

A Strasburgo c'è un Giudice anche per i capimafia: con Provenzano non cade ma scricchiola il 41-bis

di *Marina Silvia Mori**

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, PRIMA SEZIONE, *PROVENZANO C. ITALIA*, RIC. N. 55080/13, 25 OTTOBRE 2018

ABSTRACT: A seguito della sentenza *Provenzano c. Italia*, l'Autore esamina le doglianze presentate alla Corte europea e le problematiche specifiche evidenziate dalla pronuncia di Strasburgo, in particolare in materia di tutela giurisdizionale dei decreti applicativi del regime penitenziario differenziato

In Strasbourg there is a Judge also for the Mafia Bosses: the prison regime provided for in section 41-bis of the Prison Administration Act doesn't capitulate with Provenzano, but it's giving in

ABSTRACT: *Following the Court's Judgment "Provenzano vs. Italia", the Author reviews the Alleged Violations of the Convention submitted to the European Court of Human Rights, as well as specific Issues shown from Strasbourg's Ruling, especially with regard to Judicial Protection of Minister of Justice decrees about the prison regime provided for in section 41-bis of the Prison Administration Act.*

SOMMARIO: 1. La vicenda all'esame della Corte – 2. Le eccezioni preliminari del Governo sul mancato esaurimento dei rimedi interni. – 3. L'incompatibilità del regime restrittivo con le condizioni di salute del ricorrente. – 4. La ripetuta applicazione dei decreti di rinnovo del regime differenziato. – 5. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-bis OP. – 6. Gli elementi di novità della sentenza Provenzano: la motivazione dei decreti di rinnovo e la loro impugnazione.

1. La vicenda all'esame della Corte

Con il prevedibile sdegno di parte dell'opinione pubblica, la Corte europea pronunciava il 25 ottobre 2018 la sentenza che chiudeva una vicenda molto nota, riguardante uno dei più conosciuti capi della criminalità organizzata in Italia, deceduto nel 2016.

Il ricorso era stato presentato dai familiari di Bernardo Provenzano (del quale il figlio, già tutore del Provenzano a seguito delle condanne irrogate, era stato successivamente nominato anche amministratore di sostegno) nel 2013, lamentando la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia sotto il profilo delle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia quanto al continuo rinnovo del

* Avvocato, componente dell'Osservatorio Europa dell'Unione delle Camere Penali.

regime differenziato *ex art. 41 bis OP*, nonostante il precario e ingravescente stato di salute dell’interessato. Al decesso del Provenzano, il figlio dichiarava la volontà che la trattazione del ricorso proseguisse¹.

Questa, in sintesi, la vicenda.

Provenzano era arrestato l’11 aprile 2006, dopo una latitanza quarantennale, per scontare numerose condanne già definitive per reati di criminalità organizzata. Il successivo 13 aprile il Ministero emetteva il decreto applicativo del regime differenziato ai sensi dell’art. 41 bis OP. La detenzione veniva scontata nelle strutture di Novara, Parma e Milano – Opera, con successivo ricovero definitivo presso un nosocomio milanese, fino al momento del decesso. Al momento della presentazione del ricorso alla Corte europea, erano pendenti ulteriori procedimenti penali a carico del Provenzano. Già nel 2012 il GUP di Palermo aveva disposto una perizia per la valutazione della capacità di stare in giudizio dell’imputato, la cui conclusione aveva portato alla sospensione del processo a suo carico nel marzo 2013².

La sentenza ripercorre con certissima attenzione la vicenda clinica del detenuto, affetto da encefalopatia vascolare, epatite C, morbo di Parkinson e ipertensione arteriosa, descrivendone il progressivo decadimento delle funzioni cognitive e l’intervento sempre più massiccio di interventi a supporto delle sue primarie funzioni vitali (cateterizzazione, nutrizione e idratazione artificiale eccetera). Vengono riportate anche le ripetute cadute nella cella, i ricoveri d’urgenza per crisi

¹ È significativa la notevole opposizione formulata nelle difese del Governo italiano alla prosecuzione della trattazione del ricorso dopo il decesso del Provenzano. In particolare, il Governo sosteneva che il figlio del ricorrente non potesse rivestire la qualifica di vittima indiretta, in quanto la violazione dell’art. 3 della Convenzione non lo avrebbe direttamente riguardato e si verterebbe in una ipotesi di diritto intrasferibile, e che - inoltre - la volontà di proseguire nella trattazione non sarebbe stata adeguatamente motivata da parte del Signor Angelo Provenzano (sentenza, par. 94). La Corte in primo luogo rimarcava la differenza tra i casi in cui il ricorso sia introdotto dopo il decesso da parte degli eredi e quando, invece, la morte sia intervenuta dopo la presentazione del ricorso (*Ergezen c. Turchia*, 8.4.2014, ric. n. 73359/10, par. 28; *Fairfield c. Regno Unito* (dec.) 8.3.2005, ric. n. 24790/04; *Biç e altri c. Turchia*, 2.2.2006, ric. n. 55955/00, par. 20). La sentenza segnalava inoltre come, per giurisprudenza consolidata della Corte, la valutazione della qualifica di “vittima indiretta” riguarda solo i casi in cui il ricorso venga introdotto dopo il decesso del soggetto che abbia patito direttamente la violazione (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania* [GC], 17.7.2014, ric. n. 47848/08, parr. 97-100). Infine, nel rigettare l’eccezione del Governo, evidenziando come il ricorso fosse stato presentato nell’interesse di Bernardo Provenzano quando il figlio Angelo già ne era tutore, la Corte ricordava il principio per cui per la dimensione “morale” dei diritti dell’uomo le persone prossime ad un ricorrente deceduto possano avere un interesse a che venga dichiarata la sussistenza della violazione, anche a prescindere da qualunque interesse materiale: “*The Court reiterates that it is not only material interests which the successor of a deceased applicant may pursue by his or her wish to maintain the application. Human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, and persons near to an applicant may thus have a legitimate interest in ensuring that justice is done, even after the applicant’s death*” (par. 96).

