

Diego De Gioiellis

Regime penitenziario di rigore tra esigenze di sicurezza e diritto alla salute

SOMMARIO: 1. L'origine della differenziazione trattamentale: l'art. 90 ord. penit. – 2. La legge Gozzini del 1986 e il doppio binario penitenziario del 1991-1992 – 3. Le tre “fasi normative” del carcere duro – 4. Il “carcere duro” come trattamento sproporzionato e come negazione dell'ideologia penitenziaria? – 4.1. I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura – 4.2. La giurisprudenza della Corte costituzionale – 4.3. La giurisprudenza della Corte EDU – 5. Il “caso Provenzano”: tortura di Stato? – 6. Prospettive di riforma: le proposte di legge per un carcere duro “umanizzato” – 7. Considerazioni conclusive

1. *L'origine della differenziazione trattamentale: l'art. 90 ord. penit.*

I pilastri dell'autentica “svolta ideologica” che ha ispirato la riforma dell'ordinamento penitenziario sono sufficientemente noti: mentre il Regolamento Rocco del 1931, esprimendo la logica di esclusione propria delle istituzioni totali, attuava una completa separazione del detenuto rispetto al mondo esterno e trascurava gli aspetti di rieducazione e risocializzazione, la l. n. 354 del 1975 mette al centro il detenuto-persona e il trattamento individualizzato, riconducendo l'esecuzione della pena detentiva, sia pur con un trentennio di ritardo, entro la cornice delineata dall'art. 27, terzo comma Cost.¹ e adeguandola altresì alle indicazioni provenienti dal diritto sovranazionale².

¹ V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Art. 1*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Padova, 2015, 5 ss.; F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Milano, 2008, 793 ss.; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. Presutti, Milano, 1994, 3; G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 48 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino, 2002, 6.

² Il riferimento è, in particolare, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, alla Convenzione Europea per

Il carcere prova dunque a trasformarsi da un luogo di isolamento del soggetto dal mondo esterno, in una struttura attraverso la quale il detenuto possa realizzare un proprio, individuale, processo rieducativo³. Ciò determina anche mutamenti che riguardano la fase esecutiva della pena. Da un modello totalmente statico, proprio del regolamento del 1931, si passa ad un modello dinamico di esecuzione, che consente l'adeguamento del trattamento penitenziario ai progressi del reo, in vista del suo reinserimento sociale⁴. Il trattamento penitenziario assume i contorni di un vero e proprio *diritto* per il detenuto, cui corrisponde un *obbligo* di fare per l'amministrazione penitenziaria⁵.

L'enfasi attribuita alla logica trattamentale ha rischiato di lasciare nell'ombra gli aspetti legati alla sicurezza, intesa anzitutto nella duplice accezione di sicurezza interna ed esterna⁶: la l. n. 354 del 1975, in effetti, non aveva saputo affrontare in modo adeguato il problema della sicurezza e della disciplina penitenziaria, specie in riferimento a quei soggetti con forte capacità a delinquere, che avevano rifiutato di aderire ad un programma di reinserimento alla luce dei loro ideali in conflitto con quelli

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata il 4 novembre 1950, al Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli inumani o degradanti adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 e alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti sottoscritta il 26 novembre 1987.

³ A tal fine vengono in considerazione una serie di norme che disciplinano aspetti della vita penitenziaria e pongono in essere le premesse per il riconoscimento di specifiche situazioni soggettive attive in capo ai detenuti: per tutti M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 17.

⁴ Questo processo avviene tramite una analisi della personalità del reo, che può portare a un suo eventuale reinserimento sociale da realizzarsi soprattutto con i contatti con il mondo esterno, come rileva S. GIAMBURNO, *Diritto penitenziario*, Milano, 2006, 9 ss. La legge, nel riconoscere la finalità rieducativa del trattamento penitenziario, afferma però che essa non può essere imposta al detenuto dovendo egli aderirvi volontariamente senza subire violazione della propria autodeterminazione: per approfondimenti vedi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 654. Sulla necessità che l'attività di recupero trovi realizzazione attraverso un programma individualizzato, come previsto dall'art. 13 ord. penit., ed in particolare tramite una procedura di osservazione scientifica della personalità del reo e di programmazione del trattamento individualizzato per tutti F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, 166.

⁵ Cass., Sez. I pen., 24 marzo 1982, in *Rass. penit. crim.*, 1983, 874; Cass., Sez. I pen., 29 marzo 1985, in *Cass. pen.*, 7/1986, 1178.

⁶ Per le necessarie indicazioni v. A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

statali, quali ad esempio gli appartenenti alle organizzazioni terroristiche⁷.

I decenni successivi hanno mostrato chiaramente come le esigenze di individualizzazione ben potessero tramutarsi in esigenze di differenziazione per ragioni di sicurezza⁸, evidenziando di volta in volta la difficoltosa tenuta dei diritti fondamentali del detenuto.

L'azione di contrasto alla criminalità tipica degli anni '70, in particolare, richiese interventi speciali in considerazione del fatto che, per effetto dell'aumento della popolazione carceraria di provenienza mafiosa e terroristica, in molti istituti penitenziari si erano formate cellule organizzate che riproducevano quelle dei soggetti liberi, con le gerarchie, le aggregazioni, i rapporti esistenti all'esterno dell'ambiente carcerario: ben presto si comprese che le stesse potessero divenire uno strumento per reclutare anche i detenuti comuni.

Si presentò quindi l'esigenza di realizzare una riforma che perseguisse l'obiettivo di una differenziazione dell'esecuzione penitenziaria. Per rimediare alla mancata previsione di un trattamento differenziato per i soggetti pericolosi fu introdotta una norma di salvaguardia, o meglio di chiusura, dell'ordinamento penitenziario: si tratta dell'art. 90 ord. penit. che prevedeva in capo al Ministro di Grazia e Giustizia, al ricorrere di «gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza», la «facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti» dalla legge sull'ordinamento penitenziario che potessero «porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza»⁹.

La norma in questione rappresenta il primo modello di regime di

⁷ «L'ottimismo delle prospettive, tutte rivolte alla prevenzione sociale, in termini di recupero e reinserimento sociale, avevano portato il legislatore a ignorare il problema della gestione dei detenuti pericolosi», così T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-93)*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, 151. V. anche L. CESARIS, *Art. 14-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 183; A. BERNASCONI, *La sicurezza penitenziaria. Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Milano, 1991, 95; G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 41 ss.

⁸ Per i profili generali relativi alla "differenziazione" della pena R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2013, 724 ss.

⁹ Infatti a seguito di ripetute denunce di violazione delle norme dell'ordinamento penitenziario il Ministro di Grazia e Giustizia aveva risolto tale situazione di illegittimità nel trattamento dei detenuti tentando di riportare entro i confini di legalità la disciplina degli istituti penitenziari presi in esame facendo ricorso proprio all'art. 90 ord. penit.: così M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 176.

carcere differenziato¹⁰ teso a far fronte a situazioni eccezionali a tutela della sicurezza penitenziaria, ma che ben presto divenne uno strumento ordinario cui ricorrere, in via preventiva, per contrastare pericoli alla disciplina ed alla sicurezza¹¹.

Già nel 1977, in risposta all'emergenza del terrorismo, furono istituite le prime cinque carceri speciali¹². La detenzione speciale consisteva in un catalogo di limitazioni finalizzate a impedire la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva e a evitare che dal carcere si potessero gestire attività illecite. Inizialmente le limitazioni riguardarono solo il controllo della corrispondenza e i colloqui, ma in seguito si posero ulteriori limitazioni riguardanti il vitto, le attività culturali, ricreative e sportive o il possesso di oggetti nelle celle.

L'art. 90 ord. penit. fu sottoposto a numerose e diverse critiche. Si contestava, in particolare, la genericità della formulazione, sollevandosi altresì dubbi di compatibilità con gli artt. 13 e 25, secondo comma Cost., posto che, evidentemente, il principio di riserva di legge in materia penale deve ritenersi riferito anche alla fase esecutiva¹³.

2. La legge Gozzini del 1986 e il doppio binario penitenziario del 1991-1992

Trascorsi gli anni di piombo emerse una nuova esigenza riformatrice della materia penitenziaria che condusse all'approvazione della l. n. 663 del 1986, la c.d. legge Gozzini¹⁴. Si tratta di una riforma che, come ampiamente noto, si è mossa lungo due direttrici. In una prospettiva "extramuraria" ha rafforzato il sistema delle misure alternative alla detenzione, con l'intento di

¹⁰ P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 113.

