

Dentro la *prigione della prigione* Un'introduzione

di Riccardo De Vito*

1. Una sottile linea di confine

Provare a guardare *dentro* il 41-bis, come invita a fare il titolo di questo volume collettivo, è un'impresa scientifica difficile e necessaria.

Perché difficile? Per spiegarlo si possono prendere in prestito le parole con le quali Maurizio Torchio descriveva l'isolamento: in fondo anche il 41-bis è «la prigione della prigione. Perché ogni posto deve avere una prigione. Se sei già all'ospedale e ti senti male, cosa fanno? Ti mettono in terapia intensiva, che è l'ospedale dell'ospedale. Se sei in prigione e vogliono punirti è uguale: deve esserci qualcosa. Dev'esserci sempre qualcosa da togliere, altrimenti tutto si ferma»¹.

A livello dommatico sappiamo che il regime differenziato non serve a punire *di più*, ma a 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 esse alleate».

Nella prassi, tuttavia, le cose sono più sfumate ed è indispensabile interrogarsi e cercare di capire fino a che punto norme, disposizioni amministrative e quotidianità detentiva rimangano all'interno del recinto costituzionale e convenzionale della prevenzione o, invece, straripino nel terreno di un rigorismo afflittivo dal sapore unicamente dimostrativo. È questa la sottile linea di confine lungo la quale si gioca il destino di un istituto cruciale nel contrasto della criminalità organizzata.

Per cimentarsi con tali domande è importante un approfondimento dottrinale, una ricognizione adeguata del diritto positivo e dei cardini costituzionali sui quali si impernia il c.d. «carcere duro»; quella *teoria*, dunque, intesa alla greca maniera come capacità di osservare dall'alto e dall'esterno, unico metodo per allineare principi e regole. Ma è anche indispensabile – necessario, appunto – vedere dentro alle cose, immergersi nella realtà, cercare di afferrare quale sia, oggi, la vita di un detenuto sottoposto a regime differenziato.

La sintesi delle due prospettive, questa doppia scala baconiana che dall'astratto scende al concreto e dall'esperienza empirica risale a un rinsaldato e propositivo ragionamento sulle norme e sulla giurisdizione, è proprio l'ambizioso obiettivo di questo lavoro.

Si tratta, oltre che di prospettive, di campi visivi che devono stare assieme, contaminarsi di continuo. Troppo alto è il rischio, a separarli e scinderli, che la legge si rispecchi soltanto nella legge, come ammoniva Leonardo Sciascia. Come giuristi e operatori del diritto corriamo sempre questo pericolo. Anche la

* Magistrato di Sorveglianza di Sassari.

¹ M. TORCHIO, *Cattivi*, Einaudi, 2015, 11.

giurisprudenza di legittimità, che pure in questi ultimi anni ha scrutinato in modo più rigoroso il regime differenziato, non risulta immune. Qualche esempio tratto dalle *storie minute* del regime differenziato può chiarire il senso di quello che si vuole qui intendere.

2. Bisogna aver visto, sempre

Per sancire l'erroneità della disapplicazione delle circolari ministeriali che prevedono l'allontanamento dei familiari per la durata dei colloqui fruiti senza vetro divisorio tra il detenuto 41-*bis* e il figlio o nipote minore di anni dodici, la Corte si è trovata a riaffermare il «doveroso e ineludibile bilanciamento tra il diritto del detenuto a fruire di colloqui visivi e l'esigenza di contenere la particolare pericolosità di cui è portatore. È proprio quest'ultima a giustificare la disciplina differenziata, rispondendo ad evidenti esigenze di ragionevolezza, in quanto correlata ad una valutazione già operata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 41-*bis* ord. pen.»².

Ferma la indubbia necessità di quel bilanciamento, viene spontaneo chiedersi su quali parametri di esperienza reale del regime differenziato quel bilanciamento sia stato condotto, dal momento che – come notato da autorevole dottrina – in quella pronuncia non si pone alcuna attenzione alla dinamiche concrete del colloquio visivo: alla circostanza, ad esempio, che i familiari che dovrebbero essere allontanati dalla sala colloqui *già* sono divisi dal detenuto tramite un vetro a tutt'altezza; o, ancora, al fatto che tutti i colloqui visivi sono videoregistrati e, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, sottoposti a controllo auditivo e registrazione. Il giudizio, viceversa, è tutto risolto all'interno delle categorie astratte della legge.