² Il provvedimento di sospensione riguardava il notissimo processo “*Trattativa*”.

ipertensiva, per la rimozione di un ematoma subdurale, per infezioni batteriche. Se già nel 2012 il detenuto appariva disorientato, nel 2013 l’Ospedale di Parma ne certificava il serio decadimento cognitivo, con eloquio limitato a poche incomprensibili sillabe.

La Corte dà conto dell’assistenza medica e infermieristica fornita continuativamente al detenuto nel corso degli anni, nonché degli interventi interni alla struttura penitenziaria di Parma per consentirvi la permanenza del Provenzano dopo la dimissione ospedaliera. Si riportano però anche due denunce presentate dai familiari del Provenzano: nella prima si lamentava la carenza di assistenza in occasione di una caduta avvenuta nel 2012, e nella seconda si censuravano le condizioni igieniche scadenti in cui il detenuto, non più autonomo, era costretto a vivere: condizioni desumibili dagli indumenti del medesimo consegnati dalla struttura penitenziaria ai familiari. Non sono noti gli esiti delle predette denunce.

Nel corso della detenzione del Provenzano a Parma e a Milano, i difensori attivavano varie procedure per chiedere il differimento dell’esecuzione della pena per ragioni sanitarie, ai sensi degli articoli 146 e 147 c.p., delle cui decisioni si dà rapidamente conto:

- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 3 maggio 2013: rigetto perché le condizioni del detenuto non erano deteriorate al punto da non rispondere ai trattamenti; sotto il profilo dell’art. 147 c.p. il Tribunale segnalava la possibilità di accedere a ricoveri anche per periodi considerevoli in strutture esterne al carcere, ricordando la seria pericolosità del detenuto e il rischio di commissione di nuovi reati;
- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 27 agosto 2013: decisione sovrapponibile a quella precedente. Il Tribunale precisava che, nonostante il deficit cognitivo comprovato, non fosse da escludere la possibilità del detenuto di comunicare con l’esterno, con il rischio di reiterazione di reati. Il provvedimento veniva impugnato in Cassazione e la Suprema Corte rigettava il ricorso il 4 aprile 2014;
- Tribunale di Sorveglianza di Milano, 3 ottobre 2014: decisione assunta dopo lo svolgimento di perizia. Secondo il Tribunale, il ricovero presso una struttura sanitaria altamente specializzata consentiva di trattare al meglio il Provenzano, ancor di più in quanto collocato nell’apposita sezione riservata ai detenuti di massima sicurezza. La Cassazione rigettava il ricorso dei difensori il 9 giugno 2015;
- Tribunale di Sorveglianza di Bologna, 11 novembre 2014, sovrapponibile al provvedimento milanese;
- Magistrato di Sorveglianza di Milano, 11 luglio 2016, rigetto della misura provvisoria di differimento della esecuzione.

Nel marzo 2013 i difensori sollecitavano ai Tribunali di Sorveglianza di Bologna e Roma e al Ministero della giustizia la revoca del regime differenziato, in considerazione dell’intervenuto decadimento cognitivo del detenuto. La Direzione

Distrettuale Antimafia di Caltanissetta esprimeva parere favorevole alla revoca, anche considerata la sospensione del processo nei confronti del Provenzano disposta dal GUP di Palermo. Il 27 agosto 2013 il Tribunale di Sorveglianza di Roma dichiarava inammissibile l’istanza, ritenendo riservata al Ministero qualunque eventuale decisione sulla revoca del regime penitenziario. La nuova istanza al Ministero del novembre 2013 veniva nuovamente rigettata.

Il provvedimento di rinnovo del regime differenziato del 26 marzo 2014, come di consueto nei decreti applicativi del 41 bis, affermava la capacità del detenuto di mantenere contatti con la criminalità organizzata, ne considerava la caratura all’interno dell’organizzazione mafiosa, riportava nel dettaglio le condanne già comminate al Provenzano, indicava la perdurante latitanza di altri appartenenti all’organizzazione criminale come un indice di vitalità della cosca, precisava che il regime differenziato costituirebbe una misura di prevenzione e non un aggravamento della pena, che non spetterebbe al Ministero comminare³.

Le Direzioni Distrettuali Antimafia di Caltanissetta, Firenze e Palermo avevano espresso parere contrario al rinnovo del regime, in considerazione dello stato di salute del Provenzano, sebbene la DDA di Palermo ne segnalasse comunque la

³ La frase normalmente contenuta nei decreti è la seguente: “*Tale regime differenziato costituisce una misura di prevenzione atta ad impedire i suddetti pregiudizi e non va intesa, né confusa, con le funzioni di aggravamento della pena o di esatta commisurazione o configurazione della stessa, che esulano dalle attribuzioni conferite dalla Costituzione al Potere Esecutivo e, più in particolare, al Ministro della Giustizia*”. Senza alcuna pretesa di completezza in questa sede, alcune considerazioni devono essere svolte in ordine a questa auto-qualificazione del regime differenziato fornita dal Ministero, a modo di *excusatio non petita*. La Corte europea dei diritti dell’uomo (che pure, come si preciserà *infra*, ha sempre ritenuto il regime differenziato compatibile con la Convenzione, sebbene ne abbia per alcuni aspetti censurato alcune previsioni) ha fortemente stigmatizzato il caso in cui la pena prevedibilmente applicabile al momento della commissione del fatto-reato venga successivamente modificata in modo significativo, ritenendo che non si versi più nella categoria delle “modalità di esecuzione della pena”, riservate alla competenza statale, ma in una effettiva rideterminazione della pena, in relazione alla quale sarebbe invocabile la violazione dell’art. 7 della Convenzione (*Del Río Prada c. Spagna*, [GC], 21.10.2013, ric. n. 42750/09, par. 109), argomentazione che è stata recentemente ripresa anche a seguito dell’inserimento nell’art. 4 bis c. 1 OP dei reati contro la Pubblica Amministrazione: si veda V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.* 2/2019, 114-115. Pare ben difficile ascrivere alle sole modalità di esecuzione i divieti rigorosissimi imposti dal regime differenziato, per cui un primo problema di possibile violazione della norma convenzionale si potrebbe porre in relazione a chi stia scontando pene detentive in detto regime per reati commessi prima dell’introduzione dell’art. 41 bis OP. Sotto un ulteriore profilo, si consideri che la Corte di Cassazione ha ripetutamente rimarcato che lo Stato italiano non ha rispettato il principio di buona fede internazionale quando, nel corso di una procedura estradizionale, le Autorità interne non avevano segnalato allo Stato richiesto che l’estradando avrebbe potuto essere sottoposto al regime differenziato, così di fatto confermando l’impossibilità di inserire detto regime tra le mere modalità di esecuzione della pena di rigorosa competenza interna (Cass. pen. Sez. I, 18.4.2018 (ud. 27.2.2018), n. 17460 e Cass. Pen. Sez. V, 4.7.2019 (ud. 5.2.2019, n. 29386).

