

Il 41-bis tra simbolo e realtà penitenziaria: la prospettiva del magistrato di sorveglianza e la tutela dei diritti¹

di *Fabio Gianfilippi**

ABSTRACT: L'intervento si propone di indagare il ruolo attribuito al magistrato di sorveglianza nella tutela dei diritti dei detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis OP, attraverso una analisi dell'istituto, e degli strumenti offertigli dall'ordinamento penitenziario, che si sforza di guardare oltre il valore simbolico della norma, per salvaguardarne invece il suo fondamentale obiettivo di contrasto alla criminalità organizzata mediante la separazione dei detenuti più pericolosi dai loro gruppi criminali ancora operanti nei territori.

41-bis between symbol and penitentiary reality. Supervisory magistrate's perspective and rights' protection

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the supervisory magistrate's role in rights' protection of prisoners subjected to art. 41-bis regime, through an analysis of the norm and of the tools offered by the penitentiary system, which tries to look beyond the symbolic value of the disposition to safeguard instead its fundamental*

* Magistrato di sorveglianza di Spoleto, già componente degli Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2 "Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza", già componente della Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso presieduta dal Prof. Glauco Giostra.

¹ Il contributo costituisce il testo, con un apparato minimo di note, dell'intervento tenuto al convegno "Art. 41-bis ordinamento penitenziario, insicurezza sociale e immanente stato di emergenza" organizzato dalla Commissione Carcere della Camera Penale di Roma il 10 maggio 2018. Non può dunque tener conto degli esiti dell'iter normativo intrapreso con la delega penitenziaria, cui si accenna nel testo e che, in seguito, ha condotto ai d.lgs., di solo parziale attuazione, del 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124, di riforma dell'ordinamento penitenziario. Successiva è pure la sentenza Corte Cost. 26 settembre 2018 (dep. 12 ottobre 2018) n. 186, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. f) OP, limitatamente alle parole <<e cuocere cibi>>, di cui si parla in altre parti del fascicolo e che torna ad affermare significativamente che "anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. Penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale". Da ultimo, poi, risultano sollevate, ancora una volta nell'ambito di procedimenti *ex art. 35-bis* e 69 co. 6 lett. b) OP, due questioni di legittimità costituzionale identiche in relazione all'art. 41-bis co. 2-*quater*, lett. f) OP, nella parte in cui prevede che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato appartenenti al medesimo gruppo di socialità (ord. Cass. 29 maggio 2019 n. 43436 e 43437).

goal of fighting organized crime separating the most dangerous prisoners from their criminal groups which still operate outside.

SOMMARIO: 1. La percezione del 41-bis e le sue conseguenze. 2. La finalità del 41-bis e la tutela dei diritti rimessa al magistrato di sorveglianza: uno sguardo. 3. La circolare ministeriale del 2 ottobre 2017. 4. 4. L’impegno del magistrato di sorveglianza.

1. La percezione del 41-bis e le sue conseguenze

“Si è consapevoli che l’art. 41-bis nell’immaginario collettivo è diventato quasi un ‘simbolo’ ed ogni discussione ragionata intorno a questo tema deve fare i conti con questa percezione che già di per sé costituisce un problema”².

Con queste parole, nella relazione illustrativa del Tavolo 2 degli Stati Generali dell’esecuzione penale, in apertura del capitolo dedicato al regime differenziato, i componenti individuano la sussistenza di un problema di percezione del 41-bis, che sembra di ostacolo a ogni valutazione nel merito delle problematiche applicative che vi ruotano intorno.

L’importanza strategica che ha svolto il regime differenziato *in peius* di cui all’art. 41-bis, nella lotta alla criminalità organizzata, è stato anche in quella sede lungamente indagato e ribadito. Non vi è dubbio che l’obiettivo perseguito dal legislatore con le limitazioni che gli sono proprie, volte ad impedire che il detenuto continui a mantenere collegamenti, e possa dunque impartire ordini e direttive, pur dal carcere, con le associazioni criminali di riferimento, è ancora di particolare significato nel contrasto a fenomeni che affliggono oggi come ieri il territorio nazionale.

