto del terzo comma dell'articolo 27. Il discorso ha un duplice profilo. Per un verso, viene rilevato un contrasto con il principio di individualizzazione dell'esecuzione penale, in quanto il regime *ex* articolo 41-*bis* viene applicato indiscriminatamente in base al titolo del reato, per altro verso, sospendendo le regole del normale trattamento penitenziario per un periodo di tempo relativamente lungo e, potenzialmente, reiterabile, implica necessariamente che lo Stato rinunci a reinserire il condannato nel contesto sociale, contraddicendo quanto disposto in Costituzione.

Per quanto riguarda l'articolo 15 della Costituzione, secondo il giudice *a quo*, vi sarebbe un contrasto con la Costituzione in quanto si suspenderebbe quanto previsto dalla legge sull'ordinamento penitenziario in materia di corrispondenza dei detenuti, non applicando la disciplina prevista dal settimo comma dell'articolo 18 della legge n. 354/1975, escludendo quindi il provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza in ordine al c.d. visto di controllo.

Infine, nell'ordinanza di rimessione, si ravvisa un contrasto della disciplina *ex* articolo 41-*bis* secondo comma, con il combinato disposto dagli articoli 97 e 113 della Costituzione, per la mancanza di un'esauriente motivazione del provvedimento

ministeriale, il quale non consente al destinatario dello stesso di poter tutelarsi adeguatamente.

La Corte dichiara la questione infondata nel merito, per quanto riguarda tutti i profili introdotti dal giudice *a quo*, nelle ordinanze di rimessione. La stessa Corte offre però delle significative argomentazioni che saranno di seguito esaminate.

In primo luogo, la tutela dell'inviolabilità della libertà personale, sancita dall'articolo 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è detenuto, compatibilmente con lo stato in cui si trova. Secondo la Corte, infatti, la detenzione "non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione"<sup>417</sup>. Infatti, chi è sottoposto a detenzione, sebbene privato della gran parte della propria libertà, ne mantiene comunque un nucleo residuo, ancor più prezioso, poiché costituisce l'ultimo spazio in cui può esprimersi la sua individualità.

Come è stato sottolineato<sup>418</sup>, la Corte aveva già in più circostanze affermato questo principio, alcuni esempi sono le sentenze n. 204/1974, n.114/1979, n. 185/1985 e n. 53/1993.

In particolare, nella sentenza n. 114 del 1979, la Corte aveva affermato che dal principio di umanità della pena, contenuto nel terzo comma dell'articolo 27, discende il fatto che chi subisce una pena detentiva, nonostante la stessa, conserva comunque la titolarità di situazioni giuridiche soggettive attive atte a garantire quella parte di personalità umana che la stessa pena non intacca.

Sicché, chi si trova in stato di privazione della libertà conserva un minimo di libertà individuale che è importantissimo, nel momento in cui è solo lì che il detenuto può espandere la sua personalità individuale.

L'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis* differenzia in concreto la posizione dei detenuti e, di congruenza, il c.d. residuo di libertà proprio di ognuno di loro. In particolare, non si può non considerare la differenza che vi è tra detenuti c.d. comuni e quelli soggetti al regime *ex* articolo 41-*bis*. Nell'ultimo caso, è chiaro come le esigenze

---

<sup>417</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 349/1993, § 4 del considerato in diritto.

<sup>418</sup>S. Ardita, *cit.*, pagina 44.

di ordine e sicurezza comprimano e riducano il c.d. residuo di libertà del detenuto soggetto al regime *ex* articolo 41-*bis*, rispetto al c.d. detenuto comune<sup>419</sup>.

La conseguenza di quanto affermato è chiara: qualsiasi provvedimento che imponga un livello di restrizione della libertà maggiore per il soggetto destinatario deve rispettare sia la riserva di legge sia la riserva di giurisdizione, come stabilito dall'articolo 13, secondo comma, della Costituzione. Pertanto, poiché la libertà personale rientra tra i c.d. diritti fondamentali dell'uomo, la sua limitazione e/o soppressione assume "carattere derogatorio ad una regola generale e, quindi, presenta natura eccezionale"<sup>420</sup>. Ne consegue che, le norme previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario, devono essere interpretate in senso restrittivo e non possono essere applicate per analogia.

Quindi, secondo la Corte, la "norma in esame può essere interpretata in modo aderente al dettato costituzionale"<sup>421</sup>. Poiché, secondo la stessa Corte, una corretta lettura della norma, in base ai principi ermeneutici dalla stessa forniti che sono stati riportati nei due paragrafi precedenti, consentono di ricostruire il potere effettivamente esercitabile dal Ministro della Giustizia. Infatti, egli può sospendere solo quelle "regole ed istituti che già nell'Ordinamento penitenziario appartengono alla competenza di ciascuna amministrazione penitenziaria"<sup>422</sup> e che attengono specificamente al regime detentivo in senso stretto. La Corte precisa, inoltre, che le misure alternative alla detenzione, l'assegnazione al lavoro esterno o i permessi e le licenze non sono colpite dal regime dell'articolo 41-*bis*, ciò sia in virtù di quanto è stato affermato in precedenza in base ai c.d. canoni ermeneutici sia in base al fatto che, secondo la Corte, il testo stesso della legge n. 356/1992 lo escluderebbe, in quanto il legislatore non ha mai inteso equiparare le misure extra-murali alle regole del trattamento.

Quindi, secondo la Corte, le censure proposte nelle ordinanze di rimessione non si possono riferire alla norma impugnata ma solo all'applicazione che è stata fatta di essa.

Per quanto riguarda specificatamente la disciplina dell'articolo 41-*bis* secondo comma, invece, in primo luogo non viola l'articolo 13, commi primo e secondo, in quanto "non consente l'adozione di provvedimenti suscettibili di incidere sul grado di libertà

---

<sup>419</sup> M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2007, pagina 227.

<sup>420</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 349/1993, § 4 del considerato in diritto.

<sup>421</sup> *Ibidem*.

<sup>422</sup> *Ibidem*.

personale del detenuto”<sup>423</sup>; in secondo luogo, secondo la Corte nella disposizione esaminata non è rilevabile “una specifica competenza in ordine alla sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza dei detenuti”<sup>424</sup> da parte del Ministro della Giustizia, che derogherebbe all’articolo 18 della legge n. 354/1975 e, di conseguenza, violerebbe l’articolo 15 della Costituzione. Sulla base di queste argomentazioni, è stato affermato<sup>425</sup> che, per l’apposizione del visto di controllo sulla corrispondenza del detenuto, è necessaria l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria.

Infine, la Corte ritiene che non vi possa essere violazione dell’articolo 27 terzo comma della Costituzione poiché, in base ai c.d. principi generali dell’ordinamento ricostruiti dalla stessa Corte, il provvedimento ministeriale non può disporre trattamenti contrari al senso di umanità e, inoltre, deve contenere uno specifico riferimento alle precise limitazioni che hanno comportato la necessità di un regime derogatorio rispetto alla finalità rieducativa della pena.

Conclude la Corte disponendo che i provvedimenti ministeriali sono sindacabili dal giudice ordinario il quale, nel caso in cui dovesse conoscere i provvedimenti del Ministro tramite il reclamo, “eserciterà su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l’Ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull’operato dell’Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l’esecuzione delle pene”<sup>426</sup>.

Nella sentenza n. 410/1993, le censure di illegittimità sollevate nelle ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* riguardano, secondo le argomentazioni di quest’ultimi, l’impossibilità di impugnare il provvedimento ministeriale che sospende le regole del trattamento penitenziario ordinario, da parte del soggetto destinatario dello stesso.

I giudici rimettenti, quindi, censurano l’illegittimità costituzionale dell’articolo articolo 41-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario da tre prospettive diverse.

In primo luogo, i giudici *a quibus*, ravvisano un contrasto con l’articolo 3 della Costituzione, poiché viene ravvisata un’evidente disparità tra la disciplina prevista per il

---

<sup>423</sup> *Ibidem*.

<sup>424</sup> *Ibidem*.

<sup>425</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 57.

<sup>426</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 349/1993, § 4 del considerato in diritto.

regime di sorveglianza particolare, in quanto il provvedimento che la dispone è reclamabile in base alla disciplina dell'articolo 14-*ter* della legge sull'ordinamento penitenziario.

In secondo luogo, viene ravvisato un contrasto con l'articolo 24 primo comma della Costituzione, in quanto nelle ordinanze di rimessione è stato ritenuto leso il diritto alla difesa contro atti che incidono su posizioni giuridiche soggettive, ritenute dai giudici *a quibus* oggetto inderogabile di tutela giurisdizionale.

Da ultimo, i giudici *a quibus* hanno ravvisato un contrasto con l'articolo 113 della Costituzione, in virtù del fatto che ritengono che sia esclusa la tutela giurisdizionale contro un atto della Pubblica Amministrazione.

La Corte, anche in questo caso, ha ritenuto la questione infondata sotto tutti profili sollevati. In particolare, richiamando le argomentazioni contenute nella sentenza n. 349 del 1993, la Corte ha confermato da una parte che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti “restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti”<sup>427</sup> e, di conseguenza, costoro possono eventualmente adire la tutela di quello che è stato definito il “giudice dei diritti”<sup>428</sup>, ovvero il giudice ordinario.

La Corte poi si addentra nello specifico asserendo che, in assenza di disposizioni che regolano espressamente la competenza per quanto riguarda l'impugnazione del provvedimento ministeriale che dispone l'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*, la competenza deve essere riconosciuta al medesimo organo al quale la legge sull'ordinamento penitenziario riconosce la potestà del controllo sull'applicazione del c.d. regime di sorveglianza particolare, *ex* articolo 14-*ter*.

Sicché, seguendo le argomentazioni riportate dalla Corte, l'articolo 41-*bis* secondo comma della legge sull'ordinamento penitenziario è suscettibile di “un'applicazione aderente al dettato costituzionale”<sup>429</sup>. La Corte dichiara quindi, anche in questo caso, non fondata la questione di legittimità costituzionale.

---

<sup>427</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 410/1993, § 3 del considerato in diritto.

<sup>428</sup> *Ibidem*.

<sup>429</sup> *Ibidem*.

In dottrina<sup>430</sup>, è stata ricostruita l'ampia portata delle due sentenze della Corte Costituzionale. Infatti, è stato notato come da una parte, la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, dall'altra, però, vi è stata una precisazione e delimitazione dell'ambito di applicazione. È stato affermato come la tutela della libertà personale vada garantita anche nella fase esecutiva della pena, in ossequio al principio rieducativo contenuto all'interno del terzo comma dell'articolo 27, al quale risulta funzionalmente collegato.

L'Amministrazione può adottare provvedimenti, che riguardano le modalità di esecuzione della pena, che non incidano ulteriormente sullo stato di detenzione del detenuto, ovviamente *in peius*. In caso contrario, infatti, opererebbero a pieno titolo la riserva di legge e di giurisdizione, contenute nel disposto del secondo comma dell'articolo 13 della Costituzione.

La tutela dei diritti individuali dei detenuti, infine, è affidata alla magistratura di sorveglianza, che è "preposta a garantire l'osservanza del principio di legalità nell'esecuzione della pena"<sup>431</sup>.

È solo con la sentenza n. 410/1993 che la Corte Costituzionale stabilisce che si debba estendere la disciplina del controllo giurisdizionale dei provvedimenti applicativi, prevista per il regime di sorveglianza particolare *ex* articolo 14-*bis* e seguenti, anche ai provvedimenti ministeriali che dispongono l'applicazione del regime *ex* secondo comma dell'articolo 41-*bis*<sup>432</sup>.

In dottrina<sup>433</sup>, è stata quindi proposta un'interessante ricostruzione delle nozioni di limiti c.d. "interni" e di limiti c.d. "esterni", concetti che sono nati nelle sentenze sopra esaminate e che sono stati richiamati, talvolta ampliandone la portata, in successive sentenze della Corte.

In particolare, la nozione di limiti "esterni", è funzionale a consentire un'interpretazione del regime *ex* articolo 41-*bis* conforme al disposto costituzionale, nello specifico con l'articolo 27, terzo comma. Essa consiste nell'individuazione di quei

---

<sup>430</sup> S. F. Vitello, *brevi riflessioni sull'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in Cassazione Penale, 1994, pagine 2860 e seguenti.

<sup>431</sup> *Ibidem*.

<sup>432</sup> M Ruotolo, *cit.*, pagina 220.

<sup>433</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 50 a pagina 54.

confini che l'amministrazione non può superare nel momento in cui emana il provvedimento applicativo del regime *ex* articolo 41-*bis*. Nello specifico, non possono essere adottate né misure incidenti sulla quantità e qualità della pena, né sul grado di libertà personale del detenuto e non può essere consentito la sospensione di ogni attività di trattamento e osservazione, altrimenti si precluderebbe a priori l'eventuale concessione di benefici al detenuto stesso.

La funzione e la necessità dei limiti "esterni" deriva dal fatto che, come è stato affermato<sup>434</sup>, lo spazio lasciato all'amministrazione circa le modalità concrete di applicazione del regime derogatorio non è predeterminato per legge, anzi risulta ampio il margine lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione stessa.

Per quanto riguarda la nozione di limiti "interni", detti anche "funzionali del regime"<sup>435</sup>, questi comportano un'ulteriore limitazione del potere ministeriale. In particolare, è vietata la disposizione di misure che hanno un contenuto inidoneo alla concreta esigenza della tutela dell'ordine e sicurezza o siano, palesemente, inidonee od incongrue rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza che motivano il provvedimento. Infatti, se si prescindesse dai codesti requisiti, si rischierebbe di imporre misure che derogherebbero ingiustificatamente all'ordinario regime carcerario. Adottando questa impostazione, la Corte Costituzionale "ha voluto escludere dall'istituto del regime speciale ogni connotazione di carattere retributivo; al tempo stesso ha voluto sottolineare l'evidente finalità di prevenzione funzionalmente attribuita ai contenuti delle nuove regole"<sup>436</sup>.

Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 351/1996, la Corte affronta un tema più specifico. Posto che, nelle due precedenti sentenze che sono state analizzate, la Corte aveva affermato la sindacabilità del provvedimento del Ministro della Giustizia che dispone l'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*, in questo caso l'oggetto del giudizio della Corte verte, come affermato dalla stessa all'interno della sentenza, sulla possibilità, da parte del tribunale di sorveglianza, di controllare la legittimità dei provvedimenti dal punto di vista del loro contenuto dispositivo.

---

<sup>434</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *L'articolo 41 bis ord. pen. e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007, pagina 26.

<sup>435</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 50 a pagina 54.

<sup>436</sup> *Ibidem*.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice rimettente sostiene che, sebbene il provvedimento ministeriale sia ora sindacabile grazie all'intervento della Corte, la competenza del tribunale di sorveglianza si limiterebbe a verificare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*. Tale competenza non si estenderebbe a un esame nel merito del provvedimento stesso, né a un controllo sulla legittimità delle singole misure in esso disposte.

Il giudice *a quo* sostiene quindi che l'articolo 41-*bis*, secondo comma, contrasti con diversi articoli della Costituzione. In particolare, con l'articolo 13 secondo comma a causa dell'assenza di sindacabilità giurisdizionale delle misure adottate in concreto dalla Pubblica Amministrazione che, in astratto, potrebbe imporre provvedimenti che incidono sul c.d. residuo di libertà personale proprio di ogni detenuto; con l'articolo 3, primo comma poiché l'amministrazione penitenziaria avrebbe in astratto il potere di applicare regimi differenziati senza alcun criterio di ragionevolezza; con l'articolo 27, terzo comma in quanto, senza un controllo giurisdizionale sulle misure disposte dal provvedimento ministeriale, potrebbero essere previste misure in contrasto con il c.d. principio di umanità e, infine, con l'articolo 113, poiché verrebbe limitata la possibilità di sindacato giurisdizionale su un atto della Pubblica Amministrazione.

La Corte però dichiara la questione infondata nel merito. In particolare, è stato affermato<sup>437</sup> come la Corte salva, di nuovo, l'articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario dalla censura di illegittimità costituzionale, imponendo però una lettura conforme alla Costituzione che “non deve sacrificare i diritti della persona detenuta, nemmeno nei confronti della ragione di stato”<sup>438</sup>.

Partendo poi dalla lacunosità della disciplina, la Corte argomenta asserendo che è necessario un sindacato giurisdizionale finalizzato non soltanto alla verifica degli effettivi presupposti che legittimano l'adozione del regime *ex* articolo 41-*bis* ma, il sindacato del tribunale di sorveglianza, si deve estendere anche all'interno del provvedimento ministeriale, potendo conoscere ed eventualmente contestare il contenuto di quest'ultimo,

---

<sup>437</sup> C. Fiorio, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in Cassazione Penale, 1996, pagina 3056 e seguenti.

<sup>438</sup> *Ibidem*.

tutte quelle volte in cui esso violi i limiti contenuti dalla normativa ordinaria e da quella costituzionale.

Per far sì che il regime contenuto nell' articolo 41-*bis* sia passibile di un'interpretazione costituzionalmente conforme, è quindi necessario che vi sia un "penetrante ed invasivo sindacato giurisdizionale"<sup>439</sup>, che verifichi se vi sia stato un uso legittimo in concreto dei poteri attribuiti all'amministrazione. Tale sindacato, inevitabilmente, non "può prescindere dall'esame delle singole misure disposte col provvedimento amministrativo"<sup>440</sup>.

Infatti, secondo l'interpretazione dell'Autore dell'argomentazione della Corte, la concreta esigenza di tutela dell'ordine e della sicurezza, si deve porre in rapporto di "causa-effetto"<sup>441</sup> con le restrizioni in concreto adottate dalla Pubblica Amministrazione. Questa argomentazione testimonia ulteriormente come sia imprescindibile che, il sindacato giurisdizionale, si deve necessariamente spingere anche all'esame delle singole misure previste dal provvedimento.

Infine, l'Autore ricostruisce nella maggiore sensibilità verso le i c.d. diritti minimi dei detenuti e l'esplicita affermazione dell'inammissibilità di tutte quelle misure che sia direttamente che indirettamente cercano di limitare od escludere l'attività di osservazione di trattamento del detenuto, la vera portata innovativa della sentenza in esame.

Come notato anche dalla dottrina<sup>442</sup> la Corte, dopo aver affermato la sindacabilità dei provvedimenti ministeriali da parte del giudice ordinario nella sentenza n. 349/93, in questa pronuncia ha ulteriormente e specificatamente chiarito che questa autorità spetta al tribunale di sorveglianza territorialmente competente e, l'autorità giudiziaria, ha il potere di disapplicare in tutto od in parte il provvedimento ministeriale.

Infine, merita di essere analizzata anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 376/1997.

---

<sup>439</sup>*Ibidem.*

<sup>440</sup> *Ibidem.*

<sup>441</sup> *Ibidem.*

<sup>442</sup> L. Cesaris, *commento all'articolo 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2019, pagina 535.

La stessa Corte indica come, in questo caso, le ordinanze dei giudici rimettenti, ovvero i tribunali di sorveglianza di Napoli e Firenze, abbiano sottoposto all'esame della stessa "più che profili nuovi, particolari aspetti o conseguenze, ad avviso dei rimettenti contrastanti con la Costituzione, della norma in esame e del regime che in forza di essa si viene ad instaurare nei confronti dei detenuti"<sup>443</sup>. Successivamente, la stessa Corte asserisce come, in realtà, le questioni a lei sottoposte non sono che "aspetti collegati ad una interpretazione della norma diversa da quella, conforme alla Costituzione, affermata da questa Corte, o ad una cattiva applicazione del sistema normativo, ricostruito in aderenza ai principi costituzionali"<sup>444</sup>.

Innanzitutto, è necessario precisare che la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale anche in questo caso. Ci troviamo di fronte ad una sentenza che è stata inserita all'interno del filone degli interventi c.d. correttivi della Corte Costituzionale. Questi interventi sono volti, da una parte a fornire un'interpretazione del regime in esame conforme al dettato costituzionale, dall'altra, la loro funzione è quella di fornire un'interpretazione della disciplina *ex* articolo 41-*bis* più ristretta, soprattutto per quanto riguarda l'ambito applicativo<sup>445</sup>.

Nella sentenza in esame, quindi, la Corte richiamando le argomentazioni precedentemente esposte anche in questo paragrafo, ha operato, di nuovo, un'interpretazione c.d. "correttiva"<sup>446</sup> del regime *ex* articolo 41-*bis*. Grazie a questo tipo di interpretazione, sono stati superati diversi dubbi di incompatibilità costituzionale del regime in esame come, ad esempio, quello sulla "labilità dei presupposti applicativi, in chiara violazione del principio di determinatezza"<sup>447</sup>. Sono stati avanzati, però, dei residui dubbi circa la compatibilità del regime in esame col principio di umanità della pena contenuti nell'articolo 27 terzo comma<sup>448</sup>. Infatti, il regime *ex* articolo 41-*bis*, risulta avere una carica afflittiva che potrebbe essere eccessiva, soprattutto poi risulta ancora poco chiaro come questa sia collegabile alle esigenze di ordine e sicurezza.

---

<sup>443</sup> Corte Costituzionale, sentenza n.376/1997, paragrafo 5 del considerato in diritto.

<sup>444</sup> *Ibidem*.

<sup>445</sup> R. D'Alessio, *nota di commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 376/1997*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno 1997, fascicolo VI, pagina 3636 e seguenti.

<sup>446</sup> *Ibidem*.

<sup>447</sup> *Ibidem*.

<sup>448</sup> *Ibidem*.

Interessante, come rilevato anche in dottrina<sup>449</sup>, è il fatto che nella sentenza in esame si evidenzia la compatibilità costituzionale del regime *ex* articolo 41-*bis* con l'articolo 27 comma 2 della Costituzione.

In sostanza, la questione sollevata nelle ordinanze di rimessione, riguardava la compatibilità di un regime così duro con la posizione dell'imputato. La Corte ha ritenuto che, nonostante il principio di non colpevolezza ricopra un ruolo apicale in uno stato di diritto, quest'ultimo non si può invocare per impedire l'applicazione di misure che non hanno come contenuto l'anticipazione di una, eventuale e futura, sanzione penale ma, diversamente, lo scopo delle stesse si sostanzia nella finalità di recidere i contatti del soggetto imputato detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza. Anche in questo caso, quindi, prevalgono le esigenze di ordine e sicurezza, il regime in esame non presenta quindi nessuna velleità retributiva.

Appare interessante analizzare una ricostruzione effettuata dalla dottrina<sup>450</sup>. In particolare, in seguito soprattutto alla sentenza n. 376 del 1997, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria emanò la circolare n. 3470/5920, nella quale venivano esposti i criteri per applicare in concreto la disciplina del regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-*bis*, con la precisa finalità di aderire a quanto disposto dalle sentenze della Corte Costituzionale.

Emerge, al netto delle sentenze analizzate, in particolare da quest'ultima, che la finalità del controllo giurisdizionale sulla congruità delle misure adottate in relazione alle finalità specifiche perseguite, che sono quelle dell'ordine e della sicurezza, è funzionale ad evitare che siano soppresse o sospese le attività di osservazione e trattamento, previste dalle norme sull'ordinamento penitenziario in ossequio del disposto del comma terzo dell'articolo 27 della Costituzione, che non siano non strettamente necessarie<sup>451</sup>.

Infine, risulta interessante analizzare il contenuto dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 417/2004. L'oggetto della cognizione della Corte, in questo caso, risulta essere la proroga del regime *ex* articolo 41-*bis*.

---

<sup>449</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 61.

<sup>450</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 29.

<sup>451</sup> L. Cesaris, *cit.*, pagina 535.

