

## **41-bis: il divieto di scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità: previsione irragionevole?**

di *Valentina Alberta\**

**ABSTRACT:** Le previsioni dell'art. 41-*bis* appaiono sovente irragionevoli rispetto al fine esclusivo di prevenzione della sospensione del trattamento. Talvolta, l'irragionevolezza sembra evidente anche rispetto alla coerenza delle diverse disposizioni sul medesimo tema. Il caso del divieto previsto dalla lett. *f*) del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* OP, con riferimento allo scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità, secondo due ordinanze emesse il medesimo giorno dalla Corte di Cassazione potrebbe rientrare tra questi. Sarà la Corte costituzionale a pronunciarsi sull'ennesima disposizione inutilmente vessatoria del regime speciale.

### **41-bis: the prohibition of exchange of objects between prisoners of the same social group: reasonable provision?**

**ABSTRACT:** *The provisions of art. 41-bis often appear to be unreasonable with respect to the exclusive purpose of preventing of the suspension of the treatment. Sometimes, the unreasonableness seems evident also with respect to the coherence of the different provisions on the same subject. The case of the prohibition foreseen by lett. f) of the co. 2-quater of the art. 41-bis OP, with reference to the exchange of objects between prisoners of the same social group, according to two decisions issued the same day by the Court of Cassation could be included among them. The Constitutional Court will rule on the umpteenth vainly vexatious provision of the special regime.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Divieto di scambio di oggetti: *ratio* – 3. I dubbi di costituzionalità – 4. Conclusioni.

#### **1. Premessa**

A prima lettura, la questione che si analizzerà di qui a breve potrà apparire, nell'ambito delle vicende dell'art. 41-*bis* OP<sup>1</sup>, di carattere secondario. Essa riguarda specificamente la disposizione, così come modificata dall'art. 2 co. 25 lett. *f*) n. 3 L. 15 luglio 2009, n. 94, di cui alla lettera *f*) del co. 2-*quater* dell'art. 41-*bis* OP, nella sua parte finale: ci si riferisce alle misure volte a garantire che “*sia*

---

\* Avvocato del Foro di Milano.

<sup>1</sup> Sul quale, in termini generali, v. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, *passim*; nonché, di recente, S. ROMICE, [Brevi note sull'art. 41-bis](#), in *Giur. pen. web*, 12, 2017.

*assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi<sup>2</sup>”, con particolare riguardo al divieto di scambiare oggetti. Va evidenziato come una specifica norma del regolamento penitenziario, l’art. 15 co. 2 DPR 30 giugno 2000, n. 230, preveda quale principio generale che “è consentita la cessione fra detenuti e internati di oggetti di modico valore”.*

La previsione è stata ribadita nell’art. 4 della nota circolare DAP n. 3676-6126 del 2 ottobre 2017<sup>3</sup>, che, sotto il titolo “*Mantenimento dell’ordine e della pacifica convivenza all’interno della sezione*”, afferma perentoriamente: “*E’ vietato lo scambio di oggetti tra tutti i detenuti/internati anche appartenenti allo stesso gruppo di socialità*”. Curiosamente, nello stampato del provvedimento, viene citata in nota anche una decisione della Corte di Cassazione<sup>4</sup>, quasi a dover giustificare le ragioni di una scelta che – evidentemente – è stata frutto della considerazione di opzioni diverse.

La Corte di cassazione, esaminando due ricorsi nella medesima data con riferimento al punto in oggetto e ribaltando il proprio precedente orientamento, ritiene di sollevare di ufficio la questione di costituzionalità della norma più volte richiamata per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost<sup>5</sup>.

In particolare, il divieto di scambio era stato applicato presso l’istituto penitenziario di Spoleto con l’ordine di servizio del 15 marzo 2015, che aveva ritenuto, prima ancora della circolare n. 3676-6126, che il riferimento allo scambio di oggetti di cui alla lettera f) non dovesse intendersi soltanto riferito a detenuti appartenenti a gruppi di socialità differenti ma anche a quelli del medesimo gruppo. Identica soluzione aveva adottato la direzione della Casa circondariale di Terni attraverso l’emissione di un ordine di servizio successivo alla citata circolare del DAP. La questione si era posta in concreto rispetto ai generi alimentari provenienti sia dalla

<sup>2</sup> Divieto – quest’ultimo – venuto meno in seguito a Corte cost. n. 186/18.