Il problema di percezione di cui si parlava, tuttavia, ha di fatto impedito in questi anni ogni discussione su eventuali correttivi, anche quando finalizzati soltanto ad una mera messa a punto costituzionale e convenzionale. Di tale atteggiamento si trova una traccia anche nella più recente stagione normativa. Si può in tal senso guardare alla legge n. 103/2017, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario», che ha delegato il Governo, all’art. 1, comma 85, a emanare entro un anno uno o più decreti, tra gli altri nel settore dell’ordinamento penitenziario, con l’espressa premessa che le modifiche, da realizzarsi seguendo una ampia ed articolata serie di principi e criteri direttivi, non riguardino quanto previsto dall’articolo 41-bis OP³, sul quale evidentemente si

² Cfr. Relazione Tavolo 2 Stati Generali Esecuzione penale, Vita detentiva. Responsabilizzazione del detenuto, circuiti e sicurezza: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_2.page?previousPage=mg_2_19

³ Cfr. legge 23 giugno 2017, n. 103, art. 1 comma 85: “Fermo restando quanto previsto dall’articolo 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nell’esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario, per i profili di seguito elencati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (...)”.

teme che ogni ritocco possa essere letto come un arretramento nel contrasto alle mafie.

Nessuna eco hanno perciò avuto le indicazioni di modifica normativa, soprattutto volte ad una maggiore aderenza del complesso delle limitazioni imposte agli obiettivi perseguiti dal regime, pervenute dai lavori del già citato Tavolo 2 degli Stati Generali, né quelle contenute nel Rapporto della Commissione per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato⁴.

Nonostante l'esplicita clausola di esclusione sopra richiamata, lo schema di decreto legislativo di esercizio della delega in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, varato dal Governo in una prima versione in data 22 dicembre 2017, è risultato poi modificato in data 16 marzo 2018⁵, alla luce soprattutto delle osservazioni della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, anche nel senso di inserire ulteriori puntuali precisazioni volte a ribadire che alcuni interventi correttivi non avrebbero in nessun caso riguardato la disciplina dell'art. 41-*bis* OP. Il principio giurisprudenziale dello scioglimento del cumulo, ad esempio, viene trasposto in un ipotizzato art. 4-*ter* OP con l'esplicita finalità di ridurre i dubbi sulla sua applicabilità a singoli istituti, in passato più volte verificatisi nel silenzio della legge⁶. Tale nuova disposizione si presenta dunque con le caratteristiche di norma generale, perciò assolutamente inidonea ad incidere sul disposto dell'art. 41-*bis*, norma speciale, che esclude espressamente lo scioglimento del cumulo, quando afferma che, in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione delle regole di trattamento può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-*bis*. Eppure si è ritenuto indispensabile inserire ancora una volta una esplicita esclusione: “Fermo quanto previsto dall'articolo 41-*bis*”.

In un certo senso, dunque, il potere simbolico del 41-*bis* si riflette sul sistema penitenziario anche oltre la effettiva sfera applicativa dell'istituto.

⁴ Vd. nota 1 per i lavori degli Stati Generali.

Cfr. *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41 – bis*. Aprile 2016 in

http://senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00970037&part=doc_dc&parse=si.

⁵ Il testo dello schema di decreto, ancora in attesa del definitivo parere delle Commissioni competenti delle Camere:

<http://www.camera.it/leg18/682?atto=017&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=2#inizi>.

⁶ Cfr., tra le altre, sentenza Cass., 26 gennaio 2016, n. 18172, Rv. 267246, in materia di scorporo del cumulo e liberazione anticipata “speciale”, in cui si ribadisce come in materia di 41 *bis* operi l'opposto principio di unicità dell'esecuzione della pena per come espressamente disposto dal comma 2 ultimo periodo di tale norma speciale.

2. La finalità del 41-bis e la tutela dei diritti rimessa al magistrato di sorveglianza: uno sguardo

Il regime di cui all’art. 41-*bis* OP⁷ nasce, come noto, di fronte all’emergenza⁸ delle stragi di mafia e, con un percorso realizzato attraverso una sequenza di importanti pronunce della Corte Costituzionale⁹, e di dovuti conseguenti aggiustamenti normativi, perde progressivamente i profili di indeterminatezza e di provvisorietà emergenziale che lo contraddistinguevano, per acquistare stabilità e limiti applicativi ben definiti, nonché uno specifico controllo di legittimità sui presupposti e, in una prima fase, sui contenuti, affidato all’autorità giudiziaria (il Tribunale di sorveglianza).