In particolare, come è stato ricostruito<sup>452</sup>, la Corte dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale che riguarda il secondo comma dell'articolo 41-*bis*, sollevata in relazione agli articoli numero 3, 13 secondo e primo comma, 24 e 27 secondo comma.

Come è stato rilevato<sup>453</sup> la Corte, dopo aver richiamato quanto disposto nelle sue sentenze precedenti, dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale. La Corte, infatti, asserisce che il provvedimento di proroga ministeriale deve contenere un'adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato. In altre parole, deve essere effettuata un'analisi che deve valutare nel merito gli elementi specifici da cui risulta la persistente capacità del detenuto di tenere contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza. Il che si pone con linea di continuità con quanto affermato dalla stessa Corte nei suoi precedenti.

In dottrina<sup>454</sup>, queste affermazioni trovano ampio riscontro. In particolare, viene osservato come, secondo l'orientamento della Corte, nella prassi applicativa, non devono essere seguite scorciatoie come potrebbe essere, ad esempio, il ricorso alle presunzioni, né tantomeno è ammissibile una c.d. inversione dell'onere della prova. Il Tribunale di sorveglianza, deve quindi effettuare un'analisi degli elementi posti alla base del decreto ministeriale accurata ed approfondita, in particolare valutando se gli elementi forniti nel provvedimento di proroga sono recenti e forniscono dati significativi circa la permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'associazione criminale alla quale apparteneva.

All'indomani dell'ordinanza n. 417/2004 si è parlato di stabilizzazione del regime previsto *ex* articolo 41-*bis*<sup>455</sup>. Nonostante l'intervento correttivo del legislatore con la novella del 2002, infatti, il complessivo assetto del regime c.d. differenziato risulta comunque atipico se si guarda alla disciplina complessiva che risulta dall'analisi della legge n. 354/1975. Il regime differenziato, quindi, si presenta come sì "corretto" dalle molteplici sentenze della Corte Costituzionale ma, in fin dei conti, la disciplina ivi

---

<sup>452</sup> *Ibidem*.

<sup>453</sup> F. Peroni, A. Scalfati, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, pagina 263.

<sup>454</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 42 e L. Cesaris, *cit.*, pagina 535.

<sup>455</sup> P. Troncone, *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Rivista penale*, n. 5 del 2005, pagina 547 e seguenti.

disposta non risulta particolarmente intaccata nella sua particolare severità. È stata creata un'equazione tra pericolosità sociale dei detenuti e pericolosità che essi potenzialmente possono esprimere all'interno del contesto carcerario.

Con quest'ultima ordinanza, la Corte ha sostanzialmente confermato che all'interno del regime carcerario italiano è presente un doppio regime di esecuzione della pena. Uno riguarda i detenuti comuni, l'altro riguarda i detenuti che sono condannati od imputati per reati che riguardano le associazioni di stampo mafioso o terroristico. Il quadro che risulta, specie nel caso degli imputati, è quindi una presunzione di pericolosità sociale che risulta difficile da vincere, difficoltà che si riscontra soprattutto nel momento in cui è necessario fornire elementi probatori convincenti.

La Corte, con un'ordinanza, tra l'altro scelta criticata in dottrina in quanto, una sentenza interpretativa di rigetto, avrebbe dato una “maggiore consistenza e vincolatività all'intervento”<sup>456</sup>, ripercorre, nuovamente, quello che è il suo ormai consolidato orientamento sul regime *ex* articolo 41-*bis*, dal quale risulta una “non incompatibilità”<sup>457</sup> del regime in esame con il disposto costituzionale, piuttosto che una sua “piena conformità”<sup>458</sup>.

In questo caso, oggetto della cognizione della Corte, è la questione di legittimità costituzionale che riguarda il contenuto del provvedimento ministeriale di proroga, soprattutto per quanto concerne la valutazione della sussistenza dei presupposti che legittimano la permanenza della misura. Secondo le argomentazioni dei giudici rimettenti, infatti, persisterebbe una c.d. presunzione di pericolosità dei detenuti soggetti al regime differenziato, presunzione che non consentirebbe facilmente l'offerta di elementi di prova contrari, di qui la reiterata e sistematica conferma con la conseguente proroga del regime.

La Corte, dal canto suo, conferma invece che l'indagine volta alla valutazione degli elementi che consentono di stabilire la pericolosità sociale del detenuto, deve essere effettuata guardando al singolo detenuto e soprattutto deve avere natura sostanziale. In altre parole, è necessario effettuare un'indagine di natura sostanziale che riguarda il destinatario delle eventuale proroga, considerando sia l'effettiva condotta avuta dallo

---

<sup>456</sup> *Ibidem.*

<sup>457</sup> *Ibidem.*

<sup>458</sup> *Ibidem.*

stesso, sia indagando se effettivamente egli mantiene o potrebbe mantenere dei legami con l'associazione criminale di appartenenza. I Tribunali di sorveglianza non possono, quindi, “trincerarsi dietro il paravento di definizioni di stile o modelli argomentativi *standard*”<sup>459</sup>.

Quel che rileva, alla luce di quanto esaminato, è una permanente tensione tra le esigenze di ordine e sicurezza e le garanzie del detenuto. È evidente che il regime disposto dall'articolo 41-*bis* presenta una copiosa carica afflittiva, anche in dottrina questo non è stato negato. Ciò nonostante, la Corte si è sforzata di ricondurre il regime nell'alveo della costituzionalità, rimarcando la sua “non incompatibilità”<sup>460</sup> con il disposto costituzionale, la parola chiave che viene in evidenza anche questa volta quindi è “emergenza”.

Sì, perché è solo facendo riferimento all'emergenza generata dalla costante, pervasiva e perdurante minaccia delle organizzazioni sia di stampo terroristico sia, soprattutto, di stampo mafioso che è allora spiegato l'atteggiamento della Corte che, con i suoi interventi, ha cercato di mitigare gli aspetti, del regime *ex* articolo 41-*bis*, non funzionali allo scopo emergenziale. Gli orientamenti della Corte sono stati poi, anche se parzialmente, recepiti dal legislatore con le leggi di riforma del regime differenziato.

Ciò che residua, sono però i numerosi dubbi circa la compatibilità del regime *ex* articolo 41-*bis*, definito in dottrina come “atipico”<sup>461</sup>, con quanto ha previsto la Costituzione circa il concreto assetto della sanzione penale. Sorgono numerosi dubbi, guardando al terzo comma dell'articolo 27, sotto un duplice profilo. Da una parte è evidente come il regime differenziato mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, per evidenti motivi, dall'altra parte, specie nel caso in cui l'intervento della Consulta non arriva o tarda ad arrivare, emergono profili di incostituzionalità anche per quanto riguarda il divieto di trattamenti inumani e degradanti.

---

<sup>459</sup> *Ibidem*.

<sup>460</sup> *Ibidem*.

<sup>461</sup> *Ibidem*.

## *1.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte Costituzionale sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario.*

Negli ultimi anni, la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* si è progressivamente affinata, delineando con maggiore precisione i limiti costituzionali entro cui possono collocarsi le restrizioni imposte ai detenuti sottoposti a tale regime. Le sentenze n. 122/2017, 97/2020, 105/2023 e 30/2025 testimoniano un'evoluzione interpretativa che, pur riconoscendo la necessità di misure differenziate per contrastare la criminalità organizzata, insiste sulla loro compatibilità con i principi fondamentali della Costituzione. Il filo conduttore che lega queste pronunce è rappresentato dalla costante ricerca di un equilibrio tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali, con un'attenzione particolare al principio di proporzionalità e alla funzione rieducativa della pena. Attraverso un attento scrutinio di legittimità costituzionale, la Corte ha progressivamente circoscritto l'ambito delle limitazioni ammissibili, evidenziando come il regime differenziato non possa tradursi in un irragionevole inasprimento della pena o in una compressione arbitraria dei diritti dei detenuti, in quanto lo scopo dello stesso non è caricare di afflittività l'esecuzione delle pena ma recidere i possibili contatti tra il detenuto e l'esterno dell'istituto penitenziario.

Procedendo in ordine cronologico, la prima sentenza rilevante che è necessario analizzare è la sentenza della Corte Costituzionale n. 122/2017.

Questa sentenza riveste un ruolo significativo all'interno del dibattito sul ruolo da attribuire al regime del c.d. "carcere duro". In particolare, la Corte ha ritenuto legittime le limitazioni che l'Amministrazione penitenziaria ha imposto ai detenuti sottoposti al regime *ex* articolo 41-*bis*, in riferimento alla ricezione ed alla spedizione di libri e riviste stampate. È dunque consentito ai detenuti acquistare la stampa autorizzata solamente presso l'istituto penitenziario nel quale si svolge la detenzione, è vietata la ricezione di stampa proveniente dai familiari, sia consegnata a mano durante il colloquio che ricevuta per posta, è vietata la trasmissione all'esterno di qualsiasi materiale stampato da parte del detenuto ed è vietato lo scambio di libri e riviste da parte di detenuti che appartengono a gruppi di socialità differenti.

Si ripropone dunque, anche in questo caso, la tensione tra esigenze di prevenzione, che legittimano l'Amministrazione penitenziaria ad adottare misure così estremamente invasive per evitare collegamenti tra il detenuto e l'esterno dell'istituto e diritti fondamentali dell'uomo, anche se detenuto. In particolare, emerge ancora il principio del c.d. "residuo"<sup>462</sup> di libertà personale, di cui rimane comunque titolare il detenuto, nel quale si può ancora espandere la sua personalità. Anche in questo contesto, viene in rilievo che, il regime in esame, rappresenta uno dei maggiori esempi del contrasto che si manifesta tra le esigenze di prevenzione e repressione e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>463</sup>. Bisogna anche considerare il fatto che il regime *ex art. 41-bis* è considerato come uno strumento collaudato, prezioso ed imprescindibile nell'ottica della lotta alla criminalità organizzata<sup>464</sup>.

Ma, è necessario considerare, che questo strumento penitenziario presenta sicuramente delle misure molto rigorose, sicché è necessario osservarlo da vicino e costantemente, considerando spesso di effettuare un giudizio critico circa l'opportunità delle scelte effettuate in base ai risultati ottenuti, altrimenti si rischia di sconfinare in "un diritto penale del nemico"<sup>465</sup> che, chiaramente, collide con l'idea di pena contenuta nella Costituzione. Anche nelle situazioni di emergenza, la pena non deve perdere la sua "dimensione umana"<sup>466</sup>, altrimenti si rischia una regressione sia a livello giuridico, sia a livello di società, ponendo solamente prendendo in considerazione il paradigma retributivo. Ed è proprio questa la ragione che ha spinto la dottrina<sup>467</sup> ad individuare i c.d. limiti interni ed esterni che vietano, all'Amministrazione penitenziaria, di porre in essere misure che vadano oltre le ragioni di ordine e sicurezza che legittimano l'adozione del provvedimento ministeriale, con cui si dispone il regime differenziato. La chiave in questo contesto, sembra quindi essere la proporzionalità delle misure adottate rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza<sup>468</sup>.

---

<sup>462</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 349/1993.

<sup>463</sup> A. Ciavola, *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, numero 3, pagina 1236.

<sup>464</sup> F. Giunta, *Opinioni a confronto. Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia* 2007, pagina 249.

<sup>465</sup> A. Ciavola, *cit.*, pagina 1238.

<sup>466</sup> *Ibidem*.

<sup>467</sup> S. Ardita, *cit.*, da pagina 50 a pagina 54.

<sup>468</sup> A. Ciavola, *cit.*, pagina 1238.

Secondo l'argomentazione della Corte, l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale presentate dal giudice *a quo* viene in rilievo "con immediatezza quanto alle denunciate violazioni della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), intesa nel suo significato passivo di diritto di essere informati"<sup>469</sup>. In particolare, è stato osservato come non siano incongrue le misure restrittive imposte dall'Amministrazione penitenziaria ai detenuti sottoposti al regime differenziato, dato che lo scopo prefissato è quello di impedire la comunicazione del detenuto con l'esterno<sup>470</sup>. Secondo la Corte, il diritto allo studio ed alla informazione è garantito dal fatto che la norma "incide solo sulle modalità attraverso le quali dette pubblicazioni possono essere acquisite"<sup>471</sup>, al detenuto non è quindi impedito di tenere con sé le sue "letture preferite"<sup>472</sup>, ma è solo obbligato ad acquisire codeste secondo modalità che contemplino "canali sicuri"<sup>473</sup> per impedire un possibile scambio di informazioni, magari abilmente camuffate, data la possibile varietà di oggetti e di modalità attraverso le quali è possibile nascondere messaggi in dello stampato. È stato correttamente affermato come, questa limitazione, è paradossalmente la negazione della libertà di informazione stessa poiché, uno dei corollari di tale libertà, è quello di presupporre la libera scelta delle fonti dalle quali poi il soggetto effettivamente si informa<sup>474</sup>.

Si è affermato come, in questa sentenza, la Corte abbia affermato la "prevalenza delle istanze securitarie"<sup>475</sup>, ovvero quelle della prevenzione e della sicurezza, rispetto al diritto all'informazione, allo studio ed al mantenimento delle relazioni familiari, confermando e ribadendo quindi la carica afflittiva del regime *ex* articolo 41-bis. Insomma, tra diritto all'informazione del detenuto soggetto al regime differenziato e sicurezza pubblica, l'ago della bilancia pende nettamente per la seconda<sup>476</sup>.

---

<sup>469</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 217/2022, § 5 del considerato in diritto.

<sup>470</sup> A. Ciavola, *cit.*, pagina 1239.

<sup>471</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 217/2022, § 5 del considerato in diritto.

<sup>472</sup> *Ibidem*.

<sup>473</sup> A. Ciavola, *cit.*, pagina 1239.

<sup>474</sup> A. Longo, "Est modus in rebus". *Modalità e contest nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n.122/2017*, in *Nomos*, le attualità del diritto, numero 3, anno 2027, pagina 13.

<sup>475</sup> *Ibidem*.

<sup>476</sup> G. Chiola, *Il digital divide in carcere*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, anno 2020, numero 6 pagina 986.

Infine, è doveroso rilevare come i detenuti sottoposti al regime differenziato sono soggetti posti in una condizione di sostanziale isolamento, privi di contatti con il mondo esterno, con delle fortissime limitazioni nelle attività culturali, ricreative, trattamentali e, soprattutto, sono costretti a passare le loro giornate praticamente in uno stato di inattività<sup>477</sup>. Una maggiore apertura per quanto riguarda l'accesso alla lettura ed all'informazione, sarebbe certamente più in linea con quanto, ad esempio, disposto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>478</sup>. Inoltre, permetterebbe di superare le riserve ripetutamente manifestate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura, il quale, nei suoi rapporti periodici sulle condizioni delle carceri in Italia<sup>479</sup>, ha sollecitato lo Stato italiano ad aumentare le attività culturali e, più in generale, quelle trattamentali a beneficio dei detenuti sottoposti al regime del 41-bis dell'ordinamento penitenziario.

Successivamente emerge, tra le altre, la sentenza della Corte Costituzionale n. 97/2020.

In questo caso, la questione di legittimità costituzionale riguardava il comma 2-*quater* lettera *f*) dell'articolo 41-*bis*. In particolare, il detenuto G. soggetto al regime del 41-*bis*, propone reclamo al magistrato di sorveglianza di Spoleto poiché un ordine di servizio della direzione del carcere negava la possibilità di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità. Il magistrato di sorveglianza di Spoleto dichiara, successivamente, inammissibile il reclamo presentato dal detenuto, nel quale lo stesso asseriva che la possibilità di scambiare oggetti, in particolare alimentari, non mette a rischio la finalità del regime differenziato. Contro questa decisione viene proposto reclamo al Tribunale di sorveglianza di Perugia che accoglie la tesi del detenuto. Successivamente, la I Sezione penale della Corte di Cassazione conosce la questione in forza dei ricorsi presentanti dal Ministero della Giustizia contro le due ordinanze emesse dal tribunale di sorveglianza di Perugia e, di conseguenza, solleva d'ufficio la questione di legittimità costituzionale. La stessa I Sezione Penale, nella sentenza n. 5977/2017,

---

<sup>477</sup> A. Della Bella, *Libri e riviste al 41 'bis': la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Diritto penale e processo*, 2018, numero 1, pagina 62.

<sup>478</sup> La giurisprudenza della Corte EDU sarà esaminata nei paragrafi 2.1 e 2.2 di questo capitolo.

<sup>479</sup> Ad esempio: PT/Inf (2017) 23, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), from 8 to 21 April 2016, Strasbourg, 8 September 2017,

aveva avallato l'interpretazione più restrittiva del comma 2-*quater* lettera *f*), ritenendo legittimo il divieto assoluto di scambio di qualsiasi oggetto anche all'interno dello stesso gruppo di socialità.

La Corte, entrando nel merito della questione, afferma che, innanzitutto, la finalità del regime differenziato è quella di “contenere la pericolosità di singoli detenuti, proiettata anche all'esterno del carcere”<sup>480</sup>, dopodiché nella concreta applicazione del regime stesso, lo scopo è quello di evitare che i membri delle organizzazioni criminali si servano dell'ordinaria disciplina trattamentale “utilizzando particolarmente, in ipotesi, i colloqui con familiari o terze persone”<sup>481</sup>, per riuscire ad impartire ordini ed in generale comandi direttivi, dall'interno del carcere, ai loro sodali all'esterno. La Corte poi richiama la sua stessa giurisprudenza asserendo che, i limiti a cui è sottoposto il regime previsto al secondo comma dell' articolo 41-*bis*, devono essere individuati in quelle “regole e istituti dell'ordinamento penitenziario che risultino in concreto contrasto con le richiamate esigenze di ordine e sicurezza”<sup>482</sup>. Infatti, nel caso in cui si adottassero misure che non siano serventi alle esigenze di ordine e sicurezza, allora l'intero scopo del regime differenziato verrebbe meno e si creerebbe, in sostanza, una deroga all'ordinario regime trattamentale, con un contenuto puramente (se non unicamente) afflittivo.

La Corte, nel caso del comma 2-*quater*, lettera *f*), sostiene che vi sia una violazione degli articoli 3 e 27 terzo comma della Costituzione. Nello specifico, l'articolo 3 risulta violato in quanto, il divieto assoluto di scambiare oggetti tra detenuti che appartengono allo stesso gruppo di socialità, non risulta “né funzionale né congruo rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al regime differenziato”<sup>483</sup> che, appunto, si sostanzia nell'impedire le sue comunicazioni con l'esterno. Vi è un contrasto anche con l'articolo 27 terzo comma in quanto, questo tipo di assetto normativo, risulta avere una carica unicamente afflittiva. Quindi, il divieto assoluto e generalizzato di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità, risulta il frutto di un bilanciamento aprioristico effettuato *ex ante* dal

---

<sup>480</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 97/2020 § 6 del considerato in diritto.

<sup>481</sup> *Ibidem*.

<sup>482</sup> *Ibidem*.

<sup>483</sup> *Ivi*, nello specifico § 7 del considerato in diritto.

legislatore, slegato dalla verifica, nel caso concreto, della presenza di un'effettiva esigenza di ordine e sicurezza.

Sembrava che la Corte fosse preoccupata della portata della sua sentenza e delle sue conseguenze sul piano concreto<sup>484</sup>. Infatti, non a caso, la stessa conclude asserendo che è solo la previsione *ex lege* del divieto assoluto di scambiare oggetti a contrastare con la Costituzione, restando quindi all'interno del novero delle possibilità attribuite all'Amministrazione penitenziaria, quella di determinare in concreto le modalità attraverso le quali si possono effettuare questi scambi e, soprattutto, “predeterminando le condizioni per introdurre nuove limitazioni, ad esempio riguardanti lo scambio di libri, come prevede la circolare DAP del 2017”<sup>485</sup>. È stata rilevata una sorta di “apprensione”<sup>486</sup> della Corte, anche dal fatto che, se è vero che il divieto assoluto di scambiare oggetti, imposto *ex ante* dal legislatore senza dare la possibilità di una verifica nel caso concreto è incostituzionale, allora la scelta come esempio dei libri e delle c.d. copie parziali, come oggetto il cui scambio potrebbe essere limitato, appare curiosa.

Questa sentenza, dunque, ha come scopo quello della “riconduzione al suo scopo”<sup>487</sup> del regime differenziato, eliminando una disposizione dalla evidente carica afflittiva. Questa, tra l'altro, non è la prima sentenza di accoglimento della Corte in materia di regime differenziato, infatti è possibile effettuare un collegamento tra la sentenza in esame e le sentenze n. 143/2013, in tema di colloqui difensivi e n. 186 /2018, in tema di divieto di cottura dei cibi<sup>488</sup>.

La Corte, in questa sentenza, ha indicato quello che è stato definito come “il binario all'interno del quale si deve muovere l'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità con la quale plasma le misure miranti a prevenire contatti”<sup>489</sup>, con l'organizzazione di appartenenza. Infatti, l'Amministrazione penitenziaria non può applicare acriticamente le misure, ma deve dar conto delle concrete e precise esigenze di

---

<sup>484</sup> D. Galliani, *Incostituzionale, ma senza esagerare. Il divieto di scambiare oggetti al 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, numero 3, pagina 1197

<sup>485</sup> *Ibidem*.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

<sup>487</sup> *Ibidem*.

<sup>488</sup> R. De Vito, *L'illegittimità costituzionale della norma che sancisce l'assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in 41-bis ordinamento penitenziario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, numero 3, pagina 1577.

<sup>489</sup> *Ibidem*.

ordine e sicurezza dalle quali scaturisce la necessità di adottare le misure ulteriormente restrittive per il detenuto. Le suddette misure saranno ovviamente sindacabili, di volta in volta, dalla magistratura di sorveglianza.

Com'è stato notato in dottrina<sup>490</sup>, l'articolo 7 del decreto legge n. 92/2024, rimasto sostanzialmente immutato in sede di conversione in legge n. 112/2024, ha modificato l'articolo 41-*bis* in due direzioni. Per quel che ci interessa in questa sede, è necessario rilevare che vi è stata una modifica definita come meramente "formale"<sup>491</sup> allo stesso articolo. Ora, ciò che lascia perplessi è che, nonostante le sentenze n. 186/2018 e n. 97/2020, il legislatore ha comunque ritenuto di "conservare un testo dichiarato illegittimo"<sup>492</sup>. Infatti, la fedele riproduzione dell'articolo 7 del decreto in sede di conversione, testimonia che quella che abbiamo di fronte non è una svista a cui il legislatore avrebbe posto rimedio in sede di conversione<sup>493</sup>, sicché è stato affermato che il legislatore non ha voluto rinunciare a divieti costituzionalmente illegittimi ma dal valore altamente simbolico<sup>494</sup>.

Successivamente è necessario analizzare la sentenza della Corte Costituzionale n. 105/2023.

In questo caso, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale è il comma 2-*quater* lettera *b*) dell'articolo 41-*bis*, nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto debba avvenire in locali appositamente attrezzati per evitare il passaggio di oggetti dal detenuto ai familiari o viceversa. La modalità pratica con la quale è stato dato seguito al disposto normativo è quella di predisporre postazioni di colloquio con un vetro divisorio che copra l'intera altezza degli interlocutori. Nella disciplina delle circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria<sup>495</sup> (di seguito DAP), è

---

<sup>490</sup> V. Alberta, A. Della Bella, *La conversione in legge del "decreto carceri" e la persistente assenza di soluzioni al problema del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processo*, 2024, numero 11, pag. 1409

<sup>491</sup> *Ibidem*.

<sup>492</sup> *Ibidem*.

<sup>493</sup> M. Ruotolo, *Riflessioni sui possibili margini di intervento parlamentare in sede di conversione del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92 (decreto car cere). Appunti a prima lettura*, in *Sistema penale*, 11 luglio 2024, Memoria scritta presentata il 10 luglio 2024 alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, in occasione dell'audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1183 «Conversione in legge del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92, recante misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia».

