

IL REGIME DEL 41-BIS TRA ESIGENZE DI PREVENZIONE E GARANZIE DIFENSIVE: PROFILI PROCEDURALI E LIMITI COSTITUZIONALI

Sommario

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO 1 – Il regime del 41-bis: nascita, sviluppo e obiettivi	7
1. Il regime del 41 bis: considerazioni generali.....	7
2. Il quadro normativo di riferimento e la sua evoluzione: dall'articolo 90 o.p. all'articolo 41 bis ..	11
2.1. Contesto storico, sociale e normativo	11
2.2. L'introduzione del 41-bis come misura temporanea.....	17
2.3. Trasformazione del 41-bis in misura permanente con la legge n. 279/2002.....	21
2.4. Le modifiche del 2009	23
3. I destinatari del provvedimento	25
3.1 detenuti di particolare pericolosità	27
3.2. Differenze nel trattamento dei detenuti sottoposti al 41-bis rispetto ad altre categorie di detenuti	31
4. L'esecutività dell'articolo 27 della Costituzione nel regime del 41-bis.....	37
5. Le limitazioni imposte ai detenuti.....	40
5.1. Caratteristiche.....	40
5.2. Differenze con la detenzione ordinaria	42
5.3. Conseguenze psicologiche dell'isolamento	44
CAPITOLO 2- APPLICAZIONE DEL 41-BIS: CRITERI, GARANZIE E RIMEDI.....	47
1. Provvedimento applicativo	47
1.1. Il ruolo del Ministro della Giustizia	50
1.2. Titolarità del potere applicativo del regime differenziato ex art. 41-bis o.p.....	52
1.3. I criteri per l'applicazione: elementi probatori e valutazioni sulla pericolosità del detenuto	55
1.4. La durata del provvedimento	57
2. Le garanzie procedurali nell'applicazione del 41-bis	60
2.1. Il diritto di difesa del detenuto	61
2.2. L'obbligo di motivazione e il sindacato di legittimità	63
2.3. Il controllo giurisdizionale sull'esecuzione del 41-bis	66
2.3.1. La competenza del magistrato di sorveglianza e del tribunale di sorveglianza	68
2.3.2. L'impugnazione dei provvedimenti applicativi del regime differenziato	70
2.3.3. Il principio di proporzionalità nelle valutazioni giurisdizionali.....	72
2.3.4. I limiti all'intervento giurisdizionale nella modulazione delle restrizioni	74
2.4. Rimedi giuridici in caso di violazioni dell'art. 27 Cost.	76
2.4.1. Il ruolo del magistrato di sorveglianza nel correggere abusi e disapplicare misure illegittime.....	77
2.4.2. L'incidenza della Corte EDU e delle sue pronunce sul sistema italiano	78
2.4.3. L'intervento della Corte costituzionale su questioni di compatibilità con l'articolo 27 della Costituzione	80
CAPITOLO 3 – PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA, GARANZIE PROCESSUALI E APPLICAZIONE DEL 41-BIS	83

1.	La presunzione di non colpevolezza nel sistema penale interno e sovranazionale.....	83
1.1.	La presunzione di non colpevolezza nell'ordinamento interno.....	83
1.2.	La presunzione di non colpevolezza nel diritto sovranazionale.....	86
2.	L'applicazione del regime del 41-bis ai soggetti non definitivamente condannati	88
2.1.	L'applicazione del 41-bis in fase cautelare: ambito soggettivo e criticità sistematiche	89
2.2.	Presunzione di non colpevolezza e regime differenziato	91
3.	Il bilanciamento tra esigenze preventive e garanzie processuali.....	93
3.1.	La funzione preventiva del 41-bis	94
3.2.	Il diritto di difesa nel regime del 41-bis.....	97
3.3.	Il ruolo del giudice nel bilanciamento tra sicurezza e diritti.....	100
4.	Il regime del 41-bis nella prospettiva sovranazionale	102
4.1.	La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime del 41-bis	104
4.2.	Il regime del 41-bis e il diritto di difesa nella giurisprudenza europea	109
4.3.	Il reclamo ex art. 41-bis come garanzia problematica.....	111
CONCLUSIONE.....		114
BIBLIOGRAFIA.....		117
Dottrina		117
Giurisprudenza		119
Fonti normative, atti e documenti		120

INTRODUZIONE

Il regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario costituisce uno degli istituti più complessi e controversi del sistema penale italiano. Introdotto in un contesto emergenziale per fronteggiare la minaccia della criminalità organizzata, esso ha progressivamente assunto carattere stabile, divenendo uno strumento centrale nella strategia statale di prevenzione e contrasto ai fenomeni associativi di maggiore pericolosità.

La peculiarità del regime differenziato risiede nell'intensità delle restrizioni che esso comporta e nella finalità prevalentemente preventiva che lo sorregge: interrompere i collegamenti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza, impedendo che il potere del sodalizio possa continuare a esercitarsi dall'interno dell'istituto penitenziario. Tale funzione colloca inevitabilmente il 41-bis in una zona di tensione tra esigenze di difesa sociale e tutela dei diritti fondamentali, ponendo interrogativi di particolare rilievo in ordine alla sua compatibilità con i principi che reggono lo Stato di diritto.

Il detenuto, pur destinatario di una legittima compressione della libertà personale, non perde infatti la propria qualità di soggetto titolare di diritti inviolabili. Il sistema penitenziario contemporaneo è chiamato a misurarsi costantemente con questa consapevolezza, dovendo evitare che le esigenze di sicurezza si traducano in limitazioni eccedenti quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità preventive. In tale prospettiva, il regime del 41-bis rappresenta un banco di prova privilegiato per valutare la capacità dell'ordinamento di mantenere un equilibrio tra esercizio del potere punitivo e rispetto della dignità della persona.

Oggetto della presente indagine è proprio l'analisi di questo equilibrio, che appare strutturalmente fragile in ragione della natura eccezionale delle misure applicate e dell'ampiezza dei poteri amministrativi coinvolti. L'attenzione sarà rivolta in particolare al versante processuale ed esecutivo dell'istituto, nella convinzione che il grado di compatibilità del regime differenziato con i principi costituzionali emerga soprattutto nell'ambito delle garanzie procedurali, del controllo giurisdizionale e dell'effettività dei rimedi riconosciuti al detenuto.

La ricerca muove dall'assunto secondo cui il rafforzamento degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata costituisce un'esigenza imprescindibile per la tutela dell'ordine democratico. Ciò nondimeno, in uno Stato fondato sul principio di legalità, anche le misure più rigorose devono restare ancorate a un sistema di limiti e controlli idoneo a prevenire derive meramente afflittive. La questione centrale non attiene dunque alla legittimità dell'obiettivo perseguito, bensì alle modalità attraverso cui esso viene realizzato e alla capacità

dell'ordinamento di impedire che la logica della sicurezza prevalga stabilmente sulle garanzie individuali.

L'analisi si sviluppa lungo tre direttrici principali. In primo luogo, si procederà alla ricostruzione della genesi del regime del 41-bis e della sua evoluzione normativa, evidenziando il progressivo passaggio da misura temporanea a istituto strutturale dell'esecuzione penale. Tale ricostruzione consentirà di comprendere come la dimensione emergenziale abbia inciso sulla configurazione dell'istituto, contribuendo a definirne l'attuale fisionomia.

Successivamente, l'attenzione si concentrerà sui presupposti applicativi del provvedimento, sulle garanzie procedurali riconosciute al detenuto e sui rimedi giurisdizionali predisposti dall'ordinamento. In questa prospettiva emergerà il ruolo centrale della giurisdizione di sorveglianza quale presidio del principio di legalità nella fase esecutiva, chiamata a esercitare un controllo su decisioni amministrative caratterizzate da un elevato grado di discrezionalità.

Particolare rilievo assumerà, inoltre, il tema della motivazione del provvedimento e della verifica della persistente attualità della pericolosità, profili che incidono direttamente sulla legittimità delle proroghe e sulla proporzionalità delle restrizioni imposte. Il controllo giurisdizionale si configura, sotto questo profilo, come uno strumento essenziale per evitare automatismi applicativi e garantire che il regime differenziato non si traduca in una compressione ingiustificata dei diritti fondamentali.

Il terzo capitolo affronta il nucleo più problematico della ricerca, esaminando il rapporto tra il 41-bis e alcune delle principali garanzie del processo penale. L'attenzione sarà dedicata, in particolare, alla presunzione di non colpevolezza e alle criticità che emergono quando il regime viene applicato nei confronti di soggetti non definitivamente condannati, nonché alle limitazioni che esso può determinare rispetto all'effettività del diritto di difesa. In tale contesto, il bilanciamento tra esigenze preventive e garanzie processuali assume un rilievo decisivo, imponendo di riflettere sul ruolo del giudice quale garante dei diritti fondamentali.

L'indagine non può prescindere, infine, dalla dimensione sovranazionale. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente delineato i confini entro cui un regime detentivo speciale può ritenersi compatibile con i parametri convenzionali, richiamando gli Stati al rispetto del principio di proporzionalità e alla necessità di assicurare rimedi giurisdizionali effettivi. Il dialogo tra ordinamento interno e sistema convenzionale rappresenta oggi uno snodo imprescindibile per comprendere le trasformazioni del regime differenziato e le prospettive della sua evoluzione.

Alla luce di tali considerazioni, la tesi che si intende sostenere è che il rapporto tra sicurezza pubblica e diritti fondamentali, nel contesto del 41-bis, si configuri come un equilibrio intrinsecamente fragile, la cui tenuta dipende dalla capacità dell'ordinamento di garantire un controllo di legalità effettivo e una costante verifica della proporzionalità delle misure applicate. Solo attraverso il mantenimento di tale bilanciamento è possibile evitare che uno strumento concepito per difendere lo Stato di diritto finisca, paradossalmente, per metterne in discussione i presupposti.

CAPITOLO 1 – Il regime del 41-bis: nascita, sviluppo e obiettivi

1. Il regime del 41 bis: considerazioni generali

Il regime previsto dall'articolo 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario italiano rappresenta uno degli istituti più incisivi, controversi e studiati del sistema penitenziario italiano. Esso nasce in un contesto storico ben preciso, segnato dall'escalation della criminalità organizzata e dal drammatico assassinio dei giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino nel 1992¹, evento che produsse una reazione di straordinaria intensità da parte dello Stato e segnarono una frattura irreversibile nell'approccio alla gestione carceraria di soggetti di particolare pericolosità sociale.

Già la legge sull'Ordinamento Penitenziario del 1975 (legge n. 354) conteneva, all'articolo 90, una disposizione speciale che consentiva, in casi eccezionali di rivolta o di gravi turbative dell'ordine pubblico, la sospensione di alcune regole di trattamento, affidando tale potere, in via straordinaria, al Ministro della Giustizia.²

Come ricorda A. Diddi, tale misura era concepita come strumento di emergenza, da attuarsi in modo strettamente temporaneo, senza alcuna pretesa di stabilità o di ripetizione sistematica.³

Tuttavia, con l'inizio degli anni Novanta, l'Italia si trovò a fronteggiare un fenomeno di criminalità organizzata di tipo mafioso capace di mantenere saldi legami con l'esterno anche dal carcere. Le inchieste giudiziarie condotte da Falcone e Borsellino avevano già messo in evidenza che diversi capi mafia, pur trovandosi in stato di detenzione, erano in grado di continuare ad impartire ordini e a mantenere rapporti con l'esterno⁴. In questo clima di emergenza si rese necessario un intervento normativo più incisivo.

Così, il decreto-legge 8 giugno 1992, n.306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n.356, introdusse il comma 2 dell'articolo 41-bis o.p.⁵, conferendo al Ministro della Giustizia, su

¹ Le stragi di Capaci (23 maggio 1992) e di via D'Amelio (19 luglio 1992), nelle quali persero la vita i magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino insieme agli agenti delle rispettive scorte, segnarono un punto di svolta nella strategia repressiva dello Stato contro la criminalità organizzata.

² Legge 26 luglio 1975, n. 354, *Norme sull'Ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale*, in G.U. n. 212 del 9 agosto 1975

³ A. DIDDÌ, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 427 ss.

⁴ Commissione parlamentare antimafia, *Relazione annuale*, Roma, 1986, e atti delle inchieste giudiziarie di Falcone e Borsellino, dai quali emergeva che diversi detenuti di vertice delle organizzazioni mafiose continuavano a dirigere l'attività criminale dall'interno degli istituti penitenziari.

⁵ Decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992, n. 356, recante «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa», che ha introdotto il comma 2 dell'articolo 41-bis o.p., attribuendo al Ministro della Giustizia la facoltà di sospendere, in tutto in parte, le regole trattamentali ordinarie per gravi motivi di ordine e sicurezza.

proposta del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e previo parere vincolante della Direzione Nazionale Antimafia, il potere di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole trattamentali ordinarie «quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica». In origine, la misura era pensata come strumento a termine: la sospensione poteva avere durata di tre mesi, rinnovabile, ma sempre subordinata alla verifica della permanenza delle condizioni di pericolo. Con il tempo, tuttavia, la misura ha assunto i tratti di un regime strutturale ed ordinario, grazie anche alla legge 18 dicembre del 2002, n. 279⁶, che ha modificato l'art. 41-bis o.p., stabilizzandone la disciplina. Tale legge, oggi confluita nel testo vigente dell'art. 41-bis o.p., ha introdotto la previsione di una durata biennale per il decreto ministeriale di sospensione delle regole trattamentali, prevedendone la rinnovabilità in presenza delle medesime condizioni di pericolosità e di ordine pubblico, nonché l'obbligo di motivazione individualizzata e il parere del Procuratore nazionale antimafia.

In tal modo, una misura concepita come eccezionale e temporanea è divenuta un istituto a carattere stabile, espressione della logica della detenzione differenziata e della progressiva strutturazione di un controllo giurisdizionale affidato al giudice di sorveglianza come contrappeso di legalità.

Come osserva G.L. Gatta⁷, questa evoluzione ha segnato il passaggio da una logica di emergenza ad un modello di detenzione differenziata stabile, connotato da fortissime restrizioni.

Tra le restrizioni più significative, ancora oggi in vigore, figurano:

- la drastica limitazione dei colloqui visivi, generalmente ridotti ad uno al mese, da svolgersi esclusivamente attraverso un vetro divisorio e sempre sotto sorveglianza,
- la censura della corrispondenza,
- Il controllo continuo sui contatti telefonici,
- La riduzione delle ore d'aria,
- La segregazione in celle singole,
- La drastica compressione delle attività sociali e culturali⁸

La Corte di Cassazione ha ribadito in più occasioni che tali misure, pur qualificandosi come restrizioni amministrative, incidono profondamente su diritti di rango costituzionale, quali la

⁶ Legge 18 dicembre 2002, n. 279, “*Modifiche all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*”. La legge ha reso permanente il regime speciale del 41-bis, fissando la durata biennale del decreto ministeriale di sospensione e consentendone la proroga in presenza di perduranti esigenze di sicurezza pubblica.

⁷ G.L. GATTA, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in Cassazione Penale, 2017, p. 2751 ss. L'autore analizza il passaggio del 4-bis da misura straordinaria a regime ordinario, sottolineando il rischio di una “normalizzazione dell'emergenza” e la necessità di un controllo giurisdizionale sostanziale da parte del giudice di sorveglianza

⁸ Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3472/5906 del 20 febbraio 1993, recante “Modalità di applicazione del regime speciale di detenzione ex art. 41-bis o.p.”, aggiornata con le Direttive DAP 2017/2018 e 2020/2022

libertà di comunicazione, la socialità e la partecipazione alla vita affettiva e familiare del detenuto⁹.

Come ha osservato Viganò, l'articolo 41-bis esprime in pieno la tensione tra garanzie costituzionali e logica del contenimento della pericolosità: da un lato si ammette una compressione straordinaria dei diritti, dall'altro si impone che tale compressione rispetti sempre il principio di proporzionalità e non si traduca in un trattamento contrario alla dignità umana.

In tal senso la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n.349 del 1993, ha stabilito che la sospensione delle regole trattamentali «non può mai essere assoluta e generalizzata», ma deve rispondere ad una motivazione concreta, aggiornata e riferita alla pericolosità individuale del soggetto¹⁰. La Consulta, con sentenze successive (tra cui la n. 376/1997 e la n. 143/2013), ha ribadito che il regime differenziato non può sfociare in una pena aggiuntiva e non deve mai violare l'articolo 27 della Costituzione, che impone alla pena di tendere alla rieducazione del condannato¹¹.

Ciò che rende l'analisi del 41-bis particolarmente rilevante per il diritto processuale penale è la questione del controllo giurisdizionale sulle misure di sospensione: se è vero che la disposizione è di natura amministrativa, è altrettanto vero che incide sui diritti fondamentali e richiede un sindacato effettivo da parte del giudice di sorveglianza, cui spetta di verificare la sussistenza dei presupposti, la coerenza della motivazione e la proporzionalità della misura¹². Il rischio di un controllo meramente formale è concreto e costituisce uno dei punti di maggiore criticità di tutto l'assetto.

In questa prospettiva, l'analisi del regime detentivo speciale ex articolo 41-bis non può prescindere da un esame critico della sua evoluzione giurisprudenziale più recente, nonché del dialogo costante tra Corti interne e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Non va, infatti, dimenticato, che, soprattutto a partire dal nuovo millennio, la Corte EDU ha contribuito a

⁹ Cass., sez. I pen., 20 settembre 2016, n. 37798, in C.E.D. Cass., n. 268095, che ha chiarito la natura amministrativa ma ad alta incidenza costituzionale delle misure previste dal regime del 41-bis.

¹⁰ Corte Cost., sent. n. 349 del 1993, in Giurisprudenza costituzionale, 1993, p. 2403 ss. La Corte ha precisato che la sospensione delle regole trattamentali di cui all'art. 41-bis o.p. è legittima solo se giustificata da motivazioni individualizzate e proporzionate, nel rispetto del principio di umanità della pena.

¹¹ Corte cost., sent. n. 376 del 15 ottobre 1997, e sent. n. 143 del 5 giugno 2013, entrambe in Giur. Cost. In tali pronunce la Corte ha ribadito che il regime differenziato di cui all'art. 41-bis o.p. non può tradursi in una pena aggiuntiva né compromettere la finalità rieducativa della sanzione, imponendo un costante bilanciamento tra sicurezza e dignità della persona detenuta.

¹² A. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 728 ss. L'autore sottolinea come il giudice di sorveglianza debba esercitare un controllo effettivo e sostanziale sulla legittimità e proporzionalità delle restrizioni imposte ai sensi dell'art. 41-bis o.p., evitando un sindacato meramente formale.

delimitare i confini di legittimità di questa misura, censurando più volte l'Italia per la violazione dell'articolo 3 CEDU, che vieta trattamenti inumani e degradanti¹³.

Emblematica, sotto questo profilo, la nota sentenza Viola c. Italia (CEDU, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16), nella quale la Corte di Strasburgo ha ribadito come l'isolamento prolungato debba essere giustificato da esigenze di sicurezza concrete, attuali e debitamente verificate, altrimenti si tradurrebbe in una compressione arbitraria della dignità della persona detenuta.

La dottrina più autorevole ha sottolineato come questa evoluzione giurisprudenziale imponga agli interpreti una rinnovata attenzione per i profili procedurali di garanzia¹⁴, considerato che le restrizioni imposte dal regime differenziato incidono su diritti fondamentali quali il diritto di difesa, la partecipazione ai procedimenti giudiziari, la riservatezza della corrispondenza e la possibilità di mantenere legami affettivi con l'esterno. In particolare, studiosi come Fiandaca e Musco evidenziano come la stabilizzazione di un regime di eccezione rischi di cristallizzare una forma di «pena senza speranza», incompatibile con la finalità rieducativa sancita dall'articolo 27, comma 3, Cost.

Tali riflessioni trovano conferma anche nel dibattito processuale penale, laddove si pone in rilievo il ruolo cruciale del giudice di sorveglianza, chiamato a garantire che l'applicazione del 41-bis non degeneri in uno strumento di isolamento punitivo privo di controllo effettivo¹⁵.

Come osserva A. Giostra, il giudice di sorveglianza, investito dal reclamo ex articolo 14-ter o.p., deve esercitare un sindacato sostanziale sulla motivazione del provvedimento ministeriale, verificando la concreta sussistenza dei presupposti di pericolosità e la proporzionalità delle restrizioni applicate caso per caso.

Un ulteriore aspetto di rilievo concerne la giurisprudenza costituzionale più recente, che, come già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 143 del 2013, ha consolidato il principio secondo cui il regime differenziato non può trasformarsi in una pena aggiuntiva rispetto a quella inflitta con sentenza irrevocabile. In tale pronuncia, la Consulta ha ribadito che la deroga al regime ordinario di trattamento deve comunque rispettare i limiti derivanti dal principio di umanità della pena, dal divieto di trattamenti inumani e degradanti e dalla finalità rieducativa di cui all'art. 27, comma 3, Cost. È proprio in quest'ottica che il controllo

¹³ Corte EDU, Viola c. Italia, Grande Camera, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16, in HUDOC. La Corte ha accertato la violazione dell'art. 3 CEDU, ritenendo che l'isolamento prolungato imposto al ricorrente e la mancanza di una prospettiva reale di reinserimento configurassero un trattamento inumano e degradante.

¹⁴ A. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 728 ss. L'autore sottolinea che il giudice di sorveglianza, investito dei reclami ex art. 14-ter ord. pen., deve esercitare un controllo effettivo e sostanziale sui provvedimenti ministeriali ex art. 41-bis o.p., verificando la coerenza della motivazione e la proporzionalità delle restrizioni rispetto alla pericolosità individuale del detenuto.

¹⁵ Sul ruolo del giudice di sorveglianza come garante della legalità del trattamento penitenziario, cfr. A. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, cit., p.735 ss., ove l'autore sottolinea dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale, anche quando disposti dall'autorità amministrativa ai sensi dell'art. 41-bis.

giurisdizionale assume la funzione di presidio di legalità, volto a impedire un uso distorto del potere discrezionale attribuito all'amministrazione penitenziaria¹⁶.

Alla luce di tali premesse, appare chiaro come la disciplina del 41-bis rappresenti oggi un banco di prova essenziale per il diritto processuale penale, poiché segna il passaggio da una logica emergenziale a un modello strutturale di controllo penitenziario, nel quale la tutela dei diritti fondamentali deve continuamente confrontarsi con le esigenze di sicurezza collettiva¹⁷.

2. Il quadro normativo di riferimento e la sua evoluzione: dall'articolo 90 o.p. all'articolo 41 bis

2.1. Contesto storico, sociale e normativo

L'introduzione e la successiva evoluzione del regime detentivo speciale, oggi conosciuto come "41-bis", non possono essere comprese se non si tiene conto del contesto storico, sociale e politico che ne ha determinato la genesi. Tra gli anni Settanta e Ottanta, l'Italia si trovò ad affrontare una duplice emergenza: da un lato, il terrorismo interno, espresso dalle Brigate Rosse e da altre sigle eversive durante gli anni di piombo, e, dall'altro, la crescente affermazione delle mafie tradizionali, mafia siciliana, Camorra, 'ndrangheta, che seppero radicarsi capillarmente anche nelle istituzioni, nel tessuto economico legale e nei centri decisionali dello Stato¹⁸.

Se l'emergenza terroristica degli anni '70 fu contrastata con strumenti penali straordinari, l'esigenza di contrastare il fenomeno mafioso emerse con forza nel decennio successivo.

Nei primi anni Ottanta, il Maxiprocesso di Palermo, le cui indagini vennero condotte dal pool antimafia di cui facevano parte Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, si svolse a metà degli anni Ottanta e portò a giudizio centinaia di boss mafiosi. Fu soprattutto l'esperienza di Falcone a far emergere un dato inquietante: molti detenuti di vertice, pur reclusi, continuavano a dirigere le attività dell'organizzazione impartendo ordini dall'interno del carcere. Questa evidenza fu confermata da numerose indagini, tra cui quelle confluite nella Commissione Parlamentare Antimafia dell'epoca.

¹⁶ S. LORENZETTO, *La gestione del regime differenziato tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 932 ss., ove l'autore sottolinea la centralità del giudice di sorveglianza quale contrappeso necessario alla discrezionalità ministeriale nell'applicazione del 41-bis.

¹⁷ A. DELLA BELLA, *Il regime speciale ex art. 41-bis o.p.: origine e metamorfosi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1531 ss., ove l'autore sottolinea la trasformazione del 41-bis da misura eccezionale ad istituto strutturale, con rilevanti ricadute sul piano del controllo giurisdizionale.

¹⁸ G. DI CARLO, *La crisi dell'art. 90 o.p. e la nascita del 41-bis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 809 ss., il quale inquadra l'origine del regime differenziato nel contesto delle emergenze criminali degli anni Settanta e Ottanta.

In questo clima si rafforzò la convinzione che la criminalità organizzata non solo operasse dall'esterno, ma fosse in grado di mantenere il controllo delle attività criminali anche dal carcere. Di fronte a questa evidenza, la normativa ordinaria, rappresentata dal vecchio articolo 90 o.p., non fu più ritenuta sufficiente. Come ricorda A. Diddi¹⁹, l'articolo 90 era stato introdotto per affrontare situazioni di rivolta interna, prevedendo misure straordinarie di sospensione delle regole trattamentali in casi eccezionali. Tuttavia, tale strumento aveva un carattere strettamente temporaneo, legato a situazioni di emergenza interne e non a una strategia sistematica di contrasto alla mafia. Così, il legislatore cercò un rimedio normativo per interrompere i legami tra i detenuti mafiosi e le organizzazioni di appartenenza, impedendo loro di continuare a esercitare un potere criminale anche durante la detenzione.

Con l'aggravarsi dell'offensiva mafiosa, culminata nelle stragi di Capaci e via D'Amelio del 1992, l'allora Governo italiano adottò il decreto-legge n. 306/1992, convertito nella legge 356/1992, che diede forma all'attuale articolo 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario²⁰.

Come evidenzia G.L. Gatta²¹, questa norma rappresentò il passaggio dalla logica dell'emergenza alla stabilizzazione del regime speciale, istituzionalizzando limitazioni fortissime ai diritti del detenuto in nome di esigenze di sicurezza e di isolamento del detenuto dal contesto criminale esterno.

A differenza dell'articolo 90, l'articolo 41-bis nasce con una struttura procedurale più rigorosa, attribuendo al Ministro della Giustizia, su proposta del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) e previo parere obbligatorio della Direzione Nazionale Antimafia, il potere di sospendere, "in tutto o in parte", l'applicazione delle regole trattamenti ordinarie.

Tale sospensione, in origine limitata a tre mesi prorogabili, è stata portata a due anni, rinnovabili per altri due anni, con la legge 279/2002, senza un limite massimo prefissato, elemento che alimenta da decenni il dibattito sulla legittimità costituzionale di un regime di fatto potenzialmente perpetuo²².

Sul punto, Donini²³ ha osservato che l'evoluzione del sistema sanzionatorio contemporaneo sembra segnare un progressivo allontanamento dal modello rieducativo delineato dall'art. 27, comma 3, Cost., per avvicinarsi ad una logica di difesa sociale. Tale impostazione può essere

¹⁹ A. DIDDÌ, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 427 ss.

²⁰ D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. In l. 7 agosto 1992, n. 356, Modifiche urgenti in materia di lotta alla criminalità organizzata e recidiva, in G.U., 8 agosto 1992, n. 185, Suppl. ord., che introdusse il comma 2 dell'art. 41-bis o.p.

²¹ G.L. GATTA, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in Cassazione penale, 2017, p. 2751 ss.

²² Cfr. A. DIDDÌ, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 427 ss.; G. L. Gatta, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in Cassazione Penale, 2017, p. 2751 ss.

²³ G. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale. Dalla lotta alla devianza alla lotta al nemico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 45 ss., ove l'autore analizza la transizione da un diritto penitenziario orientato alla rieducazione ad un modello di neutralizzazione del soggetto pericoloso.

ricondata al concetto di “diritto penale del nemico” teorizzato da Gunther Jacobs²⁴, secondo il quale lo stato tende a distinguere tra il “cittadino”, che rimane titolare di diritti anche dopo aver commesso un reato, e il “nemico”, considerato invece un soggetto pericoloso da neutralizzare piuttosto che da rieducare; prospettiva che, se applicata al regime del 41-bis, evidenzia il rischio di una logica di neutralizzazione del soggetto piuttosto che di rieducazione, con significative ricadute sul piano del controllo di legittimità.

La giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 349 del 1993, ha riconosciuto la legittimità dell’articolo 41-bis, purché interpretato in modo da rispettare il principio di proporzionalità e il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)²⁵.

Tale evoluzione normativa e giurisprudenziale è stata ampiamente analizzata dalla dottrina; alcuni autori, come Fiandaca e Viganò, hanno messo in evidenza la tensione tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali del detenuto, sottolineando come l’originaria eccezione del 41-bis si sia progressivamente trasformata in regola. Altri, come Donini, hanno, invece, interpretato tale trasformazione come un sintomo del passaggio dal diritto penitenziario ispirato alla rieducazione ad un vero e proprio “diritto penale del nemico”, come sopra esposto. Non meno rilevante è il ruolo della Corte EDU che, con la sentenza Viola c. Italia²⁶ ha ribadito che l’isolamento prolungato e generalizzato viola l’articolo 3 CEDU se non giustificato da motivazioni specifiche, concrete e periodicamente verificate.

La Corte di Strasburgo aveva già in precedenza censurato misure analoghe: si ricordi, ad esempio, la sentenza Ramirez Sanchez c. Francia²⁷, che ha stabilito i criteri di legittimità dell’isolamento prolungato, ponendo l’accento sulla necessità di motivazioni concrete, valutazioni periodiche e accesso a rimedi effettivi. Questo orientamento ha inciso anche sul quadro interno, orientando le decisioni dei giudici di sorveglianza.

Il consolidamento del regime differenziato trova ulteriore conferma nella prassi applicativa sviluppatasi a partire dagli anni Duemila, in particolare con la legge 279/2002, che ha reso stabile l’art. 41-bis o.p. ed esteso la sua applicazione a fattispecie ulteriori rispetto a quelle di criminalità mafiosa, includendo reati di terrorismo interno ed internazionale, il traffico internazionale di stupefacenti e altri gravi delitti associativi previsti dall’art. 4-bis o.p.

²⁴ Cfr. G. JACOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS – Onlinezeitschrift für Hochstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004; trad. it. “Giurisprudenza delle corti supreme in materia penale”.

²⁵ Corte Cost., sent. n. 349 del 1993, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 2403 ss., che ha dichiarato conforme a Costituzione l’art. 41-bis, subordinandone la legittimità al rispetto del principio di proporzionalità e del divieto di trattamenti inumani.

²⁶ Corte EDU, Viola c. Italia, 11 ottobre 2019, ric. N. 77633/16

²⁷ Corte EDU, Ramirez Sanchez c. Francia, Grande Camera, 4 luglio 2006, ric. N. 59450/00

Come evidenziato da S. Lorenzetto²⁸, l'ampliamento dei presupposti di applicazione ha fatto emergere due tendenze parallele: da un lato, una stabilizzazione del regime speciale quale strumento di politica criminale "ordinaria"; dall'altro, una crescente attenzione della giurisprudenza interna ed europea per il rispetto delle garanzie procedurali minime, soprattutto alla luce dell'art. 6 CEDU (diritto al giusto processo) e dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita familiare e privata).

Nella prospettiva della procedura penale, la peculiarità dell'articolo 41-bis risiede proprio nel fatto che la sospensione delle regole di trattamento non è disposta dal giudice ordinario ma da un atto amministrativo del Ministro della Giustizia, con valenza autoritaria e discrezionale. Questo implica che l'unico contrappeso costituzionalmente rilevante sia rappresentato dal controllo giurisdizionale di sorveglianza, cui è demandato il compito di verificare la legittimità, la motivazione e la proporzionalità della sospensione.

Come osserva Giostra²⁹, la giurisdizione di sorveglianza in questo ambito assume una valenza cruciale: da mero organo di controllo formale del trattamento penitenziario, il giudice di sorveglianza si trova a svolgere una funzione di garanzia sostanziale, che investe diritti fondamentali come la libertà di corrispondenza, la partecipazione affettiva, la salute e il diritto di difesa.

Anche la giurisprudenza di merito ha contribuito a tracciare confini più stringenti: la Corte di Cassazione, in più pronunce (tra cui Cass. Pen., sez. I, sent. n. 37798/2016)³⁰ ha chiarito che le restrizioni devono essere costantemente rivalutate alla luce del principio di individualizzazione del trattamento, e non possono essere applicate in modo automatico.

Il dialogo tra giurisdizione interna e Corte EDU è stato particolarmente intenso negli ultimi due decenni. Oltre al caso Viola c. Italia, si ricorda la decisione CEDU, Messina c. Italia (n.2) del 28 settembre 2000³¹, in cui la Corte di Strasburgo ha censurato l'Italia per la compressione eccessiva dei diritti di visita familiare e di corrispondenza, ribadendo che il regime di isolamento rafforzare può configurare un trattamento inumano o degradante se privo di una base giustificativa attuale e di un controllo giurisdizionale effettivo.

Accanto alla riflessione giurisprudenziale, va richiamata la dimensione politica e culturale. Secondo L. Violante³², la ratio del 41-bis risponde ad una giusta esigenza di neutralizzare i poteri occulti che la criminalità organizzata continua ad esercitare anche all'interno degli istituti

²⁸ S. LORENZETTO, *La gestione del regime differenziato tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2021, p. 932 ss.

²⁹ G. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 735 ss.

³⁰ Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 2016, n. 37798, in Cassazione penale, 2017, p. 2751 ss.

³¹ Corte EDU, Messina c. Italia, 28 settembre 2000, ric. N. 25498/94

³² L. VIOLANTE, *Il ciclo mafioso*, Roma-Bari, Laterza, 1994

penitenziari; tuttavia, egli ha avvertito che, in assenza di un costante bilanciamento con i principi di legalità e proporzionalità, tale strumento rischia di trasformarsi in una “zona franca” di compressione permanente dei diritti fondamentali del detenuto.

In questa cornice, il giudice di sorveglianza non è chiamato solo a verificare la forma del provvedimento, ma a valutare se le restrizioni appaiano ancora proporzionate alla pericolosità attuale del detenuto e se vi siano elementi concreti che giustifichino la reiterazione della misura. L’esperienza giurisprudenziale³³ dimostra tuttavia che il controllo giurisdizionale rischia di ridursi ad una mera ratifica formale delle decisioni amministrative, con scarsa efficacia sostanziale, anche in ragione dell’asimmetria informativa che intercorre tra l’amministrazione penitenziaria e la difesa del detenuto.

Questo scenario, caratterizzato dal rischio di un controllo meramente formale, si intrecciò sin dalle origini con un acceso dibattito parlamentare, nel quale emerse chiaramente la tensione tra le esigenze di sicurezza straordinaria e la tutela delle garanzie costituzionali. Tale dibattito, che portò alla conversione del D.L. n. 306/1992, rappresentò uno dei momenti più intensi dell’esperienza parlamentare repubblicana. Gli Atti Parlamentari della Camera dei deputati testimoniano infatti un clima di autentica emergenza democratica, nel quale la richiesta di strumenti eccezionali si accompagnava alla consapevolezza dei rischi di compressione dei diritti fondamentali.

Voci autorevoli, come quella di Giovanni Conso, all’epoca Ministro della Giustizia, sottolinearono la natura strettamente provvisoria del regime differenziato, concepito per fronteggiare una fase eccezionale di violenza mafiosa con strumenti altrettanto eccezionali, ma non destinati a divenire strutturali. Tuttavia, le intenzioni originarie vennero presto superate da una prassi amministrativa che trasformò il 41-bis in un presidio permanente di sicurezza penitenziaria.

A sostegno di questa evoluzione contribuì anche la produzione di circolari interne del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria (DAP) che, a partire dal 1993, definirono protocolli di gestione unificati per i detenuti sottoposti al 41-bis. In particolare, la Circolare DAP n. 3472/5906 del 1993 stabilì per la prima volta in modo dettagliato le misure minime di sorveglianza, i limiti di socialità interna e i controlli sulla corrispondenza³⁴. Tali indicazioni furono più volte aggiornate, fino alle più recenti Direttive DAP 2017/2018, che continuano a disciplinare in dettaglio l’applicazione concreta del regime differenziato. Va, inoltre, ricordato che tali disposizioni sono state oggetto di successivi aggiornamenti con le Direttive DAP del

³³ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in Cassazione Penale, 2008.

³⁴ DAP, Circolare n. 3472/5906 del 21 ottobre 1993, Disposizioni per l’applicazione del regime differenziato previsto dall’art. 41-bis o.p.

2020 e del 2022³⁵, volte a rafforzare i protocolli di sorveglianza e a uniformare i criteri di proroga, rispondendo anche alle osservazioni mosse dalla Corte EDU e dai garanti regionali dei diritti dei detenuti.

Tali aggiornamenti testimoniano la volontà dell'amministrazione di adeguare il regime differenziato agli standard sovranazionali di tutela dei diritti, pur mantenendo inalterata la logica di segregazione funzionale alla sicurezza.

Sul piano dei dati, va ricordato che la popolazione detenuta sottoposta a regime 41-bis si è mantenuta relativamente stabile negli anni, oscillando, secondo i rapporti annuali del Ministero della Giustizia, intorno alle 700-750 unità, concentrate in istituti penitenziari ad alta sicurezza (AS)³⁶. Si tratta di una quota che, seppur numericamente esigua rispetto al totale dei detenuti (circa 2% della popolazione carceraria), comporta un impiego rilevante di risorse organizzative e di personale per la gestione della sicurezza e del controllo.

Secondo il XIV Rapporto dell'Associazione Antigone sullo stato delle carceri (2022), il numero di detenuti in regime 41-bis ha registrato un lieve incremento negli ultimi cinque anni, legato sia all'estensione del regime a nuove fattispecie di reato di matrice associativa o terroristica, sia alla persistente tendenza a proroghe seriali dei decreti di applicazione.

Dal punto di vista processuale, è importante sottolineare che la deroga di cui all'articolo 41-bis si intreccia strettamente con le norme sul controllo giurisdizionale. La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 349/1993, ha affermato la necessità di un controllo effettivo sulla legittimità e proporzionalità della misura, al fine di prevenire ogni forma di automatismo applicativo. Tale orientamento è stato poi ribadito dalle successive pronunce (Corte cost. 410/1999 e 190/2010), che hanno riconosciuto il ruolo del giudice di sorveglianza quale garante insostituibile dei diritti del detenuto sottoposto al regime differenziato. Tuttavia, come rileva S. Moccia³⁷, le prassi interne dimostrano che i reclami ex articolo 14-ter o.p. tendono a tradursi in un controllo meramente formale, privo di reale efficacia contenitiva, specie laddove la motivazione dei provvedimenti ministeriali si limiti a formule stereotipate di "pericolosità associativa" o di "mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione criminale".