La legge 15 luglio 2009 n. 94 operò poi, un’ultima (in ordine di tempo) importante rideterminazione della disciplina del regime differenziato, tale da incidere su molteplici profili relativi ai presupposti applicativi del 41-*bis*, anche in proroga, e al procedimento di reclamo sulla legittimità del decreto ministeriale che lo impone, sottratto alla competenza dei Tribunali di sorveglianza competenti per territorio secondo le ordinarie regole previste dall’art. 677 comma 1 cod. proc. pen. e assegnato al Tribunale di sorveglianza di Roma, per dichiarati fini di omogeneità nelle decisioni.

Ancora, la legge del 2009 eliminava un sindacato sui contenuti del regime differenziato, a fronte dell’inserimento nel testo normativo di una elencazione molto dettagliata delle limitazioni che dovevano sostanziare il regime. Di qui origina il 41-*bis*, come lo conosciamo oggi, caratterizzato da compressioni molto pervasive delle ordinarie regole di trattamento, e in particolare dei momenti di contatto del detenuto con l’esterno. È consentito un solo colloquio mensile di un’ora con i propri familiari, o in sostituzione una sola telefonata mensile di dieci minuti, entrambi registrati e ascoltati, è consentita la permanenza all’aperto per due sole ore al giorno, in compagnia di un numero massimo di altri tre detenuti, scelti dall’amministrazione tra quelli provenienti da contesti territoriali ed associativi diversi, la corrispondenza è sottoposta a visto di controllo, libri e riviste possono essere acquistate, ma solo tramite l’istituto penitenziario, vi è divieto di cucinare cibi e di avere qualsiasi contatto con detenuti di altri gruppi di socialità. Le sezioni che ospitano i detenuti sottoposti al regime devono essere logisticamente separate

⁷ Cfr., per una trattazione approfondita, L. CESARIS, *Art. 41 bis Situazioni di emergenza*, in D. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, 2015, p. 442 – 482 e A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016.

⁸ Sono ancora gli Stati Generali, nella relazione del Tavolo 2 (cfr. nota 1), a questo riguardo, a sottolineare come l’istituto si sia comunque sempre sottratto, nonostante questo richiamo all’emergenza costituita dal gravissimo fenomeno mafioso, alla procedura europea di cui all’art. 15 CEDU, necessaria ad attuare sospensioni di diritti e garanzie del processo giusto.

⁹ Si segnalano soprattutto le quattro sentenze interpretative di rigetto Corte cost. 24 giugno 1993, n. 349, 5 novembre 1993, n. 410, 14 ottobre 1996, n. 351, e 1° ottobre 1997, n. 376.

dal resto dell’istituto, comunque scelto preferibilmente tra quelli posti in aree insulari, e un reparto specializzato della polizia penitenziaria è preposto alla custodia¹⁰.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 190 del 28 maggio 2010, fu subito chiamata a decidere in ordine a tale nuovo assetto normativo che, secondo il Tribunale di sorveglianza di Roma, rimettente, avrebbe ridotto il perimetro di tutela giurisdizionale offerto al detenuto in ordine alla congruità dei contenuti del decreto ministeriale. Nel pronunciarsi per l’inammissibilità della questione, la Consulta ebbe modo di precisare come “la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nell’individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l’introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge” giustificasse la scomparsa di un riferimento testuale al controllo sulla congruità delle limitazioni agli scopi perseguiti dal regime differenziato in rapporto alle eventuali lesioni di diritti soggettivi del detenuto. Ciò tuttavia determinava, pena un inammissibile vuoto di tutela, la riespansione dell’operatività nella materia del rimedio generale previsto dall’art. 14-ter OP “per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti”, già considerato applicabile anche al 41-bis prima che un reclamo fosse specificamente previsto nella norma. La Corte costituzionale aveva infatti affermato, con la sentenza 351 del 1996 che, con riferimento alla sottoposizione al regime differenziato *in peius*, “eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno essere perciò a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell’amministrazione solo in quanto legittimi”.

