

SPUNTI PER UNA RILETTURA DEL REGIME DETENTIVO SPECIALE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Angela Della Bella*

Title: Hints for a reinterpretation of the special detention regime in light of the principle of proportionality

Abstract

More than 30 years after the introduction of 41 bis, there is a need to thoroughly rethink its role and discipline. While convinced of the legitimacy of the purpose that this measure pursues and of its persistent usefulness, it is believed that a reinterpretation of the discipline in light of the principle of proportionality may provide important food for thought with a view to its refounding in the perspective of a reasonable balance between special prevention needs and the protection of fundamental rights.

Keywords: 41 bis; proportionality principle; balancing; organized crime; human rights.

A più di trent'anni dall'introduzione del 41 bis nell'ordinamento, si avverte l'esigenza di ripensarne a fondo ruolo e disciplina. Pur convinti della legittimità del fine che tale misura persegue e della sua persistente utilità, si ritiene che una rilettura della disciplina alla luce del principio di proporzionalità possa fornire importanti spunti di riflessione in vista di una sua rifondazione nella prospettiva di un ragionevole bilanciamento tra esigenze di prevenzione speciale e tutela dei diritti fondamentali.

Parole chiave: 41 bis; proporzionalità; bilanciamento; criminalità organizzata; diritti fondamentali.

* Università degli Studi di Milano

1. Regime detentivo speciale e principio di proporzionalità

La vicenda di Cospito, l'anarchico torinese che ha deciso di attuare uno sciopero della fame per protestare contro il regime detentivo speciale, ha risvegliato l'attenzione dell'opinione pubblica e della dottrina su tale istituto, sollecitando una riflessione sul ruolo che esso svolge nel nostro ordinamento a più di trenta anni dalla sua introduzione e sulla compatibilità della sua disciplina con i principi costituzionali e convenzionali a tutela dei diritti della persona.

Come ho già avuto modo di sostenere in passato¹, mi sembra che, quando si discute del regime detentivo speciale, occorrerebbe abbandonare la logica degli schieramenti, dell'essere 'contro' o 'a favore', e adottare piuttosto la logica del bilanciamento: una volta individuato come legittimo il fine che si intende perseguire, si tratta di ragionare sui limiti entro i quali, in uno Stato di diritto, possono essere compresi i diritti fondamentali della persona.

Ora, la legittimità del fine che il regime detentivo speciale persegue non è, a mio parere, in discussione. Come noto, tale misura è stata introdotta nell'ordinamento all'indomani delle stragi di Capaci e di via D'Amelio per rispondere ad un problema che anche quei drammatici eventi avevano messo in evidenza, ossia l'incapacità della pena detentiva, nella sua ordinaria modalità di esecuzione, di neutralizzare la pericolosità di detenuti che, in virtù dei legami con le associazioni criminali di appartenenza, continuavano dal carcere ad esercitare il loro ruolo di comando, impartendo ordini e direttive agli associati in libertà.

Il regime detentivo speciale, riducendo drasticamente le occasioni di contatto tra i detenuti e l'esterno e tra gli stessi detenuti, ha avuto dunque lo scopo di interrompere, o meglio ridurre, i collegamenti con le associazioni, così rendendo effettiva la funzione di neutralizzazione propria della pena detentiva. È questo certamente uno scopo legittimo, essendo la stessa Costituzione e, in modo ancora più esplicito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ad affermare la sussistenza a carico dello Stato dell'obbligo di adottare misure adeguate per la protezione della collettività dalle condotte dei soggetti di cui sia stata accertata la pericolosità².

Ciò premesso, l'estrema afflittività della misura, che discende tanto dalla severità delle restrizioni, quanto dalla durata della loro applicazione, porta ad interrogarsi sui limiti entro i quali possano essere compresi i diritti fondamentali della persona, la cui tutela costituisce

¹ Sia consentito il rinvio ad Angela Della Bella, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016.

² Per l'affermazione di questo principio nella giurisprudenza europea cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, *Maiorano c. Italia*, 15.12.2009, § 103-104.

un obbligo altrettanto inderogabile in uno Stato di diritto, anche quando si abbia a che fare con i più efferati criminali. Il problema è dunque quello di costruire una disciplina legislativa che rappresenti un ragionevole bilanciamento tra tali contrapposti interessi, entrambi degni di essere tutelati.