Non è secondario, inoltre, il contributo alle Commissioni parlamentari antimafia, le quali, nei Rapporti annuali, hanno più volte segnalato la tendenza a proroghe seriali, stavolta fondate su prove indirette o presunzioni di "pericolosità ambientali". Si pensi, ad esempio, alle Relazioni

³⁵ Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3472/5906 del 20 ottobre 1993; Direttive DAP 2017, 2018, 2020 e 2022, in ministero della Giustizia – Portale DAP, Sezione Documenti ufficiali

³⁶ Ministero della Giustizia, Relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione penitenziaria, 2022

³⁷ S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 2419 ss.

della Commissione parlamentare Antimafia, XIV Legislatura, che sollecitarono un maggiore coordinamento tra magistratura di sorveglianza e direzione DAP per ridurre automatismi e garantire valutazioni caso per caso³⁸.

In definitiva, il contesto storico e la prassi applicativa mostrano come il 41-bis, da misura emergenziale, si sia consolidato come regime speciale di lungo periodo, ponendo sfide cruciali per la procedura penale.

Le questioni di legittimità, proporzionalità e controllo giurisdizionale che emergono da tale disciplina restano centrali non sono per la dottrina penalistica, ma anche per la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

2.2. L'introduzione del 41-bis come misura temporanea

L'introduzione del regime speciale previsto dall'articolo 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario costituisce uno dei momenti più significativi della trasformazione del diritto penitenziario italiano in chiave emergenziale, poiché rappresenta la cristallizzazione, in sede normativa, di uno strumento di sospensione delle garanzie ordinarie fondato su esigenze eccezionali di sicurezza collettiva. Già prima del 1992, l'ordinamento penitenziario contemplava strumenti per fronteggiare esigenze straordinarie: l'articolo 90 o.p., introdotto con la legge 26 luglio 1975, n. 354, attribuiva al Ministro della Giustizia la facoltà di sospendere temporaneamente, per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, l'applicazione delle regole di trattamento. Tale disposizione, di natura eccezionale e temporanea, fu abrogata dall'art. 11 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (cd. Legge Gozzini), nel quadro di una riforma che intendeva superare le logiche emergenziali e valorizzare la funzione rieducativa della pena³⁹. Tuttavia, tale disposizione era concepita per emergenze limitate nel tempo, legate a disordini interni, e non certo per contrastare fenomeni di criminalità organizzata transnazionale in grado di mantenere saldi legami anche dall'interno degli istituti penitenziari⁴⁰; non individuava con precisione i destinatari, e affidava un ampio potere discrezionale al Ministro della Giustizia, senza prevedere un adeguato sistema di controllo giurisdizionale. Le sospensioni, inoltre, erano

³⁸ Atti Parlamentari, Camera dei deputati, XI Legislatura, Discussione sulla conversione del D.L. n. 306/1992, seduta del 6 agosto 1992

³⁹ Art. 11, Legge 10 ottobre 1986, n. 663, *“Modifiche e integrazioni all'ordinamento penitenziario e alla legge sull'esecuzione delle pene e sulla libertà vigilata”*, in G.U. della Repubblica Italiana n. 241 del 16 ottobre 1986 (Suppl. Ordinario).

⁴⁰ A. DIDDÌ, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 427 ss., ove l'autore evidenzia la natura temporanea e contingente dell'art. 90 o.p., pensato per situazioni di rivolta o disordini interni, non per forme di criminalità sistematica o associativa.

pensate per essere eccezionali e circoscritte, senza che si configurasse un regime alternativo di lunga durata.

Il quadro mutò radicalmente nel 1992, in seguito all'attentato di Capaci del 23 maggio 1992, in cui morirono il giudice Falcone, la moglie Francesca Morvillo e tre agenti di scorta. La reazione dell'opinione pubblica, unita alla consapevolezza della necessità di strumenti più incisivi per combattere Cosa Nostra, indusse il Governo ad adottare il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356⁴¹. Tra le misure più rilevanti vi fu l'introduzione di un nuovo comma 2-bis dell'articolo 41-bis o.p., poi divenuto l'attuale articolo 41-bis a seguito della legge di conversione 7 agosto 1992, n. 356.

Come osserva Gatta, questo segnò il passaggio da una misura emergenziale con finalità puramente contenitive a un regime differenziato di tipo strutturale, caratterizzato da una procedura amministrativa vincolata basata proposta motivata del DAP, sul parere vincolante della DNA e sul decreto del Ministro della Giustizia⁴².

Originariamente, la sospensione era prevista per un periodo non superiore a tre mesi, prorogabile qualora persistessero i motivi di ordine e sicurezza pubblica che ne avevano giustificato l'adozione. Tale previsione, concepita come misura straordinaria e temporanea, fu tuttavia progressivamente estesa nel tempo: dapprima a sei mesi, poi a un anno, fino a giungere all'attuale durata quadriennale, introdotta con la legge 23 dicembre 2002, n. 279. Secondo la formulazione oggi vigente dell'art. 41-bis, comma 2 bis, o.p., il decreto ministeriale ha infatti durata quadriennale ed è prorogabile per successivi periodi di due anni, qualora permangano le condizioni che ne hanno determinato l'adozione, sulla base di una valutazione attuale e individualizzata della persistente capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza. La proroga è disposta con decreto del Ministro della giustizia, previo parere del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ed è soggetta al controllo giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza in sede di reclamo.

La dottrina ha tuttavia rilevato come tale durata abbia un valore meramente formale perché i successivi rinnovi, spesso motivati in modo analogo al provvedimento originario, hanno di fatto condotto ad una stabilizzazione permanente del regime differenziato, in contrasto con la ratio di eccezionalità e temporaneità che ne aveva ispirato l'introduzione. Come evidenziano Fiandaca e Musco, in assenza di un riesame effettivo e individualizzato, la struttura

⁴¹ D.l. 8 giugno 1992, n. 306, Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, in G.U. n. 185 del 7 agosto 1992.

⁴² G.L. GATTA, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in Cassazione penale, 2017, p. 2751 ss., ove si analizza la trasformazione del 41-bis da misura eccezionale a regime amministrativo strutturato, soggetto a parere obbligatorio della Direzione Nazionale Antimafia.

quadriennale rischia di trasformare il 41-bis in uno strumento di neutralizzazione permanente, difficilmente conciliabile con la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.; una posizione condivisa anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Viola c. Italia*, che ha sottolineato la necessità di una valutazione periodica e concreta della pericolosità del detenuto, a garanzia del principio di proporzionalità e del rispetto della dignità della persona. Il contenuto concreto del regime 41-bis fu poi delineato, più che dalla norma primaria, dalle circolari interne del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, a partire da quella del 21 ottobre 1993 (n. 3472/5906), che definì in modo dettagliato le misure minime di sorveglianza, i limiti di socialità e i controlli sulla corrispondenza. Tali disposizioni, ulteriormente precisate dalle successive circolari e prassi interne, contribuirono a strutturare un regime caratterizzato da isolamento, controllo delle comunicazioni, restrizione dei colloqui visivi e censura della corrispondenza, limitando fortemente la dimensione relazionale del detenuto.

Questa progressiva burocratizzazione del regime ha determinato la nascita di una “zona grigia procedurale”, in cui la discrezionalità amministrativa tende a prevalere sulle garanzie di difesa e sulla verifica giurisdizionale.

A differenza di quanto in altri ordinamenti europei, nei quali misure detentive rafforzate sono generalmente sottoposte a limiti temporali più stringenti e a controlli giurisdizionali periodici, la legge n. 279/2002 segnò il passaggio da misura emergenziale a regime strutturalmente stabilizzato, prevedendo una durata biennale del decreto ministeriale di sospensione, rinnovabile in presenza della persistente pericolosità. Successivamente, l'intervento normativo del 2013 ha elevato la durata iniziale a quattro anni, mantenendo la prorogabilità per periodi di due anni. Il controllo giurisdizionale sulle proroghe è affidato al Tribunale di sorveglianza in sede di reclamo avverso il decreto ministeriale.⁴³

Uno dei punti più critici del regime, in chiave processuale, riguarda dunque l'effettività del controllo giurisdizionale. Se da un lato l'articolo 41-bis prevede la possibilità di reclamo ex art. 14-ter o.p., dall'altro, come osserva S. Moccia, la prassi applicativa ha spesso mostrato come i provvedimenti vengano raramente annullati⁴⁴, poiché il sindacato si limita spesso alla mera verifica formale della motivazione senza una sostanziale valutazione di proporzionalità e adeguatezza.

⁴³ L. 18 dicembre 2002, n. 279, Modifiche all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché alla legge 10 ottobre 1986, n. 663, in G.U. n. 298 del 20 dicembre 2002, Suppl. ord. n. 240

⁴⁴ S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, p. 2419 ss.

Emblematico, sotto questo profilo, è il caso Messina c. Italia (CEDU, 28 settembre 2000), in cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione dell'articolo 8 CEDU⁴⁵, evidenziando come i rinnovi del 41-bis fossero fondati su motivazioni stereotipate, prive di una valutazione individualizzata e aggiornata della pericolosità.

Analoga censura si rinviene nella nota sentenza Viola c. Italia (CEDU, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16), ove la Corte EDU ha ritenuto che l'isolamento protratto per oltre vent'anni, senza un riesame effettivo delle ragioni concrete, costituisse un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 della Convenzione⁴⁶.

Questi precedenti confermano l'esigenza, ribadita anche dalla dottrina, di un controllo giurisdizionale non meramente formale⁴⁷, ma sostanziale e periodicamente aggiornato, capace di prevenire derive di automatismo e di garantire che il regime differenziato conservi effettivamente la natura di misura eccezionale e temporanea, coerente con i principi costituzionali di proporzionalità e finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.)⁴⁸.

La Corte costituzionale, già con la sentenza n. 349/1993, ha affermato la legittimità del regime speciale solo se ancorato a motivazioni specifiche e non meramente stereotipate⁴⁹.

Questa tensione tra neutralizzazione del rischio e garanzie individuali è uno dei temi centrali di questo elaborato. Se l'origine emergenziale del 41-bis ne giustificava l'adozione come misura eccezionale, la stabilizzazione a regime strutturale ha posto interrogativi sul rischio di un "diritto penale nemico" in ambito esecutivo⁵⁰.

Per questo, la giurisprudenza di merito e la dottrina insistono oggi sulla necessità di un controllo giurisdizionale non meramente formale ma sostanziale, con un obbligo di motivazione rafforzata e una valutazione caso per caso, come richiesto anche dal dialogo costante con la Corte EDU.

Questa evoluzione testimonia come l'introduzione del 41-bis abbia trasformato la cultura giuridica penitenziaria, aprendo una tensione mai risolta tra esigenze di sicurezza e principio di rieducazione, tensione che resta uno dei principali snodi critici per il giurista processual-penalista contemporaneo.

⁴⁵ Corte EDU, Messina c. Italia, 28 settembre 2000, ric. n. 25498/94, in HUDOC.

⁴⁶ Corte EDU, Viola c. Italia, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16, in HUDOC

⁴⁷ G. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale tra sicurezza e legalità*, in Cassazione Penale, 2010, p. 1165 ss.

⁴⁸ Corte Cost., sent. N. 349 del 1993, in Giurisprudenza Costituzionale, 1993, p. 2403 ss., con nota di C. Cupelli, Il regime penitenziario differenziato tra emergenza e diritti fondamentali.

⁴⁹ Corte Cost., sent. n. 349/1993, in Giur. Cost., 1993, p. 2403 ss.

⁵⁰ G. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale tra sicurezza e legalità*, in Cass. Pen., 2010, p. 1165 ss., ove l'autore analizza, in chiave generale, la trasformazione del diritto penale in senso securitario e la nascita del concetto di "diritto penale del nemico", utile ad interpretare anche le derive del sistema penitenziario speciale.

Un ulteriore profilo critico concerneva l'effettività del controllo giurisdizionale sul provvedimento; la normativa prevedeva la possibilità di ricorrere al giudice di sorveglianza, ma il sindacato era limitato alla verifica formale della presenza di motivazioni, senza una piena valutazione della proporzionalità e adeguatezza della misura⁵¹. Solo progressivamente, anche grazie agli interventi della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è giunti ad un rafforzamento delle garanzie procedurali, imponendo una verifica più sostanziale delle condizioni di applicazione e proroga del regime speciale⁵².

La tensione tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali ha accompagnato sin dall'inizio l'esperienza applicativa del 41-bis⁵³. Se da un lato si riconosceva la necessità di interrompere le connessioni tra detenuti mafiosi e organizzazioni criminali esterne, dall'altro emergeva il rischio che la deroga alle regole trattamenti ordinarie si trasformasse in una compressione strutturale dei diritti inviolabili della persona detenuta. La riflessione su questo equilibrio delicato ha rappresentato e rappresenta tuttora uno dei principali terreni di confronto tra giuristi, operatori penitenziari istituzioni di garanzia.

In conclusione, l'articolo 41-bis ha segnato una svolta nella storia del diritto penitenziario italiano: da un sistema basato sul trattamento rieducativo universalmente orientato, si è passati all'ammissione di forme differenziate di trattamento, giustificate da esigenze di sicurezza eccezionali. Tuttavia, l'uso reiterato e prolungato della misura, in origine pensata come temporanea, ha sollevato interrogativi profondi sulla coerenza del sistema con i principi fondamentali dello Stato di diritto.

2.3 Trasformazione del 41-bis in misura permanente con la legge n. 279/2002

La legge 279/2002 rappresenta un momento cruciale nell'evoluzione del regime del 41-bis, poiché trasforma quello che inizialmente era stato concepito come un provvedimento eccezionale e temporaneo in una misura ordinaria e strutturale all'interno dell'ordinamento penitenziario italiano⁵⁴. Tale trasformazione avvenne nel contesto di una crescente preoccupazione sociale e politica riguardo all'efficacia del sistema di giustizia penale nella lotta

⁵¹ S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, p. 2419 ss., ove l'autore rileva che il reclamo ex art. 14-ter o.p. ha spesso prodotto un sindacato solo formale, privo di una valutazione sostanziale di proporzionalità.

⁵² Corte Cost., sent. n. 410 del 1999, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, p. 3203 ss., e Corte EDU, Viola c. Italia, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/1, in HUDOC, ove si afferma che il rinnovo del 41-bis deve essere sorretto da motivazioni concrete e verifiche periodiche, pena la violazione dell'art. 3 CEDU.

⁵³ L. VIOLANTE, *Lotta alla mafia e tutela dei diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 102 ss., ove l'autore evidenzia come il bilanciamento tra sicurezza collettiva e tutela dei diritti della persona costituisca la principale sfida del regime differenziato.

⁵⁴ Legge 18 dicembre 2002, n. 279, Modifiche all'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché alla legge 10 ottobre 1986, n. 663, in G.U. n. 298 del 20 dicembre 2002, Suppl. ord. n. 240

contro la criminalità organizzata. Il legislatore, consapevole della delicatezza di tale equilibrio, scelse di non abrogare il 41-bis, ma di disciplinarlo in modo più compiuto, rendendolo parte integrante e stabile dell'o.p., pur mantenendone la natura derogatoria e straordinaria.

Il dibattito parlamentare precedente all'approvazione della legge 279/2002 fu particolarmente intenso⁵⁵, in quanto gli Atti della Camera dei deputati testimoniano una polarizzazione tra chi sollecitava la necessità di rendere permanente lo strumento di isolamento speciale, temendo un inasprimento del fenomeno mafioso in caso di allentamento, e chi metteva in guardia dal rischio di trasformare l'eccezione in regola.

Sotto il profilo procedurale, la legge 279/2002 ha confermato e rafforzato il meccanismo già delineato nel 1992, prevedendo che il provvedimento di sospensione delle regole di trattamento venga adottato con decreto motivato del Ministro della Giustizia, su proposta del DAP e previo parere obbligatorio della Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo.⁵⁶

La Corte costituzionale ha ribadito che la misura è legittima solo se ancorata a presupposti concreti, attuali e specificamente motivati⁵⁷. La Corte EDU, con sentenze come Provenzano c. Italia (2018) e Viola c. Italia (2019), ha censurato prassi di rinnovo automatico prive di valutazioni individualizzate, riaffermando che l'isolamento prolungato può integrare una violazione dell'articolo 3 CEDU⁵⁸.

L'impatto di questa stabilizzazione è stato rilevante, in quanto ha creato una netta separazione tra detenuti ordinari e detenuti in regime differenziato, accentuando restrizioni su colloqui, corrispondenza, socialità e contatti esterni.

Secondo parte della dottrina, questa penalità aggiuntiva rischia di configurarsi come una "pena senza speranza", incompatibile con la funzione rieducativa⁵⁹.

Nonostante la disciplina formale preveda la possibilità per il detenuto di proporre reclamo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 14-ter o.p., la dottrina ha più volte segnalato la debolezza di questo strumento⁶⁰, infatti la prassi mostra come molti reclami vengano respinti con formule

⁵⁵ Atti Parlamentari, Camera dei deputati, XIV Legislatura, Discussioni, seduta del 6 agosto 2002, in cui diversi interventi sottolinearono il rischio di trasformare la misura emergenziale in regime stabile

⁵⁶ A. DIDI, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 430 ss., ove si ricostruisce il procedimento applicativo previsto dall'art. 41-bis o.p. e i poteri del Ministro della Giustizia.

⁵⁷ Corte Cost., sent. n. 410 del 1999, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, p. 3203 ss.; sent. n. 143 del 2013, p. 1224 ss., ove la Corte ha affermato la necessità di motivazioni individualizzate e verifiche periodiche.

⁵⁸ Corte EDU, Provenzano c. Italia, 25 ottobre 2018, ric. n. 55080/13; Viola c. Italia, Grande Camera, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16, in HUDOC

⁵⁹ G. FIANDACA – G. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e regime penitenziario speciale*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 45 ss., ove gli autori parlano del rischio di una pena "senza orizzonte rieducativo".

⁶⁰ S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2419 ss., ove si evidenzia l'inefficacia pratica del reclamo ex art. 14-ter o.p. nel controllo sostanziale del 41-bis.

stereotipate, limitate alla verifica formale della motivazione, senza un effettivo scrutinio di proporzionalità.

Sul piano teorico, la dottrina continua ad interrogarsi sulla compatibilità del regime differenziato con i principi costituzionali⁶¹; infatti, se da un lato si ribadisce la legittimità di limitazioni eccezionali per motivi di ordine e sicurezza pubblica, dall'altro si teme che la deroga a tempo determinato possa trasformarsi in una sospensione indefinita di diritti fondamentali.

La legge 279/2002 rappresenta, dunque, un equilibrio tra le esigenze di difesa sociale e la tutela dei diritti fondamentali, seppure non senza tensioni e difficoltà⁶².

2.4. Le modifiche del 2009

Il regime del 41-bis, dopo essersi stabilizzato come misura strutturale con la legge 279/2002, ha conosciuto un'ulteriore evoluzione restrittiva a partire dal 2008-2009⁶³, in un contesto politico e sociale caratterizzato da una crescente attenzione mediatica verso la sicurezza pubblica e la lotta alla criminalità organizzata. Il Parlamento, in tal senso, è intervenuto in modo incisivo imprimendo un ulteriore inasprimento restrittivo con la legge 15 luglio 2009, n. 94 - cd "pacchetto sicurezza" che ha introdotto un ulteriore irrigidimento del regime di cui all'art. 41-bis o.p., ampliandone l'ambito applicativo e rafforzandone la dimensione preventiva.

Il legislatore reagì ad una stagione di processi e inchieste che avevano messo in luce contatti tra boss detenuti e i clan esterni⁶⁴, anche attraverso canali sottili, come la gestione occulta di messaggi cifrati o la strumentalizzazione dei colloqui familiari.

L'articolo 2, comma 25, della legge 94/2009 riscrisse radicalmente l'impianto dell'art. 41-bis, ampliando in modo significativo⁶⁵: la platea di destinatari, includendo non solo chi fosse condannato per reati espressamente menzionati nell'articolo 4-bis, co. 1, ord. penit., ma anche chi avesse commesso delitti avvalendosi delle condizioni di un'associazione mafiosa o al fine di agevolarla; la possibilità di applicare la sospensione del regime ordinario anche in caso di pene concorrenti o di titoli di custodia cautelare multipli, purché vi fosse il legame mafioso sottostante; la durata del provvedimento, originariamente fissata in due anni dalla legge

⁶¹ F. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale*, in Cassazione penale, 2010, p. 1165 ss., ove l'autore evidenzia il rischio di una transizione dal diritto penitenziario della rieducazione al diritto penale del nemico.

⁶² L. VIOLANTE, *Lotta alla mafia e tutela dei diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 105 ss., ove si sottolinea la necessità di mantenere il bilanciamento tra sicurezza collettiva e tutela della persona detenuta.

⁶³ Legge 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, in Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009, Suppl. ord. n. 128.

⁶⁴ Cfr. Relazione della Direzione Nazionale Antimafia, anno 2008, p. 312 ss., che segnalava episodi di comunicazioni indirette tra detenuti al 41-bis e ambienti esterni a Cosa Nostra.

⁶⁵ G. L. GATTA, *Il nuovo volto del regime speciale ex art. 41-bis o.p. dopo la legge 94/2009*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2010, p. 623 ss.

279/2002 e successivamente elevata a quattro anni dall'intervento normativo del 2013, resta oggi confermata nella misura quadriennale, con possibilità di proroghe biennali potenzialmente reiterate, purché sorrette da una motivazione individualizzata sulla persistente capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale. La legge n. 94/2009 ha ulteriormente puntualizzato l'onere motivazionale in capo all'amministrazione, rafforzando l'esigenza di una verifica attuale e non meramente presuntiva. Il provvedimento è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su iniziativa del Ministro dell'Interno, previo parere del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ed è soggetto a controllo giurisdizionale in sede di reclamo dinanzi al Tribunale di sorveglianza. È obbligatorio acquisire il parere dell'ufficio del pubblico ministero che conduce le indagini preliminari o di quello presso il giudice procedente, nonché ogni altra informazione ritenuta utile presso la Direzione Nazionale Antimafia, gli organi di polizia centrali e i reparti specializzati nel contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze; un onere probatorio rafforzato in caso di proroga: spetta all'amministrazione penitenziaria dimostrare che la capacità del detenuto di mantenere legami con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è cessata⁶⁶. A tal fine, devono essere valutati il profilo criminale e il ruolo ricoperto dal soggetto nell'organizzazione, la persistente operatività del sodalizio, eventuali nuove incriminazioni, l'andamento del trattamento penitenziario e le condizioni di vita dei familiari. Il semplice decorso del tempo non è sufficiente, da solo, ad escludere la pericolosità residua o a far presumere lo scioglimento dei legami con l'associazione; Una localizzazione dedicata: i detenuti sottoposti al regime speciale devono essere collocati in istituti penitenziari esclusivamente destinati a tale finalità, preferibilmente situati in aree insulari, oppure in sezioni appositamente riservate e separate dal resto della struttura, sotto la custodia di reparti specializzati della polizia penitenziaria; un rafforzamento delle limitazioni ai colloqui visivi, già ridotti in precedenza, stabilendo che questi potessero avvenire esclusivamente in locali attrezzati con vetri divisorii e sorveglianza continua; una più ampia censura della corrispondenza, estesa anche a quella con i familiari e difensori quando ritenuto necessario; la restrizione delle attività in comune e la regolamentazione ancora più minuziosa delle ore d'aria, già limitate; accentramento della giurisdizione: la competenza sui reclami contro i provvedimenti di applicazione o proroga del regime è attribuita in via esclusiva al

⁶⁶ Legge 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, art. 2, comma 25, che ha modificato l'art. 41-bis, comma 2-bis, o.p., introducendo l'obbligo per l'amministrazione penitenziaria di motivare analiticamente la proroga e di dimostrare la persistente capacità del detenuto di mantenere legami con l'associazione criminale, in G.U. n. 170 del 24 luglio 2009, Suppl. ord. n. 128

Tribunale di Sorveglianza di Roma⁶⁷; limitazione del sindacato di congruità: il controllo giurisdizionale resta confinato alla verifica della legittimità e ragionevolezza del provvedimento, senza che il giudice possa sostituirsi alla valutazione amministrativa nel merito delle esigenze di sicurezza; l'introduzione di controlli più stringenti sugli acquisti di generi alimentari e beni personali, onde evitare il rischio di messaggi occulti o trasferimenti di denaro. Le innovazioni introdotte dalla legge 94/2009 hanno di fatto alterato l'equilibrio tra le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e la salvaguardia dei diritti fondamentali⁶⁸ della persona detenuta, spostandolo sensibilmente a favore delle prime.

Non a caso, tali modifiche hanno immediatamente attirato l'attenzione del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT) e della Corte costituzionale⁶⁹, chiamata ancora una volta a pronunciarsi su delicate questioni di legittimità, a partire dalle restrizioni quantitative imposte ai contatti tra i detenuti e i propri difensori⁷⁰.

3. I destinatari del provvedimento

L'articolo 41-bis o.p. si applica ad una categoria circoscritta, ma estremamente pericolosa, di detenuti, per i quali sussiste il rischio concreto e attuale di mantenere contatti con organizzazioni criminali, terroristiche ed eversive. Il presupposto applicativo del regime differenziato è dunque la persistente capacità del detenuto di continuare ad esercitare un'influenza criminogena dall'interno dell'istituto penitenziario, attraverso ordini, contatti o direttive verso l'esterno. Quindi, non si tratta di una mera valutazione fondata su dati storici o su condanne pregresse, ma di un accertamento dinamico e individualizzato della pericolosità, ancorato ad elementi concreti e attuali, come ribadito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁷¹.

Fin dall'origine, il legislatore ha individuato come destinatari prioritari del 41-bis coloro che risultino condannati o imputati per uno dei reati elencati dall'articolo 4-bis o.p.⁷², che costituisce il catalogo dei delitti ostativi: si tratta di reati di particolare gravità (associazione mafiosa,

⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. N. 36719 del 2014, in Ced Cassazione penale, che ha confermato la competenza esclusiva del Tribunale di Sorveglianza di Roma per i reclami ex art. 41-bis o.p.

⁶⁸ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Dritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ult. ed., ove gli autori criticano l'eccesso di penalità aggiuntiva e il rischio di compressione dei diritti costituzionali.

⁶⁹ Cfr. Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT), Rapporto ad interim sull'Italia, 2010, ove si esprimono preoccupazioni per l'inasprimento del regime differenziato e la limitazione dei contatti con i difensori.

⁷⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 190 del 2010, in Giur. Cost., 2010, p. 2084 ss., che ha dichiarato parzialmente illegittima la disciplina dei colloqui difensivi nel regime 41-bis per violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

⁷¹ Cfr. Cass., sez. I pen., 12 maggio 2006, n. 19071, in Cass. Pen., 2007, p. 3010 ss., che precisa come la valutazione sulla pericolosità ai fini dell'applicazione del 41-bis debba essere fondata su elementi attuali e concreti, idonei a dimostrare la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'associazione criminale.

⁷² Art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), come modificato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 (legge Gozzini) e successive integrazioni.

terrorismo, traffico di stupefacenti, sequestro di persona a scopo di estorsione aggravata dal metodo mafioso, ecc.) per i quali l'accesso ai benefici penitenziari ordinari è subordinato alla collaborazione con la giustizia.

Con la legge 15 luglio 2009, n. 94⁷³, il legislatore ha tuttavia esteso l'ambito soggettivo di applicazione del regime detentivo speciale, introducendo una clausola di estensione che consente l'applicazione del 41-bis anche nei confronti di soggetti detenuti o imputati per reati diversi da quelli indicati nell'art. 4-bis, purché tali reati siano stati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 c.p., ossia mediante l'intimidazione tipica del metodo mafioso e la conseguente condizione di assoggettamento e omertà; al fine di agevolare l'attività di un'associazione mafiosa o eversiva, cioè con l'obiettivo di sostenere, favorire o rafforzare la struttura organizzativa criminale.

Questa innovazione ha introdotto per la prima volta un criterio di tipo finalistico e contestuale, che non si fonda più esclusivamente sulla qualificazione giuridica del reato, ma anche sulle modalità e sulle finalità della condotta.

Ne consegue che anche un reato comune, come la ricettazione, il riciclaggio o l'estorsione semplice, può legittimare l'applicazione del 41-bis qualora risulti commesso in funzione di agevolazione mafiosa.

La valutazione, dunque, si sposta dal piano formale del titolo di reato a quello sostanziale della connessione funzionale tra il comportamento del detenuto e l'operatività mafiosa, come evidenziato anche da una parte della dottrina.

Tale estensione ha sollevato dubbi nella letteratura giuridica, in quanto rischia di introdurre un margine elevato di discrezionalità amministrativa nell'individuazione dei destinatari del regime differenziato, esponendo il sistema a possibili arbitrii o automatismi, qualora la connessione con l'ambiente mafioso venga desunta da indizi generici o da presunzioni non individualizzate⁷⁴.

Va precisato che l'applicazione del 41-bis non è automatica ma richiede una procedura amministrativa articolata, che si apre con la proposta del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, è corredata dal parere vincolante della Direzione Nazionale Antimafia e si conclude con il decreto motivato del Ministro della Giustizia. Tuttavia, la giurisprudenza ha rilevato come, nella prassi, si tenda a fare un uso estensivo della misura, sovente fondato su

⁷³ Legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 25, in G.U. n. 170 del 24 luglio 2009, Suppl. ord. n. 128, che ha modificato l'art. 41-bis, comma 2-bis, o.p., introducendo l'estensione ai reati commessi avvalendosi delle condizioni di tipo mafioso o al fine di agevolare l'associazione.

⁷⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2419 ss., che segnala il rischio di automatismi e di compressione delle garanzie procedurali nella prassi applicativa del 41-bis.

presunzioni di pericolosità legate alla sola appartenenza organizzativa pregressa⁷⁵, senza un effettivo accertamento della capacità attuale di mantenere contatti con l'esterno.

Come ha osservato parte della dottrina penalistica, l'estensione dei criteri applicativi del 41-bis rischia di generare una sorta di "tipizzazione automatica"⁷⁶ della pericolosità, che svuota di contenuto la valutazione individuale e trasforma il regime differenziato in una pena accessoria di fatto.

Tale impostazione risulta però in contrasto con l'orientamento della Corte costituzionale, che, con le sentenze 410 del 2004 e 186 del 2018, ha ribadito che ogni applicazione o proroga del 41-bis deve essere sorretta da motivazioni concrete, aggiornate e riferite alla specifica situazione del detenuto⁷⁷. In assenza di tali requisiti, il regime differenziato rischia di trasformarsi in una forma automatizzata e indefinita di punizione aggiuntiva, incompatibile con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Tali questioni emergono con maggiore evidenza se si considerano le caratteristiche dei detenuti di particolare pericolosità, cui il regime è oggi prevalentemente rivolto.

3.1 detenuti di particolare pericolosità

Nel sistema penale italiano, il concetto di "detenuti di particolare pericolosità" costituisce il presupposto fondamentale per l'applicazione del regime differenziato di cui all'art. 41-bis o.p. Il legislatore ha previsto che tale regime possa essere disposto nei confronti di soggetti che, pur detenuti, siano ritenuti ancora in grado di mantenere stabili collegamenti con le organizzazioni criminali, mafiose o terroristiche di appartenenza, continuando ad esercitare potere ed influenza anche all'interno del carcere.

A livello normativo, la base giuridica che legittima l'adozione del 41-bis è rappresentata non solo dallo stesso ordinamento penitenziario, ma anche da norme di diritto processuale penale che regolano la valutazione della pericolosità sociale del soggetto in funzione cautelare. In particolare, si deve richiamare l'articolo 274 c.p.p., lett. c), che contempla il pericolo di reiterazione del reato come presupposto per l'applicazione delle misure coercitive⁷⁸. Tale disposizione, pur presentando una struttura logica analoga, si riferisce ad una pericolosità

⁷⁵ Cfr. Cass., sez. I pen., 3 giugno 2010, n. 22255, in Cass. Pen., 2011, p. 1283 ss., che sottolinea l'illegittimità di un'applicazione automatica del 41-bis fondata esclusivamente sull'appartenenza ad un'organizzazione mafiosa.

⁷⁶ F. GIUNCHEDI, *Il regime detentivo speciale tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in Riv. It. dir. Proc. pen., 2005, p. 89 ss.

⁷⁷ Corte Cost., sentt. n. 376/1997 e n. 186/2018, in Giur. Cost., rispettivamente 1997 e 2018, ove si afferma la necessità di motivazioni specifiche e individualizzate per l'applicazione e il rinnovo del regime di cui all'art. 41-bis o.p., in conformità agli artt. 13 e 27, comma 3, Cost.

⁷⁸ Cfr. art. 274, lett. c) c.p.p.

processuale, funzionale alla tutela delle esigenze cautelari, distinta da quella sostanziale e amministrativa che legittima l'applicazione del 41-bis.

La nozione di pericolosità rilevante ai fini dell'art. 41-bis o.p. si discosta tuttavia da quella che fonda la custodia cautelare⁷⁹. Infatti, mentre l'art. 274 c.p.p. si riferisce ad un pericolo attuale e concreto desunto da elementi obiettivi nel corso del procedimento penale, il regime differenziato si fonda su un giudizio amministrativo, operato dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) e ratificato dal Ministro della Giustizia, in una logica di prevenzione estesa e per certi versi tipizzata rispetto al contesto criminale di riferimento.

In tale quadro, assume rilievo anche l'art. 203 c.p., secondo cui “agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”. Pur riferendosi alle misure di sicurezza e non al regime detentivo differenziato, tale disposizione offre una definizione generale di pericolosità sociale che illumina la logica preventiva sottesa al 41-bis, centrata sulla probabilità di una recidiva o sulla capacità del soggetto di mantenere condotte criminogene.

Come osservato da Giunchedi (2005), il rischio è quello di una tipizzazione eccessiva, dove la pericolosità viene presunta in ragione dell'appartenenza ad un sodalizio criminale e non verificata sulla base di comportamenti attuali o elementi specifici⁸⁰. Questo approccio ha portato la Corte costituzionale, nelle sentenze n. 410/2004 e n. 186/2018⁸¹, a ribadire con forza che ogni rinnovo del 41-bis deve essere fondato su motivazioni concrete, aggiornate e individualizzate, pena la violazione degli artt. 13 e 27, comma 3, Cost., che tutelano la libertà personale e la finalità rieducativa della pena.

Il legislatore ha esteso nel tempo i criteri per la qualificazione del detenuto come pericoloso. In particolare, l'art. 4-bis o.p. individua una serie di reati considerati “ostativi” all'accesso ai benefici penitenziari, tra cui rientrano i delitti di associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.), terrorismo, traffico internazionale di stupefacenti, tratta di esseri umani e sequestro di persona a scopo di estorsione⁸². La riforma del 2009 ha ulteriormente ampliato il campo applicativo, consentendo l'adozione del 41-bis anche per reati comuni se commessi “avvalendosi delle

⁷⁹ S. MOCCIA, *Il diritto penitenziario come diritto penale dell'emergenza: note critiche sul regime del 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 2419 ss.

⁸⁰ Sul rischio di automatismi nella qualificazione della pericolosità e sulla necessità di una motivazione concreta, attuale e individualizzata per l'applicazione e la proroga del 41-bis, v. Corte cost., sent. n. 376/1997; Corte cost., sent. n. 186/2018; CEDU, Provenzano c. Italia, 25 ottobre 2018, ric. n. 55080/13; nonché G.L. GATTA, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 2751 ss.

⁸¹ Corte cost., sentt. N. 376/1997 e n. 186/2018, in *Giur. Cost.*, rispettivamente 1997 e 2018

⁸² Art. 41-bis o.p.

condizioni tipiche del contesto mafioso” oppure “al fine di agevolare l’attività di un’associazione mafiosa”.

Ciò ha introdotto un criterio finalistico e contestuale che si svincola dalla mera fattispecie incriminatrice per focalizzarsi sull’intento e sulle modalità del reato, ampliando di fatto la discrezionalità dell’autorità amministrativa nell’identificazione dei soggetti pericolosi⁸³.

Dal punto di vista processuale, l’adozione del 41-bis costituisce una misura amministrativa a contenuto afflittivo, ma priva della garanzia del contraddittorio tipica delle misure cautelari personali.

Come ha chiarito la Cassazione penale (sez. I, n. 37798/2016), il provvedimento di applicazione del 41-bis incide in modo significativo sui diritti fondamentali del detenuto, pur rimanendo formalmente un atto amministrativo, e per tale ragione richiede una motivazione particolarmente rigorosa, suscettibile di controllo giurisdizionale ex art. 14-ter o. p.⁸⁴.

La giurisprudenza costituzionale ha inoltre richiamato il principio secondo cui la pericolosità non può essere presunta in maniera automatica sulla base del solo titolo di reato. In particolare, con la sentenza n. 376/1997, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittime le presunzioni assolute di pericolosità in ambito penitenziario, richiedendo un giudizio individuale fondato su elementi attuali⁸⁵. Tale orientamento è stato ribadito anche dalla Corte EDU nella sentenza Provenzano c. Italia (2018), dove si è affermato che l’adozione e la proroga del 41-bis devono fondarsi su una valutazione individualizzata e non meramente reiterativa, pena la violazione dell’art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani o degradanti)⁸⁶.

In questo contesto, l’assenza di un accertamento giurisdizionale in contraddittorio, come quello previsto per le misure cautelari (artt. 291 ss. c.p.p.), accentua le criticità del regime differenziato. Il controllo giurisdizionale successivo affidato al Tribunale di Sorveglianza, pur previsto dall’art. 41-bis, co. 2-quater, o.p., si limita spesso ad una verifica formale della motivazione, senza una piena valutazione della proporzionalità e attualità della pericolosità⁸⁷. Alcuni autori, come Della Bella nel 2016 e Moccia nel 2004, hanno osservato che questa dinamica trasforma il controllo in una mera ratifica, compromettendo l’effettività delle garanzie difensive⁸⁸.

⁸³ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ult. ed., p. 582 ss., ove gli autori evidenziano che la pena, per essere conforme all’art. 27, co. 3, Cost., deve mantenere una funzione rieducativa e proporzionata, non riconducibile a mera neutralizzazione del reo.

⁸⁴ Cass., Sez. I, 20 settembre 2016, n. 37798, in CED Cassazione penale, Rv. 268790.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 376/1997, cit.

⁸⁶ CEDU, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13, 25 ottobre 2018, HUDOC.

⁸⁷ S. LORENZETTO, *La gestione del regime differenziato tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2021, p. 932 ss.