Da una prospettiva più realistica ed empirica, viceversa, muove la Corte costituzionale che, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma che vietava ai detenuti in regime differenziato di cuocere i cibi, si confronta con le caratteristiche dei fornelli e degli utensili, con i beni acquistabili al sopravitto, con l'entità del peculio e con i limiti di spesa, per arrivare ad affermare, sulla scia di tale concretezza, che «anche chi si ritrova detenuto 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»³.

Non si intende qui contrapporre due giurisprudenze, quella di legittimità e quella costituzionale, ma semplicemente fornire la rappresentazione plastica della differenza tra due approcci e due metodiche, spesso compresenti in tutte le giurisdizioni.

² Il brano è tratto da Cass. pen., Sez. I, 11 agosto 2004 (ud. 4 giugno 2014), n. 35488.

³ Corte cost. 26 settembre 2018 (dep. 12 ottobre 2018), n. 186.

Inutile sottolineare verso quale direzione dovrebbe orientarsi una scelta che muova dalla pretesa individualizzante dell’art. 27, comma 3, della Costituzione: per arrivare a quel «doveroso e ineludibile bilanciamento» tra diritti e pericolosità qualificata, ancora una volta, *bisogna aver visto*, come disse Calamandrei citando Turati⁴.

Attraverso una dettagliata panoramica su tutte le emergenze del regime differenziato, questo volume si propone anche di vedere e far vedere, proprio al fine di mettere a punto riflessioni costituzionalmente orientate.

3. Per una storia materiale del 41-bis

Gettare lo sguardo dentro le sezioni detentive riservate al 41-*bis* è complicato, se non impossibile. Le cautele, volte a contenere la pericolosità sociale proiettata all’esterno, funzionano naturalmente anche al contrario, tendendo a impedire quanto più possibile l’ingresso dell’occhio della società civile in quei reparti.

Una precisa indicazione normativa, alla quale si somma un fitto reticolato di disposizioni amministrative, consente di toccare con mano questa accentuata separazione: «i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all’interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all’interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell’Istituto»⁵. Per dirla in termini sociologici, dunque, il normale tasso di invisibilità delle relazioni custodi/custoditi, consentaneo all’istituzione totale, nel regime differenziato si accresce a dismisura, fino a sfiorare l’opacità. Non è certo casuale, in quest’ottica, che con riferimento all’Italia i *leading cases* della Corte Edu in materia di divieto di trattamenti inumani o degradanti e di tortura abbiano a oggetto vicende accadute nei reparti 41-*bis*⁶.

Sfidare a livello epistemologico questa impenetrabilità è uno dei compiti che si propone quest’opera, offrendo, oltre che una ricostruzione in termini giuridici, una sorta di storia materiale della vita detentiva nel 41-*bis*. È da quella materialità – ventidue ore al giorno in camera detentiva singola, *visus* limitato a pochi metri – che sgorgano le questioni di diritto. Quella materialità, dunque, bisogna attrezzarsi a conoscere, se si vuole dare seguito alla celebre Campbell&Fell c. Regno Unito: *Justice cannot stop at the prison gate*.

⁴ Il riferimento, ovviamente, è a P. CALAMANDREI, in *Il Ponte*, 1994, il quale riferisce di un celebre discorso tenuto da Filippo Turati alla Camera dei Deputati il 18 marzo 1904, successivamente intitolato, in maniera significativa, “Il Cimitero dei vivi”. Di recente anche in P. GONNELLA, D. IPPOLITO (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell’Asino, 2019, 7.

⁵ Si tratta, come noto, dell’attuale formulazione dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a), l. 26 luglio 1975 n. 354.

⁶ Si tratta, come noto, di Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/85 e di Corte Edu, 18 ottobre 2001, *Indelicato c. Italia*, ric. n. 31143/96.

Argomenti come le ore d’aria, la tutela della salute, i colloqui con i garanti territoriali, l’esercizio del diritto di difesa, la limitazione della ricezione dei libri e della corrispondenza, le restrizioni alla stampa, lo scambio di oggetti, diventano il banco di prova dell’inquadramento costituzionale dell’istituto e testimoniano la tensione costante tra esigenze di sicurezza e di prevenzione e diritti delle persone detenute.