Secondo la chiave di lettura che intendo proporre in questo contributo, il principio alla luce del quale operare tale bilanciamento potrebbe essere quello di proporzionalità, ossia il principio al quale lo Stato deve ispirarsi allorché, con l'esercizio dei suoi poteri, interferisca nella sfera individuale dei cittadini: sulla base di tale principio, il legislatore è tenuto a bilanciare gli interessi in gioco, al fine di realizzare gli obiettivi che si propone con il minor sacrificio possibile dei diritti e delle libertà individuali³.

Secondo lo schema argomentativo elaborato nei giudizi di legittimità dalle corti costituzionali di molti ordinamenti, nonché nei giudizi delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, la rispondenza ai canoni della proporzionalità di una determinata misura limitativa di un diritto individuale si valuta attraverso un giudizio che si articola nelle tre fasi dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Con il controllo di idoneità si valuta se la misura predisposta è adeguata rispetto all'obiettivo che il legislatore persegue; con il giudizio di necessità, si verifica se lo stesso risultato non possa essere perseguito con misure meno afflittive; infine, con il controllo di proporzionalità in senso stretto, si effettua la vera e propria operazione di bilanciamento, valutando il rapporto tra i costi, ossia i sacrifici imposti a diritti e libertà individuali, e i benefici, ossia gli obiettivi perseguiti dal legislatore, e individuando la soluzione che meglio contempera gli interessi in gioco⁴.

A dimostrazione del ruolo del principio di proporzionalità anche nella determinazione delle scelte sanzionatorie e delle modalità di esecuzione delle pene detentive viene in considerazione la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del

³ Sul principio di proporzionalità, all'interno di una sterminata letteratura, si consiglia Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Nell'elaborazione dottrinale italiana Stefano Cognetti, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; Gino Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in "Rivista AIC", 2017, 3/2017. Con specifico riferimento all'esecuzione penitenziaria cfr. Giuseppe Melchiorre Napoli, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 6 febbraio 2015 e, di recente, le riflessioni di Antonia Menghini, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 458 ss.

⁴ Alla base del principio di proporzionalità vi è l'idea che all'interno delle Carte dei diritti sovranazionali o delle Costituzioni i diritti e gli altri interessi protetti non ricevono una tutela assoluta, ma che, potendo essere tra loro confliggenti, essi necessitano di un reciproco temperamento attraverso operazioni di bilanciamento. In questo senso cfr. Marta Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, 2013.

14 febbraio 2014 relativa al trattamento “dei delinquenti pericolosi ristretti nelle carceri dei suoi Stati membri”⁵: tale Raccomandazione chiaramente si ispira a principio in esame, come emerge laddove si afferma che le misure restrittive o privative della libertà personale *post-delictum* “sono da adottare solo qualora strettamente necessarie e nei limiti in cui risultino proporzionate al livello del rischio posto sulla società”.

Benché non sia espressamente menzionato nella Costituzione, è indubbio che il principio di proporzionalità vi trovi un implicito riconoscimento: postulando la preminenza dei diritti fondamentali rispetto alla ‘ragion di Stato’, esso rappresenta infatti una componente caratterizzante di ogni Stato di diritto⁶. In quanto espressione di un’essenziale esigenza di contenimento dei pubblici poteri, deve poi ritenersi che tale principio riguardi anche l’esercizio del potere punitivo, ponendosi dunque come criterio di legittimità costituzionale delle scelte legislative in questa materia⁷.

2. La ridefinizione dell’ambito di operatività alla luce del principio di proporzionalità

Nel ragionare sugli interventi che andrebbero ipotizzati per fare del regime detentivo speciale una misura realmente conforme al principio di proporzionalità, una prima riflessione riguarda l’ambito di operatività della misura, che dovrebbe essere circoscritto ai soli casi nei quali essa possa reputarsi effettivamente *idonea* rispetto allo scopo che si prefigge, ossia quello dell’interruzione dei collegamenti tra il detenuto e l’associazione criminale di appartenenza, e *necessaria*.