<sup>494</sup> V. Alberta, A. Della Bella, *cit.*, pag. 1409.

<sup>495</sup> Come esempio si veda l'articolo 16 della circolare del DAP del 2 ottobre 2017.

prevista la possibilità di eliminare il vetro divisorio, su richiesta del detenuto, quando esso debba svolgere il colloquio con figli e nipoti in linea retta, minori di dodici anni. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata in quanto, nel caso in cui il colloquio si debba svolgere secondo le stesse modalità, ma con soggetti minori ultra dodicenni, il limite, anagrafico è ritenuto illegittimo. Ciò induce il giudice *a quo* a dubitare della legittimità costituzionale della norma, poiché sarebbero lesi, da una parte, il diritto della persona detenuta a mantenere rapporti affettivi col proprio nucleo familiare, dall'altra, *rebus sic stantibus*, il regime in esame non garantirebbe il rispetto del c.d. superiore interesse del minore ultra-dodicenne.

La Corte dichiara la questione di legittimità costituzionale non fondata. Secondo l'argomentazione della Corte, il giudice *a quo*, nelle ordinanze di rimessione, sarebbe partito da un presupposto che non è condiviso della stessa, ovvero quello che il testo della norma in esame preveda in maniera inequivocabile l'imposizione dell'utilizzo del vetro divisorio. È possibile, infatti, "una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata"<sup>496</sup>. Innanzitutto, la Corte precisa che il giudice rimettente ha ragione quando sostiene che i colloqui visivi spettino anche ai detenuti soggetti al regime differenziato e che, a questi ultimi, debba essere garantito un trattamento penitenziario che non contrasti col principio di umanità della pena, contenuto nel terzo comma dell'articolo 27 e, al contempo, sia rispettoso della tutela dell'interesse del minore. Sotto il primo profilo, una disciplina che escluda totalmente la possibilità per il detenuto di intrattenere interazioni fisiche con i propri familiari, soprattutto se minori, contrasterebbe col disposto dell'articolo 27 terzo comma. Dall'altra parte, la Corte precisa come la sua stessa giurisprudenza ha riconosciuto che il diritto del soggetto minore a godere di un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto a ricevere cura, educazione ed istruzione. È da segnalare, inoltre, che il c.d. miglior interesse del minore trova espresso riconoscimento sia nella normativa intera, ad esempio nel comma secondo dell'articolo 31 della Costituzione, che nella normativa internazionale, come ad esempio il paragrafo 1 dell'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Proseguendo nella sua argomentazione, la Corte precisa che "il giudice a quo – pur avendo ben presente l'intero contesto normativo e giurisprudenziale appena illustrato

---

<sup>496</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 105/2023 § 9 del considerato in diritto.

– non ne abbia tratto le dovute conseguenze quanto all’interpretazione della disposizione censurata”<sup>497</sup>. La Corte, dopo aver analizzato approfonditamente quanto disposto dalla norma asserisce che “il dato testuale suggerisce anche un esito diverso da quello proposto dal rimettente, compatibile con i parametri costituzionali e sovranazionali evocati”<sup>498</sup>, infatti, il legislatore ha solamente indicato una pratica che deve essere vietata, non specificando nel concreto le soluzioni tecniche che devono essere adottate. L’utilizzo del vetro divisorio a tutta altezza non è, quindi, prescritto da nessuna norma di rango primario. Pertanto, secondo la Corte, l’interpretazione della norma, che non prevede un esplicito obbligo di installare un vetro divisorio a tutta altezza, risulta compatibile con il dato letterale della disposizione stessa e, di conseguenza, con la Costituzione. Sarà dunque pienamente possibile per l’amministrazione penitenziaria, o per la magistratura di sorveglianza in sede di reclamo, autorizzare un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore ai dodici anni, qualora vi siano valide ragioni a sostegno di tale scelta, adeguatamente motivate e volte in particolare a escludere il rischio che i minori possano essere utilizzati per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive. Al contrario, l’amministrazione potrà respingere, con un provvedimento comunque soggetto a controllo giurisdizionale, una richiesta di colloquio senza separazione anche con un minore di età inferiore ai dodici anni laddove, nel contemperamento tra il suo interesse, i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza, emergano elementi concreti che rendano oggettivamente prioritaria la necessità di prevenire il rischio di contatti con l’esterno. In ogni caso, nulla impedisce al legislatore di disciplinare in una fonte primaria le modalità dei colloqui con i familiari, in particolare con i minori, evitando tuttavia soluzioni rigide che, risultando eccessive o insufficienti, potrebbero non essere adeguate alle specifiche esigenze del caso concreto. La Corte conclude quindi affermando che “alla luce della interpretazione qui prescelta, risulta immune da vizi lo schema normativo più sopra descritto”<sup>499</sup>.

Questa sentenza, quindi, rivolge uno “sguardo conservativo”<sup>500</sup> al regime *ex* articolo 41-*bis*, cercando di tracciare coordinate per costruire un’interpretazione

---

<sup>497</sup>Corte Costituzionale, sentenza n. 105/2023 § 10 del considerato in diritto.

<sup>498</sup> *Ibidem*.

<sup>499</sup> *Ibidem*.

<sup>500</sup> F. Siracusanò, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ordinamento penitenziario con i familiari minorenni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, numero 3, pagina 1144 e seguenti.

costituzionalmente orientata. L'interpretazione data in questa sentenza è perfettamente in linea con la giurisprudenza della Consulta. L'aspetto interessante di questa pronuncia risiede nel fatto che, diversamente rispetto alle altre che sono state esaminate, oltre al classico giudizio di proporzionalità tra le misure effettivamente intraprese dall'Amministrazione penitenziaria e le esigenze di ordine e sicurezza, vengono in rilievo anche le esigenze di terzi soggetti, per di più minorenni, sui quali le "le prescrizioni imposte avrebbero indirette e pregiudizievoli ricadute"<sup>501</sup>. Il limite che determina l'aderenza o meno al dettato costituzionale di una norma è, quindi, quello della stretta necessità della misura adottata, rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza. Sono stati analizzati anche in questo paragrafo dei casi nei quali, questo giudizio, ha comportato l'espunzione dal dato normativo di misure ritenute dalla Corte irragionevoli e incoerenti rispetto allo scopo preventivo, tipico del regime differenziato. Quello che emerge dalla sentenza in esame, insomma, è che la Corte ha stabilito che il dato normativo indica, in modo chiaro, un obiettivo da raggiungere e spetta all'Amministrazione penitenziaria di creare le misure con le quali, nel caso concreto, è possibile raggiungere questo obiettivo. L'Amministrazione deve adottare misure, secondo anche il suggerimento della stessa Corte, che siano suscettibili di adattarsi a più condizioni differenti in contesti diversi. La Corte stessa propone alcuni esempi: "telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera"<sup>502</sup>. L'intervento della Corte ha avuto quindi un impatto che potrebbe considerarsi maggiore di quello che appare, determinando quella che è stata definita una "svolta che proietta nuova luce su di una materia spesso connotata da un elevato tasso di staticità e ripetitività"<sup>503</sup>.

L'atteggiamento della Corte è stato particolarmente apprezzato in dottrina<sup>504</sup>. La sentenza, infatti, si occupa di indicare una visione compatibile con la Costituzione della disciplina dei colloqui in materia di regime differenziato, agendo su un duplice fronte. Infatti, la Corte indica "un metodo operativo che dovrebbe guidare *ex ante* l'azione

---

<sup>501</sup> *Ibidem*.

<sup>502</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 105/2023 § 10 del considerato in diritto.

<sup>503</sup> F. Siracusano, *cit.*, pagina 1144 e seguenti.

<sup>504</sup> V. Manca, S. Bulighin, *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale: la disciplina dei colloqui visivi per i detenuti in regime di "carcere duro"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, numero 3, pagina 1207 e seguenti.

amministrativa e, *ex post*, il sindacato giurisdizionale”<sup>505</sup>. Anche l’esito a cui è pervenuta la stessa Corte è stato giudicato come condivisibile. Infatti, è stato osservato come il bilanciamento di interessi così contrapposti da una parte e così delicati dall’altra, non può che coinvolgere necessariamente un tipo di giudizio che prenda in considerazione il caso concreto.

La ricerca di un equilibrio tra prevenzione e repressione del fenomeno della criminalità organizzata e diritti dei detenuti è un processo in continua evoluzione, negli ultimi decenni il *focus* si è spostato decisamente verso un maggior *favor* per i diritti individuali dei detenuti<sup>506</sup>. Quanto affermato trova conferma, ad esempio, nella recente sentenza della Corte Costituzionale n. 30/2025.

In particolare, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 27, terzo comma e 32 della Costituzione, dell’articolo 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *f*), nella parte in cui prevede che la permanenza all’aperto non sia superiore a due ore. Giova qui ricordare che l’articolo 10, primo comma, della legge sull’ordinamento penitenziario prevede, per i detenuti in regime ordinario, un tempo di permanenza all’aperto di almeno quattro ore.

La Corte, nella sua argomentazione, ritiene di poter considerare non ostativa una sua precedente sentenza, nello specifico la n. 190/2010, nella quale aveva dichiarato l’inammissibilità di “questioni apparentemente simili alle odierne”<sup>507</sup>, poiché l’allora riscontrata ambivalenza del *petitum*, non ricorre nella censura oggetto dell’esame della Corte. In particolare, nella precedente pronuncia, la Corte aveva affermato che non poteva sostituire il suo operato a quello del legislatore, al quale spettava l’ultima parola in merito alla scelta discrezionale sul numero di ore d’aria delle quali può godere il detenuto. Diversamente, l’attuale rimettente “non chiede una rideterminazione discrezionale del tempo di permanenza all’aperto nel regime detentivo speciale, bensì un’estensione a tale regime della pertinente disciplina legislativa del regime detentivo comune”<sup>508</sup>. La Corte, quindi, afferma che in questo caso può accedere ad un esame nel merito delle questioni,

---

<sup>505</sup> *Ibidem*.

<sup>506</sup> V. Manca, *Il principio di proporzionalità “cartina tornasole” per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni de iure condendo*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1-*bis*, anno 2020, pagina 10.

<sup>507</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 30/2025 § 2 del considerato in diritto.

<sup>508</sup> *Ibidem*.

precisando che non pone in discussione l'intero impianto normativo del regime differenziato ma, si interessa esclusivamente ad una porzione particolare di tale disciplina, ovvero quella della permanenza all'aria aperta del detenuto. Dopodiché, la questione di legittimità costituzionale è ritenuta fondata in riferimento agli articoli 3 e 27, terzo comma della Costituzione.

Successivamente, viene effettuata una ricostruzione del quadro normativo. In particolare, la disciplina della permanenza all'aria aperta ha subito una modifica ad opera del decreto legislativo n. 123/2018, che ha modificato il testo originario dell'articolo 10, primo comma, raddoppiando, di fatto, le ore in cui il detenuto comune può potenzialmente permanere all'aria aperta. La permanenza all'aria aperta è quindi un tema che interessa particolarmente il Legislatore, che ha evidentemente reputato quest'ultima essenziale per il benessere psico-fisico dei detenuti. Con l'introduzione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 279/2002, il regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* è stato oggetto di un intervento normativo che ha tipizzato le restrizioni applicabili in virtù dell'esecuzione di codesto regime, tra cui la limitazione della permanenza all'aperto, consentita per un massimo di quattro ore al giorno e in gruppi di socialità di non più di cinque persone. Successivamente, con la legge n. 94 del 2009, il regime differenziato si è ulteriormente irrigidito. L'art. 2, comma 25, ha infatti trasformato la previsione delle restrizioni da facoltativa a obbligatoria, incidendo anche sulle modalità della permanenza all'aperto. La durata massima è stata ridotta a due ore al giorno, mentre il numero massimo di detenuti ammessi contemporaneamente, nello stesso gruppo di socialità, è sceso da cinque a quattro. Infine, analogamente a quanto avvenuto per il regime di sorveglianza particolare, il rinvio all'art. 10 nell'ambito dell'art. 41-*bis* è stato interpretato in senso materiale e non dinamico<sup>509</sup>, rimanendo dunque insensibile alle modifiche introdotte dalla riforma del 2018. La giurisprudenza di legittimità<sup>510</sup> ha esteso al regime detentivo speciale *ex* art. 41-*bis* il diritto minimo giornaliero a due ore d'aria, come previsto per la sorveglianza particolare dall'art. 14-*quater*. Dopodiché, secondo un orientamento consolidato<sup>511</sup>, la riduzione di tale durata a un'ora non può derivare da una norma generale, ma richiede un provvedimento specifico della Direzione penitenziaria che giustifichi la misura in

---

<sup>509</sup> Cfr. con Corte di Cassazione, Sezione I penale, n. 38400/2022.

<sup>510</sup> Cfr. con Corte di Cassazione, Sezione I penale, n. 5832/2024.

<sup>511</sup> Cfr. con Corte di Cassazione, Sezione I penale, n. 17580/2019.

relazione a motivi eccezionali. Inoltre, la permanenza all'aperto, essenziale per la tutela della salute, non coincide con il semplice tempo trascorso fuori dalla cella: le due ore d'aria devono svolgersi effettivamente all'aria aperta e non possono includere l'ora di socialità passata in ambienti chiusi, come le salette ricreative.

La Corte, infine, espone la sua argomentazione. Inizia richiamando la sua giurisprudenza sulla c.d. *ratio* delle limitazioni al trattamento penitenziario ordinario, da parte del trattamento differenziato. Tale regime è finalizzato a impedire che i detenuti appartenenti a organizzazioni criminali possano continuare a esercitare il loro controllo sulle attività delittuose anche dal carcere, sfruttando le possibilità di comunicazione offerte dal regime ordinario. Le restrizioni imposte dal 41-bis, sebbene più gravose rispetto a quelle previste per i detenuti comuni, sono legittime solo se strettamente funzionali a contenere la pericolosità del singolo e non devono tradursi in misure sproporzionate o tali da annullare la funzione rieducativa della pena, né in trattamenti contrari al senso di umanità. Nel caso in esame, posto che alla selezione del gruppo di socialità debba provvedere l'Amministrazione penitenziaria selezionando accuratamente i componenti del gruppo, il divieto di stare all'aria aperta oltre la seconda ora non è servente in alcun modo alla collettività in termini di sicurezza della stessa poiché «non corrisponde in alcun modo alla funzione istituzionale del regime differenziato, e determina quindi un improprio « surplus di punizione» (sentenza n. 18 del 2022), la norma censurata viola il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., insieme al finalismo rieducativo della pena, di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost.»<sup>512</sup>. Le esigenze di ordine e sicurezza risultano garantite, quindi, dalla separazione dei detenuti in diversi gruppi di socialità, la norma in concreto risulta sproporzionata e priva di una giustificazione pratica adeguata, per questi motivi incostituzionale.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul regime detentivo speciale *ex* articolo 41-*bis* ha rappresentato un percorso evolutivo volto a bilanciare la lotta alla criminalità organizzata con il rispetto dei principi costituzionali. Le sentenze più significative, ovvero quelle che sono state analizzate in questo paragrafo, hanno progressivamente affinato l'interpretazione delle disposizioni relative a tale regime, con un focus particolare sul rispetto dei diritti fondamentali dei detenuti. La Corte ha infatti

---

<sup>512</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 30/2025 § 6 del considerato in diritto.

sottolineato l'esigenza di garantire misure differenziate per contrastare i fenomeni di criminalità, ma ha ribadito che queste devono sempre essere compatibili con i principi costituzionali, in particolare con il principio di dignità umana e con la funzione rieducativa della pena, sancita dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione.

Le decisioni in esame hanno evidenziato, da un lato, la necessità di una risposta penale adeguata alla pericolosità di determinati soggetti, ma dall'altro, hanno escluso che tale risposta possa comportare una violazione dei diritti inviolabili della persona. In questo contesto, la Corte ha continuamente ribadito la centralità del principio di proporzionalità, esigendo che le restrizioni alla libertà dei detenuti siano giustificate da una reale esigenza di sicurezza, evitando ogni possibile abuso o irragionevole inasprimento della pena. La giurisprudenza della Corte, quindi, non solo ha posto dei limiti alla durezza del regime *ex 41-bis*, ma ha anche contribuito a ridefinire i contorni di un equilibrio necessario tra esigenze di ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali. In tale ottica, l'interpretazione della Corte ha avuto un ruolo determinante nel consolidare un quadro giuridico che, pur nella sua severità, non cede mai alla logica dell'abuso, ma si orienta verso un'applicazione della pena che sia sempre rispettosa dei diritti umani e della finalità rieducativa prevista dalla nostra Costituzione.

## **2. Analisi della giurisprudenza sovranazionale sul regime differenziato.**

Dopo aver analizzato le pronunce più importanti della Corte Costituzionale sul regime previsto *ex* articolo 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, è necessario volgere lo sguardo su quelle che sono state le principali sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo sullo stesso tema.

### *2.1 Analisi delle sentenze “storiche” della Corte europea dei diritti dell'uomo (2000-2003) sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario.*

Nel paragrafo 1.1 sono state esaminate le principali sentenze della Corte Costituzionale che hanno effettuato gli interventi c.d. correttivi del regime *ex* articolo 41-

*bis*, secondo comma della legge sull'ordinamento penitenziario. Queste sentenze hanno ristretto la portata interpretativa ed hanno ridisegnato la modalità applicativa del regime differenziato, per consentire una maggiore aderenza ai principi costituzionali. È stato osservato come, nella sentenza n. 351/1996, la Corte Costituzionale abbia rinvenuto nell'articolo 14-*quater* quarto comma della legge sull'ordinamento penitenziario quel c.d. "nucleo incompressibile" di diritti minimi che devono essere sempre garantiti affinché la pena non sia contraria al principio di umanità *ex* articolo 27, terzo comma, della Costituzione e, di conseguenza, costituzionalmente illegittima.

Nonostante questo, in dottrina<sup>513</sup> è rimasto più di un dubbio circa l'effettiva compatibilità del regime del 41-*bis* con il ruolo assegnato alla pena dalla Costituzione. È agevole intuire allora perché alcuni detenuti al regime differenziato si sono rivolti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), chiedendo di verificare se ci fossero eventuali violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito Convenzione o CEDU) nella disciplina del 41-*bis*. Le doglianze si sono concentrate principalmente su tre diversi piani: l'eventuale integrazione di un trattamento inumano e degradante e, come tale, l'eventuale contrasto con l'articolo 3 della Convenzione; il mancato rispetto della libertà di comunicazione e della vita privata e familiare, protette dall'articolo 8 della Convenzione e la mancanza di un ricorso effettivo verso il decreto di applicazione o di proroga del regime differenziato che è garantita dagli articoli 6 e 13 della Convenzione<sup>514</sup>.

La prima sentenza della Corte EDU che è necessario analizzare è la sentenza *Labita c. Italia* del 6 aprile del 2000.

Il ricorso è stato presentato dal cittadino italiano Benedetto Labita, sottoposto ad indagini preliminari in quanto, sulla base delle dichiarazioni rilasciate da un c.d. pentito, era sospettato di appartenere ad un'organizzazione di stampo mafioso. Il pentito aveva appreso da una fonte indiretta che il sig. Labita fosse il cassiere di un'associazione mafiosa. Il 21 aprile 1992 gli viene applicata la misura della custodia cautelare in carcere. Il 20 luglio dello stesso anno viene trasferito dalla casa circondariale di Termini Imerese,

---

<sup>513</sup> R. D'Amico, *cit.*, pagina 3637.

<sup>514</sup> C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna penitenziaria e Criminologica*, n. 1, anno 2004, pagina 199 e seguenti.

all'istituto di Pianosa in cui rimane fino al 12 novembre del 1994. È stato scarcerato in seguito ad una sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto. Il ricorso presentato dal sig. Labita deduce violazioni che riguardano sia i provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria, sia il trattamento subito durante la detenzione.

Per quanto riguarda la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, durante il trattamento penitenziario subito dal sig. Labita, vi sono dei punti della sentenza che è necessario esaminare. In primo luogo, il ricorrente denuncia alla Corte EDU di aver subito dei maltrattamenti nell'istituto penitenziario di Pianosa, nel periodo compreso tra luglio e settembre del 1992. Il sig. Labita riporta nel ricorso che, ad esempio, "He was regularly slapped and had sustained an injury to his right thumb. His testicles had been squeezed, a practice which the applicant said was systematically inflicted on all prisoners"<sup>515</sup>, oppure "He was often subjected to body searches when showering"<sup>516</sup>. Successivamente, la Corte EDU, con una maggioranza definita di "stretta misura"<sup>517</sup>, ovvero di nove voti contro otto, ha stabilito che "that there is insufficient evidence for it to conclude that there has been a violation of Article 3 of the Convention on account of the alleged ill-treatment"<sup>518</sup>. Secondo la Corte EDU, le prove raccolte non consentono di stabilire al di là di ogni ragionevole dubbio che il ricorrente sia stato sottoposto a trattamenti sufficientemente gravi da entrare nel campo di applicazione dell'articolo 3. La violazione dell'articolo 3 della Convenzione viene invece riscontrata, all'unanimità, nel momento in cui è risultata del tutto assente un'indagine ufficiale, da parte delle autorità italiane, sui maltrattamenti lamentati dal sig. Labita. La Corte EDU, quindi, riscontra che "the lack of a thorough and effective investigation into the credible allegation made by the applicant"<sup>519</sup>, abbia come conseguenza una violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Infine, per quanto riguarda le condizioni dei trasferimenti da Pianosa, la Corte EDU non riscontra una violazione dell'articolo 3 della Convenzione per una serie di motivazioni. In particolare, è stato notato come l'interessato non ha fornito indicazioni dettagliate sui trasferimenti che ha subito, in particolare il numero, le condizioni e le date e, inoltre, rileva anche il fatto che il sig. Labita non ha sporto denuncia circa le condizioni di tali

---

<sup>515</sup> Corte EDU, *Labita c. Italia* 6 aprile 2000 § 29 numero (i).

<sup>516</sup> *Ivi*, numero (iv).

<sup>517</sup> G. La Greca, *La corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, numero 3, anno 2000, da pagina 199 a pagina 211.

<sup>518</sup> Corte EDU, *Labita c. Italia* 6 aprile 2000 § 129.

<sup>519</sup> *Ivi*, § 133.

trasferimenti davanti alle autorità nazionali. Quindi, la Corte EDU “considers that there is insufficient evidence for it to conclude that there has been a violation of Article 3 on that account”<sup>520</sup>.

Per quanto riguarda invece il disposto dell’articolo 8 della Convenzione, la Corte EDU ha riscontrato una violazione dello stesso in tre circostanze. In primo luogo, sono state censurate le misure di controllo della corrispondenza poste in essere durante il periodo 21 aprile- 20 luglio 1992, 15 settembre 1993- 21 febbraio 1994 e 13 agosto-15 novembre 1994, adottate in base all’articolo 18 della legge sull’ordinamento penitenziario, che non dispone in merito alla durata della limitazione né sui motivi che possono giustificarla e non indica in modo chiaro né l’estensione, né le modalità di esercizio del potere di valutazione delle autorità competenti. In secondo luogo, sono state censurate le misure di controllo adottate durante il periodo compreso tra il 2 luglio 1992 ed il 15 settembre del 1993, poiché durante questo periodo la censura è stata posta in essere sulla base di un ordine del Ministro della Giustizia, *ex* articolo 41-*bis* della legge n. 354/1975. La Corte EDU asserisce, infatti, che “the Italian Constitutional Court, relying on Article 15 of the Constitution, has held that the Minister of Justice had no power to take measures concerning prisoners' correspondence and had therefore acted *ultra vires* under Italian law”<sup>521</sup>. Richiamando quindi anche la giurisprudenza costituzionale, la Corte EDU sostiene che queste misure di controllo devono ritenersi non previste dalla legge. Infine, i controlli eseguiti dal 21 febbraio al 10 giugno 1994, sono privi di “legal basis”<sup>522</sup>, poiché lo stesso Tribunale di Trapani aveva ordinato di sospenderli. Per le ragioni sopra riportate, la Corte EDU stabilisce che le varie misure di censura della corrispondenza denunciate dal ricorrente non sono mai state “in accordance with the law”<sup>523</sup> *ex* articolo 8 della Convenzione. Quest’ultimo risulta quindi violato.