Si avrà modo, così, di conoscere «alcune epifanie»⁷ del regime «forse difficili da coniugare con i vari principi costituzionali», nonché di verificare quali sono le dinamiche della dialettica tra Amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza. Il regime speciale – strumento come detto strategico nel contrasto della criminalità organizzata e salvaguardato da diverse pronunce della Corte costituzionale e della Corte Edu –, infatti, nella prassi applicativa tende a volte ad assumere una curvatura che lascia seriamente perplessi sulla conformità alla fisionomia costituzionale della pena.

Se è vero che un certo tasso di arretramento rispetto al modello costituzionale si misura già nello iato tra la cornice costituzionale che presidia l’esecuzione delle pene e le disposizioni di legge che man mano hanno ‘istituzionalizzato’ il 41-*bis*, va osservato, di contro, che è la prassi applicativa a rivelare spesso casistiche *borderline*.

Non si può fare a meno di evidenziare, comunque, che anche tali casistiche costituiscono il portato di una scelta legislativa – si pensi a quella definitivamente attuata con la legge 94/2009 – che, nell’intenzione di stringere le maglie del regime, da un lato ha tipizzato una vasta congerie di limitazioni del trattamento ordinario (tutte contestualmente applicabili) e, dall’altro, ha lasciato all’Amministrazione la discrezionalità di adottare quelle «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» di volta in volta necessarie a prevenire flussi comunicativi illeciti.

4. Tassatività più discrezionalità

Questa strana somma di tassatività e discrezionalità ha determinato la costruzione di un modello differenziato che, alle pesanti sospensioni del trattamento ordinario disciplinate per legge, ha aggiunto le limitazioni concretamente plasmate dall’Amministrazione per andare a colmare quegli interstizi, spesso più congetturati che realmente esistenti, lasciati scoperti dalla norma.

Un esempio di questo *modello procedimentale* doppiamente afflittivo è offerto, ad esempio, dalla vicenda della permanenza all’aperto (ammesso che di *aperto* si possa parlare in relazione a cortili completamente interclusi tra fabbricati e in alcuni casi costruiti sotto il livello del suolo). Su questo punto, la previsione tassativa di legge – art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), OP– parla chiaro: la

⁷ V., *amplius*, G. CHIODO, *Il regime detentivo speciale e le fonti sovranazionali: una tensione costante*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2020.

permanenza all'aperto non può avere una durata «superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo». Non può sfuggire la netta divaricazione rispetto al trattamento ordinario di cui all'art. 10 ord. pen., divaricazione accentuata dal recente intervento di riforma. Su questo restringimento normativo della permanenza all'aria aperta, tuttavia, si è inserita una disciplina amministrativa che, pur calandosi in contenitori diversi, ha sempre fatto coincidere la permanenza all'aperto *tout court* con la permanenza fuori dalla camera detentiva, ricomprendendo in quelle due ore anche la c.d. ora di socialità. In quest'ordine di ragionamenti, i decreti applicativi prevedevano soltanto un'ora di cortile passeggi e un'ora di sala socialità quale tempo massimo della quotidianità vissuta fuori dalla camera; disapplicati i decreti dalla giurisprudenza di merito, che iniziò a rilevare la necessità di due ore effettive di aria all'aperto, il principio di coincidenza tra ore di permanenza all'aperto e ore di permanenza fuori dalla cella – del tutto in contrasto con il chiaro disposto dell'art. 10 OP – si riaffacciò dapprima negli ordini di servizio e poi, in forma compiuta, nella circolare 3676/6126 del 2 ottobre 2017, pietra angolare dell'organizzazione del circuito detentivo speciale. Neppure gli interventi della Corte di Cassazione, confermativi degli orientamenti di merito, hanno posto davvero fine alla vicenda.

Questo potere ulteriormente derogatorio del trattamento ordinario concesso all'amministrazione, come detto, riverbera i suoi effetti sulla conformazione del regime differenziato e rende quest'ultimo, inoltre, il terreno di elezione della sperimentazione – non sempre efficace ed effettiva – del reclamo giurisdizionalizzato previsto dall'art. 35-*bis* OP per la tutela dei diritti del detenuto. La costante tensione tra diritti della persona ed esigenze di sicurezza, infatti, deve essere risolta al banco del giudice. La tutela dei diritti, come è ovvio, procede in base a metodologie diverse, secondo che la lesione del diritto sia causata da una norma di legge in contrasto con i principi costituzionali e non suscettiva di interpretazione ortopedica, ovvero da una scelta amministrativa censurabile direttamente dal magistrato di sorveglianza. Quale che sia la strada, nel vasto campo della produzione giurisprudenziale relativa alla tutela dei diritti dei detenuti portatori di pericolosità qualificata – provvedimenti della magistratura di sorveglianza, pronunce della Corte di Cassazione, della Corte costituzionale e della Corte Edu – si possono trovare i punti cardinali di un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime 41-*bis*.