Come noto, l’applicazione del regime detentivo speciale è subordinata all’accertamento di due condizioni: la commissione di un reato-presupposto (ad oggi quelli elencati nel co. 1

⁵ Raccomandazione CM/REC 2014/3.

⁶ Quanto all’individuazione del fondamento costituzionale del principio esso si rinviene nell’art. 3 Cost.: in questo senso la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di affermare che “il principio di proporzionalità rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza” di cui all’art. 3 Cost. (cfr. Corte cost., sent. 220/1995). Il principio di proporzionalità trova invece una formulazione espressa a livello sovranazionale, sia nell’art. 52 co. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (laddove si afferma che possono essere apportate limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta “nel rispetto del principio di proporzionalità (...) solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”), sia in diverse disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che ammettono limitazioni a diritti in esse riconosciuti, qualora siano “necessarie in una società democratica”.

⁷ Per una recente e persuasiva dimostrazione della capacità del principio di proporzionalità di svolgere una funzione di controllo sulla legislazione penale cfr. Nicola Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

dell'art. 4 *bis* o.p.) e la pericolosità sociale, desunta dalla attualità dei collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza.

Con riferimento all'individuazione dei reati-presupposto, una prima riflessione riguarda l'opportunità di circoscrivere l'utilizzo del regime detentivo speciale ai soli casi in cui esso possa considerarsi coerente rispetto agli scopi di prevenzione che persegue. Sotto questo profilo, la proposta potrebbe esser quella di 'sganciare' l'area di operatività della misura dal riferimento all'art. 4 *bis* co. 1, che contiene un'elencazione di reati eterogenei, non tutti inerenti all'area della criminalità organizzata, per ancorarla a quelle sole figure criminose che rivelino l'appartenenza del detenuto ad organizzazioni caratterizzate, secondo l'*id quoad plerumque accidit*, dalla stabilità del vincolo associativo, da una struttura gerarchica e da una stabile rete di collegamenti sul territorio. Nell'ottica di una riduzione del campo di operatività della misura, la modifica dovrebbe andare nel senso di rendere il regime detentivo speciale utilizzabile esclusivamente per gli autori di reati di stampo mafioso e di stampo terroristicoversivo.

Si potrà obiettare che il problema è più teorico che reale, poiché, nella prassi, il regime detentivo speciale è utilizzato solo per le forme di criminalità che ora abbiamo enucleato⁸. In una prospettiva *de iure condendo*, riterrei in ogni caso opportuna tale modifica, in considerazione del carattere di 'eccezionalità' che dovrebbe connotare un regime che incide così profondamente sui diritti della persona.

Di più rilevante impatto per la prassi potrebbe essere invece l'intervento volto a garantire la rispondenza al principio di proporzionalità del secondo presupposto applicativo del regime detentivo speciale, ossia la prognosi di pericolosità del detenuto, discendente dalla sussistenza di legami con le associazioni criminali di appartenenza. Sotto questo profilo, si tratterebbe di restringere l'applicabilità del regime detentivo speciale ai soli casi in cui esso si palesi come strettamente necessario, ossia ai casi in cui, proprio a causa dei legami con le associazioni di appartenenza, il regime detentivo ordinario non sia in grado di contenere la spinta criminogena del detenuto.

In una prospettiva *de iure condendo*, per garantire che il regime detentivo speciale sia concepito realmente come *extrema ratio* e si applichi quindi solo laddove altre misure di 'contenimento carcerario' meno invasive si siano dimostrate inefficaci (si pensi, in primo luogo, alla

⁸ Secondo i più recenti dati statistici riportati nel *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario* del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, 23 marzo 2023, la quasi totalità delle persone detenute in regime speciale (736 su 740) sono state condannate o sono in corso di giudizio per reati connessi alla criminalità organizzata di tipo mafioso.

collocazione del detenuto nel circuito dell'alta sicurezza), si potrebbe introdurre tra i presupposti applicativi una previsione di tenore analogo a quello di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p., in base alla quale “la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate”. Una previsione di questo tipo – che prescrivesse cioè l'applicabilità del regime detentivo speciale solo quando la collocazione nel regime detentivo ordinario, eventualmente anche nel circuito dell'alta sicurezza, risultasse inadeguata ad interrompere i collegamenti tra il detenuto e l'associazione di appartenenza – potrebbe auspicabilmente comportare un uso più contenuto del regime speciale. Conseguentemente, anche in sede di sindacato giudiziale, gli organi competenti in sede di reclamo dovrebbero verificare che il 41 *bis* è stato applicato solo dopo la valutazione circa l'inadeguatezza di altre soluzioni alternative, meno impattanti sui diritti della persona⁹.