Per quanto riguarda la denuncia di maltrattamenti, quindi, la Corte EDU non ha escluso la sussistenza degli stessi ma non li ha ritenuti provati al di là di ogni ragionevole dubbio, pur in presenza di elementi che inducevano a ritenere probabile che il ricorrente avesse subito trattamenti inumani e degradanti<sup>524</sup>. Gli otto Giudici che hanno votato

---

<sup>520</sup> *Ivi*, § 138.

<sup>521</sup> *Ivi*, § 182.

<sup>522</sup> *Ivi*, § 183.

<sup>523</sup> *Ivi*, § 184.

<sup>524</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 28.

contro la decisione hanno scritto un'opinione dissenziente molto severa, nella quale è stato contestato il criterio di valutazione della prova. Infatti, è stato affermato che sono state sottovalutate le difficoltà che incontra il detenuto ristretto nel denunciare i maltrattamenti subiti da chi vigila sulla sua detenzione<sup>525</sup>. Inoltre, gli indizi raccolti erano gravi precisi e concordanti, tali da “far considerare come sicura la sussistenza degli abusi”<sup>526</sup>.

È interessante notare come l'Italia sia stata condannata, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, non in virtù di eventuali maltrattamenti accertati ma, la condanna, si basa sull'omissione di adeguati accertamenti, da parte delle autorità nazionali, sugli episodi denunciati dal sig. Labita. La responsabilità degli Stati membri della Convenzione si fonda sul presupposto che, la ratifica della stessa, impone alle Parti contraenti di adottare una condotta proattiva che implica un controllo incisivo per evitare che questi trattamenti, che violano la Convenzione, siano inflitti all'interno del territorio dello Stato stesso, dalle autorità di polizia o penitenziarie. Ulteriore corollario di tale obbligo è rappresentato dal dovere dello Stato di effettuare delle indagini appropriate per individuare e punire i responsabili<sup>527</sup>. Deve riconoscersi poi, che tale obbligo opera anche in contesti c.d. emergenziali, quali sono la lotta al terrorismo ad alla criminalità organizzata. È vero che, i fatti contestati nella sentenza, sono avvenuti in un periodo di piena emergenza ma, è altrettanto corretto affermare, che il Paese non deve abbandonare la volontà di garantire principi cardine dello Stato di diritto<sup>528</sup>. Come è stato affermato in dottrina, “le autorità nazionali sono dunque oggettivamente responsabili della condotta tenuta dai pubblici funzionari. Esse non possono in alcun modo esimersi da tale obbligo, sostenendo di non essere in grado di prevenire possibili maltrattamenti”<sup>529</sup>. I Giudici dissenzienti, nella loro opinione posta in calce alla sentenza, hanno espresso forti dubbi sul c.d. *standard* probatorio richiesto al ricorrente per dimostrare i maltrattamenti ad opera degli agenti penitenziari. È doveroso ricordare che il soggetto che deve fornire le prove, si trova in stato di restrizione ed è controllato proprio dagli stessi agenti che possono integrare la condotta illecita. L'opinione è stata condivisa anche in dottrina<sup>530</sup>. Siamo

---

<sup>525</sup> G. La Greca, *cit.*, da pagina 207 a 212.

<sup>526</sup> *Ibidem*.

<sup>527</sup> C. Defilippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 61.

<sup>528</sup> G. La Greca, *cit.*, da pagina 207 a 212.

<sup>529</sup> M. De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1997, pagina 87.

<sup>530</sup> C. Minnella, *cit.*, pagina 199 e seguenti.

quindi di fronte ad “un’assoluzione dello Stato per insufficienza di prove”<sup>531</sup>, prove che, lo stesso Stato, potrebbe in linea di principio non aver nessun interesse a ricercare.

Per quanto riguarda l’aderenza tra il regime previsto all’articolo 41-*bis* e l’articolo 3 della Convenzione, anche la sentenza *Messina c. Italia* 28 settembre 2000 risulta particolarmente interessante. Infatti, la Corte EDU riprende l’orientamento della Commissione europea dei diritti dell’uomo (di seguito Commissione) che distingue tra regimi di isolamento sociale e regimi di semi-isolamento per ragioni di sicurezza. La Corte EDU, infatti, definisce il regime carcerario differenziato come isolamento sociale relativo e, di conseguenza, non vi si riscontra una violazione della Convenzione<sup>532</sup>. La compatibilità con l’articolo 3 della Convenzione del regime carcerario *ex* 41-*bis* è stata affermata anche nella sentenza della Corte EDU *Natoli c. Italia* del 9 gennaio 2001. In questo caso è stato affermato che, il regime carcerario differenziato, sebbene molto rigoroso, non ha raggiunto quel c.d. livello minimo di gravità tale da configurare un trattamento inumano e degradante *ex* articolo 3 della Convenzione<sup>533</sup>. Ad avviso della Corte EDU, quindi, il regime citato non comporta un isolamento assoluto del detenuto ed è giustificato dalle pressanti esigenze di prevenzione che ammettono un trattamento così di rigore, soprattutto nei confronti di detenuti che sono figure di vertice nelle organizzazioni criminali<sup>534</sup>. Quindi, il 41-*bis* consente di applicare restrizioni che sono “severe ma proporzionate alla gravità dei reati commessi”<sup>535</sup>.

Un’altra sentenza sul tema di particolare rilievo, è la sentenza della Corte EDU *Indelicato c. Italia* del 18 ottobre 2001. Anche in questo ricorso l’oggetto del giudizio riguarda i maltrattamenti subiti da un detenuto ristretto al regime *ex* articolo 41-*bis*, nel carcere di Pianosa. Anche in questo caso, dunque, secondo la Corte EDU i fatti denunciati non sono stati provati al oltre ogni ragionevole dubbio, pertanto la stessa ha affermato che “Non c’è stata violazione dell’articolo 3 della Convenzione su questo punto”<sup>536</sup>. Ciò sulla base di molteplici motivi. In particolare, in primo luogo, è stata determinante la mancanza

---

<sup>531</sup> L. D’Ancona, *Il sistema penale e penitenziario e la Convenzione dei diritti dell’uomo*, in *Questione Giustizia*, anno 2000, pagina 633.

<sup>532</sup> C. De Filippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 60.

<sup>533</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 32

<sup>534</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 138.

<sup>535</sup> M. Ruotolo, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche degli artt. 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, numero 3, anno 2003, pagina 420.

<sup>536</sup> Corte EDU, *Indelicato c. Italia* del 18 ottobre 2001 § 35.

di un certificato medico fornito dal ricorrente che attesti le lesioni derivanti dalle percosse subite, dopodiché, è stato rilevato, che né il rapporto del giudice di sorveglianza di Livorno, né il rapporto di *Amnesty international*, contenevano elementi determinanti sulla situazione specifica del ricorrente e, infine, sebbene ci sia una condanna del tribunale di Livorno in primo grado del 1999 per gli agenti della polizia penitenziaria, la Corte d'Appello di Firenze il 3 febbraio 2000 ha annullato tale decisione, rinviando il caso alla Procura della Repubblica di Livorno.

Il criterio di prova “oltre ogni ragionevole dubbio” è stato definito come “inadeguato, incoerente, impossibile da utilizzare”<sup>537</sup>. Infatti, ancora una volta, viene in rilievo l'asimmetria derivante dalla posizione che ricoprono, rispettivamente, il detenuto e l'Amministrazione penitenziaria. Infatti, l'evidente disequilibrio fa sì che, senza una leale e reale collaborazione dell'Amministrazione penitenziaria, il criterio richiesto dalla Corte EDU per integrare la violazione dell'articolo 3 della Convenzione sarà difficilmente realizzabile. Anche in questo caso la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, è stata rilevata dalla Corte EDU a causa della negligenza nella conduzione delle indagini della procura di Livorno, che ha iniziato le stesse con un ritardo di 5 anni e 8 mesi. Sicché, le autorità italiane non hanno adottato le misure necessarie, configurando una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

In conclusione, al termine di questa rassegna, appare evidente come la Corte EDU abbia evitato di rilevare una violazione diretta dell'articolo 3 della Convenzione in relazione alle condizioni di detenzione dei ricorrenti. Infatti, la stessa sembra aver valutato che un'eventuale condanna in tal senso dell'Italia creerebbe istantaneamente un vuoto normativo che inciderebbe sul contrasto alla criminalità organizzata e sulla lotta al terrorismo. La tutela dei diritti dei detenuti non è stata di certo abbandonata dai Giudici di Strasburgo, che hanno incisivamente censurato alcuni aspetti, ingiustificatamente afflittivi, del regime differenziato. Ma, è stato notato che la Corte EDU ha comunque voluto lasciare all'ambito della competenza statale la regolamentazione delle modalità attraverso le quali combattere fenomeni del genere, evitando l'onere di affrontare questioni delicate e lasciando quindi agli Stati membri un discreto spazio di manovra, intervenendo però tutte quelle volte in cui la discrezionalità dello Stato si fosse mossa

---

<sup>537</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 28.

eccessivamente verso istanze securitarie di prevenzione e di ordine e sicurezza, comprimendo ingiustificatamente i diritti dei detenuti<sup>538</sup>.

La censurata violazione dell'articolo 8 della Convenzione, rammenta e conferma che ogni persona, anche se detenuta, ha diritto a godere di una corrispondenza libera e segreta. L'Amministrazione può intervenire solo se glielo consente espressamente la legge, ovvero quando è strettamente necessario alla "tutela di taluni beni fondamentali di interesse collettivo"<sup>539</sup>. In dottrina<sup>540</sup> è stato notato come, la giurisprudenza della Corte EDU, avesse constatato un eccessivo margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali sulla limitazione della libertà della corrispondenza in varie sentenze prima del caso *Labita c. Italia*. In particolare, già in riferimento all'articolo 18 della legge sull'ordinamento penitenziario, la Corte EDU aveva rilevato un eccessivo margine di discrezionalità<sup>541</sup>, dal momento in cui le autorità nazionali potevano indicare generalmente le categorie di detenuti ai quali si poteva applicare il visto di censura della corrispondenza e la giurisdizione competente, senza che fosse specificata "né la durata della misura né le ragioni che possono giustificarla, di modo che il detenuto non può beneficiare del grado minimo di protezione connotato, in una società democratica, alla preminenza del diritto"<sup>542</sup>. Quando la Corte EDU ha conosciuto il ricorso del sig. Labita, quindi, la situazione che si è trovata di fronte era quella di un detenuto sottoposto al regime del 41-*bis* al quale veniva censurata la corrispondenza con la sua famiglia ed il suo avvocato. La Corte EDU, in forza anche di una giurisprudenza interna (quella della Corte Costituzionale, in particolare la sentenza n. 349/1993) che confermava l'assenza del potere del Ministro della Giustizia di sottoporre a visto di censura la corrispondenza dei detenuti ristretti al regime differenziato, ha allora affermato che fossero prive di base legale, come richiesto dall'articolo 8 della Convenzione, le misure di controllo della corrispondenza del detenuto. Questo orientamento conferma quanto è stato affermato anche nei precedenti paragrafi, circa il fatto che i detenuti, nonostante il loro *status*, conservano tutti quei diritti che sono propri dell'essere umano in quanto tale. Questo comporta che ogni ulteriore restrizione rispetto a quella già sofferta debba essere coperta

---

<sup>538</sup> C. De Filippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 65

<sup>539</sup> G. La Greca, *cit.*, pagina 211.

<sup>540</sup> M. Ruotolo, *cit.*, pagina 92.

<sup>541</sup> Ad esempio: *Domenichini c. Italia* del 15 novembre 1996.

<sup>542</sup> M. Ruotolo, *cit.*, pagina 92.

da quelle garanzie (riserva di legge e di giurisdizione nel caso della corrispondenza), previste dalla Convenzione e dalla Costituzione stessa.

Per quanto concerne invece le misure di limitazione dei colloqui, la sentenza *Messina c. Italia* del 28 settembre 2000 risulta di particolare interesse. Infatti, l'articolo 8 della Convenzione tutela anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare che si esplica, anche, attraverso la possibilità del detenuto di poter effettuare dei colloqui regolari con i propri affetti. Se lo scopo, come è stato più volte ricordato, della disciplina differenziata è quello di recidere i contatti tra l'organizzazione criminale e il detenuto, allora risulta evidente come sia necessaria una disciplina speciale rispetto a quella ordinaria che tenga conto dei rischi propri di un colloquio *vis à vis*. La Corte EDU, nella citata sentenza, ha affermato chiaramente che la disciplina dei colloqui prevista dal regime dell'articolo 41-*bis*, non viola la Convenzione, essendo proporzionata allo scopo legittimo perseguito dal regime di rigore<sup>543</sup>. Questa impostazione, che si può rintracciare anche negli orientamenti della Corte Costituzionale<sup>544</sup> e della Corte di Cassazione<sup>545</sup>, non è stata condivisa dalla dottrina<sup>546</sup>, che si interroga su quale sia la discriminante tra una limitazione definibile dalla Corte EDU come "giusta"<sup>547</sup> (come nel caso *Messina c. Italia*) ed una discriminazione che invece potrebbe essere definita come "ingiusta"<sup>548</sup>, poiché non sono stati illustrati i criteri per determinare quando la limitazione ai colloqui con i familiari sia necessaria e proporzionata. Si potrebbe, infatti, affermare che, in astratto, il singolo colloquio mensile ammesso "per ragioni umanitarie"<sup>549</sup> sarebbe già sufficiente di per sé a vanificare gli scopi del regime differenziato<sup>550</sup>. Quindi si potrebbe pensare che, più che ad esigenze di prevenzione e sicurezza, quanto risulta dalla disciplina dei colloqui, sembra rispondere invece ad una logica afflittiva<sup>551</sup>. Sicuramente, è necessario sottolineare anche il fatto che il bilanciamento in concreto tra esigenze di ordine e

---

<sup>543</sup> C. Minnella, *cit.*, pagina 199 e seguenti.

<sup>544</sup> Si veda come esempio la sentenza n. 376/1997 esaminata nel paragrafo 1.1 di questo capitolo.

<sup>545</sup> In questo caso si può citare come esempio la sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I penale n. 3367/1994.

<sup>546</sup> B. Giordano, *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*, in Guida al diritto, numero 6, anno 2001, pagina 144.

<sup>547</sup> *Ibidem*.

<sup>548</sup> *Ibidem*.

<sup>549</sup> F. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in Diritto penale e processo, 1999, pagina 127.

<sup>550</sup> *Ibidem*.

<sup>551</sup> C. Minnella, *cit.*, pagina 199 e seguenti.

sicurezza e diritto dei detenuti al rispetto della vita privata e familiare è molto difficile, considerando anche che molte associazioni mafiose comunicano spesso in maniera indiretta e simbolica<sup>552</sup>. Ma, è stato affermato, che il timore per l'eventuale aggiramento del regime previsto dall'articolo 41-*bis* non può e non deve costituire la ragione per imporre acriticamente ai detenuti sottoposti al regime differenziato delle ulteriori restrizioni rispetto a quelle già sofferte, senza che ciò abbia effettivamente un fine<sup>553</sup>.

La sentenza della Corte EDU *Messina c. Italia* del 28 settembre 2000 è rilevante anche per quanto affermato dalla Corte EDU in relazione all'articolo 13 della Convenzione. Il disposto dell'articolo 13 garantisce il diritto ad un ricorso effettivo, di fronte alle autorità nazionali, per la tutela dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione quando questi ultimi siano stati violati, anche se la violazione è stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. In particolare, il ricorrente è stato sottoposto al regime *ex* articolo 41-*bis* per circa quattro anni e mezzo (26 novembre 1993-21 maggio 1998). Nel periodo temporale citato, sono stati adottati nove provvedimenti, della durata di sei mesi, che prolungavano il periodo temporale di sottoposizione del detenuto al trattamento differenziato. Il ricorrente, quindi, proponeva reclamo avverso tali provvedimenti di fronte al tribunale di sorveglianza competente. Egli denunciava, in particolare, l'assenza di motivi concreti ed attuali che giustificassero la proroga del regime e che, le limitazioni ai colloqui con i familiari, la limitazione sull'acquisto di cibi da cuocere e la limitazione della permanenza all'aria aperta, avessero natura vessatoria e fossero in contrasto con quanto disposto dall'articolo 27, terzo comma della Costituzione, in particolare con il principio rieducativo. Successivamente, il ricorrente lamenta il fatto che il tribunale di sorveglianza si pronunciasse sempre oltre il termine legale di 10 giorni dalla ricezione del reclamo, previsto dall'articolo 14-*ter*, secondo comma della legge sull'ordinamento penitenziario, asserendo che il termine in questione fosse stato ritenuto in giurisprudenza di legittimità<sup>554</sup> come ordinatorio. I reclami presentati erano comunque respinti nel merito,

---

<sup>552</sup> M. Vaduano, *La pericolosità delle associazioni mafiose impone cautele nelle "aperture" del 41-bis*, in Guida al diritto, numero 9, anno 1998, pagina 108.

<sup>553</sup> L. Bresciani, *Sulle Istanze per revocare i provvedimenti*, in Guida al diritto, numero 1, anno 2003, pagina 36.

<sup>554</sup> Il riferimento è all'orientamento della Corte di cassazione che ha ritenuto il termine previsto dall'articolo 14-*ter* della legge sull'ord. pen. di natura ordinatorio, in virtù dell'assenza della previsione di sanzioni per

“until several months after their date of promulgation”<sup>555</sup>. Contro le decisioni del Tribunale di sorveglianza, il ricorrente proponeva ricorso in Cassazione ma il ricorso era dichiarato inammissibile per assenza di interesse ad agire della parte, poiché la Cassazione conosceva la vicenda quando i provvedimenti erano già decaduti. Si possono quindi comprendere le ragioni del ricorso alla Corte EDU e la lamentata violazione dell’articolo 13 della Convenzione.

Secondo l’argomentazione della Corte EDU, l’inosservanza di un termine di legge non implica automaticamente una violazione dell’articolo 13 della Convenzione ma, allo stesso tempo, “The Court acknowledges that the time taken to hear an appeal may cast doubt on its effectiveness”<sup>556</sup>. La Corte EDU prende in considerazione, quindi, due fattori per determinare se vi è stata una violazione dell’articolo 13 della Convenzione. In particolare, il primo è il limitato periodo di validità di ciascun provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore (sei mesi), il secondo, riguarda il fatto che il Ministro della Giustizia non subisce il vincolo della eventuale decisione del Tribunale di sorveglianza che revoca in tutto od in parte quanto disposto dal provvedimento ministeriale, in quanto egli “immediately after the expiry of the period of validity of one of these decrees he can issue a new decree reintroducing the restrictions struck down by the court”<sup>557</sup>. Secondo la Corte EDU, quindi, la sistematica violazione del termine di legge 10 giorni ha “considerably reduced, and indeed practically nullified”<sup>558</sup> l’incidenza del controllo del Tribunale di sorveglianza, sui provvedimenti ministeriali. Il caso in esame ne offre un esempio emblematico: il Tribunale di sorveglianza ha per tre volte revocato le limitazioni alle visite familiari ma, a causa del ritardo delle decisioni, il ricorrente è stato soggetto a queste limitazioni per un periodo di tempo di gran lunga superiore al necessario. Inoltre, le medesime restrizioni, sono state reintrodotte solo due o tre mesi dopo la revoca. Per questi motivi, la Corte EDU ha considerato il reclamo davanti al Tribunale di sorveglianza non costituisce un ricorso effettivo davanti ad un’istanza nazionale in seguito ad una violazione di un diritto protetto dalla Convenzione. Il reclamo avverso il provvedimento ministeriale che dispone il 41-*bis*, è quindi previsto

---

mancato rispetto dello stesso, si veda a proposito la sentenza della Corte di cassazione, I Sezione penale n. 6608/1995.

<sup>555</sup> Corte EDU, *Messina c. Italia* 28 settembre 2000 § 85.

<sup>556</sup> *Ivi*, § 94.

<sup>557</sup> *Ivi*, § 95.

<sup>558</sup> *Ibidem*.

solo formalmente ma sostanzialmente viene vanificato a causa delle decisioni che intervengono tardivamente (dopo mesi invece che entro 10 giorni). Conclude la Corte EDU statuendo che “There has, accordingly, been a violation of Article 13 of the Convention”<sup>559</sup>.

La decisione della Corte EDU, è stato notato, come “trascende in un certo senso il caso *a quo* e vale come severo monito rispetto alla prassi seguita nel nostro ordinamento”<sup>560</sup>. Questa sentenza è, inoltre, un esempio di come la Corte EDU si sia posta come garante dei diritti dei detenuti che non trovano una tutela all’interno degli ordinamenti nazionali<sup>561</sup>. L’analisi effettuata dalla stessa, infatti, assume dei rilevanti profili di sostanzialità, evitando di lasciare vuoti di tutela, anzi, cercando di colmarli. Il legislatore italiano ha recepito quanto rilevato dalla Corte EDU nella sentenza *Messina* ribaltando “il principio di non vincolatività per il Ministro del *dictum* del tribunale di sorveglianza”<sup>562</sup>, con l’introduzione del comma 2-*sexies* all’interno del disposto dell’articolo 41-*bis* che dispone, chiaramente, che se il reclamo è accolto il Ministro della Giustizia, qualora voglia emanare un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, deve evidenziare elementi nuovi o non considerati in sede di reclamo, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza.

La sentenza *Ganci c. Italia* del 30 ottobre 2003 risulta particolarmente interessante per quanto riguarda quanto affermato dalla Corte EDU in merito all’articolo 6 della Convenzione. Il ricorrente aveva subito l’applicazione di nove decreti ministeriali, che disponevano l’applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*. La Corte EDU, in questo caso, a differenza del già esaminato caso *Messina c. Italia*, ha rilevato che in quattro casi i reclami non sono stati decisi nel merito. La Corte EDU osserva che la mancata valutazione nel merito dei reclami ha reso inefficace il controllo svolto dai Tribunali di sorveglianza, privandolo di qualsiasi incidenza concreta sui provvedimenti adottati dal Ministro della Giustizia. La stessa inoltre rileva che, avendo accertato una violazione dell’articolo 6, non è stato ritenuto necessario esaminare anche una violazione dell’articolo 13 della Convenzione in quanto, quando sorge una questione relativa

---

<sup>559</sup> *Ivi*, § 97.

<sup>560</sup> M Ruotolo, *cit.*, pagina 224.

<sup>561</sup> C. Minnella, *cit.*, da pagina 226 a pagina 229.

<sup>562</sup> *Ivi*, da pagina 226 a pagina 229.

all'accesso ad un tribunale, le garanzie previste dall'articolo 13 risultano assorbite da quelle dell'articolo 6.

E' stato affermato che la sentenza in esame ha un maggiore impatto sull'ordinamento italiano rispetto alla sentenza *Messina c. Italia*, in quanto le disfunzioni che appartengono al meccanismo del reclamo al Tribunale di sorveglianza verso il decreto ministeriale che dispone l'applicazione del 41-*bis* "rilevano in sé come fondante di violazione, senza necessità che si appoggino a violazione di altra norma convenzionale"<sup>563</sup> e, contemporaneamente, confermano come sia alta l'attenzione della Corte EDU sul regime differenziato<sup>564</sup>.