persistente pericolosità. La DNA, invece, sosteneva che si vertesse solo in un caso di deterioramento non quantificabile delle capacità cognitive e non di un totale annichilimento delle medesime, tanto che il detenuto avrebbe potuto comunicare ordini all'esterno, in caso di revoca del regime differenziato. Il Tribunale di Sorveglianza di Roma rigettava il reclamo dei difensori, pur dando atto del serio declino cognitivo, evidenziando come, sulla base della documentazione clinica disponibile, non ci fosse la certezza assoluta che il detenuto non potesse comunicare con l'esterno, veicolando messaggi alla organizzazione criminosa di appartenenza attraverso i familiari. Seguivano le consuete considerazioni sulla latitanza perdurante di altri appartenenti all'associazione mafiosa, sulla rete di contatti che avevano consentito al Provenzano di protrarre la latitanza per decenni, consentendogli di proseguire la gestione della associazione stessa.

Il 23 marzo 2016 veniva notificato l'ulteriore rinnovo del regime differenziato per altri due anni. Il testo del provvedimento ricalcava quello del biennio precedente, salvo alcuni elementi: mentre le DDA di Caltanissetta e Firenze confermavano il proprio parere negativo alla sospensione delle ordinarie regole di trattamento (Caltanissetta per il deterioramento cognitivo del ricorrente, Firenze perché non risultavano indagini in corso che riguardassero il Provenzano), la Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo questa volta (in contrasto con il parere di due anni prima) riteneva assolutamente necessario prevenire ed interrompere le perduranti e pericolose relazioni del ricorrente con il mondo esterno e con altri detenuti, che gli avrebbero consentito di proseguire la gestione delle attività illecite che aveva diretto per anni. Per il resto la DDA di Palermo si rifaceva al provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Roma di rigetto del reclamo relativo al rinnovo del 2014, specificando che il regime differenziato non interferiva sul trattamento delle varie patologie del ricorrente. La difesa del ricorrente impugnava il decreto di rinnovo, ma il Provenzano decedeva prima della fissazione dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza di Roma.

2. Le eccezioni preliminari del Governo sul mancato esaurimento dei rimedi interni

Nella ricostruzione del diritto interno rilevante, la sentenza della Corte europea, con merito, non si limita alla citazione della normativa vigente, ma evidenzia i limiti del ricorso in Cassazione in materia di reclami sul regime differenziato, riportando i principi espressi nelle sentenze della Suprema Corte⁴. Inoltre, viene citato il “*Rapporto sul Regime Detentivo Speciale – Indagine conoscitiva sul 41 bis*” pubblicato nell'aprile 2016 dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, nel quale si raccomandava espressamente una istruttoria più approfondita da parte degli uffici preposti al rinnovo dei decreti

⁴ In particolare, Cass. pen. Sez. I 22.1.2014 n. 2984, *Trombetta*, e la nota Cass. pen. Sez. I 18.3.2016 (ud.19.2.2016), n. 11620, *Oppedisano*.

di regime differenziato, in particolare al fine di evitarne l’applicazione a detenuti incapaci di intendere e volere.

Superata la questione preliminare relativa alla persistenza di interesse e di titolarità del figlio del ricorrente dopo il decesso del Provenzano, della quale si è dato conto⁵, il Governo eccepiva il mancato esaurimento dei ricorsi interni da parte del ricorrente sotto due diversi profili.

In primo luogo la difesa governativa sosteneva, in relazione al decreto emesso nel 2014, che il Provenzano non avesse utilizzato tutti gli strumenti dell’ordinamento interno per porre rimedio alla violazione, in particolare *a)* non avendo sempre impugnato in Cassazione i provvedimenti di rigetto dei differimenti ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. e *b)* non avendo esperito il rimedio di cui al D.L. 146/2013 interessando il Magistrato di Sorveglianza. La Corte rigettava l’eccezione ribadendo la propria giurisprudenza consolidata⁶, secondo la quale, in presenza di più rimedi interni idonei alla riparazione di una violazione, non è onere del ricorrente percorrerli necessariamente tutti, e ritenendo conseguentemente integrati i requisiti di cui all’art. 35 par. 1 della Convenzione.

In secondo luogo, il Governo eccepiva la mancanza del ricorso in Cassazione avverso l’ordinanza del Tribunale di Roma del 5 dicembre 2014. Il provvedimento della Corte, su questa specifica questione, è di notevole interesse. Argomentando sulla distribuzione dell’onere della prova tra le parti, e rammentando che il rimedio non esperito deve essere caratterizzato da accessibilità ed adeguatezza, per comportare un onere di esperimento per il ricorrente⁷, la Corte riteneva che il Governo avesse omesso di specificare perché il ricorso per Cassazione potesse essere un rimedio adeguato alle doglianze del Provenzano. Questo, in particolare, considerati i rigorosissimi limiti imposti dalla Cassazione al concetto di “violazione di legge”, unico parametro funzionale al ricorso avverso il rigetto del reclamo, limiti identificabili nella carenza assoluta di motivazione o in vizi tali da rendere il provvedimento incomprensibile.

