

**LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO SUL REGIME CARCERARIO
EX ART. 41-BIS ORD. PENIT. E LA SUA APPLICAZIONE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

CARMELO MINNELLA *

SOMMARIO: 1. La nascita dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. e il clima di forte tensione che ha accompagnato le sue prime applicazioni concrete: la sentenza sul caso *Labita* contro Italia. - 2. I detenuti sottoposti al trattamento di rigore ricorrono dinanzi agli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. - 3. Le pronunce della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul 41-*bis*: il carcere duro è un trattamento inumano o degradante ex art. 3 Cedu? - 3.1. Segue: le puntualizzazioni della Corte di Strasburgo sulla possibile violazione dell'art. 3 Cedu nei casi di provvedimenti restrittivi privi di motivazioni sulle ragioni che giustificano il trattamento di rigore. - 4. Le critiche al regime carcerario ex art. 41-*bis* ord. penit. da parte del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti - 5. Le sentenze della Corte europea sui casi *Lorsé* e *Van der Ven* contro Paesi Bassi e i suoi importanti riflessi sul trattamento carcerario di rigore italiano: il divieto di perquisizioni degradanti. - 6. La giurisprudenza di Strasburgo sulla compatibilità del "carcere duro" con l'art. 8 Cedu: a) le limitazioni alla corrispondenza. - 6.1. Segue: b) le limitazioni ai colloqui. - 7. La sentenza della Corte europea *Messina* contro Italia sul mancato rispetto del termine per decidere sul reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-*bis*: violazione dell'art. 13 Cedu. - 8. La sentenza *Ganci* contro Italia sulla mancata pronuncia nel merito del reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-*bis*: violazione dell'art. 6 Cedu. - 9. La legge n. 279 del 2002 e l'adeguamento alla sentenza sul caso *Messina* della Corte di Strasburgo. - 10. La Cassazione recepisce il *dictum* delle sentenze *Messina* e *Ganci* contro Italia.

1. La nascita dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. e il clima di forte tensione che ha accompagnato le sue prime applicazioni concrete: la sentenza sul caso *Labita* contro Italia.

All'indomani delle efferate stragi mafiose di Capaci e di via d'Amelio, le forze politiche, unite nell'intento di sradicare le fondamenta della criminalità di stampo mafioso (e non solo), introdussero, all'interno

* Centro di Diritto Penale Europeo di Catania.

degli strumenti di lotta alla criminalità organizzata, l'art. 41-bis, comma 2, legge n. 354 del 1975 (d'ora in avanti ord. penit.).

I fatti di agghiacciante gravità, quali l'omicidio di alcuni magistrati impegnati in prima linea a combattere efficacemente le associazioni mafiose e degli uomini della loro scorta, crearono un clima di *public panic* e di grandissima tensione – un coacervo di sentimenti di rabbia, paura, vendetta, debolezza, giustizia, sdegno⁽¹⁾ – all'interno del quale si registrano i presunti maltrattamenti subiti nell'estate del 1992 da un gruppo di detenuti sottoposti al neonato 41-bis nel carcere dell'isola di Pianosa, sezione Agrippa.

Questi presunti maltrattamenti sono stati denunciati dinanzi alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Cedu) che vieta la sottoposizione a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo⁽²⁾, nel caso *Labita* contro Italia⁽³⁾, ha affermato all'unanimità la violazione dell'art. 3 Cedu perché le autorità italiane, pur in presenza di sospetti plausibili che il ricorrente fosse stato sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, abbia violato l'obbligo procedurale di un'effettiva ed approfondita indagine⁽⁴⁾.

Accertata la violazione procedurale dell'art. 3 Cedu, per quanto concerne i denunciati trattamenti inumani e degradanti, la Corte europea non ha escluso la sussistenza dei fatti, ma la maggioranza dei giudici europei hanno dedotto che gli elementi raccolti "non consentono di stabilire al di là di ogni ragionevole dubbio che il ricorrente sia stato sottoposto a trattamenti sufficientemente gravi per entrare nel campo di applicazione dell'art. 3 della Convenzione".

⁽¹⁾ Per M. CHIAVARIO, *Grande criminalità e diritti dell'uomo nell'odierna fase delle democrazie europee*, in *Doc. giust.*, 1997, n. 3, c. 135, «La debolezza (reale o presenta) delle istituzioni pubbliche dinanzi alla criminalità genera un sentimento diffuso di frustrazione, dal quale traggono alimento le nostalgie di "poteri forti", di autoritarismo, della dittatura».

⁽²⁾ L'art. 30 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede che «Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può spogliarsi della propria competenza a favore della Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga». Come afferma L. D'ANCONA, *Il sistema penale e penitenziario italiano e la Convenzione dei diritti dell'uomo*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 631, la *Grande Chambre* rappresenta le Sezioni unite della Corte di Strasburgo.

⁽³⁾ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 6 aprile 2000, in questa *Rivista.*, 1999, n. 2-3, p. 176 s.

⁽⁴⁾ Le indagini, protratte per un tempo molto lungo (circa diciotto mesi), si erano arestate sulla presunta impossibilità di identificare gli agenti di custodia responsabili dei maltrattamenti denunciati; eppure il *Labita* aveva affermato in due occasioni di non poter riconoscere gli agenti solo a causa della cattiva qualità delle fotocopie che gli erano state mostrate ma di ritenere di poterli identificare solo se avesse potuto effettuare una ricognizione personale. Tale ricognizione non fu mai disposta. Neppure i rapporti del magistrato di sorveglianza di Livorno e degli ispettori dell'amministrazione penitenziaria sulle deprecabili condizioni di detenzione nel carcere di Pianosa avevano vinto l'inerzia delle autorità.

Anche se la Commissione, pur in presenza di un quadro probatorio non completamente chiaro, aveva concluso, all'unanimità, per la violazione dell'art. 3 della Convenzione, la maggioranza dei giudici della Corte (con lo scarto di appena un voto, nove voti contro otto), pur in presenza di tutta una serie di elementi che rendevano non inverosimile che il ricorrente durante lo stato di detenzione avesse subito dei maltrattamenti, non ha considerato come dimostrato "al di là di ogni ragionevole dubbio" che il *Labita* avesse subito trattamenti inumani e degradanti nel carcere di Pianosa sufficientemente gravi da ricadere tra quelli vietati dall'art. 3. In altre parole, «un'assoluzione dello Stato per "insufficienza di prove"»⁽⁵⁾.

Tuttavia, appaiono condivisibili, ad avviso dello scrivente, gli argomenti posti a fondamento della opinione dissidente degli otto giudici che componevano la Grande Camera (che, invece, avevano concluso per la violazione dell'art. 3 Cedu)⁽⁶⁾, nella quale si sono espressi forti dubbi sull'adeguatezza dello *standard* probatorio richiesto per dimostrare i maltrattamenti ad opera di agenti dello Stato, soprattutto tenendo conto dello stato di privazione della libertà del detenuto di rigore⁽⁷⁾ e della possibile inerzia dello Stato ad aprire inchieste effettive che rendono più difficile l'onere probatorio in capo al ricorrente⁽⁸⁾. Ma il criterio della prova dei maltrattamenti "al di là di

⁽⁵⁾ L. D'ANCONA, *Il sistema penale e penitenziario*, cit., p. 633.

⁽⁶⁾ Sulla *dissenting opinion*, si vedano le osservazioni di A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 232 s.

⁽⁷⁾ Il criterio della prova *al di là di ogni ragionevole dubbio* nella sua applicazione al caso in esame è stato qualificato «inadeguato o anche incoerente o impossibile da utilizzare». Intimidazioni, paura di ritorsioni, situazione di violenza diffusa: questi gli umori del carcere di Pianosa descritti dal *Labita* e riscontrabili nella relazione del giudice di sorveglianza. Lunghezza delle indagini dimostratesi alla fine inutili anche per l'inerzia delle autorità giudiziarie: questi i fatti accertati e condannati dalla Corte. Nell'opinione della minoranza quei due fatti, materiali e ambientali, rendevano in concreto inutilizzabile il criterio probatorio adottato dalla maggioranza. Pretendere dal ricorrente la prova certa e non meri indizi, ritenuti insufficienti, dei maltrattamenti subiti in assenza di un'indagine *effettiva* non era in definitiva esigibile. Il rigore probatorio richiesto – considera la relazione di minoranza – deve essere attenuato quando la lamentata violazione è commessa ai danni di una persona privata della libertà: in tale ipotesi opererebbe, infatti, il principio secondo cui «quando i fatti possono, in tutto o in parte, essere conosciuti soltanto dalle autorità, come accade quando le persone sono in carcere, esistono serie presunzioni che le lesioni o i maltrattamenti si siano prodotti durante la detenzione» (§ 1 dell'opinione dissidente). Sussisterebbe pertanto una presunzione di responsabilità a carico delle autorità «che devono fornire una spiegazione sufficiente e completa. In ogni caso, l'onere della prova a carico del ricorrente è diminuito quando le autorità, seppure sollecitate, non hanno condotto delle inchieste efficaci i cui risultati possano essere conosciuti dalla Corte» (§ 3 dell'opinione dissidente).

⁽⁸⁾ Come fanno rilevare i giudici di minoranza «se uno Stato può aspettarsi che, in una simile ipotesi, la Corte si astenga dall'esaminare la questione dei maltrattamenti perché le prove non sono sufficientemente solide, esso avrà interesse a non aprire inchieste su denunce di maltrattamenti, privando così il ricorrente di prove che vadano al di là di ogni ragionevole dubbio ... In situazioni di questo genere la Corte potrebbe permettere allo Stato di limitare la condanna a una violazione dell'obbligo procedurale, evidentemente meno grave di una violazione per maltrattamenti» (§1 dell'opinione dissidente).

ogni ragionevole dubbio" è continuato ad essere applicato dalla Corte europea anche in successive pronunce⁽⁹⁾.

Anche se – come detto – i fatti risalgono in un momento di forte tensione e preoccupazioni, nel quale si avvertì l'esigenza di adottare provvedimenti legislativi e organizzativi severamente restrittivi nei confronti delle più pericolose forme di criminalità organizzata, "la sentenza dei giudici europei deve essere occasione e oggetto di un'attenta meditazione perché il pericolo di degenerazioni è sempre presente"⁽¹⁰⁾.

2. I detenuti sottoposti al trattamento di rigore ricorrono dinanzi agli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., come tutte quelle norme introdotte in situazione di emergenza, nella sua originaria formulazione presentava molti aspetti di incostituzionalità e di violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che sono stati immediatamente sollevati dinanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di Strasburgo.

I presupposti applicativi e la reale configurazione del decreto ministeriale di sospensione delle normali regole del trattamento penitenziario apparivano largamente indeterminati, affidandosi il legislatore al giudizio del Governo, discrezionale nel *quantum* della misura, come nell'*an*.⁽¹¹⁾ La norma finiva per presentarsi come una "delega in bianco" con cui l'esecutivo attuava concretamente le strategie di politica criminale⁽¹²⁾.

Sono note le sentenze nelle quali la Corte costituzionale ha compiuto una serie di interventi correttivi restringendo la portata interpretativa dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., ridisegnandone le modalità applicative per adeguare la disposizione in oggetto ai principi costituzionali⁽¹³⁾. In particolare, nella sentenza n. 351 del 1996

⁽⁹⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 18 ottobre 2001, Indelicato contro Italia, in *Corr. giur.*, 2002, p. 672 s.

⁽¹⁰⁾ G. LA GRECA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Labita*, in questa *Rivista*, 2000, p. 209.

⁽¹¹⁾ Per T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova, 1994, p. 185, «La norma allude a presupposti di labile consistenza ("gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica"), addirittura estesi, con riferimento alla sicurezza "pubblica", a fenomeni extrapenitenziari la cui riconduzione nell'ambito endocarcerario risulta problematica e comunque indefinita».

⁽¹²⁾ C. FLORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3059.

⁽¹³⁾ Si tratta delle sentenze costituzionali n. 349 del 1993; n. 410 del 1993; n. 351 del 1996; n. 376 del 1997. Da ultimo, con riferimento alla nuova versione degli artt. 41-*bis*, comma 2 e seguenti ord. penit. introdotta dalla legge n. 279 del 2002, si veda l'ordinanza 13-23 dicembre 2004, n. 417, in *Giuda dir.*, 2005, n. 3, p. 83 s. P. GIORDANO, *Proroghe a prova di garanzia con l'obbligo di motivazione*, ivi, p. 87 fa notare che «Come una salamandra, l'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, ha mutato pelle nel tempo, adeguandosi alle necessarie e imprescindibili garanzie dello Stato di diritto, senza venir meno alla funzione interdittiva dei collegamenti, insita nella sua struttura originaria».

la Consulta individua nell'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit. quel nucleo incompressibile di diritti minimi che devono, in ogni caso, essere garantiti affinché la pena non possa considerarsi contraria al senso di umanità e, come tale, legittima costituzionalmente⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, anche dopo le sentenze della Corte costituzionale, è stato sostenuto che "residua ancora nel mutato quadro complessivo qualche perplessità circa la conformità della disposizione al principio di umanità del trattamento inerente alla pena che implica (e presuppone) pur sempre l'esclusione dalla pena di ogni e qualsivoglia carattere affittivo che non sia inscindibilmente connesso alla restrizione della libertà personale"⁽¹⁵⁾.

Ecco perché vi sono stati alcuni detenuti a cui era stato applicato il 41-*bis* che si sono rivolti agli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, chiedendo di verificare se il regime carcerario particolarmente restrittivo a cui erano sottoposti violasse le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le doglianze si sono incentrate essenzialmente su tre diversi addebiti: 1) il trattamento imposto configurava trattamento inumano o degradante e, come tale, si poneva in contrasto con l'art. 3 Cedu; 2) la lesione della libertà di comunicazione e del rispetto della vita privata e familiare, tutelati dall'art. 8 Cedu; 3) la mancanza di un ricorso effettivo avverso il decreto applicativo (o di proroga) che dispone il c.d. carcere duro, in violazione degli artt. 6 e 13 Cedu.

Sia la Commissione che la Corte europea dei diritti dell'uomo, in sede di ricevibilità del ricorso, si sono più volte pronunciate con alcune decisioni (vedremo più avanti il merito delle stesse) che però hanno avuto ad oggetto il *singolo caso concreto* e non la generale compatibilità della disciplina dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. con gli articoli della Cedu⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Secondo Corte cost., sentenza n. 351 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3054, «deve rilevarsi che non può mancare la indicazione di parametri normativi per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, e che da questo punto di vista le indicazioni fornite dal legislatore con il comma 4 dell'art. 14-*quater* appaiono particolarmente pregnanti».