In conclusione, l'analisi delle sentenze della Corte EDU in relazione al regime *ex* articolo 41-*bis* evidenzia come l'approccio della giurisprudenza EDU abbia cercato un delicato equilibrio tra la necessità di garantire la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti. La Corte EDU ha più volte rimarcato che, sebbene le misure di detenzione differenziata siano giustificate da esigenze di sicurezza e di contrasto alla criminalità organizzata, non possono mai travalicare i limiti imposti dalla Convenzione, in particolare per quanto riguarda la dignità umana e la protezione contro trattamenti inumani o degradanti di cui all' articolo 3.

Le sentenze analizzate in questo paragrafo, rivelano criticità riguardanti tanto le condizioni materiali di detenzione, quanto il rispetto delle garanzie procedurali, con particolare attenzione al diritto di ricorso effettivo e al controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative. Nonostante la Corte EDU abbia evitato di condannare in modo diretto le condizioni generali di detenzione, ha sottolineato ripetutamente come alcune misure, anche se legittime in via di principio, possano divenire inique se applicate in modo sproporzionato o senza il giusto contrappeso di una protezione giurisdizionale effettiva. In particolare, è emersa la preoccupazione per la mancanza di tempestività nelle decisioni relative ai reclami, che ha finito per svuotare di efficacia il controllo giurisdizionale, limitando i diritti dei detenuti a un ricorso effettivo violando, quindi, l'articolo 13 della Convenzione. Inoltre, la Corte EDU ha ribadito che le limitazioni alla corrispondenza e ai colloqui familiari non possono essere decise unilateralmente

---

<sup>563</sup> C. Minnella, *cit.*, pagina 224.

<sup>564</sup> *Ibidem*.

dall'Amministrazione Penitenziaria, ma devono essere giustificate da motivi di legge e sicurezza, rispettando sempre le necessità umanitarie. Inoltre, la Corte EDU ha risposto alle esigenze di sicurezza e prevenzione, ma con una chiara enfasi sulla necessità di bilanciare tali misure con la protezione dei diritti fondamentali dei detenuti. Il Legislatore italiano, pur accogliendo alcune delle critiche avanzate, ha cercato di migliorare la regolamentazione del regime differenziato, ma resta essenziale ricordare che ogni intervento legislativo deve essere ispirato dai principi di legalità, proporzionalità e non discriminazione, evitando che la risposta giuridica al fenomeno mafioso si traduca in una eccessiva compressione, dei diritti individuali.

## *2.2 Analisi delle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario.*

A metà tra le pronunce più recenti e quelle c.d. "storiche" della Corte EDU si colloca la sentenza *Enea c. Italia* del 17 settembre 2009. Risulta interessante analizzare passaggi della sentenza che riguardano gli articoli 6 §1, 8 e 3 della Convenzione.

Il ricorrente ha denunciato una violazione dell'articolo 6 §1 della Convenzione, lamentando di aver subito delle restrizioni significative nel suo diritto di accedere ad un tribunale nel periodo in cui era detenuto al regime *ex* articolo 41-*bis*. I detenuti hanno un termine di 10 giorni per presentare il reclamo, il Tribunale di sorveglianza si deve pronunciare nello stesso termine. La proposizione del reclamo non ha effetto sospensivo. In questo caso, il Tribunale di sorveglianza competente, ovvero quello di Napoli, ha respinto il ricorso il 6 novembre 2001, poiché il decreto era scaduto. Il ricorrente aveva proposto reclamo in data 26 giugno 2000 il decreto n. 12 del 22 giugno 2000 era stato notificato il 23 giugno 2000. Il superamento di un termine legale, non costituisce di per sé una violazione ma, il Tribunale di sorveglianza di Napoli si è pronunciato molto oltre la scadenza del termine legale, termine molto breve, previsto apposta in virtù del grave impatto che il regime differenziato ha sui detenuti. La Corte EDU, comunque, osserva che il tempo per esaminare un ricorso può incidere sull'effettività dello stesso, nel caso di specie è stato affermato che "that the lack of any decision on the merits nullified the

effect of the courts' review of the decree issued by the Minister of Justice"<sup>565</sup>. In conclusione, secondo la Corte EDU vi è quindi stata una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

Per quanto riguarda l'articolo 8 della Convenzione, le censure proposte dal ricorrente si muovono in due diverse direzioni. La prima, riguarda le restrizioni derivanti dall'applicazione dell'articolo 41-*bis* in relazione alla vita familiare dei detenuti. La Corte EDU ha rilevato che, nel caso in esame, il ricorrente è stato sottoposto ad una misura severa ma giustificata sin dall'applicazione e, successivamente, in ogni sua proroga, per via della sua pericolosità sociale, in virtù dei crimini commessi e del suo ruolo ricoperto all'interno dell'associazione mafiosa di appartenenza. Il ricorso, in questo punto, è stato dichiarato infondato e respinto poiché la Corte EDU ha ritenuto che le limitazioni imposte al diritto del ricorrente alla vita privata e familiare non abbiano superato i limiti di quanto necessario in una società democratica per garantire la sicurezza pubblica e prevenire il crimine. La seconda direzione delle censure è quella del diritto al rispetto della corrispondenza, sempre *ex* articolo 8. In questo caso la Corte EDU ha riscontrato una violazione dell'articolo 8 nel periodo compreso tra il 10 agosto 1994 ed il 7 luglio 2004, in quanto il controllo sulla corrispondenza non era previsto dalla legge poiché "section 18 of the Prison Administration Act does not regulate either the duration of measures monitoring prisoners' correspondence or the reasons capable of justifying such measures, and does not indicate with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on the authorities in the relevant sphere"<sup>566</sup>.

È necessario ribadire che il ricorrente subisce l'applicazione del regime di rigore, in quanto lo stesso è ritenuto pericoloso socialmente. Inoltre, non è stata presentata alcuna prova del fatto che le restrizioni fossero state prorogate ingiustamente. Successivamente è doveroso richiamare il fatto che il Tribunale di sorveglianza di Napoli ha ridotto e/o revocato alcune restrizioni in virtù delle condizioni di salute del ricorrente, che è costretto su una sedia a rotelle. La Corte EDU afferma che il sig. Enea è stato collocato nell'ospedale del carcere dove ha ricevuto cure giudicate adeguate e, nel momento in cui è stato necessario, viene trasferito in un ospedale civile per ricevere trattamenti sanitari

---

<sup>565</sup> Corte EDU, *Enea c. Italia* 17 settembre 2009 § 82.

<sup>566</sup> *Ivi* §143.

specifici, anche questi di livello adeguato. Per questi motivi, la Corte EDU ha concluso asserendo che il trattamento penitenziario ricevuto dal ricorrente “did not exceed the unavoidable level of suffering inherent in detention”<sup>567</sup>. Di conseguenza, dal momento in cui non è stata raggiunta la soglia minima di gravità richiesta per rientrare nell’ambito di applicazione dell’articolo 3, questa disposizione non è stata violata.

In questo caso è stato ribadito un principio molto rilevante, secondo la stessa giurisprudenza EDU, ovvero che la permanenza nel tempo al regime differenziato deve essere sempre giustificata<sup>568</sup>. Particolari problemi di incompatibilità con l’articolo 3 della Convenzione, sono stati rilevati in merito alla permanenza al regime *ex* articolo 41-*bis* nel momento in cui le condizioni di salute del detenuto fossero precarie. La Corte EDU, nella sua copiosa giurisprudenza sul tema, ha affermato che è un preciso dovere degli Stati membri, in forza dello stesso articolo 3, di provvedere a fornire idonee cure mediche a soggetti privati della libertà personale<sup>569</sup>. È altresì corretto affermare come, un regime di detenzione così di rigore, potrebbe in linea di principio avere un effetto catalizzatore per quanto riguarda problemi di natura psico-fisica, ma la Corte EDU (e le sentenze di esaminate in questo e nel precedente paragrafo ne sono una prova) assume un atteggiamento particolarmente cauto che predilige, in questi contesti, un esame circoscritto al caso concreto<sup>570</sup>. È stato giustamente notato come, se la pena deve rispettare il senso di umanità, allora è necessario che essa si debba “adattare alle esigenze della persona che, nel corso della sua esecuzione, sviluppi una patologia comunque invalidante”<sup>571</sup>.

Risulta interessante a questo punto l’analisi della sentenza della Corte EDU *Provenzano c. Italia* del 25 ottobre 2018. Nella sua argomentazione, la Corte EDU, ha riaffermato sia la centralità dell’articolo 3 della Convenzione all’interno dei principi cardine dello Stato di diritto, sia l’obbligo cogente per lo Stato di assicurare il rispetto della dignità umana, anche durante l’esecuzione della pena detentiva. Nel caso di specie, per quanto riguarda le condizioni di salute del detenuto, è stato affermato che, nonostante

---

<sup>567</sup> *Ivi*, § 67.

<sup>568</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *cit.*, pagina 138.

<sup>569</sup> S. Ardita, *cit.*, pagina 34.

<sup>570</sup> C. De Filippi, D. Bosi, *cit.*, pagina 70.

<sup>571</sup> M. Caredda, *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2017, pagina 189 e seguenti.

le patologie gravi, sono stati effettuati interventi diagnostici con cadenza regolare e sono state applicate terapie adeguate al caso concreto.

Il ricorrente<sup>572</sup>, latitante per oltre quarant'anni, è stato arrestato l'11 aprile 2006. È stato condannato a più ergastoli per reati quali associazione mafiosa, strage, omicidio plurimo, tentato omicidio aggravato, traffico di stupefacenti, sequestro di persona, violenza privata, furto aggravato e detenzione illegale di armi da fuoco. Al momento della presentazione del ricorso alla Corte, pendevano ulteriori procedimenti penali nei suoi confronti. Nel contesto di uno di essi, il 7 dicembre 2012 il GUP del Tribunale di Palermo ha disposto una perizia per valutare la sua capacità di comprendere e partecipare all'udienza preliminare. Il 12 dicembre, i periti hanno effettuato un primo esame, ma non hanno potuto proseguire gli accertamenti perché il 17 dicembre il ricorrente è stato sottoposto a un intervento chirurgico per la rimozione di un ematoma subdurale. Sulla base dell'esame preliminare e della documentazione clinica pregressa, è stato rilevato uno stato di coscienza ridotta, scarsa reattività e limitata capacità espressiva. L'8 gennaio 2013 il GUP ha rinviato il procedimento fino alla guarigione del ricorrente. Accertato un miglioramento, ha disposto una nuova perizia il 1° marzo 2013. I periti hanno riscontrato un deterioramento cognitivo tale da compromettere la capacità di interagire e comunicare coerentemente, concludendo che il ricorrente non poteva partecipare consapevolmente all'udienza. Il 5 marzo 2013 il GUP ha quindi sospeso il procedimento. Il ricorrente è stato detenuto in diversi istituti penitenziari italiani. Dapprima recluso nella Casa Circondariale di Novara, è stato trasferito a quella di Parma il 27 aprile 2011. Il 7 giugno 2013 è stato ricoverato nel reparto protetto dell'Ospedale Generale di Parma, per poi essere trasferito il 5 aprile 2014 al Centro Diagnostico Terapeutico della Casa Circondariale di Milano Opera. Il 9 aprile è stato ricoverato nel reparto protetto dell'Ospedale San Paolo di Milano, dove è rimasto fino al decesso.

La Corte EDU ha accertato una violazione dell'articolo 3 della Convenzione in riferimento alla proroga dell'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*, in seguito all'applicazione del decreto ministeriale del 23 marzo 2016, nei confronti del ricorrente.

---

<sup>572</sup> Bernardo Provenzano (1933-2016) è stato il capo di Cosa Nostra dal 1993 al 2006. Latitante per oltre quarant'anni, ha guidato l'organizzazione dopo l'arresto di Salvatore Riina, adottando una strategia di minore esposizione. Arrestato l'11 aprile 2006, è stato condannato a più ergastoli per associazione mafiosa, omicidio e strage. Detenuto in regime di 41-*bis*, è morto il 13 luglio 2016.

L'arresto della Corte EDU non contiene un'interpretazione originale del regime differenziato. In altre parole, è stata riaffermata la compatibilità della disciplina di rigore con quanto previsto dalla Convenzione, ovviamente, in particolare, riguardo a quanto disposto dall'articolo 3.

Per quanto riguarda la compatibilità tra il mantenimento del regime differenziato e il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente, la Corte EDU osserva che, se la finalità del regime *ex* articolo 41-*bis* è di natura preventiva, e lo scopo è impedire la comunicazione tra il soggetto al quale si applica e la sua rete criminale, ciò che viene in rilievo è proprio lo stato psico-fisico in cui si trova il soggetto che subisce la misura di rigore, soprattutto in seguito a molteplici proroghe intervenute in svariati anni di applicazione del trattamento differenziato. È necessario, ad avviso della Corte EDU, in seguito all'insorgenza di gravi patologie che hanno colpito il ricorrente che, a loro volta, hanno determinato un evidente e significativo peggioramento delle facoltà cognitive e comunicative, una rivisitazione del giudizio di pericolosità soggettiva. La Corte EDU manifesta, quindi, dei “legitimate doubts on the applicant’s persistent dangerousness and his ability to maintain meaningful, constructive contact with his criminal association”<sup>573</sup>. È necessario, insomma, prendere in considerazione quando si emanano i provvedimenti di proroga del regime di rigore, le effettive condizioni psico-fisiche del soggetto ristretto a cui si rivolgono. Se questo c.d. obbligo procedurale non viene preso in considerazione, si può incorrere in una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

La Corte EDU, conseguentemente, ha accertato una violazione dell'articolo 3 della Convenzione dal momento in cui il Ministro della Giustizia, nel decreto di proroga del regime *ex* articolo 41-*bis*, non valuta in maniera autonoma, compiuta e specifica le condizioni di salute di Provenzano che, anzi, nel provvedimento sono relegate ad uno spazio limitato. Di conseguenza, il Ministro ha rinnovato il decreto di applicazione del regime con una sorta di automatismo, prescindendo infatti dalla valutazione dell'effettiva necessità di adottare misure preventive, così di rigore, nei confronti di un soggetto in decadimento cognitivo. La stessa Corte EDU afferma che “Accordingly, the Court cannot but conclude that there is insufficient evidence in the reasoning of the order of a genuine

---

<sup>573</sup> Corte EDU, *Provenzano c. Italia* del 25 ottobre 2018 § 151.

reassessment having been made with regard to relevant changes in the applicant's situation, in particular his critical cognitive decline"<sup>574</sup>.

La sentenza in esame stimola parecchie riflessioni. In primo luogo, è sicuramente doveroso ribadire come la decisione della Corte EDU si pone in linea di continuità con il suo orientamento, ovvero quello che riconosce la conformità del regime *ex* articolo 41-*bis* con la Convenzione, in particolare con l'articolo 3. Ciò che è stato censurato è il mantenimento delle condizioni del regime differenziato anche su soggetti che non presentano più quella c.d. pericolosità sociale che ha giustificato l'applicazione del trattamento di rigore. È interessante notare, come la sentenza della Corte EDU si ponga in linea di continuità con quanto affermato dalla giurisdizione interna, sia costituzionale<sup>575</sup> che di legittimità<sup>576</sup> circa le condizioni che giustificano la compatibilità tra il regime *ex* articolo 41-*bis* e le disposizioni costituzionali e convenzionali<sup>577</sup>. La "valorizzazione esclusiva del finalismo inibitorio"<sup>578</sup> è sotto la lente di ingrandimento della Corte EDU, proprio perché l'aderenza del regime *ex* articolo 41-*bis* al disposto convenzionale, ma anche a quello costituzionale, si realizza nel momento in cui non si incrementa l'afflittività delle misure previste dal regime ma si evidenzia il suo ruolo, sicuramente di grande utilità, nel "realizzare una tutela anticipata del particolare bene sicurezza, tramite la restrizione delle facoltà comunicative del soggetto"<sup>579</sup> ritenuto pericoloso in virtù del ruolo apicale ricoperto all'interno dell'organizzazione criminale.

In dottrina è stato segnalato come, la sentenza *Provenzano c. Italia*, sia una pronuncia molto importante in materia di giurisprudenza europea sui regimi detentivi speciali, in particolare per quanto riguarda il c.d. doppio binario penitenziario<sup>580</sup>. In particolare, se nel suo orientamento precedente la Corte EDU aveva assunto un atteggiamento cauto, adottando decisioni con motivazioni che risultavano "prive di riferimenti alle caratteristiche soggettive del ricorrente o alla tipologia di restrizioni

---

<sup>574</sup> *Ivi*, § 156.

<sup>575</sup> Si veda ad esempio la sentenza della Corte Costituzionale n. 97/2020, esaminata nel paragrafo 1.2 di questo Capitolo.

<sup>576</sup> Sui veda come esempio la sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I penale, n. 44149/2016.

<sup>577</sup> R. Magi, *L'incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*, in Cassazione Penale, fascicolo 1, anno 2019, da pagina 401 a pagina 408.

<sup>578</sup> *Ibidem*.

<sup>579</sup> *Ibidem*.

<sup>580</sup> L. Pressacco, *Presupposti di applicazione dell'arti. 41-bis ord. pen. e condizioni di salute del detenuto*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, fascicolo 1, anno 2019, da pagina 669 a pagina 673.

applicate e appaiono sbrigative nelle loro conclusioni”<sup>581</sup>. In questa sentenza, la Corte EDU non si è limitata alla verifica dell’adeguatezza delle cure mediche ricevute dal detenuto in relazione alle patologie sofferente ma, diversamente dal solito, ha effettuato un giudizio sulle ripercussioni in termini di pericolosità sociale del peggioramento del quadro clinico del ricorrente. Tale originale orientamento, sembra essere stato recepito anche dalla giurisprudenza italiana di legittimità. La Corte di Cassazione ha infatti annullato alcune decisioni del Tribunale di sorveglianza di Roma, per violazione della legge. Secondo la Cassazione, il Tribunale di sorveglianza di Roma aveva ommesso di specificare il motivo per cui, nonostante le numerose patologie e, in aggiunta, l’età avanzata dei ricorrenti era necessaria una proroga dell’applicazione del regime differenziato. Questa valutazione è rilevante sia per evitare di porre in essere un trattamento inumano e degradante, nel caso in cui le patologie potessero aggravarsi con la proroga del trattamento differenziato, sia per effettuare un giudizio realistico sull’effettiva pericolosità sociale del detenuto in relazione alle condizioni di salute<sup>582</sup>.

La sentenza in esame suscita ulteriori riflessioni. È stato affermato che “il vero punto di frizione tra il regime differenziato ed i diritti fondamentali, riguarda la natura e gli effetti dei decreti di rinnovo”<sup>583</sup>. Infatti, è stato ritenuto paradossale che la fonte di limitazioni dalla natura così afflittiva sia di competenza del Ministro della Giustizia piuttosto che dell’autorità giudiziaria. La verifica da parte del Tribunale di sorveglianza di Roma, nella realtà dei fatti, interviene più di un anno dopo (l’eventuale) reclamo, a causa delle evidenti carenze strutturali. Lo stesso decreto ministeriale di proroga del regime differenziato, protagonista della sentenza della Corte EDU, nel momento in cui è carente nella motivazione, assume vigore fin da subito per essere poi (eventualmente) censurato da una futura sentenza del Tribunale di sorveglianza di Roma. È stato affermato come ci si trovi di fronte ad una “zona grigia pre-giurisdizionale”<sup>584</sup> che risulta totalmente priva di tutela.

---

<sup>581</sup> A. Di Bella, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, pagina 326.

<sup>582</sup> Ad esempio, si veda Corte di Cassazione, Sezione I, n. 8977 /2017.

<sup>583</sup> M. S. Mori, *A Strasburgo c’è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1, anno 2020, pagina 3 e seguenti.

<sup>584</sup> *Ibidem*.

### 2.3 Analisi della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019.

Una delle ulteriori sentenze più rilevanti sul tema in esame, è sicuramente la sentenza della Corte EDU *Marcello Viola c. Italia* (n. 2) del 13 giugno 2019.

Il ricorrente è ristretto nel carcere di Sulmona, fu coinvolto negli eventi che videro contrapposte le cosche di Radicena e di Latrinoli, nel periodo compreso tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso. Il periodo è passato alla storia come “seconda faida di Taurianova”<sup>585</sup>. Della vicenda del ricorrente è interessante richiamare il fatto che tra il giugno del 2000 e il marzo del 2006 subisce l'applicazione del regime previsto dall'articolo 41-*bis*. Nel dicembre 2005, il Ministero della Giustizia ha prorogato di un anno il regime *ex* articolo 41-*bis* per il ricorrente, il quale impugnò il provvedimento dinanzi al tribunale di sorveglianza di L'Aquila, contestandone la motivazione e sostenendo di aver interrotto i legami con l'organizzazione mafiosa. Con ordinanza del 14 marzo 2006, il tribunale accolse il reclamo e revocò il regime speciale, ribadendo che l'onere della prova spettava all'amministrazione, la quale avrebbe dovuto dimostrare, con elementi concreti e attuali, che il detenuto mantenesse contatti con la realtà mafiosa. Poiché le autorità si erano limitate a dichiarare l'attività dell'organizzazione e la mancata collaborazione del ricorrente, senza fornire prove specifiche, il tribunale ritenne insufficiente la motivazione del decreto e rilevò che i progressi nel percorso di rieducazione non erano stati adeguatamente considerati. È necessario ricordare che, il sig. Viola, è considerato una figura di rilievo della 'ndrangheta. Lo stesso propone ricorso davanti alla Corte EDU, in quanto si vede negati dalla magistratura di sorveglianza i c.d. permessi premio e l'accesso alla libertà condizionale, in quanto ritenuto non collaborante. I divieti sono stati confermati anche dalla Corte di Cassazione.

La Corte EDU ricostruisce la *ratio* della disciplina, asserendo come la stessa sia figlia di una politica penalistico-penitenziaria che ha come scopi principali la prevenzione generale e la protezione della collettività. È stato osservato come, in realtà, la decisione del condannato di scegliere se collaborare o meno potrebbe non essere sempre libera.

---

<sup>585</sup> Per una ricostruzione interessante dal lato storico delle guerre di mafia della “ndrangheta si veda: N. Gratteri, A. Nicaso, *Fratelli di sangue: la 'ndrangheta tra arretratezza e modernità: da mafia agro-pastorale a holding del crimine. La storia, la struttura, i codici, le ramificazioni*, Milano, 2006, da pagina 55 a pagina 68.

Infatti, potrebbe accadere, ad esempio, che l'ergastolano potrebbe temere che, nel caso di una collaborazione, le vite dei familiari e la sua incolumità potrebbero essere messe a rischio. Da qui, la c.d. presunzione assoluta di pericolosità sociale, che deriva unicamente dalla mancata collaborazione del detenuto ed impedisce, di fatto, al giudice competente di effettuare un esame della domanda di accesso dell'ergastolano ai benefici penitenziari.

Di conseguenza, la Corte EDU ha constatato che la privazione della libertà personale senza possibilità di reinserimento sociale e senza fornire al detenuto la possibilità di recuperare in futuro la libertà, non rilevando, in questo caso, i rimedi della domanda di grazia al Presidente della Repubblica *ex* articolo 87, undicesimo comma della Costituzione o la sospensione della pena per ragioni di età e/o salute che non corrispondono “a ciò che ricomprende l'espressione prospettiva di liberazione”<sup>586</sup> nella giurisprudenza della stessa Corte EDU, è in contrasto col principio stesso della dignità umana che “si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione”<sup>587</sup> e, di conseguenza, integra una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Inoltre, la Corte EDU rileva che la violazione dell'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato di riformare il regime della reclusione a vita, preferibilmente tramite intervento legislativo, per garantire un riesame della pena. Questo permetterebbe di valutare se il detenuto abbia compiuto progressi tali da non giustificare più la detenzione. La Corte EDU riconosce che lo Stato possa richiedere la prova della dissociazione dall'ambiente mafioso, ma ritiene che ciò possa avvenire anche senza la collaborazione con la giustizia, superando l'attuale automatismo normativo.