3. L’incompatibilità del regime restrittivo con le condizioni di salute del ricorrente

Quanto alla prima delle due doglianze per violazione dell’art. 3 della Convenzione, la Corte conclude all’unanimità per la non violazione. Sull’adeguatezza delle cure mediche, la sentenza ricorda che la valutazione deve essere svolta caso per caso (una visita medica con prescrizione di terapia potrebbe non essere sufficiente), con

⁵ Si veda *supra*, nota 1.

⁶ *Micallef c. Malta*, [GC], 15.10.2009, ric. n. 17056/06, par. 58; *Nada c. Svizzera*, [GC], 12.9.2012, ric. n. 10593/08, par. 142; *Göthlin c. Svezia*, 16.10.2014, ric. n. 8307/11, par. 45; *O’Keeffe c. Irlanda*, [GC], 28.1.2014, ric. n. 35810/09, parr. 109-111.

⁷ Giurisprudenza ampiamente consolidata: *Sejdovic c. Italia*, [GC], 1.3.2006, ric. n. 56581/00, par. 46; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, [GC], 17.9.2009, ric. n. 10249/03, par. 71, oltre alle ulteriori sentenze citate al par. 109 della sentenza.

piena flessibilità⁸, e ribadisce che in relazione ai possibili maltrattamenti deve essere fornita la prova oltre ogni ragionevole dubbio, anche se possono essere sufficienti indizi gravi, precisi e concordanti e la sussistenza di fatti specifici incontestati per integrare la violazione⁹. La Corte ritiene, in sintesi, che il ricorrente risultasse monitorato costantemente e di non avere sufficiente prova del fatto che il personale medico o infermieristico fosse stato negligente. La sentenza esprime però preoccupazione per il fatto che il letto del detenuto non fosse stato dotato di sbarre per evitare cadute immediatamente dopo l’episodio del 2012, e nonostante il medico ne avesse verbalizzato la necessità nel dicembre dello stesso anno, sebbene l’episodio non raggiunga, a giudizio della Corte, la gravità che consente di ritenere integrata la violazione dell’art. 3. La conclusione è che la Corte non ritiene che le modalità di detenzione fossero di per sé incompatibili con le gravi condizioni di salute e l’età avanzata del Provenzano, o che la salute del ricorrente non fosse stata adeguatamente tutelata.

4. La ripetuta applicazione dei decreti di rinnovo del regime differenziato

Quanto al rinnovo del regime differenziato del marzo 2014, la Corte esclude la sussistenza della violazione convenzionale, sulla base dei seguenti motivi. Esclusa l’incompatibilità convenzionale del regime di 41 bis, anche se protratto per lunghi periodi, la Corte dubita che nel caso concreto le ragioni poste alla base del decreto fossero effettivamente sufficienti a giustificare il rinnovo della misura, considerato il rilevante decadimento cognitivo del ricorrente. In questo senso la Corte differenzia il caso concreto da quello di un detenuto che patisca di problemi fisici anche gravi, che però non interferiscono con la sfera cognitiva del medesimo: al contrario, la documentazione clinica di Provenzano suggeriva seri dubbi sulla capacità di quest’ultimo di mantenere contatti significativi e costruttivi con l’organizzazione criminale. Nella sentenza si esprime preoccupazione per il fatto che il decreto di rinnovo del 2014 non contenesse particolari considerazioni sul decadimento cognitivo del ricorrente, e la Corte rammenta che l’imposizione di restrizioni aggiuntive al normale regime penitenziario da parte di autorità non giurisdizionali a propria discrezione, senza una effettiva valutazione individualizzata, lede la dignità del detenuto e costituisce una violazione dell’art. 3. La violazione in relazione al rinnovo del 2014, però, viene esclusa perché la Corte ritiene che il Tribunale di Sorveglianza di Roma, esaminando compiutamente la documentazione clinica e disponendo una propria perizia, avesse svolto un accertamento autonomo, tale da portare alla conclusione che non potesse essere

⁸ *Hummatov c. Azerbaijan*, 29.11.2001, ric. n. 9852/03, par. 116; *Khudobin c. Russia*, 26.10.2006, ric. n. 59696/00, par. 83; *Blokhin c. Russia* [GC], 23.3.2016, ric. n. 47152/06, par. 37; *Aleksanyan c. Russia*, 22.12.2008, ric. n. 46468/06, par. 140.

⁹ *Enea c. Italia*, [GC] 17.9.2009, ric. n. 74912/01, par. 55: si veda *infra* per ulteriori riferimenti alla medesima pronuncia.

esclusa con certezza la capacità del detenuto di far pervenire comunicazioni all'esterno penalmente rilevanti.

Ben diversa è la valutazione della Corte sul decreto di rinnovo del 2016.

La situazione del detenuto era ulteriormente peggiorata, come desumibile dalla documentazione clinica. La Corte ritiene, quindi, che vista la gravità della situazione, non solo la motivazione del rinnovo dovesse essere particolarmente dettagliata e approfondita, ma anche che le condizioni del Provenzano dovessero essere debitamente tenute in considerazione. Invece, nel decreto di rinnovo il Ministro non svolgeva alcuna valutazione esplicita ed autonoma dello stato cognitivo del detenuto, tanto da rendere impossibile per la Corte apprezzare in che modo fosse stata tenuta in considerazione la situazione clinica del Provenzano.

5. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di 41-bis OP

Al di là degli strepiti di certa stampa e delle dichiarazioni ben poco corrispondenti al contenuto della sentenza rese da esponenti pubblici, la pronuncia Provenzano non scalfisce né in generale il regime differenziato né la legalità convenzionale del medesimo su specifici aspetti trattamentali, legalità ad oggi confermata con il riferimento alla giurisprudenza sul punto, ampiamente citata anche dal Governo nelle proprie difese. A conferma, se ce ne fosse bisogno, che la peculiarità della criminalità organizzata italiana è ben nota alla Corte europea.

Prima di esaminare gli aspetti di significativa originalità della sentenza Provenzano, ci si permette un breve *excursus* sullo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di 41 bis OP.