⁽¹⁵⁾ R. D'AMICO, *Nota* in calce alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3637. Anche per A. MARTINI, *Commento al d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (antimafia)*, *Sub art. 19*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 213, qualora il carcere duro tenda alla mera neutralizzazione del reo, sia pur giustificata dall'esigenza di tutelare la sicurezza pubblica, «potrebbe porsi in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

⁽¹⁶⁾ La Corte europea, infatti, decide su *casi concreti*, e non su norme, quindi quando leggiamo una sentenza della Corte di Strasburgo e vogliamo trarne delle indicazioni per il nostro ordinamento, occorre operare un "*duplice salto ermeneutico*": il *primo salto ermeneutico* è quello di passare *dal caso alla norma*, verificando se la violazione riscontrata dalla Corte europea sia dovuta al comportamento illegittimo degli organi pubblici che hanno violato la norma di diritto interno conforme alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o se questi organi hanno agito senza violare le norme interne. In quest'ultimo caso, una volta individuata la norma di diritto interno che ha generato il comportamento illegittimo, occorrerà compiere il *secondo salto ermeneutico* che è quello volto a verificare gli eventuali profili di incompatibilità tra gli articoli della Convenzione violati e la norma interna per verificare se, ed in che misura, la portata della disposizione interna divarichi da quella convenzionale.

Maggiore successo hanno avuto alcuni ricorsi aventi ad oggetto la tutela giurisdizionale avverso i decreti di applicazione o proroga della sospensione delle regole di trattamento. Come vedremo più avanti (§§ 8 e 9), la Corte europea ha ritenuto che il detenuto sottoposto al carcere duro non usufruisca di un ricorso "effettivo", in violazione degli artt. 6 e 13 Cedu. Vedremo anche che la giurisprudenza della Corte europea sull'art. 41-*bis* ord. penit. è stata recepita dal legislatore e dalla giurisprudenza italiana.

Occorre ricordare, a tale proposito, che le norme della Convenzione europea e la loro interpretazione dinamica contenuta nelle sentenze della Corte di Strasburgo, non sempre hanno trovato in passato la dovuta attenzione nel nostro ordinamento⁽¹⁷⁾.

Ed invece si deve registrare una maggiore sensibilità dell'ordinamento italiano verso le norme della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea, così come era stato richiesto dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 18 dicembre 2002, n. (2002) 13⁽¹⁸⁾.

3. Le pronunce della Commissione e della Corte europea sul 41-*bis*: il carcere duro è un trattamento inumano o degradante ex art. 3 Cedu?

La Commissione europea dei diritti dell'uomo, a partire dalle decisioni del 20 ottobre 1997 e del 18 maggio 1998 sui casi *Labita* e *Natoli* contro Italia⁽¹⁹⁾, ha ritenuto che il regime carcerario di rigore applicato nel caso di specie non abbia raggiunto quel minimo di gravità necessario affinché si configuri un trattamento inumano o degradante e che le restrizioni cui era stato sottoposto il ricorrente «sono misure severe ma *proporzionate* alla gravità dei reati commessi»⁽²⁰⁾.

(17) Si tratta di un atteggiamento censurabile anche perché nella gerarchia delle fonti le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno una forza di resistenza maggiore rispetto alla legge ordinaria successiva. Ciò è stato riconosciuto sia dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 10 del 19 gennaio 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 61, secondo la quale si tratta di «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria») che dalla Cassazione, a partire dalla sentenza 12 maggio 1993, Sez. I, Medrano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 439 s.

(18) La Raccomandazione sulla *Pubblicazione e la diffusione negli Stati membri del testo della Convenzione europea dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, è pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 258-259. Nella Raccomandazione si segnala in particolare l'importanza che i Governi degli Stati membri assicurino la pubblicazione delle sentenze e decisioni che costituiscono degli importanti sviluppi della giurisprudenza o che richiedono delle misure di esecuzione specifiche da parte loro in quanto Stati convenuti nelle gazzette ufficiali, nei bollettini di informazione del ministero competente, nelle riviste giuridiche o in altri mezzi di comunicazione correntemente utilizzati dalla comunità giuridica.

(19) Quest'ultima decisione è pubblicata in *Foro it.*, 1998, IV, c. 321 s., con il commento di G. La Greca, *Diritti dell'uomo e regime dell'art. 41 «bis» ord. penit.*

(20) Cfr., M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 420.

Per la Commissione non vi è stata violazione dell'art. 3 Cedu in quanto l'isolamento cui erano stati sottoposti il Labita e il Natoli, applicato per interrompere i rapporti col gruppo criminale di appartenenza, non era stato *totale*. Infatti il regime carcerario di cui all'art. 41-bis ord. penit., cui erano stati sottoposti i ricorrenti, non aveva comportato né un isolamento sociale assoluto, né una totale impossibilità di lavorare di svolgere altre attività. Inoltre, nel caso *Natoli* la Commissione ha puntato la sua attenzione sulla durata complessiva del trattamento di rigore - due anni - ritenendola non eccessivamente ampia da configurare un trattamento inumano e degradante.

Anche la Corte europea si è occupata, allo stadio della ricevibilità, delle deroghe all'ordinario regime detentivo previste dal decreto ministeriale che aveva disposto la sospensione e restrizione delle regole di trattamento. Con decisione 8 giugno 1999⁽²¹⁾, ha dichiarato irricevibile il ricorso sotto il profilo dell'art. 3 Cedu, affermando che il divieto di contatti con altre persone per ragioni di sicurezza, disciplina o protezione non costituirebbe in sé un trattamento inumano o degradante. Nella specie, dati i legami del detenuto con la criminalità organizzata e le ripetute condanne subite, le misure restrittive adottate sono apparse giustificate alla Corte europea. D'altra parte, la Corte ricorda come il regime di massima sicurezza sia risultato attenuato da una pronuncia della Corte costituzionale (la n. 376 del 1997), mentre il Governo italiano avrebbe fatto grossi sforzi (tesi a rendere la pena più umana e ad ammorbidire il c.d. carcere duro) per cercare di bilanciare il rispetto dei diritti dei detenuti sottoposti ad un regime differenziato con le difficoltà incontrate dalle autorità carcerarie per affrontare i cambiamenti di tale regime⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. II, 8 giugno 1999, *Moni* contro Italia, in *Leg. pen.*, 2000, p. 159.

⁽²²⁾ I grossi sforzi del Governo italiano ai quali allude la Corte europea dei diritti dell'uomo sono quelli indicati nella Circolare del D.A.P. n. 5391381-1 del 7 febbraio 1997, in cui sono state impartite disposizioni per l'organizzazione delle sezioni dove sono ristretti detenuti sottoposti al carcere duro. In particolare, si disciplinano espressamente le modalità di svolgimento delle attività sportive e della fruizione della biblioteca dei detenuti in regime di 41-bis, comma 2, ord. penit. Si dà incarico, infatti, alle direzioni dei singoli istituti di reperire «appositi locali che dovranno essere dotati di attrezzi ginnici e di altri attrezzi per lo svago ritenuti compatibili con le esigenze di sicurezza», e di approntare «una piccola biblioteca di sezione». L'accesso a tali locali è consentito singolarmente, con la precauzione di «evitare ulteriori canali di comunicazione interna, per una o più volte la settimana, per non meno di un'ora e per non più di due ogni volta»: vedi, G. LA GRECA, *L'applicazione "dell'art. 41-bis" sotto costante verifica*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 754. Inoltre, nella Circolare del D.A.P. n. 148885/4-1 del 20 febbraio 1998, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 780 s., con il commento di G. La Greca, *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41-bis ord. pen.*, *ivi*, p. 784, vengono specificate soprattutto il complesso delle attività trattamentali necessarie per consentire l'offerta di strumenti risocializzanti (che deve coinvolgere tutti i condannati e che presuppongono la partecipazione all'opera di rieducazione), per consentire anche ai sottoposti al trattamento di rigore di accedere ai benefici penitenziari, adempiendo le indicazioni della sentenza costituzionale n. 376 del 1997. Tuttavia, questa circolare disciplina alcuni aspetti della vita carceraria improntata all'umanità del trattamento, ad esempio consentire la permanenza all'aperto di 4 ore giornaliere, di cui due nelle sale di biblioteca, palestre.

Problemi di compatibilità con l'art. 3 Cedu potrebbero sorgere, invece, tutte le volte in cui il detenuto sottoposto al 41-*bis* versi in gravi condizioni di salute. Solo per fare un riferimento recente e concreto, che ha avuto ampia diffusione mediatica, la difesa di Totò Riina, visto lo stato di salute e le patologie cui soffriva il suo assistito, ha chiesto la revoca del trattamento di rigore in quanto incompatibili con lo *status detentionis*, potendo configurare la permanenza nell'istituto penitenziario (o la sottoposizione al trattamento di rigore) un trattamento inumano o degradante⁽²³⁾.

Preziose indicazioni su questa tematica ci provengono dalla sentenza della Corte europea del 14 novembre 2002, nel caso *Mouisel* contro Francia⁽²⁴⁾. Il ricorrente era affetto da leucemia linfoide cronica. L'aggravarsi del suo stato di salute, durante l'espiazione della pena detentiva, rendeva necessario un trattamento chemioterapico, dispensato in *day hospital*. Veniva regolarmente tradotto dal carcere all'ospedale in manette e rimaneva parzialmente ammanettato durante la chemioterapia. A causa del disagio provocato da questa situazione, il ricorrente decideva di interrompere il trattamento sanitario.

La Corte di Strasburgo, alla luce delle precarie condizioni di salute del ricorrente nonché degli effetti infausti della detenzione sulla loro evoluzione, ha affermato che taluni trattamenti violano (come nel caso di specie) l'art. 3 Cedu perché inflitti a persone affette da gravi patologie⁽²⁵⁾.

Secondo i giudici europei, benché non si possa dedurre l'obbligo generale di rimettere in libertà un detenuto per motivi di salute, l'art. 3 Cedu impone allo Stato un dovere di protezione dell'integrità fisica degli individui sottoposti a pene privative della libertà, in particolare dispensando idonei trattamenti sanitari⁽²⁶⁾. Si è raccomandato che «*le modalità di esecuzione delle misure adottate non sottopongano l'in-*

(23) Le patologie cui sarebbe afflitto il boss di Cosa Nostra sono «cardiopatia ischemica infartuate recidivante, insufficienza cardiaca, cirrosi epatica, ipertiroidismo». Ma il Trib. sorv. Milano non ha accolto l'istanza perché «il potere e la capacità di Riina di incidere sul sodalizio criminale non sono mai venuti meno nonostante lo stato detentivo. Riina non ha dato nessun segnale di respiscenza o di volere recidere i legami con Cosa Nostra»: *La Repubblica*, 16 novembre 2004, p. 25.

(24) Corte eur. dir. umani, Sez. I, 14 novembre 2002, *Mouisel* contro Francia. La massima della sentenza è pubblicata in *Sei mesi di giurisprudenza civile, penale, amministrativa e comunitaria, Guida dir., Dossier n. 10, Novembre 2003*, p. 121.

(25) Molto simile al caso *Mouisel* è quello deciso dalla Corte eur. dir. umani, Sez. I, 27 novembre 2003, *Hénaf* contro Francia, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1421. Il ricorrente, dovendo sottoporsi a un intervento operatorio, era stato tradotto in ospedale, scortato e ammanettato; la notte prima dell'intervento era stato assicurato al letto con una catena. La Corte europea ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu non essendo stata dimostrata la pericolosità del detenuto (pure tenendo conto dell'episodio di evasione in occasione del permesso accordatogli), tale comunque da imporre che venisse incatenato al letto, tenuto anche conto del fatto che il detenuto era controllato da due uomini di scorta.

(26) In argomento, si segnala la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 1998, Venetucci contro Italia, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1007, ove al ricorrente, affetto da una grave patologia cardiaca, ed al quale il consulente tecnico nominato dal Tribunale di sorveglianza aveva prescritto di vivere senza stress, di evitare qualsiasi emozione e di assumere specifici medicinali, sono state adottate varie misu-

teressato ad una sofferenza e a un'angoscia di intensità tale da eccedere l'inevitabile soglia di prostrazione provocata dalla detenzione»⁽²⁷⁾.

3.1. Segue: le puntualizzazioni della Corte di Strasburgo sulla possibile violazione dell'art. 3 Cedu nei casi di provvedimenti restrittivi privi di motivazione sulle ragioni che giustificano il trattamento di rigore.

Recentemente la Corte di Strasburgo si è pronunciata sul ricorso di un cittadino bulgaro sottoposto ad un regime detentivo particolarmente duro nel carcere di Sofia. In particolare, il ricorrente ha lamentato di essere stato obbligato a trascorrere in solitudine alcune giornate nella propria cella, non abbia potuto unirsi ad altri gruppi di detenuti né per consumare pasti né per lo svolgimento di attività differenti, abbia potuto ricevere soltanto due visite al mese da parte dei familiari. Questo tipo di trattamento ha provocato disturbi psicologici molto gravi: monitorato continuamente dal servizio psichiatrico operativo del carcere, il ricorrente ha mostrato evidenti segni di instabilità psicopatica ed emotiva tipici di una personalità primitiva. A testimonianza dell'alterazione delle facoltà mentali e relazionali

re specifiche adatte alla sua situazione. In particolare: trascorrere svariate ore al giorno fuori dalla sua cella, sottoposizione a cure e controlli medici costanti beneficiando varie volte di licenze speciali. Questo complesso di misure ha indotto la Commissione ad affermare che «è difficile dire cos'altro le autorità italiane avrebbero potuto fare per migliorare le condizioni del ricorrente». Di conseguenza il ricorso è stato dichiarato inammissibile perché non sussistente alcuna violazione dell'art. 3 Cedu.

⁽²⁷⁾ La Corte costituzionale italiana, nell'ordinanza 23 luglio 2002, n. 390, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3752, ha avuto modo di pronunciarsi su una questione avente ad oggetto la tutela della salute del detenuto imputato sottoposto al 41-bis, ed ha cercato di operare un bilanciamento tra il diritto di salute del detenuto di rigore e le esigenze cautelari. In particolare, il giudice *a quo*, investito, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., di una richiesta di revoca o sostituzione, per motivi di salute, della custodia cautelare in carcere nei confronti di un imputato per il quale era stato adottato (e reiterato nel tempo) il decreto di sospensione delle ordinarie regole di trattamento ministeriale, ha ritenuto l'art. 41-bis, comma 2-bis, ord. penit. in evidente contrasto con l'art. 32 Cost., in quanto al giudice procedente è precluso qualsiasi intervento modificativo a fini terapeutici del provvedimento in oggetto (potendo solo revocare la custodia cautelare in carcere o sostituirla con altra misura), nonché con gli artt. 3 e 101 Cost., giacché il medesimo giudice risulta «irragionevolmente destinatario di determinazioni insindacabili dell'autorità amministrativa che incidono sui diritti del soggetto imputato». La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione soprattutto perché «ove il sindacato sul contenuto del provvedimento ministeriale di sospensione venisse attribuito, come richiesto dal rimettente, anche al giudice che procede, ne deriverebbe una sovrapposizione delle competenze del giudice di cognizione e del tribunale di sorveglianza che potrebbe dar luogo a contrasti di pronunce tra i due organi ed anche tra diversi giudici che procedono nei confronti del medesimo imputato». Per un commento all'ordinanza in questione, L. CESARIS, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex art. 41-bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile, forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2278. Per le consistenti "crepe" che l'ordinanza della Corte costituzionale nelle situazioni in cui l'incompatibilità della malattia con lo *status custodiae* sia riconducibile a restrizioni rimovibili dal tribunale di sorveglianza, M.G. COPPETTA, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti in regime di sospensione delle regole trattamentali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3328 s.

dovute al regime detentivo molto affittivo, il ricorrente ha ricordato i vari ricoveri subiti presso l'infermeria del carcere per disturbi provocati da nevrosi, insonnia, inappetenza nonché da crisi da panico.