3. La ridefinizione del contenuto nell'ottica del ‘minor sacrificio possibile’: il rispetto dei requisiti di idoneità e di necessità delle restrizioni.

Un altro profilo su cui intervenire per trasformare il regime detentivo speciale in una misura coerente con il principio di proporzionalità riguarda il suo contenuto. Come noto, tale regime comporta l'applicazione di restrizioni estremamente afflittive, elencate nel co. 2 *quater* dell'art. 41 *bis*, che incidono da un lato sul rapporto del detenuto con l'esterno e dall'altro sul rapporto dello stesso con gli altri detenuti¹⁰. Nel valutare l'afflittività della misura occorre considerare anche che tali restrizioni vengono applicate per periodi di tempo molto lunghi: il decreto applicativo che, secondo quanto stabilito dal comma 2 *bis*, ha la durata di quattro anni, è

⁹ Può essere interessante osservare che uno dei motivi che la difesa di Cospito ha posto a base del ricorso in Cassazione contro l'applicazione del regime del 41 *bis* ha riguardato proprio il non aver adeguatamente dimostrato che la pericolosità del detenuto si sarebbe potuta neutralizzare tramite strumenti meno afflittivi ma comunque idonei allo scopo, quali ad esempio la collocazione nel circuito dell'alta sorveglianza, con sottoposizione a censura della corrispondenza. Nello stesso senso si è poi espressa la Procura generale presso la Cassazione che, proprio su questo punto, ha chiesto l'accoglimento del ricorso difensivo. Sul punto sia consentito il rinvio ad Angela Della Bella, *Il 41 bis 'oltre i pizzerini': riflessioni sulla sentenza della Cassazione nel caso Cospito*, in “Giustizia Insieme”, 12 aprile 2023.

¹⁰ Si tratta, come è a tutti noto, della riduzione nel numero dei colloqui, da svolgersi attraverso un vetro separatore; del controllo della corrispondenza; della limitazione nel numero dei pacchi da trasmettere all'esterno o da ricevere; dell'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti; della diminuzione delle ore d'aria e del numero di detenuti da frequentare.

infatti di regola prorogato plurime volte e non sono rari i casi di detenuti che rimangono in regime detentivo speciale per dieci o più anni (cfr. *infra* par. 4).

L'intensità e la durata di tale regime di rigore – che viene a caratterizzarsi nella sostanza come una forma di isolamento, quanto meno relativo – determinano una severa compressione dei diritti fondamentali della persona: vengono in considerazione, *in primis*, il diritto alla salute (soprattutto nella sua dimensione psichica), il diritto alle relazioni familiari, il diritto alla rieducazione, il diritto ad un trattamento rispettoso della dignità della persona. Come la Corte costituzionale ha chiarito sin dalle primissime sentenze in cui si è occupata del tema, il regime detentivo speciale può considerarsi legittimo nella misura in cui è limitato “a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee” a perseguire l’obiettivo della misura, ossia l’interruzione dei collegamenti tra il detenuto e l’associazione di appartenenza. Sul punto, la Corte ha osservato che laddove non fossero funzionali ad un tale obiettivo, le restrizioni acquisterebbero un significato diverso, «divenendo ingiustificate deroghe all’ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»¹¹. Questa prospettiva è del resto esplicitata nel co. 2 dell’art. 41 *bis*, ove si precisa che “la sospensione comporta le restrizioni *necessarie* per il soddisfacimento delle predette esigenze [di ordine e di sicurezza] e per impedire i collegamenti con l’associazione [criminale]”.

Coerentemente con queste premesse, la Corte costituzionale, laddove chiamata a pronunciarsi, ha sempre operato nel senso di ‘alleggerire’ il contenuto del regime detentivo speciale, dichiarando l’illegittimità costituzionale, tanto sotto il profilo dell’art. 3 Cost., quanto dell’art. 27 Cost., delle restrizioni ‘inutili’ e pertanto gratuitamente afflittive: così, ha dichiarato l’incostituzionalità della previsione che prevedeva limitazioni quantitative nei colloqui con i difensori¹²; del divieto di cuocere cibi¹³; del divieto di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità¹⁴.