A parte pronunce che hanno riguardato specifici episodi, in particolare i drammatici eventi del carcere di Pianosa¹⁰, le sentenze della Corte hanno nel tempo contribuito a limare alcune delle maggiori asperità del regime differenziato.

Come è noto, fin dalle sentenze *Calogero Diana*¹¹ e *Domenichini*¹² la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva rilevato le significative criticità in materia di art. 8, quanto al controllo della corrispondenza dei ricorrenti sottoposti a regime differenziato, per la mancanza di base legale per consentire l'interferenza (possibile durata del provvedimento di controllo e motivazioni sottese alla emissione del medesimo) e l'assenza di un rimedio giurisdizionale accessibile: del resto, la Corte

¹⁰ Ci si riferisce alle sentenze *Labita c. Italia*, 6.4.2000, ric. n. 26772/85, e *Indelicato c. Italia*, 18.10.2001, ric. n. 31143/96. In entrambi i casi la Corte riconobbe solo la violazione procedurale dell'art. 3, ma merita un cenno il Rapporto di Amnesty International del 1992, riportato in entrambe le sentenze, secondo il quale circa cinquanta detenuti del carcere di Pianosa avevano lamentato di avere subito gravi maltrattamenti precisando nel dettaglio le pratiche deteriori alle quali erano stati sottoposti, sebbene solo i due ricorrenti avessero voluto rivelare il proprio nome: sentenza *Indelicato, cit.*, par. 19. Anche il Magistrato di Sorveglianza di Livorno stilò un rigoroso rapporto sulle violazioni patite dai detenuti (*Indelicato, cit.*, par. 20; *Labita, cit.*, par. 43).

¹¹ *Calogero Diana c. Italia*, 21.10.1996, ric. n. 15211/89.

¹² *Domenichini c. Italia*, 15.11.1996, ric. n. 15943/90.

di Cassazione all’epoca affermava che “*le contrôle de la correspondance d’un détenu constitue un acte de nature administrative; elle a aussi affirmé que le droit italien ne prévoit pas de voies de recours à cet égard, le visa de censure ne pouvant notamment pas faire l’objet d’un pourvoi en cassation, car il ne concerne pas la liberté personnelle du détenu*”¹³. Le ulteriori condanne per violazione dell’art. 8¹⁴ (e in molti casi anche dell’art. 13) evidenziavano un problema strutturale di tutela, al quale finalmente il legislatore poneva rimedio con la modifica delle norme dell’Ordinamento Penitenziario contenuta nella legge n. 95 dell’8.4.2004.

Un secondo aspetto oggetto di molteplici pronunce, anch’esso sintomatico di una problematica per lungo tempo generalizzata, riguarda la violazione dell’art. 6 CEDU inteso come diritto di accesso a un tribunale.

Dalla sentenza *Ganci*¹⁵ si cominciava ad evidenziare la criticità dei tempi di trattazione dei reclami avverso i decreti applicativi del regime differenziato da parte dei Tribunali di Sorveglianza e della Corte di Cassazione. Nel caso del ricorrente, che aveva impugnato otto dei nove decreti ministeriali, si giungeva in quattro casi a pronunce nelle quali veniva dichiarata la carenza di interesse del reclamante, poiché nel frattempo era intervenuto un nuovo decreto di rinnovo. La Corte, che riteneva la doglianza qualificabile sotto il profilo civile dell’art. 6 della Convenzione¹⁶, precisava : “*Par ailleurs, si la loi applicable prévoit un délai de*

¹³ *Calogero Diana, cit.*, par. 21. Il riferimento nella pronuncia della Corte EDU è alle sentenze di Cassazione penale n. 3141 del 14.2.1990 e n. 4687 del 4.2.1992

¹⁴ *Messina (n. 2) c. Italia*, 28.9.2000, ric. n. 25498/94; *Rinzivillo c. Italia*, 21.12.2000, ric. n. 31543/96; *Di Giovine c. Italia*, 26.7.2001, ric. n. 39920/98; *Messina (n. 3) c. Italia*, 24.10.2002, ric. n. 33993/96; *Madonia c. Italia*, 6.7.2004, ric. n. 55927/00; *Ospina Vargas c. Italia*, 14.10.2004, ric. n. 40750/98; *Musumeci c. Italia*, 6.6.2005, ric. n. 33695/96; *Leo Zappia c. Italia*, 29.9.2005, ric. n. 77744/01; *Argenti c. Italia*, 10.11.2005, ric. n. 56317/00; *Manuele Salvatore c. Italia*, 6.12.2005, ric. n. 42286/98; *Viola c. Italia*, 29.6.2006, ric. n. 8316/02; *Campisi c. Italia*, 11.7.2006, ric. n. 24358/02; *Bastone c. Italia*, 11.7.2006, ric. n. 59638/00; *Asciutto c. Italia*, 27.11.2007, ric. n. 35795/02; *Papalia c. Italia*, 4.12.2007, ric. n. 60395/00; *Bagarella c. Italia*, 15.1.2008, ric. n. 15625/04; *Di Giacomo c. Italia*, 24.1.2008, ric. n. 25522/03; *Cavallo c. Italia*, 4.3.2008, ric. n. 9786/03; *Guidi c. Italia*, 27.3.2008, ric. n. 28320/02; *De Pace c. Italia*, 17.7.2008, ric. n. 22728/03; *Zara c. Italia*, 20.1.2009, ric. n. 24424/03; *Annunziata c. Italia*, 7.7.2009, ric. n. 24423/03; *Salvatore Piacenti c. Italia*, 7.7.2009, ric. n. 24425/03; *Stolder c. Italia*, 1.12.2009, ric. n. 24418/03.

¹⁵ *Ganci c. Italia*, 30.10.2003, ric. n. 41576/98.