¹¹ G. FLORA, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, 24.

¹² L'istituzione delle carceri speciali avvenne con il d.m. 4 maggio 1977, che conferiva l'incarico di "garante" dell'operazione al Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa: nel provvedimento in questione può essere individuata l'origine storica delle carceri di massima sicurezza, come evidenziato da S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, 2007, 5.

¹³ Per un'accurata disamina delle criticità poste dal sistema in questione, v. in particolare T. PADOVANI, *Ordine pubblico e ordine penitenziario: un'evasione dalla legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di V. Grevi, Bologna 1981, 285; M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 198 ss.

¹⁴ Pressoché obbligato il riferimento a M. GOZZINI, *L'ordinamento penitenziario dopo la legge 663/1986. Problemi ancora aperti*, in *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini e un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti sottoposti a controllo penale*, a cura di A. Lovati, Milano 1988, 27 ss.

intaccare la centralità della pena detentiva attorno alla quale è edificato il nostro sistema sanzionatorio. In una prospettiva “intramuraria” ha tentato di stabilizzare le questioni relative alla differenziazione dei detenuti per ragioni di sicurezza¹⁵ tramite l’introduzione dell’istituto della sorveglianza particolare (o regime detentivo individualizzato) agli articoli 14-*bis* e 14-*quater* ord. penit. e l’introduzione dell’art. 41-*bis*, primo comma ord. penit., che abrogò l’art. 90 ord. penit., prevedendo la possibilità della sospensione, temporanea e in casi eccezionali, delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati¹⁶. Il “carcere duro” fa dunque la sua prima comparsa sulla scena dell’esecuzione penale nell’ordinamento italiano, ritagliandosi un ruolo che lo porterà a divenire un protagonista sempre più “ingombrante”.

Da una parte, infatti, la legge Gozzini è investita da numerose critiche per i margini eccessivamente permissivi che ne connotavano l’ossatura principale¹⁷. Dall’altra parte, all’inizio degli anni ’90, la nuova emergenza assume il volto della criminalità organizzata di stampo mafioso. La risposta dello Stato è sintetizzata dal d.l. n. 152 del 1991 (convertito nella l. n. 203 del 1991) e dal d.l. n. 306 del 1992 (convertito nella l. n. 356 del 1992) che, per quel che qui maggiormente interessa, introducono l’art. 4-*bis* ord. penit.¹⁸ e il comma secondo dell’art. 41-*bis* ord. penit. Si

¹⁵ Si è già anticipato che, per far fronte alla situazione di instabilità, inizialmente si era fatto ricorso al sistema delle carceri di massima sicurezza, a cui successivamente si era aggiunto il ricorso all’art. 90 ord. penit., per risolvere problemi di legittimità sorti all’interno di queste carceri: per un maggiore approfondimento vedi P. CORSO, *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006.

¹⁶ V., per tutti, V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986 n. 663*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 25 ss. e R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Milano, 2013, 166 ss. Come evidenziato da M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, 176, la legge Gozzini disciplina il problema della differenziazione trattamentale dei detenuti per ragioni di sicurezza sotto un duplice profilo: individuale con l’istituto della sorveglianza particolare ex art. 14-*bis* ord. penit., collettivo tramite l’art. 41-*bis* ord. penit. che sostituisce l’art. 90 ord. penit. Permane la generica formulazione delle circostanze che giustificano l’adozione di tale decreto: da «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica» a «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza», formulazione anche questa estremamente generica: V. GREVI, *op. cit.*, 30.

¹⁷ Sul punto, in particolare, F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli idealismi della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., 79 ss.

¹⁸ Sull’art. 4-*bis* ord. penit. come norma simbolo della rinnovata disciplina penitenziaria M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *op. cit.*, 307-308. La centralità della disposizione è desumibile anche dalla sua collocazione nel capo dedicato ai “principi direttivi”, «con il trasparente proposito di controbilanciare l’impostazione risultante dalle altre disposizioni

inaugura in questo modo la “controriforma carceraria”¹⁹, che “sconfessa” il principio di parità dei detenuti relativamente al trattamento penitenziario loro riservato su cui si fondava la legge del 1975 e instaura la logica di un doppio binario trattamentale riservato essenzialmente ai detenuti per fatti di criminalità organizzata.

L’obiettivo è perseguito non solo attraverso la significativa limitazione della possibilità di concedere misure premiali o alternative alla detenzione, a scapito quindi della finalità risocializzante della pena, ma anche agendo nell’ambito del trattamento intramurario e introducendo restrizioni tali da incidere direttamente sulla vita quotidiana del detenuto. Sebbene il c.d. carcere duro individuasse un regime differenziato finalizzato ad impedire il mantenimento di contatti e collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza, il nuovo meccanismo non riuscirà mai del tutto a mettersi al riparo dal sospetto di poter veicolare anche esigenze di tipo “processuale”. Il doppio binario penitenziario, infatti, è caratterizzato anche da un sistema di misure premiali, destinate ai collaboratori di giustizia, capaci di mitigare il rigore del trattamento²⁰.

programmatiche contenute nello stesso capo, incentrate su diritti e garanzie assicurati al condannato», così osserva F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario*, cit., 91.

¹⁹ G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1991, 146.

²⁰ La differenziazione dei detenuti e dei circuiti trattamentali viene realizzata tramite il ricorso ad una presunzione di pericolosità dei condannati per alcuni tipi di reati in base alla loro eventuale collaborazione, non avendo rilievo invece i risultati conseguiti tramite un percorso rieducativo: vedi B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 127. L’ammissione alle misure premiali è subordinata all’esistenza di alcune condizioni particolari quali la collaborazione con la giustizia, ma il tipo di condizione varia a seconda del reato commesso, vedi C. CESARI, G. GIOSTRA, *Art 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 53. Secondo altra dottrina, sebbene numerosi siano stati gli interventi modificativi dell’art. 4-bis ord. penit., riguardanti i benefici penitenziari, le condizioni per la concessione degli stessi e il novero di reati interessati, la finalità costante che sembrerebbe sottesa a tutti gli interventi legislativi è quella di incentivare la collaborazione con la giustizia, I. MARCHESELLI, F. FIORENTIN, *L’ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 430. Tale sistema ha suscitato subito delle perplessità in considerazione del fatto che il meccanismo della premialità era sorto avendo come riferimento i delitti legati alla criminalità organizzata per i quali era logico chiedere una condotta collaborativa. Per i reati a sfondo sessuale, invece, la subordinazione della concessione dei benefici penitenziari alla condotta collaborativa appariva del tutto illogica poiché si tratta di reati prevalentemente monosoggettivi e ciò avrebbe portato i giudici di sorveglianza a ritenere sussistenti ipotesi di collaborazione impossibile: così S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 438, e A. RICCI, *Collaborazione impossibile e sistema penitenziario. L’ammissibilità di misure premiali*

Sebbene l'art. 41-*bis* ord. penit. venga etichettato comunemente come l'erede del precedente art. 90 ord. penit., numerose sono le differenze riscontrabili tra le due norme. In primo luogo l'art. 41-*bis* ord. penit. facendo riferimento a singoli detenuti o internati non è applicabile a interi stabilimenti penitenziari: si riferisce quindi non a carceri speciali, ma a detenuti speciali, nei confronti dei quali, ricorrendo i presupposti che si sostanziano nei «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», possono essere sospese le ordinarie regole trattamentali. Diverso è anche lo scopo delle due norme. L'art. 90 ord. penit. era stato introdotto per far fronte al dilagante fenomeno eversivo e terroristico che aveva caratterizzato gli anni '70 e '80: la sua finalità era quella di scongiurare eventuali attività di proselitismo all'interno degli istituti penitenziari, che avrebbero potuto coinvolgere altri detenuti, con problemi di sicurezza interna. Diverso invece lo scopo dell'art. 41-*bis* ord. penit., introdotto per far fronte al problema legato alla criminalità organizzata, caratterizzata da una struttura altamente verticistica. Fine della norma era quello di interrompere eventuali collegamenti del detenuto con l'organizzazione di appartenenza e impedire la possibilità di gestire attività criminose dal carcere tramite un trattamento penitenziario differente rispetto a quello ordinario riservato ai ristretti comuni.

