

Introduzione

di Massimo Ruaro*

La presente sezione si articola in tredici contributi, aventi per oggetto le singole restrizioni che connotano il regime *ex art. 41-bis*. Essi, nel fornire una panoramica aggiornata del grado di “durezza” di tale regime, in fin dei conti setacciano i fondali della disciplina e della prassi penitenziaria alla ricerca di quel “residuo prezioso” di libertà personale nel quale può riespandersi la personalità individuale del detenuto, come ha insegnato la Corte costituzionale in una delle prime pronunce (sent. 349 del 1993) attinenti all’istituto di cui si sta trattando, e come più di recente ha ribadito (sent. n. 186 del 2018).

In particolare, oggetto di analisi è la ben nota circolare DAP n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, intitolata «*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41 bis O.P.*», con cui l’amministrazione penitenziaria centrale ha inteso fornire alle direzioni degli istituti interessati una sorta di “testo unico” delle prassi da impiegare nelle sezioni detentive in cui si esegue il regime differenziato.

Volendo fornire una sintetica guida alla lettura dei contributi della presente sezione, è opportuno riservare qualche spunto di riflessione di carattere generale circa l’attuale regolamentazione del regime speciale. Vanno, in particolar modo, messe in luce alcune questioni di fondo inerenti alla citata circolare, che riguardano la sua posizione nel sistema delle fonti e la sua complessiva ispirazione.

1. Si può incominciare a mettere in evidenza che, a quasi trent’anni dalla sua introduzione, e a poco più di dieci dalla sua ultima sostanziale ristrutturazione, la parte dell’art. 41 *bis* OP dedicata al “carcere duro” (commi 2 - 2 *septies*) inizia oggettivamente a mostrare i segni del tempo. Sul piano definitorio, ad esempio, la sospensione «in tutto o in parte» dell’applicazione delle ordinarie regole di trattamento, originariamente giustificata dall’intenzione di creare un parallelismo con le situazioni di emergenza previste dal comma 1, non risulta più allineata né con l’attuale configurazione, ormai standardizzata, delle restrizioni, né con la progressiva trasformazione dell’istituto da strumento *emergenziale* - che ben poteva giustificare una «sospensione» del trattamento penitenziario ordinario - a strumento (soltanto) *speciale*. Da questo punto di vista, non è causale che la circolare del 2017, per esigenze di omogeneizzazione, inquadri gli istituti in cui viene applicato il regime all’interno di un «*circuito detentivo*», che, nella scala crescente di sicurezza (custodia attenuata – media sicurezza – A.S.) va ovviamente a collocarsi su un gradino ancora più elevato. Attualmente, quindi, il 41-*bis* è propriamente un «regime speciale di detenzione» (comma 2-*quater*) organizzato come circuito penitenziario. Lo si può anche definire, in modo atecnico (v. *infra*, le considerazioni critiche di CARLO FIORIO e la dottrina richiamata dall’Autore), una «misura di prevenzione», come si legge nella *Premessa* della circolare e nei decreti ministeriali applicativi, ma soltanto a patto che non si azzardino paragoni con le

altre misure di prevenzione personali “non giurisdizionali” (artt. 2 e 3 cod. antimafia), rispetto alle quali il 41-*bis* è incommensurabilmente più afflittivo, né con le misure di prevenzione patrimoniali (art. 16 ss. cod. antimafia), che pur comprimendo un bene costituzionalmente meno “prezioso” rispetto a quelli, a vario titolo, intaccati dalla sottoposizione al regime (diritto alla salute, diritto all’affettività, diritto di difesa: v. *infra*, i contributi di LUCILLA AMERIO, MARCO NESTOLA e MONICA MOSCHIONI), sono affidate, già in prima battuta, alla competenza di un organo giurisdizionale.

Anche la lettura del catalogo di restrizioni contenute nel comma 2-*quater* non restituisce un quadro aggiornato e coerente della disciplina: non solo perché l’elenco ha “perso per strada”, per mano della Corte costituzionale, le limitazioni ai colloqui difensivi (sent. 143 del 2013) e il divieto di cuocere cibi (sent. 186 del 2018, sulla quale v. *supra* il contributo di GIAN PAOLO DOLSO), ma anche per via delle incongruenze che si sono venute a creare a seguito della riforma “Bonafede” del 2018.