In quella sede la Consulta indica dunque ancora il Tribunale di sorveglianza come autorità giudiziaria competente all’accertamento dell’eventuale lesione di un diritto fondamentale a fronte di una limitazione imposta con il decreto ministeriale che dispone il regime differenziato.

L’introduzione, con il d.l. 146/2013 poi convertito in L. n. 10/2014, a seguito della condanna dell’Italia da parte della CEDU con la nota sentenza Torreggiani, del rimedio giurisdizionale di cui agli art. 35-bis e 69 comma 6 lett. b) OP, che consente al detenuto di proporre reclamo, con procedimento a contraddittorio pieno, perché il magistrato di sorveglianza, competente in relazione al luogo di esecuzione della pena, verifichi l’eventuale sussistenza di illegittimi comportamenti dell’amministrazione, che determinino per il detenuto un attuale e grave pregiudizio all’esercizio di un diritto, ha avuto l’effetto di stabilizzare, dopo un’attesa iniziata con la sentenza Corte Cost. 26/1999, uno strumento giurisdizionale generale di garanzia dei diritti dei detenuti.

¹⁰ Cfr., per un’analisi critica dettagliata delle singole limitazioni, A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro”*, cit., 195 – 308.

Il sistema ricostruito dalla Consulta, per come sopra succinto, oggi non può che prevedere dunque una competenza, in materia di congruità dei contenuti del decreto ministeriale in rapporto ai fini perseguiti dal regime e alla eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto, che è rimessa al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione. Naturalmente la dettagliata elencazione delle limitazioni al trattamento, contenuta nell’art. 41 *bis* comma 2-*quater*, e la forte riduzione di discrezionalità rispetto ai previgenti testi normativi, che prevedevano forchette applicative entro le quali l’amministrazione era chiamata a valutazioni sindacabili dall’autorità giudiziaria, rende il controllo rimesso al magistrato di sorveglianza sulle disposizioni amministrative, quando siano meramente replicative delle indicazioni di legge, centrato soprattutto sui concreti profili applicativi delle limitazioni in relazione al singolo detenuto interessato e sulla sussistenza di specifiche situazioni che finiscano per integrare un grave pregiudizio all’esercizio di un diritto¹¹ (molto delicato è, ad esempio, il tema della tutela del diritto alla salute fisica e psichica).

Invece, la sussistenza di una clausola generale, contenuta nel comma 2-*quater* lett. a) dell’art. 41-*bis*, che consente all’amministrazione di “adottare le misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione, ovvero ad altre ad essa alleate”, mantenendo una discrezionalità, seppur ben agganciata agli scopi specificamente perseguiti dal regime, rende necessario un vaglio approfondito da parte dell’autorità giudiziaria circa la sussistenza delle effettive ragioni giustificative dell’ulteriore limitazione eventualmente imposta.

Soccorrono in questo campo i numerosi interventi della Consulta, resi nella fase in cui il sindacato giurisdizionale rimesso al Tribunale di sorveglianza non era ancora limitato ai soli presupposti dell’imposizione del regime, ma si estendeva alla valutazione in concreto del contenuto delle singole limitazioni alle regole di trattamento e della loro congruità alle finalità perseguite dal regime differenziato. Con la sentenza 351/1996 si affermava, ad esempio, che con il regime differenziato *ex art. 41-bis OP* “non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l’ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate

¹¹ Cfr. da ultimo sentenza Cass., 10 settembre 2015, n. 37835, Rv. 264622 in relazione ad un conflitto negativo di competenza sollevato dal Tribunale di sorveglianza di Roma nei confronti del Magistrato di sorveglianza di L’Aquila in una fattispecie in cui veniva in rilievo il tema della fruibilità di prolungamento della durata del colloquio visivo mensile con i familiari.

deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale. Né tale funzione potrebbe essere alterata o forzata attribuendo alle misure disposte uno scopo “dimostrativo”, volto cioè a privare una categoria di detenuti di quelle che vengono considerate manifestazioni di “potere reale” e occasioni per aggregare intorno ad essi “consenso” traducibile in termini di potenzialità offensive criminali. Se è vero infatti che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all’interno del carcere di forme di “potere” dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l’applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento penitenziario (...) Non potrebbe, per converso, considerarsi legittimo, a questo scopo, l’impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti”.