⁸⁸ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime del 41-bis e le garanzie procedurali del detenuto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, ove l’autore sottolinea il rischio che il controllo giurisdizionale sul 41-bis si riduca ad una mera

La dottrina, quindi, ha ritenuto necessario un riequilibrio processuale, capace di rafforzare la posizione del detenuto, introducendo un vaglio effettivo e contraddittorio sulla sussistenza dei presupposti della misura⁸⁹. In tale ottica, la riforma dell'ordinamento penitenziario dovrebbe prevedere garanzie minime di tipo processuale, quali l'audizione obbligatoria del detenuto, l'obbligo di rinnovare gli accertamenti a intervalli regolari, e l'introduzione di un termine massimo di durata del regime differenziato in assenza di nuovi elementi concreti di pericolosità⁹⁰.

Ai fini della valutazione della pericolosità sociale, assumono rilievo decisivo i criteri previsti dall'art. 133 c.p.⁹¹, i quali impongono al giudice di tenere conto, da un lato, della gravità del reato, e, dall'altro, della capacità a delinquere del soggetto.

La gravità del reato viene desunta da una serie di indici oggettivi, quali la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e le modalità d'azione, che esprimono il disvalore concreto della condotta e consentono di valutare l'offesa arrecata al bene giuridico tutelato⁹².

A tali elementi si affiancano quelli soggettivi, relativi all'intensità del dolo o al grado della colpa, che riflettono il livello di consapevolezza e di adesione psicologica dell'agente rispetto al fatto illecito, nonché la sua propensione a violare le regole dell'ordinamento⁹³.

Quanto alla capacità a delinquere, la dottrina la intende non solo come inclinazione morale o caratteriale dell'autore del reato, ma soprattutto come attitudine a commettere nuovi illeciti, parametro che evidenzia la funzione rieducativa della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost. Essa si desume, tra l'altro, dai motivi a delinquere, dal carattere del reo, dai precedenti penali e

ratifica dei provvedimenti amministrativi; nonché S. Moccia, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, che evidenzia le criticità derivanti da un sindacato meramente formale del giudice di sorveglianza.

⁸⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, p. 2419 ss.; A. Della Bella, *Il regime del 41-bis e le garanzie procedurali del detenuto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; G. L. Gatta, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in *Cassazione penale*, 2017, ove gli autori sottolineano la necessità di rafforzare il contraddittorio e di introdurre garanzie procedurali effettive per assicurare un controllo sostanziale sui presupposti del 41-bis.

⁹⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 2419 ss.; A. Della Bella, *Il regime del 41-bis e le garanzie procedurali del detenuto*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, i quali sottolineano la necessità di introdurre un sistema di garanzie procedurali minime, fondato su controlli periodici e motivazioni individualizzate.

⁹¹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ult. ed., p. 404 ss., ove gli autori analizzano la funzione dell'art. 133 c.p. quale strumento di valutazione della pericolosità individuale e della capacità a delinquere.

⁹² Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, Parte generale, Giappichelli, Torino, 2018, sub. art. 133 c.p., p. 187 ss., dove si evidenzia che gli indici oggettivi di gravità del reato riflettono il disvalore concreto della condotta e la lesione del bene giuridico tutelato.

⁹³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2019, p. 331 ss., secondo cui la valutazione soggettiva del dolo e della colpa deve misurare il grado di adesione psicologica al fatto illecito e la capacità di controllo dell'agente.

giudiziari, dalla condotta tenuta prima e dopo il reato e dalle condizioni di vita personale, familiare del soggetto⁹⁴.

In questa prospettiva, gli indici di cui all'art. 133 c.p. rappresentano un canone interpretativo essenziale anche per il giudizio di pericolosità che sorregge l'applicazione del regime di cui all'art. 41-bis o.p., poiché consentono di distinguere la valutazione fondata su comportamenti attuali e concreti da quella meramente presuntiva o stereotipata basata sulla sola appartenenza ad un contesto criminale⁹⁵.

3.2. Differenze nel trattamento dei detenuti sottoposti al 41-bis rispetto ad altre categorie di detenuti

Dopo aver analizzato, nei paragrafi precedenti, l'evoluzione normativa e i presupposti soggettivi dell'applicazione del 41-bis, occorre ora esaminare le differenze concrete nel trattamento dei detenuti sottoposti a tale regime rispetto agli altri, con particolare attenzione alle restrizioni sui diritti fondamentali.

L'attuazione del regime differenziato previsto dall'articolo 41-bis o.p. si traduce in una serie di restrizioni materiali e giuridiche che incidono in maniera significativa sulla condizione del detenuto. Le limitazioni imposte non esauriscono in misure di natura organizzativa interna, ma si riflettono direttamente sul piano della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, assumendo una portata che va ben oltre il trattamento penitenziario ordinario. Proprio per la loro incidenza sui diritti costituzionalmente garantiti, tali misure sono sottoposte ad uno scrutinio procedurale particolarmente rigoroso, volto a garantire la legalità, la proporzionalità e la motivazione adeguata dei provvedimenti amministrativi e giurisdizionali che ne dispongono o ne prorogano l'applicazione⁹⁶.

Nel quadro della procedura penale, il 41-bis assume una rilevanza centrale per l'equilibrio tra esigenza di sicurezza pubblica e garanzie difensive: le restrizioni al diritto di difesa, alla corrispondenza, alle relazioni familiari, alla partecipazione attiva ai procedimenti, implicano l'esigenza di meccanismi di controllo giurisdizionale costante ed effettivo⁹⁷. Ne deriva la

⁹⁴ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 422 ss., ove si chiarisce che la capacità a delinquere, ai sensi dell'art. 133 c.p., va intesa come attitudine concreta a reiterare condotte illecite, non come semplice tratto caratteriale.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 410 del 2004 e n. 186 del 2018, in Giur. Cost., rispettivamente p. 3270 ss. E p. 1419 ss., che affermano l'illegittimità di presunzioni assolute di pericolosità e l'obbligo di fondare l'applicazione del 41-bis su motivazioni individualizzate e attuali.

⁹⁶ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed., p. 46 ss.; G.L. Gatta, Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa, in Cass. Pen., 2017, ove si sottolinea come la sospensione dei trattamenti ordinari debba sempre essere sorretta da una motivazione concreta e proporzionata.

⁹⁷ V. Corte Cost., sent. n. 349 del 1993, in Giur. Cost., 1993, p. 2715 ss., che ha riconosciuto la legittimità del 41-bis solo se ancorato a presupposti concreti e controlli giurisdizionali non meramente formali.

necessità di analizzare non solo i contenuti specifici delle misure previste dal regime differenziato, ma anche i limiti posti dall'ordinamento, tanto a livello nazionale quanto internazionale, con particolare riferimento agli artt. 24, 27 e 111 della Costituzione, nonché agli artt. 3, 6 e 8 CEDU.

L'analisi che segue si concentrerà dunque sulla natura procedurale delle limitazioni imposte dal 41-bis, osservandole non come mere condizioni detentive, ma come restrizioni soggette a controllo di legalità, con effetti diretti sull'esercizio dei diritti inviolabili del detenuto. Tali misure, sebbene giustificate dalla necessità di impedire i collegamenti tra i detenuti e le organizzazioni criminali di appartenenza, non possono risolversi in una sospensione di fatto dello Stato di diritto all'interno degli istituti penitenziari, e devono essere sempre compatibili con i principi del giusto processo e con il dovere di umanità della pena (art. 27, co. 3, Cost.)⁹⁸. Quindi, come specificato in precedenza, il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis, co. 2, o.p., si configura come una deroga procedurale al principio della normalità del trattamento penitenziario, sancito dall'art. 1 della legge n. 354/1975. L'applicazione di tale misura comporta una serie di restrizioni che, pur finalizzate ad impedire la continuità dei rapporti tra detenuto e contesto criminale di provenienza, implicano un sostanziale sacrificio dei diritti della persona, imponendo un rigoroso scrutinio di legittimità sotto il profilo costituzionale e convenzionale⁹⁹. Uno degli aspetti più rilevanti in termini di restrizione dei diritti fondamentali riguarda i colloqui con i familiari, che rappresentano un diritto soggettivo primario del detenuto, riconosciuto non solo dalla normativa nazionale (artt. 15 e 18 o.p.) ma anche dalle fonti sovranazionali, tra cui l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b) e c), prevede che i detenuti sottoposti al regime differenziato possano effettuare un solo colloquio visivo al mese con i familiari, per la durata di un'ora, da svolgersi esclusivamente in locali attrezzati in modo da impedire qualsiasi contatto fisico diretto tra il detenuto e l'interlocutore. A ciò si aggiunge la possibilità che, per esigenze organizzative o di sicurezza, il colloquio visivo venga sostituito con il colloquio telefonico o in videoconferenza, previa autorizzazione del Direttore dell'istituto o del Magistrato di sorveglianza.

Tali limitazioni si pongono in deroga rispetto all'art. 18 o.p., il quale, per la detenzione ordinaria, prevede un regime ben più ampio di comunicazione con l'esterno, compresi colloqui visivi con cadenza settimanale e comunicazioni telefoniche più frequenti.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, *Viola c. Italia*, 11 ottobre 2019, ric. n. 77633/16, in HUDOC, ove la Corte ha ribadito che l'isolamento prolungato, se non fondato su motivazioni attuali e verificabili, viola l'art. 3 CEDU.

⁹⁹ G. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, ult. ed., p. 713 ss., secondo cui l'effettività del controllo di legittimità sul 41-bis è affidata al giudice di sorveglianza, in funzione di garanzia sostanziale dei diritti fondamentali.

L'intento del legislatore è quello di interrompere il flusso di comunicazioni tra il detenuto e l'organizzazione criminale esterna, impedendo la trasmissione di ordini, informazioni o codici. La giurisprudenza della Corte di cassazione ha ritenuto legittimo questo tipo di restrizione¹⁰⁰, evidenziando come la stessa non rappresenti una sanzione disciplinare, ma una misura di sicurezza connessa alla pericolosità sociale del detenuto.

Tuttavia. Tali misure sono state oggetto di numerose censure, soprattutto da parte della giurisprudenza sovranazionale. In particolare, la corte EDU ha affermato, nel caso Messina v. Italia (n.2)¹⁰¹, che la riduzione dei colloqui può essere giustificata solo se proporzionata, necessaria e temporanea, e sempre soggetta a controllo giurisdizionale effettivo.

La Corte costituzionale, da parte sua, ha ribadito in più occasioni la necessità che le restrizioni imposte ai detenuti 41-bis non si traducano in una negazione sostanziale dei diritti fondamentali. Nella sentenza n. 143/2013¹⁰², la Consulta ha affermato che il diritto ai colloqui familiari, sebbene comprimibile, non può essere del tutto vanificato, pena la violazione degli articoli 2, 13 e 27 Cost.

Il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali è particolarmente delicato; in sede di giurisdizione di sorveglianza, si ritiene che il numero, la durata e la modalità dei colloqui debbano essere calibrati sul profilo soggettivo del detenuto, sulla base di una valutazione individualizzata, aggiornata e motivata. La Cassazione ha sottolineato che la mera appartenenza ad un'organizzazione criminale non è di per sé sufficiente a giustificare automaticamente le restrizioni più severe, in assenza di elementi concreti circa la sussistenza del pericolo attuale di contatti illeciti con l'esterno¹⁰³.

La limitazione dei contatti familiari incide direttamente anche sull'art. 27, co. 3 Cost., in quanto ostacola il mantenimento del legame affettivo, fondamentale per ogni percorso di reinserimento sociale. In dottrina si osserva che, in assenza di riscontri sull'effettivo rischio di comunicazioni criminose, la compressione del diritto ai colloqui può degenerare in una misura afflittiva sproporzionata, incompatibile con un sistema penitenziario alla finalità rieducativa¹⁰⁴.

b) corrispondenza: limiti e controllo

¹⁰⁰ Cass. Pen., sez. I, sent. 37798 del 2016, in Ced Cassazione, ove si precisa che le restrizioni ai colloqui familiari dei detenuti 41-bis costituiscono misure di sicurezza, non sanzioni disciplinari.

¹⁰¹ Corte EDU, Messina c. Italia (n.2), 28 settembre 2000, ric. n. 25498/94, in HUDOC, in cui la Corte ha censurato l'Italia per la riduzione automatica dei colloqui familiari e la mancanza di verifica individuale della pericolosità.

¹⁰² Corte Cost., sent. n. 143 del 2013, in Giur. Cost., 2013, p. 1224 ss., che ha dichiarato illegittima la compressione eccessiva dei contatti familiari, ribadendo la necessità di un bilanciamento proporzionato tra sicurezza e diritti affettivi del detenuto.

¹⁰³ Cass. Pen., sez. I, sent. n. 17315 del 2018, in De Jure, ove si afferma che le restrizioni ai colloqui devono fondarsi su valutazioni individualizzate e non su presunzioni di appartenenza mafiosa.

¹⁰⁴ G. FIANDACA – G. VIGANÒ, *Diritti fondamentali e regime penitenziario speciale*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 45 ss., che sottolineano la tensione tra sicurezza e finalità rieducativa dell'art. 27 Cost.

Nel regime differenziato ex art. 41-bis o.p., la corrispondenza del detenuto è oggetto di severo controllo, essendo considerata una delle vie privilegiate per il mantenimento dei contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza. L'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. c)¹⁰⁵, prevede espressamente la sottoesposizione della corrispondenza a censura da parte dell'autorità giudiziaria competente.

La censura epistolare include non solo il contenuto delle lettere in uscita e in entrata, ma anche la possibilità di trattenere, ritardare o impedire la trasmissione delle missive qualora si ritenga che esse contengano messaggi criptici o riferimenti potenzialmente pericolosi. Tale misura, sebbene giustificata da esigenze di sicurezza, impatta sul diritto fondamentale alla comunicazione del detenuto¹⁰⁶, come riconosciuto dalla normativa nazionale e sovranazionale, in particolare dall'art. 8 CEDU¹⁰⁷.

Il profilo più delicato riguarda la corrispondenza con il difensore. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 18/2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui consentiva la censura della corrispondenza tra detenuto in regime 41-bis e il proprio legale¹⁰⁸, ritenendola lesiva dell'art. 24 e 11 Cost., nonché dell'art. 6 della CEDU, compromettendo il diritto di difesa e il rapporto fiduciario con l'avvocato. In conseguenza di tale pronuncia, la corrispondenza con il difensore non è più sottoponibile a censura, mentre resta ammissibile il controllo motivato delle comunicazioni con soggetti diversi dal legale, purché fondato su esigenze concrete di sicurezza e soggetto a verifica giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 8 CEDU¹⁰⁹, laddove non siano indicati i motivi specifici e non vi sia un controllo giurisdizionale effettivo sulla misura.

Va, tuttavia, nota come, in altri casi, la giurisprudenza abbia riconosciuto la legittimità della censura in relazione a contatti epistolari con soggetti terzi, ove vi siano indizi specifici circa la possibilità di comunicazioni cifrate o allusive, capaci di favorire attività illecite all'esterno¹¹⁰.

c) partecipazione a distanza al procedimento: il ricorso alla videoconferenza

¹⁰⁵ D.A.P., Circolare n. 3472/5906 del 1993, aggiornata con le Direttive 2017/2018 e 2020, ove si disciplinano le modalità di controllo della corrispondenza dei detenuti in regime speciale.

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU,

¹⁰⁷ Corte EDU, *Silver and Others v. United Kingdom*, 25 marzo 1983, serie A n. 61, in HUDOC, richiamata anche in *Enea c. Italia* (Grande Camera, 17 settembre 2009) quale precedente in materia di limitazioni alla corrispondenza dei detenuti ai sensi dell'art. 8 CEDU.

¹⁰⁸ Cfr. Corte Cost., sent. n. 18 del 2022, in *Giur. Cost.*, 2022, p. 255 ss., che ha dichiarato l'illegittimità della censura sulla corrispondenza tra detenuto e difensore in regime di 41-bis, per violazione degli artt. 24 Cost. e 6 CEDU.

¹⁰⁹ V. Corte EDU, *Campbell v. United Kingdom*, 25 marzo 1992, Serie A n. 233, ove la Corte ha affermato che il controllo della corrispondenza tra detenuto e difensore è compatibile con l'art. 8 CEDU solo se sorretto da adeguate garanzie contro possibili abusi.

¹¹⁰ Cass. Pen., sez. I, sent. n. 5084 del 5 febbraio 2016, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 1422 ss., che ha riconosciuto la legittimità della censura della corrispondenza con terzi in presenza di indizi concreti di comunicazioni pericolose, purché la misura sia proporzionata e motivata.

Con l'introduzione dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., la legge n. 279/2002 ha previsto la possibilità che i detenuti in regime 41-bis partecipino alle udienze penali mediante collegamento audiovisivo a distanza¹¹¹. La ratio legis risiede nell'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza durante i trasferimenti, ma anche di evitare il rischio di comunicazioni pericolose con l'esterno, che spesso accompagna le fasi di spostamento fisico del detenuto. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 342/1999, aveva già affermato che la videoconferenza, in sé, non viola i diritti della difesa, purché venga assicurata la piena possibilità di comunicazione con il difensore e di effettiva partecipazione al procedimento. Tuttavia, l'adozione della videoconferenza non può essere automatica, ma deve basarsi su una motivazione individualizzata che tenga conto delle specifiche esigenze di sicurezza e del bilanciamento con il diritto al giusto processo¹¹².

In ambito sovranazionale, la Corte EDU ha ribadito che la partecipazione a distanza non viola l'art. 6 CEDU se vengono garantiti gli strumenti tecnici adeguati a consentire al detenuto di seguire, intervenire e consultarsi con il proprio difensore¹¹³.

Va infine segnalata la tendenza della Corte di Cassazione ad affermare la legittimità della videoconferenza nel regime 41-bis anche per udienze non strettamente necessarie, a condizione che venga assicurato il contraddittorio, la pubblicità e il diritto alla comunicazione privata con il difensore (Cass. pen., sez. I, n. 11096/2020).

d) isolamento e restrizioni al regime detentivo ordinario

Uno degli elementi centrali del regime di cui all'art. 41-bis è l'isolamento del detenuto dalle attività collettive, finalizzato ad impedire contatti significativi con altri ristretti e quindi l'organizzazione o la gestione di attività criminali anche dall'interno del carcere¹¹⁴.

Tale isolamento si manifesta attraverso l'esclusione dalle attività comuni, la limitazione delle ore d'aria congiunte e la collocazione in sezioni detentive separate. Si tratta di una limitazione incisiva sul principio di individualizzazione del trattamento e sulla funzione rieducativa della pena sancita dall'art. 27, co. 3, Cost.5

La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 349/1993, ha riconosciuto la legittimità della differenziazione del regime carcerario, purché giustificata da concrete esigenze di sicurezza e

¹¹¹ Corte cost., sent. N. 342 del 1999, in Giur. Cost., 1999, p. 3073 ss., ove si afferma la legittimità della videoconferenza purché sia garantita la piena partecipazione dell'imputato e la comunicazione riservata con il difensore.

¹¹² Cass. pen., sez. I, sent. n. 11096 del 20 aprile 2020, in Dir. Pen. Proc., 2020, p. 1325 ss., che ha ribadito la necessità di una motivazione concreta sull'impiego della videoconferenza, per evitare automatismi lesivi del diritto di difesa.

¹¹³ Corte EDU, Marcello Viola c. Italia, sent. 5 ottobre 2006, ric. n. 45106/04, in HUDOC, che ha ritenuto compatibile con l'art. 6 CEDU la partecipazione a distanza, a condizione che siano garantiti strumenti tecnici adeguati ad un effettivo contatto con il difensore.

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 186 del 1990, in Giur. Cost., 1990, p. 1197 ss., ove si riconosce che la differenziazione dei regimi carcerari è legittima se funzionale alla sicurezza, ma non può sfociare in una pena aggiuntiva o afflittiva.

sorretta da una motivazione specifica e proporzionata, escludendo che il 41-bis possa trasformarsi in una pena aggiuntiva rispetto a quella inflitta dal giudice.

Anche la giurisprudenza di merito ha già volte sottolineato che la privazione sociale assoluta può generare effetti lesivi sulla salute mentale del detenuto, configurando potenziali trattamenti inumani e degradanti, vietati tanto dalla Costituzione quanto dalla CEDU¹¹⁵.

e) accesso alle cure mediche

Nonostante il regime differenziato imponga misure straordinarie, il diritto alla salute del detenuto, santo dall'art. 32 Cost., non può essere compromesso¹¹⁶. Il detenuto ha diritto ad un trattamento sanitario adeguato e tempestivo, al pari di ogni altro cittadino, e ogni compressione di tale diritto deve essere valutata alla luce del principio di proporzionalità.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in numerose pronunce contro l'Italia (tra cui CEDU, Provenzano c. Italia, 2016), ha sottolineato che le carenze sanitarie nei confronti dei detenuti costituiscono una violazione dell'art. 3 CEDU qualora producano sofferenze non giustificabili né necessarie¹¹⁷.

Dal punto di vista interno, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto del detenuto a scegliere, entro limiti ragionevoli, il medico di fiducia e ha stabilito che eventuali ostacoli non possono essere giustificati unicamente da esigenze di ordine e sicurezza.

Infine, in caso di gravi patologie incompatibili con la detenzione in regime 41-bis, è prevista la sospensione della misura, su disposizione del giudice di sorveglianza, previa valutazione sanitaria, con collocamento in luoghi di cura esterni o detenzione domiciliare ospedaliera, a condizione che vi sia una certificazione medica che attesti l'incompatibilità assoluta della malattia con il regime detentivo; non vi siano pericoli attuali e concreti di collegamenti con l'esterno o di fuga (le cd esigenze cautelari eccezionali).

Il riferimento principale è l'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p., che stabilisce che «la detenzione domiciliare può essere concessa anche nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, quando si trovino in condizioni di salute di assoluta incompatibilità con lo stato di detenzione, salvo che vi siano eccezionali esigenze cautelari».

Secondo la Cassazione, l'incompatibilità deve essere attuale, assoluta e non surrogabile con altre misure (come la somministrazione in loco). Non basta dunque una generica situazione di

¹¹⁵ Cass. pen., sez. I, sent. n. 5084 del 2016, ci., che ha sottolineato come l'isolamento protratto possa incidere sulla salute mentale del detenuto, richiedendo una verifica di proporzionalità e di compatibilità con l'art. 3 CEDU.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 99 del 2019, in Giur. Cost., 2019, p. 1682 ss., che ribadisce il carattere inviolabile del diritto alla salute del detenuto, anche in presenza di esigenze di ordine e sicurezza.

¹¹⁷ Corte EDU, Provenzano c. Italia, ric. n. 55080/13, in cui la Corte ha censurato l'Italia per trattamenti inumani e degradanti e ribadito che la tutela della salute è componente essenziale dell'art. 3 CEDU.

salute precaria, ma occorre un rischio concreto e documentato per la vita o l'integrità psicofisica del detenuto.

La Cass. pen., sez. I, sent. n. 39771/2017 ha chiarito che: «la sospensione dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147 c.p. e dell'art. 47-ter o.p. può essere concessa anche a soggetti in regime 41-bis, purché sia comprovata l'impossibilità di adeguate cure in ambito carcerario, in assenza di esigenze cautelari eccezionali»¹¹⁸.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella nota sentenza Viola c. Italia (2019), ha censurato il regime italiano dell'ergastolo ostativo, evidenziando come l'accesso alle cure mediche appropriate costituisca parte essenziale del diritto alla dignità e all'art. 3 CEDU.

Anche la Corte costituzionale ha ribadito che il diritto alla salute del detenuto è inviolabile, e che persino in presenza di gravi esigenze di ordine pubblico, la tutela della dignità umana non può essere compressa oltre il limite costituzionalmente tollerabile (Corte cost., sent. n. 99/2019).

Quindi, quando accolta, la sospensione dell'esecuzione della pena può comportare ricovero presso strutture ospedaliere civili (con presenza costante di agenti di custodia); collocamento in reparti ospedalieri penitenziari; in casi estremi, detenzione domiciliare ospedaliera, con adeguata vigilanza, quando nessuna struttura sanitaria risulti idonea e disponibile.

Tuttavia, la concessione di queste misure non estingue né modifica il regime 41-bis, che resta formalmente attivo e viene solo sospeso temporaneamente, ripristinabile al cessare dell'incompatibilità medica¹¹⁹.

4. L'esecutività dell'articolo 27 della Costituzione nel regime del 41-bis

[1]
[SEP]

L'articolo 27, comma 3, della Costituzione italiana stabilisce che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”. È una disposizione che ha assunto, sin dall'inizio, un ruolo cardine all'interno del sistema penale, ponendo il principio della finalità rieducativa come limite e criterio di tutto l'ordinamento sanzionatorio.

La giurisprudenza costituzionale ha ribadito innumerevoli volte che l'articolo 27 Cost., non ha carattere meramente programmatico, ma esprime un precetto immediatamente vincolante per il

¹¹⁸ Cass. pen., sez. I, sent. n. 39771 del 2017, in Cass. Pen., 2017, p. 2892 ss., che ha affermato la possibilità di sospendere il 41-bis in presenza di gravi condizioni di salute incompatibili con la detenzione, previa verifica dell'assenza di rischi di collegamenti con l'esterno.

¹¹⁹ G. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, ult. ed., p. 742 ss., che sottolinea come la sospensione del regime differenziato per motivi di salute debba essere accompagnata da un controllo giurisdizionale effettivo e proporzionato.

legislatore, per l'amministrazione penitenziaria e per il giudice. Ciò significa che non basta giustificare il regime speciale con esigenze di sicurezza, ma che ogni restrizione deve essere valutata alla luce della funzione rieducativa, non potendo annullarla del tutto¹²⁰; ogni applicazione del 41-bis deve necessariamente superare il vaglio di proporzionalità e di compatibilità con la dignità del detenuto. In particolare, la sentenza n. 313 del 1990 ha rappresentato un punto di svolta in quanto la Corte ha sottolineato che la funzione rieducativa è parte integrante del sistema sanzionatorio e si traduce in un vero e proprio obbligo positivo per lo Stato, che deve predisporre strumenti idonei a garantire percorsi di reinserimento sociale. Anche la successiva sentenza n. 349 del 1993 ha ribadito che la rieducazione costituisce un limite invalicabile per qualsiasi misura afflittiva: la pena, pur potendo perseguire finalità preventive e di sicurezza, non può mai consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, né può tradursi in una negazione totale della prospettiva rieducativa.

La Corte di Cassazione si è mossa su un binario parallelo, ribadendo che il principio di rieducazione costituisce parametro di valutazione della legittimità delle restrizioni detentive. La sentenza della Sezione I penale, n. 37798 del 2016 ha sottolineato che le limitazioni del 41-bis devono essere sempre rivalutate alla luce della pericolosità attuale del detenuto, evitando automatismi applicativi.

Un passaggio fondamentale è rappresentato dalla sentenza n. 33053 del 2015, in cui la Cassazione ha richiamato espressamente il giudice di sorveglianza ad esercitare il controllo sostanziale e non meramente formale sul provvedimento ministeriale, proprio alla luce del vincolo costituzionale della rieducazione¹²¹.

Anche la giurisprudenza sovranazionale ha sottolineato l'esigenza di coniugare le misure di prevenzione speciale con il rispetto del principio di umanità della pena. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Enea c. Italia* (1) (CEDU, Grande Camera, 17 settembre 2009), ha ritenuto che le restrizioni imposte dal regime del 41-bis possano integrare una violazione dell'articolo 8 CEDU (2) se applicate senza un adeguato controllo giurisdizionale e senza motivazioni individualizzate¹²².

¹²⁰ Corte Cost., sent. n. 313 del 1990, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 2321 ss., che ha riconosciuto la funzione rieducativa della pena come principio cardine dell'ordinamento penale, vincolante per il legislatore, l'amministrazione e il giudice.

¹²¹ Cass. pen., sez. I, sent. n. 33053 del 2015 (caso Bontate), in *Cass. pen.*, 2016, p. 915 ss., che ha richiamato il giudice di sorveglianza ad un controllo sostanziale e non meramente formale sui provvedimenti ministeriali in materia di 41-bis

¹²² Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, ric. n. 74912/01, in *CEDU Reports*, 2009, p. 181 ss., ove la Corte ha riscontrato violazione dell'art. 8 CEDU e dell'art. 6 CEDU per assenza di controllo giurisdizionale effettivo. Nel caso di specie la Corte ha escluso la violazione dell'articolo 3 CEDU, ritenendo che le condizioni del regime detentivo speciale non avessero superato la soglia di gravità richiesta per integrare un trattamento inumano o degradante. Ha invece accertato la violazione dell'articolo 6 CEDU, poiché il detenuto non aveva potuto partecipare personalmente al procedimento di sorveglianza relativa alla proroga del 41-bis, e dell'articolo 8 CEDU, a causa delle eccessive restrizioni ai colloqui familiari e alla corrispondenza. La pronuncia ha posto l'accento sull'importanza delle

In questa prospettiva, l'articolo 27 Cost assume rilievo diretto nell'ambito del procedimento di sorveglianza. Il detenuto, sottoposto al regime differenziato ha, infatti, la possibilità di proporre reclamo ai sensi dell'articolo 14-ter o.p. avverso il decreto ministeriale che dispone o proroga la sospensione delle regole trattamentali. Tale reclamo si svolge nelle forme del procedimento camerale disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p., assicurando il contraddittorio tra amministrazione e difesa del detenuto, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero e la possibilità per il giudice di acquisire ulteriori elementi istruttori.

Il principio di rieducazione diventa così un parametro processuale implicito, che deve orientare l'attività del giudice di sorveglianza nell'esercizio del suo sindacato di legittimità. Non si tratta di una verifica meramente formale, limitata alla regolarità dell'atto amministrativo, ma di un controllo sostanziale, volto a valutare se la misura restrittiva sia proporzionata rispetto alla concreta pericolosità del detenuto e compatibile con la dignità della persona. La Cassazione, con la già citata sentenza n. 33053 del 2015, ha richiamato con forza i giudici di sorveglianza ad esercitare un vaglio effettivo, ribadendo che il principio di rieducazione impone un controllo caso per caso sulla permanenza dei presupposti di pericolosità.

Sul piano dottrinale, numerosi autori hanno sottolineato che il principio di rieducazione diventa effettivo solo se accompagnato da garanzie procedurali reali.

Il giudice di sorveglianza non può limitarsi a un controllo formale, ma deve assumere un ruolo attivo nel valutare la proporzionalità e la congruità delle restrizioni imposte.

In questo quadro, la funzione giurisdizionale diventa l'unico vero presidio di effettività dell'articolo 27 Cost nel contesto del 41-bis. È al giudice che spetta garantire che la compressione dei diritti non si trasformi in una pena aggiuntiva, vietata dalla Costituzione. Tale controllo si esplica non solo nella verifica di proporzionalità e individualizzazione, ma anche nel rispetto delle garanzie procedurali: il diritto del detenuto a partecipare all'udienza camerale, ad essere assistito da un difensore, a presentare memorie e istanze istruttorie, e ad ottenere una decisione motivata.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte sottolineato come l'obbligo di motivazione dei provvedimenti in materia di 41-bis non sia un mero adempimento formale, ma uno strumento essenziale di garanzia, in quanto consente il successivo controllo in sede di legittimità ex art. 606 c.p.p.

La possibilità per il detenuto di ricorrere in Cassazione avverso i provvedimenti del tribunale di sorveglianza costituisce, infatti, un ulteriore meccanismo di attuazione dell'art. 27,

garanzie procedurali e del controllo giurisdizionale effettivo, quali strumenti indispensabili di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali.

consentendo alla Suprema Corte di intervenire qualora il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e finalità rieducativa sia stato condotto in maniera illogica o contraria ai principi costituzionali. In definitiva, il principio di rieducazione, pur formulato in termini costituzionali, non resta confinato ad un piano astratto o programmatico, ma si traduce in un parametro concreto che permea l'attività giurisdizionale. È attraverso il procedimento di sorveglianza che l'articolo 27 acquisita effettività, imponendo un controllo giurisdizionale costante sulle misure applicate e garantendo che il regime del 41-bis, pur con le sue necessarie restrizioni, non si trasformi in una negazione totale della funzione rieducativa.

5. Le limitazioni imposte ai detenuti

Il regime differenziato di cui all'art. 41-bis o.p. si caratterizza per un complesso di restrizioni che incidono profondamente sulla condizione del detenuto, compimento diritti che nel sistema ordinario rappresentano il fondamento del trattamento penitenziario¹²³.

Se nel 4.1.2 si è visto come il 41-bis operi quale deroga strutturale rispetto ai principi generali dell'ordinamento penitenziario, in questa sede occorre soffermarsi in maniera analitica sulle limitazioni concrete imposte ai soggetti sottoposti al regime speciale, evidenziandone la portata, le differenze rispetto alla detenzione ordinaria e le conseguenze sul piano personale e psicologico.

5.1. Caratteristiche

Le misure previste dal 41-bis non si esauriscono in una generica riduzione dei diritti, ma configurano un regime dettagliato uniforme, disciplinato da circolari ministeriali e prassi applicative consolidate. La Circolare DAP n. 3472/5906 del 1993¹²⁴, aggiornata dalle direttive del 2017 e del 2022, ha fissato le modalità operative che gli istituti penitenziari sono tenuti ad applicare nei confronti dei detenuti sottoposti al regime speciale.

Le principali limitazioni rientra innanzitutto la disciplina dei colloqui familiari: i detenuti possono effettuare un colloquio visivo al mese con i propri familiari, della durata di un'ora, svolto esclusivamente dietro vetro divisorio e con controllo auditivo da parte del personale

¹²³ Cfr. G. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, ult. ed., p. 1155 ss., secondo cui il 41-bis rappresenta una "deroga eccezionale e strutturale al regime ordinario", destinata ad incidere profondamente sull'esercizio dei diritti fondamentali del detenuto.

¹²⁴ Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Circolare n. 3472/5906 del 20 ottobre 1993, Regime di detenzione speciale ex art. 41-bis o.p., successivamente aggiornata con le Direttive DAP 2017/2018e con le Direttive DAP 2020 e 2022.

penitenziario. Ogni colloquio è registrato e può essere interrotto in caso di condotte ritenute sospette.¹²⁵

Anche i colloqui con i difensori, pur non essendo soggetti alle medesime restrizioni quantitative previste per i rapporti familiari, risultano comunque sorvegliati sotto il profilo temporale e logistico. La giurisprudenza di legittimità ha ribadito che tali restrizioni non possono compromettere il diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Parimenti rigoroso è la regolamentazione delle comunicazioni telefoniche: è consentita una sola telefonata al mese, della durata massima di dieci minuti, anch'essa sottoposta a registrazione e controllo preventivo da parte dell'amministrazione penitenziaria¹²⁶.

Un controllo particolarmente penetrante riguarda la corrispondenza, poiché la posta in entrata e in uscita è sottoposta a censura preventiva e può essere trattenuta per motivi di sicurezza. Sebbene l'art. 18-ter o.p. consenta tali controlli, nel regime del 41-bis essi assumono carattere sistematico. In questa prospettiva, la Corte EDU, nel caso Enea c. Italia (2009), ha sottolineato che tali limitazioni devono essere giustificate da motivazioni individualizzate¹²⁷.

Il regime incide inoltre sulla dimensione relazionale interna all'istituto: ai detenuti è consentito trascorrere solo alcune ore del giorno in compagnia di un numero ristretto di compagni di sezione, generalmente non superiore a quattro, selezionati dall'amministrazione, mentre sono vietati contatti con il resto della popolazione carceraria al fine di prevenire comunicazioni riservate.

Analogamente, la permanenza all'aria aperta è limitata a due ore giornaliere in spazi controllati e di dimensioni ridotte, in deroga alle quattro ore ordinariamente previste dall'art. 10 del regolamento penitenziario.¹²⁸

Le attività culturali e ricreative risultano quasi del tutto precluse: non sono ammessi strumenti musicali, attività teatrali o associative. Le attività scolastiche restano formalmente consentite, ma con forti limitazioni organizzative e di socialità.

¹²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 143 del 2013, in Giur. Cost., 2013, p. 1224 ss., che ha ritenuto legittima la limitazione dei colloqui purchè giustificata da esigenze concrete e proporzionate di sicurezza, ribadendo che il diritto ai rapporti familiari non può essere del tutto vanificato.

¹²⁶ Cass. pen., sez. I, sent. 11 luglio 2019, n. 34214, in Cass. Pen., 2020, p. 114 ss., ha affermato che le limitazioni alle comunicazioni telefoniche dei detenuti sottoposti al regime ex 41-bis o.p. sono legittime solo se fondate su esigenze concrete e attuali di ordine e sicurezza, e devono essere motivate in modo specifico, non potendosi giustificare con formule generiche o stereotipate.

¹²⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, Enea c. Italia, 17 settembre 2009, ric. n. 74912/01, ove la Corte ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU per il controllo generalizzato della corrispondenza dei detenuti sottoposti al 41-bis, ritenendo ammissibili tali restrizioni solo in presenza di motivazioni individualizzate e di un controllo giurisdizionale effettivo.

¹²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 186 del 1990, in Giur. Cost., 1990, p. 1122 ss., che ha affermato la legittimità della differenziazione dei regimi detentivi per esigenza di sicurezza, purchè non degeneri in una pena aggiuntiva o disumana.

Ulteriori limitazioni riguardano la ricezione di pacchi dall'esterno, ammessa solo con cadenza mensile e con contenuto rigidamente controllato; è inoltre vietato il possesso di denaro contante o di oggetti idonei a favorire comunicazioni occulte.

Tali restrizioni, pur avendo finalità di sicurezza, configurano un regime che incide simultaneamente sulla sfera affettiva, sulla comunicazione e sulla socialità.

L'applicazione di queste misure restrittive non avviene in modo automatico, ma tramite un provvedimento amministrativo del Ministro della Giustizia, che dispone la sospensione delle regole trattamentali, su proposta del DAP e previo parere della Direzione Nazionale antimafia. Il decreto ministeriale, una volta emesso, viene comunicato al detenuto, che può proporre reclamo al giudice di sorveglianza ai sensi dell'art. 14-ter o.p., con le forme del procedimento in camera di consiglio ex artt. 666 e 678 c.p.p.

In tale sede il giudice è chiamato ad esercitare un controllo di legittimità e proporzionalità, valutando se le limitazioni imposte siano necessarie e individualmente giustificate.

5.2. Differenze con la detenzione ordinaria

Il confronto tra il regime detentivo ordinario e quello speciale previsto dall'art. 41-bis o.p. consente di cogliere in pieno la natura eccezionale dell'istituto.

Nel sistema penitenziario italiano, la detenzione ordinaria si fonda sui principi di umanità, rieducazione ed individualizzazione del trattamento, sanciti dagli artt. 1 e 15 o.p.¹²⁹; il detenuto, in linea generale, conserva un'ampia possibilità di socializzazione, contatti con i familiari, accesso ad attività lavorative, scolastiche, culturali e ricreative, finalizzate al reinserimento sociale. Misure, queste ultime, che, invece, vengono sospese con il regime differenziato di cui al 41-bis, introducendo un modello carcerario fondato sull'isolamento controllato, il quale, anche se giustificato dall'esigenza di impedire collegamenti con la criminalità organizzata, si discosta radicalmente dal trattamento ordinario sotto tre profili fondamentali: intensità delle limitazioni, durata e automatismo delle proroghe e riduzione della dimensione trattamentale.