3. *Le tre "fasi normative" del carcere duro*

L'art. 41-*bis* ord. penit. era in origine composto da un solo comma²¹, non dissimile dal precedente art. 90 ord. penit., che prevedeva la sospensione delle ordinarie regole trattamentali in presenza di circostanze eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza. Rispondente ad una logica completamente differente è invece il secondo comma introdotto con il d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni nella l. n. 356 del 1992, nel periodo delle grandi stragi mafiose²².

ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo", Padova, 2013, 8 ss.

²¹ A. PULVIRENTI, *Codice penitenziario. Normativa esplicitata ed annotata con giurisprudenza, circolari e formulari*, Napoli, 2000, 138.

²² L'art. 41-*bis*, comma 2 ord. penit. non viene introdotto nell'ordinamento penitenziario per far fronte a situazioni legate a problemi di sicurezza interni, a cui sono invece dedicati gli articoli 14-*bis* ord. penit. (che disciplina il regime di sorveglianza individualizzato per far fronte alle ordinarie esigenze di sicurezza interne) e 41-*bis*, comma 1 ord. penit. Come detto, scopo primario della norma è quello di impedire la possibilità di gestire attività delittuose dall'interno del carcere ovvero quello di garantire la definitiva rottura dei collegamenti tra detenuto e organizzazione criminale di appartenenza.

La prima fase normativa dell'istituto va dunque dal 1992 al 2002. Caratteristica principale di questo decennio è la "temporaneità": la norma non conteneva alcuna disposizione né in ordine alla durata della sospensione, né in ordine ad eventuali proroghe, né all'attività istruttoria e neppure disciplinava il procedimento del reclamo. Infine, data la natura eccezionale di tali misure, l'art. 29 del d.l. n. 306 del 1992 ne aveva previsto una efficacia triennale²³. Si trattava di una misura dal carattere evidentemente indeterminato, tanto sul piano dei presupposti applicativi quanto su quello della durata e, per ciò che qui maggiormente interessa, senza che la "sospensione delle regole di trattamento" trovasse una qualche specificazione a livello di contenuto²⁴. A ciò devono necessariamente aggiungersi le distorsioni applicative conosciute dal regime del carcere duro in questa prima fase: i due penitenziari di Pianosa e dell'Asinara, scelti per l'esecuzione della misura al fine di assicurare un reale isolamento dei boss, si resero teatro di soprusi e maltrattamenti²⁵.

Sconfessando le iniziali attese e malgrado le "plateali" proteste dei detenuti²⁶, il regime venne prorogato per tre volte²⁷, fino alla definitiva stabilizzazione avvenuta con l. n. 279 del 2002, che apre dunque la "seconda fase" del carcere duro²⁸. Con la riforma del 2002 il legislatore, oltre a

²³ V. art. 29, comma 1 d.l. n. 306 del 1992: «Le disposizioni previste dagli articoli 19 e 25 cessano di avere effetto trascorsi tre anni dalla entrata in vigore dalla legge di conversione del presente decreto».

²⁴ A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 108-109.

²⁵ Ivi, 110.

²⁶ Valga per tutti il riferimento al c.d. proclama Bagarella, letto dal boss di fronte alla Corte d'assise di Trapani il 12 luglio 2002, con il quale si rendeva nota la protesta «civile e pacifica» dei detenuti in 41-bis, «stanchi di essere strumentalizzati, umiliati, vessati e usati come merce di scambio delle varie forze politiche»: tra i molti G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Bari, 2014, 59.

²⁷ Nell'ordine, la l. n. 36 del 1995 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 1999; la l. n. 446 del 1999 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 2000; la l. n. 4 del 2001 ha disposto la proroga fino al 31 dicembre 2002. V. R. BREDI, G. DI GENNARO, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 206.; M. NUNZIATA, *Prorogato fino al 31 dicembre 1999 il regime speciale di trattenimento penitenziario dei detenuti per delitti di mafia*, in *Nuovo dir.*, 1995, 477; F. GIUNTA, *Proroga delle disposizioni di cui all'art. 41 bis l. 26 luglio 1975 n. 354, sulla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 1996, 45; G. LA GRECA, *L'applicazione del 41 bis sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 6/1997, 754; ID., *Proroga breve per il trattamento penitenziario di rigore*, ivi, 1/2000, 57.

²⁸ Senza pretesa di esaustività A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, 285 ss.; G. LA GRECA, *Una stabilizzazione per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2003, 417 ss.;

stabilizzare l'istituto, persegue altresì il tentativo di recepire le indicazioni della Corte costituzionale che, sia pur con sentenze interpretative di rigetto, aveva tentato di apporre degli argini a una norma il cui limite principale pareva indentificarsi proprio nella sua indeterminatezza²⁹. Da altro punto di vista, si registra l'ampliamento del catalogo dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari di prima fascia contenuti nell'art. 4-*bis* ord. penit.: in particolare le innovazioni più rilevanti hanno riguardato l'espressa previsione di un ulteriore presupposto per l'applicazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., ovvero la permanenza «di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», non ancorando più l'operatività del regime di rigore alla sola commissione di uno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit.³⁰.

L'art. 41-*bis* ord. penit. si arricchisce di ulteriori sei commi ai quali è affidata la disciplina dei presupposti della misura, della procedura, della durata, della revoca, della tutela giurisdizionale. Nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., in particolare, vengono poi tipizzate tassativamente le regole di trattamento suscettibili di sospensione con decreto ministeriale: i colloqui visivi e telefonici, la disponibilità di beni, oggetti, somme di denaro ricevute dall'esterno, la sottoposizione della corrispondenza a visto di censura³¹. Il "carcere duro" cerca di recuperare la natura di regime differenziato imposto per ragioni di sicurezza e di allontanare il sospetto che l'accentuata vocazione custodialistica assolvesse alla finalità di ottenere

M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche degli artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in *Studium iuris*, 2003, 417 ss.; A. MARCHESELLI, F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (legge 23 dicembre 2002, n. 279, pubblicata in G.U. 300 del 23.12.02)*, in *Giust. pen.*, 3/2003, 43.

²⁹ Si rinvia a A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 115 ss. per una completa rassegna delle pronunce della Corte costituzionale rese necessarie, prima della riforma del 2002, per colmare il deficit di determinatezza della misura.

³⁰ I presupposti applicativi, contrariamente a quanto avviene per la sorveglianza particolare, sono in ogni caso individuati in eventi esterni alla realtà carceraria: L. CESARIS, *op. cit.*, 448 ss.

³¹ Il Ministro di Giustizia poteva individualizzare il trattamento di rigore tramite la facoltà di scelta di applicare restrizioni nei confronti dei singoli detenuti, anche se nella prassi veniva garantita uniformità di trattamento tramite l'adozione di decreti *standard* identici in tutti i contenuti: sul punto A. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., 302. Al riguardo si è sostenuto che l'uniformità costituisce un requisito indispensabile per l'efficacia della misura poiché «un'applicazione differenziata delle prescrizioni fra i detenuti sottoposti allo stesso regime consentirebbe a coloro che sono sottoposti alle restrizioni più severe di eluderle, tramite l'intermediazione di coloro ai quali sono concessi maggiori occasioni di contatto con l'esterno»: così S. ARDITA, *La riforma del 41-bis alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2/2004, 728.

una più pronta collaborazione processuale del detenuto³².

Il terzo ed ultimo periodo del carcere duro è quello inaugurato dalla l. n. 94 del 2009 che, mentre il regime di rigore sembrava attraversare una stagione di crisi e le voci dei detenuti non erano così assordanti come in passato, modifica nuovamente l'art. 41-*bis* ord. penit.³³. La finalità della riforma è quella di ampliare il novero dei destinatari del regime differenziato e rendere ancora più difficile ai detenuti, in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa, la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza³⁴. La nuova formulazione del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit. evidenzia chiaramente l'intento repressivo-custodialistico perseguito del legislatore del 2009.

I detenuti in 41-*bis* devono essere ristretti in istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente nelle zone insulari, o comunque all'interno di sezioni logisticamente isolate dal resto dell'istituto e affidate a reparti speciali della polizia penitenziaria, stabilizzando per via normativa quanto

³² A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 142; S. ARDITA, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 250. *Contra* S. D'ELIA, M. TURCO, *Tortura democratica. Inchiesta su "la comunità del 41 bis reale"*, Venezia, 2002, 30, i quali non esitano a ritenere che ciò che noi chiamiamo carcere duro il diritto internazionale lo definisce tortura. V. anche M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 265. Sul 41-*bis* come strumento per indurre a collaborare con la giustizia anche A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2013, 203.