Pur non potendo, come noto, intaccare la disposizione in esame (v. l’*incipit* dell’art. 1 comma 85 legge 23 giugno 2017 n. 103), il decreto legislativo n. 123 del 2018 ha modificato gli artt. 10 e 11 ord. penit., richiamati, rispettivamente, dai commi 2-*quater* lett. *f*) e lett. *b*) dell’art. 41-*bis*. In entrambi i casi si può cogliere un difetto di coordinamento: la disciplina delle autorizzazioni in tema di ricovero esterno e di colloqui è oggi contenuta nel comma 4, e non più nel comma 2 dell’art. 11, e, con riferimento alla permanenza all’aria aperta (su cui vedi *infra* i contributi di LUISA DIEZ e VALENTINA CHIECO), il rinvio al limite di fruizione contenuto nel primo comma dell’art. 10, se letto senza considerare la successione nel tempo delle norme *ad quem*, potrebbe portare a considerare non temeraria la richiesta di fruizione di *quattro ore* di aria al giorno.

Ovviamente, è facile obiettare che una simile lettura è ostacolata dalla menzionata “clausola di sbarramento”: anche se non è certamente questa la sede per approfondire la questione, andrebbe attentamente valutato l’impatto sul regime speciale delle disposizioni della “riforma Bonafede”, che, pur non toccando espressamente l’art. 41-*bis* ord. penit., hanno introdotto regole di carattere generale, che possono interessare *anche* i detenuti cui è applicato il regime differenziato. A nessuno verrebbe mai in mente di sostenere, ad esempio, che il provvedimento che pone un soggetto indagato 41-*bis* in isolamento giudiziario non debba indicare «la durata e le ragioni», come prevede il novellato art. 33 ord. penit.; ma non si vede per quale motivo analoga conclusione non debba valere, ad esempio, in tema di diritto al colloquio con «*i garanti* dei diritti dei detenuti» (v. *infra* in contributo di FEDERICA DALLABONA), o, sempre per restare sulle modifiche all’art. 18 ord. penit., in relazione alla soglia di età dei minori per i quali bisogna prestare «particolare cura» nella regolamentazione dei colloqui: essa risulta oggi essere più alta (*quattordici anni*) rispetto a quella (dodici anni) che, in

base alla circolare del 2017 (art. 16.1 comma 6), consente la fruizione del colloquio senza vetro divisorio.

2. Se si mette a confronto la normativa penitenziaria comune con quella dedicata al regime differenziato, si percepisce chiaramente una diversa distribuzione della disciplina all’interno della c.d. “piramide delle fonti”. Per essere più chiari, nonostante l’art. 41-*bis* OP si caratterizzi per la presenza di “norme in bianco” (comma 2-*quater* lett. *a* e *f*), che ben si presterebbero ad una specificazione ad opera di una fonte infralegislativa di carattere generale e astratto, il regolamento di esecuzione contiene *una sola* norma che ha attinenza diretta con il regime speciale (art. 14 co. 2° d.p.r. 230/2000, in tema di limitazione alla ricezione, acquisto e possesso di oggetti e di generi alimentari).

La definizione delle modalità esecutive è quindi lasciata in misura minore al decreto ministeriale applicativo del regime, e, per tutti gli aspetti di dettaglio, alla menzionata circolare; la quale – è appena il caso di ribadirlo – dal punto di vista teorico è sovraordinata soltanto rispetto al regolamento interno dell’istituto (art. 16 comma 1 OP e art. 36 co. 1° e 4° reg. esec.). Probabilmente, alla base del disinteresse del regolamento di esecuzione nei confronti del regime speciale si pongono ragioni storiche contingenti: il nuovo regolamento è stato infatti approvato in un periodo nel quale la disciplina del 41 *bis* era ancora provvisoria e i contenuti del regime non ancora definiti *ex lege* (la stabilizzazione del regime e l’elencazione delle restrizioni sono, come noto, riconducibili alla legge n. 279/2002), il che rendeva molto complicato qualsiasi tipo di “intermediazione” ad opera della fonte regolamentare.