Ai nostri fini risulta importante evidenziare - come messo in luce nel recente rapporto del Garante delle persone private della libertà personale¹⁵ - che l’afflittività del regime detentivo speciale deriva anche dalle restrizioni, ulteriori rispetto a quelle tipizzate nel co. 2 *quater* dell’art. 41 *bis*, che trovano la loro fonte in circolari ministeriali o in ordini di servizio dei

¹¹ Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376; nello stesso senso anche sent. 14 ottobre 1996, n. 351.

¹² Corte cost. 20 giugno, n. 143

¹³ Corte cost. 26 settembre 2018, n. 186

¹⁴ Corte cost. 22 maggio 2020, n. 97.

¹⁵ Cfr. *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, cit.

singoli istituti penitenziari¹⁶. Si tratta di prescrizioni e divieti che incidono sulla quotidianità della vita detentiva e che non sempre trovano giustificazione nel fine dell'interruzione dei collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza: si pensi, ad esempio, alla rigida e persino ossessiva regolamentazione contenuta nella Circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 in merito ai generi alimentari che possono o non possono essere acquistati 'al sopravvitto', piuttosto che del numero e della dimensione degli oggetti che possono essere detenuti all'interno della cella (dai libri, alla cancelleria, alle fotografie o alle stoviglie)¹⁷. Si tratta di restrizioni apparentemente poco significative, ma in realtà fortemente afflittive se considerate nel loro insieme, perché incidono sullo spazio vitale residuo di soggetti già fortemente limitati nell'esercizio dei loro diritti.

Ecco che allora, in una prospettiva *de iure condendo*, per adeguare la disciplina del regime detentivo speciale al principio di proporzionalità si dovrebbe subordinare espressamente la legittimità delle restrizioni atipiche introdotte in via amministrativa ad un criterio di funzionalità rispetto agli obiettivi di prevenzione, imponendo ad esempio all'Autorità amministrativa un serio onere motivazionale.

Ovviamente a ciò dovrebbe fare *pendant* l'espressa previsione di un sindacato giudiziale sulla verifica di tale funzionalità. Sul punto si ricorderà che l'art. 41 *bis*, nell'attuale formulazione, limita il sindacato giudiziale all'accertamento dei presupposti applicativi, essendo stato eliminato, con l'intervento normativo del 2009, il controllo del giudice sulla congruità del contenuto. Si ricorderà però anche che la giurisprudenza – sulla base di una lettura adeguatrice operata dalla Corte costituzionale¹⁸ – ha recuperato in via interpretativa tale tipo di controllo¹⁹. In una prospettiva *de iure condendo*, tuttavia, occorrerà reintrodurre espressamente nella legge la previsione secondo cui il controllo giurisdizionale si estende anche alla congruità del contenuto rispetto agli obiettivi di prevenzione.

3.1 Il requisito della proporzionalità in senso stretto

Per rendere il regime detentivo speciale rispondente al principio di proporzionalità, una volta

¹⁶ L'attribuzione del potere dell'Amministrazione penitenziaria di dettare tali ulteriori restrizioni si fonda sull'art. 41 *bis* co. 2 *quater* lett. a) ove si prevede che la sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al co. 2 comporta l'adozione di non meglio precisate "misure di elevata sicurezza interna ed esterna".

¹⁷ Cfr. Circolare Dap 2 ottobre 2017, 3676/6126, rubricata "Organizzazione del circuito detentivo previsto dall'articolo 41 *bis* o.p."

¹⁸ Corte cost. 28 maggio 2010, n. 190.