5. Cartografia costituzionale

La legittimità del regime differenziato è sempre stata riconosciuta dalle pronunce della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ciò nonostante, queste giurisdizioni hanno assicurato diversi puntelli volti a far in modo che il 41-*bis* non fuoriesca da un saldo impianto preventivo. Si tratta di orientamenti maturati in un proficuo dialogo multilivello tra giurisdizioni, che ha avuto il merito di confinare le deroghe del trattamento ordinario entro spazi

circoscritti. Si può provare, pertanto, a delineare una mappa dei principi fondamentali sottesi a questi orientamenti.

L’attenzione deve essere convogliata, in primo luogo, sulla giurisprudenza domestica, di merito e di legittimità.

Come noto il regime differenziato scaturisce dalla mera sospensione del trattamento ordinario. Detto altrimenti, il regime agisce per sottrazione, eliminando contenuti e diritti al trattamento penitenziario. Non è una peculiarità propria solo del 41-*bis*: come ha acutamente osservato il Garante Nazionale, tutta la penality penitenziaria funziona per sottrazione; un po’come la tecnica scultorea di Michelangelo, realizzata “per forza di levare”.

Questa caratteristica, in particolare, costituisce l’*in sé* delle procedure di costruzione del regime speciale. Incontra tuttavia un limite, ben testimoniato dalla giurisprudenza di legittimità più approfondita: «l’art. 41-*bis* ord. penit. attribuisce al Ministro della Giustizia il potere di sospendere – si badi ‘in tutto o in parte’ – l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti ed internati, in correlazione con una ‘pericolosità qualificata degli stessi’» e, inoltre, «tale norma [...] non risulta affatto ‘demandare in toto alla competenza ministeriale’ i contenuti del trattamento applicabile ai detenuti portatori di ‘pericolosità qualificata’, né ha dettato una regolamentazione ‘speciale’ dell’istituto, che si sovrapponga totalmente a quella ordinaria»⁸.

Chiaro il messaggio: il decreto ministeriale applicativo può sospendere il trattamento ordinario, in tutto o in parte (si colga la portata limitante della sottolineatura della parzialità dell’intervento), soltanto in relazione a esigenze correlate con la particolare pericolosità qualificata dei detenuti, che è appunto una

⁸ Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 2013 (dep. 10. 12. 2013), n. 49725. Il principio è riemerso in Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2019 (dep. 24 aprile 2019), n. 17680. Si tratta, in quest’ultimo caso, proprio della sentenza della Suprema Corte che ha confermato l’orientamento della permanenza all’aperto quale permanenza all’aria aperta, affermando che «In tema di regime detentivo differenziato di cui all’art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d’istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti a tale regime, limitano ad una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all’aria aperta, consentendo lo svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis* citato, all’interno delle sale destinate alla socialità, sia perché la permanenza all’aperto e la socialità devono essere tenute distinte, in quanto preordinate alle differenti finalità, rispettivamente, di tutelare la salute e di garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati, sia perché la limitazione da due ad una delle ore di permanenza all’aperto, ai sensi del combinato disposto della menzionata lett. f) e dell’art. 10 della legge n. 354 del 1975, cui essa fa rinvio, non può essere stabilita, in difetto di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere di per se stessa considerata, da atti amministrativi a valenza generale, ma deve conseguire all’adozione di un provvedimento specifico ed individualizzato della direzione dell’istituto, chiamata a render conto dei “motivi eccezionali” che, ai sensi del citato art. 10, giustificano la limitazione stessa».

pericolosità proiettata all'esterno e caratterizzata dalla possibilità di continuare a comunicare con i vertici dei clan che si trovano in stato di libertà.

Laddove l'intervento non scaturisca dalla necessità di consolidare la finalità preventiva, le regole del trattamento ordinario, al quale il regime speciale non si “sovrappone totalmente”, devono (meglio: dovrebbero) risandersi. Non accade sempre così; la lettura della parte del volume dedicata alla vita detentiva nei reparti speciali lo conferma. Questo ammonimento della Suprema Corte, tuttavia, dovrebbe diventare la prima coordinata geografica di quella mappa alla quale si accennava.