La Corte europea, con sentenza 11 marzo 2004⁽²⁸⁾, pur riconoscendo che «tutte le forme di reclusione solitaria senza una adeguata stimolazione fisica e mentale provocano verosimilmente, nel lungo periodo, effetti dannosi destinati a concretizzarsi in un deterioramento delle facoltà mentali e delle capacità di relazione del prigioniero», non ha per ciò solo condannato lo Stato bulgaro per la violazione dell'art. 3 Cedu. Al riguardo – continua la Corte – risulta significativo il fatto che le autorità bulgare non abbiano mai invocato particolari ragioni di sicurezza alla base del regime di isolamento adottato nei confronti del ricorrente oltre a non avere mai spiegato i motivi che non hanno consentito, nel tempo, una revisione di tale regime, in una prospettiva volta ad introdurre, in favore del ricorrente stesso, opportunità di contatti umani e di ragionevoli occupazioni lavorative; finendo così per considerare le condizioni materiali alle quali il detenuto bulgaro è stato sottoposto come trattamento degradante⁽²⁹⁾.

Questa pronuncia dimostra come i giudici europei sono molto restii ad ammettere la sussistenza di un trattamento inumano o (per lo meno) degradante basato soltanto sulla durezza e sulla particolare afflittività del trattamento carcerario di rigore, ma cercano di dichiarare la violazione dell'art. 3 Cedu facendo perno sulla carenza di ragioni che giustificano il suddetto regime o sindacando la legittimità dei motivi posti a fondamento del provvedimento restrittivo.

A quest'ultimo proposito sono da apprezzare le decisioni dei tribunali di sorveglianza italiani di annullamento del decreto di proroga ex art. 41-*bis* ord. penit. per motivazioni carenti e contraddittorie e/o per mancanza della prova dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata⁽³⁰⁾. Si è messo in luce come spesso accade che per i sottoposti da parecchi anni al carcere duro, le documentazioni contenute nei fascicoli dei tribunali di sorveglianza e le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia si riferiscano a situazioni cristallizzate, in un

⁽²⁸⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. I, 11 marzo 2004, B. contro Bulgaria, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 650.

⁽²⁹⁾ Come si scorge dalla motivazione della sentenza della Corte europea sul caso in esame, il trattamento penitenziario di rigore deve essere limitato nel tempo e garantire maggiori spazi di libertà man mano che inizino a cessare le ragioni di sicurezza che hanno legittimato l'adozione dello stesso. Ecco perché il controllo sui decreti di proroga del regime di rigore, anziché poggiarsi supinamente sui medesimi elementi del precedente provvedimento, deve essere più approfondito del precedente per verificare l'attualità dei collegamenti con associazioni criminali, terroristiche o eversive necessari per rinnovare il suddetto regime.

⁽³⁰⁾ Si vedano, in merito, le ampie e precise motivazioni dell'ordinanza 11-30 aprile 2002, n. 2846, emessa dal Trib. sorv. Napoli, in *Dir. giust.*, 2003, n. 4, p. 75 s. Per Trib. sorv. Roma, ordinanza 11-18 aprile 2003, n. 3159, in *Il Merito*, 2003, n. 2, p. 67 s., «Quora sussista insufficienza ed incoerenza della motivazione sottesa allo stesso, per mancata considerazione di atti istruttori valutabili in senso favorevole al detenuto, può dichiararsi l'illegittimità dell'atto amministrativo, disporsene la disapplicazione e, conseguentemente, determinarne l'inefficacia».

determinato territorio, parecchi anni prima, quindi non più attuali⁽³¹⁾ (e tuttavia, tali prove, ormai obsolete, vengano inserite come fondamento della proroga della sospensione delle normali regole di trattamento); e come altrettanto spesso il reclamo avverso il provvedimento che applica o proroga il regime di 41-*bis* «si risolve in una sorta di acquiescenza della magistratura di sorveglianza rispetto alle determinazioni del Ministro»⁽³²⁾, il che poteva finire per comportare una sorta di inversione dell'onere della prova a carico del detenuto di rigore.

Inversione dell'onere della prova che sembra essere stato normativizzato dalla nuova formulazione dell'art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, ord. penit. (ad opera della legge n. 279 del 2002) laddove prescrive che i provvedimenti di proroga del regime differenziato sono prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno»⁽³³⁾. La norma, di dubbia legittimità costituzionale, è stata portata dinanzi alla Consulta dal Tribunale di sorveglianza di Napoli⁽³⁴⁾, il quale ha ritenuto che «nuovo dettato legislativo finisce per l'instaurare un sistema diabolico, in base al quale l'applicazione del regime differenziato finisce con l'essere prorogabile anche a mezzo di Dm privo della parte documentale, relativa alla motivazione della sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, atteso che per la proroga, il dettato legislativo non prescrive idonea motivazione, in positivo comprovante l'esistenza di una realtà, certa, concreta ed essenziale ai fini dell'emissione del provvedimento»⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ L. BLASI, *Per limitare i diritti civili occorre un atto del giudice, non del ministro*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 4, p. 13.

⁽³²⁾ F. PICCIRILLO, *Carcere duro, un salutare monito ad evitare ogni automatismo*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 4, p. 46.

⁽³³⁾ Cfr. G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 415. Per S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 721, il nuovo regime sulla proroga del 41-*bis* prevede «non una inversione, ma una "ripartizione" dell'onere della prova, per cui spetta all'Amministrazione, in sede di prima applicazione, provare la pericolosità di un soggetto, il vincolo con una organizzazione criminale e la sua capacità di mantenere collegamenti con l'esterno; mentre ricade sull'interessato l'onere di evidenziare il venir meno di tali collegamenti, sempre che l'Amministrazione non ne abbia avuto in altro modo conoscenza». L'A. condivide la logica che sta dietro la norma in questione, altrimenti «la dimostrazione dell'attualità dei collegamenti, in costanza di una efficiente e scrupolosa applicazione del regime speciale, si traduce per l'Amministrazione in una *probatio diabolica*, tanto più difficile, quanto più sia protratta ed efficace la detenzione nell'ambito del circuito 41-*bis*» (ivi, p. 723).

⁽³⁴⁾ Trib. sorv. Napoli, ordinanza 14 marzo 2003, n. 1719, Biondo, in *Dir. giust.*, 2003, n. 18, p. 89 s., che ha ritenuto la norma in oggetto in contrasto con gli artt. 3, 24, 27, 97 e 113 Cost.

⁽³⁵⁾ In tal modo – continua il Trib. sorv. Napoli – «viene cristallizzata la proroga ripetuta e immotivata del decreto, di fatto scardinata dalla necessità di idonea e opportuna motivazione, stante la materiale nonché giuridica impossibilità di fornire la prova del "venir meno" della capacità di mantenere contatti con associazioni criminali». Altri tribunali di sorveglianza hanno ritenuto che, anche con la vigenza della nuova legge, in sede di proroga del carcere duro, siano necessario fornire nuovi elementi da cui si desuma l'attualità dei collegamenti del detenuto con le organizzazioni criminali (Trib. sorv. L'Aquila, 4 marzo 2003, Pulvirenti.; Trib. sorv. Torino, 11 aprile 2003, RAPISARDA, citate da S. Ardita, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, cit., p. 722, note 12 e 13).

La Cassazione ha invece ritenuto che, mentre nel regime precedente alla novella del 2002 era necessario procedere anche per il rinnovo del provvedimento del Ministro all'accertamento della sussistenza di tutti i presupposti previsti per l'applicazione del regime differenziato, con l'attuale disciplina tale accertamento è presunto, in assenza della prova positiva che sia venuta meno la capacità del detenuto di mantenere contatti con le organizzazioni criminali alle quali era associato⁽³⁶⁾, sancendo però «l'obbligo del giudice di individuare ed evidenziare gli elementi da cui risulti che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno»⁽³⁷⁾. Al massimo, potendo ritenersi sussistente, a carico dell'interessato, solo un onere di allegazione degli elementi di fatto da cui sia possibile dedurre che la capacità di mantenere i collegamenti con l'esterno sia venuta meno⁽³⁸⁾.

La Corte costituzionale, allineandosi alla giurisprudenza di legittimità, ha rigettato la questione, spostando l'attenzione dall'onere della prova (che dovrebbe gravare sull'Amministrazione) a quello di una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato (che investe il giudice), richiedendo però «specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali».

Tale pronuncia costituzionale dovrebbe porre al riparo dal pregresso atteggiamento di certi tribunali di sorveglianza circa un controllo giurisdizionale meramente formale sui decreti di proroga del regime del 41-bis, e scongiurare pronunce della Corte di Strasburgo dichiarative della violazione dell'art. 3 Cedu (o, quanto meno, dell'art. 6 Cedu), fermo restando che i giudici europei sono, come detto, molto attenti ad analizzare le ragioni addotte dalle autorità statali per giustificare l'applicazione del trattamento carcerario di rigore, anche in considerazione delle grave limitazione dei diritti del detenuto che esso comporta.

4. Le critiche al regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. da parte del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

Dalle indicate pronunce della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo sembra arrivare l'avallo della compatibilità del carcere duro (così come ridisegnato dalla Corte costituzionale e specificato nelle circolari del D.A.P.) con l'art. 3 Cedu.

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. I, sentenza 14 novembre 2003 (dep. 12 dicembre 2003), n. 47668, Mazzitelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3403 s.

⁽³⁷⁾ Cass., Sez. I, 4 marzo 2004 (dep. 28 aprile 2004), n. 19894, DI MARTINO, in *Dir. giust.*, 2004, n. 41, p. 110.

⁽³⁸⁾ Cass., Sez. I, sentenza 26 gennaio 2004 (dep. 24 febbraio 2004), n. 8056, Madonia, in *Guida dir.*, 2004, n. 22, p. 85-86, che ha dichiarato (così come quella citata nota prec.) manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-bis ord. penit. La Suprema Corte ha operato un accostamento con i meccanismi probatori «rafforzati» previsti dall'art. 4-bis ord. penit e dall'art. 275, comma 3, c.p.p.

Ed invece, oltre a ribadire che i giudici europei nelle loro decisioni si sono limitati a dire che le restrizioni subite *in concreto* dai detenuti ricorrenti sottoposti al trattamento di rigore non avevano superato la soglia minima di gravità necessaria a dar luogo ad un trattamento inumano o degradante, pesanti rilievi al 41-*bis* sono stati sollevati dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (C.P.T.)⁽³⁹⁾.

Nella seconda visita periodica effettuata nel 1995 in Italia, il C.P.T. ha preso atto che i detenuti ad esso sottoposti sono assoggettati per lunghi, talvolta lunghissimi periodi a un regime che per molti aspetti si avvicina all'isolamento⁽⁴⁰⁾ e «senza dubbio il sistema è tale da provocare effetti dannosi concretatisi in alterazione delle facoltà sociali e mentali spesso irreversibili»⁽⁴¹⁾.

Il Comitato dubita che il regime di rigore possa essere funzionale all'obiettivo dichiarato di impedire il mantenimento o il consolidamento dei legami con il gruppo di appartenenza, avanzando il sospetto che il regime carcerario di rigore, previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit., sia stato introdotto per costituire uno «strumento di pressione psicologica per provocare la dissociazione o la collaborazione dei detenuti. Obiettivo la cui legittimità è altamente discutibile»⁽⁴²⁾.

Se è vero che il carcere duro è stato reso meno restrittivo (vedi § precedente), non si trascurino i recenti ammonimenti del C.P.T. contenuti nel Rapporto relativo alla visita effettuata in Italia dal 13 al 25 febbraio 2000, reso pubblico il 29 gennaio 2003⁽⁴³⁾. A preoccupare il C.P.T. è, a monte, la legittimità di un sistema di detenzione

⁽³⁹⁾ Nella Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti, aperta alla firma il 26 novembre 1987 nel quadro del Consiglio d'Europa, si è affermato nel rapporto esplicativo alla stessa che l'intento dei redattori era quello di completare il sistema di protezione stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la previsione di un «meccanismo non giudiziario a carattere preventivo con il compito di esaminare il trattamento delle persone private della libertà in vista di rafforzare la loro protezione contro la tortura e le pene o i trattamenti disumani o degradanti». È stato a tal fine istituito un Comitato con la funzione di visitare, previa notificazione allo Stato interessato, qualunque luogo di detenzione di uno Stato parte, pur in assenza di denuncia.

⁽⁴⁰⁾ Com'è noto, la Cassazione ha considerato radicalmente differenti l'istituto dell'isolamento diurno ex art. 72 c.p. (cui ha riconosciuto il carattere di vera e propria sanzione penale) e quello della sospensione delle ordinarie regole di trattamento ex art. 41-*bis* ord. penit. (che incide soltanto sulle modalità di attuazione del regime di detenzione): cfr., Cass., Sez. I, 28 gennaio 2000, n. 613, Paolello, in *Cass. pen.*, 2001, p. 197; Id., Sez. I, 8 ottobre 2002, Lucchese; Id., Sez. I, 15 aprile 2003, Gangi.

⁽⁴¹⁾ *Rapporto al Governo italiano relativo alla visita effettuata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti in Italia dal 22 ottobre al 6 novembre 1995*, pubblicato il 4 dicembre 1997.

⁽⁴²⁾ Per G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, cit., p. 415, anche dopo l'ultima versione della disciplina del trattamento di rigore disegnata dalla legge n. 279 del 2002, permane «l'uso ostinatamente perseguito a scopo di pressione per innescare il collaborazionismo, di istituti preordinati ad altro e, in particolare, dello stesso carcere duro».

⁽⁴³⁾ Ampi stralci del Rapporto sono riportati, a cura di A. Saccucci, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 389-391 e p. 518-519. La ricapitolazione e le conclusioni del Rapporto sono stati pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 520 s.

eccezionale, concepito originariamente come un sistema temporaneo, ma che resta ancora in vigore⁽⁴⁴⁾.