Anche dopo la novella del 2009, che ha introdotto la già evocata elencazione compiuta delle limitazioni alle regole di trattamento, la Corte Costituzionale ha ribadito come le compressioni nell’esercizio di diritti, che derivano dalla sospensione delle regole di trattamento imposte con il regime differenziato, siano costituzionalmente legittime soltanto ove dalle stesse derivi un beneficio significativo alla tutela di un interesse contrapposto avente pari rango: nel caso dei detenuti in 41 bis escludere contatti degli stessi con i gruppi criminali di riferimento e dunque il contrasto alla criminalità organizzata.

La Corte Costituzionale ha aggiunto poi come ciò debba avvenire avendo sempre presente l’assoluta necessità che la compressione che si determina all’esercizio di un diritto sia congrua e proporzionata al fine perseguito.

Con la sentenza n. 143 del 17 giugno 2013, il Giudice delle Leggi ha accolto una questione di legittimità costituzionale concernente l’art. 41-*bis* OP nella parte in cui limitava l’esercizio pieno del diritto di difesa, circoscrivendo nel numero e nella durata i colloqui visivi e le telefonate con i difensori. La Consulta ha espressamente affermato in quel contesto che “non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango”.

D’altra parte occorre ribadire che l’art. 41-*bis* OP è norma con la quale si limitano le ordinarie regole di trattamento soltanto in relazione alle già più volte richiamate esigenze di sicurezza. La presenza di un elenco esaustivo di regole di trattamento compresse o sospese ha dunque anche la conseguenza, per usare le parole della corte di cassazione, chiamata ad occuparsi delle disposizioni applicabili con riferimento all’unico colloquio mensile consentito con i familiari al detenuto in regime differenziato, che “ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non sono possibili, salvo che derivino da una assoluta incompatibilità della norma ordinamentale di volta in volta considerata con i contenuti normativi tipici del regime differenziato”, tanto che in materia di colloqui la cassazione ne derivava la

conseguenza che “in assenza di specifiche previsioni contenute nel decreto ministeriale (...) anche per il detenuto sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* OP, possono trovare applicazione le norme dell’ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione.”¹².

Da tale complesso di insegnamenti, si evince come la sospensione di talune regole di trattamento legittimata per gravissime esigenze di sicurezza dall’art. 41-*bis* OP, debba essere vagliata con peculiare acribia dal magistrato di sorveglianza adito ai sensi dell’art. 35-*bis* ordinamento penitenziario, verificando che, nelle materie espressamente disciplinate nel testo normativo, la loro applicazione concreta non espanda i già gravosi limiti previsti, dovendosi applicare sempre le ordinarie regole di trattamento, dove il 41-*bis* non ne imponga una deroga, e analizzando criticamente l’esercizio della discrezionalità residua dell’amministrazione, quando abbia operato ai sensi dell’art. 41-*bis* comma 2 *quater* lett. a), tanto in relazione agli scopi perseguiti quanto alla proporzionalità degli strumenti adoperati, in un’ottica di difficile ma necessario bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e perseguimento di obiettivi di sicurezza.

In tutti i casi resta, infine, ferma la ovvia necessità di adire il Giudice delle Leggi laddove il magistrato di sorveglianza ravvisi incidentalmente un conflitto, non risolvibile in via interpretativa, tra le disposizioni contenute nella legge e uno o più parametri costituzionali (come ad esempio avvenuto nel già citato caso della compressione del numero e del tempo dei colloqui visivi o telefonici con i difensori, poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 143 del 23 giugno 2013).

La circolare ministeriale del 2 ottobre 2017¹³

La circolare n. 309740 del 2 ottobre 2017 del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria porta ad oggetto: organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’articolo 41-*bis* OP Lungamente attesa con l’obiettivo di garantire l’applicazione uniforme del regime nelle diverse strutture penitenziarie, prevede una dettagliatissima sequenza di indicazioni sulla organizzazione della vita detentiva dei ristretti in regime differenziato *in peius*, preceduta da importanti premesse. Vi si ribadisce come l’art. 41-*bis* abbia la funzione di impedire la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza, obiettivo perseguito “attraverso le prescrizioni contenute nella norma, rese operative in concreto con il provvedimento ministeriale, cui la corretta attuazione non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono

¹² Cfr. sentenza Cass., 24 giugno 2013, n. 39537, *inedita*, e sentenza 26 novembre 2013, n. 49725, Rv. 258764.