¹⁶ “*La Cour partage l’opinion du Gouvernement selon laquelle le volet pénal de l’article 6 ne saurait s’appliquer en l’espèce : en effet, les procédures litigieuses ne concernaient pas le bien-fondé d’une accusation pénale portée contre le requérant. En revanche, la Cour se doit de contrôler si le volet civil de l’article 6 s’applique en l’espèce, car il était question d’une contestation sure [des] droits et obligations de caractère civil ». (...) Or la Cour constate que, lors de l’examen des réclamations introduites contre les arrêtés n^{os} 2 et 8 (...), les juridictions saisies firent en partie droit aux demandes du requérant. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n^o26 de 1999 (...), s’est prononcée sur la nécessité d’assurer une protection judiciaire contre les restrictions subies par les détenus. (...) la Cour note que certaines au moins des limitations sérieuses établies par les arrêtés du ministre de la Justice au regard du requérant – comme celles visant ses contacts avec sa*

*décision de dix jours seulement, c'est, de l'avis de la Cour, en raison, d'une part, de la gravité de l'impact du régime spécial sur les droits du détenu et, d'autre part, de la validité limitée dans le temps de la décision attaquée*¹⁷. Proprio a seguito della pronuncia *Ganci*, e della riforma introdotta con legge 279/2002, che stabilizzava il regime differenziato nell'Ordinamento Penitenziario, la Cassazione interveniva modificando la propria giurisprudenza precedente e ritenendo che un detenuto abbia comunque interesse ad ottenere una decisione, anche se il periodo di validità del decreto impugnato sia scaduto, in considerazione degli effetti diretti della decisione sui decreti successivi al decreto impugnato¹⁸.

A parte i due aspetti evidenziati, la Corte europea non ha mai individuato violazioni convenzionali nell'esistenza *in se* del regime differenziato e, anche quando interpellata per specifiche situazioni dei ricorrenti, che lamentavano l'applicazione di un trattamento inumano e degradante nei propri confronti per ragioni connesse al proprio stato di salute (su tutti, il *leading case Enea c. Italia*¹⁹) o la prosecuzione del regime differenziato per una durata talmente protratta da configurare, nell'ipotesi del ricorrente, una violazione dell'art. 3²⁰, ha sempre respinto le doglianze, ritenendo non superata quella soglia di gravità richiesta per la violazione sostanziale del predetto articolo. Anche le ulteriori doglianze, specificamente relative ai contatti con i familiari, alle perquisizioni o alla trattazione dei processi in videoconferenza sono sempre state respinte, in quanto misure ritenute dalla Corte proporzionate alla finalità di sicurezza perseguita con il regime differenziato. Quando le modalità di applicazione del regime detentivo sono apparse, dalla ricostruzione del fatto offerto dal ricorrente, particolarmente vessatorie, le procedure davanti alla Corte europea si sono però scontrate con problematiche connesse al mancato esaurimento dei ricorsi interni, che ne hanno impedito la trattazione²¹.

famille et celles ayant une retombée patrimoniale – relèvent assurément des droits de la personne et, partant, revêtent un caractère civil. 26. Par conséquent, la Cour constate que l'article 6 est applicable au cas d'espèce.”, *Ganci, cit.*, par. 22-26.

¹⁷ *Ganci, cit.*, par. 31. Il principio era ripreso in altre sentenze di condanna, tra le quali *Bifulco c. Italia*, 8.2.2005, ric. n. 60915/00. La frase contenuta nella sentenza *Ganci* e il richiamo alla necessità di una verifica giurisdizionale in tempi rapidi in considerazione della significatività dell'impatto del regime differenziato dovrebbero essere un monito importante per il Tribunale di Sorveglianza di Roma, pur dopo l'ulteriore prolungamento dell'efficacia dei decreti, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 94/2009 (si veda *infra*, par. 6).

¹⁸ Cass. Pen. Sez. I, 5.2.2004 (ud. 26.1.2004), n. 4599, *Zara*.

¹⁹ *Enea c. Italia, cit.*

²⁰ *Gallico c. Italia*, 28.6.2005, ric. n. 53723/00.

²¹ Cfr. *Riina c. Italia*, 19.3.2013, ric. n. 43575/09: con una prima decisione, la Corte aveva aggiornato la trattazione della sola doglianza relativa alla videosorveglianza continua della cella del ricorrente, che con successiva pronuncia dell'11.3.2014 veniva dichiarata irricevibile per mancato esaurimento dei ricorsi interni.

6. Gli elementi di novità della sentenza Provenzano: la motivazione dei decreti di rinnovo e la loro impugnazione

La sentenza Provenzano, sebbene non affronti la questione della legalità convenzionale del regime differenziato, che viene data per scontata, offre per la prima volta argomenti di riflessione sotto due profili.

Il primo riguarda l’adeguatezza del ricorso in Cassazione avverso il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Roma. La Corte europea evidenzia come i parametri interpretativi della Cassazione abbiano di fatto privato il rimedio di qualunque efficacia, salvo si versi in ipotesi deteriori (e ovviamente residuali) di assenza totale di motivazione o di motivazione pressoché incomprensibile. Tra le poche eccezioni alle valutazioni della Corte, a giudizio di chi scrive, vi era la sentenza *Farinella*²², nella quale la Suprema Corte, annullando l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Roma, aveva evidenziato la necessità di valorizzare l’individualizzazione della risposta giurisdizionale in rapporto a mutazioni della personalità o a situazione soggettive particolari.

La Corte europea è giudice del caso concreto, e non si spinge a dichiarare *in generale* inadeguato il rimedio, ma evidenzia una mancanza di argomentazione da parte del Governo sulla efficacia del rimedio non esperito (e l’onere della prova, come noto, è a carico dello Stato, vertendosi in tema di esaurimento dei ricorsi interni). E ci si chiede, del resto, come avrebbe potuto argomentare il Governo, considerato che, sulla base dei parametri interpretativi consolidati almeno all’epoca, il ricorso non avrebbe avuto alcuna possibilità di essere accolto.