La Corte EDU ha ritenuto non compatibile con l'articolo 3 della Convenzione la normativa italiana che riguarda l'ergastolo, poiché il condannato all'ergastolo ostativo, se non collabora con la giustizia, non ha accesso alla possibilità di ottenere i benefici penitenziari previsti dalla legge (tra i quali figura la liberazione condizionale). Il c.d. ergastolo ostativo si ricava, a livello normativo, dal combinato disposto degli articolo 22 del codice penale, 4-*bis* e 58-*ter* della legge sull'ordinamento penitenziario. Il condannato all'ergastolo ostativo non ha diritto quindi di accedere ai c.d. benefici penitenziarie ed

---

<sup>586</sup> Corte EDU, sentenza *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019 § 133. La traduzione è fornita dal Ministero della Giustizia.

<sup>587</sup> *Ivi*, § 136.

alle misure alternative alla detenzione se non collabora con la giustizia (tranne se la collaborazione è impossibile od irrilevante). La Corte Costituzionale aveva confermato la conformità di tal regime con i principi costituzionali, anche quello contenuto nell'articolo 27, terzo comma della costituzione, ovvero il c.d. principio rieducativo, affermando come, da un lato, il regime ostativo scaturisse da una libera scelta del condannato di collaborare o meno con la giustizia<sup>588</sup>, dall'altro lato, la Consulta aveva affermato come la disciplina in esame fosse il bilanciamento effettuato dal legislatore tra il disposto costituzionale sopra richiamato e le esigenze di prevenzione e sicurezza<sup>589</sup>.

È stato osservato come, comunque, la sentenza in esame non abbia una portata del tutto originale<sup>590</sup>. Infatti, sebbene la sentenza *Viola c. Italia* sia la prima pronuncia su questo tema della Corte EDU, essa rappresenta comunque il risultato di consolidati orientamenti giuridici riguardanti l'ergastolo ordinario, il divieto di preclusioni automatiche nel sistema penale, nonché il diritto del detenuto condannato a pena perpetua alla speranza. L'impatto della sentenza è stato di grande rilevanza per il nostro ordinamento, influenzando anche le più alte giurisdizioni interne<sup>591</sup>. È infatti stato affermato, come il principio rieducativo, da cardine del sistema detentivo italiano, travalica i confini nazionali e diviene "patrimonio della cultura giuridica europea"<sup>592</sup>.

L'assetto della c.d. pena perpetua non riducibile è stato fortemente criticato, in quanto, tale disciplina, risulta eccessivamente sbilanciato verso le esigenze di difesa sociale e di prevenzione generale, rimarcando nella pena l'aspetto retributivo. L'irriducibilità della stessa pena lascia, inesorabilmente, svanire la possibilità del condannato di riabilitarsi e di essere in futuro reinserito nel contesto sociale. Il rischio è quello di pregiudicare in maniera inesorabile la finalità rieducativa della pena, contemplata dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione. Il controllo della magistratura di sorveglianza non può e non deve essere inibito, è necessaria quindi una valutazione in concreto della sussistenza della pericolosità sociale del condannato nel

---

<sup>588</sup> Come esempio si può citare la sentenza della Corte Costituzionale n. 135/2003.

<sup>589</sup> Anche qui, a titolo di esempio: Corte Costituzionale, sentenza n. 306/1993.

<sup>590</sup> F. Polegri, *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, in *Rivista di diritto internazionale*, numero 1, anno 2020, pagina 174 a pagina 179.

<sup>591</sup> A. Santangelo, *Superare le ostatività*, in *Diritto di difesa*, numero 1, anno 2023, da pagina 59 a 74.

<sup>592</sup> A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" della pena in fase esecutiva*, in *Osservatorio Costituzionale*, fascicolo 3, anno 2018, pagina 1647.

caso concreto, dalla mancata collaborazione non può derivare una presunzione assoluta di pericolosità sociale che priva il destinatario di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione<sup>593</sup>.

La Convenzione, sia chiaro, non impedisce agli Stati membri di prevedere nei loro ordinamenti pene perpetue, in caso siano serventi alla repressione di reati particolarmente efferati, il discorso è un altro. Per essere conforme all'articolo 3 della Convenzione, la pena perpetua deve prevedere, da un lato, l'effettivo riesame della posizione del detenuto durante il periodo detentivo, dall'altro lato, la possibilità per il detenuto, in condizioni chiare e prestabilite, di riacquisire la propria libertà. Ancora una volta, è necessario ribadire come il titolo del reato, che in questo caso è gravissimo e l'evidente disvalore sociale che ne deriva, non sono una giustificazione per prevedere forme di esecuzione della pena che integrino trattamenti inumani e degradanti. Consentire l'accesso ad un percorso di emendazione anche a detenuti che hanno compiuto reati molto gravi, è un compito imprescindibile dello Stato di diritto che ha un'obbligazione (di mezzi, ovviamente) che è tenuto ad adempiere. La risocializzazione è funzionale a ridurre, se non ad eliminare, il rischio di recidiva<sup>594</sup>.

L'orientamento rieducativo dell'esecuzione pena deve abbracciare anche gli autori di reati giudicati dal legislatore come gravissimi, se si impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto la possibilità per il detenuto di accedere ai benefici penitenziari, allora si comprometterebbe del tutto il principio dell'individualizzazione della pena, la finalità rieducativa sarebbe relegata in un ruolo di mera comparsa e la finalità repressiva sarebbe la protagonista assoluta dell'esecuzione. Con la sentenza *Viola c. Italia* si consolida quindi "quello standard minimo -vincolante a livello sovranazionale- che assicura che anche ai responsabili dei più odiosi reati la speranza a riacquistare la propria libertà, scongiurando che in Europa si possa essere bollati per sempre come microbi sociali"<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> F. Fiorentin, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione Europea*, in Cassazione Penale, fascicolo 8, anno 2019, da pagina 3066 a pagina 3067.

<sup>594</sup> A. Santangelo, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in Cassazione Penale, fascicolo 10, anno 2019, da pagina 3769 a pagina 3784.

<sup>595</sup> *Ibidem*.

La sentenza in esame, quindi, demolisce definitivamente l'equazione tra rescissione dei legami con l'organizzazione criminale di appartenenza e collaborazione con la giustizia. La dissociazione con l'ambiente mafioso può esprimersi anche con modalità diverse dalla collaborazione con le autorità. Inoltre, è necessario considerare che l'ergastolo ostativo si pone in netto contrasto con il fine rieducativo della pena, poiché si basa, tra l'altro, su un assunto empiricamente indimostrato: la presunzione che, in assenza di dissociazione dalla realtà mafiosa di (ex) appartenenza, il detenuto sia inevitabilmente incapace di emendarsi. Non si prendono in considerazione, in questo fallace paradigma, da una parte, tutte quelle condizioni c.d. ambientali che possono intimorire il detenuto inducendolo a non collaborare, dall'altra, si predetermina il fatto che, la personalità del condannato, rimane immutata nel tempo restando tale e quale a quella che possedeva nel momento in cui commetteva il reato.

La Corte EDU ci rammenta che le istanze di umanità della pena previste dall'articolo 3 della Convenzione da una parte e dallo stesso disposto del terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione dall'altra, non sono soggette a deroghe, né possono subire compressioni in virtù di una legge causa-effetto di incerta natura e del tutto indimostrata. Questo è un significativo monito per il legislatore italiano, anche se dirigersi in tal senso potrebbe risultare impopolare nell'attuale clima politico, ma deve essere un *memorandum* che ci impone di rammentare che la funzione risocializzativa della pena è servente anche all'impedimento della recidiva, risultando quindi utile sia per il reo sia per la collettività<sup>596</sup>.

In conclusione è doveroso osservare come, le pronunce della Corte EDU in materia di regime differenziato confermano un orientamento sempre più attento alla compatibilità tra le restrizioni imposte dal 41-*bis* e le garanzie convenzionali, con particolare riferimento all'articolo 3 CEDU. La giurisprudenza esaminata evidenzia come il controllo esercitato dalla Corte EDU non si limiti a una valutazione astratta della normativa, ma imponga una verifica concreta sulle condizioni detentive e sulla loro proporzionalità rispetto alle esigenze di sicurezza. Ne deriva un'interpretazione della pena che, pur riconoscendo margini di discrezionalità agli Stati, vincola l'applicazione

---

<sup>596</sup> E. Dolcini, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fascicolo 2, anno 2019, da pagina 925 a pagina 935.

delle misure restrittive al rispetto di parametri rigorosi, escludendo automatismi e imponendo un costante bilanciamento tra prevenzione e tutela della dignità del detenuto.

# Capitolo IV

**1. Le prospettive di riforma più recenti ed il dibattito circa la concreta utilità del regime previsto ex articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario: 1.1 Rilievi introduttivi-1.2 Il 41-bis e la sua aderenza al disposto costituzionale: un dibattito ancora vivo ed attuale -2. Analisi del caso di Alfredo Cospito da un punto di vista costituzionale: 2.1 Cenni sulle principali vicende giudiziarie che hanno coinvolto Alfredo Cospito-2.2 L'applicazione del regime di rigore ad Alfredo Cospito, analisi della vicenda giudiziaria- Conclusioni.**

## **1. Le prospettive di riforma più recenti ed il dibattito circa la concreta utilità del regime previsto *ex articolo 41-bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.**

### *1.1 Rilievi introduttivi.*

L'emergenza è per sua natura una situazione eccezionale e transitoria<sup>597</sup>. Se l'emergenza diviene perenne, allora si cade in contraddizione. Vuol dire che non si tratta più di reagire a qualcosa di sconosciuto ed inaspettato ma di affrontare un fenomeno endemico e, se lo si vuole combattere, è necessario comprenderlo fino in fondo per cercare di capire le dinamiche che lo governano<sup>598</sup>.

Si è osservato come la legislazione emergenziale spesso necessiti di individuare un nemico per legittimarsi<sup>599</sup>. Bisogna precisare, però, che in un sistema fondato sullo Stato di diritto è essenziale ricondurre eventuali differenziazioni, come quelle inerenti al trattamento penitenziario, a un'ottica strettamente utilitaristica, limitando e comprimendo i diritti soggettivi dei detenuti solo nella misura strettamente necessaria al perseguimento di un fine utile per la collettività.

Bisogna rammentare che lo scopo del regime differenziato non è quello di punire più aspramente determinate categorie di detenuti, ma quello di prevenire i contatti tra il detenuto e la realtà esterna al carcere, per impedire che quest'ultimo comunichi con i sodali ancora a piede libero<sup>600</sup>. Infatti, è stato affermato che “è indispensabile interrogarsi e cercare di capire fino a che punto norme, disposizioni amministrative e quotidianità detentiva rimangano all'interno del recinto costituzionale e convenzionale della prevenzione o, invece, straripino nel terreno di un rigorismo afflittivo dal sapore unicamente dimostrativo”<sup>601</sup>. La disciplina risultante dall'applicazione del regime differenziato è stata definita come il risultato di una “somma di tassatività e

---

<sup>597</sup> C. Esposito, voce *decreto legge*, in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1962, pagina 852 e seguenti.

<sup>598</sup>R. Orlandi, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in Meridiana, numero 97, anno 2020, da pagina 89 a pagina 104.

<sup>599</sup> M. Donini, *Mafia e terrorismo come «parte generale» del diritto penale*, in Meridiana, numero 97, anno 2020, da pagina 203 a pagina 208.

<sup>600</sup> R. De Vito, *La prigionia della prigionia*, Giurisprudenza penale, numero 1-bis, anno 2020, pagina 1.

<sup>601</sup> R. De Vito, *cit.*, pagina 1.

discrezionalità”<sup>602</sup>, volta ad aggiungere alle restrizioni già previste dal trattamento penitenziario ordinario, disciplinate dalla legge, delle ulteriori limitazioni, decise nel concreto dall’Amministrazione penitenziaria, finalizzate a colmare degli “interstizi”<sup>603</sup> che la disciplina ordinaria lascia vuoti.

Qualche dato statistico è di scuro interesse per comprendere al meglio la dimensione attuale del fenomeno. Al 4 aprile 2024, le sezioni dedicate all’esecuzione del regime *ex* articolo 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario ospitano 721 detenuti, di cui 7 internati, 46 ricorrenti avverso l’applicazione del decreto ministeriale, mentre sono 410 condannati in via definitiva. Per quanto riguarda la qualità della composizione carceraria, sono 203 gli appartenenti alle camorra, 205 a cosa nostra, 209 sono affiliati alla ‘ndrangheta mentre 4 sono detenuti perché legati al mondo del terrorismo. Per quanto riguarda i detenuti con problemi di salute, le strutture con più detenuti con problemi di salute e/o di disabilità sono Parma e Milano- Opera, ciascuna con 9 detenuti ammessi all’assistenza sanitaria intensiva e, nella sola struttura di Parma, 3 detenuti disabili<sup>604</sup>. Per quanto riguarda la durata del regime differenziato, nel 26% dei casi la durata dell’applicazione va dai 10 ai 20 anni<sup>605</sup>.

Siamo di fronte quindi ad un fenomeno che assume delle dimensioni, tutt’oggi, più che rilevanti e non può essere quindi diminuita l’attenzione sul tema. Di seguito saranno quindi riportate le riflessioni contemporanee più rilevanti.

### *1.2 Il 41-bis e la sua aderenza al disposto costituzionale: un dibattito ancora vivo ed attuale.*

Come abbiamo avuto modo di constatare all’interno delle ricostruzioni effettuate nei paragrafi di questo elaborato, il regime previsto dal secondo comma e seguenti dell’articolo 41-*bis* della legge sull’ordinamento penitenziario è nato in un periodo di forte tensione e di grande instabilità politica. Di conseguenza, le misure previste in origine erano molto distanti da quanto previsto dalla Costituzione e dalla Convenzione europea

---

<sup>602</sup> *Ivi*, pagina 4.

<sup>603</sup> *Ibidem*.

<sup>604</sup> Il carcere secondo la Costituzione, XVII Rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione, *focus* su alta sicurezza e 41-*bis*.

<sup>605</sup> Rapporto della Commissione diritti umani sul regime detentivo speciale 41-*bis*, 2019.

dei diritti dell'uomo (di seguito Convenzione o CEDU) in tema di esecuzione della pena. Lo scopo dichiarato del regime differenziato era, ed è, quello di recidere i contatti tra il detenuto e l'associazione criminale, di stampo mafioso o terroristico, a cui costui apparteneva. Questa ragione ha giustificato la deroga alle norme previste dalla legge n. 354/1975, che disciplina il trattamento penitenziario ordinario. Questo però, ha generato più di un dubbio sia in dottrina che nella giurisprudenza, circa l'effettiva necessità, soprattutto in seguito al passare degli anni ed al mutamento del contesto storico-sociale, di talune misure previste dal legislatore.

I numerosi interventi c.d. correttivi, intrapresi dal legislatore stesso in seguito ai copiosi moniti pervenuti dalla Corte Costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU), non sono stati ritenuti sufficienti da parte della dottrina per creare un assetto normativo effettivamente conforme alla Costituzione ed alla Convenzione<sup>606</sup>. Intendiamoci, lo sforzo del legislatore, soprattutto in tema di riduzione della discrezionalità dell'Amministrazione nell'applicazione delle singole misure, ottenuto tramite la tipizzazione delle misure applicabili *ex* articolo 41-*bis*, è stato apprezzato ma non è stato ritenuto sufficiente. In particolare, una delle critiche più comuni fatte al regime di rigore, riguarda la sua compatibilità con l'articolo 13 della Costituzione. Come ci ricorda il disposto costituzionale, ogni limitazione della libertà personale deve essere disposta da un atto motivato dell'autorità giudiziaria, potendo l'Amministrazione solo darvi in seguito esecuzione. Questo principio dovrebbe valere anche per l'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis*, soprattutto se si considera il fatto che le misure disposte hanno una evidente carica afflittiva, derogando al ruolo che è stato assegnato alla pena e alla sua esecuzione dalla Carta fondamentale. Questo principio, ovviamente, deve operare per tutti i detenuti sottoposti al regime di rigore, sia se essi sono imputati sia se essi sono condannati in via definitiva<sup>607</sup>.

---

<sup>606</sup> L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articolo 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2017, pagina 422 e seguenti.

<sup>607</sup> Cfr. anche con quanto affermato nel paragrafo 1.1 del capitolo III di questo elaborato, in cui è stata analizzata la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul tema. In particolare, nella sentenza n. 349/1993, la Corte afferma al § 4 che "Va tenuto fermo, in primo luogo, che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta".

È stata ritenuta debole l'obiezione fatta da chi sostiene che una garanzia giurisdizionale è comunque prevista nella formulazione normativa del 41-*bis*, essendo possibile per il destinatario del provvedimento proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma. Infatti, in primo luogo, è evidente come ci sia una forte tensione con il principio contenuto all'interno del primo comma dell'articolo 25 della Costituzione, ovvero quello del giudice naturale precostituito per legge<sup>608</sup>. Il regime *ex* articolo 41-*bis*, infatti, viene eseguito in diversi istituti penitenziari in Italia, di certo non solo nella Capitale. È stato inoltre osservato che il Tribunale di Sorveglianza di Roma non possiede una specifica specializzazione nella materia, ad esempio a causa dell'assenza di una sezione dedicata esclusivamente alla cognizione dei reclami *ex* articolo 41-*bis*. A ciò si aggiungono evidenti carenze strutturali, che contribuiscono a rallentare l'esame dei ricorsi<sup>609</sup>. Tale scelta è stata compiuta al fine di “evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali”<sup>610</sup>. In secondo luogo, il termine per proporre il reclamo è, *ex* articolo 41-*bis*, comma 2-*quinquies*, di venti giorni. Un termine così breve potrebbe essere considerato nell'interesse del detenuto, in quanto nel periodo compreso tra la proposizione del reclamo e la decisione del Tribunale di sorveglianza l'esecuzione del provvedimento non è sospesa ma, da una parte, lo stesso termine sembra avere natura ordinatoria<sup>611</sup> e, dall'altra, come abbiamo avuto modo di rilevare anche nei paragrafi precedenti, in più di un'occasione si sono avute delle pronunce intervenute a molta distanza temporale rispetto alla data di applicazione del regime, censurate dalla giurisprudenza della Corte EDU per violazione dell'articolo 13 della Convenzione<sup>612</sup>.

È stato affermato come, lo stesso legislatore, al momento dell'introduzione del regime *ex* articolo 41-*bis*, fosse “consapevole che il regime non fosse compatibile con il sistema delle garanzie costituzionali”<sup>613</sup> ma, l'eccezionalità della disciplina era, appunto, giustificata dal particolare momento storico nel quale era stata emanata. È stato correttamente notato, però, come le ragioni emergenziali siano definitivamente svanite

---

<sup>608</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2019, pagina 144 e seguenti.

<sup>609</sup> M. S. Mori, *A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1, anno 2020, pagina 3 e seguenti.

<sup>610</sup> Servizio studi del Senato della Repubblica, relazione al disegno di legge A. S. n. 7333-*b*, 205.

<sup>611</sup> Cfr. con Corte di Cassazione, I sezione penale n. 6608/1995.

<sup>612</sup> Cfr. ad esempio con la sentenza della Corte EDU *Messina c. Italia* del 28 settembre 2000, esaminata nel paragrafo 2.1 del Capitolo III.

<sup>613</sup> L. Pace, *cit.*, pagina 422.

nel 2002, quando con la legge n. 279/2002 la disciplina si è stabilizzata, veniva così superata la natura di norma eccezionale per divenire uno “strumento ordinario di gestione straordinaria di determinate tipologie di detenuti”<sup>614</sup>.

Guardando alla disciplina odierna, delle critiche sono state mosse per quanto riguarda l’aspetto della necessità della decisione giurisdizionale sull’imposizione del regime, giustificata dal fatto che, nonostante formalmente il regime *ex* articolo 41-*bis* sia una modalità differenziata, quindi derogatoria del regime ordinario, di esecuzione della pena, si presenti in realtà come una modalità autonoma di restrizione della libertà personale<sup>615</sup>. Il regime differenziato, infatti, potrebbe essere ricompreso all’interno delle c.d. altre forme di restrizione della libertà personale, per cui il secondo comma dell’articolo 13 della Costituzione richiede un atto motivato dell’Autorità giudiziaria. Le misure derogatorie previste dall’articolo 41-*bis*, è stato affermato, incidono direttamente sulla condizione del detenuto, comportando quella che è stata definita una “degradazione giuridica del suo *status*”<sup>616</sup>. Le misure del regime di rigore, infatti, incidono su numerosi aspetti del regime di detenzione del detenuto, ad esempio: sul numero e sulle modalità di colloquio con i familiari, sulla sua corrispondenza, sulla sua socialità, sui mezzi di informazione e di svago e così via. Se la restrizione della libertà personale deve essere sempre disposta dall’Autorità giudiziaria con atto motivato, allora questo tipo di discorso deve essere valido anche quando la libertà personale è già limitata, e ne resiste un c.d. “residuo”. Anche la degradazione giuridica dello *status* detentivo, quindi, deve essere sempre disposta con atto motivato dell’Autorità giudiziaria. Soprattutto, tale intervento deve essere originario e non eventuale e sopravvenuto, coinvolgendo anche tutti quei casi in cui dovessero essere adottate ulteriori misure restrittive, rispetto a quelle già previste (idealmente) con atto motivato dell’Autorità giudiziaria.

Interessante, risulta anche esaminare i lavori degli Stati generali dell’esecuzione penale, che si sono svolti nel periodo compreso tra maggio 2015 e aprile 2016, in particolare quelli del Tavolo 16 (Trattamento. Ostacoli normativi all’individualizzazione

---

<sup>614</sup> *Ibidem*.

<sup>615</sup> *Ibidem*.

<sup>616</sup> *Ibidem*.

del trattamento rieducativo) e del Tavolo 2 (Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza) che si sono occupati degli articoli 41-*bis* e 4-*bis*.

Il Tavolo 2 si è occupato dell'articolo 41-*bis*, cercando di proporre delle modifiche alla disciplina dell'articolo tali da renderlo più aderente al disposto costituzionale, ed in tal senso sono intervenute numerose proposte. Tra tutte, in virtù anche dei temi analizzati nei paragrafi precedenti, due vengono in rilievo. La prima proposta è quella di ripristinare la competenza dei Tribunali di sorveglianza territorialmente competenti sull'istituto penitenziario di assegnazione del detenuto, per valutare la legittimità dell'applicazione e delle eventuali proroghe del regime differenziato, così da ristabilire il principio del giudice naturale precostituito per legge ed eliminare una specialità priva di giustificazione, rispetto alle finalità proprie di tale regime, risultando quindi difficilmente compatibile con i principi di uguaglianza, difesa e giusto processo e determinando, peraltro, la privazione del Tribunale di sorveglianza di Roma di informazioni individualizzanti rilevanti, note invece ai magistrati di sorveglianza locali. La seconda è quella di ridurre la durata ordinaria del regime e delle proroghe, ripristinando un margine di discrezionalità nella decisione. In particolare, il provvedimento ministeriale dovrebbe avere una durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e le eventuali proroghe dovrebbero avere una durata di un anno. Insomma, i lavori del Tavolo 2, come si evince dall'analisi della stessa Relazione finale, hanno ricostruito tutta l'evoluzione normativa dell'articolo 41-*bis*, per poi concentrarsi sull'eliminazione di tutte quelle restrizioni ritenute incongruenti rispetto al fine del regime differenziato, e quindi inutilmente vessatorie<sup>617</sup>.