¹³ Il testo della circolare è consultabile in: <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/10/04/la-circolare-sullorganizzazione-del-circuito-detentivo-speciale-previsto-dallart-41-bis-o-p/>.

legate. Le prescrizioni imposte col decreto del Ministro non sono volte a punire e non devono determinare un’ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame”.

Naturalmente la funzione della circolare è di orientare l’agire dell’amministrazione chiarendo il significato delle disposizioni normative, ma non di derogare alla legge e, anche nel caso del regime differenziato, non possono dunque derivarne né attenuazioni delle limitazioni testualmente contenute nel 41-*bis*, e neppure restrizioni ulteriori, se non nei limiti sopra indicati. Di recente la dottrina e la giurisprudenza sono tornate a chiarire questo profilo proprio nella materia che ci occupa¹⁴.

La circolare appare quindi, pur letta nella collocazione adeguata rispetto al catalogo delle fonti, uno strumento ulteriore che oggi consente di orientare correttamente l’amministrazione nel difficile compito di declinare la quotidianità penitenziaria del ristretto in regime differenziato, evitando limitazioni non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità di contenimento della sua speciale pericolosità sociale, ed evitando perciò ogni altra limitazione che, per sproporzione ai fini perseguiti, o ancor peggio per mancanza di congruità agli stessi, si appalesi per ciò solo vessatoria.

Sempre salva resta tuttavia la necessità per il magistrato di sorveglianza adito in sede di reclamo *ex art. 35-bis* OP di verificare che anche tale testo non possa, in un qualsiasi passaggio, travalicare i limiti del legittimo agire dell’amministrazione, alla luce dei principi sopra più volte citati¹⁵.

4. L’impegno del magistrato di sorveglianza

La mia esperienza in materia di regime differenziato *in peius* nasce nel 2006, quando ho preso le funzioni quale magistrato di sorveglianza di Spoleto, iniziando ad occuparmi di un istituto penitenziario nel quale è presente una sezione di 41-*bis*.

¹⁴ Cfr. L. CESARIS, *Ancora sui colloqui dei Garanti con le persone private della libertà personale*, in *Dir. Pen. Cont.* 9 febbraio 2018, che cita da ultimo a sentenza Cass. 15 aprile 2015, B.S., *inedita*. Da ultimo la cassazione ha ribadito che “nell’ipotesi in cui il limite all’esercizio pieno del diritto derivi da comportamento di mero fatto o da comportamento adottato non in riferimento a fonte primaria ma a fonte gerarchicamente subordinata alla legge e alla Costituzione (regolamento esecutivo, circolare, regolamento interno, decreto ministeriale) l’esercizio della giurisdizione non incontra limite alcuno e può comportare – ove necessario – la disapplicazione dell’atto presupposto.” Cfr. sentenza della Cassazione del 14 giugno 2017, n. 54117, Rv. 271905. Sulla circolare ministeriale dell’ottobre 2017 vd. anche un primo commento in V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 novembre 2017.

¹⁵ Cfr., per alcuni rilievi problematici su singole disposizioni della circolare: Trib. di sorv. Perugia ord. 21 febbraio 2018, *inedita*, in materia di colloqui con il Garante regionale dei diritti dei detenuti; Mag. di sorv. Spoleto ord. 13 febbraio 2018, *inedita*, in materia di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità; Mag. di sorv. Sassari ord. 6 marzo 2018, *inedita* e Mag. di sorv. Spoleto ord. 27 marzo 2018, *inedita*, entrambe sul numero di ore da trascorrersi all’aperto ed accesso alle sale socialità.