Un ulteriore contributo di precisione, nella stessa direzione, arriva dalla Corte costituzionale. Non è questa la sede per dare conto delle numerose sentenze interpretative di rigetto della Consulta, che sono discusse con scrupolo in molti contributi dell'opera.

Giova, invece, concentrarsi sulle sentenze di accoglimento e in particolare su quella relativa ai colloqui con i difensori. La pronuncia in questione indica, anche al magistrato di sorveglianza, una metodologia limpida per effettuare un serio controllo di congruità delle limitazioni correlate al regime: «nelle operazioni di bilanciamento 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»⁹, come ad esempio quello al mantenimento dell'efficacia preventiva del regime speciale. Lo strumento metodologico offerto dalla Corte in questa decisione diventa il principale arnese del *tool kit* del magistrato di sorveglianza che, ogni qual volta si appresta a decidere un reclamo del detenuto qualificato, deve rispondere a queste domande: quanto incide sull'incremento della sicurezza l'attenuazione del diritto soggettivo del detenuto? Quanto, al contrario, non cagiona un'ingiustificata disparità di trattamento con il detenuto comune o di alta sicurezza?

Si tratta, insomma, di una sorta di *test* al quale la stessa Corte si è sottoposta nel decidere per l'illegittimità della norma che vietava ai detenuti 41-*bis* la cottura dei cibi (Corte cost. 186/2018).

6. Esecutivo o giudiziario?

In questa piccola scala di principi, costruita a partire dalla giurisdizione di legittimità per arrivare a quella costituzionale, occorre ora salire il gradino della giurisdizione sovranazionale. Nel farlo, è inutile negare, si tocca anche il cuore del problema del regime differenziato.

⁹ Corte cost., 17 giugno 2013 (dep. 20 giugno 2013), n. 143. In argomento, proprio con riferimento al tema del bilanciamento, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2013, e M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in www.giurcost.org, 2013.

Tra le tante sentenze della Corte Edu che hanno interessato il 41-*bis*, si vuole qui brevemente accennare a quella emessa nella vicenda Provenzano¹⁰, pure oggetto di un contributo monografico di questo volume.

Come noto la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del regime di cui all'art. 41-*bis* emesso nei confronti di Bernardo Provenzano pochi mesi prima della sua morte. A questo decreto, infatti, viene contestata la del tutto insufficiente valutazione individualizzante del deterioramento delle funzioni cognitive del detenuto al fine di addivenire alla prognosi sulla necessità della proroga del regime stesso.

Si tratta di una pronuncia che non mette in discussione la legittimità convenzionale del regime speciale, ma che pone interrogativi cruciali, appunto riferibili al cuore del problema. Si tratta di domande che pertengono all'attribuzione all'esecutivo del potere di applicazione del regime preventivo, all'efficacia (anche temporale) del controllo giurisdizionale successivo e, in fondo, alla natura stessa del regime. Anche in questo caso, come è stato pregevolmente osservato (fornendo una risposta sul punto chiaramente negativa), si tratta di verificare se la Costituzione «tollera che a disporre il trattamento differenziato sia il Ministro o il DAP invece del giudice»¹¹.

Da qui dovrebbe partire, forse, un dibattito a tutto tondo sul futuro del regime speciale. Un dibattito del tutto laico, non caratterizzato da pregiudiziali ideologiche, ma animato dalla volontà di avvicinarsi sempre di più alla Costituzione.

Unico avviso ai naviganti: tenere a mente che, quando si parla di 41-*bis*, si parla anche di simboli. Occorre avere contezza di questa dimensione, se si vuole evitare di essere confinati, in maniera tanto ingannevole quanto banale, nella posizione di chi, in nome del garantismo, intende rinunciare ad 'armi' efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata. E occorre ricordare che democrazia e simboli spesso contrastano, poiché, come è stato pregevolmente scritto «l'area del simbolico pone al giurista – e soprattutto al costituzionalista – non poche preoccupazioni, in ragione dei suoi legami con l'emotivo e l'irrazionale»¹².

¹⁰ Corte Edu, Sez. I, 25 settembre 2018, *Provenzano c. Italia*, ric. n. 55080/13.

¹¹ D. GALLIANI, *Costituzione e “trattamenti” penitenziaria differenziati*, in www.questionegiustizia.it, 7 novembre 2018. Lo stesso problema, più in generale, è stato affrontato da A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela di diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016.

¹² A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena. Opg, carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, 2013, 195.