<sup>3</sup> Circolare DAP, 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/10/04/la-circolare-sullorganizzazione-del-circuito-detentivo-speciale-previsto-dallart-41-bis-o-p/>, nonché in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5696-il-dap-riorganizza-il-41-bis-op-un-difficile-bilanciamento-tra-prevenzione-sociale-omogeneità-di-tr>, con nota di V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*.

<sup>4</sup> Cass. Sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977, *Giur. It.* 2017, p. 1689, con nota di A. DELLA BELLA, secondo la quale il divieto “*riguarda tutti i detenuti a prescindere se appartengono al medesimo o a diversi gruppi di socialità*”; nello stesso senso si esprimeranno successivamente alla pubblicazione del regolamento Cass. Sez. I, 18 aprile 2019, n. 29300 e 29301, nonché Cass. Sez. I, 20 luglio 2017, n. 4993.

<sup>5</sup> Cass. Sez. I, 29 maggio 2019, n. 43436 e n. 43437; già A. DELLA BELLA, op. ult. cit., p. 1691, aveva osservato, a proposito della precedente giurisprudenza, come “*se, da un punto di vista sintattico, la conclusione appare ineccepibile, desta non poche perplessità il fatto che i giudici della Cassazione non si siano interrogati sulla congruità di un tale divieto con gli obiettivi di prevenzione che il regime detentivo speciale persegue, che cioè non si siano chiesti se un tale divieto fosse coerente con la ratio della misura*”.

famiglia che dagli acquisti effettuati tramite il modello 72, e aveva visto soluzioni opposte da parte dell'Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, e poi omogenee da parte del Tribunale di Sorveglianza di Perugia, incline a disapplicare i provvedimenti della direzione degli istituti sulla base della sola interpretazione conforme all'art. 3 Cost dell'art. 41-*bis* OP, ovvero quella secondo cui il divieto di scambio di oggetti non può che riferirsi esclusivamente ai soli ristretti appartenenti a diversi gruppi di socialità. Il ricorso per cassazione proposto dal Ministero della Giustizia per mezzo dell'Avvocatura dello Stato ha in entrambi i casi la finalità di far rilevare come il tenore della norma interpretata dal Tribunale perugino sia in realtà inequivoco e in ogni caso conforme al principio di ragionevolezza

La Corte di Cassazione adotta la soluzione dell'incidente di costituzionalità, attraverso un percorso logico che vale la pena di ripercorrere nel dettaglio.

## 2. Divieto di scambio di oggetti: *ratio*

Il diritto allo scambio di oggetti trova fondamento nel più generale diritto soggettivo di qualsiasi detenuto, a prescindere dal regime detentivo, a fruire di momenti di socialità tra persone ristrette, che si ritiene rientri tra quelli previsti dall'art. 1 OP, tanto che esso è garantito anche ai detenuti sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* OP sebbene nell'ambito di un determinato gruppo di socialità<sup>6</sup>.

In particolare, l'art. 15 DPR n. 230 del 2000 prevede che la cessione di oggetti di modico valore sia in linea di massima consentita; la limitazione a tali oggetti e il correlato divieto di cessione di somme di denaro sono evidentemente finalizzati ad evitare posizioni di supremazia tra i detenuti.

L'ovvia conseguenza di considerare lo scambio di oggetti quale diritto soggettivo è stata la sua tutelabilità attraverso il meccanismo del reclamo giurisdizionale *ex* artt. 69 co. 6 lett. b) OP e 35-*bis* OP.

Fermo restando il divieto assoluto di comunicazione tra soggetti facenti parte di gruppi di socialità differenti<sup>7</sup>, ci deve chiedere se effettivamente la formulazione letterale della più volte citata lettera f) sia "*chiarissima nello statuire che solo il divieto di comunicazione ammett(a) deroga all'interno del medesimo gruppo di socialità*"<sup>8</sup>, ovvero se ciò valga anche per il divieto di scambio di oggetti.