³³ M.F. CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "pacchetto sicurezza" – L'inasprimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2009, 1075 ss.

³⁴ I lavori parlamentari sono al riguardo particolarmente espliciti: lo scopo è quello di accentuare il rigore dell'art. 41-*bis*. V. *Relazione delle commissioni permanenti I e II riunite sul d.d.l. 733 al Senato, seduta 11 novembre 2008*, in www.senato.it (ultimo accesso 12.04.2017) e per più ampie considerazioni A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 150 ss. Il nuovo comma 2 si caratterizza per l'ampliamento dei presupposti di applicazione e per l'inasprimento del contenuto delle restrizioni. Si interviene sulla efficacia temporale dei decreti di applicazione (quattro anni) e di proroga (due anni), sulla procedura di impugnazione del medesimo provvedimento e sul trattamento penitenziario, con interventi volti a impedire comunicazioni non consentite e il passaggio di oggetti tra detenuti inseriti in diversi gruppi di socialità. Viene ampliato il novero dei destinatari del regime differenziato individuati nei «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva»: sul punto, in particolare, P. CORVI, *Trattamento penitenziario*, cit., 133 e M.F. CORTESI, *Il nuovo regime di detenzione differenziato ai sensi dell'articolo 41-bis l.n. 354/1975*, in *Il Sistema della sicurezza pubblica*, a cura di F. Ramacci, G. Spangher, Milano, 2010, 894; A. BARGI, *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, spec. 1165 ss.

già registratosi a livello di prassi.

I colloqui, sempre videoregistrati, possono essere uno al mese (lettera b).

È possibile adottare tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi (lettera f): una delega in bianco alle esigenze di sicurezza, che sembra avallare anche pratiche pressoché considerate come illegittime (a partire dalle c.d. celle lisce)³⁵. Del resto, più in generale, l'elenco delle restrizioni previste dal comma 2-*quater* non può considerarsi tassativo, posto che la lettera a), contenendo un ampio riferimento all'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, consente all'amministrazione penitenziaria l'attuazione di restrizioni ulteriori rispetto a quelle elencate dal legislatore³⁶.

Tra le misure di alta sicurezza in questione rientrano, per esempio, la videosorveglianza continua nella camera di pernottamento, inclusa la stanza da bagno; il divieto di cucinare in cella; il divieto di acquisto di determinati prodotti decisi di volta in volta dall'amministrazione penitenziaria³⁷.

Deve infine ricordarsi come l'isolamento che caratterizza il regime in questione può conoscere irrigidimenti ulteriori nelle c.d. aree riservate ai "grandi capi" delle associazioni mafiose. Si tratta per la verità di un

³⁵ Sulla legittimità dell'isolamento totale e sulla pratica, ancora diffusa, della c.d. cella liscia v., sia pur con diretto riferimento alla sorveglianza particolare, R. GRIPPO, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, "41-bis" e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2012, 5 ss.

³⁶ D. PETRINI, *Modifica agli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 247, individua nella disposizione *de qua* una norma di chiusura nella definizione dei contenuti del regime di carcere duro.

³⁷ «Che cosa ha a che fare con la finalità dichiarata del 41-bis [impedire che i capi e i gregari delle associazioni criminali possano continuare a svolgere funzioni di comando e direzione in relazione ad attività criminali eseguite all'esterno del carcere, ad opera di altri criminali in libertà] il divieto per i ristretti in carcere di cucinare nella propria cella e l'obbligo di acquistare solo i prodotti e i generi alimentari di volta in volta decisi dalle singole amministrazioni penitenziarie? Fino ad arrivare – in molte sezioni – al divieto di acquisto delle banane e della marmellata?»: A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 203. Analoghi interrogativi retorici sono posti da G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: uno sguardo della giurisprudenza*, in *Penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, 35: «È ragionevole, e comunque compatibile con il divieto di applicare pene disumane o degradanti, che il detenuto trascorra solo due ore al giorno fuori della propria cella, di cui una soltanto all'aria aperta? È ragionevole che vengano fortemente ridotti i tempi di colloquio, finanche telefonico, con il difensore? È ragionevole che sia fatto divieto di cuocere il proprio cibo, norma che le amministrazioni hanno addirittura trasformato nel divieto di acquistare alimenti crudi?»

“sottoregime carcerario”, caratterizzato da un isolamento totale³⁸, che non trova fondamento esplicito non solo nella legge ma anche nelle circolari e di cui si è venuti a conoscenza attraverso i provvedimenti giudiziari emessi a seguito dei ricorsi dei detenuti e ai rapporti degli organismi cui è affidata la “vigilanza” sul rispetto dei diritti umani³⁹.

4. *Il “carcere duro” come trattamento sproporzionato e come negazione dell’ideologia penitenziaria?*

Non è certo questa la sede per entrare nel dettaglio dei presupposti applicativi e dei rimedi giurisdizionali che definiscono il microsistema del carcere duro. Quel che importa sottolineare è come, da una sia pur sommaria indagine relativa ai contenuti della misura, risulti evidente quel *surplus* di afflittività che, fin dalla sua prima introduzione nell’ordinamento, caratterizza in maniera strutturale il regime di rigore⁴⁰. Il canone della proporzione, che pure dovrebbe rappresentare il faro guida nell’intero sistema dell’esecuzione penale, fatica a produrre tutti i suoi effetti⁴¹: una volta individuata la finalità del carcere duro nella necessità di recidere il legame tra il detenuto e la compagine criminale di provenienza/appartenenza, ogni prescrizione che esorbiti rispetto a tale scopo dovrebbe considerarsi costituzionalmente illegittima.

³⁸ M. PALMA, *Il regime del 41 bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in *Volti e maschere della pena*, cit., 187.

³⁹ A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 192. Cass., Sez. I pen., 5 settembre 2014, n. 37231, in *Giur. it.*, 12/2014, 2862 con nota critica di C. FIORIO, *L’“isola che non c’è”: “area riservata” e art. 41 bis o.p.*, ha affermato che il provvedimento adottato dall’amministrazione penitenziaria con il quale il detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41-bis ord. penit. viene inserito in un’area riservata, non comporta specifiche violazioni dei diritti del detenuto, costituendo l’espressione del potere discrezionale riservato all’amministrazione penitenziaria di organizzare e regolare la vita all’interno degli istituti, tenuto anche conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l’ordinato svolgimento della vita intramuraria.

⁴⁰ V. sul punto M. PALMA, *op. cit.*, 182, il quale rileva che al sostantivo “carcere” non dovrebbe essere aggiunto alcun aggettivo: appare dunque significativa la circostanza per cui il regime del 41-bis si trovi spesso descritto con l’ambigua e sinistra locuzione di “carcere duro”, quasi a definire una detenzione con un *surplus* di durezza fine a se stesso o finalizzato ad aggiungere elementi afflittivi.

⁴¹ La recente indagine condotta da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 428 ss. si conclude proprio con una valorizzazione dei canoni del “minor sacrificio possibile” e della “proporzione in senso stretto”. Sulla centralità del requisito della proporzione anche A. MASSARO, *op. cit.*

Rappresenta certamente un dato significativo, in effetti, quello per cui l'art. 41-*bis* ord. penit. sia divenuto un "osservato speciale" della giurisprudenza costituzionale e di quella europea fin dal momento della sua introduzione, ma, ciò nonostante, né il Giudice delle Leggi né la Corte di Strasburgo abbiano messo in discussione la generale legittimità dell'istituto, limitandosi a censurarne singoli aspetti.

L'impressione che si avverte, specie scorrendo la giurisprudenza della Corte EDU, è quella di una cautela motivata anche da una sorta di intangibilità di quella "ragion di Stato" che fa da sfondo al carcere duro. Non appena invece la misura in questione si trovi "decontestualizzata", ovvero esaminata senza il peso del contesto storico-politico che ne ha determinato l'introduzione, le conclusioni si rivelano più nette. Ha suscitato particolare clamore, per esempio, la decisione con la quale un giudice federale statunitense ha bloccato l'espulsione verso l'Italia del boss Rosario Gambino, che, tornato in patria, sarebbe stato verosimilmente sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* ord. penit.: il regime in questione, in effetti, avrebbe rappresentato una forma di coercizione non correlata ad alcuna sanzione o punizione legalmente imposta, una vera e propria tortura, o, comunque, un trattamento crudele, inumano o degradante. Si tratta di un caso ancora più interessante perché Rosario Gambino versava in condizioni di salute particolarmente precarie e il giudice americano riteneva che il c.d. carcere duro non avrebbe assicurato allo stesso tutte le cure necessarie⁴².