Più in particolare, con riferimento all'applicazione concreta del 41-bis nella prigione di Spoleto, la delegazione del C.P.T. ha riesaminato in dettaglio il regime specifico di detenzione dei ristretti sottoposti al carcere duro che rappresentano, secondo le autorità italiane, gli esponenti più pericolosi ed importanti della criminalità organizzata. Nel rapporto si evidenzia che «i limitati effetti benefici della circolare del 20 febbraio 1998 dell'Amministrazione penitenziaria, diretta ad alleviare in certa misura il regime di detenzione dei detenuti ex art. 41-bis, si sono trovati controbilanciati dall'entrata in servizio nel 1999 dei membri del Gruppo Operativo Mobile (GOM). Questi ultimi hanno interamente rimpiazzato il personale penitenziario ordinario nei quartieri di detenzione, il che ha avuto in particolare come effetto un irrigidimento accresciuto del regime di detenzione, determinando la quasi sparizione dei contatti tra il personale di sorveglianza e i detenuti» (§ 193 del Rapporto). In questo contesto, i membri medici della delegazione del C.P.T. hanno constatato un aumento dei problemi ansiosi, nonché dei disturbi del sonno e del carattere. In definitiva, si è avuto un irrigidimento del regime speciale di detenzione, che rende ancora più problematico il rispetto di un adeguato *standard* detentivo e l'attuazione di un efficace programma rieducativo⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Come afferma L. CESARIS, *Note sul rapporto del CPT reso pubblico il 29 gennaio 2003*, in questa *Rivista*, 2003, p. 314, «viene spontaneo chiedersi quale sarebbe la reazione del CPT di fronte alla recente legge 23 dicembre 2002 n. 279, che ha introdotto definitivamente nel sistema penitenziario il regime differenziato *in peius*».

⁽⁴⁵⁾ Com'è noto, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 376 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3623 s., ha negato che l'art. 41-bis, comma 2, ord. penit. si ponga in contrasto con la rieducazione del condannato ex art. 27, comma 3, Cost., in quanto l'applicazione del trattamento di rigore «non può comportare la soppressione o la sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato previste dall'art. 13 ord. penit., né la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla realizzazione della personalità, previste dall'art. 27 ord. penit., le quali semmai dovranno essere organizzate, per i detenuti sottoposti a tale regime, con modalità idonee ad impedire quei contatti e quei collegamenti i cui rischi il provvedimento ministeriale tende ad evitare». L'amministrazione penitenziaria, con la circolare n. 14885/4-1 del 20 febbraio 1998, cit., è intervenuta per adempiere al *dictum* della Consulta e per garantire delle finestre rieducative al detenuto di rigore, ha previsto che «in ogni sezione destinata all'assegnazione definitiva o per ragioni sanitarie di detenuti sottoposti al regime speciale devono essere obbligatoriamente predisposte una o più sale per attività in comune di tipo culturale, ricreativo e sportivo».

Naturalmente - ha precisato la sentenza costituzionale n. 376 del 1997 - il giudizio sulla partecipazione all'opera di rieducazione non può che essere formulato sulla base della risposta alle opportunità di risocializzazione concretamente offerte al detenuto nel corso del trattamento, poche o tante che siano; non potendosi richiedere la partecipazione a un'opera rieducativa che non venga di fatto intrapresa, né far gravare sul detenuto le conseguenze della mancata offerta, in concreto, di strumenti di risocializzazione. Tale ultima precisazione si rileva di estrema importanza perché in precedenza la Cassazione, nel negare al detenuto di rigore la liberazione anticipata, considerava irrilevante la carenza di opportunità trattamentali (Cass., Sez. I, 16 maggio 1995, n. 2964, Adelfio, in

Parte della dottrina italiana continua ad affermare che «il carcere duro si caratterizza per un livello di afflittività tale da porre quantomeno in dubbio il rispetto della dignità della persona ed, in generale, dei diritti inviolabili del cittadino tutelati dalla Costituzione nonché delle norme internazionali poste a tutela della popolazione detenuta»⁽⁴⁶⁾. E dal versante dell'avvocatura si è ritenuto – e si continua a ritenere, anche dopo la legge n. 279 del 2002 di modifica della norma *de qua* – che il “carcere duro” implichi un trattamento contrario al senso di umanità⁽⁴⁷⁾.

Aspre critiche al trattamento di rigore sono giunte anche da qualche esponente della magistratura, il quale ha lamentato la distorsione che si realizza con l'utilizzo dell'ordinamento penitenziario per finalità di polizia preventiva – quali la tutela di esigenze di ordine e di sicurezza pubblica – del tutto estranei agli obiettivi dell'esecuzione penitenziaria⁽⁴⁸⁾.

Dello stesso tenore le riflessioni di un direttore di istituto penitenziario per il quale se appaiono condivisibili le finalità che il legislatore si prefigge con lo strumento disciplinato dall'art. 41-*bis* ord. penit. (recidere in ambito penitenziario il vincolo associativo, limitando drasticamente i contatti con l'esterno e incrementare le attività di collaborazione con la giustizia, inducendo il detenuto interessato ad assumere un ruolo antagonistico rispetto all'organizzazione di appartenenza), nel contempo il legislatore utilizza il sistema penitenziario per finalità estranee all'esecuzione della pena.⁽⁴⁹⁾

Cass. pen., 1996, p. 2373.) Per i parametri valutativi della partecipazione al percorso rieducativo, «anche se non è utilizzabile il criterio delle opportunità risocializzanti, è pur sempre vero che è in ogni caso un concreto accertamento della partecipazione dell'interessato all'opera di rieducazione; e, in questo contesto, è certamente un indice di seria valutazione quello della qualità dei rapporti intrattenuti con i compagni di detenzione, con gli operatori penitenziari e con gli stessi familiari»: *Cass.*, Sez. I, 24 giugno 1998 (dep. 16 luglio 1998), n. 3755, Madonia, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1426; *Id.*, Sez. I, 30 gennaio 1995 (dep. 10 maggio 1995), Marchese, *ivi*, 1996, p. 1292.

⁽⁴⁶⁾ Così, da ultimo, A. MORRONE, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 756, al quale si rinvia anche per gli aspetti problematici dell'osservazione della personalità e le conseguenze psichiche del regime differenziato.

⁽⁴⁷⁾ È nota l'avversione dell'Unione delle Camere Penali verso il trattamento carcerario di rigore, sulla quale E. RANDAZZO, *Separazione delle carriere e carcere duro le riforme nel mirino delle Camere Penali*, in *Guida dir.*, 2002, n. 40, p. 11. Per la grave lesione dei principi generali che informano il processo penale provocata dall'estensione del carcere duro a indagati e imputati, si rinvia alle puntuali considerazioni di G. Frigo, *L'eccezione che diventa regola*, *cit.*, p. 416.

⁽⁴⁸⁾ F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, III, c. 439, secondo il quale anche dopo la legge n. 279 del 2002 rimangono intaccate le riserve «in ordine alla messa a regime di uno strumento emergenziale di particolare afflittività e al suo utilizzo per finalità di polizia, estranee alla logica del recupero del soggetto ed alla finalizzazione rieducativa della pena», *ivi*, c. 444-445.

⁽⁴⁹⁾ F. S. DE MARTINO, *Dal Senato è arrivato il primo sì all'istituzionalizzazione del 41-bis*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 40, p. 24.

5. Le sentenze della Corte europea sui casi *Lorsé* e *Van der Ven* contro Paesi Bassi e i suoi importanti riflessi sul trattamento carcerario di rigore italiano: il divieto di perquisizioni degradanti.

A conferma che l'Italia non possa dormire sonni tranquilli sull'applicazione del 41-*bis*, in aggiunta ai pesanti ammonimenti del C.P.T., si segnalano due recenti pronunce della Corte di Strasburgo sul trattamento penitenziario speciale nei Paesi Bassi (E.B.I. regime)⁽⁵⁰⁾, nelle quali i giudici europei, pur ricordando che in generale il regime speciale di detenzione imposto in Italia dall'art. 41-*bis* ord. penit. è significativamente più restrittivo di quello olandese, nei casi specifici i ricorrenti venivano costretti a spogliarsi completamente per essere perquisiti ogni qual volta che avessero avuto un contatto con l'esterno e, soprattutto, erano settimanalmente sottoposti ad ispezione corporale e anale, *a prescindere da eventuali incontri con altre persone*. Con riferimento a queste ultime la Corte europea ha rilevato che «this weekly visit stirp-search was carried out as a matter of routine and was not based on any concrete security need or Mr Lorsé's behaviour»⁽⁵¹⁾.

La Corte ha concluso affermando che le ingiustificate ispezioni corporali settimanali di *routine* rappresentarono un trattamento degradante, in violazione dell'art. 3 Cedu, perché «diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him».

Il messaggio che arriva da queste due recenti sentenze della Corte di Strasburgo è molto chiaro: *nessuna limitazione all'ordinario regime detentivo può prescindere da concrete esigenze di sicurezza o dal comportamento del detenuto*. Ecco perché sono a rischio alcune prescrizioni del regime di rigore applicativo del 41-*bis*, come, ad esempio, il divieto di acquistare sopravvitto o di ricevere dall'esterno generi alimentari, che, secondo l'uso comune, richiedono cottura⁽⁵²⁾.

È evidente come la sospensione di quest'ultima regola non incida minimamente sull'ordine e la sicurezza (né intramuraria, né esterna alle carceri), ma sia dettata dall'intento di «affermare la supremazia dello Stato di diritto nei confronti di chi ha utilizzato le regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio "prestigio criminale"»⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. I, 4 febbraio 2003, *Lorsé* e altri contro Paesi Bassi; Id., Sez. I, 4 febbraio 2003, *Van der Ven* contro Paesi Bassi. Una sintesi di queste sentenze è pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 647. La sentenza *Lorsé v Netherlands* è pubblicata per esteso in *European Human Rights Reports*, July 2003, I, p. 105 s.

⁽⁵¹⁾ § 70 della sentenza *Lorsé* contro Paesi Bassi, in *European Human Rights Reports*, July 2003, I, p. 130.

⁽⁵²⁾ Si tratta di una limitazione contenuta nella circolare del 7 febbraio 1997, cit., e ribadita nella circolare del 20 febbraio 1998.

⁽⁵³⁾ S.F. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2864.

La legge n. 279 del 2002 nel lodevole intento di tipizzare il contenuto regime di rigore⁽⁵⁴⁾, non fa menzione tra le regole trattamentali che possono essere sospese, del divieto al detenuto di acquistare al sopravvittuto generi alimentari richiedenti cottura, onde deve ritenersi che la fonte primaria abbia implicitamente abrogato la disposizione della circolare. Né può ritenersi che questa ed altre limitazioni all'ordinario regime detentivo possano rientrare dalla finestra attraverso la lettera a) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., nella quale si prevede la possibilità, alquanto generica, di adottare «misure di elevata sicurezza interna ed esterna» al fine di impedire collegamenti, contrasti o interazioni con singoli o con realtà criminali organizzate o con altri detenuti perché anche nell'esecuzione della pena vige il principio del *favor rei* e del *favor libertatis*.⁽⁵⁵⁾ Altrimenti si svilirebbe la tipizzazione legislativa dei contenuti del regime speciale e andrebbe contro l'intenzione del legislatore, il quale ha rinunciato ad una vera e propria clausola di chiusura, quale quella contenuta nell'originario disegno di legge di iniziativa governativa, ove era prevista la possibilità di limitare «ogni altra facoltà derivante dall'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario, ove ne sia ravvisato il concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza»⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Valuta positivamente l'elencazione tassativa le restrizioni operabili dal provvedimento applicativo del carcere duro, che in passato erano invece lasciate *ad libitum* del ministro, L. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 32. Anche per F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit., c. 444, «è apprezzabile l'impegno di indicare con previsione tassativa quali siano in concreto le limitazioni ai diritti fondamentali del detenuti sottoposti al 41-*bis* che possono essere legittimamente applicate dal Ministro, e la previsione di un «nocciolo duro» non ulteriormente comprimibile (ad esempio in materia di colloqui)». Invece, per S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 14, l'elencazione delle misure restrittive adottabili ex art. 41-*bis* ord. penit., ricalca in modo pressoché conforme i contenuti del decreto di sottoposizione utilizzato dal Ministro già prima della entrata in vigore della legge n. 279 del 2002.

⁽⁵⁵⁾ Trib. sorv. Napoli, ordinanza 6 aprile 2004, in *Dir. giust.*, 2004, n. 18, p. 77, ha affermato che il regime speciale ex art. 41-*bis* ord. penit. «resta pur sempre una forma di trattamento penitenziario, *in peius*, se vogliamo classificarlo in termini di puro diritto, ma pur sempre trattamento. Quale istituto penitenziario, nella più vasta logica ordinamentale del mondo della esecuzione della pena, non può sottrarsi alle regole giurisprudenziali più accreditate e uniformemente prevalenti, che si ispirano al primordiale principio del *favor rei* e del *favor libertatis*».

⁽⁵⁶⁾ Occorre prendere atto, tuttavia, che la Cassazione tende ad interpretare estensivamente le limitazioni contenute nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit.: Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, (dep. 24 febbraio 2004), n. 8057, PM, in proc. Campisi, in *Sei mesi di giurisprudenza civile, penale, amministrativa e comunitaria*, in *Guida dir.*, 2004, Dossier n. 8, p. 74, con riferimento alla lettera c), ha statuito che la laddove la norma consente di imporre limitazioni concernenti le somme, i beni e gli «oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno», consente l'applicazione delle restrizioni anche alla ricezione di pacchi [negli stessi termini, Cass., Sez. I, 9 gennaio 2004 (dep. 11 febbraio 2004), n. 5523, P.M. in proc. Aparo, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1137]. La Suprema Corte ha così accolto il ricorso del Procuratore Generale, ritenendo illegittima e annullando *in parte qua*, la statuizione del tribunale di sorveglianza che, invece, aveva espressamente escluso ch tra le restrizioni sud-

Proprio dall'oggetto delle pronunce della Corte europea – le perquisizioni personali – arriva un altro importante monito da Strasburgo: non sono ammesse le perquisizioni "degradanti", cioè quelle inutilmente afflittive che, esorbitando le esigenze di sicurezza, creino in capo al detenuto di rigore quei sentimenti di angoscia, umiliazione ed inferiorità suscettibili di configurare un trattamento degradante ex art. 3 Cedu.

Si segnala in argomento una recentissima pronuncia della Cassazione che ha cassato l'ordinanza con la quale il magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia confermava l'ordine di servizio del direttore della casa circondariale di Parma, nella parte in cui disponeva procedersi sistematicamente, nei confronti di un detenuto sottoposto al regime del 41-bis, a perquisizione con la tecnica del denudamento ogni qual volta si recava dalla sua cella nei locali adibiti alle videoconferenze processuali⁽⁵⁷⁾.

In particolare, per la Suprema Corte il detenuto sottoposto al regime di rigore, «proprio per la sua qualificata pericolosità, è già sottoposto a particolari limitazioni e a permanenti forme di controllo e vigilanza anche nel corso degli spostamenti interni nell'ambiente carcerario e che il "controllo a vista" e taluni "accorgimenti" potrebbero far ritenere l'ordinaria perquisizione personale sufficientemente congrua rispetto al fine e viceversa superflue le più gravose modalità del "denudamento senza flessioni" – addirittura ripetuto più volte nel corso della stessa giornata –, in occasione dell'accesso del detenuto alla sala per la videoconferenze».