All'epoca, prima della novella del 2009, che ha così sensibilmente mutato il quadro complessivo dell'istituto, il Tribunale di sorveglianza di cui ero, e sono, componente, si occupava anche dei reclami provenienti dai detenuti ristretti in 41-*bis* nelle carceri ombre sulla legittimità del decreto ministeriale impositivo del regime e delle sue proroghe, competenza che, come già ricordato, è stata poi devoluta interamente al Tribunale di sorveglianza di Roma. In seguito, perduta questa fetta molto significativa di intervento, non è però venuto meno il lavoro legato alla tutela dei diritti delle persone reclusi in regime differenziato che, anzi, ha trovato un nuovo importante strumento nel reclamo giurisdizionale dell'art. 35-*bis* OP introdotto nel 2013. Ferma, inoltre, è rimasta la competenza diffusa sul territorio per tutti i procedimenti legati alla persona detenuta, diversi dal reclamo sulla legittimità dei presupposti del decreto ministeriale impositivo del regime. In particolare, i permessi per gravi motivi e le misure legate alla salvaguardia della salute, astrattamente concedibili anche in presenza di una elevata pericolosità sociale: il differimento della pena e la detenzione domiciliare per motivi di salute *ex art. 47-ter* comma 1 *ter* OP Vi è inoltre il tema dei controlli sulla corrispondenza e la stampa *ex art. 18-ter* OP e l'autorizzazione a disporre l'ascolto e la registrazione dei colloqui *ex art. 41-bis* comma 2 *quater* lett. b).

Ne deriva un compendio importante di dati di conoscenza circa la persona detenuta, cui deve aggiungersi necessariamente il colloquio diretto e la visita dei luoghi in cui si svolge la sua giornata da recluso (in 41-*bis* per ventuno ore la sua sola camera detentiva), entrambi momenti imprescindibili per il magistrato di sorveglianza, ai sensi degli artt. 35 OP e 5 e 75 regolamento di esecuzione.

Questi dati arricchivano, prima della novella del 2009, anche la valutazione sulla legittimità del decreto ministeriale, fornendo chiavi utili, in positivo e in negativo, per una definizione individualizzata e attualizzata della personalità del detenuto sottoposto al regime differenziato e della eventuale sussistenza di suoi tentativi di mettersi in contatto con i sodali rimasti liberi sul territorio.

Si tratta di elementi che, ancora oggi, ai sensi dell'art. 41-*bis* comma 2-*bis*, possono incidere significativamente sulla proroga del regime, e dunque sul vaglio affidato all'autorità giudiziaria circa la sua legittimità, ma occorre un'istruttoria adeguata e la conoscenza resta mediata dal mezzo cartolare che è ormai inevitabile adoperare, adesso che la competenza è stata spostata a Roma, lontano dai territori.

In questo senso, un dato particolarmente importante è costituito dagli esiti del trattamento penitenziario che, certamente, potrebbero rappresentare il più efficace strumento di verifica dell'allontanamento del sottoposto al regime dal pregresso stile di vita. L'osservazione della personalità dovrebbe essere oggetto, a differenza di quel che purtroppo l'esperienza quotidiana sembra mostrare, di una particolare cura negli istituti penitenziari, mediante un adeguato rapporto dei detenuti ristretti in regime differenziato con gli operatori giuridico – pedagogici e con gli esperti *ex art. 80*, al fine di favorire una presa di coscienza che, davvero, potrebbe, ove verificata, dare al mero decorso del tempo in carcere, di per sé neutro,

normativamente, rispetto alla valutazione circa la capacità di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata all'esterno, un significato di allontanamento e di cesura dal gravissimo pregresso criminoso.

Una maggior frequenza di rapporti con le aree educative, così come un adeguato supporto ai percorsi scolastici e la presenza di psicologi, e psichiatri ove necessario, consentirebbe inoltre di compensare il quadro di importante separatezza dalla società e dalla socialità, che il regime legittimamente, rispetto agli obiettivi perseguiti, comporta spesso per un lungo novero di anni.

Anche in questi campi l'impegno del magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto di pena ove insista una sezione di 41-*bis* si fa decisivo, quale propulsore della funzione rieducativa della pena oltre che della sua conformità al senso di umanità.