La Corte di Cassazione, nella decisione citata nella stessa Circolare DAP n. 3676-6126<sup>9</sup> ha escluso la possibilità di una interpretazione di questo tipo: "*tenendo conto del significato e della connessione delle parole e dei segni grafici utilizzati, nonché del senso logico del testo*", deve ritenersi, «*soprattutto in considerazione*

<sup>6</sup> Previsto e disciplinato dal medesimo art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. f) OP e dall'art. 3.1 della circolare DAP n. 3676-6126.

<sup>7</sup> Una questione di legittimità inerente questa parte della lettera f) del comma 2-*quater* è stata valutata manifestamente infondata dalla Corte di legittimità (Cass. Sez. VII, 29 maggio 2014, n. 378).

<sup>8</sup> In questi termini, il ricorso dell'Avvocatura dello Stato nel caso di cui alla decisione n. 43436.

<sup>9</sup> Cass. Sez. I, 13 luglio 2016, n. 5977, cit.

*dell’inserimento del segno di interpunzione della virgola fa le parole “socialità” e “scambiare”, (...) che, nel periodo sintattico in esame, le varie proposizioni riferite a comportamenti dei detenuti, in ordine ai quali va perseguita la “assoluta impossibilità” di realizzazione, siano costituiti, per un verso, dalla comunicazione fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e, per altro verso, dallo scambio di oggetti e dalla cottura di cibi». Se così non fosse, infatti, «la disposizione avrebbe “contemplato” la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, e di cuocere cibi». In conclusione, secondo la decisione richiamata, mentre non è richiesto di impedire in modo così radicale le comunicazioni tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, vi è la necessità di assicurare la assoluta impossibilità dello scambio di oggetti tra tutti i detenuti.*

La disciplina richiamata si inserisce peraltro nell’ambito di una norma, il co. 2-*quater* dell’art. 41-*bis* OP come introdotto dalla legge n. 94 del 2009, volta a incidere drasticamente sulle possibilità di relazione dei detenuti, con limitazioni specifiche inerenti i rapporti con l’esterno e con l’interno del carcere, finalizzate a *“prevenire contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento (ovvero) contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate”* (in questi termini si esprime Corte cost. 122/17).

Nel dettaglio, tale disposizione prevede, con riferimento ai rapporti tra il detenuto e l’esterno, limitazioni inerenti i colloqui e le telefonate (lett. *b*), limitazioni nella possibilità di ricevere denaro e altri beni dall’esterno (lett. *c*), limitazioni della corrispondenza (lett. *e*); con riguardo ai rapporti interni all’istituto, l’esclusione dalle rappresentanze dei detenuti (lett. *d*), limitazioni alla permanenza all’aria aperta e alla socialità (lett. *f*).

### **3. I dubbi di costituzionalità**

La Cassazione valuta dunque se – sotto il profilo della ragionevolezza della disparità di trattamento tra detenuti ordinari e detenuti sottoposti al regime differenziato – le limitazioni imposte a questi ultimi siano nel caso specifico funzionali all’obiettivo primario del regime di cui all’art. 41-*bis* OP, costituito dal fine di escludere i contatti tra il detenuto e il gruppo criminale di riferimento. E dunque se le limitazioni in questione si risolvano eventualmente in una lesione dell’art. 27 co. 3 Cost. presentandosi come una indebita limitazione contraria al senso di umanità, in quanto incongrua rispetto agli obiettivi del regime differenziato.

Il nucleo centrale delle due ordinanze in commento è nell’analisi dei limiti costituzionali rispetto al sindacato sulla norma in oggetto.

Va premesso come di poco pregio appaia una delle obiezioni formulate dall’Avvocatura dello Stato, secondo la quale la differenza di regime tra le

comunicazioni verbali consentite nel gruppo di socialità e gli scambi di oggetti: da un lato, secondo il Ministero della Giustizia, sarebbe contraddittorio comporre dei gruppi di socialità e poi impedire ai loro componenti di comunicare, mentre dall’altro lo scambio di oggetti non sarebbe così essenziale alla socializzazione come il comunicare.