La Cassazione precisa che l'ispezione corporale con le modalità del "denudamento", anziché l'ordinaria perquisizione personale, ben può essere legittimamente disposta dagli organi dell'amministrazione penitenziaria, quando sia motivatamente sorretta da effettive, specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna, in riferimento alla peculiare situazione di fatto o alla pericolosità dimostrata "in concreto" dalla condotta del detenuto che rendano, nella specie, la misura ragionevolmente necessaria e proporzionata. Requisiti, questi, sicuramente non presenti nel caso di specie, quando il detenuto esce dalla sua cella per recarsi nell'aula di videoconferenza. Infatti, in tal caso, questi non viene a contatto con alcun soggetto pericoloso, ma

dette potessero farsi rientrare quelle concernenti la ricezione dei pacchi e, quindi, nella specie, aveva dichiarato inefficace la disposizione relativa al divieto di ricezione dei pacchi imposta al detenuto con il decreto ministeriale di sottoposizione al regime penitenziario speciale. A quest'ultimo riguardo, Trib. sorv. Perugia, 10 aprile 2003, Pollari, ord. n. 981/03, (citata da S. Ardita, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, cit., p. 729, nota 23, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) ha affermato: «Le limitazioni nella ricezione dei pacchi, oggettivamente considerate, da un lato non sembrano garantire le esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e dall'altro non paiono assicurare le necessità anche igieniche del ristretto. Appare pertanto equo eliminare le limitazioni in esame consentendo che il reclamante riceva pacchi nei limiti previsti dalle normali regole di trattamento penitenziario». Si veda anche, *infra*, la parte finale del § 6.1.

⁽⁵⁷⁾ Cass., Sez. I, 3 febbraio 2004 (dep. 25 febbraio 2004), n. 8411, Zagaria, in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 35.

solo con personale interno all'amministrazione penitenziaria e, in tal caso, con il difensore che peraltro viene perquisito⁽⁵⁸⁾.

6. La giurisprudenza di Strasburgo sulla compatibilità del "carcere duro" con l'art. 8 Cedu: a) le limitazioni alla corrispondenza.

Nelle pronunce, in sede di ricevibilità del ricorso, sui casi *Labita* e *Natoli* contro Italia (citate supra, § 3), la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha anche verificato la compatibilità del trattamento carcerario di rigore sotto i diversi profili del diritto alla inviolabilità della corrispondenza e al rispetto della vita privata previsti dall'art. 8 Cedu.

Per quanto concerne il *diritto alla inviolabilità della corrispondenza*, la Commissione ha ritenuto ricevibile il ricorso, per violazione dell'art. 8 Cedu, in relazione alla sottoposizione della posta del detenuto a visto di censura. Si tratta della violazione per la quale l'Italia è stata poi condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sia nei casi *Labita* e *Natoli*⁽⁵⁹⁾, sia in molte altre sentenze⁽⁶⁰⁾.

Occorre precisare, però, che il mancato rispetto della corrispondenza ha riguardato tutti i detenuti, e non solo quelli sottoposti al 41-bis, quindi questa violazione non può essere considerata come una censura al solo trattamento carcerario di rigore, ma è estendibile all'ordinario regime detentivo. Si tratta del filone giurisprudenziale inaugurato con le sentenze *Calogero Diana* e *Domenichini* del 15 novembre 1996⁽⁶¹⁾; sentenze nelle quali la Corte europea ha ritenuto la normativa italiana che disciplina l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla corrispondenza del detenuto in contrasto con la Cedu⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ L. BLASI, *Difesa dei diritti dei detenuti: un'altra importante conquista*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 34.

⁽⁵⁹⁾ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita* contro Italia, in *Guida dir.*, 2000, n. 18, p. 100 s.; Corte eur. diritti umani, Sez. I, 9 gennaio 2001, *Natoli* contro Italia, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 302.

⁽⁶⁰⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza del 28 settembre 2000, caso *Messina* contro Italia, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 141; Id., Sez. II, 21 dicembre 2000, *Rinzivillo* contro Italia, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 307 s.; Id., Sez. IV, 26 luglio 2001, *Di Giovine* contro Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1440; Id., Sez. I, 24 ottobre 2002, *Messina* (n. 3) contro Italia, *ivi*, 2003, p. 123.

⁽⁶¹⁾ La sentenza *Domenichini* è pubblicata per intero in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 119 s.; una sintesi della sentenza *Calogero Diana* si trova in *Cass. pen.*, 1997, p. 2281. Su entrambe le pronunce, sia consentito rinviare a C. MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, n. 3-2003, p. 139 s.

⁽⁶²⁾ L'inerzia del legislatore italiano, costata all'Italia, come detto, numerose condanne dalla Corte di Strasburgo, ha portato Trib. sorv. Napoli, ordinanza 14 dicembre 2003, in *Guida dir.*, 2004, n. 18, p. 91, a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, ord. penit. «nella parte in cui non prescrive i limiti entro i quali il magistrato di sorveglianza può esercitare il potere di limitare il diritto alla tutela e segretezza della corrispondenza e non prevede la possibilità per il detenuto cui sia stato imposto il visto di censura sulla corrispondenza di tutelare il proprio diritto nel

In una recente pronuncia⁽⁶³⁾ i giudici europei hanno ricordato che già in altre occasioni la disciplina prevista dal combinato disposto degli artt. 18 e 41-*bis* ord. penit. è stata ritenuta violare l'art. 8 Cedu perché «non risultava prevista dalla legge». In particolare, l'art. 18 ord. penit. è troppo generico e lacunoso, limitandosi ad identificare la categoria di soggetti la cui corrispondenza può essere sottoposta a controllo e l'autorità giudiziaria competente, ma non contiene né le regole in grado di individuare il periodo di tempo idoneo a caratterizzare il ritardo nella distribuzione della corrispondenza del detenuto soggetta a censura, né i motivi che detta censura possono giustificare. Non solo, esso non indica neppure con sufficiente chiarezza il grado di discrezionalità dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere in punto di censura oltre a non offrire istruzioni sulle modalità attraverso le quali tale discrezionalità debba essere esercitata.

Sempre recentemente, la Corte di Strasburgo ha osservato che la previsione in forza della quale le autorità penitenziarie hanno operato la censura delle lettere del ricorrente – appunto l'art. 41-*bis* ord. penit. – non può essere ritenuta una disposizione in grado di giustificare, ai sensi dell'art. 8 § 2 Cedu, un'ingerenza dello Stato nell'esercizio del rispetto della vita privata e familiare, perché priva i detenuti del grado di protezione minimo richiesto dalla Convenzione europea dei diritti umani⁽⁶⁴⁾.

Ma per la Corte di cassazione⁽⁶⁵⁾, le censure della Corte europea, per quanto concerne i detenuti sottoposti al c.d. carcere duro, sono state colmate dalle modifiche apportate all'art. 41-*bis* ord. penit. dalla legge n. 279 del 2002. «La nuova disciplina – afferma il Collegio – prevede che la sospensione delle regole del trattamento può comportare «la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del parlamento o con altre autorità europee o nazionali in materia di giustizia (comma 2quater lettera e)»⁽⁶⁶⁾.

l'ambito di un procedimento giurisdizionale», in riferimento agli artt. 3, 15 e 24 Cost. La Corte costituzionale, con ordinanza 28 luglio 2004, n. 293, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2921 s., ha restituito gli atti al giudice *a quo* perché nel frattempo è intervenuta la legge 8 aprile 2004, n. 95, che ha introdotto una nuova disciplina in ordine alla corrispondenza dei detenuti.

⁽⁶³⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas* contro Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1569 s.

⁽⁶⁴⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 6 luglio 2004, *Madonia* contro Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1307 s.

⁽⁶⁵⁾ Cass., Sez. I, 14 novembre 2003 (dep. 9 gennaio 2004), n. 449, in *Dir. giur. st.*, 2004, n. 4, p. 15 s.

⁽⁶⁶⁾ Una delle prime applicazioni della legge n. 95 del 2004, in materia dei controlli sulla corrispondenza dei detenuti ha escluso che per «autorità europee o nazionali in materia di giustizia» dovrebbero intendersi quelle indicate dall'art. 67 ord. penit. (quest'ultima norma contiene un elenco di soggetti ammessi a visitare a sorpresa gli istituti penitenziari), concludendo che «L'ordinamento non prevede la facoltà per i soggetti detenuti di inoltrare corrispondenza "in busta chiusa" alla Presidenza del Consiglio dei ministri»: Trib. sorv. Torino, 20 luglio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 2546 (il testo per intero della sentenza si trova nel sito www.giuffre/riviste/merito).

Invero, nella nuova disciplina dell'art. 41-*bis* ord. penit., il visto di sottoposizione a controllo della corrispondenza è oggetto di una espressa previsione legislativa nella quale vengono indicati i limiti temporali (il decreto che applica il carcere duro è un provvedimento, seppur prorogabile, di durata limitata nel tempo), i motivi posti a fondamento della misura restrittiva (tutela delle esigenze di ordine e sicurezza) e i poteri del sindacato giurisdizionale in sede di reclamo, venendo meno i profili di indeterminatezza censurati in sede europea⁽⁶⁷⁾.

6.1. Segue: b) le limitazioni ai colloqui.

Passando al *diritto al rispetto della vita privata*, riconosciuto e garantito anch'esso nell'art. 8 Cedu, la Commissione europea dei diritti umani ha invece dichiarato irricevibili tutti i ricorsi di detenuti di rigore ex art. 41-*bis* perché, tenuto conto delle gravi esigenze delle indagini di mafia, le restrizioni del diritto di visita da parte dei familiari (una visita al mese, ciascuna di un'ora, con la presenza di un vetro di separazione), inserendosi all'interno di una legislazione avente lo scopo di combattere una criminalità organizzata molto aggressiva, qual'è la mafia, non sono andate al di là di ciò che come previsto dal § 2 dell'art. 8 Cedu, in una società democratica, è necessario per la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e per la prevenzione dei reati⁽⁶⁸⁾.

Questo orientamento della Commissione europea in materia di colloqui risulta confermato dalla sentenza della Corte europea dei diritti umani sul caso *Messina* contro Italia, ove si afferma che l'ingerenza al rispetto della vita familiare non viola la Convenzione, essendo proporzionata allo scopo legittimo perseguito dal regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit. che è quello tendente a «recidere i legami esistenti tra la persona interessata e il suo ambiente criminale di origine, al fine di ridurre al minimo il rischio di utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di appartenenza»⁽⁶⁹⁾. In questi passaggi, la pronuncia riprende quanto specificato dalla nostra Corte costituzionale che

⁽⁶⁷⁾ Commentando la sentenza della Cassazione, L. BLASI, *Per limitare i diritti civili occorre un atto del giudice, non del ministro*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 4, p. 12 s., ritiene che l'art. 41-*bis* ord. penit. continui a violare l'art. 15 Cost., in quanto la limitazione del diritto della corrispondenza deve avvenire con atto motivato dell'autorità giudiziaria, ed il «decreto del ministro della Giustizia non può certamente soddisfare i requisiti costituzionali sul tema», *ivi*, p. 14.

⁽⁶⁸⁾ Come rilevato da F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 126, in occasione della decisione sul caso *Natoli*, cit. (vedi § 3), «Con tale pronuncia, la Commissione europea sembra voler sfuggire al rischio di ingiustificati unilateralismi nel settore dei diritti dell'uomo».

⁽⁶⁹⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. II, 28 settembre 2000, *Messina* contro Italia (della quale parleremo diffusamente nel prossimo §), in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 143.

ha interpretato le esigenze di «ordine e di sicurezza pubblica» come effettivo pericolo della permanenza dei suddetti collegamenti⁽⁷⁰⁾. E l'esigenza di evitare collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva è fortemente avvertita anche dalla normativa sui collaboratori di giustizia⁽⁷¹⁾, spesso terreno di polemiche quando la sua applicazione coinvolga pericolosi boss mafiosi⁽⁷²⁾.

La giurisprudenza in materia di colloqui formatasi in sede europea ricalca quanto già affermato dalla Corte di Cassazione con riferimento alla limitazione dei colloqui con i più stretti familiari⁽⁷³⁾. Essa, tuttavia, non appare pienamente condivisibile⁽⁷⁴⁾. Autorevole dottrina ha segnalato il profilo dell'effettiva funzionalità di un ridotto numero

⁽⁷⁰⁾ Corte cost., sentenza n. 376 del 1997, cit., p. 3624, per la quale «il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo del reato oggetto della condanna o della imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamento».

⁽⁷¹⁾ L'art. 13-ter legge n. 82 del 1991 consentiva al collaboratore di giustizia ammesso al programma di protezione l'accesso senza alcun limite alle misure alternative alla detenzione. L'art. 14 della legge n. 45 del 2001 ha inserito l'art. 16-*nonies* alla legge n. 82 del 1991 che consente di usufruire della liberazione condizionale e della detenzione domiciliare solo dopo l'espiazione di un quarto di pena o, se si tratta di condannato all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena (mentre nessun limite di pena scontata è previsto per i permessi premio). E, soprattutto, il tribunale o il magistrato di sorveglianza potrà applicare i benefici penitenziari se, oltre all'importanza della collaborazione e del ravvedimento, «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Per un'applicazione concreta, in tema di detenzione domiciliare, Trib. sorv. Firenze, 18 settembre 2001, De Natale, in *Foro it.*, 2002, II, c. 137.

⁽⁷²⁾ Ha avuto larga diffusione mediatica la notizia dei permessi premio concessi a Giovanni Brusca (notizia seguita da un coro di polemiche da tutte le forze politiche e da accertamenti ministeriali sul tribunale di sorveglianza di Roma). In occasione del permesso premio concesso dal magistrato di sorveglianza di Roma in data 28 ottobre 2004, Brusca ha violato il divieto di comunicare con l'esterno essendo stato sorpreso a telefonare da un cellulare. Da queste prescrizioni che accompagnano il beneficio si evince come sia fortemente avvertita l'esigenza di eliminare qualunque possibilità di collegamento con la criminalità organizzata. Il Brusca si è lamentato che quando è in carcere gli sono concesse regolari telefonate ai familiari, mentre durante i permessi non solo a lui è vietata qualsiasi chiamata, ma vi è pure la sottrazione del telefonino alla moglie. Ma, com'è stato ben affermato, «Il motivo appare piuttosto logico, visto che dalla prigione le telefonate si possono controllare agevolmente e all'esterno meno» (G. Bianconi, *Brusca torna in carcere: ha usato il cellulare*, in *Corriere della Sera*, 31 ottobre 2004, p. 12).