Rispetto alla strada, molto affollata di viandanti, che si affrettano ad alzare scudi a difesa del “simbolo” 41-*bis*, correndo a tratti persino il rischio di smarrirne l'importante significato originario, e di travolgere così anche l'obiettivo fondamentale del più efficace contrasto alla criminalità organizzata, sembra più proficuo seguire una strada meno battuta, irta di non poche difficoltà tecniche, in ombra, rimessa alla magistratura di sorveglianza preposta naturalmente alla tutela giurisdizionale dei diritti delle persone detenute, alla luce degli insegnamenti costituzionali e convenzionali. Non può infatti dimenticarsi che il regime differenziato in sé sino ad ora ha più volte superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'uomo¹⁶, ma ciò anche grazie

¹⁶ Occorre comunque ricordare che con la sentenza 143/2013, più volte citata, la Consulta ha però dichiarato l'illegittimità della limitazione concernente numero e durata dei colloqui e delle telefonate del detenuto con il proprio difensore. Da ultimo, invece, con la sentenza Cass. 19 aprile 2016 n. 44149, Rv. 268294, la cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del 41-*bis* in relazione agli art. 117 Cost. e 3 CEDU, non sussistendo, ad avviso della Suprema Corte, secondo la consolidata giurisprudenza EDU, alcuna incompatibilità strutturale tra l'adozione di un regime carcerario differenziato (dettato dalla necessità di neutralizzare l'allarme sociale derivante dal mantenimento da parte del detenuto di relazioni con l'esterno del carcere) e i contenuti della citata norma convenzionale, attesa la natura temporanea della misura, l'esistenza per il detenuto di spazi minimi e incompressibili di relazionalità e il controllo giurisdizionale sulle ragioni giustificatrici del provvedimento originario e delle eventuali sue proroghe e sulla tipologia delle limitazioni imposte, che “rassicura circa la permanenza di un margine di flessibilità del trattamento derivante dalla verifica giurisdizionale del rapporto tra contenuto della prescrizione ed esigenze di tutela dei diritti del soggetto recluso”. Nelle motivazioni si legge come la previsione di un sindacato giurisdizionale per l'eventuale lesione di diritti soggettivi derivante dalle singole disposizioni rende infatti l'istituto conforme ai principi costituzionali. Si aggiunge che non può attribuirsi un rilievo particolare alle raccomandazioni del CPT all'esito delle visite in Italia perché, anche se i sopralluoghi sono indicati dalla Convenzione del 1987 sulla prevenzione della tortura come strumento di rafforzamento della protezione delle persone private della libertà dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti, i loro esiti individuano “una esigenza di rafforzamento dei diritti dei detenuti in regime differenziato in rapporto al rischio di eccedenza del mezzo (le deroghe al regime ordinario) rispetto al fine (la prevenzione da gravi forme di

ad una efficace e costante verifica circa il rispetto in concreto dei diritti fondamentali di chi è sottoposto al regime, affidato alla magistratura di sorveglianza diffusa sul territorio, e quindi prossima alle persone detenute e con una conoscenza diretta della realtà degli istituti penitenziari interessati, chiamata a intervenire anche qui, dove il crinale tra massime esigenze di sicurezza e più drammatiche compressioni dei diritti individuali è particolarmente impervio e la necessità del suo controllo si fa più acuta.

criminalità organizzata) cui è preordinato l'apparato normativo”. Non si tratta però di una decisione parificabile a quelle della CEDU, e manca un dubbio strutturale sulla conformità ai contenuti dell'art. 3 CEDU. Si cita da ultimo la sentenza Riina c. Italia 19 marzo 2013 e si sottolinea come, a fronte di un regime comunque temporaneo, diventa importante verificare la giustificazione ragionevole del provvedimento in rapporto alla concreta condizione del soggetto recluso (Cfr. anche sentenza 23 febbraio 2017, n. 32405, Rv. 270585 sulla necessità che il Tribunale di sorveglianza consideri l'incidenza delle condizioni patologiche sopravvenute, unitamente all'età molto avanzata del ricorrente, nel valutare la legittimità della proroga, al di là della mera ricognizione di una patologia psichica, ma operando una prognosi circa l'incidenza dello stato patologico eventualmente insorto; nel provvedimento si parla anche dell'incidenza del regime differenziato sull'aggravamento della complessiva condizione di vita del soggetto) e alla tipologia di limitazioni imposte in rapporto al margine di tutela insopprimibile dei diritti individuali.