Per quanto riguarda l'intensità delle limitazioni, nel regime ordinario, il detenuto può effettuare fino a sei colloqui mensili con i propri familiari (art. 18 o.p.)¹³⁰, in ambienti aperti e senza separatori fisici, salvo particolari esigenze di sicurezza.

¹²⁹ Cfr. Legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 1 e 15, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", in G.U. n. 212 del 9 agosto 1975. Gli articoli enunciano i principi di umanità e di finalità rieducativa del trattamento penitenziario, fondati sulla dignità della persona detenuta.

¹³⁰ Cfr. art. 18, legge 26 luglio 1975, n. 354, che disciplina i colloqui con i familiari, stabilendo la possibilità di più incontri mensili salvo esigenze di sicurezza o motivi disciplinari.

Nel 41-bis, i colloqui sono ridotti ad uno al mese, svolto dietro un vetro divisorio e con registrazione audio-video.

Analogamente, la corrispondenza nel regime comune può essere controllata solo in presenza di motivi specifici e temporanei (art. 18-ter o.p.),¹³¹ mentre nel 41-bis la censura è generalizzata e permanente.

Le attività trattamentali, come lavoro, scuola e corsi di formazione, rappresentano nel regime ordinario il fulcro del percorso di reinserimento: ogni detenuto deve poter partecipare ad attività idonee a favorire la rieducazione (art. 15 o.p.).

Nel 41-bis, al contrario, queste attività sono fortemente ridotte o del tutto precluse, con un'impostazione che privilegia la separazione alla rieducazione¹³².

Le ore d'aria costituiscono un altro punto di differenziazione significativa. L'art. 10 del Regolamento penitenziario (D.P.R. 230/2000) prevede un minimo di quattro ore giornaliere di permanenza all'aperto,¹³³ salvo particolari limitazioni disciplinari. Nel regime differenziato questo tempo è ridotto a due ore, da svolgersi in spazi chiusi e vigilati.

Un'ulteriore differenza cruciale tra il regime ordinario e quello speciale riguarda la durata e le modalità di rinnovo.

Il trattamento ordinario è soggetto a modifiche e aggiornamenti costanti in base all'evoluzione della condotta del detenuto, secondo il principio di individualizzazione (art. 13 o.p.).

Il 41-bis, invece viene disposto con decreto motivato del Ministro della giustizia. A seguito delle modifiche introdotte dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279, la durata del provvedimento è stata fissata in un periodo compreso tra uno e due anni, con possibilità di proroga annuale nelle medesime forme, purché non risulti venuta meno la capacità del detenuto di mantenere contatti con l'associazione criminale. Successivamente, l'intervento normativo del 2013 ha elevato la durata iniziale a quattro anni, prevedendo proroghe biennali.

Nella prassi, come rilevato dall'associazione Antigone, le proroghe vengono spesso concesse in via quasi automatica, sulla base di valutazioni stereotipate o di riferimenti a precedenti penali risalenti; ciò determina il rischio di una stabilizzazione di fatto del regime eccezionale, in contrasto con il principio di temporaneità e proporzionalità della misura.

¹³¹ Cfr. art. 18-ter o.p., introdotto con legge 8 aprile 2004, n. 95, che regola la censura della corrispondenza solo in presenza di specifici motivi attinenti alla sicurezza o alla prevenzione di reati.

¹³² Cfr. Corte cost., sent. n. 343 del 1993, in Giur. Cost., 1993, p. 2593 ss., che ha riconosciuto la legittimità del regime differenziato solo se applicato in modo proporzionato e individualizzato, evitando automatismi incompatibili con la funzione rieducativa sancita dall'art. 27, co. 3, Cost.

¹³³ Cfr. D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario, art. 10, che garantisce almeno quattro ore giornaliere di permanenza all'aperto, salvo casi eccezionali di sicurezza o disciplina.

La Corte di cassazione, nella sentenza n. 33053 del 2015 (caso Bontate), ha evidenziato che il giudice di sorveglianza, investito del reclamo contro la proroga, deve verificare la concretezza e attualità della pericolosità e non può accettare motivazioni meramente ripetitive; allo stesso modo, la corte costituzionale con la sentenza n. 143 del 2013, ha precisato che la deroga al trattamento ordinario non può trasformarsi in una pena aggiuntiva o permanente, ma deve rimanere strumentale alla tutela della sicurezza pubblica.

Il principio di rieducazione, cardine del trattamento ordinario, viene sostanzialmente neutralizzato nel 41 bis.

Nel regime comune, il trattamento è finalizzato alla progressiva responsabilizzazione del detenuto, anche mediante contatti con operatori sociali, educatori e volontari (art. 80 o.p.).

In regime di 41 bis, invece, la presenza di queste figure è estremamente limitata e soggetta a controlli. La socialità controllata, ristretta a gruppi di massimo quattro persone, sostituisce la partecipazione a programmi collettivi di reinserimento.

Sotto il profilo processuale, questa differenza assume rilievo in sede di controllo giurisdizionale; il giudice di sorveglianza, ai sensi dell'articolo 14-ter o.p., Deve accertare non solo la legittimità formale delle limitazioni, ma anche la loro compatibilità con la funzione rieducativa della pena, richiamando implicitamente l'art. 27, co. 3, Cost.

La Cassazione¹³⁴, ha stabilito che la verifica del giudice deve essere sostanziale, riguardando l'effettiva necessità delle restrizioni, la proporzionalità della misura e la permanenza delle ragioni di sicurezza. In questa prospettiva, il controllo giurisdizionale diviene l'unico strumento in grado di impedire che la differenza tra regime ordinario e 41-bis si traduca in una sospensione permanente dei diritti fondamentali, in violazione del principio di legalità e di umanità della pena.

5.3. Conseguenze psicologiche dell'isolamento

Il regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis o.p. determina una condizione di isolamento che non si limita ad incidere sull'organizzazione quotidiana della vita carceraria ma coinvolge profondamente la sfera psicologica, relazionale e identitaria del detenuto.

L'isolamento prolungato rappresenta, secondo la letteratura scientifica e giuridica, una delle forme di detenzione più gravemente afflittive, con effetti che possono divenire irreversibili nel medio-lungo periodo¹³⁵.

¹³⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 15 settembre 2016, n. 37798, in Dir. Pen. Proc., 2017, p. 97 ss., che ha affermato la necessità di un controllo giurisdizionale sostanziale sulla proporzionalità delle restrizioni imposte ai detenuti del 41-bis, in relazione alla loro effettiva pericolosità.

¹³⁵ R. CATANESI – S. FERRACUTI, *Psichiatria forense applicata*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 245 ss.

Diversi studi di psicologia penitenziaria, tra cui quelli di R. Catanesi e S. Ferracuti (Psichiatria forense e penitenziaria, Giappichelli, 2018), hanno evidenziato come l'assenza di stimoli relazionali e cognitivi produca stati d'ansia, depressione, disturbi del sonno, apatia e una progressiva perdita delle capacità empatiche e di orientamento temporale. Tali effetti, già riscontrabili dopo pochi mesi, si aggravano quando l'isolamento è reiterato o attraverso proroghe successive, come spesso avviene.

Sul piano giuridico, queste conseguenze assumono rilievo sia in termini costituzionali, in quanto viene violato l'articolo 27 della costituzione, sia in termini processuali, in quanto possono compromettere la capacità del detenuto di partecipare in modo consapevole ai procedimenti che lo riguardano.

La corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza Ramirez Sanchez c. Francia (Grande camera, 4 luglio 2006), ha riconosciuto che l'isolamento prolungato, anche in presenza di garanzie formali, può costituire una violazione dell'art. 3 CEDU si produce effetti di disgregazione della personalità¹³⁶.

Analogamente, nei casi Enea c. Italia (Grande camera, 17 settembre 2009) e Viola c. Italia (11 ottobre 2019), la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la privazione sistematica di contatti sociali e familiari compromette la dignità della persona e la finalità rieducativa della pena.

In ambito interno, la Corte costituzionale, con la sentenza 143/2013, ha ribadito che la deroga prevista dal 41 bis deve sempre rispettare i limiti derivanti dal principio di umanità della pena, richiamando esplicitamente la giurisprudenza europea.

La Consulta ha chiarito che l'isolamento, per quanto giustificato da esigenze di sicurezza, non può essere utilizzato come mezzo di pressione psicologica anzi tradursi in una sospensione di fatto dei diritti affettivi e relazionali del detenuto.

La Corte di cassazione, sez. I pen., con la sentenza n. 37798 del 2016, ha affermato che le condizioni di isolamento eccessivo devono essere sottoposte ad un controllo giurisdizionale effettivo, poiché la permanenza di queste misure può integrare un trattamento contrario all'art. 3 CEDU e all'art. 27 Cost.

Il giudice di sorveglianza, investito del reclamo ex articolo 14-ter o.p., Deve pertanto valutare non solo la sussistenza formale dei presupposti di sicurezza, ma anche l'impatto psicologico della misura sulla persona, verificando che la durata e l'intensità dell'isolamento non superino quanto strettamente necessario.

¹³⁶ Corte EDU, Grande Camera, Ramirèz-Sánchez c. Francia, 4 luglio 2006, ric. n. 59450/00, in CEDU Reports, 2006

Sul piano processuale questa valutazione assume una funzione di garanzia: il controllo giurisdizionale diventa lo strumento attraverso il quale si assicura che la sospensione delle regole trattamento tali non degeneri in un trattamento disumano o degradante.

Come osserva Giostra, il giudice di sorveglianza, nel bilanciamento tra sicurezza e dignità della persona, deve interpretare la normativa penitenziaria in modo conforme ai principi costituzionali e convenzionali, esercitando un sindacato sostanziale che tenga conto delle condizioni psicofisiche del detenuto.¹³⁷

In questa prospettiva, le conseguenze psicologiche dell'isolamento assumono rilievo non solo sotto il profilo medico, ma anche come parametro di legittimità processuale del provvedimento restrittivo. L'incapacità del detenuto di mantenere relazioni sociali, la perdita di capacità comunicative e la progressiva alienazione dal contesto esterno incidono direttamente sulla possibilità di partecipare al procedimento di proroga, di comunicare efficacemente con il difensore e di articolare istanze difensive; ne deriva che l'effettività del diritto di difesa e del contraddittorio, che sono principi cardine del processo penale, possono risultare compromessi da un isolamento prolungato e non proporzionato.

In conclusione, le conseguenze psicologiche dell'isolamento nel 41-bis non rappresentano un aspetto marginale, ma costituiscono un parametro essenziale di legittimità costituzionale e processuale della misura¹³⁸.

¹³⁷ G. GIOSTRA, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, ult. ed., p. 732 ss.

¹³⁸ G. L. GATTA, *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in Cass. pen., 2017, p. 2751 ss.

CAPITOLO 2- APPLICAZIONE DEL 41-BIS: CRITERI, GARANZIE E RIMEDI

1. Provvedimento applicativo

L'emanazione del provvedimento di applicazione del regime speciale di cui all'art. 41-bis o.p. rappresenta una delle fasi più delicate e discusse del sistema penitenziario italiano. Si tratta, infatti, di un atto che incide profondamente sulla sfera dei diritti fondamentali della persona detenuta, comportando una significativa compressione delle ordinarie regole trattamentali, giustificata dall'esigenza di garantire l'ordine e la sicurezza pubblica.

Tale provvedimento costituisce un atto amministrativo a carattere penitenziario che, pur collocandosi nel contesto dell'esecuzione della pena, non assume natura giurisdizionale, ma amministrativa, rientrando nelle competenze del potere esecutivo e, in particolare, del Ministro

della Giustizia, cui la legge attribuisce la titolarità del potere di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole del trattamento penitenziario ordinario.

Sotto il profilo giuridico, il provvedimento di applicazione del 41-bis ha la forma di decreto ministeriale individuale, emesso dal Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Interno, su proposta dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) o su impulso dell'autorità giudiziaria, in particolare della Direzione nazionale antimafia o delle procure distrettuali competenti¹³⁹. L'adozione del decreto richiede la valutazione di un complesso di elementi informativi che attestino la persistenza di collegamenti del detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza o con ambienti delinquenziali tali da giustificare la sospensione delle regole ordinarie del trattamento¹⁴⁰.

La natura giuridica del decreto ministeriale di applicazione del 41-bis è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Si tratta di un atto amministrativo di alta amministrazione, espressione della funzione di sicurezza pubblica, ma incidente sull'esecuzione della pena, con effetti diretti sulla sfera dei diritti del detenuto. Ciò comporta che, pur non essendo un atto giurisdizionale, esso deve rispettare i principi di legalità, motivazione, proporzionalità e temporaneità, essendo sottoposto al controllo giurisdizionale di legittimità da parte del giudice di sorveglianza¹⁴¹.

Il procedimento di emanazione si articola, nella prassi, in diverse fasi. In primo luogo, gli organi investigativi e le autorità giudiziarie competenti procedono alla raccolta delle informazioni rilevanti, funzionali ad accertare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o di elementi idonei a compromettere l'ordine e la sicurezza pubblica.

Sulla base del materiale acquisito, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria è chiamato a valutare la concreta ricorrenza dei presupposti che giustificano l'adozione del regime differenziato, svolgendo un apprezzamento che assume natura eminentemente preventiva e che si fonda su esigenze di tutela della collettività.

All'esito di tale verifica, viene formulata una proposta motivata al Ministro della Giustizia il quale, sentito il Ministro dell'Interno, adotta il decreto di sospensione del trattamento penitenziario ordinario. Il provvedimento è successivamente notificato al detenuto e comunicato al Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, che ne cura l'esecuzione presso l'istituto di assegnazione¹⁴².

¹³⁹ Corte cost., sent. n. 351 del 1996; Corte cost., sent. n. 376 del 1997

¹⁴⁰ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2022

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996

¹⁴² Ministero della Giustizia, Relazione annuale del DAP sul regime del 41-bis, 2021

Il decreto viene poi notificato al detenuto e comunicato al DAP, che ne cura l'esecuzione presso l'istituto penitenziario individuato. La notifica costituisce presupposto per l'esercizio dei diritti di difesa del detenuto, che potrà proporre reclamo o impugnazione nelle forme previste dall'ordinamento¹⁴³.

Il ruolo del Ministro della Giustizia è dunque centrale in quanto egli agisce come organo politico-amministrativo, titolare di un potere discrezionale, finalizzato alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza collettiva, ma deve operare entro i limiti stringenti fissati dalla legge. La discrezionalità ministeriale non può mai tradursi in arbitrio, ma deve essere sorretta da una motivazione specifica ed individualizzata, che dia conto delle ragioni concrete per la cui permanenza del detenuto in regime ordinario rappresenterebbe un pericolo per la sicurezza pubblica¹⁴⁴.

La Corte costituzionale, con la sentenza 351 del 1996, ha chiarito che il potere ministeriale di sospendere le regole trattamentali non ha natura giurisdizionale, ma amministrativa, e che proprio per questo deve essere soggetto ad un controllo giurisdizionale effettivo, a garanzia dei diritti del detenuto.

La successiva giurisprudenza di legittimità ha confermato tale orientamento, sottolineando che il decreto ministeriale è atto amministrativo ad effetti restrittivi, ma non meramente discrezionale, essendo vincolato nella finalità e nei presupposti sostanziali.

In tal senso, si è espressa la Cassazione penale, secondo la quale il 41-bis costituisce un "provvedimento di natura amministrativa soggetto al sindacato di legittimità del giudice di sorveglianza, in quanto incidente su posizioni soggettive tutelate"¹⁴⁵.

Un ulteriore profilo problematico attiene al rapporto tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale. L'emanazione del 41-bis da parte del Ministro della Giustizia, organo dell'esecutivo, incide direttamente su un ambito, quello dell'esecuzione della pena, che, in base ai principi costituzionali (artt. 27 e 101 Cost.), spetta al potere giudiziario. Ciò determina una tensione sistematica tra la necessità di prevenzione e le garanzie di separazione dei poteri.

Alla luce di quanto detto, l'emanazione del decreto ministeriale di applicazione del 41-bis si configura come un procedimento ibrido, nel quale si intrecciano funzioni amministrative e garanzie giurisdizionali.

¹⁴³ Art. 14-ter, legge 354/1975

¹⁴⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2021

¹⁴⁵ Cass., sez. I pen., n. 31416, in Cass. Pen., 2007

1.1. Il ruolo del Ministro della Giustizia

La competenza ad emanare il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali, ai sensi dell'art. 41-bis o.p. spetta al Ministro della Giustizia, che esercita tale potere di concerto con il Ministro dell'Interno, come stabilito dal comma 2 della disposizione.

Il legislatore ha così inteso affidare ad un organo politico-amministrativo di vertice l'adozione di un provvedimento avente una portata eccezionale e incidente sui diritti fondamentali del detenuto, ponendo la decisione in una dimensione di alta amministrazione connessa alla tutela della sicurezza pubblica.

Il Ministro della Giustizia agisce, pertanto, come autorità di garanzia dell'ordine e della sicurezza, ma anche come titolare della funzione di indirizzo dell'amministrazione penitenziaria.

Il procedimento di emanazione del decreto ministeriale si apre, di regola, su impulso del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), che riceve segnalazioni dalle autorità giudiziarie o dagli organi investigativi circa la possibile persistenza di collegamenti del detenuto con organizzazioni criminali, terroristiche o eversive. In particolare, un ruolo centrale è svolto dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e dalle Direzioni distrettuali antimafia, che trasmettono al DAP relazioni e informative aggiornate sui soggetti ritenuti ancora operativi all'interno delle consorterie criminali¹⁴⁶.

Sulla base di tali elementi, il DAP svolge una fase istruttoria volta a verificare la sussistenza dei "gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica" richiesti dalla norma. A tal fine raccoglie informazioni provenienti dalle forze di polizia, dalla Direzione investigativa antimafia, dai Reparti operativi speciali dei Carabinieri e dagli istituti penitenziari, attraverso relazioni dei direttori e dei comandanti di reparto. L'insieme dei dati raccolti confluisce in una proposta motivata, nella quale il Dipartimento valuta la persistenza dei collegamenti del detenuto con l'organizzazione criminale e suggerisce al Ministro l'applicazione del regime differenziato¹⁴⁷. Ricevuta la proposta, il Ministro della Giustizia procede alla valutazione politico-amministrativa della misura, verificando la coerenza dell'istruttoria e la proporzionalità della sospensione rispetto alle esigenze di sicurezza. Solo se ritiene sussistenti i presupposti, adotta il decreto ministeriale, che deve essere sottoscritto di concerto con il Ministro dell'Interno, la cui partecipazione garantisce il coordinamento con le competenze in materia di ordine pubblico e sicurezza collettiva¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Relazione annuale sul regime del 41-bis, 2021

¹⁴⁷ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2021

¹⁴⁸ Corte cost., sent., n. 351 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996

Il decreto assume la forma di atto scritto e motivato, contenente l'indicazione nominativa del detenuto, la durata della misura (fissata per un massimo di due anni), e le specifiche limitazioni trattamentali applicate. La motivazione deve essere concreta ed individualizzata, non potendo consistere in un generico richiamo alla pericolosità del soggetto o al titolo del reato. È necessario, invece, che vengano indicati gli elementi informativi posti a base della decisione e le ragioni per cui il regime ordinario non sarebbe idoneo a prevenire la reiterazione dei contatti con l'organizzazione criminale¹⁴⁹.

Una volta emanato, il decreto viene notificato al detenuto e trasmesso al DAP per l'esecuzione presso l'istituto penitenziario individuato. La notifica segna anche il momento a partire dal quale il detenuto può esercitare i propri diritti di difesa: l'art. 14-ter o.p. prevede infatti la possibilità di proporre reclamo al magistrato di sorveglianza, che ha il compito di verificare la legittimità formale e sostanziale del provvedimento. Il magistrato di sorveglianza non può sindacare il merito delle valutazioni di sicurezza, ma può annullare o disapplicare il decreto qualora accerti carenze motivazionali, violazioni di legge o travisamenti manifesti dei presupposti normativi. Contro la sua decisione è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 666, comma 6, c.p.p.¹⁵⁰.

Tale distinzione tra la competenza del Ministro della Giustizia e quella del magistrato di sorveglianza rappresenta uno degli aspetti più delicati del sistema. Il primo esercita un potere amministrativo di natura politico-discrezionale, volto alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; il secondo, invece, esercita una funzione giurisdizionale di garanzia, chiamata a verificare la conformità del provvedimento ministeriale ai limiti legali e costituzionali. In questo equilibrio si riflette la tensione strutturale tra amministrazione e giurisdizione che caratterizza l'intera disciplina del 41-bis.

Sotto il profilo sistematico, il potere ministeriale si qualifica come una discrezionalità vincolata: discrezionale nella valutazione della misura più adeguata alle esigenze di sicurezza, ma vincolata nei presupposti e nella finalità.

Come ha chiarito la Corte costituzionale con la sentenza n. 351 del 1996, il Ministro della Giustizia esercita un potere amministrativo "extra-penitenziario", volto alla tutela dell'ordine pubblico, ma incidente su diritti coperti da riserva di giurisdizione, sicché deve essere accompagnato da garanzie equivalenti a quelle processuali.

¹⁴⁹ Corte cost., n. 410/1993, in *Giur. Cost.*, 1993; Corte cost., sent. n. 376/1997. Le pronunce richiamano l'esigenza che il decreto ministeriale sia motivato in modo effettivo ed individualizzato, con riferimento ad elementi concreti ed attuali di collegamento con la criminalità organizzata, e sottoposto al controllo giurisdizionale del magistrato di sorveglianza.

¹⁵⁰ Corte cost., 410/1993; Corte cost., 351/1996.

In dottrina si è osservato come l'attribuzione del potere all'autorità politica costituisca una deroga al principio di giurisdizionalità dell'esecuzione penale, che trova giustificazione solo nell'eccezionalità della misura e nella previsione di un controllo sottoposto a verifica giurisdizionale costante¹⁵¹.

Quindi si può affermare che il Ministro della Giustizia si il perno dell'intero procedimento di applicazione del 41-bis: egli assume una funzione di raccordo tra le esigenze di sicurezza pubblica e la tutela dei diritti fondamentali, agendo in collaborazione con il Ministro dell'Interno e il DAP. L'equilibrio tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale costituisce il criterio decisivo per valutare la legittimità costituzionale del suo intervento.

1.2. Titolarità del potere applicativo del regime differenziato ex art. 41-bis o.p.

Il potere di disporre la sospensione delle regole del trattamento penitenziario ordinario, previsto dall'art. 41-bis o.p., è attribuito al Ministro della Giustizia, che lo esercita di concerto con il Ministro dell'Interno.

Si tratta di un potere amministrativo di natura eccezionale, che si colloca al confine tra la funzione di sicurezza pubblica e la sfera dell'esecuzione penale, e che trova la propria giustificazione solo nella presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica.

La complessità del procedimento, la pluralità di organi coinvolti e la delicatezza degli interessi in gioco impongono una gestione rigidamente scandita in più fasi, ciascuna con specifici oneri istruttori, garanzie formali e limiti sostanziali.

La fase istruttoria ha inizio, di regola, presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), che opera come organo tecnico-amministrativo di supporto al Ministro.

L'impulso può provenire dalle Direzioni distrettuali antimafia, dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, oppure dagli organi investigativi, che trasmettono segnalazioni, informative e relazioni riguardanti soggetti ritenuti ancora collegati ad ambienti di criminalità organizzata o eversiva.

In questa fase vengono raccolti tutti gli elementi necessari a verificare se sussistano collegamenti attuali e operativi del detenuto con il gruppo criminale di appartenenza e se la sua permanenza nel regime ordinario possa costituire un rischio concreto per la sicurezza pubblica. Tali elementi possono derivare da fonti eterogenee: relazioni delle autorità giudiziarie, informative di polizia, provvedimenti cautelari, sentenze di condanna, osservazioni dei direttori

¹⁵¹ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., p. 320

degli istituti penitenziari e dei comandanti di reparto, nonché informazioni provenienti dal circuito investigativo antimafia¹⁵².

Sulla base del materiale raccolto, il DAP redige una relazione tecnico-propositiva, nella quale analizza la fondatezza delle informazioni, formula un giudizio prognostico circa la pericolosità del detenuto e propone l'applicazione del regime differenziato, indicando la durata e le restrizioni suggerite.

La relazione deve contenere una motivazione circostanziata della persistenza dei collegamenti criminali, sull'attualità del pericolo e sulla necessità della misura rispetto ad altre soluzioni trattamentali meno restrittive¹⁵³.

Nella prassi, il DAP aggiorna periodicamente le proprie valutazioni attraverso rapporti trimestrali dei direttori degli istituti 41-bis e delle forze di polizia, così da mantenere costante il monitoraggio del soggetto in vista di eventuali proroghe.

Ricevuta la relazione, il Ministro della Giustizia avvia la fase di decisione, valutando la coerenza dell'istruttoria e, ove ritenga sussistenti i presupposti, emana il decreto di sospensione delle regole trattamentali ordinarie.

Il decreto deve essere sottoscritto di concerto con il Ministro dell'Interno, il cui intervento ha carattere sostanziale e non meramente formale, poiché mira ad assicurare la coerenza con le esigenze di sicurezza pubblica generale.

Il contenuto minimo del decreto è rigidamente determinato, dovendo indicare la base normativa, il nome del detenuto, la durata, le specifiche limitazioni imposte e la motivazione, articolata in una parte fattuale, riferita ai collegamenti accertati, e in una parte giuridica, che spiega la necessità e la proporzionalità della misura.

L'obbligo di motivazione, sancito dall'art. 3 della L. 241/1990, assume qui valore rafforzato, costituendo il presupposto per il successivo controllo giurisdizionale¹⁵⁴.

Il decreto è notificato al detenuto, trasmesso al DAP per l'esecuzione e comunicato alle autorità che hanno collaborato all'istruttoria.

Alla scadenza del biennio, l'eventuale permanenza della misura richiede la riapertura dell'istruttoria.

Il DAP acquisisce nuovi elementi dalle autorità proponenti e dagli istituti penitenziari, valutando se sussistano ancora i presupposti di pericolo.

Solo se tali elementi risultano attuali e concreti, può proporre la proroga del regime.

¹⁵² Ministero della Giustizia – DAP, Relazione annuale su regime del 41-bis 2021

¹⁵³ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, p. 316

¹⁵⁴ Art. 3 l. 241/1990; artt. 13 e 27 Cost.

La Corte costituzionale, con la sentenza 376 del 1997, ha chiarito che la proroga del 41-bis è legittima solo se fondata su una nuova valutazione autonoma, e non sulla semplice reiterazione dei motivi del decreto originario¹⁵⁵.

Il Ministro deve dunque motivare in modo specifico l'attualità del rischio e l'impossibilità di adottare misure meno restrittive.

La Cassazione penale ha più volte ribadito tale principio, affermando che il decreto di rinnovo "non può limitarsi a richiamare i provvedimenti precedenti, ma deve contenere un accertamento aggiornato della pericolosità e delle esigenze di sicurezza".¹⁵⁶

In difetto di motivazione autonoma, la proroga è illegittima e può essere annullata dal giudice di sorveglianza.

Sul piano sostanziale, il principio di temporaneità effettiva rappresenta la condizione imprescindibile di compatibilità del 41-bis con l'art. 27 Cost., in quanto impedisce che una misura eccezionale si trasformi in un regime di natura permanente¹⁵⁷.

La terza fase del procedimento è quella del controllo giurisdizionale, durante la quale il detenuto può proporre reclamo ex art. 14-ter o.p. al magistrato di sorveglianza, che esercita un sindacato di legittimità "rafforzato", volto a verificare la completezza dell'istruttoria, la coerenza logica e la conformità ai presupposti di legge, senza entrare nel merito delle valutazioni di sicurezza.

La Corte costituzionale, con la sentenza 410 del 1993, ha riconosciuto la necessità di tale controllo quale espressione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e della tutela giurisdizionale effettiva contro gli atti dell'amministrazione penitenziaria¹⁵⁸.

Contro la decisione del magistrato è ammesso ricorso al Tribunale di sorveglianza e, per violazione di legge, in Cassazione ai sensi dell'art. 666, comma 6, c.p.p.

Anche sul piano sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Enea c. Italia* (Grande Camera, 2009), ha riconosciuto la legittimità del regime differenziato purché la sua applicazione sia accompagnata da un controllo periodico effettivo e non meramente formale, fondato su elementi nuovi e verificabili.

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT), nei rapporti del 2017 e del 2022, ha ribadito la necessità di riesami sostanziali delle proroghe e di una maggiore trasparenza delle motivazioni¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Corte Cost., sent. n. 376 del 1997, in Foro it., 1998

¹⁵⁶ Cass., Sez. I pen., 3 dicembre 2013, n. 50335

¹⁵⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2021, p. 87

¹⁵⁸ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in Giur. Cost., 1993

¹⁵⁹ CPT, Rapporto 2017 sull'Italia

Nel 2019, la Corte EDU nel caso Viola c. Italia ha esteso tali principi al sistema dell'ergastolo ostativo, riaffermando che ogni misura restrittiva della libertà deve essere soggetta a verifiche periodiche sull'evoluzione della persona detenuta¹⁶⁰.

Quindi il potere ministeriale di applicare e prorogare il 41-bis si presenta come un potere amministrativo a discrezionalità vincolata, fondato su una complessa istruttoria tecnica e soggetto ad un controllo giurisdizionale effettivo.

1.3. I criteri per l'applicazione: elementi probatori e valutazioni sulla pericolosità del detenuto

La nozione di pericolosità rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 41-bis o.p. non coincide con quella prevista dall'art. 203 c.p. né con valutazioni che accompagnano le misure di sicurezza.

Essa nasce come un concetto autonomo, che non si riferisce alla probabilità di commissione di nuovi reati, ma alla capacità del soggetto di mantenere rapporti funzionali con l'organizzazione criminale cui apparteneva o di cui condivide ancora interessi e strategie.

Il giudizio non verte, quindi, sul futuro comportamento del detenuto in astratto, bensì sulla persistenza di un rischio relazionale, che può concretizzarsi anche in forma comunicativa o simbolica.

Come ha osservato Giostra, la pericolosità nel 41-bis è “funzionale”, perché ciò che si intende prevenire non è tanto la recidiva, quanto la trasmissione del potere criminale all'interno del carcere¹⁶¹.

Da questa impostazione discende che l'applicazione del 41-bis richiede un accertamento di pericolosità specifica, individuale e attuale, fondato su una valutazione prognostica e non su presunzioni.

La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 410 del 1993, ha affermato che la misura è giustificata solo “in presenza di elementi oggettivi dai quali risulti un pericolo concreto e individualizzato per l'ordine e la sicurezza pubblica”¹⁶².

Si tratta di un giudizio complesso, nel quale l'autorità amministrativa esercita una discrezionalità che non è di merito penitenziario, ma di ragionevolezza amministrativa: il Ministro non accerta colpe, bensì valuta se, alla luce delle informazioni disponibili, la normale disciplina trattamentale sia idonea o meno a prevenire contatti con l'esterno.

¹⁶⁰ Corte EDU, Grande Camera, Enea c. Italia, 17 settembre 2009; Viola c. Italia, 13 giugno 2019

¹⁶¹ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 327

¹⁶² Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2917

La prova richiesta per l'applicazione del 41-bis non è quella "oltre ogni ragionevole dubbio" propria del processo penale, ma una ragionevole certezza amministrativa, analoga allo standard di "elevata probabilità" tipico delle misure di prevenzione personali.

La Cassazione penale, Sez. I, 12 novembre 2020, n. 31785, ha precisato che "il giudizio del Ministro ha natura prognostica e si fonda su una valutazione complessiva e non atomistica degli elementi acquisiti, purché idonei a rappresentare un quadro attuale di pericolosità specifica"¹⁶³. Ciò non consente, tuttavia, di abbassare arbitrariamente la soglia probatoria: il provvedimento deve fondarsi su fatti verificabili e su dati provenienti da fonti istituzionali riconoscibili, altrimenti la discrezionalità si tradurrebbe in arbitrio.

La giurisprudenza più recente ha chiarito che le informazioni di polizia o di intelligence possono avere valore indiziario solo se sottoposte al vaglio critico e se accompagnate da elementi di riscontro.

La Cassazione, Sez. I, 21 dicembre 2020, n. 36815, ha ritenuto illegittimo il decreto ministeriale che richiama genericamente "segnalazioni riservate" senza indicarne la provenienza e senza confrontarle con la condotta penitenziaria del detenuto¹⁶⁴. Si configura, quindi, un onere di trasparenza istruttoria, che non coincide con la piena divulgazione degli atti, ma con la necessità di rendere intellegibile la base logica della decisione.

La pericolosità, nel contesto del 41-bis, non può essere concepita come una categoria rigida ma deve essere misurata alla luce del principio di proporzionalità, che richiede di bilanciare la tutela della sicurezza collettiva con la salvaguardia dei diritti fondamentali del detenuto, in primis la dignità personale (art. 27, co. 3, Cost.).

La Corte EDU, nella sentenza Enea c. Italia (2009), ha riconosciuto la legittimità del regime speciale, ma ha ammonito che esso "non può essere applicato in modo automatico, né mantenuto senza una valutazione periodica effettiva della pericolosità individuale"¹⁶⁵.

Tale impostazione è stata rafforzata dalla pronuncia Morabito c. Italia (aprile 2025), nella quale la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la proroga del 41-bis a un detenuto affetto da patologie gravi, ritenendo che, l'amministrazione avesse omesso di considerare il mutamento delle sue condizioni personali¹⁶⁶.

Queste decisioni indicano che il criterio di valutazione non è solo la persistenza del pericolo, ma anche la proporzionalità della risposta amministrativa: la misura deve essere la meno restrittiva possibile, idonea ma non eccedente rispetto l'obiettivo di prevenzione.

¹⁶³ Cass., Sez. I pen., 27 gennaio 2020, n. 15093, in De Jure, mass. Rv. 279152

¹⁶⁴ Cass., Sez. I pen., 21 dicembre 2020, n. 36815, in De Jure, mass. Rv. 280011

¹⁶⁵ Corte EDU, Grande Camera, Enea c. Italia, 17 settembre 2009

¹⁶⁶ Corte EDU, Morabito c. Italia, 10 aprile 2025, in Sistema Penale, 2025

Il giudice di sorveglianza, chiamato a valutare i reclami avverso i decreti di applicazione o di proroga, non può sostituirsi al Ministro nella valutazione di merito, ma esercita un controllo sulla logicità, coerenza e sufficienza motivazionale della prognosi di pericolosità.

Come ha precisato la Corte costituzionale, con la sentenza n. 376 del 1997, il controllo giurisdizionale “non si limita ad una verifica formale, ma deve assicurare che il potere amministrativo sia esercitato entro i limiti della legge e della Costituzione¹⁶⁷.

In altre parole, il giudice verifica la razionalità della catena inferenziale: se il decreto trae conclusioni non sostenute dai fatti, o trascura elementi che depongono per una riduzione del rischio, il provvedimento è illegittimo.

La Cassazione ha affermato che la pericolosità non può essere considerata immutabile, ma deve essere riesaminata alla luce dell’evoluzione personale del detenuto e del contesto criminale di riferimento¹⁶⁸.

Tale impostazione evita che il 41-bis si trasformi in un ergastolo amministrativo, perpetuato per inerzia più che per necessità.

1.4. La durata del provvedimento

Il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali ordinarie ai sensi dell’art. 41-bis, comma 2, o.p., nella formulazione oggi vigente, ha una durata temporalmente limitata, fissata dal legislatore in quattro anni. Esso è prorogabile per periodi successivi di due anni, senza previsione di un limite massimo complessivo, purché permangano le condizioni che ne hanno giustificato l’adozione, accertate attraverso una valutazione attuale e individualizzata della persistente capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l’organizzazione criminale, terroristica o eversiva di appartenenza.

Questa previsione risponde alla finalità di evitare la cristallizzazione del regime differenziato, riaffermando il principio secondo cui le misure restrittive dei diritti fondamentali devono essere necessarie, proporzionate e temporanee.

Come rileva autorevole dottrina, il limite temporale non rappresenta una semplice scadenza formale, bensì un presidio di legalità sostanziale: la durata determinata impone all’amministrazione di riesaminare periodicamente la posizione del detenuto, verificando l’effettiva persistenza dei presupposti di pericolosità e la proporzionalità della misura¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Corte cost., sent. n. 376 del 1997, in Foro it., 1998

¹⁶⁸ Cass., Sez. I pen., 4 marzo 2019, n. 29300, in De Jure, mass. Rv. 27512

¹⁶⁹ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 331

Ne consegue che la proroga non è un mero rinnovo automatico, ma un nuovo provvedimento amministrativo, autonomo rispetto al decreto originario, fondato su un'istruttoria aggiornata e su una motivazione distinta.

La Corte costituzionale ha più volte chiarito che la proroga del 41-bis non può consistere in una mera riproduzione del provvedimento originario, ma deve essere sorretta da elementi nuovi e attuali.

Il giudizio di legittimità del rinnovo, dunque, presuppone una valutazione autonoma, riferita a circostanze sopravvenute o comunque confermatrice del pericolo in atto¹⁷⁰.

Anche la Cassazione penale, Sez. I, con la sentenza 3447/2018 (Tagliavia), ha precisato che ogni proroga del regime differenziato richiede un accertamento attuale della pericolosità del detenuto e una motivazione specifica, che dia conto delle ragioni concrete per cui le esigenze di ordine e sicurezza pubblica permangono¹⁷¹.

La mancanza di una motivazione autonoma, o il semplice rinvio alla precedente istruttoria, comportano la violazione dei principi di legalità e proporzionalità, con conseguente illegittimità del decreto ministeriale.

Tali principi sono stati ribaditi dalla Cassazione penale, la quale ha affermato che il potere ministeriale deve esercitarsi sulla base di un'istruttoria aggiornata e di una motivazione non stereotipata, idonea a dimostrare la permanenza di collegamenti attuali con l'organizzazione criminale.

Nella prassi amministrativa, il procedimento del rinnovo si articola in tre passaggi: la raccolta di informazioni, con la quale il DAP riceve aggiornamenti dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (DNAA), dalle DDA competenti, dalla DIA e dalle forze di polizia specializzate. Queste relazioni descrivono eventuali contatti del detenuto con ambienti criminali esterni, l'attività di familiari e il comportamento all'interno dell'istituto; la valutazione del DAP, con la quale l'Ufficio detenuto del Dipartimento redige una relazione di sintesi che evidenzia se gli elementi raccolti mostrano una diminuzione o una persistenza del rischio di collegamenti esterni. In questo momento è frequente che le relazioni penitenziarie abbiano peso determinante; la decisione ministeriale, con la quale il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Interno, valuta la proposta. Se ritiene che i presupposti persistano, firma il nuovo decreto di proroga per due anni.