⁽⁷³⁾ Per Cass., Sez. I, 15 dicembre 1994, P.M. in proc. Cuntrera, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1515, la sospensione delle regole del trattamento ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. «può legittimamente riguardare anche la limitazione dei colloqui del detenuto con i propri familiari, non applicandosi al regime carcerario «di emergenza» il disposto dell'art. 14-*quater*, quinto comma, ord. penit., che esclude, ma con riferimento al diverso istituto della "sorveglianza particolare", la possibilità di simili restrizioni». Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 28 ottobre 1994, Gionta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 635.

⁽⁷⁴⁾ Commentando la sentenza *Messina* contro Italia, cit., B. Giordano, *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*, in *Guida dir.*, 2001, n. 6, p. 144, ricorda che la motivazione giustifica la limitazione ai colloqui «ma trascura la spiegazione del *discrimen* tra limitazione giusta e ingiusta; i giudici di Strasburgo non si soffermano al fine di spiegarci quando tale limitazione sia necessaria, proporzionata, opportuna e quindi tollerabile; indicazione che invece sarebbe stata molto utile e opportuna sia per l'interprete che per il legislatore italiano».

di colloqui rispetto all'obiettivo della lotta alla criminalità: «si potrebbe infatti sostenere che, una volta ammesso per ragioni umanitarie il colloquio mensile, tanto basta per compromettere il raggiungimento dei risultati avuti di mira»⁽⁷⁵⁾. Nel qual caso, la drastica limitazione del numero di colloqui con i familiari sembra rispondente all'esigenza di una maggiore afflittività della pena, più difficile da giustificare ex art. 8, § 2, Cedu.

Il problema è che il bilanciamento tra le esigenze di ordine e di sicurezza pubblica dello Stato e il diritto dei detenuti di rigore di continuare a intrattenere un minimo di vita familiare attraverso colloqui visivi e telefonici è molto difficile, se non impossibile. E di questo si rendono conto i giudici europei quando affermano che «la sospensione o la limitazione dei colloqui con i più stretti familiari costituiscono il mezzo per reiterare l'attività criminosa»⁽⁷⁶⁾.

È ben nota, infatti, l'assoluta particolarità delle associazioni mafiose e dei loro sistemi di azione e comunicazione, anche simbolica⁽⁷⁷⁾. Limpida dimostrazione ne è la recente scoperta che un noto boss mafioso inviava dal carcere fax contenenti in un linguaggio criptico gli ordini per continuare a reggere, attraverso il contributo delle mogli, le file dell'organizzazione criminale⁽⁷⁸⁾. Occorre, quindi, intensificare ancora di più i controlli di quelle finestre di contatti concessi ai sottoposti al 41-bis⁽⁷⁹⁾, senza sbandierare riforme più restrittive del trattamento di rigore che si potrebbero porre in contrasto con la Costituzione.

⁽⁷⁵⁾ F. DELLA CASA, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, cit., 1999, p. 127.

⁽⁷⁶⁾ Commissione eur. dir. uomo, 18 maggio 1998, *Natoli* contro Italia, cit., c. 322. Anche la Cassazione ha giustificato la limitazione dei colloqui con i più stretti familiari motivando che «in determinati ambienti e per determinati soggetti i colloqui costituiscono il mezzo per reiterare l'attività criminosa»: Cass, Sez. I, 25 luglio 1995, *Piromalli*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 935.

⁽⁷⁷⁾ M. VADUANO, *La pericolosità delle associazioni mafiose impone cautela nelle «aperture» del 41-bis*, in *Guida dir.*, 1998, n. 9, p. 108.

⁽⁷⁸⁾ Come si è appreso dai *mass media*, si fa riferimento ai fax inviati dal carcere di Viterbo da Leonardo Vitale, detenuto in regime di 41-bis, alla moglie dandogli direttive su come far lavorare "gli operai in campagna", parlando di "mucche, latte e vitelli". La moglie del boss di Partitico, intercettata dagli investigatori che da tempo la sospetavano di aver preso in mano le redini del clan, ha decrittato ad alta voce quelle che sembravano frasi innocue: gli operai erano gli esattori del racket, le mucche erano le aziende a cui chiedere il pizzo, il latte e i vitelli erano i proventi delle estorsioni. Vedi, *La Repubblica*, 9 novembre 2004, p. 23.

⁽⁷⁹⁾ Come affermato dal Procuratore della Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo, Piero Grasso, «Non solo i boss continuano a dare ordini da dietro le sbarre ma adesso lo fanno sfruttando a loro vantaggio i diritti che vengono loro concessi, come appunto l'utilizzo dei fax. Rispettare i diritti dei detenuti ai quali è stato consentito di avere contatti diretti con i loro figli prima impediti da un vetro divisorio è giusto, ma dovremmo essere in grado di effettuare i dovuti controlli»: *La Repubblica*, 9 novembre 2004, p. 23. Si segnala anche Trib. sorv. Torino, 10 giugno 2003, Alcamo, ord. n. 3349/03, *inedita*, ove si afferma che la prescrizione relativa alla limitazione nella introduzione di oggetti [art. 41-bis, comma 2-quater, ord. penit., lett. c)] «non ha fondamento all'interno del carcere di Novara dove tale materia ha una regolamentazione che se scrupolosamente applicata dovrebbe impedire l'ingresso all'interno dell'istituto sia di materiale vietato ... sia il crearsi di eventuali disparità di trattamento tra detenuti».

Inoltre, i timori per i possibili aggiramenti al carcere duro non possono costituire il pretesto per imporre ai detenuti sottoposti al carcere duro ulteriori limitazioni rispetto a quelle previste dalla legge, allargando le maglie della norma che tassativamente dispone le deroghe all'ordinario regime detentivo⁽⁸⁰⁾. Ecco perché devono essere salutate con favore quelle decisioni dei magistrati di sorveglianza che riconoscono ai detenuti in regime di 41-*bis* i maggiori colloqui telefonici riconosciuti dalla legge. In particolare, è stato riconosciuto in via generale e non soltanto in sostituzione del mancato espletamento del colloquio personale che può essere autorizzata la fruizione del colloquio telefonico mensile. Dopo aver ricordato che il comma 2-*quater*, lett. *b*), ultimo periodo dell'art. 41-*bis* ord. penit. (introdotto dalla legge n. 279 del 2002) prevede che la fruizione di un colloquio telefonico mensile con i familiari e i conviventi della durata massima di dieci minuti (sottoposto comunque a registrazione) può essere autorizzato dal direttore dell'istituto solo dopo i primi sei mesi di applicazione del carcere duro, il Magistrato di sorveglianza di Cuneo ha riconosciuto in materia una discrezionalità dell'autorità amministrativa, la quale «osta ad una interpretazione restrittiva che affermi unicamente l'espletamento del colloquio telefonico in sostituzione di uno dei colloqui personali indicati all'inizio della lett. *b*) non fruito, in quanto tale fattispecie costituisce un vero e proprio diritto del detenuto non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'autorità dirigente dell'Istituto, mentre nel primo caso si prevede unicamente la possibilità di ottenere l'autorizzazione al colloquio telefonico, laddove il detenuto ne risulti meritevole»⁽⁸¹⁾.

Allo stesso modo si segnalano alcune pronunce del Tribunale di sorveglianza di Torino che hanno dichiarato la nullità della disposizione (contenuta nel decreto che disponeva o prorogava il carcere duro) di un colloquio *vis à vis* al mese, mancando una specifica motivazione a sostegno della scelta di concedere un colloquio anziché due⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ La regolamentazione analitica del contenuto e dei limiti del provvedimento ministeriale ha «l'evidente intento di limitare per quanto possibile i margini di discrezionali dell'amministrazione nella gestione del regime speciale»: L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti*, in *Guida dir.*, 2003, n. 1, p. 36.

⁽⁸¹⁾ Mag. sorv. Cuneo, ordinanza 29 maggio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2457. Nella stessa pronuncia per ciò che concerne le ore di permanenza all'aperto, è stata considerata illegittima l'interpretazione secondo la quale devono ritenersi incluse nel tetto minimo delle quattro ore di permanenza all'aria aperta (consentite dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*, ord. penit.) le ore da trascorrere in locali interni di svago, poiché, mentre con riferimento all'aria aperta si pone la necessità di far fronte ad esigenze igienico sanitarie, anche per consentire una tutela della salute del detenuto, la previsione delle ore di socialità risponde all'esigenza di garantire comunque la finalità rieducativa della pena, attraverso l'impiego del tempo libero per lo svolgimento di attività ricreative e culturali.

⁽⁸²⁾ Trib. sorv. Torino, 25 giugno 2003, Caiazzo, ord. n. 3846/03, Id., 26 febbraio 2003, Dell'Anna, ord. n. 1212/03, citati da S. Ardita, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, cit., p. 729, nota 22.

7. La sentenza della Corte europea *Messina* contro Italia sul mancato rispetto del termine legale per decidere sul reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-bis: violazione dell'art. 13 Cedu.

Passando dal versante sostanziale del trattamento carcerario di rigore a quello della tutela giurisdizionale, la Corte di Strasburgo è intervenuta con due importanti pronunce nei confronti dell'Italia sulla carenza di garanzie giurisdizionali del regime detentivo di rigore previsto dall'art. 41-bis ord. penit. Si tratta delle sentenze del 28 settembre 2000, sul caso *Messina* e del 30 ottobre 2003, sul caso *Ganci*.

Iniziando dalla sentenza *Messina* contro Italia⁽⁸³⁾, il ricorrente è stato sottoposto al regime carcerario di rigore per circa quattro anni e mezzo (dal 26 novembre 1993 al 21 maggio 1998). In quest'arco temporale, a carico del Messina sono stati adottati nove provvedimenti che imponevano trattamento carcerario di rigore, ognuno avente una efficacia temporale di sei mesi.

La sequenza sistematica che ha caratterizzato questa catena di decreti ministeriali vedeva il *Messina* proporre reclamo avverso tali provvedimenti al tribunale di sorveglianza, di volta in volta, competente denunciando, in particolare, l'assenza di motivi concreti che giustificassero la proroga del regime di rigore e sosteneva che le limitazioni dei colloqui e della permanenza all'aria aperta nonché il divieto di acquistare cibi da cuocere erano contrarie all'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit. e allo scopo della rieducazione, ed erano anche vessatorie.

I tribunali di sorveglianza si pronunciavano sempre dopo il termine legale di dieci giorni dalla ricezione del reclamo previsto dall'art. 14-*ter*, comma 2, ord. penit. (in genere si sono pronunciati dopo tre-quattro mesi), ciò perché la giurisprudenza ha sempre affermato che trattasi di un termine ordinatorio⁽⁸⁴⁾. Nel merito, respingevano il reclamo ritenendo che l'applicazione al ricorrente del 41-bis fosse giustificata e che il provvedimento impugnato fosse sufficientemente motivato e si limitavano a revocare talune limitazioni imposte da provvedimento che disponeva il c.d. carcere duro.

Avverso l'ordinanza del tribunale di sorveglianza, il *Messina* proponeva ricorso in Cassazione, il quale veniva sistematicamente dichiarato inammissibile per assenza di interesse ad agire delle parti, poi-

⁽⁸³⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. II, 28 settembre 2000, *Messina* contro Italia, cit.

⁽⁸⁴⁾ Secondo la Suprema Corte il termine di dieci giorni previsto dall'art. 14-*ter* ord. penit. è ordinatorio, non avendo la legge previsto alcuna sanzione per la sua inosservanza: vedi, Cass. pen., Sez. I, 15 dicembre 1995, Molinari, in *Cass. pen.*, 1997, p. 547, n. 363; Id., Sez. I, 9 dicembre 1994, Dalleria, in *CED Cass.*, n. 200348. Anche la giurisprudenza di sorveglianza è ferma in tale direzione; cfr., da ultimo, Trib. sorv. Torino, 19 marzo 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1152.

ché i provvedimenti emanati (aventi efficacia di sei mesi) erano decaduti prima della pronuncia della Suprema Corte⁽⁸⁵⁾.

Preso atto dell'impossibilità di ottenere una pronuncia in materia da parte della Suprema Corte⁽⁸⁶⁾, viste le vie di ricorso dell'ordinamento interno, il *Messina* adiva la Corte europea denunciando la violazione dell'art. 13 Cedu perché assumeva di non avere potuto usufruire di un ricorso effettivo per tutelare i diritti riconosciuti dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo ha premesso che la semplice inosservanza di un termine di legge non implica una violazione del diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'art. 13 Cedu. Tuttavia, «il tempo necessario all'esame di un ricorso può metterne in discussione l'efficacia». Ecco perché al fine di valutare se i ritardi nelle decisioni sui reclami formulati dal ricorrente abbiano privato di efficacia il ricorso al tribunale di sorveglianza, la Corte europea ha tenuto conto di altri due elementi: la durata limitata – sei mesi – di ciascun provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore, e la circostanza che il Ministro di grazia e giustizia non è vincolato da un'eventuale decisione del tribunale di sorveglianza che revoca parzialmente o integralmente le disposizioni del provvedimento precedente (egli può pertanto emettere, immediatamente dopo lo spirare del termine di validità di uno di tali provvedimenti, un nuovo decreto che ripristini le limitazioni revocate dal tribunale)⁽⁸⁷⁾.

Dopodiché, la Corte europea ha atto preso che l'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni ha ridotto sensibilmente, perfino quasi vanificato, l'incidenza del controllo esercitato dai tri-

⁽⁸⁵⁾ Le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza 24 marzo 1995, Meli, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 920, ha ritenuto «inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso avverso l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che abbia rigettato il reclamo contro il decreto ministeriale, quando nelle more del giudizio di cassazione il termine di durata del provvedimento sia interamente decorso». E ciò anche quando «la sospensione delle regole sia stata prorogata con altro decreto ministeriale, avverso il quale dovrà semmai essere proposto un nuovo ed autonomo reclamo» (Cass. pen., Sez. I, 17 ottobre 1994, Sguera, in *CED Cass.*, n. 199485). Ad avviso della Suprema Corte, infatti, l'interesse richiesto per l'ammissibilità delle impugnazioni «deve sussistere, oltre che nel momento della proposizione del gravame, anche in quello della sua decisione e deve configurarsi in maniera concreta ed attuale e non già come pretesa all'esattezza giuridica della decisione sotto il profilo unicamente teorico»: Cass. pen., Sez. I, Bruzzise, in *CED Cass.*, n. 199607. Per la modifica di questo orientamento giurisprudenziale, si veda § 10.

⁽⁸⁶⁾ Come osserva S. ARDITA, *Sulla permanenza dell'interesse ad impugnare e sull'obbligo di motivazione del provvedimento del regime detentivo speciale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2297, l'assenza di pronunce della Cassazione sui decreti che applicavano o prorogano il carcere duro ha avuto come conseguenza indiretta «quella di vedere orbata l'intera materia dell'apporto interpretativo della Suprema Corte. Donde una varietà di posizioni della giurisprudenza di merito; nessuna certezza o quantomeno puntualizzazione sulla natura giuridica e sulla funzione dell'istituto; pronunce discordanti anche da diversi collegi nell'amito dei medesimi tribunali di sorveglianza».