¹⁹ Cfr. Angela Della Bella, *Il 'carcere duro'*, cit., p. 147 ss.

selezionate le restrizioni idonee e necessarie rispetto agli obiettivi di prevenzione, rimane però ancora da verificare che sia rispettato il requisito della proporzionalità in senso stretto: tale requisito esprime l'esigenza che le limitazioni imposte siano il frutto di un bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco e che nessuno di essi venga completamente pretermesso²⁰. La necessità di tale vaglio emerge espressamente nella sentenza 143/2013 della Corte costituzionale, nella quale i giudici, interrogandosi sulla legittimità dei limiti ai colloqui tra il detenuto in 41 *bis* ed il difensore, hanno affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali del detenuto può essere compresso “a condizione che non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato”²¹.

Nell'attuale disciplina, il bilanciamento tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali della persona è in gran parte effettuato dal legislatore che, nel ‘tipizzare’ il contenuto della misura, ha adottato una prospettiva compromissoria, individuando per ogni prescrizione il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti.

Un discorso a parte, tuttavia, merita il tema delicatissimo delle attività trattamentali e rieducative, ove questo sforzo del legislatore è mancato. Su questo piano deve infatti osservarsi che l'art. 41 *bis* non detta prescrizioni, con il risultato che nella prassi la sottoposizione al regime detentivo speciale comporta la sostanziale assenza di qualsiasi attività: la detenzione in 41 *bis*, che è una detenzione di lunga o lunghissima durata, è un tempo completamente vuoto.

Tale esito si pone in contrasto tanto con il principio di umanità del trattamento, quanto con il principio della rieducazione, non potendosi porre in dubbio che lo Stato abbia il dovere di perseguire la finalità rieducativa anche nei confronti di tale tipologia di detenuti. Come la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare recentemente, ribadendo peraltro quanto già sostenuto in passato, “l'applicazione del regime differenziato non può precludere la partecipazione della persona reclusa alle varie attività di valenza risocializzante, le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare. L'applicazione dell'art. 41 bis non può dunque equivalere [...] a riconoscere una categoria di detenuti che “sfuggono, di fatto, a qualunque tentativo di

²⁰ Nel senso che “l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale”, cfr. Marta Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 11.

²¹ Corte cost. 17 giugno 2013, n. 143.

risocializzazione”²².

Una volta appurato che la Costituzione, secondo l’interpretazione che ne dà la Corte costituzionale, impone allo Stato di mantenere aperta l’offerta trattamentale anche nei confronti dei detenuti in 41 *bis*, diventa necessario interrogarsi sul contenuto di tale offerta. Certamente, fintantoché sia accertata la persistenza del legame associativo, l’offerta trattamentale non potrà assumere la forma ordinaria, che si traduce come noto in un insieme di interventi diretti al reinserimento sociale della persona, attraverso il lavoro e la ricostruzione dei legami familiari e sociali. Piuttosto si dovranno mantenere, ed anzi potenziare, quegli interventi trattamentali orientati alla rottura del vincolo associativo, si pensi *in primis* allo studio, alla lettura e, più generalmente, ad occasioni di crescita culturale all’interno dell’istituto penitenziario.

4. Proporzionalità e durata della sottoposizione al regime detentivo speciale

Come è evidente ‘il fattore tempo’ ha un peso estremamente rilevante nella valutazione del grado di afflittività di una misura restrittiva: il problema si pone con forza per il regime detentivo speciale poiché, nella prassi spesso applicato per periodi di tempo assai lunghi²³.

Il tema della durata della sottoposizione a regimi detentivi di rigore è oggetto di particolare attenzione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, secondo la quale “l’isolamento, anche se soltanto relativo, non può essere imposto a tempo indeterminato”, poiché, qualora prolungato nel tempo, esso è inevitabilmente destinato a produrre degli effetti del tutto paragonabili a quelli dell’isolamento assoluto, che è in quanto tale incompatibile con l’art. 3 Cedu²⁴. Conclusioni del tutto analoghe si rinvencono non solo nella produzione normativa del Consiglio d’Europa (si pensi agli *Standards* del Cpt, alle Regole penitenziarie europee o alle Raccomandazioni sul delinquente pericoloso, tutti concordi nel subordinare la ammissibilità dei regimi di rigore ad una loro applicazione contenuta anche nel tempo), ma anche nella normativa extra-europea (si pensi alle raccomandazioni del *Rapporteur* delle Nazioni Unite o, in termini ancora più espliciti, alle c.d. *Mandela Rules*, che

²² Corte cost. 21 settembre 2021, n. 197.