La Cassazione analizza in particolare i due limiti di carattere costituzionale che devono essere presi in considerazione per valutare se le limitazioni del regime differenziato siano o meno compatibili con la Costituzione stessa.

Il primo limite riguarda la congruità della compressione del diritto imposta dalla misura imposta ai detenuti sottoposti al regime differenziato rispetto allo scopo dello stesso regime.

Tale limite, elaborato dalla stessa Corte<sup>10</sup> ma certamente già presente nel testo normativo con il riferimento alle *“restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze”*, si concretizza in un necessario bilanciamento tra le esigenze da tutelare e la congruità e la idoneità delle misure adottate. Senza tale equilibrio, infatti, le deroghe al regime ordinario diverrebbero ingiustificate misure afflittive, con un inammissibile *«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 ... è anche vero che ciò deve perseguirsi attraverso la definizione e l’applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario»*<sup>11</sup>.

Tale limite peraltro trova fondamento anche nella giurisprudenza della Corte EDU, che, per le misure limitative delle libertà riconosciute dalla Convenzione, richiede sempre il perseguimento di un fine legittimo, l’idoneità rispetto all’obiettivo, la necessità rispetto ad alternative meno restrittive e parimenti idonee, il bilanciamento rispetto ai diversi diritti in gioco<sup>12</sup>.

Mentre la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che il divieto assoluto di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità appare funzionale rispetto agli obiettivi di prevenzione della misura<sup>13</sup>, ritiene la Suprema Corte che la disposizione inerente il divieto assoluto di scambio di oggetti *“non può invece ritenersi funzionale a fronteggiare alcun pericolo per la sicurezza pubblica assumendo una portata meramente afflittiva”*. Infatti, quand’anche si

<sup>10</sup> In particolare da Corte cost 351/96, 376/97, e – dopo la introduzione della legge n. 94 del 2009 – da Corte cost. 143/13.

<sup>11</sup> In questi termini, Corte cost 351/96.

<sup>12</sup> V. V. MANCA, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?*, 9, in [http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/03/41-bis\\_Manca\\_GP.pdf](http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/03/41-bis_Manca_GP.pdf).

<sup>13</sup> V. in particolare Cass. Sez., VII, 29 maggio 2014, n. 378, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione relativa al divieto di comunicazione tra gruppi di socialità diversi.

dovesse ipotizzare che gli oggetti scambiati possano avere un qualche contenuto informativo, non si può configurare alcun pericolo derivante dal passaggio di informazioni da parte di chi sia già autorizzato alla comunicazione riservata facendo parte del medesimo gruppo di socialità.

Peraltro, si deve considerare che non sia mai prevista la *traditio* diretta del bene tra un detenuto e l'altro, essendo inibito ai detenuti di portare con sé degli oggetti all'uscita della stanza detentiva (fatta eccezione per quelli previsti dall'art. 11.2 della circolare DAP n. 3676-6126).

Rispetto alla diversa finalità di evitare che uno dei soggetti del sinallagma possa acquisire una posizione di supremazia, osserva la Cassazione che essa deve essere perseguita, come indicato da Corte cost. 351/96, senza necessità 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”. Soprattutto, osservano i giudici rimettenti, la possibilità di un utilizzo di beni di rilevante valore quale “mezzo improprio di scambio” è esclusa in radice dalle limitazioni ai beni inviati dall'esterno imposte dall'art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. c) OP<sup>14</sup> e dallo stesso articolo 15 reg. penit. che fa riferimento esclusivamente a beni di modico valore. Osserva pragmaticamente la Corte come risulti “del tutto improbabile, in ogni caso, che il perpetuarsi delle gerarchie criminali all'interno del carcere possa realizzarsi attraverso lo scambio di caffè o sapone”. Non vengono assolutamente valorizzate le considerazioni formulate dal Procuratore Generale nella propria requisitoria scritta in uno dei due casi<sup>15</sup>, secondo le quali non assumerebbe rilievo il valore degli oggetti scambiati, quanto piuttosto la reciproca posizione tra i soggetti dello scambio e il numero delle dazioni.