Il rapporto tra il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. e la tutela della salute si rivela indubbiamente complesso. Parlare di una nozione ampia di salute, intesa come generale benessere psicofisico dell'individuo, in riferimento al detenuto in regime di 41-*bis* sembrerebbe una contraddizione in termini⁴³. Anche la tutela della salute intesa in un'accezione più restrittiva, tuttavia, non sembrerebbe andare esente da criticità. La tutela della salute del soggetto sottoposto a un regime di rigore, in effetti, non dovrebbe subire un trattamento diverso rispetto a quello riservato ai detenuti in regime ordinario, ma a volte sembra che ciò avvenga, sia pur in maniera non esplicita.

Sembra dunque opportuno verificare in che modo la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo si sono confrontate con il binomio

⁴² Sul punto E. NICOSIA, *Il c.d. 41- bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4/2009, 1246.

⁴³ Per la nozione ampia di salute e le sue criticità in riferimento a soggetti privati della libertà personale A. MASSARO, *op. cit.* e G. CAMERA, *Liberi, detenuti in carcere e ristretti in strutture dedicate: diverse prospettive del diritto alla salute*, in *questo volume*.

“carcere duro-diritti fondamentali”. Il tutto senza trascurare il “terzo occhio”⁴⁴, rappresentato dai rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Proprio la prospettiva del CPT sembra rappresentare un utile punto di partenza.

4.1. *I rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura*

Le condizioni di vita e di salute dei detenuti in 41-*bis* ord. penit. sono state più volte criticate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), che, come organo di controllo di natura non giurisdizionale, ha il compito di stabilire se una situazione possa qualificarsi tortura o trattamento inumano o degradante⁴⁵.

Il primo rapporto sul tema è quello pubblicato il 4 dicembre 1997 relativo alla visita effettuata dal 22 ottobre al 6 novembre 1995⁴⁶, in cui si è valutata «la scrupolosa aderenza alla finalità espressa nella sua istituzione; l’isolamento e i suoi effetti, con attenzione a che non si produca quel deterioramento delle capacità psicofisiche del detenuto che si configurerebbe come trattamento inumano e degradante; la salvaguardia di alcuni diritti, soprattutto in tema di privacy, valore di difficile tutela in tali contesti; il mutato concetto di “territorialità” della pena che si realizza di fatto in questi casi; l’indeterminatezza intrinseca di un regime speciale rinnovabile in modo quasi automatico e per un tempo complessivo non definito».

Dopo dieci anni dal primo rapporto, il 27 aprile 2006, il CPT, a seguito della “stabilizzazione” del regime operato con la l. n. 279 del 2002, ha dichiarato che tale detenzione comporta gravi lesioni ai diritti dei detenuti e che dovrebbe applicarsi solo in casi eccezionali e per un periodo di tempo limitato. Si tratta infatti di «una situazione che può essere assimilata alla stessa negazione del concetto di trattamento penitenziario», in cui il CPT non esita a ravvisare uno strumento di pressione psicologica volto ad ottenere una collaborazione del detenuto con il sistema giudiziario. Il carcere duro, dunque, evidenzia profili di tensione rispetto all’art. 27 della Costituzione italiana e ai trattati internazionali in materia di diritti umani

⁴⁴ M. PALMA, *op. cit.*, 180.

⁴⁵ Il CPT ha effettuato dieci visite negli istituti italiani: sei periodiche (1992, 1995, 2000, 2004, 2008, 2012) e quattro *ad hoc* (1996, 2006, 2009, 2010); A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 356, nota 94. Si rinvia all’Austria anche per un esame degli *Standards* del 2015, in cui il CPT dedica ampia attenzione ai detenuti sottoposti a *solitary confinement*, cioè isolati rispetto agli altri e reclusi in una cella per 22 o più ore al giorno. I Rapporti e gli *Standards* del CPT sono consultabili sul sito www.coe.int.

⁴⁶ Su cui J. MURDOCH, *Treatment of prisoners: European Standards*, Strasburgo, 2006.

di cui l'Italia è Stato parte.

Nel Rapporto del 2010, che fa riferimento alla visita periodica del 2008, il CPT analizza anche la situazione psicologica dei detenuti sottoposti a tale regime, affermando che, in una sezione visitata a quindici detenuti su venti erano somministrate cure psichiatriche. Il CPT ribadisce anche che l'attuale regime del 41-*bis* ord. penit. è, di per sé, «fortemente dannoso per i diritti fondamentali delle persone che a esso sono sottoposte e non è privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni detenuti» e aggiunge che «il Comitato non mette in dubbio la legittimità e la necessità della lotta che le autorità italiane hanno intrapreso contro tutte le forme di criminalità organizzata; al contrario, condivide tale necessità. Tuttavia, l'adozione dei nuovi emendamenti alla legge inevitabilmente porteranno danni irreparabili al fragile bilanciamento che deve essere mantenuto tra gli interessi della società e il rispetto dei diritti fondamentali della salute».

Altro elemento su cui il CPT si è soffermato è il “quasi isolamento” previsto dal regime speciale, caratterizzato da un accesso limitato all'aria aperta, da una socializzazione ridotta al minimo e dal fatto che «in alcuni istituti emerge un quadro di quasi totale decontestualizzazione dalla realtà di persone detenute per tempi lunghissimi, potenzialmente senza fine, e che spesso tale quadro è anche aggravato dalla previsione di aree riservate dove l'isolamento è totale, contrariamente a quanto la norma prevede»⁴⁷. Il CPT aveva per questi motivi invitato le autorità italiane a rivedere l'attuale regime del 41-*bis* ord. penit.

A seguito di tali osservazioni le istituzioni italiane avevano preso l'impegno di alleggerire alcune restrizioni e prevedere benefici per i detenuti sottoposti da molto tempo al regime di rigore, ma la l. n. 94 del 2009, come già precisato, è andata nell'opposta direzione di un ulteriore inasprimento della disciplina.

Nel rapporto redatto a seguito dell'ultima visita condotta nel 2010 nel carcere di Terni il CPT ha espresso profondi dubbi circa l'ulteriore inasprimento delle restrizioni in seguito all'intervento legislativo del 2009. In particolare il Comitato ha precisato, ancora una volta, che le restrizioni applicabili in regime di carcere duro sembrano funzionali più che all'esigenza di tutelare la società, all'ottenimento di una condotta collaborativa con la giustizia, realizzando dunque forme di pressione di dubbia legittimità.

⁴⁷ La risposta del Governo italiano alle richieste del CPT in merito all'area riservata del carcere visitato nel 2008, è consultabile in www.rm.coe.int.

4.2. *La giurisprudenza della Corte costituzionale*

Gli interventi della Corte costituzionale sulle varie formulazioni dell'art. 41-*bis* ord. penit. che si sono succedute nel tempo sono stati numerosi e hanno riguardato aspetti molto diversi tra loro, attraverso i quali, pur senza negare l'astratta necessità di tutela delle esigenze di sicurezza all'interno del carcere, la Consulta ha richiamato il legislatore e gli interpreti a una lettura armonica di tale istituto con i principi costituzionali.

Restando alle sole pronunce che hanno affrontato i "profili generali" del regime del carcere duro, il parametro costituzionale più evidente è rappresentato senza dubbio dall'art. 27, terzo comma Cost., tanto *sub specie* di divieto di trattamenti contrari al senso di umanità quanto sotto il profilo del finalismo rieducativo della pena. La sospensione delle ordinarie regole trattamentali nei confronti di una ristretta cerchia di detenuti, mal si concilia con la finalità rieducativa della pena, in effetti, e con l'esigenza di un trattamento individualizzato in base alle caratteristiche ed esigenze personali dei singoli individui.