²³ Secondo le rilevazioni contenute nel rapporto tematico del Garante nazionale, un considerevole numero di persone è sottoposto al regime dell’art. 41 *bis* da oltre 20 anni. Cfr. *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41 bis dell’ordinamento penitenziario*, cit.

²⁴ Cfr. *ex multis* Corte eur. dir. uomo, Piechowicz c. Polonia, 17 aprile 2012.

vietano l'uso prolungato del 'solitary confinement' per i riflessi, spesso irreversibili, sulla salute psichica del detenuto).

Tornando a noi, quando si pensa a detenzioni di quindici, venti o addirittura trenta anni in 41 *bis* è difficile negare che sia stato intaccato il nucleo inderogabile dei diritti fondamentali. A fronte di questa constatazione, la domanda, sicuramente molto impegnativa da porsi, è se il principio di proporzionalità non richieda, decorso un certo numero di anni, un allentamento delle restrizioni. In una prospettiva *de iure condendo*, la proposta su cui varrebbe forse la pena riflettere è quella di uno 'schema diversificato di restrizioni' da rapportare alla durata dell'applicazione del regime detentivo speciale²⁵. Così, ad esempio, decorso un certo numero di anni si potrebbe aumentare la frequenza e la durata dei colloqui con i familiari (ad esempio due volte al mese per due ore), stabilendo però sempre la registrazione audio e video dei colloqui e l'immediato controllo della stessa da parte della polizia giudiziaria specializzata nelle indagini sulla criminalità organizzata. Ancora, si potrebbe pensare — sempre studiandone la fattibilità in relazione agli obiettivi di sicurezza pubblica — di rendere più vivibile il tempo della detenzione, aumentando il numero delle ore d'aria ed offrendo a questi detenuti l'opportunità di impiegarsi in attività trattamentali significative (di studio, di formazione professionale o di lavoro intramurario), nell'ottica di restituire dignità alla persona e di non abdicare totalmente al compito rieducativo cui la pena deve inderogabilmente tendere.

L'introduzione di un regime detentivo speciale 'ad intensità decrescente' ci pare poi rispondere anche ad un'altra necessità, ossia quella di garantire un minimo di progressività nel ritorno alla vita sociale del detenuto. In questo senso parlano anche alcune delle Raccomandazioni contenute nel recente rapporto elaborato dal Garante nazionale delle persone private della libertà²⁶.

Ci sembra conclusivamente che l'ipotesi di un regime detentivo speciale 'a fasi' possa essere presa in considerazione: una strada da percorrere e studiare per assicurare che, anche quando

²⁵ Riprendo su questo punto una proposta del Governo datata 1995 e contenuta nella risposta al primo rapporto del Cpt che condannava l'Italia per la violazione degli standard di tutela convenzionali. Cfr. *Rapport intérimaire du gouvernement de l'Italie en réponse à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Cpt) en Italie du 22 octobre au 6 novembre 1995*.

²⁶ Cfr. *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, cit. e, in particolare la Raccomandazione contenuta a pag. 43 "che non si protragga il regime speciale previsto dall'articolo 41-bis co. 2 o.p. fino al termine dell'esecuzione di una pena temporanea e che, al contrario, qualora nel periodo previsto per un eventuale rinnovo sia compreso il termine dell'esecuzione penale, si eviti la reiterazione dando così la possibilità all'Amministrazione penitenziaria di progettare percorsi che gradualmente accompagnino alla dimissione, utili al positivo reinserimento sociale nonché maggiormente efficaci per la tutela della sicurezza esterna".

applicato per lunghi periodi di tempo, tale sanzione sia espressione di un bilanciamento ragionevole tra le esigenze di prevenzione e la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Bibliografia

Barak Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Cognetti Stefano, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011.

Cartabia Marta, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, 2013.

Della Bella Angela, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

Della Bella Angela, *Il 41 bis 'oltre i pizzi': riflessioni sulla sentenza della Cassazione nel caso Cospito*, in "Giustizia Insieme", 12 aprile 2023.

Menghini Antonia, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

Napoli Giuseppe Melchiorre, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 6 febbraio 2015.

Recchia Nicola, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

Scaccia Gino, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in "Rivista AIC", 2017, 3/2017.