Sta di fatto, però, che attualmente, a poco più di due anni dalla sua emanazione, la circolare dipartimentale è ormai percepita dagli operatori, dalla comunità scientifica (e dagli stessi detenuti nei confronti dei quali viene applicata) come la fonte *principale* della disciplina del regime differenziato, quasi come una sorta di ideale prolungamento della disposizione di rango legislativo. Ciò non deve affatto stupire: accanto a previsioni eccessivamente dettagliate, come quelle sul numero di pennelli e cartoncini che il detenuto può tenere in sala pittura (art. 11.5: v. *amplius* il contributo di SERENA CASAGRANDE), rispetto alle quali appare particolarmente calzante la definizione coniata dalla dottrina anglosassone di *chickenshit rules*¹, nella circolare trovano spazio disposizioni che non sfigurerebbero per nulla all’interno del regolamento di esecuzione (se non addirittura nel corpo dell’art. 41-*bis* ord. penit.), come il già menzionato art. 16.1 comma 6, che estende all’intera durata del colloquio la possibilità di un contatto diretto del detenuto con figli e

* Professore a contratto dell’Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr. gli autori citati da F. DELLA CASA, *Una foto “oversize” nella cella del detenuto? Se latita il buon senso, può supplire il reclamo ex art. 35-bis ord. penit.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 273, nota 1.

nipoti in linea retta minori di anni dodici (v. *amplius* il contributo di MARCO NESTOLA).

Del resto, non si può mettere in dubbio che l'importanza della circolare prescinda dalla sua collocazione sul piano della gerarchia delle fonti. Anzitutto, non va sottovalutato il fatto che il suo ambito applicativo si estenda a tutti gli aspetti della detenzione ricollegabili alla sottoposizione al regime speciale, anche se, com'è naturale, nel provvedimento l'attenzione è integralmente rivolta ai profili attinenti alla sicurezza e alla disciplina. Emblematicamente, l'*unica* disposizione dedicata al trattamento – l'art. 35 – contiene un errore, poiché vengono richiamati gli artt. 27 ss. dell'ordinamento penitenziario, anziché gli omologhi del regolamento di esecuzione; si prevede, inoltre, che il colloquio con gli operatori trattamentali possa avvenire *su richiesta* del detenuto, mentre la regola vuole che gli educatori debbano, per così dire, “d'ufficio”, ascoltare periodicamente i detenuti sottoposti ad osservazione della personalità. Sarà forse una sottigliezza, ma va ricordato che, a seguito della recente pronuncia n. 253 della Corte costituzionale, persino l'istanza di permesso premio avanzata da un detenuto sottoposto al regime speciale, se presentata nei termini di legge, non potrà più essere dichiarata *inammissibile* dal magistrato di sorveglianza per assenza del requisito della collaborazione, come avveniva fino ad oggi, per cui, pur apparendo (quasi) scontato il rigetto, sarà comunque necessario che l'autorità giudiziaria abbia a disposizione i risultati dell'osservazione personologica.

La natura omnicomprensiva della circolare si desume anche dal fatto che essa prevede l'abrogazione espressa delle precedenti direttive non espressamente richiamate (art. 37), riguardanti specifici profili del regime: documenti di cui gli studiosi del diritto penitenziario, fino ad oggi, spesso venivano a conoscenza soltanto attraverso la lettura dei provvedimenti giudiziari aventi ad oggetto la loro eventuale disapplicazione, e di cui potevano venire materialmente in possesso soltanto tramite canali non ufficiali. Potrà sembrare anche una considerazione banale, ma poter disporre *on line* di una circolare che consenta di avere “sott'occhio” l'intera prassi applicativa del regime speciale sarebbe stato impensabile anche solo dieci anni fa.

3. Restano, naturalmente, talune sfumature negative che può cogliere soltanto l'osservatore più attento. Senza voler anticipare le conclusioni critiche cui pervengono i contributi di questa sezione (a cominciare dalla puntuale ricostruzione di CARLO FIORIO), si può iniziare con il segnalare qualche inattesa caduta di stile. In particolare, la circolare rispolvera per l'occasione quella stessa anacronistica terminologia carceraria che soltanto sei mesi prima (circ. DAP 31 marzo 2017, n. 012426) ² l'amministrazione penitenziaria aveva opportunamente deciso di mettere in soffitta. Fanno nuovamente ingresso in scena i «lavoranti» (v.