¹⁷⁰ Corte cost., sent. n. 376 del 1997, in Foro it., 1998

¹⁷¹ Cass., Sez. I pen., 24 gennaio 2018, n. 3447 (Tagliavia), in De Jure

La Circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017 disciplina in modo puntuale queste fasi, stabilendo che l'istruttoria debba includere un parere della Direzione generale detenuti e trattamento e che ogni proroga debba essere motivata in modo specifico e non stereotipato.

Una volta notificato, il decreto di proroga è immediatamente esecutivo ma può essere impugnato dal detenuto mediante reclamo al magistrato di sorveglianza.

La giurisprudenza mostra una prassi consolidata di controllo “a campione”: il giudice verifica la razionalità della motivazione e la concretezza degli elementi addotti, ma non può sostituirsi all'amministrazione nelle valutazioni di merito.

I decreti di rinnovo spesso contengono un riferimento sintetico alla relazione della DNAA e all'informativa della DIA, senza riportarne il contenuto; questa prassi, pur legittima ai fini della riservatezza, limita il controllo giurisdizionale, costringendo il giudice a verificare solo la coerenza logica del testo e non la fondatezza degli elementi di fatto.

Sul piano convenzionale, la Corte EDU ha assunto un ruolo decisivo nel richiedere una verifica sostanziale e periodica della misura.

Con la sentenza Enea c. Italia, la Corte ha affermato che la proroga non può essere automatica e deve fondarsi su dati individualizzati e aggiornati.

Più recentemente, nella decisione Morabito c. Italia, Strasburgo ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU poiché la proroga era stata disposta nonostante le gravi condizioni di salute del detenuto e senza adeguata motivazione.

Queste pronunce hanno indotto il Ministero ad introdurre, nella prassi interna, una verifica sanitaria e comportamentale più accurata in sede di rinnovo, soprattutto per i detenuti anziani o affetti da patologie gravi, a tutela del principio di proporzionalità.

Oltre al controllo giurisdizionale, un ruolo significativo è svolto dal Parlamento e dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, che presentano periodicamente relazioni sull'applicazione del 41-bis.

Il Rapporto tematico del 2024 evidenzia come, in molti casi, le proroghe avvengano “sulla base di informative generiche e con scarso riferimento all'evoluzione individuale del detenuto”¹⁷².

Il Garante ha suggerito che il DAP adotti una scheda di valutazione personalizzata, nella quale siano riportati gli indicatori oggettivi del rischio di contatto con l'esterno (ad esempio intercettazioni, messaggi criptati, rapporti familiari, comportamenti carcerari).

Tale approccio renderebbe più trasparente il processo e rafforzerebbe la possibilità di un controllo effettivo, sia giurisdizionale che amministrativo.

¹⁷² Garante nazionale, Rapporto tematico sul regime 41-bis, 2024

La disciplina della durata e della proroga del 41-bis non può essere letta solo in chiave teorica: nella prassi amministrativa italiana la misura, pur formalmente temporanea, tende spesso a prolungarsi per periodi molto lunghi.

La sfida per la legalità costituzionale non è più quella di affermare la necessità di un limite temporale, già riconosciuto, ma di renderlo effettivo, attraverso un riesame concreto e documentato, che tenga conto dell'evoluzione reale del soggetto e del mutamento del contesto criminale. In questo senso, la durata biennale deve essere interpretata come obbligo di rinnovata giustificazione, e non come semplice scadenza formale.

Come osserva Giostra, “la temporaneità non è una concessione dell'amministrazione, ma una garanzia di civiltà giuridica: il tempo del 41-bis deve essere sempre un tempo controllato”.¹⁷³

2. Le garanzie procedurali nell'applicazione del 41-bis

L'applicazione del regime differenziato ex art. 41-bis o.p. rappresenta il punto d'incontro fra l'esigenza statuale di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la necessità di garantire al detenuto il rispetto dei principi costituzionale e convenzionali in materia di libertà personale e diritto di difesa.

Proprio perché il provvedimento è amministrativo ma incide sui diritti fondamentali, la legge e la giurisprudenza costituzionale hanno progressivamente costruito un sistema di garanzie procedurali volto a bilanciare il potere discrezionale del Ministro della Giustizia con un controllo giurisdizionale effettivo.¹⁷⁴

Tali garanzie si manifestano in tre momenti essenziali: nella fase di adozione del provvedimento, mediante l'obbligo di motivazione e la tracciabilità dell'istruttoria; nella fase successiva all'emanazione, attraverso la facoltà di proporre reclamo e di far valere il proprio diritto di difesa dinanzi al magistrato e al tribunale di sorveglianza; nel controllo successivo di legittimità e proporzionalità, esercitato sia dai giudici nazionali sia dalle Corti europee.

Le garanzie procedurali, pertanto, costituiscono l'elemento che trasforma il 41-bis da misura meramente discrezionale in atto amministrativo giustiziabile, collocando la decisione ministeriale all'interno del circuito delle tutele previste dagli artt. 24, 111 e 113 Cost. e dagli artt. 3 e 6 CEDU.

I paragrafi che seguono analizzeranno, nell'ordine, il diritto di difesa e le possibilità di opposizione del detenuto, l'obbligo di motivazione del decreto, il sindacato di legittimità del giudice di sorveglianza e i rimedi in caso di violazioni di principi costituzionali.

¹⁷³ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2022

¹⁷⁴ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. Cost.*, 1993; sent. n. 351 del 1996, in *Giur. Cost.*

2.1. Il diritto di difesa del detenuto

L'applicazione del regime differenziato ex art. 41-bis o.p. costituisce un atto amministrativo di natura eccezionale che incide profondamente sulla sfera dei diritti individuali del detenuto. Nonostante la sua matrice amministrativa, esso coinvolge direttamente la libertà personale e il diritto di difesa, garantiti dagli artt. 13 e 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU.

La giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha progressivamente delineato un sistema di garanzie difensive volto ad assicurare che il destinatario del provvedimento possa esercitare forme elettive di tutela, sia in sede amministrativa che giurisdizionale.

Il procedimento di applicazione del 41-bis non prevede un contraddittorio preventivo: il detenuto non partecipa alla fase istruttoria né può far valere in anticipo le proprie ragioni, poiché il decreto ministeriale ha carattere d'urgenza e si fonda su informazioni spesso riservate.

Tuttavia, l'ordinamento assicura una tutela difensiva successiva, consentendo all'interessato di conoscere il provvedimento e di impugnarlo dinanzi all'autorità giudiziaria.¹⁷⁵

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 410 del 1993, ha ritenuto compatibile con i principi costituzionali la mancanza di partecipazione preventiva, purché al detenuto sia garantito un rimedio giurisdizionale effettivo a posteriori.

La stessa Corte ha chiarito che, anche in assenza di contraddittorio nella fase di emanazione, il detenuto deve poter conoscere le ragioni essenziali della decisione: la motivazione del decreto deve essere concreta e comprensibile, in modo da rendere possibile l'esercizio del diritto di difesa¹⁷⁶.

Il principale strumento di tutela è il reclamo previsto dall'art. 14-ter o.p., che consente di contestare la legittimità del decreto di applicazione o di proroga del 41-bis.

La competenza appartiene al magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione, e il reclamo può essere presentato personalmente o tramite difensore entro dieci giorni dalla notifica del decreto.

Il procedimento si svolge in camera di consiglio con contraddittorio tra amministrazione e difesa.

Il magistrato di sorveglianza deve verificare la completezza e la coerenza logica della motivazione, la sussistenza dei presupposti legali ("gravi motivi di ordine e sicurezza

¹⁷⁵ A. MARGARA, "Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole e le cose e le pietose bugie", in *Questione Giustizia*, n. 1/1997, p. 64 ss.

¹⁷⁶ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. Cost.*, 1993

pubblica”), la concretezza e attualità del pericolo e la proporzionalità delle restrizioni rispetto alla finalità di sicurezza.

In caso di accoglimento il giudice può annullare il decreto o dichiararlo inefficace.

La decisione è impugnabile con ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi dell’art. 666, comma 6, c.p.p.

La Cassazione penale, Sez. I, con sentenza n. 31785 del 2020, ha sottolineato che il giudice di sorveglianza non può sostituirsi all’amministrazione nelle valutazioni di merito, ma deve verificare che la decisione ministeriale sia ragionevolmente giustificata e fondata su elementi oggettivi aggiornati.

Si tratta di un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità, analogo a quello previsto nel giudizio amministrativo per l’eccesso di potere: il giudice è chiamato a valutare l’opportunità della misura, ma la sua coerenza rispetto ai presupposti normativi.

La Cassazione ha ulteriormente precisato che il magistrato può disapplicare il decreto ministeriale qualora la motivazione sia apparente, stereotipata o fondata su informative generiche e prive di riscontro¹⁷⁷.

In questo senso, il controllo giurisdizionale diviene anche strumento di garanzia epistemica, imponendo all’amministrazione un onere motivazionale concreto e verificabile.

Nel giudizio di reclamo, il detenuto ha diritto all’assistenza tecnica di un difensore di fiducia o d’ufficio, a essere sentito personalmente e a depositare memorie e documenti.

Il procedimento si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione del DAP o del Ministero e la possibilità per il giudice di acquisire documentazione riservata in forma sintetica, tutelando il segreto investigativo.

L’amministrazione è tenuta a fornire una motivazione conoscibile, sufficiente a permettere l’esercizio effettivo del diritto di difesa.

La Corte EDU, nella sentenza *Enea c. Italia*, ha riconosciuto che la compatibilità del 41-bis con l’art. 6 CEDU dipende dall’esistenza di un rimedio effettivo, in grado di assicurare un controllo sulla legittimità e sulla proporzionalità della misura.¹⁷⁸

La più recente decisione *Morabito c. Italia* ha rilevato la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU poiché la proroga del 41-bis era stata motivata in modo generico e il detenuto non aveva avuto la possibilità concreta di contestarla¹⁷⁹.

Tali pronunce rafforzano la funzione del reclamo come presidio di effettività della tutela difensiva nel diritto interno.

¹⁷⁷ Cass., Sez. I pen., 21 dicembre 2020, n. 36815, in *De Jure*

¹⁷⁸ Corte EDU, *Grande Camera*, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009

¹⁷⁹ Corte EDU, *Morabito c. Italia*, 10 aprile 2025

Il reclamo, quindi, rappresenta il cuore delle garanzie procedurali del 41-bis, essendo l'unico strumento che consente al detenuto di far valere le proprie ragioni dinanzi ad un giudice terzo, assicurando il rispetto del principio di legalità e la possibilità di sindacare l'operato dell'esecutivo.

Il suo consolidamento giurisprudenziale ha trasformato un atto amministrativo di alta discrezionalità in un provvedimento giustiziabile, soggetto a controllo di legittimità e proporzionalità.

La sfida attuale non è più quella di riconoscere il diritto di difesa, ma di renderlo effettivo, imponendo all'amministrazione motivazioni concrete e verificabili e garantendo un riesame periodico fondato su dati aggiornati.

2.2. L'obbligo di motivazione e il sindacato di legittimità

Nel sistema penitenziario, la motivazione dei provvedimenti che incidono sui diritti fondamentali del detenuto costituisce una garanzia procedimentale essenziale e un elemento di controllo della legalità dell'azione amministrativa.

Nel caso del decreto ministeriale di applicazione o di proroga del regime ex 41-bis o.p., l'obbligo di motivazione rappresenta il punto di contatto tra il potere discrezionale dell'amministrazione e la sfera dei diritti individuali, essendo la condizione che consente al giudice di sorveglianza di esercitare il proprio sindacato e al detenuto di conoscere le ragioni della decisione.

La Corte cost., con la sentenza n. 351 del 1996, ha sottolineato che la motivazione del decreto deve essere concreta, individualizzata e verificabile, in quanto garanzia minima di legalità e presupposto necessario per l'effettività del diritto di difesa¹⁸⁰.

In assenza di una motivazione sufficiente, il provvedimento risulta viziato per violazione dell'art. 3 Cost. (principio di ragionevolezza) e dell'art. 24 Cost., poiché impedisce la conoscenza e la contestazione dei presupposti di fatto e di diritto su cui si fonda.

L'art. 41-bis, comma 2, o.p. non disciplina espressamente la forma e il contenuto della motivazione, ma l'elaborazione giurisprudenziale ha individuato requisiti stringenti, tra cui l'indicazione puntuale delle ragioni di ordine e sicurezza pubblica, il riferimento ad elementi informativi concreti e aggiornati sulla pericolosità del detenuto e la specificazione delle limitazioni trattamentali disposte e della loro proporzionalità rispetto alle esigenze preventive.

¹⁸⁰ Corte cost., sent. n. 351 del 1996

La Cassazione penale, Sez. I, con sentenza n. 31785 del 2020, ha chiarito che la motivazione non può ridursi a formule stereotipate, ma deve riflettere “una valutazione individualizzata, basata su dati attuali e specifici”.

Analogo principio era stato espresso nella sentenza Tagliavia, in cui si è affermato che il mero rinvio a informative generiche della D.I.A. o della D.N.A.A. integra un vizio di motivazione apparente¹⁸¹.

In dottrina, Giostra osserva che la motivazione del decreto ex 41-bis deve essere considerata parte integrante del procedimento di legittimazione democratica del potere amministrativo, «in quanto strumento di trasparenza e di controllo, volto ad impedire l’uso simbolico o politico della misura»¹⁸².

Anche Margara sottolinea che il principio di motivazione si pone come limite giuridico all’arbitrarietà ministeriale e come condizione di verificabilità da parte del giudice¹⁸³.

Il sindacato di legittimità del giudice di sorveglianza si concentra proprio sulla motivazione del decreto.

L’art. 14-ter o.p. e l’art. 666 c.p.p. attribuiscono al Giudice il potere di annullare o disapplicare il provvedimento qualora risulti viziato da carenza o contraddittorietà della motivazione, fondato su presupposti non attuali o su informative non verificabili, sproporzionato rispetto alle esigenze di sicurezza perseguite.

Come ha affermato la Cassazione penale, Sez. I. 21 dicembre 2020, n. 36815, il sindacato del magistrato di sorveglianza non riguarda l’opportunità della misura, ma la sua coerenza logica e la congruità del percorso motivazionale¹⁸⁴.

Il controllo si estende, dunque, alla verifica di non manifesta illogicità e di adeguatezza della motivazione, in analogia con il sindacato sull’eccesso di potere del giudice amministrativo.

Tale ricostruzione trova conferma nella Corte cost., sent. n. 410 del 1993 che, nel dichiarare la compatibilità costituzionale dell’art. 41-bis, ha fondato la legittimità del potere ministeriale proprio sull’esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo sulla motivazione dell’atto¹⁸⁵.

Il contenuto della motivazione incontra il limite del segreto investigativo, il quale però non può essere opposto in modo assoluto: deve sempre residuare una motivazione conoscibile, che consenta al detenuto e al suo difensore di comprendere, almeno in termini generali, le ragioni dell’applicazione o della proroga.

¹⁸¹ Cass. Sez. I, pen., 27 ottobre, n. 31785, in De Jure

¹⁸² G. Giostra – F. della Casa, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed. p. 340 ss.

¹⁸³ A. MARGARA, “Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole e le cose e le pietose bugie”, in *Questione Giustizia*, n. 1/1997, p. 64 ss.

¹⁸⁴ Cass., Sez. I pen., 21 dicembre 2020, n. 36815, in De Jure

¹⁸⁵ Corte cost., sent. n. 410 del 1993

Questa nozione di “motivazione conoscibile” è stata poi accolta anche dalla Corte EDU, che nella sentenza *Enea c. Italia* (2009) ha ribadito che la compatibilità dell’art. 41-bis con l’art. 6 CEDU richiede la possibilità per la difesa di ottenere informazioni sufficienti per esercitare un contraddittorio effettivo.

In sede di reclamo, pertanto, il giudice di sorveglianza può richiedere all’amministrazione una sintesi non segreta delle informazioni riservate, così da garantire il diritto di difesa senza compromettere le esigenze di sicurezza.

La Cassazione ha più volte affermato che la mera indicazione di “ragioni di ordine e sicurezza pubblica” non è sufficiente, dovendo il decreto contenere riferimenti concreti, anche se parzialmente omissi per esigenze di riservatezza.

Il principio di proporzionalità è divenuto, nella giurisprudenza più recente, un criterio sostanziale di valutazione della motivazione. Il giudice di sorveglianza è tenuto a verificare se le restrizioni imposte dal 41-bis siano necessarie e adeguate rispetto al fine perseguito.

La Corte cost., sent. n. 30 del 2025, ha ribadito che la proporzionalità costituisce l’illegittimità di quelle misure che incidono oltre il necessario sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali¹⁸⁶.

Nel medesimo senso, Fiandaca e Musco richiamano il principio secondo cui la limitazione della libertà deve essere sempre giustificata da una finalità legittima e da una motivazione concreta, pena la trasformazione della misura in una pena aggiuntiva non prevista dalla legge¹⁸⁷. Analogamente Pulitanò sottolinea che la motivazione, in ambito penitenziario, svolge la funzione di «strumento di razionalizzazione del potere discrezionale» e garantisce la tracciabilità delle decisioni restrittive¹⁸⁸.

Quindi l’obbligo di motivazione costituisce il baricentro delle garanzie procedurali del regime del 41-bis, essendo al contempo strumento di trasparenza, parametro di legittimità e condizione di effettività della tutela giurisdizionale.

Solo una motivazione concreta, individualizzata e conoscibile consente al giudice di sorveglianza di esercitare il proprio sindacato e al detenuto di esercitare un diritto di difesa effettivo.

Come sottolinea Giostra, «la motivazione è l’argine giuridico contro la trasformazione del 41-bis in un regime penale parallelo, sottratto al principio di legalità e al controllo del giudice»¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Corte cost., sent. n. 30 del 2025, in *Giur. Cost.*

¹⁸⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 95

¹⁸⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 112

¹⁸⁹ G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 343

2.3. Il controllo giurisdizionale sull'esecuzione del 41-bis

Il controllo giurisdizionale sull'esecuzione del regime di cui all'art. 41-bis o.p. costituisce il cardine che assicura la compatibilità costituzionale di una misura di natura amministrativa, ma dagli effetti sostanzialmente afflittivi.

Fin dalla storica sentenza Corte cost. n. 410 del 1993, si è affermato che la sospensione delle regole trattamentali, incidendo su diritti soggettivi tutelati dall'art. 24 Cost., deve essere soggetta a controllo giurisdizionale effettivo da parte del giudice ordinario¹⁹⁰.

In tal modo, la Corte ha ricondotto l'esercizio del potere ministeriale nell'alveo della legalità costituzionale, stabilendo che la discrezionalità amministrativa incontra limiti precisi: deve essere motivata, proporzionata e sottoposta ad un riesame giudiziale.

La dottrina ha interpretato tale principio come l'espressione più evidente della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penitenziaria.

Secondo Giostra, «il giudice di sorveglianza diviene garante della legalità dell'amministrazione penitenziaria, esercitando un controllo che, pur non essendo di merito, ne misura la razionalità e la coerenza rispetto ai fini di sicurezza»¹⁹¹.

Nello stesso senso, Margara evidenzia come la verifica giurisdizionale rappresenti «la soglia minima di civiltà giuridica che impedisce al potere amministrativo di mutarsi in potere penale parallelo»¹⁹².

Il potere ministeriale previsto dal 41-bis nasce per esigenze straordinarie di ordine e sicurezza pubblica, ma la sua applicazione si svolge all'interno dell'esecuzione penale, ossia di un ambito coperto da riserva di giurisdizione ex artt. 13 e 27 Cost.

Proprio da questo intreccio discende la necessità di un controllo giurisdizionale: il decreto ministeriale, pur essendo formalmente amministrativo, incide su beni di rango costituzionale come la libertà personale e la dignità umana, che non possono essere compressi senza verifica di un giudice indipendente.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 351 del 1996, ha chiarito che tale controllo non costituisce una mera garanzia formale, ma «una condizione di legittimità della misura, in quanto consente di verificare la concreta rispondenza ai presupposti normativi»¹⁹³.

Sul piano sistematico, la funzione del giudice di sorveglianza assume così un significato che va oltre il singolo reclamo, traducendosi essa in una garanzia diffusa di legalità

¹⁹⁰¹⁹⁰ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. Cost.*

¹⁹¹ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 349 ss.

¹⁹² A. MARGARA, «Ancora sulla pena e la sua esecuzione: le parole e le cose e le pietose bugie», in *Questione Giustizia*, n. 1/1997, p. 64 ss.

¹⁹³ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. Cost.*

nell'amministrazione penitenziaria, in coerenza con l'art. 69 o.p. e con l'evoluzione del principio di separazione dei poteri.

La dottrina ha efficacemente osservato come la giurisdizione di sorveglianza costituisca il principale presidio del principio di legalità nella fase esecutiva, chiamato a controllare l'esercizio di poteri amministrativi particolarmente incisivi.¹⁹⁴

Il controllo esercitato dal giudice di sorveglianza sul decreto ministeriale non si estende all'opportunità della misura, trattandosi di atto politico-amministrativo, ma riguarda la sua conformità a diritto.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il giudice può annullare o disapplicare il decreto quando questo sia fondato su informative generiche, non attuali o prive di verifica, oppure quando la motivazione sia solo apparente¹⁹⁵. Si tratta, dunque, di un controllo di ragionevolezza e proporzionalità, analogo, per struttura logico-giuridica, a quello che il giudice amministrativo esercita sull'eccesso di potere.

La Cassazione ha inoltre precisato che il giudice deve verificare la persistenza nel tempo dei presupposti giustificativi, poiché il mantenimento del 41-bis richiede un costante aggiornamento degli elementi di fatto che ne sorreggono la proroga.

In questo senso, la giurisprudenza penale ha progressivamente elaborato un parametro di legittimità dinamica, fondato sull'attualità e sulla non arbitrarietà delle valutazioni ministeriali. Il principio di effettività del rimedio giurisdizionale trova un corrispettivo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza *Enea c. Italia*, la Corte ha riconosciuto che il sistema italiano è conforme all'art. 6 CEDU solo in quanto il giudice di sorveglianza sia in grado di svolgere un controllo reale, e non meramente formale, sul decreto di sospensione¹⁹⁶.

La più recente pronuncia *Morabito c. Italia* ha invece ritenuto violato l'art. 13 CEDU, rilevando che la motivazione della proroga era eccessivamente generica e che la difesa non aveva avuto accesso sufficiente agli atti, invitando lo Stato a rafforzare le garanzie procedurali nel giudizio di sorveglianza.

Queste decisioni europee hanno inciso anche sul diritto interno, consolidando l'idea che il controllo giurisdizionale non possa essere ridotto ad un mero riesame formale, ma debba valutare la proporzionalità e la necessità della misura alla luce dei diritti convenzionali.

Sul piano dottrinale, il controllo del giudice sull'esecuzione del 41-bis è stato interpretato come segno di una più ampia "giurisdizionalizzazione del trattamento penitenziario". Come osserva

¹⁹⁴ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino

¹⁹⁵ Cass., Sez. I pen., 24 gennaio 2018, n. 3447 (Tagliavia)

¹⁹⁶ Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009

Giostra, il potere ministeriale non si esaurisce in una funzione amministrativa, ma si radica in un contesto di legalità processuale, nel quale il giudice costituisce il garante della correttezza e della proporzionalità dell'azione penitenziaria¹⁹⁷.

Secondo Pulitanò, tale trasformazione è espressione della “giustizia amministrativa penitenziaria”, un'area di confine nella quale la discrezionalità si traduce in responsabilità giuridica e dove la motivazione diviene il luogo del controllo di legalità¹⁹⁸.

Fiandaca e Musco collegano questo fenomeno al principio di personalità della pena: ogni restrizione aggiuntiva deve essere giustificata da ragioni concrete, individuali e temporanee, pena la violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.¹⁹⁹

2.3.1. *La competenza del magistrato di sorveglianza e del tribunale di sorveglianza*

La competenza ad esercitare il controllo giurisdizionale sull'applicazione e sull'esecuzione del regime di cui all'art. 41-bis o.p. si colloca nell'ambito della giurisdizione di sorveglianza, disciplinata dagli artt. 69 e 70 dell'ordinamento penitenziario e dagli artt. 666 e 678 c.p.p.

Tale giurisdizione è chiamata a svolgere una funzione peculiare: garantire la legalità dell'esecuzione della pena e delle misure che incidono sul trattamento penitenziario, assicurando la tutela dei diritti fondamentali del detenuto anche a fronte di provvedimenti amministrativi di particolare rigore.

La Corte costituzionale ha chiarito che la giurisdizione di sorveglianza non rappresenta una deroga al principio di separazione dei poteri, ma ne costituisce un correttivo necessario, in quanto consente di sottoporre al vaglio del giudice l'azione dell'amministrazione penitenziaria quando questa incide su posizioni giuridiche soggettive²⁰⁰.

In tale prospettiva, la distinzione tra magistrato di sorveglianza e tribunale di sorveglianza assume rilievo non solo organizzativo, ma anche funzionale.

Il magistrato di sorveglianza è il giudice ordinariamente competente a decidere sui reclami individuali proposti dai detenuti avverso i decreti di applicazione o di proroga del regime ex 41-bis, ai sensi dell'art. 14-ter o.p.

La sua competenza discende dall'articolo 69, comma 6, o.p., che gli attribuisce il potere di vigilare sulla legittimità dell'esecuzione della pena e del trattamento penitenziario, nonché di intervenire in presenza di violazioni di legge.

¹⁹⁷ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., p. 351 ss.

¹⁹⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 112 ss.

¹⁹⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2021, p. 97 ss.

²⁰⁰ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. Cost.*, 1993

Sul piano procedurale, il magistrato di sorveglianza opera secondo il modello camerale previsto dall'art. 666 c.p.p., con partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il magistrato di sorveglianza esercita un controllo giurisdizionale diretto e immediato, funzionale a garantire una tutela tempestiva dei diritti del detenuto, specie in relazione a misure che incidono in modo significativo sulle condizioni di vita intramuraria.

In dottrina, Giostra sottolinea come il magistrato di sorveglianza rappresenti il “giudice naturale dei diritti del detenuto”, chiamato a verificare non l'opportunità delle scelte amministrative, ma la loro conformità ai parametri di legalità costituzionale²⁰¹.

Analogamente, Margara evidenzia che il controllo del magistrato di sorveglianza costituisce una forma di giurisdizione di prossimità, essenziale per evitare che il regime differenziato si trasformi in un'area sottratta al diritto.

Il tribunale di sorveglianza esercita una competenza di natura collegiale, prevista dall'art. 70 o.p., che si estende alle decisioni di maggiore complessità o a quelle espressamente attribuite dalla legge.

In materia di 41-bis, la sua competenza emerge soprattutto nei casi in cui il controllo giurisdizionale richiede una valutazione più articolata o quando la legge prevede espressamente l'intervento dell'organo collegiale.

La giurisprudenza ha chiarito che il tribunale di sorveglianza interviene, in particolare, nelle ipotesi in cui la questione sottoposta al giudice non riguarda un singolo atto esecutivo, ma investe profili strutturali dell'esecuzione del regime differenziato, ovvero la permanenza delle condizioni che ne giustificano l'applicazione nel tempo.

La collegialità dell'organo risponde all'esigenza di garantire un maggiore grado di ponderazione nelle decisioni che incidono in modo prolungato sulla posizione giuridica del detenuto.

Secondo Ruggiero, la distinzione tra magistrato e tribunale di sorveglianza riflette una precisa scelta di politica giudiziaria, cioè affidare al giudice monocratico la tutela immediata e al giudice collegiale le valutazioni di sistema e di maggiore impatto sull'assetto dell'esecuzione²⁰².

In questo senso, il tribunale di sorveglianza si configura come organo di garanzia rafforzata, particolarmente rilevante nei regimi penitenziari speciali.

²⁰¹ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 356 ss.

²⁰² R. RUGGIERO, *La magistratura di sorveglianza e i suoi limiti*, Cedam, Padova, 2020, o. 141 ss.

Nonostante la distinzione funzionale, magistrato e tribunale di sorveglianza partecipano ad un unico sistema di controllo giurisdizionale, ispirato ai medesimi principi di legalità, proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali.

La Cassazione penale ha più volte affermato che la giurisdizione di sorveglianza debba essere interpretata in senso estensivo e garantista, evitando lettura formalistiche che possano comprimere l'effettività della tutela.

La dottrina maggioritaria concorda nel ritenere che la ripartizione delle competenze non debba mai tradursi in una frammentazione della tutela.

Come osserva Della Casa, «l'unitarietà della funzione di controllo è il presupposto affinché la giurisdizione di sorveglianza possa assolvere al suo ruolo di garante dei diritti nella fase esecutiva»²⁰³.

Nello stesso senso, Pulitanò collega la funzione del giudice di sorveglianza alla più ampia evoluzione del principio di legalità penale, sottolineando come anche l'esecuzione debba essere sottoposta ad un controllo giurisdizionale effettivo e non meramente nominale²⁰⁴.

2.3.2. *L'impugnazione dei provvedimenti applicativi del regime differenziato*

La disciplina delle impugnazioni avverso i provvedimenti applicativi e di proroga del regime di cui all'art. 41-bis o.p. si distingue dal modello ordinario del reclamo penitenziario, in quanto è regolata da una normativa speciale.

Con l'introduzione dei commi 2-quinquies, 2-sexies e 2-septies, il legislatore ha previsto un procedimento giurisdizionale autonomo, caratterizzato da regole proprie in ordine alla competenza, ai termini e al rito.

Tale procedimento si colloca nell'ambito della procedura penale dell'esecuzione e assume la forma di un giudizio incidentale, volto a consentire al giudice ordinario il controllo di legittimità su un provvedimento amministrativo che incide direttamente sull'esecuzione della pena.

Ai sensi dell'art. 41-bis, comma 2-quinquies, il detenuto o l'internato, nonché il difensore, sono legittimati a proporre reclamo avverso il procedimento di applicazione o di proroga del regime differenziato, il cui termine è fissato in venti giorni dalla comunicazione del provvedimento, termine più ampio rispetto a quello previsto per il reclamo ordinario, a conferma della particolare rilevanza delle situazioni giuridiche coinvolte²⁰⁵.

Elemento di assoluta peculiarità procedurale è la previsione di una competenza funzionale ed esclusiva in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma; la scelta di concentrare presso un unico

²⁰⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 118 ss.

ufficio giudiziario tutte le impugnazioni relative al 41-bis risponde ad una precisa logica di uniformità interpretativa e specializzazione, riducendo il rischio di orientamenti difformi in una materia caratterizzata da elevata discrezionalità amministrativa²⁰⁶.

Si tratta di una scelta di politica processuale che indice direttamente sull'assetto della giurisdizione e che rafforza il carattere processuale del controllo sul 41-bis²⁰⁷.

Il reclamo, espressamente, non sospende l'esecuzione del provvedimento, confermando la prevalenza delle esigenze di sicurezza nella fase immediatamente successiva all'adozione dell'atto, ma senza precludere il successivo intervento giurisdizionale²⁰⁸.

Il procedimento è disciplinato dal comma 2-sexies dell'art. 41-bis, che rinvia espressamente alle forme previste dagli artt. 666 e 679 c.p.p.

Il Tribunale di sorveglianza di Roma decide entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo, in camera di consiglio, secondo il modello tipico dei procedimenti incidentali dell'esecuzione penale²⁰⁹.

All'udienza, oltre al pubblico ministero ordinariamente competente, possono svolgere le funzioni requirenti un rappresentante dell'ufficio del procuratore della Repubblica di cui al comma 2-bis o del Procuratore nazionale antimafia²¹⁰.

La previsione di un pubblico ministero qualificato costituisce un ulteriore indice della specialità del procedimento, volto a garantire che il giudice disponga di un apporto informativo adeguato alla complessità delle valutazioni richieste²¹¹.

Sotto il profilo di cognizione, il Tribunale è chiamato a decidere sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento; il controllo giurisdizionale non si estende al merito delle valutazioni di opportunità o di politica della sicurezza, ma si concentra sulla corretta applicazione della legge, sull'esistenza e attualità dei presupposti normativi e sulla non manifesta illogicità o arbitrarietà del percorso motivazionale.

Ciò configura un giudizio di legittimità sostanziale, tipico della procedura penale, nel quale il giudice verifica la conformità a diritto dell'atto senza sostituirsi all'amministrazione nelle scelte discrezionali.

Il comma 2-septies disciplina espressamente la partecipazione del detenuto o dell'internato all'udienza, richiamando l'art. 146-bis delle disposizioni di attuazione del c.p.p.

²⁰⁶ R. RUGGIERO, *La giurisdizione di sorveglianza*, Cedam, Padova, 2020, p. 173 ss.

²⁰⁷ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 358 ss.

²⁰⁸ Art. 41-bis, comma 2-quinquies, ultimo periodo, o.p.

²⁰⁹ Cass., Sez I pen., 24 gennaio 2018, n. 3447, in *De Jure*

²¹⁰ Art. 41-bis, comma 2-sexies, o.p.

²¹¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 121 ss.

La partecipazione avviene, di regola, mediante collegamento audiovisivo a distanza, secondo modalità idonee a contemperare le esigenze di sicurezza con il diritto di difesa.

Sotto il profilo processuale, al detenuto è garantita l'assistenza tecnica del difensore, la possibilità di interloquire nel procedimento e il diritto di conoscere il contenuto essenziale delle ragioni poste a fondamento del provvedimento, nei limiti compatibili con il segreto investigativo.

In tal modo, il procedimento di reclamo realizza una forma di contraddittorio successivo all'adozione dell'atto, conforme ai parametri costituzionali e convenzionali, senza compromettere le finalità preventive della misura.

Avverso il Tribunale di sorveglianza di Roma è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge, proponibile entro dieci giorni dalla comunicazione²¹². Sono legittimati a proporre ricorso il Procuratore nazionale antimafia, il procuratore distrettuale competente, il procuratore generale presso la corte d'appello, il detenuto, l'internato o il difensore.

Il ricorso non ha effetto sospensivo ed è trasmesso senza ritardo alla Corte di cassazione, la quale esercita un controllo esclusivamente di legittimità, con funzione eminentemente nomofilattica, volto ad assicurare l'uniforme interpretazione dei presupposti applicativi del 41-bis.

Di particolare rilievo processuale è la previsione secondo cui, in caso di accoglimento del reclamo, il Ministro della giustizia, ove intenda adottare un nuovo provvedimento, deve evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo²¹³.

Tale disposizione introduce un vincolo procedurale rafforzato all'esercizio reiterato del potere amministrativo, impedendo che il controllo giurisdizionale venga eluso attraverso la mera riproposizione di decreti identici²¹⁴. Si tratta di una clausola che incide direttamente sul rapporto tra potere esecutivo e giurisdizione, rafforzando l'effettività del sindacato giudiziale.

2.3.3. *Il principio di proporzionalità nelle valutazioni giurisdizionali*

Nel procedimento di reclamo avverso i provvedimenti applicativi e di proroga del regime di cui all'art. 41-bis o.p., il principio di proporzionalità assume rilievo non come criterio di opportunità amministrativa, bensì come parametro giuridico del sindacato di legittimità esercitato dal giudice.

²¹² Art. 41-bis, comma 2-sexies, o.p.

²¹³ Art. 41-bis, comma 2-sexies, ultimo periodo. O.p.

²¹⁴ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., p. 362 ss.

All'interno della procedura penale, la proporzionalità opera come criterio di verifica della coerenza tra la misura adottata e i presupposti normativi che la giustificano, fungendo da strumento di controllo dell'eccesso di potere e dell'arbitrarietà dell'azione amministrativa²¹⁵.

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che il potere ministeriale di sospendere le regole del trattamento penitenziario è legittimo solo se esercitato nel rispetto di un rapporto di adeguatezza e necessità tra le restrizioni imposte e le esigenze di ordine e sicurezza pubblica concretamente accertate.

In questa prospettiva, il giudice di sorveglianza è chiamato a verificare che il provvedimento impugnato non ecceda quanto strettamente necessario per il perseguimento delle finalità preventive indicate dalla legge.

Il principio di proporzionalità trova una prima e fondamentale declinazione nel dovere di motivazione del decreto ministeriale. La motivazione costituisce il principale terreno sul quale si esercita il controllo giurisdizionale, poiché consente al giudice di valutare se la compressione dei diritti del detenuto sia giustificata da elementi concreti, attuali e individualizzati.

Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, la motivazione del provvedimento ex art. 41-bis deve consentire di verificare la persistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale, l'inidoneità del regime ordinario a prevenire tali collegamenti e la necessità delle specifiche restrizioni applicate.

In mancanza di una motivazione idonea a rendere percepibile il rispetto del criterio di proporzionalità, il giudice di sorveglianza è tenuto a rilevare il vizio di legittimità del provvedimento.

Come osserva Giostra, la proporzionalità non si traduce in una valutazione discrezionale del giudice, ma in una verifica razionale del nesso tra presupposti fattuali e misura adottata²¹⁶.

Un ulteriore profilo di applicazione del principio di proporzionalità concerne la durata del regime differenziato e la sua reiterazione nel tempo.

La Corte costituzionale ha escluso che il 41-bis possa configurarsi come una misura a tempo indeterminato, affermando che la sua legittimità è subordinata alla verifica periodica della persistenza dei presupposti che ne giustificano l'applicazione.

Nel giudizio di reclamo, il principio di proporzionalità impone al giudice di valutare se la proroga della misura sia fondata su elementi nuovi o comunque attuali, e se la protrazione del regime risulti ancora necessaria rispetto alle esigenze di sicurezza.

²¹⁵ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 360 ss

²¹⁶ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, op. cit., p. 362 ss.

In questo senso, la previsione dell'obbligo per il Ministro di evidenziare elementi nuovi in caso di reiterazione del provvedimento rafforza il ruolo della proporzionalità come criterio di controllo processuale, impedendo che la misura si cristallizzi in una restrizione permanente²¹⁷. Il principio di proporzionalità consente di delimitare in modo preciso l'ambito del sindacato giurisdizionale, evitando sia un controllo meramente formale, sia una indebita sostituzione del giudice all'amministrazione.

Il giudice non è chiamato a stabilire quale misura sarebbe stata più opportuna, ma a verificare se la misura adottata sia ragionevolmente proporzionata ai fini perseguiti dalla legge²¹⁸.

La Cassazione ha più volte ribadito che il sindacato del giudice di sorveglianza deve arrestarsi dinanzi alle valutazioni di merito dell'autorità amministrativa, ma non può rinunciare ad un controllo effettivo sulla non irragionevolezza e non sproporzione delle restrizioni imposte.