La Corte costituzionale ha tuttavia negato che "in quanto tale" il regime *ex* art. 41-*bis* ord. penit. si ponga in contrasto con l'art. 27, terzo comma Cost., sia pur in maniera alquanto sbrigativa⁴⁸. La Corte, in particolare, ha precisato che il carcere duro non comporta e non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 dell'ordinamento penitenziario, né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità⁴⁹, senza tuttavia precisare come gli obiettivi in questione possano di fatto essere raggiunti. Analogamente i detenuti in 41-*bis*, ad avviso della Consulta, rappresentano una categoria di detenuti sottoposti ad un regime di esecuzione della pena diverso e più afflittivo rispetto a quello previsto per la criminalità comune, con sacrificio anche del principio della finalità rieducativa della pena che impone trattamenti individualizzati e ispirati al senso di umanità, senza però che, ancora una volta l'art. 27, terzo comma Cost. risulti per ciò solo violato⁵⁰.

Anche in riferimento ai profili di possibile contrasto con l'art. 3 Cost. la Consulta nella sentenza del 5 dicembre 1997, n. 376 ha affermato che «vero è che la lettera della disposizione normativa, col riferimento a generici

⁴⁸ Così E. NICOSIA, *op. cit.*, 1243.

⁴⁹ Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Corte cost., ord. 13 dicembre 2004, n. 417.

“motivi” ed “esigenze” di ordine e di sicurezza pubblica, parrebbe consentire in relazione al solo titolo di reato, l’applicazione di un regime derogatorio indeterminato e dunque non vincolato a specifici contenuti né a specifiche finalità congruamente perseguibili nei limiti delle competenze attribuite all’amministrazione penitenziaria», concludendo però che «è doverosa una interpretazione più restrittiva e conforme a Costituzione della norma»⁵¹. Da ciò deriva che il regime detentivo speciale non si fonda sul titolo di reato bensì sull’effettivo pericolo di permanenza di collegamento con la criminalità organizzata in quanto i provvedimenti devono essere giustificati in relazione alle esigenze di ordine e sicurezza.

È ovviamente innegabile che la Corte costituzionale abbia contribuito a delineare i contorni di alcuni fondamentali diritti dei detenuti sottoposti al regime di carcere duro. A titolo meramente esemplificativo, si ricorda che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disposizione, introdotta dalla l. n. 94 del 2009, che apponeva un numero massimo al numero di colloqui e telefonate con il difensore⁵².

4.3. La giurisprudenza della Corte EDU

Numerose sono state anche le censure sollevate da parte di detenuti davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo in relazione al regime di cui all’art. 41-*bis* ord. penit.

Come già anticipato, anche la giurisprudenza europea si è mostrata da subito molto cauta nel delineare il regime di rigore come un sistema integrante il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti cui all’art. 3 CEDU⁵³. Infatti, la deroga alle ordinarie regole di trattamento penitenziario nei confronti di individui resisi autori di reati particolarmente

⁵¹ Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵² Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143, su cui M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giurcost.com*; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, 336 ss.; P. CORVI, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2013, 1189 ss.; F. FIORENTIN, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2/2013, 2180 ss.

⁵³ Oltre all’art. 3 CEDU, si sono posti problemi di compatibilità del carcere duro con gli artt. 8 (per il profilo della violazione della libertà di comunicazione e del rispetto della vita privata e familiare), 6 e 13 (per le questioni relative a un’effettiva tutela giurisdizionale: si rinvia sul punto ad A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 314 ss.

gravi è stata sempre giustificata, più o meno esplicitamente, con la necessità di contrastare il fenomeno della criminalità organizzata. La stessa Corte ha stabilito, in diverse occasioni, che la disposizione in esame non viola i principi della CEDU poiché rappresenta uno strumento necessario per interrompere definitivamente i legami tra i soggetti detenuti e le organizzazioni criminali, e non va al di là di quanto, in una società democratica, è necessario alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati⁵⁴. Così, per esempio, i giudici europei hanno ritenuto che la severa disciplina sulle visite sia legittima e proporzionata in quanto finalizzata a recidere i legami esistenti tra le persone interessate e il loro originario ambiente criminale, al fine di ridurre al minimo il rischio del mantenimento dei contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali⁵⁵.

Si tratta quindi di valutare, “caso per caso”, se la singola detenzione possa considerarsi contraria alla Convenzione: la linea guida, ancora una volta, parrebbe essere quella della “proporzione” tra il *surplus* di afflittività e le esigenze di sicurezza cui assolve il regime di rigore. In questa valutazione, tuttavia, sembrerebbero non risultare adeguatamente valorizzate le

⁵⁴ Valga per tutti il riferimento a Corte EDU, 7 luglio 2008, *Asciutto v. Italy*, ric. n. 35795/02, su cui P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2008, 1189 ss. Per considerazioni più generali relative alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di carcere duro C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2004, 197 ss. e C. FIORIO, *Art. 41-bis parliamone*, in *Arch. pen. web*, 2/2015, 1 ss., ai quali si rinvia anche per più esauritive indicazioni giurisprudenziali. Tra le pronunce più recenti si segnala Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolello v. Italy*, ric. n. 37648/02, in *Giurisprudenzapenale.com*, con nota di V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*

⁵⁵ Corte EDU, 28 settembre 2000, *Messina v. Italy*, ric. n. 25498/98. In Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, ric. n. 74912/01, per contro, il ricorrente sosteneva che il costante controllo della sua corrispondenza rappresentasse una palese violazione dell'art. 8 CEDU. Sebbene il Governo ribadisse che i controlli erano finalizzati ad impedire che la corrispondenza potesse divenire uno strumento di trasmissione di comunicazioni vietate, a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, la Corte riteneva violato l'art. 8, posto che la legge lasciava alle autorità una libertà troppo ampia per la definizione delle modalità del controllo. La l. n. 94 del 2009, attraverso l'art. 18-ter ord. penit., ha provveduto a disciplinare in maniera più dettagliata il controllo della corrispondenza, individuando i soggetti destinatari del controllo, l'organo legittimato ad adottare il decreto, il contenuto dello stesso, nonché la durata: cfr. C. MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Rass. penit. crim.*, 3/2003, 145.

condizioni soggettive del detenuto, a partire da quelle di salute⁵⁶.

Emblematici da questo punto si rivelano tanto il caso *Enea* quanto il caso *Riina*.

Nel caso *Enea* il ricorrente, boss di Cosa Nostra, contestava la sua collocazione in una sezione ad elevato indice di vigilanza (EIV)⁵⁷, malgrado l'età avanzata e le precarie condizioni di salute. La Corte ha escluso una violazione dell'art. 3 CEDU, posto che le autorità nazionali avevano assicurato al detenuto le cure necessarie, senza però, si ripete, un'attenta valutazione delle effettive condizioni di salute del detenuto⁵⁸. È indubbiamente significativa la circostanza per cui in riferimento a detenuti in regime ordinario, anche per condizioni di salute meno gravi di quelle che venivano in considerazione nel caso *Enea*, la Corte sia giunta a conclusioni differenti⁵⁹.

Analoghe le cadenze nel caso *Riina*⁶⁰, che mostra profili di interesse anche perché affronta *ex professo* alcune delle modalità esecutive più discusse e discutibili del carcere duro, le quali, tra l'altro, mostrano chiaramente le possibili interferenze rispetto alla salute del detenuto.

Con particolare riferimento all'illuminazione notturna della cella, la Corte ritiene che, poiché l'isolamento sensoriale o sociale imposto dall'art. 41-*bis* ord. penit. non è completo, l'illuminazione notturna della cella del ricorrente non raggiunga un livello di gravità sufficiente per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 CEDU. Quanto alle possibili ripercussioni dell'illuminazione notturna della cella sul sonno del detenuto, i giudici di Strasburgo ricordano di aver giudicato le disfunzioni del ciclo del sonno compatibili con l'articolo 3 CEDU in una causa in cui, ad ogni ora della notte tra mezzanotte e le sei del mattino, il detenuto in questione era svegliato rumorosamente dalle guardie. Nel caso di specie, poiché il fastidio derivante dall'illuminazione notturna costante aveva avuto sicuramente ripercussioni meno importanti sul sonno del ricorrente, la Corte non ritiene

⁵⁶ La circostanza è sottolineata da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 326. Per più ampie considerazioni relative alla tutela del detenuto nella giurisprudenza di Strasburgo v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

⁵⁷ Il circuito EIV è stato superato dalla più recente articolazione dei circuiti di sicurezza: A. MASSARO, *op. cit.*

⁵⁸ Il circuito EIV è stato Corte EDU, 17 settembre 2009, *Enea v. Italy*, cit.