⁽⁸⁷⁾ Si tratta di un aspetto che, come vedremo *infra*, § 9, la legge n. 279 del 2002 ha modificato, ribaltando il principio di non vincolatività per il Ministro del *dictum* del Tribunale di sorveglianza.

bunali di sorveglianza sui provvedimenti ministeriali. Nel caso in esame, il tribunale di sorveglianza ha revocato in tre occasioni le limitazioni delle visite familiari: ma a causa del ritardo nell'adozione di tali decisioni (in totale un ritardo di circa sette mesi) il *Messina* ha subito tali limitazioni per più tempo del necessario; inoltre le medesime limitazioni sono state reintrodotte solamente due o tre mesi dopo che erano state revocate.

In tali circostanze, la Corte ha concluso che «il reclamo davanti al Tribunale di sorveglianza non costituisce un ricorso effettivo relativamente alla doglianza sostenibile del ricorrente di una violazione del diritto al rispetto della sua vita familiare garantito dall'art. 8 della Convenzione», constatando la violazione dell'art. 13 Cedu sotto il profilo della garanzia di un diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale nel caso di violazione di un diritto umano, in quanto nel caso concreto il diritto a ricorrere avverso il decreto di concessione o di proroga del regime di sorveglianza speciale ex art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. è stato formalmente garantito (tant'è che il ricorrente se ne è sempre avvalso) ma sostanzialmente vanificato dalle decisioni tardive del tribunale di sorveglianza, intervenute dopo parecchi mesi dalla ricezione del reclamo, anziché entro dieci giorni.

Questa pronuncia è la limpida dimostrazione come sempre più spesso i giudici di Strasburgo si ergono a garanti dei diritti dei detenuti che non abbiano trovato compiuta tutela negli ordinamenti nazionali, compiendo un'analisi dettagliata e non meramente formale sia sulle ragioni che nel singolo caso concreto hanno legittimato le restrizioni dei diritti che la Convenzione riconosce anche ai detenuti, sia sulle carenze dei rimedi giurisdizionali attivati per tutelare siffatti diritti.

8. La sentenza *Ganci* contro Italia sulla mancata pronuncia nel merito del reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il 41-*bis*: violazione dell'art. 6 Cedu.

Tra il 13 novembre 1996 e il 31 dicembre 2000, nei confronti del *Ganci* sono stati adottati nove decreti del Ministro della giustizia che disponevano il trattamento di rigore, avverso i quali si introduceva reclamo davanti al tribunale di sorveglianza. Questi reclami hanno avuto diversa fortuna, ma soprattutto in quattro occasioni sono stati dichiarati inammissibili dal presidente del tribunale di Perugia per carenza di interesse del ricorrente alla decisione poiché, a causa dei ritardi nell'esame dei reclami, erano scaduti i termini dei provvedimenti. Proprio su questi casi in cui non è intervenuta nessuna decisione durante il periodo di validità dei provvedimenti ex art. 41-*bis* ord. penit. punta l'indice la Corte europea, verificando se vi è stata la violazione dell'art. 6 Cedu, così come

sostenuto dal ricorrente, per il mancato rispetto del diritto all'accesso ad un tribunale⁽⁸⁸⁾.

La Corte europea ha osservato che mentre nel caso *Messina* la decisione sui reclami al tribunale di sorveglianza era intervenuta fuori termine, nel caso *Ganci*, i tribunali non hanno mai deciso il merito dei quattro reclami del ricorrente⁽⁸⁹⁾.

Fatta questa differenziazione, i giudici europei hanno constatato che l'assenza di qualsivoglia decisione sul merito dei reclami ha vanificato l'incidenza del controllo esercitato dai tribunali sui provvedimenti del Ministro della giustizia. «Del resto, se la legge applicabile prevede un termine per la decisione di soli dieci giorni, tale circostanza, a giudizio della Corte, è giustificata dalla gravità della ripercussione del regime speciale sui diritti del detenuto, e dall'altro dalla validità temporale della decisione impugnata»⁽⁹⁰⁾.

Avendo concluso per la violazione dell'art. 6 Cedu, la Corte europea ha ritenuto che non occorresse esaminare se vi sia stata violazione dell'art. 13 Cedu perché quando si pone un problema di accesso ad un tribunale, le garanzie dell'art. 13 sono assorbite da quelle dell'art. 6⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ La Corte europea ha preliminarmente risolto il problema dell'applicazione dell'art. 6 Cedu nel caso di specie. Pur concordando con il Governo italiano che i procedimenti in contestazione non concernano la «fondatezza di un'accusa penale» a carico del ricorrente (in quanto il tribunale di sorveglianza dirime questioni che riguardano l'esecuzione della pena già irrogata dalla giurisdizione che si è pronunciata sulla fondatezza dell'accusa penale), ritiene ugualmente applicabile l'art. 6 Cedu perché trattasi di una «contestazione su diritti e obblighi di carattere civile». In particolare, «almeno alcune delle gravi restrizioni disposte dai provvedimenti del Ministro della giustizia nei confronti del ricorrente – quali quella relative ai contatti con sua famiglia e quelle che avevano ripercussione patrimoniale – concernono sicuramente i diritti della persona e, pertanto, hanno carattere civile» (§ 25 della sentenza).

⁽⁸⁹⁾ Richiamando la parte motiva della sentenza *Messina* (analizzata nel § precedente), la Corte di Strasburgo ricorda come il semplice superamento di un termine legale non costituisce una violazione del diritto garantito. Tuttavia – afferma la Corte – in quella sede essa ha messo in guardia sul fatto che «il tempo necessario per l'esame di un reclamo (poteva) pregiudicarne l'efficacia».

⁽⁹⁰⁾ Corte eur. dir. umani, Sez. I, 30 ottobre 2003, *Ganci* contro Italia, § 31, in *Guida dir.*, 2003, n. 49, p. 94, che ancora una volta ripete quanto già affermato nella pronuncia sul caso *Messina* (§ 95).

⁽⁹¹⁾ Si deve prendere atto che sia nella sentenza sul caso *Ganci*, sia in quella sul caso *Messina*, la Corte europea non ha accordato un'equa riparazione chiesta dai ricorrenti (un milione di euro da *Ganci*, due miliardi di vecchie lire da *Messina*), ma ha deciso che la mera constatazione della violazione della Convenzione costituisce, di per sé, un'equa soddisfazione sufficiente per il danno morale subito dai ricorrenti. Trattasi di un orientamento criticabile perché finisce per svilire qualsiasi aspettativa del detenuto ricorrente ad ottenere un riconoscimento non meramente simbolico della lesione di un suo diritto, ma un risarcimento di carattere patrimoniale. Si vedano in merito gli appunti critici di B. Giordano, *La restrizione può essere adottata dallo Stato solo con una legge che indichi durata e motivazioni*, in *Guida dir.*, 2001, p. 145 s. Cerca, invece, di giustificare siffatto orientamento della Corte di Strasburgo, F. BUONUOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto della giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, p. 77: «Quando si afferma che la declaratoria di violazione in dispositivo rappresenta di per sé un equo soddisfacimento del ricorso, probabilmente è perché la Corte si rende conto dell'emergenza criminale che l'Italia affronta».

Dunque, la sentenza *Ganci* è più pesante per l'Italia rispetto alla violazione dell'art. 13 Cedu riscontrata nel caso *Messina*. La novità della sentenza *Ganci* non è, infatti, di mera qualificazione di fatti che già nel caso *Messina* diede luogo a declaratoria di violazione a carico dello Stato italiano. Stavolta, le medesime evidenti disfunzioni del meccanismo del reclamo al tribunale di sorveglianza contro il decreto ministeriale che dispone il carcere duro rilevano in sé come fonte di violazione, senza necessità che si "appoggino" a violazione di altra norma convenzionale dichiarata in precedenza (sempre nella sentenza *Messina*, la violazione dell'art. 13 fu riconosciuta solo perché in precedenza s'era dichiarato violato il diritto al rispetto della corrispondenza, di cui all'art. 8 Cedu)⁽⁹²⁾.

La sentenza *Ganci* contro Italia conferma come il problema del carcere duro continua ad essere sotto stretta sorveglianza della Corte europea dei diritti umani, soprattutto sul versante della tutela giurisdizionale avverso il decreto che dispone o proroga il 41-*bis*.

A riguardo, anche se con la legge n. 279 del 2002 il legislatore ha accentuato i caratteri giurisdizionali del procedimento per reclamo ex art. 41-*bis* ord. penit.⁽⁹³⁾, sia consentito, in questa sede, accennare alla palese violazione del diritto di difesa del detenuto nei confronti del quale viene chiesta l'applicazione o la proroga del regime di rigore laddove non è previsto il deposito da parte del Ministro della giustizia (e la conseguente visione ed estrazione di copie) delle informative dell'ufficio del pubblico ministero che procede e quelle acquisite presso la Direzione investigativa antimafia e gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica od eversiva⁽⁹⁴⁾. E tali informative – spesso generiche, non indicative di fatti specifici verificabili⁽⁹⁵⁾ – non di rado non sono neppure trasmesse, a sostegno del decreto ministeriale impugnato, al tribunale competente⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹²⁾ F. BUONUOMO, *Le conseguenze del carcere duro sull'individuo giustificano un termine fissato a dieci giorni*, in *Guida dir.*, 2003, n. 49, p. 98.

⁽⁹³⁾ In ragione dei connotati sicuramente giurisdizionali che il nuovo procedimento di reclamo avverso i decreti ministeriali inerenti al regime carcerario differenziato ha assunto a seguito delle modifiche apportate dalle novella, Cass., Sez. I, 30 ottobre 2003, n. 41321, Cammarata, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 460, lo ha considerato «del tutto assimilabile ad un comune mezzo di impugnazione e deve pertanto essere corredato, a pena di inammissibilità, dei prescritti motivi, secondo la disciplina dettata dagli artt. 581, lett. c), e 591, comma 1, lett. c), c.p.p., senza che all'eventuale mancanza di detti motivi possa sopperirsi mediante produzione di memorie, ai sensi dell'art. 666, comma 3, c.p.p.».

⁽⁹⁴⁾ Come rileva F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 357, «Risulterà pertanto impossibile per il reclamante, pur potendo accedere al contraddittorio avanti al tribunale di sorveglianza, di fatto, poter esercitare il diritto di difesa, in mancanza del vaglio della documentazione a supporto del decreto ministeriale; gli effetti si concretizzano in un contraddittorio apparente con inevitabile violazione della parità delle parti evocata dall'art. 111 comma 2 Cost.».

⁽⁹⁵⁾ G. SPANGHER, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2003, p. 106.

⁽⁹⁶⁾ F.S. FORTUNA, *Il carcere duro, la negazione dell'ideologia penitenziaria*, in questa *Rivista*, 2004, n.1, p. 73.

Questa assenza della parità delle armi tra le parti⁽⁹⁷⁾ potrebbe dare luogo a pronunce europee per carenza di una tutela effettiva del detenuto al trattamento carcerario differenziato disciplinato dall'art. 41-*bis* ord. penit.⁽⁹⁸⁾.

9. La legge n. 279 del 2002 e l'adeguamento alla sentenza sul caso *Messina* della Corte di Strasburgo.

Dopo avere analizzato le sentenze *Messina* e *Ganci* contro Italia che hanno censurato alcuni profili relativi al sistema di tutela avverso il provvedimento che applica il 41-*bis*, vediamo come sono state recepite nell'ordinamento italiano queste pronunce della Corte europea, sia da parte del legislatore che dalla giurisprudenza.

Nel dichiarare la violazione dell'art. 13 Cedu, per la mancanza di un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice nazionale contro il provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore, la sentenza *Messina*, come detto, ha puntato la sua attenzione su tre elementi: 1) l'inosservanza sistematica del termine legale di dieci giorni dalla ricezione del reclamo per decidere sullo stesso; 2) la durata limitata del decreto ministeriale che applica o proroga il regime del 41-*bis*; 3) la non vincolatività per il Ministro di grazia e giustizia delle statuizioni del tribunale di sorveglianza che abbiano revocato integralmente o parzialmente le limitazioni previste dal provvedimento restrittivo precedente.

Soprattutto su questi ultimi due elementi è intervenuto l'intervento adeguativo dello Stato italiano alle pronunce europee⁽⁹⁹⁾, rea-

⁽⁹⁷⁾ B. BOCCHINI, *Sull'ampiezza del controllo giurisdizionale in tema di carcere duro*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1156, parla di un «doppio binario» di giurisdizione dove in uno vi sono i «41-*bis*» (che godono di minori garanzie giurisdizionali) e dell'attuale precario equilibrio che si annida nei confini del «carcere duro», anche alla luce della recente e non sottovalutabile giurisprudenza della Corte europea.

⁽⁹⁸⁾ Altra recente problematica in tema di 41-*bis*, che potrebbe portare ad altre severe sentenze di violazione della Corte di Strasburgo è la seguente: a fronte del chiaro disposto normativo dell'art. 41-*bis*, comma 2-*sexies*, ord. penit., a norma del quale il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza che decide sul reclamo avverso il decreto che dispone o proroga il trattamento di rigore «non sospende l'esecuzione del provvedimento», vi è stato qualche Tribunale di sorveglianza che ha invece statuito che «in pendenza di ricorso per cassazione proposto dal Procuratore Generale avverso l'ordinanza di revoca del regime di sorveglianza particolare è sempre ammessa la sospensione dell'efficacia della progressa ordinanza di revoca» (Trib. sorv. Roma, 23 maggio 2003, Bastone, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1529). Per questa inaccettabile decisione, si vedano i puntuali rilievi critici di A. GAITO, *Primi disorientamenti giurisprudenziali in tema di controllo sull'esecuzione penitenziaria*, *ivi*, p. 1531 s.

⁽⁹⁹⁾ Ai sensi dell'art. 46 Cedu, «Le Alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti». Ciò significa che «Quando una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico di porre fine alla violazione e di rimuoverne le conseguenze in modo da ristabilire, per quanto possibile, la situazione antecedente»: così, da ultimo, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 22 luglio 2004, *Elia* contro Italia, in *Guida dir.*, 2004, n. 41, p. 95.

lizzato con la legge n. 279 del 2002 che ha stabilizzato⁽¹⁰⁰⁾ e specificato la disciplina dell'art. 41-*bis* ord. penit., sia sotto il profilo sostanziale che su quello processuale.