Dalle affermazioni della Corte, però, poteva essere ricavato un principio secondo il quale, quando un ricorrente non lamenti *genericamente* la sottoposizione al regime differenziato come violazione dell’art. 3 (violazione che la Corte non ritiene sussistente quanto all’applicazione delle norme restrittive, come si è detto), ma abbia argomenti *specifici riferibili al proprio caso concreto*, quali, appunto, problematiche di salute di carattere psichico, possa ricorrere alla Corte europea senza prima adire la Cassazione. Considerato anche che i tempi di fissazione delle udienze del Tribunale di Sorveglianza di Roma stanno raggiungendo nuovamente la soglia di allarme, già in passato superata (salvo si voglia, come già avvenuto, dilatare ulteriormente i tempi di efficacia dei decreti di rinnovo, rimedio casereccio per impedire nuove condanne dello Stato italiano) e, pur con la drammatica gestione delle tempistiche di trattazione dei ricorsi da parte della Corte europea, si poteva ipotizzare una “scorciatoia” da tenere in considerazione²³.

²² Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 19.4.2016 (ud. 27.1.2016), n. 16019.

²³ Si consideri, in relazione alla possibilità di presentare contemporaneamente ricorso in Cassazione e alla Corte europea che, anche recentemente, sulla scorta di vari precedenti, la Corte EDU ha escluso che la presentazione del ricorso a Strasburgo prima della decisione della Corte di Cassazione (che comunque deve intervenire prima della dichiarazione di ricevibilità da parte della Corte EDU) comporti violazione del principio di esaurimento dei ricorsi interni: *Knox c. Italia*, 24.1.2019, par. 110-111, “*La Cour rappelle que l’épuisement des voies de recours internes s’apprécie, sauf exceptions, à la date d’introduction de la*

Altre considerazioni, sebbene molto in salita, avrebbero potuto essere svolte sulla mancanza di un effettivo rimedio avverso la pronuncia interna, con ulteriori valutazioni quanto alla tenuta convenzionale del sistema²⁴.

Successivamente alla sentenza Provenzano, però, si è formata una giurisprudenza conseguente alla pronuncia 99/2019 della Corte Costituzionale che, sebbene non relativa alla verifica giurisdizionale dei decreti di regime differenziato, potrebbe consentire, per specifiche ipotesi, di ritenere sussistenti le caratteristiche di adeguatezza richieste dalla Corte europea affinché il rimedio interno debba essere obbligatoriamente esperito. La Corte di Cassazione, infatti, in materia di istanze di differimento pena o di detenzione domiciliare, ha precisato che la sottoposizione al regime differenziato non costituisce impedimento alla applicabilità della detenzione domiciliare “in deroga”: ci si riferisce, in particolare, alla sentenza *Fabi*²⁵ e alla sentenza *Pennestri*²⁶. Già in precedenza la Cassazione aveva mostrato

requête devant la Cour (...) Toutefois, elle rappelle aussi qu'elle tolère que le dernier échelon des recours internes soit atteint peu après le dépôt de la requête, mais avant qu'elle ne soit appelée à se prononcer sur la recevabilité de celle-ci”.

²⁴ Nella giurisprudenza della Corte la garanzia del doppio grado di giurisdizione riguarda unicamente la materia penale ed è riservata a chi sia riconosciuto colpevole in un giudizio di merito, motivo per cui, allo stato, l'argomento non sarebbe spendibile in tema di ricorsi sul regime differenziato, salvo, con estremo azzardo, portare alle estreme conseguenze l'interpretazione desumibile da *Del Río Prada*, cit. *supra*, nota 3. Del resto, come detto, proprio le ripetutamente citate sentenze *Enea* e *Ganci*, in tema di ricevibilità, inquadrano le possibili violazioni sotto il *volet civil* dell'art. 6 della Convenzione, “in quanto il contenzioso penitenziario non riguarda in linea di principio la fondatezza di una ‘accusa in materia penale’” (*Enea*, cit., par. 97, e si veda *supra*, la nota 16 per la sentenza *Ganci*).

²⁵ Cass. Pen. Sez. I, 5.7.2019 (ud. 7.5.2019), n. 29488, di cui si riporta uno stralcio di particolare interesse:

“...il necessario bilanciamento dei valori coinvolti, in assenza di un complessivo intervento del legislatore, deve attuarsi - sempre secondo i contenuti della decisione del giudice delle leggi - mediante il ricorso allo strumento della detenzione domiciliare di cui all'art. 47ter co.1 ter (cd. detenzione domiciliare umanitaria o in deroga), e tale disposizione va ritenuta applicabile - in tal modo ampliandosi il ventaglio delle alternative decisorie possibili - anche alle ipotesi di infermità psichica di gravità e consistenza tale da determinare, in caso di protrazione della detenzione inframuraria, quel 'supplemento di pena' contrario al senso di umanità testè evocato. In tale quadro, peraltro, si evidenzia che la misura in questione può essere 'modellata' dal giudice sì da salvaguardare tanto il fondamentale diritto alla salute della persona sottoposta ad esecuzione penale che le esigenze di difesa della collettività, così come la allocazione del portatore della patologia psichica non è da individuarsi necessariamente con il «domicilio» ma con il luogo 'più adeguato' a contemperare le diverse esigenze coinvolte (ad es. un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza), con valutazione caso per caso ed apprezzamento concreto, tanto della gravità della patologia che del livello di pericolosità sociale della persona di cui si discute. 4. Tornando al caso oggetto di scrutinio, va pertanto rilevato che la condizione patologica, per come riportata nella stessa decisione impugnata, sofferta dal *Fabi* appare certamente di tipo psichico e di obiettiva consistenza e gravità. Gli orizzonti decisionali del giudice di merito, pertanto, vanno indubbiamente arricchiti dalla nuova opzione sin qui illustrata, la cui eventuale applicazione - per come sinora detto - passa attraverso la verifica in concreto della gravità della patologia e della idoneità dell'eventuale allocazione esterna, aspetti da