In tal modo la proporzionalità diviene il criterio attraverso cui il giudice esercita un controllo penetrante, ma non invasivo, coerente con la natura incidentale del procedimento.

Nel giudizio sul 41-bis, il principio di proporzionalità svolge infine una funzione di raccordo tra procedura penale e tutela dei diritti fondamentali. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che le restrizioni imposte ai detenuti per ragioni di sicurezza devono essere necessarie e proporzionate, e che l'assenza di un controllo giurisdizionale effettivo sulla proporzionalità della misura determina una violazione dell'art. 3 CEDU.

Il giudice nazionale, chiamato a decidere sul reclamo, è dunque tenuto ad interpretare e applicare il principio di proporzionalità anche alla luce dei parametri convenzionali, verificando che il regime differenziato non si traduca in un trattamento sproporzionato rispetto alle finalità legittime perseguite.

Come osserva Della Casa, la proporzionalità rappresenta il criterio di tenuta costituzionale e convenzionale del 41-bis all'interno del procedimento giurisdizionale²¹⁹.

2.3.4. I limiti all'intervento giurisdizionale nella modulazione delle restrizioni

Nel procedimento di reclamo avverso i provvedimenti applicativi e di proroga del regime di cui all'articolo 41-bis o.p., l'intervento del giudice è strutturalmente circoscritto entro limiti ben definiti, i quali discendono dalla natura del giudizio come procedimento incidentale di controllo di legittimità, nonché dalla qualificazione del decreto ministeriale quale atto amministrativo, espressione di una discrezionalità vincolata alle finalità di sicurezza pubblica.

²¹⁷ Art. 41-bis, comma 2-sexies, ultimo periodo, o.p.

²¹⁸ R. RUGGIERO, *La magistratura di sorveglianza*, Cedam, Padova, 2020, p. 181 ss.

Sul piano procedurale, ciò comporta che il giudice di sorveglianza e, in sede di legittimità, la Corte di cassazione, non possono sostituirsi all'amministrazione nella scelta delle modalità concrete di attuazione del regime differenziato.

Il controllo giurisdizionale è dunque funzionale a garantire il rispetto della legge e dei principi costituzionali, ma non si estende alla rimodulazione discrezionale delle restrizioni.

Il limite principale all'intervento del giudice consiste nella netta distinzione tra controllo di legittimità, che rientra pienamente nella competenza giurisdizionale, e valutazione di merito e opportunità, che restano riservate all'autorità amministrativa.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che il giudice non può sindacare la congruità delle singole prescrizioni in termini di opportunità, ma solo verificarne la riconducibilità alle finalità tipiche del 41-bis e la non manifesta irragionevolezza.

In questo senso, il giudice non può sostituire una diversa modulazione delle restrizioni a quella individuata dall'amministrazione, né introdurre prescrizioni alternative ritenute meno afflittive. Come osserva Giostra, il giudizio di sorveglianza sul 41 bis non si configura come un giudizio "sostitutivo", ma come un giudizio "di sbarramento" volto ad impedire che l'azione amministrativa oltrepassi i limiti imposti dalla legge²²⁰.

In coerenza con la natura del procedimento, al giudice è preclusa l'adozione di provvedimenti con formativi, ossia di decisioni che incidono direttamente sulla concreta articolazione del regime detentivo.

L'accoglimento del reclamo può condurre esclusivamente all'annullamento del provvedimento o alla sua disapplicazione, in caso di accertata illegittimità.

Non rientra invece nei poteri del giudice la possibilità di "correggere" il decreto ministeriale attraverso una modulazione alternativa delle restrizioni.

La Corte costituzionale ha chiarito che l'attribuzione di simili poteri al giudice determinerebbe un'indebita commistione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa, in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

Sotto il profilo processuale, il sindacato giurisdizionale assume pertanto una funzione negativa, volta a rimuovere l'atto illegittimo, ma non a sostituirlo con un diverso assetto regolatorio della detenzione²²¹.

Ulteriori limiti all'intervento del giudice derivano dalla natura delle fonti informative poste a base del provvedimento di applicazione del 41-bis.

²²⁰ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 364 ss.

Le valutazioni ministeriali si fondano spesso su informazioni provenienti da organi investigativi e di intelligence, talora coperti da segreto o caratterizzate da un elevato grado di riservatezza.

Nel procedimento di reclamo, il giudice è chiamato a bilanciare il diritto di difesa con le esigenze di tutela del segreto investigativo, potendo accedere agli atti riservati ma senza imporne la piena divulgazione alle parti.

La giurisprudenza ha chiarito che la limitazione dell'accesso difensivo non determina, di per sé, una violazione del diritto di difesa, purché il giudice sia posto in condizione di esercitare un controllo effettivo sulla sussistenza dei presupposti della misura.

Anche sotto questo profilo, il limite al sindacato giurisdizionale è funzionale a preservare l'equilibrio tra esigenze di sicurezza e garanzie processuali, evitando che il procedimento di reclamo si trasformi in un'indebita sede di discovery investigativa.

In sede di ricorso per cassazione, i limiti all'intervento giurisdizionale risultano ulteriormente accentuati.

La Corte di cassazione è chiamata ad esercitare un controllo esclusivamente di legittimità, circoscritto alla verifica dell'osservanza delle norme processuali, della corretta applicazione dei presupposti normativi e della non apparenza o manifesta illogicità della motivazione.

La funzione nomofilattica della corte impedisce qualsiasi rivalutazione del merito delle scelte amministrative e consolida un modello di sindacato nel quale il controllo diviene progressivamente più ristretto ma mano che si sale nei gradi di giudizio.

Come sottolinea Ruggiero, tale assetto rafforza la prevedibilità delle decisioni e contribuisce a stabilizzare l'equilibrio tra potere esecutivo e giurisdizione²²².

2.4. Rimedi giuridici in caso di violazioni dell'art. 27 Cost.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato come il controllo giurisdizionale sulle misure applicative del regime di cui all'articolo 41-bis o.p. si articoli, ordinariamente, attraverso un procedimento incidentale di legittimità, caratterizzata da limiti strutturali del sindacato e da una netta distinzione tra valutazione e giurisdizionali e discrezionalità amministrativa.

Tuttavia, quando l'applicazione o l'esecuzione del regime differenziato determini una compressione dei diritti del detenuto tale da incidere sui parametri costituzionali della pena, e in particolare sul divieto di trattamenti contrari al senso di umanità sancito dall'articolo 27, comma 3, Cost., il sistema pronta rimedi giuridici ulteriori idonei a garantire una tutela rafforzata.

²²² R. RUGGIERO, *La giurisdizione di sorveglianza*, Cedam, Padova, 2020, p. 187 ss.

In questa prospettiva, il superamento della soglia della mera legittimità amministrativa comporta il passaggio ad una dimensione di tutela che coinvolge direttamente il giudice dei diritti, chiamato a verificare la compatibilità del trattamento detentivo con i principi costituzionali e convenzionali.

La sezione che segue è pertanto dedicata all'analisi dei rimedi giuridici attivabili in presenza di violazioni dell'articolo 27 Cost., muovendo dal ruolo del giudice di sorveglianza, per poi esaminare l'incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e il possibile intervento della Corte costituzionale.

2.4.1. Il ruolo del magistrato di sorveglianza nel correggere abusi e disapplicare misure illegittime

Nel sistema delineato dall'ordinamento penitenziario e dalla procedura penale dell'esecuzione, il giudice di sorveglianza riveste un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali del detenuto, in quanto giudice ordinariamente competente a verificare la legittimità dell'esecuzione della pena e del trattamento penitenziario.

Tale funzione assume un rilievo particolarmente intenso nell'ambito del regime di cui all'articolo 41-bis o.p., ove il rischio di compressione dei diritti inviolabili della persona è strutturalmente elevato.

La Corte costituzionale ha chiarito che il giudice di sorveglianza non è un mero giudice dell'amministrazione penitenziaria, ma un giudice dei diritti, chiamato a garantire che l'esecuzione della pena si svolga nel rispetto dei principi sanciti dagli articoli 13 e 27 Cost²²³.

In questa prospettiva, il suo intervento non si limita al controllo di legittimità formale del provvedimento, ma si estende alla verifica della compatibilità costituzionale del trattamento concretamente imposto.

Nel procedimento di reclamo, qualora il giudice accerti che l'applicazione del regime differenziato, o specifiche modalità della sua esecuzione, si traducano in un trattamento contrario al senso di umanità, egli è tenuto ad intervenire mediante gli strumenti che l'ordinamento gli attribuisce; in particolare il giudice di sorveglianza può annullare il provvedimento amministrativo illegittimo, disapplicare singole prescrizioni incompatibili con i parametri costituzionali e ordinare la cessazione di pratiche esecutive lesive dei diritti fondamentali.

²²³ Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410, in Giur. cost., 1993

La giurisprudenza ha precisato che tali poteri trovano fondamento diretto nell'articolo 69 dell'ordinamento penitenziario, che attribuisce al giudice di sorveglianza il compito di vigilare affinché l'esecuzione della pena non ecceda i limiti fissati dalla legge e dalla Costituzione²²⁴.

L'intervento correttivo del giudice si giustifica, dunque, non come forma di ingerenza nella discrezionalità amministrativa, ma come esercizio di una funzione di garanzia costituzionalmente necessaria.

Il parametro dell'articolo 27, comma 3, Cost., assume un ruolo decisivo nel giudizio del giudice di sorveglianza, poiché consente di individuare una soglia invalicabile nella modulazione delle restrizioni detentive.

Quando il regime di 41-bis, per intensità o modalità di applicazione, determini una sofferenza aggiuntiva non giustificata da esigenze di sicurezza, il giudice è chiamato a rilevare la violazione del principio di umanità della pena.

La Corte costituzionale ha affermato che il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità opera anche nei confronti dei detenuti sottoposti a regimi speciali, imponendo all'amministrazione e al giudice un controllo costante sulla proporzionalità e ragionevolezza delle restrizioni.

In tale quadro, il giudice di sorveglianza rappresenta il primo presidio giurisdizionale contro il rischio di una trasformazione del 41-bis in una pena afflittiva aggiuntiva.

L'intervento del giudice di sorveglianza in presenza di violazioni dell'art. 27 Cost. mantiene, comunque, una natura correttiva e non sostitutiva.

Il giudice non è chiamato a ridisegnare complessivamente il regime detentivo, ma a rimuovere gli effetti lesivi derivanti da un'applicazione illegittima o sproporzionata della misura.

Come osserva Della Casa, il potere correttivo del giudice di sorveglianza si configura come un potere di "ripristino della legalità costituzionale", che opera ex post e nei limiti necessari ad eliminare la violazione accertata²²⁵.

In questo senso il controllo giurisdizionale rafforza la tenuta costituzionale del sistema, senza alterare l'equilibrio tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale.

2.4.2. *L'incidenza della Corte EDU e delle sue pronunce sul sistema italiano*

Nel sistema dei rimedi giuridici contro le violazioni dell'art. 27 Cost. derivanti dall'applicazione del regime di cui all'articolo 41-bis, un ruolo di crescente rilievo assunto dalla

²²⁴ Art. 69, l. 354/1975

Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui pronunce incidono in modo significativo sull'assetto del controllo giurisdizionale interno.

La Corte EDU non interviene come giudice dell'esecuzione penale in senso stretto, ma opera come giudice sovranazionale dei diritti, chiamato a verificare la compatibilità del trattamento detentivo con i parametri della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare con gli articoli 3 e 13 CEDU.

Nel caso del 41-bis, l'incidenza della giurisprudenza europea si manifesta soprattutto sul piano dell'effettività del controllo giurisdizionale, imponendo agli Stati contraenti l'obbligo di predisporre rimedi interni i doni a prevenire e reprimere trattamenti inumani o degradanti.

In questa prospettiva, le pronunce della corte EDU assumono valore di criterio interpretativo vincolante per il giudice nazionale, chiamato ad applicare la normativa interna in modo conforme alla Convenzione.

Il principale parametro convenzionale rilevante in materia di 41 bis è rappresentato dall'articolo 3 CEDU, che vieta in modo assoluto la tortura e i trattamenti inumani o degradanti.

La Corte EDU ha costantemente affermato che anche i detenuti sottoposti a regimi di particolare rigore devono beneficiare di condizioni detentive compatibili con la dignità umana, e che la sicurezza non può mai giustificare una compressione illimitata dei diritti fondamentali²²⁶.

Nella giurisprudenza europea relativa al sistema italiano, la corte ha riconosciuto in linea di principio la legittimità del regime di 41-bis, purché esso sia accompagnato da garanzie procedurali adeguate e da un controllo giurisdizionale effettivo.

In particolare, è stato sottolineato che il carattere eccezionale del regime differenziato impone una verifica costante della sua necessità e proporzionalità, evitando che esso si traduca in una misura afflittiva permanente²²⁷.

La pronuncia più significativa della Corte EDU in materia di 41-bis è rappresentato dal caso *Enea c. Italia* (17 settembre 2009).

In tale decisione, la Corte ha affermato che il regime differenziato non viola di per sé l'articolo 3 CEDU, ma ha rilevato una violazione dell'articolo 13 CEDU, in quanto il ricorrente non disponeva, all'epoca dei fatti, di un rimedio interno effettivo per contestare le restrizioni subite²²⁸.

La Corte ha posto l'accento non tanto sul contenuto delle singole restrizioni, quanto sull'insufficienza del controllo giurisdizionale disponibile, ritenendo che l'assenza di un sindacato effettivo sulla proporzionalità e sulla durata della misura compromettesse la tutela dei

²²⁶ Corte EDU, *Kudła c. Polonia*, 26 ottobre 2000

²²⁷ Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, 4 luglio 2006

²²⁸ Corte EDU, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009

diritti convenzionali. Tale pronuncia ha avuto un impatto rilevante sull'ordinamento italiano, contribuendo al rafforzamento del sistema dei rimedi giurisdizionali interni e alla successiva tipizzazione del procedimento di reclamo ex art. 41-bis.

Accanto all'art. 3 CEDU, assume rilievo decisivo l'art. 13 CEDU, che impone agli Stati l'obbligo di assicurare un rimedio interno effettivo contro le violazioni dei diritti convenzionali. Nel contesto del 41-bis, tale obbligo si traduce nella necessità di un controllo giurisdizionale reale, tempestivo e dotato di poteri idonei ad incidere sull'esecuzione della misura.

La Corte EDU ha chiarito che è un rimedio è effettivo non solo quando è formalmente previsto, ma quando consente al giudice di esaminare nel merito la doglianza, valutare la proporzionalità della misura, adottare provvedimenti idonei a porre fine alla violazione.

Questo orientamento ha inciso profondamente sull'interpretazione della normativa italiana da parte della giurisprudenza nazionale, che ha progressivamente valorizzato il ruolo del giudice di sorveglianza come garante dei diritti convenzionali.

Sul piano della procedura penale, le pronunce della Corte EDU operano come vincolo interpretativo per il giudice nazionale in virtù dell'articolo 117, comma 1, Cost., che impone il rispetto degli obblighi internazionali.

La Corte costituzionale ha chiarito che il giudice comune è tenuto ad interpretare la normativa interna in modo conforme alla CEDU, e, ove ciò non sia possibile, a sollevare questione di legittimità costituzionale²²⁹.

In materia di 41-bis, ciò comporta che il giudice di sorveglianza e la Corte di cassazione devono esercitare il proprio sindacato tenendo conto degli standard elaborati dalla corte EDU, in particolare con riferimento alla durata della misura, alla proporzionalità delle restrizioni e all'effettività dei rimedi disponibili.

Come osserva Giostra, la giurisprudenza europea ha contribuito a “processualizzare” il controllo sul 41-bis, trasformando il reclamo in uno strumento di tutela sostanziale e non meramente formale²³⁰.

2.4.3. *L'intervento della Corte costituzionale su questioni di compatibilità con l'articolo 27 della Costituzione*

Nel sistema dei rimedi giuridici contro le violazioni dell'articolo 27 Cost. derivanti dall'applicazione del regime di cui all'articolo 41-bis, l'intervento della Corte costituzionale si colloca su un piano indiretto e mediato, attraverso il meccanismo dell'incidente di legittimità costituzionale.

²²⁹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in Giur. cost.

²³⁰ G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, ult. ed., p. 368 ss.

A differenza del giudice di sorveglianza e della Corte EDU, la Corte costituzionale non è chiamata a sindacare il singolo provvedimento applicativo, ma a verificare la compatibilità della disciplina normativa che lo consente con i parametri costituzionali, e in particolare con il principio di umanità della pena sancito dall'articolo 27, comma 3, Cost.

Dal punto di vista procedurale, il controllo di costituzionalità si innesta all'interno di un giudizio in corso, tipicamente il procedimento di reclamo avverso il decreto ministeriale o il successivo giudizio di cassazione, nel quale il giudice comune ritenga che la norma applicabile presenti un dubbio di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondato.

La rilevanza è ravvisabile quando la decisione del giudizio incidentale non può prescindere dall'applicazione della norma sospettata di incostituzionalità; la non manifesta infondatezza, invece, richiede una motivata delibazione preliminare circa il possibile contrasto della disciplina del 41-bis con i parametri costituzionali invocati.

In tale contesto, il giudice di sorveglianza riveste un ruolo centrale nella sollevazione della questione di legittimità costituzionale, quale giudice dell'esecuzione penale incaricato di verificare la conformità del trattamento detentivo ai principi costituzionali.

La Corte costituzionale ha più volte riconosciuto la piena legittimazione del giudice di sorveglianza a promuovere il controllo di costituzionalità delle norme penitenziarie, valorizzandone la funzione di garante dei diritti fondamentali nella fase esecutiva²³¹.

L'art. 27, comma 3, Cost. assume nel giudizio costituzionale la funzione di parametro sostanziale di valutazione, volto ad impedire che l'esecuzione della pena si traduca in un trattamento contrario al senso di umanità o in una negazione della finalità rieducativa.

Con riferimento al regime di cui all'articolo 41-bis o.p., la Corte costituzionale ha costantemente affermato che tale disciplina non è di per sé incompatibile con l'articolo 27 Cost., in quanto è giustificata da eccezionali esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

Tuttavia, la compatibilità costituzionale è stata espressamente subordinata alla temporaneità della misura, alla verifica periodica dei presupposti e alla sottoposizione ad un controllo giurisdizionale effettivo.

In questa prospettiva, l'art. 27 Cost. opera come un avere propria clausola di limite alla discrezionalità del legislatore dell'amministrazione, impedendo che il 41 bis si trasformi in una pena aggiuntiva, indefinita o svincolata dalle garanzie proprie dell'esecuzione penale.

La Corte costituzionale ha infatti chiarito che il regime differenziato non può mai assumere carattere automatico o permanente, né può fondarsi su presunzioni assolute di pericolosità, dovendo invece poggiare su valutazioni attuali e individualizzate.

²³¹ Corte cost., 23 novembre 1993, n. 410, in Giur. cost.

Sotto il profilo delle tecniche decisorie e la Corte costituzionale ha mostrato un approccio improntato alla prudenza istituzionale; in materia di 41 bis, essa ha frequentemente fatto ricorso a pronunce di rigetto “nei sensi di cui in motivazione” e a sentenze interpretative, volte a salvaguardare l’impianto normativo complessivo, ma al contempo ad indirizzarne l’applicazione in senso costituzionalmente conforme.

Queste tecniche rafforzano il ruolo del giudice comune, chiamato ad applicare la disciplina del regime differenziato secondo i criteri e i limiti tracciati dalla Corte, evitando applicazioni distorsive o eccessivamente afflittive.

Il possibile intervento della Corte costituzionale si inserisce inoltre in un dialogo multilivello con la giurisprudenza della Corte EDU, in virtù dell’art. 117, comma 1, Cost., che impone il rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In tale quadro, la Corte costituzionale è chiamata a verificare la compatibilità della disciplina del 41-bis non solo con il testo costituzionale, ma anche con gli standard convenzionali in materia di trattamenti inumani o degradanti, come interpretati dalla Corte di Strasburgo.

CAPITOLO 3 – PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA, GARANZIE PROCESSUALI E APPLICAZIONE DEL 41-BIS

1. La presunzione di non colpevolezza nel sistema penale interno e sovranazionale

1.1. La presunzione di non colpevolezza nell'ordinamento interno

La presunzione di non colpevolezza costituisce uno dei principi cardine del sistema penale italiano e rappresenta una delle più rilevanti garanzie poste a tutela dell'individuo nei confronti dell'esercizio del potere punitivo statale. Essa trova il proprio fondamento normativo nell'art. 27, comma 2, della Costituzione, il quale stabilisce che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva».

Tale disposizione, collocata nel titolo primo della parte prima della costituzione, assume un valore strutturale nell'economia dell'intero sistema penale e processuale, in quanto esprime una scelta di civiltà giuridica che segna il definitivo superamento di modelli inquisitori e autoritari nei quali l'imputato era spesso trattato come colpevole sin dalle prime fasi del procedimento.

La presunzione di non colpevolezza non si esaurisce, tuttavia, in una formula di principio, ma opera come regola fondamentale di trattamento della persona sottoposta a procedimento penale, incidendo tanto sulla struttura del processo quanto sulle modalità di esercizio del potere punitivo. Essa impone che la colpevolezza dell'imputato possa essere affermata esclusivamente all'esito di un giudizio svolto nel rispetto del contraddittorio, della parità delle parti e delle garanzie difensive, e che ogni limitazione della libertà personale trovi giustificazione in esigenze diverse e autonomi rispetto alla finalità punitiva²³².

²³² Cfr. Corte cost., sent. n. 364/1988; G. Fiandaca – E. Musco, Diritto penale. Parte generale, Zanichelli, ult. ed.

In dottrina si è soliti distinguere, all'interno di tale principio, due profili concettualmente distinti ma strettamente connessi: la presunzione di innocenza in senso sostanziale e la presunzione di non colpevolezza in senso processuale.

La prima attiene al piano assiologico e sostanziale e si traduce nel divieto di considerare il soggetto autore di un reato prima dell'accertamento definitivo della responsabilità; opera come limite alla stigmatizzazione sociale e giuridica dell'imputato, imponendo che lo stesso non venga trattato come colpevole né dalle autorità pubbliche né dall'opinione pubblica.

La seconda, invece, rileva propriamente sul piano processuale e si configura come regola di giudizio di trattamento, destinata ad operare per l'intera durata del procedimento penale; implica che l'imputato debba essere considerato non colpevole sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna e che, conseguentemente, ogni misura limitativa della libertà personale o dei diritti fondamentali debba essere giustificata da esigenze cautelari specifiche e non possa mai assumere carattere sanzionatorio anticipato²³³.

Proprio in questa prospettiva, la presunzione di non colpevolezza si pone come argine all'anticipazione della pena, vietando che strumenti formalmente qualificati come cautelari o amministrativi finiscano per realizzare, nella sostanza, una forma di punizione priva delle garanzie proprie del giudizio di responsabilità.

La giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito tale impostazione, chiarendo che la presunzione di non colpevolezza non impedisce in assoluto l'adozione di misure restrittive prima della condanna definitiva, ma impone che esse siano sorrette da esigenze cautelari effettive, siano proporzionate e non assumano natura afflittiva o retributiva. In tal senso, la Corte costituzionale ha affermato che le misure limitative della libertà personale possono ritenersi compatibili con l'articolo 27, comma 2, Cost. solo ove risultino funzionali ad esigenze diverse dalla punizione, quali la prevenzione del pericolo di fuga, l'inquinamento probatorio o la reiterazione del reato²³⁴.

La presunzione di non colpevolezza si collega, inoltre, in modo indissolubile al diritto di difesa sancito dall'articolo 24 della Cost. e al principio del giusto processo di cui all'articolo 111 Cost. Essa presuppone, infatti, un modello processuale fondato sulla parità delle parti, sull'imparzialità del giudice e sulla formazione della prova nel contraddittorio, escludendo qualsiasi forma di anticipazione del giudizio di colpevolezza.

Sotto questo profilo, la presunzione di non colpevolezza assume anche una funzione sistemica, in quanto contribuisce a delimitare l'ambito di legittimità dell'intervento statale nel processo

²³³ G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Giuffrè, ult. ed.

²³⁴ Corte cost., sentt. nn. 265/2010; 231/2011; 57/2013.

penale e a garantire che l'esercizio del potere punitivo avvenga nel rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e ragionevolezza.

È proprio alla luce di tali coordinate che emergono le principali criticità connesse all'applicazione di regimi detentivi particolarmente affettivi in assenza di una condanna definitiva; in tali ipotesi, infatti, il rischio è quello di una sostanziale elusione della presunzione di non colpevolezza, attraverso l'introduzione di misure che, pur formalmente qualificati come preventive o amministrative, producono effetti assimilabili a quelli della pena.

Questo profilo risulta particolarmente evidente nel caso del regime di cui all'articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario, la cui applicazione, specie nei confronti di soggetti non ancora definitivamente condannati, solleva interrogativi di non poco momento circa la compatibilità con i principi costituzionali in materia di responsabilità penali garanzie processuali.

Come osservato da autorevole dottrina, la presunzione di non colpevolezza non può essere ridotta a una semplice regola probatoria, ma deve essere intesa come un principio strutturale dell'intero sistema penale, destinato ad orientare l'interpretazione e l'applicazione di tutte le norme che incidono sulla libertà personale dell'individuo²³⁵. In tale prospettiva, ogni intervento anticipatorio che comporti una significativa compressione dei diritti fondamentali deve essere valutato con particolare rigore, al fine di evitare che il procedimento penale venga trasformato in uno strumento di afflizione anticipata.

Il rischio di una simile degenerazione è tanto più elevato nei casi in cui la limitazione della libertà personale si fonda non su accertamento di responsabilità, bensì su una valutazione prognostica di pericolosità, persona Tura connotata da un elevato tasso di discrezionalità; in tale ipotesi, il confine tra misura cautelare e sanzione anticipata tende a farsi labile, con conseguente compressione del principio di presunzione di non colpevolezza.

La dottrina ha più volte evidenziato come la logica della prevenzione, se non adeguatamente circoscritta, rischia di sovrapporsi indebitamente alla funzione propria della pena, determinando una sorta di "anticipazione del trattamento punitivo" in contrasto con i principi costituzionali²³⁶. In questo senso, la presunzione di non colpevolezza opera quale limite invalicabile all'espansione delle misure preventive, imponendo che esse siano giustificate da esigenze concrete, attuali e rigorosamente motivate.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha più volte sottolineato che il sacrificio dei diritti fondamentali dell'imputato non può mai fondarsi su valutazioni meramente astratte o su presunzioni generalizzate di pericolosità; la corte costituzionale ha chiarito che ogni

²³⁵ M. CHIAVARIO, *La presunzione di innocenza nel processo penale*, in Riv. it. dir. proc. pen.

²³⁶ G. FIANDACA, *Diritto penale e garanzie costituzionali*, in Riv. it. dir. proc. pen.

compressione anticipata della libertà personale deve essere sorretta da un puntuale bilanciamento tra le esigenze di tutela della collettività e la salvaguardia dei diritti individuali, nel rispetto dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza²³⁷.

In tale quadro, la presunzione di non colpevolezza assume anche una funzione di garanzia contro il rischio di automatismi decisionali, imponendo al legislatore e all'interprete di evitare soluzioni normative che producano effetti affettivi in via generalizzata, indipendentemente dalla concreta situazione del singolo soggetto.

È proprio alla luce di queste considerazioni che la dottrina più attenta ha evidenziato come la presunzione di non colpevolezza rappresenti uno dei principali parametri di legittimità delle misure limitative adottate in fase anteriore alla condanna definitiva, fungendo da criterio di controllo della compatibilità costituzionale delle scelte legislative e amministrative che incidono sulla libertà personale, imponendo una costante verifica della loro effettiva necessità e proporzionalità.

La tensione tra esigenze di sicurezza e tutela delle garanzie processuali emerge, dunque, in tutta la sua evidenza, rendendo necessario un attento scrutinio della compatibilità del regime differenziato con il principio di presunzione di non colpevolezza, non solo alla luce del diritto interno, ma anche dei parametri sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali. Su tale snodo si innesta l'analisi che verrà sviluppata nei paragrafi successivi, dedicati all'applicazione del 41-bis ai soggetti non definitivamente condannati e al complesso bilanciamento tra prevenzione e garanzie processuali.

1.2. La presunzione di non colpevolezza nel diritto sovranazionale

Nel sistema sovranazionale la presunzione di innocenza assume un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali della persona sottoposta a procedimento penale, configurandosi come principio cardine dell'intero impianto convenzionale e come parametri imprescindibili di legittimità dell'azione penale degli Stati membri.

Il riferimento normativo principale è rappresentato dall'articolo 6, par. 2, CEDU, il quale stabilisce che «ogni persona accusata di un reato è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 6 nel suo complesso, esprime una concezione ampia del giusto processo, nella quale la presunzione di innocenza non si esaurisce in una regola probatoria, ma assume una dimensione sostanziale e garantista.

²³⁷ Corte cost., sentt. nn. 57/2013; 48/2015; 24/2019.

Analoga formulazione è contenuta nell'articolo 48 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ribadisce il valore fondamentale della presunzione di innocenza nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione.

La convergenza tra i due testi normativi evidenzia come tale principio costituisca ormai un patrimonio comune degli ordinamenti europei, destinato a vincolare tanto il legislatore quanto l'interprete nazionale.

La giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente ampliato il significato della presunzione di innocenza, attribuendole una portata che travalica il mero ambito processuale; secondo l'orientamento consolidato della corte, infatti, la presunzione di innocenza non si limita a vietare l'affermazione formale di colpevolezza prima della condanna definitiva, ma impone allo Stato di astenersi da qualsiasi comportamento o misura che possa far apparire l'imputato comincia a colpevole agli occhi dell'opinione pubblica o che comporti un trattamento sostanzialmente assimilabile a quello sanzionatorio²³⁸.

In tal senso, la corte EDU ha più volte affermato che la presunzione di innocenza può dirsi violata non soltanto da dichiarazioni esplicite di colpevolezza, ma anche da provvedimenti o prassi che, per le loro modalità applicative, producano un effetto stigmatizzando te o anticipatorio della pena. Emblematica, sotto questo profilo, è la sentenza *Allenet de Ribemont c. Francia*, nella quale la corte ha ritenuto violato l'articolo 6, par. 2, CEDU a causa delle dichiarazioni rese da esponenti delle autorità pubbliche che lasciavano intendere la colpevolezza dell'indagato prima della conclusione del processo²³⁹.

La presunzione di innocenza, pertanto, viene qualificata dalla giurisprudenza europea come diritto sostanziale, idoneo ad incidere non solo sull'esito del processo, ma anche sulle modalità con cui lo Stato esercita il proprio potere punitivo nel corso del procedimento. Essa si configura come una garanzia "trasversale", destinata a permeare ogni fase del procedimento penale e a limitare l'adozione di misure afflittive che non trovino giustificazione in esigenze rigorosamente dimostrate.

In questa prospettiva, risulta particolarmente significativa la distinzione, elaborata in dottrina, tra la presunzione di innocenza in senso convenzionale e la presunzione di non colpevolezza propria dell'ordinamento interno. Mentre quest'ultima viene tradizionalmente intesa come regola di giudizio, destinata ad operare fino alla sentenza definitiva, la prima assume una portata

²³⁸ Corte EDU, *Minelli c. Svizzera*, 25 marzo 1983; Corte EDU, *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 febbraio 1995.

²³⁹ Corte EDU, *Allenet de Ribemont c. Francia*

più ampia, configurandosi come il limite sostanziale all'azione pubblica e come parametro di valutazione della legittimità delle misure restrittive adottate nei confronti dell'imputato²⁴⁰.

La Corte EDU, infatti, ha più volte chiarito che la presunzione di innocenza risulta violata ogniquale volta una misura, pur formalmente qualificata come preventiva o amministrativa, presenti caratteristiche tali da farla apparire, nella sostanza, come una sanzione anticipata. In tali casi, ciò che rileva non è la qualificazione formale attribuita dallo Stato, bensì l'effettiva incidenza della misura sui diritti fondamentali dell'individuo e la sua concreta funzione repressiva²⁴¹.

Questa impostazione ha condotto la corte a sottoporre ad un rigoroso scrutinio di proporzionalità tutte le misure che comportano una significativa compressione della libertà personale prima della condanna definitiva, imponendo agli Stati l'onere di dimostrare non solo la legittimità formale dell'intervento, ma anche la sua necessità e proporzionalità in concreto.

In tale quadro, la presunzione di innocenza assume una funzione di vero e proprio limite esterno all'espansione delle logiche securitarie, ponendosi come argine alla tendenza, sempre più diffusa negli ordinamenti contemporanei, a privilegiare esigenze di prevenzione e di difesa sociale anche a costo di sacrificare le garanzie individuali.

Come rilevato in dottrina, il rischio è quello di una progressiva "amministrativizzazione" del diritto penale, nella quale la funzione preventiva tende a prevalere su quella garantista, con conseguente indebolimento del principio di colpevolezza²⁴².

Tali considerazioni assumono particolare rilievo con riferimento ai regimi detentivi speciali, e in particolare a regime di cui all'articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario, la cui applicazione comporta una compressione particolarmente intensa dei diritti fondamentali del detenuto; in questo contesto, la presunzione di innocenza, così come interpretata dalla Corte EDU, impone di verificare se le limitazioni imposte siano effettivamente giustificate da esigenze concrete e attuali, o se finiscono per assumere una funzione sostanzialmente punitiva in assenza di una condanna definitiva.

2. L'applicazione del regime del 41-bis ai soggetti non definitivamente condannati

L'analisi della presunzione di non colpevolezza, tanto nel suo significato costituzionale quando nella sua declinazione sovranazionale, conduce inevitabilmente ad interrogarsi sulla

²⁴⁰ F. VIGANÒ, *La presunzione di innocenza tra Costituzione e CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, pp. 1-18

²⁴¹ Corte EDU, *Butkevičius c. Lituania*, 26 marzo 2002; Corte EDU, *Garycki c. Polonia*, 6 febbraio 2007

²⁴² M. DONINI, *Garanzie penali e logiche securitarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1125-1148

compatibilità di tale principio con l'applicazione di regimi detentivi particolarmente afflittivi in una fase in cui l'accertamento della responsabilità penale non si è ancora definitivamente compiuto.

In questo contesto si colloca il regime previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario, che rappresenta una delle più incisive forme di limitazione dei diritti del detenuto previste dall'ordinamento italiano. Nato come strumento eccezionale di contrasto alla criminalità organizzata, esso si caratterizza per una compressione particolarmente intensa nelle relazioni personali, delle comunicazioni e, più in generale, delle modalità di esplicazione della personalità del soggetto ristretto.

La questione si pone in termini particolarmente problematici quando il regime del 41-bis viene applicato non a soggetti definitivamente condannati, ma ad imputati o condannati in via non definitiva; in tale ipotesi, infatti, la misura si innesta in una fase processuale ancora coperta dalla presunzione di non colpevolezza, dando luogo ad una tensione evidente tra esigenze di prevenzione e tutela delle garanzie fondamentali.

Il problema non riguarda solo la legittimità formale dell'applicazione del regime differenziato, ma investe la sua stessa compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali che presidiano il diritto penale democratico. Si tratta, in particolare, di verificare se e in quale misura la finalità preventiva possa giustificare l'adozione di un trattamento detentivo fortemente afflittivo nei confronti di soggetti la cui personalità non sia stata accertata ancora in via definitiva. In questa prospettiva l'analisi dell'applicazione del 41 bis ai soggetti non definitivamente condannati costituisce un passaggio essenziale per comprendere le criticità sistematiche dell'istituto e per valutare la tenuta del bilanciamento tra sicurezza pubblica e garanzie processuali, che rappresenta uno dei nodi centrali dell'intero regime differenziato.

2.1. L'applicazione del 41-bis in fase cautelare: ambito soggettivo e criticità sistematiche

L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario consente l'applicazione del regime detentivo differenziato nei confronti di soggetti ritenuti appartenenti ad associazioni criminali di tipo mafioso, terroristico o eversivo, al fine di interrompere i collegamenti con l'organizzazione di appartenenza. La norma, tuttavia, non limita espressamente il proprio ambito applicativo ai soli detenuti definitivamente condannati, consentendo l'estinzione del regime anche a soggetti in attesa di giudizio o di una decisione definitiva.

Tale estensione pone immediatamente un problema di compatibilità con il principio di non colpevolezza, poiché consente l'applicazione di un trattamento detentivo estremamente

afflittivo in una fase in cui la responsabilità penale non è stata ancora accertata in via irrevocabile.

Sotto il profilo soggettivo, è possibile distinguere tre diverse categorie di destinatari del regime del 41-bis: l'imputato sottoposto a custodia cautelare; il condannato in primo o in secondo grado, in attesa di giudizio definitivo e il condannato con sentenza passata in giudicato.

È evidente come la posizione del soggetto non definitivamente condannato presenti profili di particolare delicatezza, in quanto egli si trova in una condizione giuridica ancora coperta dalla presunzione di non colpevolezza, pur essendo assoggettato ad un regime che incide profondamente sulla sua sfera personale e relazionale.

La dottrina ha sottolineato come l'applicazione del 41-bis in fase cautelare realizzi una significativa torsione del principio di presunzione di non colpevolezza, determinando una sorta di anticipazione del trattamento sanzionatorio in assenza di una condanna definitiva²⁴³.

In tale prospettiva, il regime differenziato finisce per assumere una funzione che trascende quella meramente preventiva, avvicinandosi per intensità e modalità applicative ad una vera e propria sanzione anticipata. Ciò risulta particolarmente evidente se si considera l'insieme delle restrizioni previste dal 41-bis: limitazione dei colloqui, controllo della corrispondenza, isolamento, riduzione delle attività trattamentali, compressione dei rapporti affettivi e sociali.

La Corte costituzionale, pur avendo più volte affermato la legittimità in astratto del regime di cui all'art. 41-bis, ha riconosciuto che la sua applicazione deve essere sorretta da un rigoroso accertamento in concreto della pericolosità del soggetto e della persistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale. In assenza di tali presupposti, il regime rischierebbe di trasformarsi in una misura afflittiva incompatibile con i principi costituzionali²⁴⁴.

Tuttavia, proprio con riferimento ai soggetti non definitivamente condannati, il controllo sulla effettiva sussistenza di tali presupposti si presenta particolarmente complesso. In tali casi, infatti, la valutazione di pericolosità si fonda inevitabilmente su elementi indiziari e su prognosi, con il rischio di attribuire rilievo decisivo ad elementi non ancora vagliati in modo definitivo nel contraddittorio processuale.

La dottrina ha evidenziato come questa situazione determini una frizione strutturale tra il principio di presunzione di non colpevolezza e la logica preventiva sottesa al 41-bis, poiché il giudizio sulla pericolosità tende a sovrapporsi, di fatto, ad un giudizio anticipato di colpevolezza²⁴⁵.