⁵⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 327-328, nota 37, la quale riporta le decisioni Corte EDU, 17 luglio 2012, *Scoppola v. Italy (no. 4)*, ric. n. 65050/09; Corte EDU, 7 febbraio 2012, *Cara Damiani v. Italy*, ric. n. 2447/05; Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada v. Italy (no. 2)*, ric. n. 7509/08.

⁶⁰ Corte EDU, 19 marzo 2013, *Riina v. Italy*, ric. n. 43575/09, § 28.

superata la soglia di gravità necessaria a configurare una violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶¹.

Al termine di questa sintetica rassegna è possibile operare una valutazione rispetto al percorso della Corte EDU.

A partire dal caso *Labita*⁶² i giudici hanno riconosciuto che la sospensione delle ordinarie regole del trattamento penitenziario possa in astratto porsi in contrasto con la Convenzione, ma che occorre valutare caso per caso se l'applicazione di tali misure restrittive sul singolo detenuto integri un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU. Per raggiungere tale conclusione è necessario che il trattamento denunciato raggiunga una soglia minima di gravità, che dipende dalle circostanze del caso concreto, in ragione della valutazione di tre elementi: le ricadute sull'integrità fisica e psichica del detenuto, le sue caratteristiche personali, la durata del trattamento. L'onere di allegare e provare la sussistenza di tale violazione oltre ogni ragionevole dubbio ricade sul detenuto stesso; in caso contrario la Corte – nel difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza pubblica e diritti umani del singolo – privilegerà una dichiarazione di irricevibilità del ricorso⁶³. La Corte europea ritiene, quindi, di “salvare” il regime del carcere differenziato in ragione della prevalenza di esigenze di difesa sociale, che mal si conciliano con la tutela dei diritti fondamentali della persona. La necessità di un calibrato bilanciamento tra i diversi valori in esame viene richiesto all'unanimità dalla dottrina, sia in relazione ai profili costituzionali, sia ora in ragione della Convenzione europea, nonché da una parte della magistratura e da innumerevoli iniziative sociali, volte ad evidenziare l'eccessività e la sproporzione di un simile regime penitenziario⁶⁴. Anche se, almeno fino a questo momento, il canone della proporzione fatica ad assolvere a quella funzione di “selezione” che pure dovrebbe essergli connaturata.

⁶¹ Ivi, §§ 31-32.

⁶² Corte EDU, Grande Camera, 1 marzo 2000, *Labita v. Italy*, ric. n. 26772/95, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2001, 189 ss., con nota di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*. Il ricorrente lamentava di aver subito maltrattamenti nel carcere di Pianosa, in regime di 41-bis. La Corte europea ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla violazione “sostanziale” dell'art. 3 CEDU, ravvisando però una violazione “processuale” dello stesso: l'Italia è stata quindi condannata per il mancato svolgimento di indagini ufficiali efficaci sulle denunce effettuate dal Labita in riferimento ai pretesi maltrattamenti.

⁶³ *Amplius* F. CECCHINI, *op. cit.*

⁶⁴ È nota, infatti, l'avversione delle Unioni delle Camere Penali verso il trattamento carcerario speciale: cfr. E. RANDAZZO, *Separazione delle carriere e carcere duro le riforme nel mirino delle Camere Penali*, in *Guida dir.*, 40/2002, 11 ss.

5. Il “caso Provenzano”: tortura di Stato?

Uno dei casi più significativi ed esemplificativi della complessità della tutela del diritto alla salute nei riguardi dei detenuti internati nelle sezioni di rigore è quello riferito alle condizioni di Bernardo Provenzano, ultraottantenne e malato in stato quasi vegetativo, ristretto in regime di 41-*bis* ord. penit.

Viste le sue precarie condizioni di salute i difensori avevano presentato un reclamo contro la proroga del regime di carcere duro, autorizzata dal Ministro di Giustizia, allegando referti che testimoniavano un «cronico e irreversibile decadimento intellettuale ed incapacità di comunicare dell'uomo».

Come si legge nel Rapporto 2016 sul regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. della Commissione per la tutela dei diritti umani del Senato⁶⁵, il Tribunale di sorveglianza di Roma, in data 8 gennaio 2015, pur prendendo atto della relazione dei sanitari dell'ospedale, secondo i quali il detenuto trascorrevva le giornate allettato, alternando periodi di sonno e vigilanza e che «l'atteggiamento del paziente, le condizioni neurologiche primarie e la storia clinica [lasciavano] presupporre un grave decadimento cognitivo», ha respinto il reclamo, sottolineando nell'ordinanza di rigetto che «le restrizioni trattamentali in esame [fossero] pienamente giustificate e funzionali rispetto alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, sussistendo il pericolo di continuità di relazioni criminali tra il detenuto Bernardo Provenzano e la potente organizzazione di appartenenza, che annovera latitanti di massimo spicco (quale Matteo Messina Denaro), con la conseguenza che il regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. doveva essere confermato». Più nel dettaglio, nelle motivazioni della sentenza i giudici sostenevano che le condizioni di salute di Provenzano non consentissero di ritenere venuto meno il pericolo che il detenuto, capo indiscusso da tempo remoto dell'associazione Cosa Nostra potesse mantenere contatti con l'organizzazione criminale e che «invero, la valutazione dei sanitari, formulata comunque in termini di supposizione circa il grave deterioramento cognitivo [...] [indicava] non già la totale incapacità di attenzione e orientamento spazio-temporale, bensì il degrado, tra l'altro neanche quantificato, delle funzioni attentive e cognitive, tale da non escludersi del tutto e in termini di assoluta certezza che il medesimo non potesse impartire direttive di rilevanza criminale o strategiche per le

⁶⁵ Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII legislatura, Rapporto sul regime detentivo speciale indagine conoscitiva sul 41-bis, in www.senato.it, aprile 2016, 41 ss. (ultimo accesso 12.04.2017).

attività dell'organizzazione attraverso i familiari o persone di fiducia».

Il Tribunale ha quindi accolto il motivato parere della Direzione nazionale antimafia, secondo cui la personalità e la storia criminale del detenuto rendeva «evidente la necessità di conservazione delle misure atte al contenimento della carica di pericolosità sociale del detenuto correlata al rischio di diramazione di direttive criminose all'esterno del circuito penitenziario vista la non evidenza di uno stato di totale scadimento delle attuali capacità di attenzione, comprensione ed orientamento spazio-temporale della persona».

Il 24 marzo 2016 il Ministro Orlando ha confermato per altri due anni il regime di rigore⁶⁶ a Bernardo Provenzano, che morirà in regime di carcere duro il 13 luglio 2016.

Sempre sul caso Provenzano, parallelamente a questo procedimento, rapidamente riassunto, se ne è sviluppato un altro, avviato autonomamente dal Tribunale di sorveglianza di Milano. Provenzano, infatti, era stato trasferito dal carcere, per essere ricoverato nella camera ospedaliera di massima sicurezza all'ospedale S. Paolo. In questo caso i giudici hanno ammesso che nelle condizioni in cui versava non fosse possibile attribuirgli una qualche capacità di impartire ordini, ma hanno concluso che la detenzione in ospedale fosse preferibile alla scarcerazione del detenuto negando pertanto il differimento dell'esecuzione della pena *ex art.* 147 c.p.