Più in generale, da una parte viene ribadita, anche nella Relazione finale, l'imprescindibile rilevanza che assume l'articolo 41-*bis* nella lotta alla criminalità organizzata<sup>618</sup>, dall'altra, la stessa Relazione contiene anche un monito volto a ricordare che il fine della pena è indiscutibilmente quello previsto nel terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione. Quindi, le misure adottate col regime differenziato devono essere finalizzate all'effettiva rescissione dei legami tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza. Nel momento in cui, infatti, si perdesse di vista qual è il reale obiettivo

---

<sup>617</sup> Stati generali dell'esecuzione penale, Relazione finale Tavolo 2: *vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, pagina 16 e seguenti.

<sup>618</sup> Stati generali dell'esecuzione penale, Relazione finale, pagina 58 e seguenti.

del regime differenziato, si tratterebbe allora di imporre al detenuto un trattamento penitenziario speciale, dotato di una eccessiva ed ingiustificata carica afflittiva, che colliderebbe con quanto disposto dalla Costituzione in tema di finalità della pena.

Parte della dottrina<sup>619</sup> ha accolto positivamente il lavoro portato a termine dal Tavolo 2, effettuando però una critica circa l'approccio seguito dai membri del Tavolo stesso. Infatti, l'atteggiamento degli esperti del tavolo è stato ritenuto poco audace. È stato affermato che si sarebbe potuto osare di più ed avere più coraggio, proponendo, ad esempio, una piena giurisdizionalizzazione del regime *ex* articolo 41-*bis*. Una proposta in tal senso, anche se al di fuori del tema di spettanza del Tavolo, è pervenuta dal Tavolo 16. Gli esperti dello stesso hanno affermato, infatti, che il potere del Ministro della giustizia di applicare il regime differenziato sembra “non in linea con l'idea di matrice costituzionale che le limitazioni alle facoltà soggettive – soprattutto se incidenti su diritti fondamentali costituzionalmente presidiati – possano essere disposte soltanto su ordine dell'autorità giudiziaria, con le garanzie processuali stabilite dalla legge”<sup>620</sup>. Il cauto entusiasmo della dottrina, presente al termine del lavoro degli Stati generali sull'esecuzione penale, circa una possibile modifica ad opera del legislatore atta ad operare una “bonifica costituzionale”<sup>621</sup> degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, è stato deluso già con la legge delega n. 103/2017, dal cui esame risulta chiaramente che non ci sarebbe stata nessuna modifica sostanziale alla disciplina dell'articolo 41-*bis*, vanificando di fatto il lavoro degli esperti.

È doveroso ricordare, come il regime disposto dall'articolo 41-*bis* è una disciplina che ha un elevato contenuto preventivo, volto a cercare di limitare il potere di influenza criminale dei soggetti ivi ristretti. Per quanto riguarda il rapporto tra la disciplina e i diritti soggettivi dei detenuti, è stato osservato come, nonostante tutto, si siano manifestate delle aperture da parte dell'Amministrazione penitenziaria negli ultimi anni a mitigare la carica afflittiva del regime<sup>622</sup>. Il monito ad adottare delle misure necessarie e proporzionate

---

<sup>619</sup> L. Pace, *cit.*, pagina 422.

<sup>620</sup> Stati Generali dell'esecuzione penale, relazione finale Tavolo 16: *Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*, pagina 26.

<sup>621</sup> L. Pace, *cit.*, pagina 422.

<sup>622</sup> V. Manca, *C'è chi non butta la chiave? Sulla funzione sociale della difesa, tra Costituzione, legalità e rieducazione per un ripensamento corale sull'attualità del 41-bis e dei regimi ostativi. Note sparse a margine di alcune pronunce della Magistratura di Sorveglianza sul diritto all'affettività e colloqui Skype in attesa della decisione della Consulta*, in *Diritto di difesa*, numero 1, anno 2021.

rispetto al fine perseguito è pervenuto dalla Consulta, che ha tracciato una direzione ben delineata alla quale sia l'Amministrazione, sia la magistratura di sorveglianza si deve adeguare. La parole chiave per rendere il 41-*bis* più aderente a quanto disposto dalla Costituzione, in assenza di una modifica della disciplina da parte del legislatore, sembra essere quindi "proporzionalità". Questa parola dovrebbe tradursi in concetto ed ispirare le opinioni anche dei sostenitori più fervidi delle istanze di prevenzione. Ma questo concetto non alberga all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario. Infatti, nella legge n. 354/1975, si fa riferimento unicamente alla parola "necessità", per indicare un tracciato che deve seguire l'Amministrazione penitenziaria, la quale deve adottare solo le misure che rechino il minor sacrificio possibile delle libertà e dei diritti delle persone sottoposte a pena detentiva. La nozione di proporzionalità "si ricava, quindi, da una valutazione complessiva dei principi sottesi alle disposizioni penitenziarie, che non si limiterebbe al solo principio di necessità, proprio perché tale dovrebbe porsi solo come uno degli elementi costitutivi di una valutazione più ampia e complessa"<sup>623</sup>.

Allora, se si condivide il concetto in esame, si deve sicuramente ammettere che una riforma di una disciplina ultra-trentennale, che ha attraversato diverse legislature e che ha visto radicalmente mutato la natura dei destinatari a cui si riferisce, è auspicabile per mantenere le misure previste dal regime differenziato quanto più attuali possibili e, di conseguenza, quanto più efficaci possibili, ed al contempo mitigare tutti quegli aspetti unicamente afflittivi che potrebbero generare un'eterogenesi dei fini rispetto a quanto originariamente previsto dal legislatore. La soluzione, sia chiaro, non è semplice. Un buon passo verso di essa, però, sarebbe quello di considerare anche le opinioni di tutti quegli operatori del diritto che si occupano del tema quotidianamente. Ciò che risulta, ad oggi, è un enigma normativo, basti pensare alla struttura del primo comma dell'articolo 4-*bis*, che non può essere ritenuto soddisfacente, specie se si considera che l'oggetto della disciplina è un tema di fondamentale importanza. La circoscrizione dei titoli di reato, magari solo a quelli di stampo associativo di tipo mafioso-terroristico, consentirebbe di creare delle misure cucite *ad hoc* per limitare il proliferare di questo tipo di reati, che sostituiscano le molte previsioni, oggi anacronistiche presenti all'interno della disciplina. Un'ulteriore critica potrebbe derivare dal fatto che il principio di "proporzionalità", così

---

<sup>623</sup> *Ibidem*.

com'è stato definito, dovrebbe operare anche per quanto riguarda l'Amministrazione, non solo per il legislatore. In particolare, la stessa dovrebbe fare una scelta mirata e precisa circa i casi da sottoporre al regime differenziato, poiché solo quando la detenzione al regime ordinario non è sufficiente dovrebbe operare il regime previsto dall'articolo 41-*bis*<sup>624</sup>.

Le restrizioni a cui sono soggetti i detenuti destinatari del regime *ex* articolo 41-*bis*, soprattutto quelle che riguardano azioni che possono sembrare a prima vista innocue, come lo scambio di oggetti o le restrizioni allo scambio della corrispondenza, sono un evidente indizio di come, la costante tensione tra esigenze di ordine e sicurezza, di prevenzione e diritti costituzionalmente garantiti delle persone detenute, sia, ancora oggi a più di trent'anni di distanza, più viva che mai. Il regime differenziato è stato ritenuto uno strumento efficace di contrasto a fenomeni pervasivi ed aggressivi, come il terrorismo o la criminalità organizzata ma a volte, la prassi applicativa, lascia dei legittimi dubbi circa l'aderenza di tale assetto concreto di esecuzione della pena con quanto previsto dalla Costituzione<sup>625</sup>.

È necessario precisare, però, come sia la giurisprudenza della Corte Costituzionale, che quella della Corte EDU, hanno sempre riconosciuto la legittimità della disciplina di rigore, censurando, caso per caso, tutte quelle storture che risultavano in concreto manifestamente prive di giustificazione pratica e, di conseguenza, meramente afflittive. Il limite della sospensione delle normali regole di trattamento è stato individuato in tutte quelle misure che potrebbero giovare, in termini di possibilità di comunicazione con l'esterno, a tutti quei detenuti considerati socialmente pericolosi. Se non è necessario, nel caso concreto, applicare un trattamento ispirato alla finalità preventiva, allora è necessario che le regole del trattamento ordinario si debbano riespandere. Le due Corti si stanno quindi muovendo lungo la strada della censura di tutte quelle preclusioni assolute, in particolare quella della pericolosità sociale, e sul ridimensionamento di tutti quegli automatismi che sono svincolati dalla considerazione delle esigenze che emergono nel caso concreto. Inoltre, dall'esame della giurisprudenza delle due Corti, emerge come

---

<sup>624</sup> *Ibidem*.

<sup>625</sup> V. Manca, *Il principio di proporzionalità "cartina tornasole" per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni de iure condendo*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1-*bis*, anno 2020, pagina 8 e seguenti.

la valutazione delle condizioni applicative non possa essere statica nel tempo, soprattutto se si considera che il regime differenziato viene applicato in alcuni casi per lunghi periodi di tempo, ma, diversamente, deve essere considerata l'evoluzione della situazione soggettiva del condannato. Ancora una volta, la parola chiave sembra quindi essere proporzionalità. È doveroso infine ricordare come, nonostante l'applicazione di un regime così di rigore, per un così lungo periodo di tempo, non è stato decisamente sconfitto il fenomeno mafioso che, al contrario, si è profondamente e radicalmente modificato, divenendo, grazie anche all'utilizzazione delle nuove tecnologie, molto più sofisticato e difficile da intercettare<sup>626</sup>.

In conclusione, è evidente come la discussione sul regime detentivo speciale sia ancora viva e, soprattutto, spezzo strumentalizzata per fini politici. In un contesto che genera istanze così complesse e contrapposte, ma allo stesso tempo di così vitale importanza, è veramente difficile schierarsi nettamente a favore o contro il regime differenziato. In questi casi, infatti, è necessaria una fredda analisi che abbia come punto centrale una fredda e precisa opera ermeneutica di bilanciamento, che si deve concentrare sulla ricerca dei limiti entro i quali, in uno Stato di diritto come il nostro, possono essere messi in secondo piano i diritti fondamentali della persona. Tutto ciò poggia sulla constatazione che, il fine perseguito dal regime *ex* articolo 41-*bis*, sia legittimo. La definizione dell'ambito di operatività della disciplina, deve essere condotta avendo come punto di riferimento il principio di proporzionalità, considerando l'applicazione del decreto ministeriale legittimo, tutte quelle volte in cui, le misure derogatorie del regime ordinario di detenzione, sono idonee rispetto allo scopo che il 41-*bis* si prefigge, ovvero la rescissione dei contatti tra il detenuto e l'esterno e, soprattutto, le misure adottate devono essere solo quelle necessarie. Il sacrificio imposto al detenuto, quindi, deve essere quello minore possibile<sup>627</sup>.

---

<sup>626</sup> *Ibidem*.

<sup>627</sup> A. Della Bella, *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, numero 1, anno 2023, pagina 39 e seguenti.

## **2. Analisi del caso di Alfredo Cospito da un punto di vista costituzionale.**

### *2.1 Cenni sulle principali vicende giudiziarie che hanno coinvolto Alfredo Cospito.*

La biografia di Alfredo Cospito rivela un passato turbolento, pieno di episodi di antagonismo. Il 25 agosto del 1991, il Gruppo Anarchico Speciale (di seguito GAS) di Pescara occupa un edificio nella città abruzzese, un'ex fabbrica di distillati. Dopo due giorni di occupazione, la polizia fa irruzione ed arresta Cospito, in seguito ad un ordine di cattura della Procura militare di Roma, per retinenza alla leva. Cospito viene ristretto nel carcere militare di Roma-Forte Boccea, lì inizia uno sciopero della fame e, quando le sue condizioni peggiorano, viene trasferito con urgenza all'ospedale Celio di Roma. Il Presidente della Repubblica, Francesco Cossiga lo grazierà consentendogli di interrompere il periodo detentivo.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 343/1993, si occupa del caso della diserzione. In particolare, Cospito, chiamato alle armi, si dichiara obiettore totale in quanto, da come si evince anche dall'ordinanza di rimessione, ha sostenuto di non sentire dentro di sé la coscienza per prestare un servizio, di natura militare o non, per l'Italia, in quanto anarchico. Dopo essere stato condannato per il reato di mancanza alla chiamata, articolo 151 del c. p. m. p., alla pena di un anno di reclusione ed aver scontato solo parzialmente la pena a seguito di un'amnistia, Alfredo Cospito, ancora soggetto all'obbligo del servizio militare, il 16 aprile 1991 è stato nuovamente condannato a un anno, nove mesi e dieci giorni di reclusione militare per diserzione aggravata. Il 27 agosto 1991, all'esecuzione dell'ordine di carcerazione, ha iniziato uno sciopero della fame a oltranza per protestare contro la condanna e, in seguito al grave deterioramento delle sue condizioni fisiche e psichiche, il padre ha presentato domanda di grazia al Presidente della Repubblica il 27 settembre 1991. Tre giorni dopo, il Tribunale militare di sorveglianza ha sospeso l'esecuzione della pena, rilevando che la volontà di Cospito di sottrarsi definitivamente al servizio militare e l'impossibilità di applicargli l'articolo 8 della legge 772 del 1972 avevano determinato una spirale di condanne, evidenziando un'anomalia del sistema penale. Pur giudicando inaccettabili le forme di protesta adottate, il Tribunale

ha ritenuto la grazia l'unica soluzione per sanare un caso giudiziario caratterizzato da una manifesta ingiustizia e da carenze normative. Il 27 dicembre 1991, il Presidente della Repubblica ha concesso la grazia, condonando la pena residua, ma Cospito è stato nuovamente imputato di diserzione per il periodo compreso tra la condanna del 16 aprile 1991 e il suo arresto del 27 agosto 1991. Il 15 giugno 1992, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale militare di Roma ha emesso sentenza di non luogo a procedere ma, poiché Cospito era rimasto arbitrariamente assente dal servizio anche dopo la scadenza della licenza di convalescenza del 2 gennaio 1992, il Pubblico Ministero ha chiesto il rinvio a giudizio per diserzione, dando avvio a un nuovo processo. Il giudice ha rilevato che, escludendo la configurazione del reato continuato, l'imputato sarebbe stato sottoposto a condanne sempre più severe fino al congedo definitivo, previsto al raggiungimento del quarantacinquesimo anno di età.

La Corte Costituzionale accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata, rilevando una violazione del principio di uguaglianza contenuto nell' articolo 3 della Costituzione e del principio di finalità rieducativa della pena, disposto dall' articolo 27, terzo comma della Costituzione. Il giudice rimettente evidenzia una disparità di trattamento sanzionatorio tra chi rifiuta il servizio militare, adducendo motivi di coscienza riconosciuti dalla legge e chi lo rifiuta senza addurre motivazioni o per ragioni diverse. Mentre i primi, dopo aver scontato la pena, sono esonerati dall'obbligo di leva, i secondi rischiano una successione indefinita di condanne fino al raggiungimento del limite di età per prestare il servizio militare. La Corte ribadisce che, l'obbligo di leva e la libertà personale, entrambi con copertura costituzionale, rispettivamente all'articolo 52 e 13, devono essere bilanciati con ragionevolezza. L'assenza di una clausola di esonero per gli obiettori totali diversi da quelli riconosciuti dalla legge crea una sproporzione sanzionatoria, poiché questi ultimi sono esposti a una "spirale di condanne"<sup>628</sup> che compromette la loro personalità e speranza di reinserimento, in contrasto con la funzione rieducativa della pena contenuta nel terzo comma dell' articolo 27 della Costituzione. Pertanto, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, terzo comma, della legge n. 772/1972, nella parte in cui non prevede l'esonero per coloro che, dopo aver rifiutato totalmente il servizio di leva senza motivi riconosciuti, abbiano scontato una

---

<sup>628</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 343/1993 § 2 del considerato in diritto.

pena almeno pari alla durata del servizio stesso. Infine, la Corte sollecita il legislatore a riformare il sistema sanzionatorio dei reati militari legati al rifiuto della leva, considerandone l'urgenza.

Alfredo Cospito è detenuto in carcere dal 2012, deve scontare un totale di 30 anni di reclusione per il cumulo di pene inflitte per diversi reati, tra i quali si può richiamare il reato disciplinato dell'articolo 270-*bis* del codice penale, ovvero il reato di associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dall'ordine democratico. All'esito della vicenda giudiziaria che lo ha riguardato, Alfredo Cospito è stato riconosciuto come esponente di rilievo e capo della Federazione Anarchica Informale (di seguito FAI), associazione nata nel 2003 che ha come scopo quello della distruzione dello stato e del capitale<sup>629</sup>.

Per quanto riguarda la comunicazione della linea politica di Cospito, il primo *pamphlet* è intitolato *KNO<sub>3</sub>*, un chiaro riferimento alla formula chimica del nitrato di potassio, un potente propellente. Cospito scrive anche su altre due riviste, ovvero *Pagine in Rivolta* e *Croce Nera Anarchica*. Con queste pubblicazioni, inizia a diffondersi il pensiero di Cospito e della FAI, ma la distribuzione delle stesse è piuttosto scarsa, le copie in circolazione risultano di modesta diffusione. Sono presenti all'interno delle riviste degli evidenti incitamenti alla violenza ed istigazioni a delinquere, insieme a delle riflessioni dello stesso Cospito e a delle critiche, anche verso lo stesso movimento anarchico. È stato affermato che, la lotta che porta avanti Cospito, ha una natura spiccatamente personale e personalistica, comunque, il ricorso alla violenza è, in questa sua prospettiva, un passaggio necessario, dal quale non è possibile discostarsi. Il 5 maggio 2022 Cospito è destinatario del provvedimento ministeriale che dispone l'esecuzione nei suoi confronti del regime *ex* articolo 41-*bis*, è il primo anarchico ad essere ristretto in esecuzione di tale regime<sup>630</sup>.

---

<sup>629</sup> F. Marone, *A Profile of the Informal Anarchist Federation in Italy*, in Combating Terrorism Centre, volume 7, anno 2014, pagina 21 e seguenti.

<sup>630</sup> M. De Vito, *La pista anarchica*, Roma, 2023, pagina 100 e seguenti.

## 2.2 L'applicazione del regime di rigore ad Alfredo Cospito, analisi della vicenda giudiziaria.

Risulta quindi necessario analizzare la sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I penale, n. 13258/2023. In questa sentenza, la Cassazione rigetta il ricorso contro l'ordinanza con la quale il Tribunale di sorveglianza di Roma ha rigettato il reclamo contro il decreto del Ministro della giustizia che ha disposto, nel maggio del 2022, l'applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis* nei confronti di Alfredo Cospito. Nello specifico, in questa sede la Cassazione si è espressa circa il vizio della violazione della legge, lamentato dal ricorrente, anche nei riguardi del difetto di motivazione dell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Roma, rigettando quindi il ricorso.

In dottrina si è affermato che “siamo di fronte, indubbiamente, ad un *hard case*, per molti versi inedito”<sup>631</sup>, cercare soluzioni semplici sarebbe un esercizio meramente retorico e privo di utilità pratica. La complessità del caso è testimoniata anche dal fatto che, il Procuratore Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo, in un parere inviato al Ministro della Giustizia, aveva ipotizzato la possibilità di una revoca al detenuto del regime differenziato per trasferirlo al regime di elevato indice di vigilanza, dopodiché è necessario rilevare che l'Avvocato Generale dello Stato ha concluso per l'accoglimento parziale ed il rinvio al Tribunale di sorveglianza di Roma per un nuovo e più approfondito esame mentre la Cassazione ha deciso per il rigetto del ricorso.

Lo snodo centrale della vicenda è stato individuato attorno alla necessità del 41-*bis* per “contenere l'estremismo ideologico”<sup>632</sup>. Cospito, infatti, come è stato affermato anche nella sentenza della Cassazione<sup>633</sup>, non ha comunicato verso l'esterno con i classici strumenti propri del fenomeno mafioso, ovvero i c.d. pizzini, ma ha rilasciato interviste non autorizzate, articoli e scritti che sono pubblicati su riviste e siti *internet* afferenti alle pubblicazioni di matrice anarchica. Si tratta di documenti “contenenti esaltazioni all'azione violenta, diretta e distruttiva, più incisiva rispetto alle azioni dimostrative

---

<sup>631</sup> G. L. Gatta, *Estremismo ideologico dal carcere e 41-bis: dalla Cassazione nuovi spunti di riflessione sul caso Cospito*, in *Sistema Penale*, fascicolo 4, anno 2023, pagina 31 e seguenti.

<sup>632</sup> *Ibidem*.

<sup>633</sup> Corte di Cassazione, Sezione I penale, sentenza n. 13258/2023 § 5 del considerato in diritto.

(presidi, occupazioni, danneggiamenti) e capace di mettere in pericolo con forza e concretezza la vita delle persone e di diffondere il terrore”<sup>634</sup>.

La discussione ruota, insomma, intorno al fatto che, le affermazioni di Cospito, sono state ritenute pericolose e penalmente rilevanti, in quanto oggetto di sentenze di condanna definitive per il delitto di istigazione a delinquere, da qui l’applicazione del regime *ex* articolo 41-*bis* al detenuto. In dottrina allora ci si è posti una domanda, sulla base di quanto affermato nella sentenza in esame “anche tenuto conto della realtà fluida e mutevole dell’organizzazione anarchica di cui fa parte Cospito non vi è altro modo per escludere la pubblicazione di interviste o scritti, dall’interno del carcere, se non quello di collocarlo al 41-*bis*?”<sup>635</sup>. Ci si chiede infatti, se le censure sulla corrispondenza che, come rilevato dalla Cassazione al § 30 del considerato in diritto della sentenza in esame, che comunque non sono state effettuate quando Cospito era ristretto al regime detentivo ordinario ed i controlli e le cautele che sono propri dei regimi detentivi di alta sicurezza non siano sufficienti. La dottrina, infatti, si interroga chiedendosi se è veramente necessario ricorrere al regime *ex* articolo 41-*bis*, che si pone, a livello di carica afflittiva nell’esecuzione della pena, al vertice di un’ideale piramide dei regimi previsti nel nostro ordinamento e se, nel concreto, l’applicazione del regime differenziato e delle misure di questo proprie siano tutte necessarie e proporzionate, in particolare con riferimento allo stato di salute del detenuto.

Secondo la Cassazione, l’applicazione del regime differenziato risulta necessaria in quanto vi è il concreto pericolo che Cospito, in qualità di capo ed organizzatore della FAI, un’associazione terroristica che si presenta nella natura di associazione informale, può assurgere al ruolo di punto di riferimento e di direzione operativa se ristretto al regime ordinario, indicando in astratto obiettivi da colpire per compromettere la sicurezza della società. Siamo quindi di fronte ad uno scenario inedito, in cui nella stessa sentenza si afferma che gli elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva, requisito richiesto dall’articolo 41-*bis* per individuare i presupposti fattuali per applicare il regime di rigore, non sono sempre e comunque metodi di comunicazione nascosti, con dei messaggi il più possibile criptati,

---

<sup>634</sup> *Ibidem*.

<sup>635</sup> G. L. Gatta, *cit.*, pagina 33.

così da essere decifrabili solo dal mittente e dal destinatario, i c.d. pizzini, ma anche messaggi veicolati al pubblico, inteso in senso di una potenziale moltitudine di persone, con destinatari ignoti. Lo stesso sciopero della fame potrebbe essere letto come un messaggio inviato al pubblico di avversione contro lo Stato, in particolare contro il potere esecutivo che ha disposto l'applicazione di un regime di rigore che, paradossalmente, funge da megafono per il detenuto<sup>636</sup>.