particolare attenzione alla carenza motivazionale sul punto (sentenza *Coniglio*²⁷ e sentenza *Latella*²⁸). La questione non è esattamente sovrapponibile, come precisato, alla impugnazione del decreto applicativo del regime differenziato, che come noto consente solo il ricorso per violazione di legge, ma certamente le recenti pronunce offrirebbero al Governo un importante appiglio difensivo per eccepire il mancato esaurimento dei ricorsi interni, ove l'interessato presentasse ricorso direttamente a Strasburgo avverso l'ordinanza di rigetto del Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Il secondo aspetto, più rilevante a giudizio di chi scrive, e vero punto di frizione tra il regime differenziato e i diritti fondamentali, riguarda la natura e gli effetti dei decreti di rinnovo. Che la fonte di limitazioni così rilevanti e afflittive sia ministeriale e non giurisdizionale è argomento di enorme portata, non adatto alla trattazione in un breve articolo, ma se ne tenta comunque un cenno. La verifica giurisdizionale, solo in caso di reclamo, interviene ormai oltre un anno dopo la comunicazione del decreto di rinnovo, per la cronica carenza strutturale che affligge il Tribunale di Sorveglianza di Roma: la conseguenza è che per tutto il periodo che precede la pronuncia del Tribunale le importanti sospensioni alle ordinarie regole di trattamento, disposte in via amministrativa, restano prive di verifica da parte di un giudice. Ancora più grave se si ritiene che la carenza motivazionale del decreto trovi poi una sua “integrazione” solo nella pronuncia successiva del Tribunale, affermazione che deve portare alla conclusione che, allora, il decreto da solo non sia strumento idoneo alla decurtazione di diritti fondamentali.

La condanna comminata dalla Corte riguarda, infatti, la carenza motivazionale del decreto di rinnovo, che comunque ha esplicitato i propri effetti dal momento dell'emissione fino al decesso del ricorrente, avvenuto – come detto – prima della celebrazione dell'udienza del Tribunale di Sorveglianza²⁹. Questa “zona grigia”

apprezzarsi in sede di merito. Va in ogni caso precisato che alla valutazione di applicabilità della detenzione domiciliare 'in deroga' non può ritenersi di ostacolo né l'entità del residuo pena, né il titolo del reato in esecuzione (...) né la attuale sottoposizione del ricorrente al regime differenziato di cui all'art. 41 bis ord. pen. Circa tale ultimo aspetto, va ricordato che la stessa Corte Costituzionale nella decisione num. 390 del 10 luglio 2002 ha affermato che l'esistenza del decreto ministeriale di sottoposizione al regime differenziato non può - in alcun modo - inibire l'adozione dei provvedimenti ritenuti necessari per la tutela del diritto alla salute da parte della competente autorità giurisdizionale, il che riporta al momento giurisdizionale la valutazione della concedibilità o meno del provvedimento di detenzione domiciliare 'in deroga, esclusivamente in rapporto alle condizioni di fatto ed alla necessità di salvaguardare, nelle forme ritenute più adeguate / il diritto alla salute del soggetto sottoposto ad esecuzione.”

²⁶ Cass. Pen. Sez. I, 12.7.2019 (ud. 28.5.2019) n. 30720.

²⁷ Cass. Pen. Sez. I, 19.12.2018 (ud. 16.11.2018) n. 57543.

²⁸ Cass. Pen. Sez. I, 31.5.2018 (ud. 1.2.2018) n. 24709.

²⁹ Vale la pena di riportare integralmente il paragrafo della sentenza sul punto: “*The Court reiterates that the very essence of the Convention is respect for human dignity, and that the*

pre-giurisdizionale risulta totalmente priva di tutela e, per le lungaggini nella fissazione delle udienze, destinata a protrarsi ulteriormente, senza che siano ipotizzabili accelerazioni della verifica giurisdizionale o autonomi rimedi avverso decreti di contenuto stereotipato, che spesso si limitano all’elenco delle condanne (spesso molto risalenti) riportate dall’interessato, al riferimento a procedimenti in corso nei confronti di terzi, ad inferire la vitalità dell’organizzazione criminosa di appartenenza da episodi avvenuti anche a notevole distanza dalla zona di provenienza dell’interessato. Il ragionamento della Corte nelle sentenze che avevano riconosciuto la violazione dell’art. 6 CEDU, del resto, è perfettamente sovrapponibile alla situazione attuale: “*il semplice superamento di un termine legale non costituisce una violazione del diritto garantito. Tuttavia, il tempo necessario per l’esame di un ricorso può minarne l’efficacia*”³⁰.

La conseguenza è che potrebbe essere utilmente coltivata una questione riguardante la mancanza di effettività del rimedio giurisdizionale interno, che interviene solo dopo un lasso di tempo inadeguato, considerati gli effetti che il decreto applicativo ha sull’interessato e la cui qualifica di “vittima” non potrebbe essere messa in discussione, e la questione potrebbe essere fondata sulla stessa giurisprudenza che in passato ha sanzionato l’Italia per la tardività delle decisioni, alla quale si è fatto cenno *supra*.

Uno spunto ulteriore, che allo stato non trova appiglio nella giurisprudenza della Corte, ma che potrebbe, in futuro, trovare spazio, riguarda la possibilità di inquadrare il regime differenziato non più tra le modalità di esecuzione della pena, ma come la comminazione di una vera pena di specie diversa rispetto a quella prevista dal codice penale, se la stessa Corte europea in passato ha fatto riferimento a “*la gravité de l’impact du régime spécial sur les droits du détenu*”³¹.

Per concludere, non c’è, quindi, nella sentenza Provenzano una presa di posizione della Corte europea sul regime differenziato *in sé*, quanto piuttosto una evidenziazione di punti critici che riguardano le modalità di applicazione del regime stesso dal momento della sua inflizione ministeriale (fino all’eventuale valutazione giurisdizionale) e la effettività di una impugnazione di legittimità sempre più dubbia, salvo una evoluzione recente che dovrà essere attentamente monitorata. Punti critici che offrono notevoli spunti difensivi e che non devono essere sottovalutati.

object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...). In this connection, the Court considers that subjecting an individual to a set of additional restrictions (...), which are imposed by the prison authorities at their discretion, without providing sufficient and relevant reasons based on an individualised assessment of necessity, would undermine his human dignity and entail an infringement of the right set out in Article 3.”

³⁰ *Enea, cit.*, par. 82.

³¹ *Enea, cit.* par. 83.