La Corte di cassazione ha confermato la decisione del Tribunale di Milano⁶⁷. I giudici di legittimità hanno ritenuto infatti che le condizioni di salute di Bernardo Provenzano risultavano trattate in regime di ricovero detentivo esterno secondo quanto previsto dall'art. 11 ord. penit. e che, secondo i periti, il paziente rispondeva alle terapie somministrate. Visti,

⁶⁶ Secondo il Ministro Orlando: «Non risulta essere venuta meno la capacità del detenuto Bernardo Provenzano di mantenere contatti con esponenti tuttora liberi dell'organizzazione criminale di appartenenza, anche in ragione della sua particolare concreta pericolosità». La decisione del Ministro si poneva in contrasto con il parere negativo alla proroga del carcere duro espresso dalle Procure di Firenze e Caltanissetta; la Dda di Palermo, diretta da Francesco Lo Voi, aveva invece espresso parere positivo, precisando che «per una migliore valutazione della necessità del rinnovo del regime detentivo speciale nei confronti di Provenzano, occorre delineare la sua figura e il suo ruolo nell'associazione mafiosa Cosa nostra. Il detenuto in questione, grazie ai diffusi appoggi della consorceria mafiosa siciliana è riuscito ad assicurarsi lo stato di latitanza per oltre 40 anni, sino all'11 aprile 2006». Si ricorda anche che dopo l'arresto del boss Totò Riina, «Provenzano ha assunto un'incontestata posizione verticistica rimanendo per diversi anni l'incontrastato capo dell'associazione mafiosa nel suo insieme, non di uno o l'altro mandamento»: F. PATANÈ, *Mafia, confermato il carcere duro per Provenzano*, in www.palermo.repubblica.it, 2 aprile 2016 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁶⁷ Cass., Sez. I pen., 9 giugno 2015, n. 38813, in *Dejure*.

da un lato, l'efficacia delle cure somministrate e, dall'altro lato, il rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto che avrebbe provocato la prosecuzione della sua degenza nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare, in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non avrebbe potuto essere assicurata con altrettanta efficacia, il ricorso è stato rigettato. Si tratterebbe, ad avviso della suprema Corte, di una motivazione «fondamentalmente incentrata sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto». Come a dire: il regime di carcere duro, lungi dal compromettere un'efficace tutela del diritto alla salute, risulterebbe lo strumento che meglio riesce a garantirlo⁶⁸.

6. Prospettive di riforma: le proposte di legge per un carcere duro "umanizzato"

Molti sono stati i tentativi di riforma del regime del carcere duro, tentativi che però si sono spesso arrestati per le ripercussioni, anche politiche, che questi temi provocano nell'opinione pubblica.

Le proposte presentate in Parlamento intervengono su vari aspetti, anche se in linea generale l'impianto dell'istituto non è messo discussione. Il testo che più va nella direzione di una umanizzazione del regime speciale è quello elaborato con il contributo dell'Unione camere penali italiane e presentato nella precedente legislatura dagli onorevoli Bernardini e altri⁶⁹. Tale proposta di legge da un lato ribadisce con nettezza che «ogni trattamento del detenuto, il quale non realizzi compiutamente le finalità rieducative della pena e non rispetti i principi di umanità della pena previsti dall'art. 27 Cost. e dai trattati internazionali, non può essere accolto nel nostro sistema». Allo stesso tempo propone, con realismo, un'ipotesi di riforma che opera sotto due aspetti: in primo luogo la modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit., in modo da restringerne l'ambito di applicazione al solo delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e ai delitti per i quali è contestata l'aggravante dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991; in secondo luogo si è optato per una proposta di eliminazione del presupposto della collaborazione con la

⁶⁸ Per un caso analogo a quello di Bernardo Provenzano, approvato però ad esiti differenti, v. Cass., Sez. I pen., 1 ottobre 2013, in *Dejure*.

⁶⁹ Atto Camera n. 4147, XVI legislatura «Modifiche agli articoli 4-*bis*, 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari, di regime di sorveglianza particolare e di soppressione del regime restrittivo con sospensione delle regole ordinarie di trattamento penitenziario per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», in *www.camera.it* (ultimo accesso 12.04.2017).

giustizia, introducendo il criterio della prova concreta della permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale al momento della richiesta dei benefici.

La proposta subordina le restrizioni alla dimostrazione di esigenze specifiche e concrete per il singolo detenuto cui sono destinate in ossequio al principio di individualizzazione del trattamento e rende le restrizioni proporzionali allo scopo che si prefiggono, al fine di impedirne ogni inutile vessatorietà che può minare anche le condizioni di salute del detenuto; inoltre sono posti limiti temporali alla sottoposizione al regime e viene posto con forza l'accento sul requisito dell'attualità del collegamento per autorizzare una proroga.

7. Considerazioni conclusive

Secondo i dati disponibili al dicembre 2015 risultava che fossero 729 le persone detenute in regime di 41-*bis* ord. penit., di cui 7 donne. Solo il 45% con condanna definitiva. Sarebbe fuorviante negare le esigenze di sicurezza poste dal fenomeno della criminalità organizzata, ma è altresì necessario porre l'accento sul fatto che la disciplina italiana sul carcere duro non abbia eguali in tutta Europa.

Quella che doveva essere una normativa emergenziale, con efficacia limitata a tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 356 del 1992, si è tradotta in una legislazione che ha ricevuto invece una definitiva stabilizzazione. Non si può certo negare la necessità di adottare misure *ad hoc* che siano idonee a far fronte a situazioni contingenti ed emergenziali, come è avvenuto per la prima volta negli anni di piombo, tramite l'istituzione delle carceri di massima sicurezza e successivamente negli anni '90 a causa del dilagante fenomeno mafioso. La necessità di fronteggiare fenomeni ricollegabili alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva ha portato il legislatore ad abbandonare gli entusiasmi iniziali che avevano condotto alla riforma dell'ordinamento penitenziario e l'idea stessa di un trattamento incentrato sulla rieducazione del condannato e sulla sua progressiva risocializzazione. L'aspetto maggiormente critico della materia è proprio quello della rinuncia *a priori* all'idea di una possibile rieducazione nei confronti degli autori di reati riconducibili alla criminalità organizzata terroristica o eversiva.

Inoltre suscita perplessità la presunzione che la semplice condotta

collaborativa sia idonea a dare effettiva prova dell'avvenuta redenzione. Collaborare con la giustizia non dà la certezza dell'affidabilità oggettiva del reo, ovvero del fatto che questo non torni a delinquere. Una detenzione insostenibile in carcere può talvolta condurre alla scelta della collaborazione per fini esclusivamente utilitaristici.

La natura meramente affittiva di alcune delle limitazioni integranti il regime detentivo speciale è stata evidenziata nell'ultimo rapporto, reso pubblico nel dicembre 2013, dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura. In questo caso il CPT ha censurato l'ultimo intervento legislativo del 2009 che ha inasprito ulteriormente (se possibile) le misure restrittive per i detenuti in regime di 41-*bis* ord. penit. Alcuni di questi inasprimenti, a parere del Comitato, hanno poco a che fare con la necessità di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica. La criticità del regime è ancora più preoccupante se analizzata rispetto agli evidenti danni sulla salute psicofisica dei detenuti all'interno dell'istituto penitenziario. Il caso di Bernardo Provenzano è esemplare. La suprema Corte rigetta il ricorso per alleggerire la detenzione ritenendo che il «peculiare regime» detentivo non solo non sia incompatibile con le pur gravi condizioni di salute accertate, ma al contrario che sia «fondamentalmente incentrato sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto». In poche parole il carcere diventa «*fondamentale*» per la sopravvivenza del detenuto ristretto. Se, infatti, Provenzano avesse lasciato la camera di sicurezza dell'ospedale, e la prosecuzione della sua degenza fosse avvenuta nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare o in un reparto ospedaliero comune, sarebbe stato a «*rischio sopravvivenza*», poiché si sarebbe trovato in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli avrebbe potuto essere assicurata in modo dedicato con altrettanta efficacia.

La giurisprudenza costituzionale ha costantemente richiamato l'attenzione sui limiti entro cui il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. dovrebbe trovare applicazione, identificandoli essenzialmente nell'art. 27 Cost.

Questo è il binario della legalità che occorre seguire.

Il pericolo che tali fenomeni costituiscono per la convivenza civile non deve condurre ad una sostanziale rinuncia alla tutela dei diritti fondamentali di cui sono titolari tutti gli individui, a maggior ragione quelli detenuti. Ciò significa che qualsiasi misura, pur volta esclusivamente e specificamente alla tutela della sicurezza, non può mai travalicare il confine segnato dal rispetto dei diritti fondamentali della salute e portare all'inflizione di trattamenti disumani o degradanti che il nostro sistema rifiuta radicalmente. Per questi motivi sarebbe opportuno, se non necessario rimuovere tutte

quelle misure che costituiscono un *surplus* rispetto alla tutela dell'ordine e sicurezza a cui il modello del doppio binario penitenziario è finalizzato, ricordando che, secondo una celebre sentenza della Consulta: «l'individuo sottoposto a pena detentiva conserva sempre un residuo di libertà che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandere la sua personalità individuale»⁷⁰.

⁷⁰ Corte cost., 24 giugno-28 luglio 1993, n. 349, § 4.2. del *Considerato in diritto*.