Spostando il punto di vista verso una prospettiva costituzionale, si può osservare come, anche il caso in esame, può sollecitare seri dubbi circa la compatibilità del potere ministeriale di disporre l'applicazione del regime differenziato e il disposto costituzionale, in particolare l'articolo 13. Il tema è stato già oggetto di trattazione nel precedente paragrafo, qui è sufficiente sottolineare come, in un clima di forte tensione politica, soprattutto in presenza di una vicenda che ha una corposa rilevanza mediatica, il potere in capo al Ministro della giustizia potrebbe essere utilizzato prescindendo da una valutazione giuridica dei presupposti applicativi del regime differenziato, per virare verso considerazioni di altra natura. In un contesto nel quale le parole all'ordine del giorno del governo in carica che affermano che lo Stato non avrebbe ceduto di fronte alle richieste di Cospito, anche mentre le sue condizioni di salute erano in via di repentino peggioramento, il Ministro della giustizia, verosimilmente, avrebbe avuto delle difficoltà a revocare il regime di rigore, nel momento in cui, in astratto, dall'istruttoria potevano trasparire elementi sufficienti a mettere in dubbio l'effettiva utilità dell'applicazione del regime previsto dall'articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario al detenuto, poiché eccessivo rispetto alle esigenze di ordine e sicurezza emerse nel caso concreto. È necessario ribadire come, all'interno del parere inviato dalla Direzione Nazionale Antimafia al Ministro della Giustizia, quest'ultima si espressa nel senso di ritenere sufficiente la collocazione del detenuto all'interno del regime di alta sicurezza per soddisfare le esigenze di prevenzione speciale<sup>637</sup>.

È necessario precisare inoltre che, nel mese di febbraio 2023, il Ministro della giustizia ha posto al Comitato Nazionale di Bioetica (di seguito CNB) un quesito circa la

---

<sup>636</sup> *Ivi*, pagina 34.

<sup>637</sup> A. Della Bella, *Carcere e 41-bis: tra poteri del ministro della giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della Cassazione*, in *Sistema Penale*, fascicolo 3, anno 2023, pagina 81 e seguenti.

concreta applicabilità al detenuto in sciopero della fame dell'articolo 5 della legge n. 219/2017.

Il quesito posto al CNB, è stato rilevato, riguarda la vicenda che vede protagonista Alfredo Cospito, e ciò si pone in netto contrasto con quella che è la pratica seguita dal CNB, il quale usualmente non da pareri su casi singoli, a meno che questi ultimi non assumano una rilevanza paradigmatica<sup>638</sup>. È stato affermato, inoltre, come in realtà i quesiti posti siano “dei *suggestivi* che tendono a modulare una risposta nei termini stessi in cui sono stati formulati”<sup>639</sup>. Un ulteriore dubbio è sorto circa la concreta qualificazione della natura dei quesiti posti. È stato rilevato come, se si guarda in concreto alle formulazioni del Guardasigilli, è possibile che quest'ultimo abbia posto quesiti in realtà giuridici, dando la sensazione che quest'ultimo in realtà abbia voluto strumentalizzare l'etica per fini ad essa inconferenti.

Nel documento finale, il CNB afferma che è impossibile rispondere a quesiti collegati ad una vicenda personale, dato che il riferimento al caso che vede protagonista Alfredo Cospito era chiaramente riconoscibile, il CNB infatti approfondisce temi bioetici e non giuridici, dai quesiti posti dal Ministro, invece “le due prospettive si intrecciano strettamente. Esse devono comunque restare distinte”<sup>640</sup>. Quindi, il CNB ha “giustamente stigmatizzato i quesiti del Ministro”<sup>641</sup>, precisando che è estraneo ai ruoli assegnati al Comitato di fornire pareri servili per legittimare scelte politiche controverse.

È necessario, inoltre, soffermarsi sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 94/2023 per analizzarla. Con questa sentenza la Corte torna a pronunciarsi sulla illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravate della recidiva reiterata, per di più nel caso in esame ci troviamo di fronte ad un reato a pena fissa, ovvero l'ergastolo.

---

<sup>638</sup> L. Risicato, *Il confine tra cosa è giusto e cosa è consentito. Considerazioni a margine del parere del comitato nazionale per la bioetica sul caso Cospito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fascicolo I, anno 2023, da pagina 77 a pagina 89.

<sup>639</sup> *Ibidem*.

<sup>640</sup> Comitato nazionale per la bioetica, *Risposta ai quesiti del ministero della giustizia*, 6 febbraio 2023, pagina 3.

<sup>641</sup> L. Risicato, *cit.*, pagina 88.

La Corte d'Assise d'Appello di Torino era stata incaricata dalla Corte di Cassazione<sup>642</sup>, di riconsiderare la pena da infliggere ad Alfredo Cospito ed ad una coimputata. Inizialmente accusati di strage comune ai sensi dell' art. 422 c.p., la Cassazione aveva riqualificato il reato come strage finalizzata ad attentare alla sicurezza dello Stato, previsto dall' articolo 285 c.p., annullando parzialmente la sentenza impugnata. L'accusa derivava dall'aver collocato, in concorso, due ordigni esplosivi nei pressi della scuola Allievi Carabinieri di Fossano. Sebbene l'attentato non avesse causato vittime solo per un caso fortuito, la difesa aveva chiesto in sede di rinvio il riconoscimento dell'attenuante della lieve entità del fatto, applicabile al reato di cui all'art. 285 c.p. ma non a quello di cui all'art. 422 c.p. La richiesta, di natura inedita, era stata accolta. Da qui è scaturita l'impugnazione dell'art. 69, comma 4, c.p., davanti alla Corte costituzionale, nella parte in cui vietava il bilanciamento tra attenuanti e aggravanti per i recidivi reiterati. L'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe avuto un impatto significativo sulla pena, che sarebbe stata ridotta da ergastolo a un intervallo tra venti e ventiquattro anni di reclusione. Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravate della recidiva reiterata, è stato introdotto con l'articolo 3 della legge n. 251/2005, c.d. *ex Cirielli*.

La Corte ha accolto integralmente la questione di legittimità, evidenziando come gli automatismi legislativi, specie quelli con carica afflittiva, siano al confine della legittimità. In particolare, nel caso di specie il giudice *a quo* non avrebbe potuto rimodulare il trattamento sanzionatorio, dovendo inderogabilmente applicare la pena dell'ergastolo, evidentemente contrastando col disposto costituzionale, in particolare gli articoli 3 e 27, terzo comma. Infatti, da una parte è necessario garantire al giudice di poter giudicare prevalenti le circostanze attenuanti per esercitare la c.d. "funzione riequilibratrice"<sup>643</sup> in caso di pene molto severe per il reato base mentre, dall'altra parte, si è considerato che "che alcune attenuanti sono accomunate dall'esigenza di bilanciare la particolare ampiezza della fattispecie del reato non circostanziato che accomuna condotte marcatamente diverse, e che necessitano di essere differenziate nella determinazione del trattamento sanzionatorio"<sup>644</sup>. È stato infatti sostenuto, che le pene

---

<sup>642</sup> Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 38184/2022.

<sup>643</sup> F. Bailo, *Caso Cospito: incostituzionale la prevalenza della recidiva reiterata sulle attenuanti, se il reato è punito con l'ergastolo*, in Quaderni Costituzionali, fascicolo 3, anno 2023, da pagina 646 a pagina 648.

<sup>644</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 94/2023, § 10 del considerato in diritto.

fisse sono le principali “indiziate”<sup>645</sup> dalla Corte, ciò a maggior ragione se si tratta dell’ergastolo. Per questi motivi, questa pronuncia è stata definita come un tassello fondamentale all’interno della vicenda che riguarda Alfredo Cospito<sup>646</sup>. Com’è stato ulteriormente osservato, infatti, con la legge c.d. *ex Cirielli*, è venuto a crearsi un diverso (ed ulteriore) circuito penale “più severo – sulla base di una circostanza del tutto svincolata dalla gravità del reato ma legata esclusivamente ai precedenti del colpevole – appunto la recidiva aggravata. Un meccanismo che inevitabilmente va ad incidere in senso negativo sul percorso rieducativo e trattamentale del condannato”<sup>647</sup>. Alfredo Cospito, in seguito all’esito di questa pronuncia, ha interrotto lo sciopero della fame<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> F. Bailo, *cit.*, da pagina 646 a 648.

<sup>646</sup> *Ibidem*.

<sup>647</sup> I. Patrone, *La sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2023 ed il caso Cospito*, approfondimento contenuto nel XIX Rapporto sulle condizioni di detenzione di Antigone, pagina 215.

<sup>648</sup> M. De Vito, *cit.*, pagina 100 e seguenti.

## **Conclusioni.**

In conclusione è opportuno tirare le somme e analizzare ciò che risulta alla fine del percorso seguito in questo elaborato.

È difficile negare la preziosa utilità propria del regime che discende dall'applicazione dell'articolo 41-*bis*, della legge sull'ordinamento penitenziario. Esso è stato un alleato prezioso nel periodo c.d. emergenziale, causato dalle stragi di matrice mafiosa della prima metà degli anni '90 del secolo scorso. Ma è uno strumento, di questo si tratta. Addossare al regime differenziato l'intera responsabilità della lotta alla criminalità organizzata significa, ad avviso di chi scrive, dimostrare di non aver compreso fino in fondo il fenomeno mafioso. Rispondere alla minaccia dell'ordine pubblico con il massimo carico di afflittività possibile, specie nella materia dell'esecuzione penale, è comprensibile solo in un primo momento, quando si viene colti alla sprovvista.

È difficile negare che la criminalità organizzata sia cambiata. Nei decenni in cui *cosa nostra* faceva la guerra allo Stato, è stata travolta da una reazione alluvionale dello stesso, che ne ha decimato, seppur con qualche ombra, le figure di vertice. Allora è salita alla ribalta una mafia fino ad allora, e per certi versi anche oggi, poco conosciuta, la 'ndrangheta. Affermare che *cosa nostra* sia uguale alla 'ndrangheta vuol dire, ancora una volta, non conoscere fino in fondo il fenomeno mafioso. Se a questo discorso ci si aggiunge poi una variabile, quella della tecnologia, allora è facile comprendere come ci troviamo di fronte ad un fenomeno completamente diverso rispetto a quello contemporaneo all'introduzione del c.d. carcere duro, ma non meno violento.

Il regime differenziato, come è stato ricostruito nei precedenti paragrafi, presta il fianco a molte critiche, che provengono da diverse direzioni. È evidente il contrasto con quanto disposto dal terzo comma dell'articolo 27, sia per quanto riguarda il principio rieducativo, evidentemente compromesso, sia per quanto riguarda il principio di umanità della pena, data l'elevata carica afflittiva. Inoltre, risulta forte anche il contrasto con l'articolo 13, secondo comma della Costituzione. Sarebbe quindi auspicabile una revisione dell'intero impianto del regime di rigore, garantendo un controllo giurisdizionale sin dall'inizio, che copra anche la parte introduttiva del 41-*bis* nei confronti dei detenuti. Forse, in questo modo, il rischio di utilizzare uno strumento così pericoloso, al di fuori delle ipotesi strettamente consentite, sarebbe più ridotto.

## Bibliografia

Alberta, V., Della Bella, A., *La conversione in legge del "decreto carceri" e la persistente assenza di soluzioni al problema del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processo*, numero 11, anno 2024, pagina 1409.

Antolisei, F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2022.

Ardita, S., *Il nuovo regime dell'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cassazione Penale*, Fascicolo 1, Anno 2003, pagina 4.

Ardita, S., *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Giuffrè, Milano, 2007.

Ariano, C., *L'ordinamento penitenziario italiano, storia ed evoluzione*, Lateran University Press, Roma, 2018.

Bailo, F., *Caso Cospito: incostituzionale la prevalenza della recidiva reiterata sulle attenuanti, se il reato è punito con l'ergastolo*, in *Quaderni Costituzionali*, fascicolo 3, anno 2023, da pagina 646 a pagina 648.

Bernardini, G., Cau, M., D' Ottavio, G., Nubola, C., *L'età costituente. Italia 1945-1948*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2017, pagina 27.

Bresciani, L., *Sulle istanze per revocare i provvedimenti*, in *Guida al diritto*, n. 1, anno 2003, pagina 36.

Calvano, R., voce *articolo 27*, in *La Costituzione italiana, commento articolo per articolo*, Volume I, a cura di Clementi, F., Cuocolo, L., Rosa, F., Vigevani, G. E., Il Mulino, Bologna, 2018.

Caredda, M., *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. Ruotolo e S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

Cesaris, L., voce *articolo 90*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa, F., Giostra, G., Cedam, Padova, 2019.

Cesaris, L., voce *articolo 41-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa, F., Giostra, G., Cedam, Padova, 2019.

Chiola, G., *Il digital divide in carcere*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, anno 2020, numero 6, pagina 986 e seguenti.

Ciavola, A., *Cosa si nasconde dentro un libro. Riflessioni su alcune restrizioni del regime del c.d. "carcere duro"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, numero 3, anno 2017, pagina 1236 e seguenti.

Cicconetti, S. M., Cortese, M., Torcolini, G., Traversa, S., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1970.

Coppetta, M. G., *Carcere duro o trattamento inumano?*, in *Tortura di Stato, le ferite della democrazia*, a cura di Giannelli, A., Paternò, M. P., Carocci, Roma, 2004.

D'Alessio, R., *nota di commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 376/1997*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno 1997, fascicolo VI, pagina 3636 e seguenti.

D'Amico, M., voce *articolo 27*, in *La Costituzione Italiana*, a cura di Bifulco, R., Olivetti, M., Celotto, A., Torino, 2007.

D'Ancona, L., *Il sistema penale e penitenziario e la Convenzione dei diritti dell'uomo*, in *Questione Giustizia*, anno 2000, pagina 633.

Daila, A., Ferraioli, L., *Corso di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1992.

De Vito, R., *La prigionia della prigionia*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1-bis, anno 2020, pagina 1.

De Vito, R., *L'illegittimità costituzionale della norma che sancisce l'assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in 41-bis ordinamento penitenziario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, numero 3, anno 2020, pagina 1577.

Defilippi, C., Bosi, D., *L'articolo 41 bis ord. pen. e le garanzie del detenuto*, Giappichelli, Torino, 2007.

Delisa, S., Turco, M., *Tortura democratica, inchiesta sulla "comunità del 41-bis reale"*, Marsilio, Venezia, 2002.

Della Bella, A., *Carcere e 41-bis: tra poteri del ministro della giustizia e opportunità di affermare la riserva di giurisdizione. Note a margine del caso Cospito e di una recente decisione della Cassazione*, in *Sistema Penale*, fascicolo 3, anno 2023, pagina 81 e seguenti.

Della Bella, A., *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016.

Della Bella, A., *Libri e riviste al 41 'bis': la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *Diritto penale e processo*, numero 1, anno 2018, pagina 62.

A. Della Bella, *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, numero 1, anno 2023, pagina 39 e seguenti.

Della Casa, F., Giostra, G., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2019.

Dolcini, E., *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, numero 2, anno 2019, da pagina 925 a pagina 935.

Donini, M., *Mafia e terrorismo come «parte generale» del diritto penale*, in *Meridiana*, numero 97, anno 2020, da pagina 203 a pagina 208.

Donini, M., voce “*Teoria del reato*”, in *Digesto discipline penalistiche*, Giappichelli, Torino, 2021, pagina 258.

Dova, M., *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fascicolo 2, Anno 2013, da pagina 948 a pagina 966.

Fassone, E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino Bologna, 1980.

Fiandaca, G., voce *articolo 27*, in *Commentario della costituzione*, di Branca, G. ed Pizzorusso, A., Roma-Bologna, 1991, da pagina 276 a pagina 281.

Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, pagina 631.

Fiandaca, G., *scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Vassalli (a cura di) *diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pagg. da 131 a 145.

Filippi, L., *La “novella” penitenziaria del 2002: la proposta dell’unione delle camere penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la convenzione europea*, in *Cassazione Penale*, Anno 2003, Fascicolo 1, pagine 30 e 31.

Filippi, L., Spangher, G., Cortesi, M. F., *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, 169.

Fiorentin, F., *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione Europea*, in *Cassazione Penale*, n. 8, anno 2019, da pagina 3066 a pagina 3067.

Fiorio, C., *L’inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell’esecuzione penale*, in *Cassazione Penale*, 1996, pagina 3056 e seguenti.

Fortuna, F. S., *Il carcere duro, negazione dell’ideologia penitenziaria*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Roma, numero 1, anno 2004, pagine 63 e seguenti.

Franzinelli, M., *L’amnistia Togliatti. 22 giugno 1946*, Feltrinelli, Milano, 2006, pagina 7 e seguenti.

Galliani, D., *Incostituzionale, ma senza esagerare. Il divieto di scambiare oggetti al 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, numero 3, anno 2020, pagina 1197 e seguenti.

Garlati, L., *Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, Macerata, numero 3, anno 2021, pagina 187.

Gatta, G. L., *Estremismo ideologico dal carcere e 41-bis: dalla Cassazione nuovi spunti di riflessione sul caso Cospito*, in *Sistema Penale*, fascicolo 4, anno 2023, pagina 31 e seguenti.

Gatta, G. L., *Estremismo ideologico dal carcere e 41-bis: dalla Cassazione nuovi spunti di riflessione sul caso Cospito*, in *Sistema Penale*, fascicolo 4, anno 2023, pagina 31 e seguenti.

Giunta, F., *Articolo 41-bis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fondata da Delitala, G., diretta da Dolcini, E., numero 1 del 1988, pagina 591 e seguenti.

Giunta, F., *Opinioni a confronto. Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, pagina 249.

Gratteri, N., Nicaso, A., *Fratelli di sangue: la 'ndrangheta tra arretratezza e modernità: da mafia agro-pastorale a holding del crimine. La storia, la struttura, i codici, le ramificazioni*, Luigi Pellegrini Editore, Milano, 2006.

Harris, D., O'Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

Iovino, F. P. C., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cassazione Penale*, Fascicolo 5, Anno 1993, pagina 1259.

La Greca, G., *La corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, numero 3, anno 2000, da pagina 199 a pagina 211.

Longo, A., *"Est modus in rebus". Modalità e contest nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n.122/2017*, in *Nomos, le attualità del diritto*, numero 3, anno 2017, pagina 13.

Magi, R., *L'incidenza delle condizioni di salute ai fini della valutazione della ingiustizia del trattamento carcerario differenziato*, *Cassazione Penale*, numero 1, anno 2019, da pagina 401 a pagina 408.

Mainardis, C., voce *articolo 13*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole, S., Bin, R., Padova, 2008, pagina 103.

Manca, V., Bulighin, S., *Il difficile equilibrio nel giudizio di bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale: la disciplina dei colloqui visivi per i detenuti in regime di "carcere duro"*, in

Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2023, numero 3, pagina 1207 e seguenti.

Manca, V., *C'è chi non butta la chiave? Sulla funzione sociale della difesa, tra Costituzione, legalità e rieducazione per un ripensamento corale sull'attualità del 41-bis e dei regimi ostativi. Note sparse a margine di alcune pronunce della Magistratura di Sorveglianza sul diritto all'affettività e colloqui Skype in attesa della decisione della Consulta*, in *Diritto di difesa*, numero 1, anno 2021.

Manca, V., *Il principio di proporzionalità "cartina tornasole" per il regime del 41-bis O.P.: soluzioni operative e suggestioni de iure condendo*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1-bis, anno 2020, pagina 8 e seguenti.

Marone, F., *A Profile of the Informal Anarchist Federation in Italy, in Combating Terrorism Centre*, volume 7, anno 2014, pagina 21 e seguenti.

Martinelli, C., voce *Articolo 13*, in *La Costituzione italiana*, a cura di Clementi, F., Cuocolo, L., Rosa, F., Vigevani, G. E., Bologna, 2018, da pagina 95 a pagina 101.

Minnella, C., *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, *Rassegna penitenziaria e Criminologica*, numero 1, anno 2004, pagina 199 e seguenti.

Mori, M. S., *A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, in *Giurisprudenza penale*, numero 1, anno 2020, pagina 3 e seguenti.

Nuvolone, P., *Il processo penale e l'esecuzione delle pene in trent'anni di diritti e procedura penale*, Volume II, Cedam, Padova, 1969.

Oliva, G., *La grande storia della resistenza, 1943-1948*, Utet, Milano, 2018.

Orlandi, R., *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *Meridiana*, numero 97, anno 2020, da pagina 89 a pagina 104.

Pace, L., *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articolo 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *I diritti dei detenuti*

nel sistema costituzionale, a cura di Ruotolo, M., Talini, S., Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

Patrone, I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2023 ed il caso Cospito*, approfondimento contenuto nel XIX Rapporto sulle condizioni di detenzione di Antigone, pagina 215.

Pelissero, M., *Le funzioni della pena*, in Manuale di diritto penale, parte generale, a cura di Grosso, C. F., Petrini, D., Pisa, P., Pelissero, M., Giappichelli, Torino, 2020, da pagina 647 a 648.

Peroni, F., Scafati, A., *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, Milano, 2006.

Pietrancosta, F., *Carcerazione, diritti e condizione detentiva in Italia dal Regio Decreto 787/1931 alla riforma del 1975*, in *Diacronie*, Bologna, numero 2 del 2010, pagina 3.

Pittaro, P., voce *Articolo 27*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bin, R. e Bartole, S., seconda edizione, Padova, 2008.

Polegri, F., *Ergastolo ostativo e Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza resa nel caso Marcello Viola c. Italia (n. 2)*, *Rivista di diritto internazionale*, numero 1, anno 2020, pagina 174 a pagina 179.

Pressacco, L., *Presupposti di applicazione dell'art. 41-bis ord. pen. e condizioni di salute del detenuto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, numero 1 del 2019, pagina 669 e seguenti.

Pugiotto, A., *Il "blocco di costituzionalità" della pena in fase esecutiva*, in *Osservatorio Costituzionale*, numero 3, anno 2018, pagina 1647.

Pustorino, P., voce *Articolo 3*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, S., De Sena, P., Zagrebelsky, V., Padova, 2012, pagina 65.

Risicato, L., *Il confine tra cosa è giusto e cosa è consentito. Considerazioni a margine del parere del comitato nazionale per la bioetica sul caso Cospito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fascicolo I, anno 2023, da pagina 77 a pagina 89.

Ruotolo, M., *A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis*, *Giurisprudenza penale*, n. 1, anno 2020, pagina 3 e seguenti.

Ruotolo, M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2007, pagina 227.

Ruotolo, M., *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche degli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, numero 3, anno 2003, pagina 420.

Santangelo, A., *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, *Cassazione Penale*, numero 10, anno 2019, da pagina 3769 a pagina 3784.

Santangelo, A., *Superare le ostatività*, in *Diritto di difesa*, numero 1, anno 2023, da pagina 59 a pagina 74.

Siracusano, F., *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41-bis comma 2 ordinamento penitenziario con i familiari minorenni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, numero 3, pagina 1144 e seguenti.

Tonini, P., *Manuale di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2002, pagine 562 e seguenti.

Troncone, P., *Compatibilità costituzionale e aporie sistemiche del nuovo articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Rivista penale*, numero 5 del 2005, pagina 547 e seguenti.

Vaduno, M., *La pericolosità delle associazioni mafiose impone cautele nelle "aperture" del 41-bis*, in *Guida al diritto*, numero 9, anno 1998, pagina 108.

Vitello, S. F., *brevi riflessioni sull'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cassazione Penale*, fascicolo I, anno 1994, pagine 2860 e seguenti.