²⁴³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed., pp. 87–92

²⁴⁴ Corte cost., sent. n. 351/1996; sent. n. 376/1997; sent. n. 410/2000.

²⁴⁵ A. GAITO, *Il regime del 41-bis tra prevenzione e garanzie*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, pp. 945–968

Sotto questo profilo, il regime differenziato si colloca in una zona grigia tra misura di sicurezza, misura cautelare e strumento amministrativo di gestione penitenziaria, con conseguente difficoltà di inquadramento dogmatico. Tale ambiguità contribuisce ad accrescere le perplessità in ordine alla sua compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale e processuale penale.

Non a caso parte della dottrina ha parlato di una vera e propria “eccezione permanente” al sistema delle garanzie, nella quale il primato delle esigenze di sicurezza finisce per comprimere in modo eccessivo i diritti fondamentali dell’individuo, soprattutto quando la misura viene applicata in una fase in cui la responsabilità penale non è stata ancora accertata in via definitiva²⁴⁶.

In questa prospettiva, il tema dell’applicazione del 41-bis ai soggetti non definitivamente condannati assume rilievo centrale nel dibattito sul rapporto tra prevenzione e garanzie, ponendo interrogativi che investono non solo la legittimità costituzionale dell’istituto, ma anche la sua conformità ai parametri convenzionali elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

2.2. Presunzione di non colpevolezza e regime differenziato

L’applicazione del regime di cui all’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario nei confronti di soggetti non definitivamente condannati pone uno dei problemi più delicati dell’intero sistema penale, in quanto mette direttamente a confronto due esigenze tra loro strutturalmente confliggenti: da un lato, la tutela della sicurezza pubblica e la prevenzione dei collegamenti con la criminalità organizzata; dall’altro, la salvaguardia del principio di presunzione di non colpevolezza, cardine del diritto costituzionale.

Come già evidenziato, la presunzione di non colpevolezza, sancita dall’art. 27, comma 2, Cost. e ribadita dall’art. 6, par. 2, CEDU, opera sino alla pronuncia di una condanna definitiva e impone che il soggetto non venga trattato come colpevole prima dell’esito irrevocabile del giudizio. Tale principio non si esaurisce in una regola probatoria, ma costituisce un limite sostanziale all’esercizio del potere punitivo dello Stato, impedendo ogni anticipazione degli effetti della pena²⁴⁷.

Il problema nasce nel momento in cui il regime del 41-bis, pur formalmente qualificato come misura amministrativa di natura preventiva, viene applicato anche a soggetti che non abbiano ancora riportato una condanna definitiva. In tali ipotesi, infatti, il detenuto, pur giuridicamente non colpevole, viene assoggettato al più severo regime detentivo previsto dall’ordinamento,

²⁴⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Zanichelli, Bologna, 2019.

²⁴⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed., pp. 69-75

caratterizzato da un'intensa compressione dei diritti fondamentali, quali libertà di comunicazione, i rapporti affettivi, la socialità e, in parte, lo stesso esercizio del diritto di difesa. La giurisprudenza costituzionale ha affrontato più volte questo nodo, cercando di ricondurre l'operatività del 41-bis entro un quadro di compatibilità con i principi costituzionali. In particolare, la Corte ha costantemente affermato che il regime differenziato non ha natura punitiva, bensì preventiva, in quanto finalizzato esclusivamente ad impedire che il detenuto possa mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza e continuare ad esercitare un ruolo operativo dall'interno del carcere²⁴⁸.

Secondo la Corte, tale finalità consentirebbe di escludere una violazione della presunzione di non colpevolezza, poiché la misura non si fonderebbe su un giudizio di responsabilità penale, ma su una valutazione autonoma e attuale della pericolosità del soggetto. In questa prospettiva, l'applicazione del 41-bis risulterebbe legittima anche nei confronti di imputati o di condannati non definitivi, a condizione che sia sorretta da una motivazione individualizzata, fondata su elementi concreti e idonei a dimostrare la persistente capacità del detenuto di mantenere contatti con l'organizzazione criminale²⁴⁹.

Tuttavia, questa ricostruzione, pur formalmente coerente, presenta profili di rilevante criticità sul piano sostanziale. Come evidenziato da autorevole dottrina, la distinzione tra funzione preventiva e funzione punitiva rischia di rimanere puramente nominalistica, laddove il regime applicato produca effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una pena²⁵⁰. Il 41-bis, infatti, non si limita ad incidere su aspetti marginali della vita detentiva, ma comporta una compressione radicale delle relazioni sociali, dell'autodeterminazione personale e delle possibilità di comunicazione con l'esterno, assumendo un carattere fortemente afflittivo.

Il nodo problematico risiede, in particolare, nel criterio della pericolosità, che costituisce il presupposto applicativo del regime differenziato. Tale valutazione, infatti, si fonda spesso sugli stessi elementi che sorreggono l'accusa penale, come intercettazioni, contesto associativo, ruolo ipotizzato nell'organizzazione, e che non sono ancora stati vagliati in via definitiva dal giudice del merito. Ne deriva il rischio che la pericolosità venga utilizzata come surrogato della colpevolezza, determinando una sostanziale anticipazione del giudizio penale²⁵¹.

In questa prospettiva, parte della dottrina ha parlato di una pericolosa sovrapposizione tra giudizio cautelare e giudizio di responsabilità, nella quale il processo penale perde la propria

²⁴⁸ Corte cost., sent. n. 351/1996; sent. n. 376/1997; sent. N. 410/2000, in *Giur. Cost.*

²⁴⁹ Corte cost., sent. n. 57/2013, in *Giur. Cost.*, p. 893 ss.

²⁵⁰ M. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale. Dalla lotta alla devianza alla lotta al nemico*, Giappichelli, Torino, 2014.

²⁵¹ G. FIANDACA, *Il diritto penale d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1453–1476.

funzione di accertamento per trasformarsi in uno strumento di gestione preventiva del rischio. Ciò comporta un progressivo slittamento verso modelli di diritto penale d'autore, nei quali il trattamento sanzionatorio è ancorato non al fatto commesso, ma alla personalità del soggetto e alla sua presunta pericolosità sociale²⁵².

Il problema si accentua ulteriormente nei casi in cui il 41-bis venga applicato in fase cautelare o a soggetti in attesa di giudizio definitivo, poiché in tali ipotesi la presunzione di non colpevolezza rischia di essere svuotata di contenuto effettivo. Il detenuto, pur formalmente innocente, subisce un trattamento che, per intensità e durata, si avvicina sensibilmente a quello riservato ai condannati in via definitiva, con una evidente frizione rispetto ai principi costituzionali.

È proprio per questa ragione che una parte significativa della dottrina ha evidenziato come la compatibilità del 41-bis con la presunzione di non colpevolezza possa essere ammessa solo entro limiti estremamente rigorosi, fondati su un controllo giurisdizionale effettivo, su una motivazione puntuale e su una verifica costante dell'attualità delle esigenze preventive. In assenza di tali garanzie, il regime differenziato rischia di trasformarsi in una forma di pena anticipata, incompatibile con i principi fondamentali dello Stato di diritto.

3. Il bilanciamento tra esigenze preventive e garanzie processuali

L'analisi dell'applicazione del regime di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nei confronti dei soggetti non definitivamente condannati conduce inevitabilmente ad interrogarsi sul delicato bilanciamento tra le esigenze di prevenzione e le garanzie proprie del diritto penale e del processo penale.

Il 41-bis rappresenta, infatti, uno degli esempi più significativi di tensione tra istanze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti fondamentali della persona, collocandosi in una zona di confine nella quale il legislatore ha inteso privilegiare la neutralizzazione del rischio criminale rispetto alla piena esplicazione delle garanzie individuali. Tale scelta, tuttavia, non può ritenersi neutra sul piano costituzionale, poiché incide direttamente su principi di rango primario quali la presunzione di non colpevolezza, la libertà personale e il diritto di difesa.

Il bilanciamento tra tali interessi costituisce, secondo la giurisprudenza costituzionale, la chiave di lettura fondamentale per valutare la legittimità del regime differenziato. La Corte ha infatti più volte affermato che il 41-bis può ritenersi conforme a Costituzione solo nella misura in cui

²⁵² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, ult. ed., pp. 789–803.

esso sia funzionale a finalità preventive specifiche, temporalmente limitate e sorrette da un adeguato controllo giurisdizionale²⁵³.

In questa prospettiva, il regime differenziato viene sottratto alla logica punitiva e ricondotto nell'alveo delle misure di carattere preventivo, il cui obiettivo non è la repressione del reato già commesso, bensì la neutralizzazione del pericolo derivante dalla persistente capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Tuttavia, come rilevato dalla dottrina, proprio questo inquadramento genera una frizione strutturale con le garanzie processuali, poiché consente l'applicazione di un regime estremamente afflittivo anche in assenza di una condotta definitiva, sulla base di una valutazione prognostica che incide profondamente sulla sfera dei diritti fondamentali.

Il problema non riguarda, dunque, la legittimità astratta del ricorso a strumenti di prevenzione, quanto piuttosto la loro concreta conformazione e i limiti entro cui essi possono operare senza trasformarsi in strumenti di anticipazione della pena. È in tale prospettiva che si colloca l'analisi della funzione preventiva del 41-bis, che costituisce il fulcro del bilanciamento tra sicurezza e garanzie.

3.1. La funzione preventiva del 41-bis

Il tema della funzione preventiva del regime di cui all'art. 41-bis si colloca al centro del problema del bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela delle garanzie fondamentali²⁵⁴. Esso rappresenta, infatti, il principale argomento utilizzato per giustificare la compatibilità del regime differenziato con i principi costituzionali, nonostante l'elevato grado di compressione dei diritti individuali che esso comporta.

La qualificazione del 41-bis come misura a finalità preventiva costituisce il presupposto teorico attraverso cui la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto possibile sottrarre tale regime alla logica della pena in senso stretto. In questa prospettiva, il regime differenziato non opera come risposta sanzionatoria al fatto di reato, ma come strumento volto a neutralizzare un pericolo attuale per l'ordine pubblico, rappresentato dalla persistente capacità del detenuto di mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza²⁵⁵.

Il nodo centrale, tuttavia, non riguarda l'astratta legittimità della funzione preventiva, quanto piuttosto le modalità concrete attraverso cui essa viene esercitata. La prevenzione, infatti, si fonda su valutazioni prognostiche che, soprattutto nei confronti di soggetti non definitivamente

²⁵³ Corte cost., sent. n. 351/1996; sent. n. 410/2000

²⁵⁴ Corte cost., sent. n. 351/1996; Corte cost., sent. n. 410/2000; G. FIANDACA, *Emergenza e diritto penale*, cit.

²⁵⁵ Corte cost., sent. n. 376/1997; Corte cost., sent. n. 57/2013.

condannati, rischiano di sovrapporsi al giudizio di responsabilità penale, incidendo in modo significativo sul principio di presunzione di non colpevolezza²⁵⁶.

Il problema del 41-bis non risiede, dunque, nella prevenzione in quanto tale, ma nel rischio che essa si traduca in una forma di anticipazione della pena, attraverso l'applicazione di un regime detentivo altamente afflittivo in assenza di una condanna definitiva. In questa prospettiva, la dottrina ha evidenziato come il regime differenziato finisca per collocarsi in una zona di confine tra misura preventiva e sanzione penale.

A tal proposito, il 41-bis viene sottratto all'ambito applicativo dell'art. 27, comma 3, Cost., che attribuisce alla pena una funzione rieducativa, e viene ricondotto nell'alveo delle misure amministrative di prevenzione, giustificate dalla necessità di fronteggiare una situazione di pericolo attuale e concreto. Secondo la Corte, ciò consente di escludere una violazione dei principi costituzionali, a condizione che la misura sia applicata nel rispetto dei criteri di proporzionalità, temporaneità e individualizzazione.

Tuttavia, tale ricostruzione teorica presenta profili di evidente problematicità. Come ampiamente rilevato dalla dottrina, la distinzione tra misura preventiva e sanzione penale tende a perdere di consistenza quando la misura incide in modo particolarmente intenso sulla sfera dei diritti fondamentali del soggetto.

Tali effetti, per intensità e durata, appaiono difficilmente distinguibili da quelli di una pena in senso sostanziale. È per questa ragione che una parte significativa della dottrina ha parlato di una "pena occulta" o di una misura afflittiva mascherata, sottolineando come il criterio formale della qualificazione giuridica non sia sufficiente ad escludere la natura sostanzialmente punitiva del regime²⁵⁷.

In questa prospettiva, il problema di cui all'art. 41-bis non può essere ricondotto esclusivamente alla sua qualificazione formale come misura preventiva, né risolto attraverso la sola distinzione tra prevenzione e punizione. Ciò che emerge, piuttosto, è l'esistenza di una tensione strutturale tra la logica di neutralizzazione del rischio e l'impianto garantista del diritto penale, attenzione che si manifesta in modo particolarmente evidente nella fase applicativa della misura.

Il 41-bis, infatti, non opera come una misura istantanea o episodica, ma come un regime destinato a protrarsi nel tempo, soggetto a rinnovi periodici che, pur formalmente fondati su valutazioni autonomi, finiscono spesso per poggiare su elementi già considerati in precedenza.

²⁵⁶M. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale. Dalla lotta alla devianza alla lotta al nemico*, Giappichelli, Torino, 2014.

²⁵⁷M. DONINI, *Le metamorfosi del diritto penale. Dalla lotta alla devianza alla lotta al nemico*, Giappichelli, Torino, 2014.

In tal modo, la dimensione della temporaneità, che dovrebbe costituire uno dei presupposti essenziali della legittimità costituzionale della misura, rischia di attenuarsi, trasformando il regime differenziato in una condizione detentiva stabile.

È proprio su questo piano che la dottrina ha individuato il principale fattore di criticità del 41-bis: non tanto nella sua astratta finalità preventiva, quanto nel modo in cui tale finalità viene concretamente declinata, attraverso meccanismi che tendono a cristallizzare nel tempo la valutazione di pericolosità del soggetto. In tal senso, il rischio non è solo quello di un'anticipazione della pena, ma quello di una progressiva "normalizzazione dell'eccezione", in cui uno strumento concepito come straordinario finisce per assumere caratteri di ordinarietà²⁵⁸. Questa dinamica incide direttamente sull'equilibrio tra potere pubblico e diritti fondamentali, poiché consente allo Stato di mantenere un regime fortemente afflittivo senza che vi sia una verifica sostanziale della sua effettiva necessità in rapporto all'evoluzione della posizione individuale del detenuto. Il bilanciamento tra sicurezza e garanzie, che costituisce il fondamento teorico del 41-bis, rischia così di trasformarsi in un assetto sbilanciato in favore dell'esigenza di prevenzione, a scapito delle tutele proprie dello Stato di diritto²⁵⁹.

Consapevole di tali criticità, la giurisprudenza costituzionale ha cercato di porre dei limiti all'operatività del regime differenziato, insistendo in particolare sulla necessità di una motivazione rigorosa, attuale e individualizzata, nonché su un controllo giurisdizionale effettivo, idoneo ad evitare automatismi e proroghe meramente formali²⁶⁰. In questa prospettiva, il giudice è chiamato a svolgere un ruolo centrale di garanzia, volto a verificare che la compressione dei diritti fondamentali sia effettivamente giustificata da esigenze concrete e non si traduca in una mera applicazione routinaria della misura.

Tuttavia, proprio il rafforzamento del ruolo del giudice mette in luce il punto di maggiore frizione del sistema: il bilanciamento tra prevenzione e garanzie non può essere affidato esclusivamente a meccanismi procedurali, ma richiede una costante verifica della compatibilità sostanziale del regime con i principi del giusto processo e della tutela dei diritti fondamentali; è su questo terreno che emerge, in tutta la sua rilevanza, il problema del diritto di difesa nel regime del 41 bis, che rappresenta il banco di prova più significativo della tenuta costituzionale dell'istituto.

²⁵⁸ A. GAITO, *Il regime del 41-bis tra prevenzione e garanzie*, Riv. it. dir. proc. pen., 2015, pp. 945 ss.

²⁵⁹ G. FIANDACA, *Emergenza e diritto penale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2008, pp. 1 ss.

²⁶⁰ Corte cost., sent. n. 48/2015; Corte cost., sent. n. 97/2021.

3.2. Il diritto di difesa nel regime del 41-bis

Il diritto di difesa costituisce uno dei principi cardine dell'ordinamento costituzionale italiano ed è espressamente garantito dall'art. 24 Cost. quale diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Esso rappresenta non soltanto una garanzia individuale, ma anche uno strumento essenziale di equilibrio tra il potere punitivo dello Stato e la posizione del soggetto sottoposto a procedimento penale, assumendo una funzione strutturale nell'architettura del giusto processo²⁶¹.

Nel regime del 41-bis, tale diritto si colloca all'interno di un contesto caratterizzato da una compressione particolarmente intensa delle libertà personali, che incide in modo diretto anche sulle modalità di esercizio della difesa. La disciplina del regime differenziato, infatti, non si limita a regolare l'esecuzione della pena, ma introduce una serie di limitazioni che si riflettono inevitabilmente sulla possibilità del detenuto di interloquire efficacemente con il proprio difensore.

Come evidenziato dalla dottrina, il diritto di difesa non può essere ridotto ad una mera facoltà formale, ma deve essere garantito in modo effettivo, attraverso condizioni che consentano un reale esercizio delle prerogative difensive²⁶². In questa prospettiva, la difesa non si esaurisce nella presenza di un avvocato, ma implica la possibilità di instaurare un dialogo continuo, riservato e consapevole, funzionale alla predisposizione della strategia processuale.

Nel regime del 41-bis, tuttavia, tale effettività risulta problematica; le limitazioni ai colloqui, la rigidità delle modalità di accesso al detenuto, la riduzione dei tempi di confronto e il controllo delle comunicazioni incidono in modo significativo sulla qualità del rapporto difensivo. Pur non essendo formalmente vietato il contatto con il difensore, le condizioni in cui esso avviene risultano tali da ostacolare la piena esplicazione del diritto di difesa, soprattutto nei procedimenti complessi o di lunga durata.

In particolare, la difesa non si esaurisce nella mera presenza del difensore, ma richiede un dialogo continuo, riservato e non frammentato, soprattutto in procedimenti complessi o caratterizzati da una pluralità di profili giuridici.

Ulteriore profilo di criticità riguarda la corrispondenza difensiva. Sebbene l'ordinamento preveda specifiche garanzie a tutela del segreto professionale, nella prassi il controllo formale della corrispondenza e i tempi necessari per le verifiche incidono sulla tempestività delle comunicazioni tra difensore e assistito; tale aspetto assume particolare rilievo in relazione ai termini processuali e alla necessità di predisporre memorie, impugnazioni o istanze difensive

²⁶¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed.

²⁶² G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit.; G. PULITANÒ, *Diritto penale e Costituzione*, Giappichelli, ult. ed., pp. 213 ss.

entro scadenze spesso stringenti. Anche in questo caso, il diritto di difesa non viene formalmente negato, ma risulta di fatto indebolito dalla lentezza e dalla rigidità del sistema.

Le ricadute di tali limitazioni si manifestano in modo ancora più evidente sul piano della strategia difensiva; il difensore che opera nell'ambito del 41 bis si trova spesso a dover lavorare in condizioni di conoscenza parziale degli atti, con difficoltà di interlocuzione con il proprio assistito e con margini ridotti di intervento tempestivo. Ciò incide inevitabilmente sulle scelte processuali fondamentali, dalla proposizione dell'impugnazione alla valutazione delle opzioni difensive, fino alla stessa possibilità di instaurare un rapporto fiduciario pienamente efficace.

Giostra ha sottolineato come il diritto di difesa costituisca una funzione dinamica del processo, che richiede condizioni materiali adeguate a potersi esplicare concretamente. Quando tali condizioni vengono meno, il diritto rischia di trasformarsi in una garanzia solo apparente, priva di reale incidenza sull'equilibrio tra accusa e difesa²⁶³. In questo senso, le restrizioni previste dal regime del 41-bis pongono un problema non tanto di legittimità astratta, quanto di compatibilità sostanziale con i principi del giusto processo.

Il problema si accentua ulteriormente se si considera che il regime differenziato può essere applicato anche a soggetti non definitivamente condannati. In tali ipotesi, il diritto di difesa assume un rilievo ancora più centrale, in quanto rappresenta lo strumento attraverso il quale l'imputato può far valere le proprie ragioni in un procedimento ancora in corso. La compressione delle garanzie difensive in questa fase rischia, pertanto, di incidere direttamente sul principio di presunzione di non colpevolezza e sull'equilibrio complessivo del processo.

Pulitanò ha evidenziato come l'espansione della logica preventiva nel diritto penale contemporaneo comporti il rischio di una progressiva erosione delle garanzie, con uno slittamento verso un modello di controllo incentrato sulla pericolosità piuttosto che sull'accertamento della responsabilità²⁶⁴. In tale contesto, il diritto di difesa rappresenta uno dei principali argini contro la trasformazione del processo in uno strumento meramente securitario. A ciò si aggiunge il profilo relativo alla durata del regime del 41-bis, che, pur configurandosi formalmente come temporaneo, è spesso caratterizzato da reiterazioni successive fondate su valutazioni ampie e non sempre rinnovate in modo sostanziale.

Come osservato da Della Casa, proprio la stabilizzazione nel tempo delle misure restrittive determina un'ulteriore compressione delle garanzie difensive, poiché riduce gli spazi di effettivo controllo giurisdizionale e accentua il carattere afflittivo del regime²⁶⁵.

²⁶³ G. GIOSTRA, *Il processo penale tra efficienza e garanzia*, Giappichelli, ult. ed.

²⁶⁴ G. PULITANÒ, *Sicurezza e diritti fondamentali*, in Cass. pen., 2012

²⁶⁵ A. DELLA CASA, *Il regime del 41-bis tra sicurezza e diritti fondamentali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, p. 1123 ss.

La giurisprudenza costituzionale ha tentato di arginare tali criticità, affermando che le limitazioni al diritto di difesa possono ritenersi legittime solo se proporzionate, temporanee e sorrette da una motivazione puntuale. Tuttavia, la prassi applicativa mostra come il bilanciamento tra sicurezza e garanzie tenda spesso a risolversi in favore della prima, con una conseguente compressione dell'effettività della difesa.

In questa prospettiva, Fiandaca e Musco hanno sottolineato come il diritto di difesa costituisca una componente strutturale del modello costituzionale di processo, la cui compressione non può essere giustificata se non entro limiti rigorosi e puntualmente motivati. Il diritto di difesa, infatti, non svolge una funzione meramente individuale, ma rappresenta una garanzia sistemica, in quanto assicura la razionalità e la legittimità dell'esercizio del potere punitivo dello Stato²⁶⁶.

Tale impostazione consente di comprendere perché, nel regime del 41-bis, il problema non risiede soltanto nella presenza di limitazioni formali, ma soprattutto nella loro incidenza complessiva sull'assetto del contraddittorio. Le restrizioni ai colloqui, le modalità di svolgimento degli incontri con il difensore e le difficoltà di comunicazione incidono su un piano qualitativo, alterando il rapporto fiduciario tra assistito e difensore e comprimendo la possibilità di elaborare una strategia difensiva effettiva.

Giostra evidenzia come il diritto di difesa non possa essere concepito come un diritto statico, ma come una funzione dinamica che si realizza attraverso una pluralità di atti, valutazioni e interazioni; in questa prospettiva, ogni compressione che sta con la continuità del rapporto difensivo finisce per incidere non solo sulla posizione del singolo imputato, ma sull'equilibrio complessivo del processo penale²⁶⁷.

Il problema assume contorni ancora più rilevanti se si considera che il regime del 41-bis opera in un contesto già fortemente sbilanciato a favore dell'autorità pubblica. La concentrazione di poteri in capo all'amministrazione penitenziaria, unita alla natura preventiva della misura, riduce sensibilmente gli spazi di intervento della difesa, che si trova ad operare in una dimensione fortemente condizionata da valutazioni discrezionali.

Pulitanò ha messo in luce come questa tendenza sia sintomatica di una più ampia trasformazione del diritto penale contemporaneo, caratterizzato da una progressiva espansione delle logiche preventive e da un arretramento delle garanzie classiche. In tale quadro, il diritto di difesa rischia di perdere la propria funzione di limite al potere punitivo, trasformandosi in un elemento meramente formale, privo di reale capacità oppositiva²⁶⁸.

²⁶⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed., spec. sul garantismo penale

²⁶⁷ G. GIOSTRA, *Il processo penale tra efficienza e garanzie*, Giappichelli, ult. ed., pp. 213-225.

²⁶⁸ G. PULITANÒ, *Diritto penale e Costituzione*, Giappichelli, ult. ed., pp. 167-178

A ciò si aggiunge il problema della durata del regime differenziato; la reiterazione delle proroghe del 41-bis, spesso fondata su valutazioni stereotipate circa la pericolosità del detenuto, incide direttamente sulla possibilità di esercitare una difesa effettiva nel tempo. Come osserva Della Casa, la stabilizzazione della misura finisce per consolidare un modello detentivo eccezionale, nel quale le garanzie tendono progressivamente ad affievolirsi, mentre si rafforza la dimensione afflittiva del trattamento²⁶⁹.

3.3. Il ruolo del giudice nel bilanciamento tra sicurezza e diritti

Nel sistema costituzionale italiano, il giudice è chiamato a svolgere una funzione di garanzia che assume un rilievo centrale ogniqualvolta l'ordinamento preveda misure idonee ad incidere in modo significativo sui diritti fondamentali della persona. Tale funzione si esprime in maniera particolarmente intensa nel contesto del regime detentivo differenziato di cui all'articolo 41-bis, nel quale il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti assume una connotazione strutturalmente problematica²⁷⁰.

Come evidenziato dalla dottrina più autorevole, il ruolo del giudice non può ridursi ad una mera funzione di controllo formale della legittimità degli atti amministrativi, ma deve tradursi in un sindacato effettivo sulla proporzionalità²⁷¹, sulla ragionevolezza e sulla concreta necessità delle limitazioni imposte; in questo senso, la giurisdizione rappresenta il principale presidio contro il rischio di una degenerazione del sistema verso forme di compressione dei diritti non giustificate da esigenze realmente attuali ed individualizzate.

Nel caso del 41-bis, il problema si pone in termini particolarmente delicati, poiché il regime differenziato si fonda su valutazioni di pericolosità che presentano un elevato grado di discrezionalità e che, nella prassi, tendono spesso a cristallizzarsi nel tempo. Il giudice è quindi chiamato ad intervenire in un ambito nel quale il confine tra valutazione tecnica e scelta politico-amministrativa risulta particolarmente sottile.

Secondo l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale, il sindacato giurisdizionale deve essere orientato a verificare non solo la legittimità formale del provvedimento applicativo del 41 bis, ma anche la sua compatibilità sostanziale con i principi costituzionali, in particolare con quelle di proporzionalità, ragionevolezza e dignità della persona; in tale prospettiva, il controllo

²⁶⁹ A. DELLA CASA, *Il regime del 41-bis e il controllo giurisdizionale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, p. 1135 ss.

²⁷⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed.; G. PULITANO, *Diritto penale e Costituzione*, Giappichelli, ult. ed., pp. 143 ss.

²⁷¹ Corte cost., sent. n. 97/2021; Corte cost., sent. N. 18/2022, in tema di bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali; G. ROSSI, *Il "carcere duro" e il diritto all'aria. Nota a Corte cost., sent. n. 30 del 2025*, in Osservatorio AIC, fasc. 4/2025, 1° luglio 2025

del giudice si configura come strumento di garanzia volto ad impedire che la logica emergenziale si traduca in una compressione indiscriminata e permanente dei diritti fondamentali.

Tuttavia, proprio in relazione al 41 bis emerge con particolare evidenza il rischio di un sindacato giurisdizionale meramente formale²⁷². In numerosi casi, infatti, il controllo esercitato si limita alla verifica dell'esistenza dei presupposti normativi e della correttezza procedurale dell'atto, senza incidere realmente sulla valutazione di merito circa l'attualità della pericolosità o la proporzionalità delle misure adottate. Ciò determina una sostanziale deferenza del giudice nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, che finisce per assumere un ruolo preponderante nella gestione del regime differenziato.

Questo fenomeno è stato ampiamente segnalato dalla dottrina, che ha evidenziato come il rischio principale del sistema sia quello di una progressiva "amministrativizzazione" della restrizione dei diritti, nella quale il giudice interviene solo in via marginale, limitandosi ad un controllo esteriore privo di reale incidenza sostanziale. In tal modo, la giurisdizione perde la sua funzione di garanzia e si trasforma in uno strumento di legittimazione dell'azione amministrativa.

Il problema si accentua ulteriormente se si considera la particolare struttura del procedimento di applicazione proroga del 41 bis; le decisioni ministeriali si fondano frequentemente su valutazioni standardizzate, che richiamano in modo pressoché automatico la persistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale, senza che vi sia un effettivo accertamento della situazione individuale del detenuto. In questo contesto, il controllo del giudice rischia di risolversi in una verifica meramente estrinseca, incapace di incidere sul contenuto sostanziale della decisione²⁷³.

La dottrina ha sottolineato come tale assetto ponga seri problemi di compatibilità con il principio di legalità sostanziale e con la funzione stessa della giurisdizione. Come osservato da giostra, il giudice non può limitarsi a ratificare scelte già compiute dall'amministrazione, ma deve esercitare un controllo effettivo, capace di valutare se la compressione dei diritti sia realmente necessaria e proporzionata rispetto alla finalità perseguita. In mancanza di questo controllo, il rischio è quello di una progressiva erosione del ruolo della giurisdizione a favore di una logica di tipo emergenziale.

²⁷² A. DELLA CASA, *Il regime del 41-bis e il controllo giurisdizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 1123 ss.

²⁷³ G. PULITANO, *Sicurezza e legalità nel diritto penale contemporaneo*, in *Cassazione penale*, 2012; A. DELLA CASA, *Il 41-bis tra prevenzione e legalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017

In questo quadro assume particolare rilievo il ruolo della magistratura di sorveglianza, alla quale l'ordinamento affida il compito di vigilare sull'esecuzione della pena e sulla legittimità delle modalità di attuazione del trattamento detentivo; il magistrato di sorveglianza rappresenta, in teoria, il principale garante dei diritti del detenuto, essendo chiamato a valutare la conformità delle misure adottate ai principi costituzionali e alla normativa vigente²⁷⁴.

Tuttavia, anche in questo ambito emergono criticità significative. La giurisdizione di sorveglianza si trova infatti ad operare in un contesto fortemente condizionato dall'esigenza di sicurezza, nel quale la discrezionalità amministrativa tende a prevalere.

Inoltre, i margini di intervento del giudice risultano spesso limitati, sia per la struttura del procedimento sia per la difficoltà di acquisire elementi idonei a smentire le valutazioni dell'autorità amministrativa.

Come rilevato da Della Casa, il rischio è quello di una progressiva marginalizzazione del controllo giurisdizionale, con la conseguenza che il 41-bis finisce per configurarsi come un regime sottratto a un effettivo sindacato di legalità sostanziale; in tale prospettiva, la funzione rieducativa della pena e la tutela dei diritti fondamentali risultano inevitabilmente sacrificati sull'altare della sicurezza²⁷⁵.

Alla luce di queste considerazioni, appare evidente come il ruolo del giudice nel sistema del 41-bis rappresenti uno snodo cruciale per la tenuta costituzionale dell'intero istituto; il giudice è chiamato a svolgere una funzione di bilanciamento che non può esaurirsi in un controllo formale, ma deve tradursi in una verifica concreta della proporzionalità e della ragionevolezza delle limitazioni imposte.

Solo attraverso un rafforzamento effettivo del controllo giurisdizionale è possibile evitare che il regime del 41-bis si trasformi in uno strumento eccezionale di prevenzione in un modello stabile di gestione della detenzione fondato sulla compressione sistematica dei diritti²⁷⁶.

4. Il regime del 41-bis nella prospettiva sovranazionale

L'analisi del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen., per potersi considerare realmente completa, non può arrestarsi alla dimensione interna dell'ordinamento, ma deve necessariamente estendersi al livello sovranazionale, all'interno del quale si colloca oggi la tutela dei diritti fondamentali della persona. L'evoluzione del costituzionalismo

²⁷⁴ Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, *Il ruolo della magistratura di sorveglianza nel sistema dell'esecuzione penale*, in *Rassegna Penitenziaria*, 2024, p. 45 ss.

²⁷⁵ G. GIOSTRA, *Giurisdizione e garanzie nella fase esecutiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, p. 901 ss.

²⁷⁶ G. FIANDACA, *Diritto penale e diritti fondamentali*, Giappichelli

contemporaneo ha infatti determinato il progressivo consolidarsi di un sistema multilivello di protezione dei diritti, nel quale le fonti nazionali e quelle sovranazionali si intrecciano dando luogo ad un dialogo costante tra corti²⁷⁷.

In questo quadro, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assume un ruolo centrale, configurandosi non solo come parametro esterno di legittimità, ma come vero e proprio criterio interpretativo dell'ordinamento interno²⁷⁸.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente contribuito a definire uno standard minimo di tutela che gli Stati contraenti sono tenuti a rispettare anche nell'ambito dell'esecuzione penale, settore nel quale la tensione tra esigenze di sicurezza e protezione dei diritti individuali si manifesta con particolare intensità²⁷⁹.

Il regime del 41-bis rappresenta, sotto questo profilo, uno degli ambiti nei quali tale tensione emerge con maggiore evidenza in quanto la straordinaria incisività delle restrizioni che lo caratterizzano impone di interrogarsi sulla loro compatibilità non solo con i principi costituzionali, ma anche con i parametri convenzionali, che vietano trattamenti contrari alla dignità umana e richiedono che ogni limitazione dei diritti sia giustificata da criteri di necessità e proporzionalità²⁸⁰.

L'apertura alla prospettiva sovranazionale consente inoltre di superare una visione autoreferenziale del sistema penitenziario nazionale, collocando il 41-bis all'interno di un contesto europeo nel quale la lotta alla criminalità organizzata deve necessariamente confrontarsi con il rispetto dei diritti fondamentali. La Corte EDU ha più volte ribadito che, anche nei confronti dei soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, lo Stato non può sottrarsi all'obbligo di garantire condizioni detentive compatibili con la dignità della persona²⁸¹.

Ne deriva che la questione centrale non riguarda tanto la legittimità astratta del ricorso a regimi detentivi speciali, quanto piuttosto le modalità concrete della loro applicazione²⁸². È proprio sul terreno dell'applicazione pratica che si misura la reale conformità del sistema penitenziario ai principi dello Stato di diritto.

²⁷⁷ G. Rossi, *Il "carcere duro" e il diritto all'aria. Nota a Corte cost., sent. n. 30 del 2025*, in Osservatorio AIC, fasc. 4/2025, 1° luglio 2025

²⁷⁸ Corte cost., sent. n. 348/2007; sent. n. 349/2007 – sulla CEDU quale parametro interposto di costituzionalità

²⁷⁹ Corte EDU, Kudla c. Polonia, Grande Camera, 26 ottobre 2000 – sul dovere degli Stati di garantire condizioni detentive compatibili con la dignità umana.

²⁸⁰ C. RENOLDI, *Il regime differenziato dell'art. 41-bis: ontologia, problemi e prospettive*, in Giustizia insieme, 7 febbraio 2023.

²⁸¹ Corte EDU, Enea c. Italia, Grande Camera, 17 settembre 2009.

²⁸² Cort EDU, Enea c. Italia, cit.; Corte EDU, sez. I, Gullotti c. Italia, 10 luglio 2025 – sulla necessità che le restrizioni siano adeguatamente motivate e proporzionate.

La prospettiva europea introduce, inoltre, un elemento di razionalizzazione del dibattito giuridico, poiché impone di valutare le misure restrittive alla luce di parametri condivisi, sottraendole a logiche puramente emergenziali. In tal senso, il controllo esercitato dalla Corte EDU non deve essere interpretato come un limite all'autonomia degli Stati nella definizione delle proprie politiche criminali, ma come uno strumento volto a garantire che l'esercizio del potere punitivo rimanga ancorato ai principi fondamentali della civiltà giuridica europea²⁸³.

Particolarmente significativo è il fatto che la Corte non abbia mai affermato l'incompatibilità del regime del 41-bis in quanto tale con la Convenzione²⁸⁴. Al contrario, essa ha riconosciuto la legittimità degli strumenti predisposti dagli Stati per contrastare fenomeni criminali di eccezionale gravità, purché tali strumenti non si traducano in una compressione sproporzionata dei diritti individuali. Ciò conferma come il vero nodo problematico non risieda nell'esistenza del regime differenziato, ma nella necessità di assicurarne l'applicazione conforme ai principi di costituzionalità, temporaneità e controllo giurisdizionale effettivo.

L'intervento della Corte europea si inserisce dunque in una logica di bilanciamento, nella quale la sicurezza collettiva non viene contrapposta ai diritti fondamentali, ma deve armonizzarsi con essi. Questo approccio riflette una concezione sostanziale dello Stato di diritto, che non ammette zone franche sottratte al controllo di legalità.

Alla luce di tali premesse, appare evidente come l'analisi della giurisprudenza europea rappresenti un passaggio imprescindibile per comprendere la reale portata del regime del 41-bis e per valutarne la compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento.

4.1. La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime del 41-bis

L'analisi del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen. non può essere condotta esclusivamente alla luce delle categorie dell'ordinamento interno, ma richiede di essere collocata all'interno del più ampio sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali. L'evoluzione del costituzionalismo contemporaneo ha infatti determinato il progressivo superamento di una concezione stato centrica della protezione dei diritti, dando origine ad un modello multilivello nel quale le garanzie riconosciute a livelli nazionale si intrecciano con quelle elaborate dalle corti sovranazionali²⁸⁵.

²⁸³ Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976 — sul margine di apprezzamento degli Stati

²⁸⁴ Corte EDU, *Enea c. Italia*, cit.;

v. anche A. AMERIO, *La salute nel (e nonostante il) 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, che evidenzia come la Corte non abbia riscontrato violazione dell'art. 3 CEDU quando le autorità avevano assicurato cure adeguate.

²⁸⁵ Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007, in tema di CEDU quale parametro interposto di costituzionalità.

In tale assetto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo assume un ruolo di primaria importanza, non solo come fonte internazionale vincolante, ma anche come parametro interpretativo cui il giudice nazionale è tenuto a conformarsi. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito in modo decisivo a ridefinire i confini della potestà punitiva degli Stati, affermando con costanza che la detenzione, pur comportando inevitabili restrizioni, non possa mai tradursi in una sospensione della titolarità dei diritti fondamentali²⁸⁶. Questa impostazione assume un rilievo significativo con riferimento ai regimi detentivi speciali, nei quali la tensione tra sicurezza collettiva e tutela della persona raggiunge il suo punto più elevato. Il 41-bis rappresenta, sotto questo profilo, un osservatorio privilegiato per comprendere come il diritto europeo intervenga a delimitare l'esercizio del potere state, imponendo che ogni restrizione sia sottoposta a rigoroso controllo di necessità e proporzionalità²⁸⁷.