² La si può leggere in questa *Rivista*, ed. 3 maggio 2017.

artt. 6 comma 2, 9 comma 1 e 11 comma 4) e, nonostante tutti gli sforzi di rinnovazione culturale, la «stanza» o «camera» del detenuto (v. ad esempio, artt. 3, 6 comma 1) torna ben presto ad essere una «cella» (v. la rubrica dell’art. 5 e gli artt. 6 comma 3, 9 comma 5 e 25.2 comma 2); ferma restando la fondata obiezione secondo cui, in fin dei conti, nessuno avrebbe il coraggio di definire «camera di pernottamento» un locale in cui si è costretti a restare per almeno ventuno ore al giorno.

Sempre procedendo ad una panoramica di carattere generale, si può osservare che, nel tracciare il perimetro applicativo della circolare, l’amministrazione ha peccato sia per difetto che per eccesso: per un verso, cioè, essa *non tratta* di argomenti per i quali sarebbe auspicabile una maggiore trasparenza dell’operato dell’amministrazione, e, per l’altro, si interessa di materie esorbitanti dal raggio di competenza del potere esecutivo, rispetto alle quali, peraltro, la Costituzione esige una disciplina di rango primario.

Su primo versante, ad esempio, non ci si poteva ragionevolmente aspettare che la circolare disciplinasse presupposti e conseguenze della collocazione del detenuto 41 bis nella c.d. *area riservata* (v. *amplius* il contributo di SERENA CASAGRANDE), ma è indubitabile che, glissando completamente sull’argomento, vengano almeno parzialmente sconfessati quegli gli intenti di razionalizzazione ed omogeneizzazione del trattamento così apertamente sbandierati nella sua *Premessa*. Sempre a proposito delle esigenze di regolamentazione omogenea del regime a prescindere dall’ubicazione geografica del detenuto, “a pensar male” si potrebbe ipotizzare che l’emanazione della circolare rappresenti il primo tassello di un disegno finalizzato all’omogeneizzazione anche *giurisdizionale* del regime, attraverso l’accentramento della competenza in tema di reclami *ex art 35-bis* presso l’Ufficio di Sorveglianza di Roma, come già accade dal 2009 per i reclami avverso il provvedimento applicativo. D’altronde, a testimonianza del fatto che “spesso ci si indovina”, una simile proposta è stata di recente avanzata in relazione alle istanze di permesso premio avanzate da condannati per un delitto *ex art. 4-bis* comma 1 OP a seguito della sentenza costituzionale n. 253 del 2019³.

Sul secondo versante, per fare un esempio di indebita intrusione della circolare in una materia coperta da riserva di legge, si possono richiamare le disposizioni che consentono il trattenimento amministrativo in via d’urgenza della stampa (art. 7.2 comma 3) e della corrispondenza (art. 18.1) ricevute dal detenuto: nell’art. 18-ter OP – peraltro, recentemente riformato proprio in relazione alla ripartizione delle competenze dell’autorità giudiziaria per il “visto di censura” – non vi è alcuna traccia dell’attribuzione di un potere cautelare alla direzione, per cui si deve concludere che la circolare scavalca, in un sol colpo, la riserva di legge e quella di giurisdizione previste dall’art. 15 Cost.

³ Cfr. D. ALIPRANDI, 4 bis, *audizione in Antimafia dopo la sentenza della Consulta*, in *Il dubbio*, 13 dicembre 2019.

4. Per completare il discorso, può essere utile trarre un primo e generalissimo bilancio sui primi due anni di applicazione della circolare. Come ovvio, su di essa si sono concentrati e si concentreranno i reclami giurisdizionali dei detenuti (v. *infra*, in contributo di MONICA MOSCHIONI): sia quelli – statisticamente minori – in cui si lamenta un pregiudizio grave e attuale causato dalla *non applicazione* della circolare da parte delle direzioni, sia, per converso, quelli in cui ci si duole della *corretta applicazione* della circolare, là dove essa comprime senza giustificati motivi i diritti riconosciuti dalla legge penitenziaria e dal rispettivo regolamento, e si chiede quindi la sua disapplicazione *in parte qua*. Per avere un quadro completo degli strumenti di tutela giurisdizionale, non bisogna però dimenticare il reclamo in materia disciplinare: infatti l’amministrazione centrale, per così dire, invita caldamente (v. artt. 4 comma 2, 11.6 comma 4, 13 comma 4) le direzioni a fare uso del potere disciplinare per sanzionare le condotte dei detenuti che ostacolano le finalità del regime (v. *infra*, in contributo di ROBERTO ZUNINO). Ovviamente, la condizione del detenuto 41-*bis* è tale per cui l’unica sanzione ritenuta realmente afflittiva è l’esclusione dalle attività in comune, specie quando sia – indebitamente - accompagnata dalla privazione delle trasmissioni televisive. Da questo punto di vista, la possibilità che il sindacato del magistrato di sorveglianza investito del reclamo avverso la sanzione si estenda anche al merito del provvedimento (art. 69 comma 6 lett. a OP) costituisce un ulteriore fattore di rafforzamento delle garanzie, come già riconosciuto in diverse occasioni anche dalla Suprema Corte⁴.