Il secondo limite riguarda la relazione tra le limitazioni e la finalità rieducativa della pena.

La sospensione del trattamento, infatti, non può giungere sino a vanificare completamente la necessaria tensione della pena verso il reinserimento e soprattutto a violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, secondo la linea elaborata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>16</sup>.

Una volta riconosciuto anche ai detenuti sottoposti al regime speciale il diritto alla socialità, nell'ambito di un gruppo di ristretti selezionato dall'Amministrazione penitenziaria in ragione della necessità di rompere i legami con il gruppo criminale di provenienza, appare inutilmente afflittivo il fatto di «*escludere quelle forme “minime” di socialità consistenti nello scambio di oggetti di scarso valore e di immediata utilità o di generi alimentari tra persone che si frequentano “senza filtri” ogni giorno e in una prospettiva di normalità di rapporti interpersonali*».

Dopo avere infine ritenuto rilevante la questione, considerato che la norma sospetta di incostituzionalità costituisce la base legale degli atti dell'amministrazione che si

<sup>14</sup> Il cui contenuto è stato dettagliato negli artt. 7 e 7.1 della circolare n. 3676-6126.

<sup>15</sup> Cass. Sez. I, 29 maggio 2019, n. 43437, cit.

<sup>16</sup> Corte cost. 349/93, 351/96, 149/18.



vorrebbero disapplicati, la Corte solleva questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3 e 27 della Costituzione, dell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lettera f) della legge 354 del 1975.

#### 4. Conclusioni

La decisione adottata dalla Corte di legittimità appare senza alcun dubbio corretta. L’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. f) OP proposta dal Tribunale di Perugia è infatti difficile da sostenere, in presenza di una formulazione testuale della norma che orienta decisamente in senso opposto<sup>17</sup>. Bene ha dunque fatto il collegio della Sezione I a rimettere gli atti con una duplice sostanzialmente identica ordinanza, volta ad eliminare l’ennesima incongrua deroga al trattamento penitenziario rispetto ad un regime che svela anche in questo caso la propria autoreferenzialità e la conseguente inutilità rispetto agli scopi della norma.

D’altronde, appaiono perfettamente calzanti anche al caso in esame le parole del giudice rimettente richiamate nella sentenza costituzionale 186/18 a proposito del divieto di cottura del cibo: *“il potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità, «umile e dignitosa», per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in un’aspra solitudine “.* Concluse in quel caso la Corte che *“anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell’art. 41-*bis* OP 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”*<sup>18</sup>.

Val la pena di evidenziare in conclusione come la Cassazione si premuri di mettere in evidenza che, nonostante il co. 2-*sexies* dell’art.41-*bis* OP abbia limitato il sindacato giurisdizionale sul regime detentivo speciale alla verifica dei presupposti applicativi, debba comunque ritenersi applicabile il rimedio giurisdizionale di cui all’art. 35-*bis* OP nel caso di lesione ad un diritto soggettivo e – dunque – al diritto alla socialità quale momento essenziale del trattamento penitenziario (art. 1 OP).

Vedremo dunque se, ancora una volta, i giudici costituzionali dovranno intervenire a tutela dei diritti di coloro i quali sono giornalmente definiti i “dannati del 41 bis”.

<sup>17</sup> Tanto che la proposta finale del Tavolo 2 degli Stati Generali dell’esecuzione penale prevedeva la riformulazione della norma con la limitazione del divieto di scambio di oggetti ai soli detenuti esterni rispetto al gruppo di socialità e con l’esclusione del divieto di cucinare cibi (Relazione, p. 20, in [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep\\_tavolo2\\_relazione.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo2_relazione.pdf)).

<sup>18</sup> In maniera analoga si esprimono Corte cost. nn. 349/93, 20/17, 122/17.