La prospettiva sovranazionale non si traduce, tuttavia, in una negazione della legittimità delle politiche di contrasto alla criminalità organizzata. La Corte EDU ha più volte riconosciuto che gli Stati dispongono di un margine di apprezzamento nella scelta degli strumenti ritenuti idonei a fronteggiare minacce particolarmente gravi per l'ordine democratico²⁸⁸. Ciò che viene richiesto, piuttosto, è che l'adozione di misure eccezionalmente afflittive non determini la creazione di spazi sottratti al controllo di legalità.

Ne deriva una concezione della tutela dei diritti fondata non sull'alternativa tra sicurezza e libertà, ma sulla loro necessaria coesistenza all'interno dello Stato di diritto. Anche nei confronti dei detenuti ritenuti altamente pericolosi, lo Stato resta vincolato al rispetto di standard minimi di protezione, dovendo garantire condizioni detentive compatibili con la dignità umana e assicurare l'esistenza di rimedi giurisdizionali effettivi.

È proprio alla luce di questo quadro che deve essere letta la giurisprudenza della Corte europea in materia di 41-bis. L'intervento del giudice di Strasburgo non si è tradotto in una condanna dell'istituto in quanto tale, ma ha progressivamente delineato i criteri attraverso cui valutarne la compatibilità con la Convenzione, ponendo al centro dell'analisi il principio di proporzionalità e la necessità di un controllo giurisdizionale effettivo.

Tra le pronunce più rilevanti in questo ambito si colloca la sentenza della Grande Camera nel caso *Enea c. Italia*, che costituisce ancora oggi il principale punto di riferimento per

²⁸⁶ Corte EDU, Grande Camera, *Kudła c. Polonia*, ric. n. 30210/96, 26 ottobre 2000, § 94.

²⁸⁷ Corte EDU, Grande Camera, *Ramírez Sánchez c. Francia*, ric. n. 59450/00, 4 luglio 2006, §§ 119–123.

²⁸⁸ Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, § 48.

comprendere entro quali limiti un regime detentivo speciale possa ritenersi conforme ai parametri convenzionali²⁸⁹.

Il ricorrente, Pasquale Enea, era stato condannato per reati di particolare gravità ed era stato sottoposto per un periodo prolungato al regime previsto dall'articolo 41-bis, caratterizzato da restrizioni particolarmente incisive nei contatti con l'esterno, nelle relazioni sociali e nelle modalità della vita detentiva. Dinanzi alla Corte EDU egli lamentava che queste limitazioni avessero determinato una compressione sproporzionata dei suoi diritti fondamentali, denunciando in particolare la violazione degli articoli 3, 6, 8 e 13 della Convenzione²⁹⁰.

La Corte ha innanzitutto riconosciuto che il fenomeno della criminalità organizzata rappresenta una minaccia di eccezionale gravità per l'ordine democratico e che gli Stati devono poter disporre di strumenti adeguati per contrastarlo; in questa prospettiva, l'adozione di regimi detentivi speciali non è stata ritenuta di per sé incompatibile con la Convenzione, purché tali misure restino ancorate ad una logica strettamente preventiva e non si traducano in trattamenti contrari alla dignità della persona.

Uno dei primi profili esaminati dalla Corte riguarda la presunta violazione dell'articolo 3 CEDU. Pur riconoscendo la particolare severità del regime differenziato, i giudici di Strasburgo hanno escluso che, nel caso concreto, le condizioni di detenzione avessero raggiunto la soglia minima di gravità necessarie per configurare un trattamento inumano o degradante. La Corte ha tuttavia ribadito un principio di fondamentale importanza: l'isolamento prolungato richiede una valutazione particolarmente rigorosa, poiché il rischio di effetti psicologici negativi aumenta con il trascorrere del tempo e può incidere in modo significativo sulla dignità del detenuto.

La decisione assume un rilievo ancora maggiore con riferimento all'art. 8 CEDU, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare. La Corte ha riconosciuto che le restrizioni ai colloqui e ai contatti con i familiari perseguivano l'obiettivo legittimo, ossia la prevenzione dei collegamenti con l'organizzazione criminale; tuttavia, ha precisato che tali limitazioni devono essere costantemente giustificate da esigenze concrete e attuali e non possono fondarsi su presunzioni automatiche di pericolosità.

Il cuore della pronuncia si colloca però nell'analisi delle garanzie procedurali. La Corte ha infatti accertato la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, rilevando che uno dei procedimenti civili promossi dal ricorrente non era stato deciso entro un termine ragionevole. Ancora più significativo è il riconoscimento della violazione dell'art. 13 CEDU, dovuta all'assenza di un

²⁸⁹ Corte EDU, Grande Camera, Enea c. Italia, ric. n. 74912/01, 17 settembre 2009.

²⁹⁰ Corte EDU, Grande Camera, Enea c. Italia, cit., §§ 45–47.

rimedio effettivo che consentisse al detenuto di contestare alcune delle restrizioni cui era sottoposto.

Questo passaggio riveste un'importanza sistemica: la Corte afferma chiaramente che la legittimità di un regime detentivo particolarmente severo dipende in larga misura dall'esistenza di strumenti di controllo giurisdizionale effettivi; in altri termini, la compatibilità del 41-bis con la convenzione non può essere valutata esclusivamente alla luce delle condizioni materiali di detenzione, ma deve tenere conto anche della possibilità per il detenuto di ottenere una revisione reale delle misure applicate.

Ne deriva una concezione della proporzionalità non meramente sostanziale, ma anche procedurale. Le restrizioni possono dirsi conformi alla Convenzione solo quando siano accompagnate da garanzie idonee a prevenire abusi e a impedire che il regime differenziato si trasformi in uno spazio sottratto al controllo di legalità.

La pronuncia si caratterizza dunque per un esito solo parzialmente sfavorevole allo Stato italiano: se da un lato la corte ha ritenuto compatibile il regime differenziato sotto il profilo delle condizioni materiali di detenzione, dall'altro ha evidenziato gravi carenze sul piano delle garanzie procedurali e della tutela giurisdizionale.

È proprio questo il punto centrale della decisione. La corte non condanna il 41 bis in quanto tale, ma afferma con chiarezza che la sua legittimità dipende dall'esistenza di strumenti di controllo effettivi e dalla possibilità per il detenuto di ottenere una revisione reale delle misure applicate; in assenza di queste garanzie, anche il regime astrattamente legittimo rischia di trasformarsi in una compressione indebita dei diritti fondamentali.

La sentenza Enea, pertanto, non rappresenta una semplice legittimazione del sistema italiano, ma segna piuttosto le missioni di un modello nel quale la severità del trattamento deve essere costantemente controbilanciata da adeguate garanzie ed è in questo equilibrio che si misura, secondo la Corte, la conformità del regime differenziato ai principi dello Stato di diritto.

La portata della sentenza Enea c. Italia non si esaurisce nell'accertamento delle singole violazioni convenzionali, ma assume un rilievo sistemico, poiché consente di chiarire entro quali limiti un regime detentivo speciale possa ritenersi compatibile con gli standard europei di tutela dei diritti fondamentali. Attraverso tale pronuncia, infatti, la Corte contribuisce a delineare una nozione sostanziale di "trattamento compatibile" con la convenzione, destinata ad orientare la valutazione delle misure restrittive adottate dagli Stati nei confronti dei detenuti. Secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, la detenzione non comporta una perdita dello status di persona titolare di diritti, ma implica soltanto quelle limitazioni che risultino inevitabilmente connesse alla privazione della libertà personale. Ne

deriva che ogni restrizione ulteriore debba essere sottoposta ad un rigoroso scrutinio di legittimità, volto a verificare se essa sia giustificata da necessità concrete e non si traduca in una compressione arbitraria della dignità umana. Tale impostazione si inserisce, più in generale, nella trasformazione del diritto penale contemporaneo verso un modello sempre più attento alla tutela dei diritti fondamentali anche nella fase esecutiva della pena, che la dottrina ha efficacemente definito come espressione di un costituzionalismo penale ormai radicato negli ordinamenti europei²⁹¹.

In questa prospettiva, il trattamento può dirsi compatibile con la CEDU solo quando non oltrepassi quella soglia minima di gravità oltre la quale la detenzione assume caratteri degradanti o inumani.

Applicato al regime del 41-bis, questo criterio comporta che la severità delle misure non sia di per sé incompatibile con la convenzione; ciò che rileva piuttosto è che se rimangono funzionali alla finalità preventiva e non si traducano in un aggravamento privo di giustificazione.

È proprio in questo contesto che assume centralità il principio di proporzionalità, destinato ad operare come criterio guida nel bilanciamento tra sicurezza collettiva e diritti individuali. La giurisprudenza europea ha chiarito che una restrizione può ritenersi conforme alla convenzione solo se soddisfa tre condizioni fondamentali: deve perseguire uno scopo legittimo, deve essere necessaria in una società democratica e deve mantenere un rapporto ragionevole di proporzione tra i mezzi impiegati e il fine perseguito²⁹². Tale schema valutativo, ormai stabilmente recepito anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana, rappresenta uno dei principali strumenti attraverso cui si realizza il controllo sulla legittimità dell'esercizio del potere punitivo²⁹³.

Il controllo di proporzionalità svolge quindi una funzione essenziale, poiché impedisce che la prevenzione dei collegamenti criminali si traduca in una compressione indiscriminata delle libertà fondamentali; esso richiede alle autorità nazionali di procedere ad una valutazione individualizzata della posizione del detenuto, evitando automatismi applicativi e proroghe fondate su presunzioni generiche di pericolosità, rischio che parte dalla dottrina ha individuato come una delle principali criticità del regime differenziato²⁹⁴.

Sotto questo profilo, la sentenza Enea contribuisce a spostare l'attenzione dalla legittimità astratta del regime alle modalità concrete della sua applicazione. La compatibilità con la convenzione non dipende tanto dall'esistenza del 41 bis, quanto dalla capacità dell'ordinamento

²⁹¹ G. Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, ult. ed., pp. 89 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, ult. ed., spec. sul principio di umanità della pena.

²⁹² Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, § 48.

²⁹³ Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

²⁹⁴ A. Della Casa, *Il regime del 41-bis tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017.

di garantire che le restrizioni siano costantemente riesaminato alla luce dell'evoluzione della situazione individuale detenuto.

La proporzionalità assume, inoltre, una dimensione non soltanto sostanziale ma anche procedurale; affinché una misura restrittiva possa ritenersi legittima, è necessario che il detenuto disponga di strumenti di tutela effettiva attraverso cui contestarne la necessità e ottenere un controllo reale da parte dell'autorità giudiziaria; in assenza di tali garanzie, anche una restrizione astrattamente giustificabile rischia di trasformarsi in una compressione indebita dei diritti fondamentali.

4.2. Il regime del 41-bis e il diritto di difesa nella giurisprudenza europea

Se la sentenza *Enea c. Italia* ha contribuito a delineare i criteri generali di compatibilità del regime differenziato con la Convenzione europea, la successiva giurisprudenza di Strasburgo ha progressivamente spostato l'attenzione su un profilo ancor più delicato: quello dell'effettività delle garanzie difensive riconosciute ai detenuti sottoposti al 41-bis²⁹⁵. In tale ambito emerge con particolare evidenza la tensione tra esigenze di sicurezza e diritto a un equo processo, tensione che costituisce uno dei nodi più problematici dei regimi detentivi speciali.

La Corte EDU ha costantemente ribadito che il diritto di difesa, sancito dall'art. 6 CEDU, non può subire restrizioni tali da comprometterne la sostanza²⁹⁶. Anche nel contesto penitenziario, infatti, lo Stato è tenuto a garantire che ogni persona possa far valere le proprie ragioni dinanzi a un giudice in condizioni che non risultino eccessivamente penalizzanti rispetto alla posizione dell'autorità pubblica. Tale principio si collega alla più ampia concezione convenzionale del "giusto processo", inteso non come garanzia meramente formale, ma come insieme di condizioni idonee a rendere la tutela giurisdizionale effettiva.

Le criticità emergono, innanzitutto, con riferimento all'accesso alla difesa. Il regime del 41-bis, per sua natura improntato alla riduzione dei contatti con l'esterno, può incidere sulle modalità di comunicazione tra detenuto e difensore, rendendo più complessa la preparazione della strategia difensiva e l'esercizio tempestivo delle facoltà processuali. Pur riconoscendo la legittimità di controlli finalizzati a prevenire collegamenti con organizzazioni criminali, la Corte ha chiarito che tali restrizioni devono essere accompagnate da garanzie idonee a preservare la riservatezza del rapporto difensivo, elemento essenziale del diritto a un equo processo²⁹⁷.

²⁹⁵ Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 98–104.

²⁹⁶ Corte EDU, *Campbell c. Regno Unito*, 25 marzo 1992, §§ 44–48.

²⁹⁷ Corte EDU, *Campbell c. Regno Unito*, cit.

In questa prospettiva, particolare rilievo assume la sentenza *Asciutto c. Italia*²⁹⁸, nella quale i giudici di Strasburgo hanno ribadito che le limitazioni ai contatti con il difensore possono ritenersi compatibili con la Convenzione solo quando risultino strettamente necessarie e sorrette da adeguata motivazione. Il controllo sulla proporzionalità della misura diviene quindi decisivo per evitare che le esigenze preventive si traducano in un sacrificio eccessivo delle garanzie difensive.

Un secondo profilo critico riguarda l'effettività dei rimedi giurisdizionali, strettamente collegata all'art. 13 CEDU. Come già evidenziato nella pronuncia *Enea*, la disponibilità di un ricorso formale non è sufficiente a soddisfare gli standard convenzionali: ciò che la Corte richiede è l'esistenza di strumenti capaci di offrire una reale possibilità di riesame delle restrizioni imposte²⁹⁹. Il rimedio deve essere accessibile, rapido e idoneo a produrre effetti concreti sulla situazione del detenuto.

Tale orientamento trova ulteriore conferma nella sentenza *Provenzano c. Italia*³⁰⁰, nella quale la Corte ha rilevato come il mantenimento del regime differenziato nei confronti di un detenuto in condizioni di salute estremamente compromesse imponesse un controllo particolarmente rigoroso sulla persistenza delle esigenze di sicurezza. In quel caso, l'insufficiente valutazione della situazione individuale ha condotto la Corte a ritenere violato l'art. 3 CEDU, evidenziando come l'applicazione automatica del regime possa determinare una compressione sproporzionata dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza europea mostra, dunque, una crescente attenzione verso i limiti strutturali del sistema di tutela, sottolineando come il rischio principale non risieda tanto nell'esistenza del 41-bis, quanto nelle modalità della sua applicazione concreta. Quando il controllo giurisdizionale si riduce a una verifica meramente formale, incapace di incidere sulla valutazione della pericolosità o sulla necessità delle restrizioni, il diritto di difesa rischia di trasformarsi in una garanzia solo apparente.

Parte della dottrina ha osservato che proprio in questo ambito si manifesta una delle contraddizioni più profonde del regime differenziato³⁰¹: mentre la sua legittimità viene giustificata in nome della prevenzione, la compressione delle garanzie difensive può finire per alterare l'equilibrio tra potere punitivo e diritti fondamentali che caratterizza lo Stato di

²⁹⁸ Corte EDU, *Asciutto c. Italia*, ric. n. 35795/02, 27 novembre 2007.

²⁹⁹ Corte EDU, Grande Camera, *Kudła c. Polonia*, 26 ottobre 2000, § 152.

³⁰⁰ Corte EDU, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13, 25 ottobre 2018.

³⁰¹ A. DELLA CASA, *Il regime del 41-bis tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017.

diritto³⁰². Il problema non è, dunque, la presenza di controlli, ma la loro effettiva capacità di funzionare come limite all'esercizio del potere.

In tale quadro, il combinato disposto degli artt. 6 e 13 CEDU assume una funzione centrale. Il primo garantisce il diritto a un processo equo, mentre il secondo impone agli Stati di predisporre rimedi effettivi contro le violazioni dei diritti convenzionali. Letti congiuntamente, essi delineano un modello di tutela nel quale l'accesso al giudice deve essere non solo formalmente garantito, ma concretamente esercitabile.

La Corte EDU sembra così muoversi verso una concezione sostanziale della tutela giurisdizionale, nella quale la protezione dei diritti non può essere affidata a meccanismi meramente simbolici. Il diritto di difesa diventa, in questa prospettiva, uno degli indicatori principali della legittimità dei regimi detentivi speciali: quanto più incisive sono le restrizioni, tanto più elevato deve essere il livello di controllo.

Ne deriva una tensione strutturale difficilmente eliminabile. Da un lato, gli Stati rivendicano la necessità di strumenti particolarmente rigorosi per contrastare la criminalità organizzata; dall'altro, il sistema convenzionale impone che tali strumenti non compromettano il nucleo essenziale delle garanzie processuali. È proprio all'interno di questo spazio di frizione che si colloca il ruolo della Corte europea, chiamata a impedire che la sicurezza si traduca in una sospensione dei diritti.

Alla luce di tali considerazioni, la giurisprudenza europea non conduce a una delegittimazione del regime del 41-bis, ma ne evidenzia i punti di maggiore vulnerabilità sul piano delle garanzie difensive. Il messaggio che emerge dalle pronunce di Strasburgo è chiaro: la compatibilità dei regimi detentivi speciali con la Convenzione dipende, in ultima analisi, dalla capacità dell'ordinamento di assicurare un controllo giurisdizionale reale, e non meramente formale, sulle restrizioni imposte ai detenuti.

4.3. Il reclamo ex art. 41-bis come garanzia problematica

Tra gli strumenti predisposti dall'ordinamento italiano per assicurare il controllo sulle misure applicate nell'ambito del regime differenziato, un ruolo centrale è tradizionalmente attribuito al reclamo giurisdizionale previsto dall'art. 41-bis ord. penit. Tale rimedio rappresenta, almeno sul piano formale, la principale garanzia contro il rischio che l'esercizio del potere amministrativo in materia penitenziaria si traduca in una compressione arbitraria dei diritti fondamentali del detenuto. Proprio per questa ragione, la sua effettività costituisce uno degli

³⁰² G. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, ult. ed., spec. sul principio di proporzionalità della pena.

elementi decisivi ai fini della valutazione di compatibilità del sistema con gli standard convenzionali³⁰³.

La funzione del reclamo è quella di consentire un riesame giurisdizionale del decreto ministeriale che dispone o proroga l'applicazione del regime speciale, affidando al giudice il compito di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti la misura e la proporzionalità delle restrizioni imposte. In linea teorica, tale meccanismo dovrebbe operare come un argine rispetto al rischio di automatismi applicativi, imponendo una valutazione individualizzata della posizione del detenuto³⁰⁴.

Tuttavia, è proprio sul terreno dell'effettività che emergono le principali criticità. La giurisprudenza europea ha più volte chiarito che la mera esistenza di un rimedio non è sufficiente a soddisfare le prescrizioni dell'art. 13 CEDU, essendo necessario che il controllo giurisdizionale sia concreto, approfondito e idoneo a incidere realmente sulla situazione giuridica dell'interessato³⁰⁵. In assenza di tali caratteristiche, il ricorso rischia di degradare a garanzia puramente formale, incapace di svolgere una funzione di reale bilanciamento rispetto all'esercizio del potere pubblico.

Proprio con riferimento al sistema italiano, la Corte europea ha sottolineato che la legittimità dei regimi detentivi speciali dipende in larga misura dalla qualità del controllo esercitato dal giudice, il quale non può limitarsi a una verifica esteriore della motivazione amministrativa, ma deve accertare in modo sostanziale l'attualità della pericolosità e la necessità delle restrizioni³⁰⁶. Il sindacato giurisdizionale assume così una funzione decisiva nel prevenire il rischio che la logica emergenziale, tipica degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, conduca a una progressiva attenuazione delle garanzie.

La tensione che attraversa il reclamo ex art. 41-bis riflette, in realtà, una contraddizione più ampia, che coinvolge l'intero assetto dei regimi detentivi speciali. Da un lato, le esigenze di sicurezza impongono allo Stato di dotarsi di strumenti particolarmente incisivi per interrompere i collegamenti tra il detenuto e l'organizzazione criminale; dall'altro, il diritto di difesa e il principio di presunzione di non colpevolezza esigono che tali strumenti restino sottoposti a un controllo rigoroso, idoneo a impedire che la prevenzione si trasformi in una forma surrettizia di anticipazione della pena³⁰⁷.

³⁰³ Corte EDU, Grande Camera, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 105–113.

³⁰⁴ A. DELLA CASA, *Il regime del 41-bis tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

³⁰⁵ Corte EDU, Grande Camera, *Kudła c. Polonia*, § 152.

³⁰⁶ Corte EDU, *Provenzano c. Italia*, 25 ottobre 2018.

³⁰⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli — sul divieto di anticipazione della sanzione.

Parte della dottrina ha osservato come il rischio principale risieda nella possibile trasformazione del controllo giurisdizionale in un sindacato meramente notarile, incapace di mettere realmente in discussione le valutazioni dell'autorità amministrativa. In tale prospettiva, il giudice finirebbe per svolgere una funzione di legittimazione del potere, piuttosto che di effettiva garanzia dei diritti fondamentali³⁰⁸. Il problema non riguarda soltanto l'ampiezza del sindacato, ma anche la difficoltà strutturale di verificare informazioni spesso coperte da esigenze di riservatezza investigativa.

È proprio all'interno di questo spazio problematico che assume rilievo il ruolo della Corte costituzionale, la quale è intervenuta più volte nel tentativo di riequilibrare il rapporto tra sicurezza e diritti fondamentali. La Consulta ha infatti affermato che il regime differenziato, pur rispondendo a finalità preventive di straordinaria importanza, non può mai tradursi in una sospensione dello statuto costituzionale del detenuto, dovendo restare soggetto ai principi di ragionevolezza e proporzionalità³⁰⁹.

In particolare, la Corte ha ribadito la necessità che ogni proroga del regime sia sorretta da una motivazione attuale e individualizzata, escludendo la legittimità di automatismi fondati esclusivamente sul titolo di reato o sull'appartenenza pregressa a un'organizzazione criminale. Tale impostazione rafforza il ruolo del giudice quale garante dei diritti, chiamato a esercitare un controllo effettivo e non meramente formale sull'operato dell'amministrazione³¹⁰.

Nonostante tali interventi correttivi, permane una tensione strutturale difficilmente eliminabile. Quanto più il sistema accentua la dimensione preventiva del 41-bis, tanto maggiore diviene il rischio che le garanzie processuali subiscano una compressione significativa. Il reclamo si colloca esattamente in questo punto di equilibrio instabile, rappresentando al tempo stesso uno strumento indispensabile di tutela e una garanzia la cui effettività dipende in larga misura dall'intensità del controllo giurisdizionale.

Alla luce di queste considerazioni, il reclamo ex art. 41-bis può essere letto come una cartina di tornasole della tenuta costituzionale del regime differenziato. La sua capacità di funzionare come rimedio effettivo non incide soltanto sulla posizione del singolo detenuto, ma contribuisce a definire il grado di compatibilità dell'intero sistema con i principi dello Stato di diritto. È infatti nel concreto esercizio della giurisdizione che si misura la reale possibilità di conciliare sicurezza collettiva e tutela dei diritti fondamentali.

³⁰⁸ G. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli — sul ruolo del giudice come limite al potere punitivo.

³⁰⁹ Corte cost., sent. n. 351/1996.

³¹⁰ Corte cost., sent. n. 376/1997.

CONCLUSIONE

Dall'analisi condotta nel presente elaborato emerge con particolare evidenza come il regime detentivo previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario rappresenti uno dei punti di massima tensione dell'intero sistema penale. La sua disciplina si colloca infatti all'incrocio tra esigenze di difesa sociale e tutela della libertà personale, imponendo all'ordinamento uno sforzo costante di bilanciamento tra interessi che, pur entrambi costituzionalmente rilevanti, risultano difficilmente armonizzabili in modo definitivo.

Il 41-bis nasce come strumento emergenziale, concepito per fronteggiare situazioni eccezionali di minaccia all'ordine democratico, ma ha progressivamente assunto carattere strutturale all'interno dell'esecuzione penale. Tale evoluzione impone una riflessione che non può limitarsi al piano della legittimità formale, ma deve interrogarsi sulla sostenibilità dell'istituto nel lungo periodo, soprattutto alla luce dell'intensità delle restrizioni che esso comporta.

Il primo dato che si impone all'attenzione dell'interprete riguarda l'incidenza del regime differenziato sulla libertà personale del detenuto. Sebbene quest'ultima risulti già compressa in conseguenza della condanna, il 41-bis interviene ulteriormente sulle modalità concrete di esercizio della libertà residua, incidendo su aspetti essenziali della vita relazionale e comunicativa del soggetto; ne deriva una forma di restrizione che, pur non configurandosi come pena ulteriore, presenta un grado di afflittività particolarmente elevato e richiede pertanto una giustificazione costantemente verificabile.

Proprio per tale ragione, dall'analisi delle fonti normative e giurisprudenziali emerge come la legittimità del regime differenziato non possa essere valutata in astratto, ma dipenda in misura decisiva dalla qualità della sua applicazione concreta. In questa prospettiva, assume un rilievo centrale il tema della motivazione del provvedimento ministeriale, che rappresenta il principale presidio contro il rischio di automatismi incompatibili con la natura eccezionale dell'istituto.

La motivazione non costituisce un adempimento meramente formale, ma il luogo in cui devono trovare espressione le ragioni sostanziali che giustificano la compressione dei diritti del detenuto. Essa deve dar conto dell'attualità della pericolosità, della persistenza dei collegamenti con l'organizzazione criminale e della necessità delle singole restrizioni imposte. Una motivazione fondata su formule stereotipate o su richiami generici alla gravità del reato finirebbe inevitabilmente per svuotare di contenuto il principio di proporzionalità, trasformando il regime differenziato in una misura applicata secondo logiche presuntive.

È proprio nella motivazione che si misura la distanza tra un'applicazione costituzionalmente orientata del 41-bis e una sua degenerazione in strumento meramente contenitivo. Quanto più

penetrante è la limitazione della libertà personale, tanto più rigoroso deve essere lo sforzo argomentativo richiesto all'amministrazione.

Tuttavia, la garanzia offerta dalla motivazione non può ritenersi sufficiente se non è accompagnata da un controllo giurisdizionale effettivo. Il rapporto tra potere amministrativo e giurisdizione costituisce uno dei nodi più delicati dell'intera disciplina. Il ministro della Giustizia è chiamato ad operare valutazioni complesse in materia di sicurezza, spesso fondate su elementi informativi riservati; il giudice, dal canto suo, deve verificare che tali valutazioni non si traducano in una compressione indebita delle garanzie individuali.

Non si tratta di ambiti contrapposti, ma di funzioni che devono integrarsi in un sistema di reciproco bilanciamento. La collaborazione tra amministrazione e autorità giudiziaria rappresenta, in questo senso, una condizione essenziale per la tenuta costituzionale dell'istituto. Essa non può risolversi in una mera ratifica dell'operato ministeriale: al contrario, richiede un sindacato capace di incidere realmente sulla legittimità sostanziale del provvedimento.

In tale scenario, il giudice assume un ruolo decisivo. E nella sede giurisdizionale che la compressione della libertà personale incontra il limite della legalità, ed è sempre il giudice a dover garantire che il sacrificio imposto al detenuto non ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità preventive.

Il controllo giurisdizionale non può ridursi ad una verifica estrinseca della coerenza logica del decreto ministeriale; esso deve investire la concretezza delle ragioni poste a fondamento della misura, la loro attualità e la proporzionalità delle restrizioni. Solo un sindacato sostanziale consente di evitare che il 41-bis si trasformi in uno spazio sottratto alla piena operatività delle garanzie dello Stato di diritto.

La dimensione sovranazionale rafforza ulteriormente tale impostazione. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che regimi detentivi speciali possono ritenersi compatibile con la convenzione solo quando siano accompagnati da garanzie procedurali effettive e da rimedi giurisdizionali reali. Il principio di proporzionalità, nella prospettiva convenzionale, non riguarda soltanto il contenuto delle restrizioni, ma anche la possibilità per il detenuto di ottenere un riesame concreto delle misure applicate.

Dall'analisi della giurisprudenza europea emerge dunque un parametro particolarmente esigente, che invita gli ordinamenti nazionali a mantenere costante attenzione sulla necessità delle limitazioni e sulla loro giustificazione nel tempo; ciò conferma come la compatibilità del 41-bis non possa essere considerata una volta per tutte acquisita, ma debba essere continuamente verificata.

Dall'analisi complessiva dell'istituto sembra, tuttavia, emergere una questione difficilmente eludibile, relativa al rapporto tra il regime differenziato e la funzione rieducativa della pena sancita dall'articolo 27, comma 3, della Costituzione. Se è indubbio che il 41-bis risponda a esigenze di tutela della sicurezza collettiva particolarmente avvertite, appare altrettanto evidente come la rigidità delle restrizioni che lo caratterizzano renda estremamente complessa la realizzazione di percorsi trattamenti tali orientati al reinserimento sociale.

Il problema non riguarda la legittimità dell'istituto in sé, ma il rischio che è un regime protratto nel tempo, privo di concreti spazi evolutivi, possa finire per privilegiare una logica prevalentemente neutralizzante. In tale prospettiva, la tensione con l'orizzonte rieducativo della pena non si presenta come un'ipotesi meramente teorica, ma come una criticità che l'ordinamento è chiamato a governare attraverso un'applicazione particolarmente rigorosa del principio di proporzionalità.

D'altra parte, proprio la centralità della persona nel sistema costituzionale impone di ricordare che la condizione detentiva, pur comportando una significativa compressione della libertà personale, non priva il soggetto della titolarità dei diritti fondamentali; anche nei confronti dei detenuti ritenuti più pericolosi, lo Stato è chiamato a esercitare il proprio potere entro i confini della legalità, evitando che la prevenzione si traduca in una forma di mera esclusione.

L'equilibrio tra sicurezza pubblica e diritti fondamentali si rivela dunque inevitabilmente fragile e tale fragilità, tuttavia, non deve essere letta come un segno di debolezza dell'ordinamento, bensì come l'espressione della complessità che caratterizza ogni sistema democratico chiamato a difendersi senza rinunciare ai propri valori fondativi.

Il 41 bis rappresenta, in definitiva, una prova di maturità per lo Stato di diritto: la sua legittimazione non dipende soltanto dall'efficacia nella prevenzione dei collegamenti criminali, ma anche dalla capacità di dimostrare che persino nei confronti dei soggetti ritenuti più pericolosi, l'esercizio del potere resta sottoposto alla legge, alla motivazione e al controllo del giudice.

È proprio nella responsabilità della giurisdizione, chiamata ad esercitare un sindacato non meramente formale, ma sostanziale, che si individua il presidio principale contro il rischio di uno sbilanciamento eccessivo a favore delle esigenze securitario. Solo attraverso questa vigilanza continua è possibile preservare un bilanciamento che, pur non potendo mai dirsi definitivamente raggiunto, costituisce una condizione imprescindibile per la credibilità stessa dell'ordinamento democratico.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

AMERIO, A., *La salute nel (e nonostante il) 41-bis*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020.

CATANESI, P. – FERRACUTI, S., *Psichiatria forense applicata*, Torino, Giappichelli, 2018.

CHIAVARIO, M., *La presunzione di innocenza nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

CONSO, G. – GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, Milano, Giuffrè, ult. ed.

DELLA BELLA, A., *Il regime speciale ex art. 41-bis o.p.: origine e metamorfosi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1531 ss.

DELLA CASA, A., *Il regime del 41-bis e il controllo giurisdizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 1123 ss. / 1135 ss.
(scegline una sola delle due indicazioni di pagina: 1123 ss. oppure 1135 ss.)

DELLA CASA, A., *Il regime del 41-bis tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017.

DI CARLO, G., *La crisi dell'art. 90 o.p. e la nascita del 41-bis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 809 ss.

DIDDI, A., *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2023.

DONINI, M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008.

DONINI, M., *Le metamorfosi del diritto penale. Dalla lotta alla devianza alla lotta al nemico*, Torino, Giappichelli, 2014.

DONINI, M., *Le metamorfosi del diritto penale tra sicurezza e legalità*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1165 ss.

DONINI, M., *Garanzie penali e logiche securitarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1125–1148.

FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, ult. ed., p. 789–803.

FIANDACA, G., *Emergenza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1 ss.

FIANDACA, G., *Il diritto penale d'autore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1453–1476.

FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, ult. ed. (*oppure: Bologna, Zanichelli, 2021, se è quella che hai davvero usato: ma in bibliografia scegli un solo anno/edizione, non due*)

FIANDACA, G. – VIGANÒ, G., *Diritti fondamentali e regime penitenziario speciale*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 45 ss.

GAITO, A., *Il regime del 41-bis tra prevenzione e garanzie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 945–968.

GATTA, G.L., *Il regime detentivo speciale tra emergenza e stabilizzazione normativa*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 2751 ss.

GATTA, G.L., *Il nuovo volto del regime speciale ex art. 41-bis o.p. dopo la legge 94/2009*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 623 ss.

GIUNCHEDI, F., *Il regime detentivo speciale tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 89 ss.

GIOSTRA, A., *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2023.

GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2022.

LORENZETTO, S., *La gestione del regime differenziato tra discrezionalità amministrativa e controllo giurisdizionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 932 ss.

MOCCIA, S., *Misure penitenziarie speciali e controllo giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 2419 ss.

MOCCIA, S., *Il diritto penitenziario come diritto penale dell'emergenza: note critiche sul regime del 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 2419 ss. (*Attenzione: è molto probabile che questa sia la stessa voce di sopra con titolo variato. Se non sei sicura che siano due saggi diversi, tienine una sola.*)

PULITANÒ, D., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020.

RENOLDI, C., *Il regime differenziato dell'art. 41-bis: ontologia, problemi e prospettive*, in *Giustizia insieme*, 7 febbraio 2023.

ROSSI, G., *Il “carcere duro” e il diritto all'aria. Nota a Corte cost., sent. n. 30 del 2025*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4/2025, 1° luglio 2025.

RUGGIERO, R., *La magistratura di sorveglianza e i suoi limiti*, Padova, Cedam, 2020. (*se vuoi essere ancora più “pulita”: indica solo il libro una volta; poi nelle note metti le pagine*)

RUGGIERO, R., *La giurisdizione di sorveglianza*, Padova, Cedam, 2020.

VIOLANTE, L., *Il ciclo mafioso*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

VIOLANTE, L., *Lotta alla mafia e tutela dei diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

VIGANÒ, F., *La presunzione di innocenza tra Costituzione e CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 1–18.

JAKOBS, G., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS – Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004.

Giurisprudenza

Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 313/1990.

Corte cost., sent. n. 186/1990.

Corte cost., sent. n. 349/1993.

Corte cost., sent. n. 343/1993.

Corte cost., sent. n. 351/1996.

Corte cost., sent. n. 376/1997.

Corte cost., sent. n. 410/1999.

Corte cost., sent. n. 342/1999.

Corte cost., sent. n. 190/2010.

Corte cost., sent. n. 57/2013.

Corte cost., sent. n. 143/2013.

Corte cost., sent. n. 48/2015.

Corte cost., sent. n. 24/2019.

Corte cost., sent. n. 99/2019.

Corte cost., sent. n. 97/2021.

Corte cost., sent. n. 18/2022.

Corte cost., sent. n. 30/2025.

Corte di cassazione

Cass., sez. I pen., 12 maggio 2006, n. 19071.

Cass., sez. I pen., 3 giugno 2010, n. 22255.

Cass., sez. I pen., 3 dicembre 2013, n. 50335.

Cass., sez. I pen., 20 settembre 2016, n. 37798.

Cass., sez. I pen., 5 febbraio 2016, n. 5084.

Cass., sez. I pen., 24 gennaio 2018, n. 3447 (Tagliavia).

Cass., sez. I pen., 11 luglio 2019, n. 34214.
Cass., sez. I pen., 20 aprile 2020, n. 11096.
Cass., sez. I pen., 27 gennaio 2020, n. 15093.
Cass., sez. I pen., 21 dicembre 2020, n. 36815.

Corte EDU

Corte EDU, Handyside c. Regno Unito, 7 dicembre 1976.
Corte EDU, Silver and Others c. Regno Unito, 25 marzo 1983.
Corte EDU, Minelli c. Svizzera, 25 marzo 1983.
Corte EDU, Campbell c. Regno Unito, 25 marzo 1992.
Corte EDU, Allenet de Ribemont c. Francia, 10 febbraio 1995.
Corte EDU, Kudła c. Polonia, 26 ottobre 2000.
Corte EDU, Messina c. Italia (n. 2), 28 settembre 2000.
Corte EDU, Butkevičius c. Lituania, 26 marzo 2002.
Corte EDU, Garycki c. Polonia, 6 febbraio 2007.
Corte EDU, Asciutto c. Italia, 27 novembre 2007.
Corte EDU (GC), Enea c. Italia, 17 settembre 2009.
Corte EDU (GC), Ramírez Sánchez c. Francia, 4 luglio 2006.
Corte EDU, Marcello Viola c. Italia, 5 ottobre 2006.
Corte EDU, Provenzano c. Italia, 25 ottobre 2018.
Corte EDU (GC), Viola c. Italia, 11 ottobre 2019.
Corte EDU, Morabito c. Italia, 10 aprile 2025.

Fonti normative, atti e documenti

Normativa

Costituzione della Repubblica italiana, artt. 13, 24, 27.
Legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario).
Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini), art. 11.
D.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356.
Legge 18 dicembre 2002, n. 279.
Legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, comma 25.
D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento di esecuzione o.p.).
Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3.
Codice di procedura penale, art. 274, lett. c).

Atti e documenti

Commissione parlamentare antimafia, *Relazione annuale*, Roma, 1986.
Atti Parlamentari, Camera dei deputati, XI Legislatura, seduta del 6 agosto 1992 (conversione D.L.

n. 306/1992).

Atti Parlamentari, Camera dei deputati, XIV Legislatura, seduta del 6 agosto 2002 (discussione su stabilizzazione del 41-bis).

Ministero della Giustizia – DAP, Circolare n. 3472/5906, 20 febbraio 1993.

DAP, Circolare n. 3472/5906, 20 ottobre 1993.

DAP, Direttive 2017, 2018, 2020, 2022 (aggiornamenti).

Ministero della Giustizia, *Relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione penitenziaria*, 2022.

Ministero della Giustizia – DAP, *Relazione annuale sul regime del 41-bis*, 2021.

Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto tematico sul regime 41-bis*, 2024.

CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura), *Rapporto ad interim sull'Italia*, 2010; *Rapporto sull'Italia*, 2017.

Relazione della Direzione Nazionale Antimafia, 2008.