I contributi che seguono danno conto dei numerosi provvedimenti con cui la magistratura di sorveglianza, adita *ex art. 35-bis*, ha ritenuto di dover disapplicare la circolare. In un caso – quello relativo al divieto di cucinare, caduto con la sentenza costituzionale n. 186 del 2018, è stata la stessa amministrazione penitenziaria ad intervenire (circolare 18 ottobre 2018, n. 0327043U), al fine di «revisionare o integrare le disposizioni impartite con la circ. min. 3676/6126», individuando due fasce orarie destinate alla preparazione del vitto, ed integrando il “modello 72” con un elenco aggiuntivo di generi alimentari e di utensili per cucinare.

In un altro caso – quello dello spegnimento della tv nelle ore notturne – si è assistito ad un singolare caso di *revirement* ad opera della stessa amministrazione.

⁴ Cfr. Cass, Sez. V, 12 luglio 2018, n. 42625, in CED Cass., n. 274053; v. anche Cass., Sez. I, 23 maggio 2018, n. 43241, in CED Cass., n. 274334, in cui si afferma che «il richiamo alla “certezza legale privilegiata” del verbale dei rapporti disciplinari redatto dagli agenti di Polizia Penitenziaria è argomento *tranchant* dal quale, in sostanza, deriverebbe l’inutilità dell’intero procedimento disciplinare e anche del controllo – che in questo caso doveva essere anche di merito – del Magistrato di Sorveglianza prima, del Tribunale di Sorveglianza poi e, infine di questa Corte di Cassazione».

Ripercorrendo brevemente le tappe della vicenda, dopo che alcune ordinanze⁵ avevano ritenuto incongrua e ingiustificata la disposizione prevista dall’art. 14 comma 2 della circolare, l’amministrazione penitenziaria è corsa ai ripari (circolare 2 maggio 2019, n. 0137971, che ha peraltro abrogato l’articolo da ultimo menzionato), generalizzando ed estendendo a *tutta* la popolazione detenuta la “fascia di riposo notturno” di sette ore, allo scattare della quale la tv deve essere spenta *ex auctoritate* dalla polizia penitenziaria. Con il malcelato scopo di rendere giustificabile la restrizione anche nei confronti dei detenuti 41-*bis*, che sono collocati in cella singola, si è indicata come *ratio* non più la necessità di non disturbare il riposo altrui, ma quella di tutelare il benessere psicofisico del detenuto. L’inevitabile moto di protesta (non solo dei detenuti, ma anche di taluni direttori) nei confronti dell’amministrazione centrale ha portato infine ad un significativo ammorbidimento delle restrizioni alla fruizione della tv nelle ore notturne (circ. DAP 22 luglio 2019, n. 0229342.U, che ha demandato la regolamentazione degli orari di spegnimento alle singole direzioni, con una certa flessibilità).

La vicenda in esame dimostra ancora una volta che tra i detenuti in regime differenziato e l’amministrazione penitenziaria si gioca un’ideale partita a scacchi, in cui ad ogni mossa, sul piano della tutela giurisdizionale, da parte dei primi (con situazioni di vero e proprio “scacco matto” riconducibili alle due declaratorie di illegittimità costituzionale dell’art. 41-*bis*), corrisponde una contromossa – effettuata, spesso, su un diverso lato della scacchiera - da parte della seconda, tesa a riaffermare le finalità del regime.

⁵ Cfr. Trib. sorv. Roma 27 settembre 2018, in *questa Rivista*, 2018, f. 12, con osservazioni di LUCILLA AMERIO; Mag. sorv. Novara, ord. 1° giugno 2018, in *Cassazione Penale* 2018, 4344 con nota di F. PICOZZI.