Con riferimento alla durata dei provvedimenti di sospensione delle regole di trattamento e dagli istituti previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975), il comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* ord. penit. prevede che i provvedimenti medesimi hanno durata non inferiore ad un anno e non superiore a due e sono prorogabili per periodi successivi, ciascuno pari ad un anno. Tale modifica risulta essere importante perché il vecchio termine semestrale, unito al mancato rispetto del termine legale di dieci giorni per decidere il reclamo, comportava che le impugnazioni avverso il decreto applicativo del carcere duro «venissero vanificate poiché nelle more della decisione (del reclamo o del ricorso in Cassazione) il decreto impugnato era decaduto, data la decorrenza semestrale, ed era già stato sostituito dal nuovo decreto di proroga»⁽¹⁰¹⁾. Ciò dovrebbe avvenire con minore frequenza in considerazione del più ampio termine di durata della sospensione delle regole di trattamento. Dunque, tale modifica viene, indirettamente, ad ovviare al rilievo della Corte europea prima citato.

La modifica legislativa di più ampio rilievo, ai fini di eliminare gli elementi di frizione con l'art. 13 Cedu denunciati dalla Corte europea nella sentenza *Messina*, è quella introdotta nel comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. penit., in base al quale se il reclamo contro il provvedimento che dispone o proroga il trattamento di rigore sia stato accolto *in toto* o parzialmente, il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento o ripristinare le limitazioni revocate, «deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo». Viene, dunque, ribaltato il principio di non vincolatività per il Ministro del *dictum* del tribunale di sorveglianza per cui non potranno più aversi applicazioni del regime sospensivo, successive a revoca integrale o parziale del provvedimento ex art. 41-*bis*, basate sul-

⁽¹⁰⁰⁾ L'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., doveva originariamente avere efficacia temporale di sei mesi, prorogati con successivi provvedimenti legislativi fino al 21 dicembre 2002. Con la sua stabilizzazione la sicurezza si è trasformata [come prevedeva in tempi non sospetti G. Tamburino, *La sicurezza nel quadro del regime penitenziario*, in *Diritto penitenziario e misure alternative*, Incontro di studio per magistrati a cura del CSM (25-30 marzo 1979), Roma, 1979, p. 115], da "esigenza indefinita" a "esigenza infinita". Per G. La Greca, *Una "stabilizzazione" per uscire dall'emergenza*, cit., p. 418, l'orientamento parlamentare in favore del mantenimento del carcere duro come disciplina stabilmente inserita nell'ordinamento «ha in sé una sua ragionevolezza, perché una legge può avere efficacia temporanea soltanto se risponde ad esigenze effettivamente transitorie. Se invece i fatti, o almeno la valutazione politico-legislativa che si dà di questi fatti, inducono a ritenere che una determinata fenomenologia sia di carattere prevedibilmente permanente, se ne devono trarre le logiche conseguenze».

⁽¹⁰¹⁾ L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, in questa *Rivista*, n. 1-2 2003, p. 279.

le medesime argomentazioni censurate in sede di reclamo⁽¹⁰²⁾. Il che – come rilevato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Messina* – finiva per svuotare di effettività il ricorso giurisdizionale in oggetto⁽¹⁰³⁾.

Rimane il profilo relativo al mancato rispetto del termine di dieci giorni per decidere sul reclamo proposto dal sottoposto al 41-*bis*⁽¹⁰⁴⁾. Su questo aspetto la legge n. 279 del 2002 ha statuito che il Tribunale di sorveglianza entro dieci giorni dal ricevimento del reclamo decide in camera di consiglio «nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p.»⁽¹⁰⁵⁾. Ora, sarebbe impossibile rispettare detto termine se dovessimo applicare integralmente la disciplina del procedimento di sorveglianza stante il rispetto dei termini necessari per la *vocatio in ius* previsti dall'art. 666, comma 3, c.p.p.⁽¹⁰⁶⁾. A meno di non ritenere che si è trattato di una *gaffe* legislativa⁽¹⁰⁷⁾, sembra più

⁽¹⁰²⁾ Ancora, L. BLASI, *L'articolo 41-bis comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una rilettura alla luce della legge n. 279/02*, cit., p. 281.

⁽¹⁰³⁾ Come riferisce S. ARDITA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. pen. alla prova dei fatti*, cit., p. 718, nota 3, «dal 1° gennaio al 30 settembre 2003, sono stati annullati dai tribunali di sorveglianza 63 decreti di proroga del regime 41-*bis*. Il dato più rilevante è costituito dal fatto che ad ottenere l'annullamento del regime sono stati alcuni tra i vecchi *boss* di *cosa nostra* da lungo tempo detenuti, rispetto ai quali è stato sostenuto nelle ordinanze non vi fossero elementi a sostegno del rinnovo del regime». A seguito della riforma operata dalla legge n. 279 del 2002, qualora il Ministro della giustizia volesse ripristinare il carcere duro nei confronti di uno di questi detenuti, deve indicare elementi di novità o non tenuti in considerazione dal tribunale di sorveglianza nel reclamo che ha revocato il trattamento di rigore, in relazione ai quali vi si ritengono sussistenti collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

⁽¹⁰⁴⁾ Si segnala che in un reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza di Napoli avverso un decreto di proroga del 41-*bis*, il difensore del detenuto aveva richiesto al tribunale di dichiarare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14-*ter*, comma 2, ord. penit. nella parte in cui non prevede la sanzione di inefficacia del provvedimento reclamato nell'ipotesi in cui non venga rispettato il termine previsto per la decisione, dieci giorni dalla presentazione del reclamo, per violazione dell'art. 111 Cost. Ma la questione non è stata affrontata da Trib. sorv. Napoli, perché con ordinanza 11-30 aprile 2002, n. 2846, in *Dir. giust.*, 2003, p. 75 s., ha accolto il reclamo e revocato il decreto ministeriale.

⁽¹⁰⁵⁾ Secondo L. BRESCIANI, *Sulle istanze per revocare i provvedimenti*, cit., p. 36, il fatto che il giudizio non è modellato sulle regole dell'art. 14-*ter* ord. penit., bensì sul procedimento di sorveglianza «dovrebbe assicurare una maggiore aderenza ai principi del contraddittorio fissati oggi nell'art. 111 della Costituzione». Anche per F. Giunchedi, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 355, «il rinnovato modello relativo al c.d. carcere duro acquisisce una giurisdizionalità minima che costituisce la base per sviluppare ed integrare le garanzie e che il giusto processo ora richiede, soprattutto sull'eco delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario la riforma non è solo 41-bis*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 1, p. 12. L'art. 666, comma 3, c.p.p., prevede infatti che l'avviso della data dell'udienza alle parti e ai difensori «è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta».

⁽¹⁰⁷⁾ G. PRELATI, *Il procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit. dal punto di visto pratico-operativo*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2439, al quale si rinvia per l'esame di tutte le difficoltà che nella pratica si frappongono per un tempestivo avviso alle parti della data di udienza una volta ricevuto il reclamo.

corretto desumere l'autonomia del procedimento disciplinato dall'art. 41-bis, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, rispetto al procedimento degli artt. 666 e 678 c.p.p.⁽¹⁰⁸⁾, con la conseguenza di applicare solo le forme del procedimento di sorveglianza non regolate nella disciplina processuale del trattamento di rigore, ed in particolare con la presenza dell'interessato ove faccia richiesta di essere sentito personalmente (art. 666, comma 4, c.p.p.)⁽¹⁰⁹⁾.

Il rispetto del termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo (il cui mancato rispetto non risulta sanzionato)⁽¹¹⁰⁾ incontra tuttavia una grave difficoltà di ordine pratico data dal *sovraccarico di lavoro* lamentato dalla magistratura di sorveglianza. Dopo l'entrata in vigore della legge n. 279 del 2002, nella quale è stata prevista anche la possibilità di impugnare il provvedimento ministeriale che nega la revoca anticipata del decreto applicativo del trattamento di rigore, si prevedono "paurosi e inutili ingolfamenti dell'attività della magistratura di sorveglianza"⁽¹¹¹⁾.

La problematica dell'enorme mole di lavoro della magistratura di sorveglianza rispetto agli organici attualmente esistenti è da prendere seriamente in considerazione e rimarrà irrisolto (e grave la ferita alle esigenze di garanzia), fino a che non saranno nettamente aumentati gli investimenti, in termini di mezzi e risorse di personale (giudiziario e amministrativo) dedicati alla magistratura di sorveglianza⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Così, S. ARDITA, *Il nuovo regime dell'art. 41-bis*, cit., p. 18. L'A. individua gli indici di tale autonomia: a) nella integrale disciplina dei termini processuali e delle parti legittimate all'impugnazione; b) nella individuazione specifica dell'oggetto della cognizione (basato tanto sulla sussistenza dei presupposti applicativi, quanto sulla congruità delle singole disposizioni); c) nel potere di annullamento parziale dei provvedimenti conferito alla magistratura di sorveglianza; d) dall'onere per il Ministro della giustizia di tener conto del *dictum* dei tribunali nell'ipotesi di nuova applicazione del regime a seguito di annullamenti parziali o totali.

⁽¹⁰⁹⁾ Per soggetti sottoposti al carcere duro è prevista una forma di partecipazione a distanza (l'art. 45-bis comma 1 disp. att. c.p.p. prevede la videoconferenza anche per i procedimenti camerati). Come rileva M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1292, tale modalità, sebbene ancora poco praticata nel procedimento di sorveglianza per ragioni di carattere organizzativo, «laddove realizzata, costituirà lo strumento attraverso cui sentire l'interessato che ne ha fatto richiesta».

⁽¹¹⁰⁾ F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, cit., p. 359, sostiene che la caducazione del regime ex art. 41-bis nel caso in cui la decisione sul relativo decreto venga adottata oltre il termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo possa rinvenirsi (pena la violazione degli artt. 3 e 111, comma 2, Cost.) in analogia a quanto disposto nell'art. 309 c.p.p. Tuttavia non sembra sostenibile tale conclusione perché (e lo stesso A. ne è perfettamente consapevole) l'art. 41-bis, comma 2-*sexies*, non menziona (a differenza della procedura di riesame) una sanzione per la decisione adottata oltre il termine di legge.

⁽¹¹¹⁾ A. DI GIOVANNI, *Ordinamento penitenziario la riforma non è solo 41bis*, cit., p. 11.

⁽¹¹²⁾ A. MARCHESELLO, *Dal contenuto della decisione sul reclamo un vincolo per il successivo potere di proroga*, in *Guida dir.*, 2004, n. 8, p. 75, a livello palliativo, ravvisa l'opportunità che i decreti applicativi e, soprattutto, le proroghe fossero cadenzate nel corso dell'anno solare dal ministero in modo da non affluire tutti i reclami in un unico periodo.

10. La Cassazione recepisce il *dictum* delle sentenze *Messina e Ganci* contro Italia.

Con una sentenza di fondamentale importanza per i principi affermati, la Corte di Cassazione ha di recente accolto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui profili di violazione della disciplina relativa alla tutela giurisdizionale avverso il decreto che dispone o proroga il trattamento di rigore, ai sensi dell'art. 41-*bis* ord. penit., e le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il ricorrente, al quale veniva prorogato per un anno il carcere duro con provvedimento ministeriale del 28 dicembre 2002, proponeva reclamo al tribunale di sorveglianza di Bologna, il quale lo rigettava in data 21 marzo 2003 (dopo il termine di legge di dieci giorni dalla ricezione del reclamo). Il difensore del ricorrente ricorreva in cassazione per violazione di legge e mancanza di motivazione criticando l'automatismo applicativo del meccanismo di proroga del regime detentivo di rigore.

Con sentenza 26 gennaio 2004, n. 4599⁽¹¹³⁾, la Suprema Corte ha osservato innanzitutto che, benché risulti essere ormai decorso il termine finale di un anno, fissato dal decreto di proroga sopra indicato, non può ritenersi venuto meno l'interesse del ricorrente all'impugnazione, non va pertanto dichiarata l'inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Secondo il Collegio, l'opposto principio giurisprudenziale affermato dalle Sezioni Unite (sentenza 24 marzo 1995, Meli), sull'assunto che il decreto ministeriale con il quale viene rinnovato il trattamento differenziato è «del tutto autonomo» rispetto a quello (precedente) rimasto privo di efficacia, deve considerarsi senz'altro superato alla stregua del mutato quadro normativo, ad opera della legge n. 279 del 2002 di riforma dell'art. 41-*bis* ord. penit., «nonché delle recenti, radicali, prese di posizione, sull'argomento, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Per quanto riguarda la legge n. 279 del 2002, i giudici di legittimità danno una lettura organica delle novellato art. 41-*bis* ord. penit., comma 2 e seguenti, in particolare laddove si precede che i decreti hanno durata non inferiore ad un anno e sono prorogabili per periodi successivi ciascuno pari ad un anno, «purché non risulti che la capacità del detenuto di mantenere contatti con associazioni criminali sia venuta meno» (comma 2-*bis*); che se, anche prima della scadenza, risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato e

⁽¹¹³⁾ Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004 (dep. 5 febbraio 2004), n. 4599, Zara, in *Guida dir.*, 2004, n. 8, p. 71 s.; in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 32 s.; e in *Cass. pen.*, 2004, p. 2294 s. Negli stessi termini, Cass., Sez. I, 28 aprile 2004 (dep. 17 maggio 2004), n. 23191, Mertoli, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 35, p. 105.

reclamabile (comma 2-ter); che qualora il reclamo avverso il provvedimento applicativo o confermativo del regime di rigore venga accolto, anche parzialmente dal tribunale di sorveglianza, il Ministro, ove intenda disporre un nuovo provvedimento di sospensione delle regole di trattamento «deve, tenendo conto della decisione del Tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo» (comma 2-sexies, ultima parte).

Alla luce di questo nuovo impianto normativo, la Cassazione ritiene che l'esito del sindacato giurisdizionale «è destinato a riflettere effetti vincolanti, in via diretta e immediata, sul "rinnovato" esercizio del potere di applicazione o proroga del trattamento penitenziario differenziato da parte del Ministro della giustizia».

Ecco perché, nonostante la scadenza del termine di efficacia del provvedimento nelle more del gravame, da un lato, il detenuto mantiene intatto l'interesse, concreto ed attuale, a che si stabilizzino le statuizioni, a lui favorevoli, adottate dal tribunale di sorveglianza e della Corte di cassazione che ne abbiano accolto anche parzialmente il reclamo o il ricorso⁽¹¹⁴⁾, e dall'altro il pubblico ministero ha l'opposto interesse, anch'esso concreto e attuale, a che non si stabilizzino affatto dette statuizioni che, per esplicito dettato normativo, sono idonee a precludere, o comunque a limitare, l'autonomo esercizio da parte del Ministro della giustizia del potere di riedizione e di proroga del regime speciale nei confronti del medesimo soggetto.

Il ribaltamento del consolidato indirizzo giurisprudenziale di legittimità sulla inammissibilità dell'impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse, visto lo spirare del termine finale di efficacia del decreto ministeriale impugnato, come detto, viene giustificato dalla Suprema Corte perché il precedente orientamento «viola la garanzia riconosciuta dalla Costituzione e dal diritto internazionale convenzionale, ad un effettivo, non meramente formale ed astratto, controllo giurisdizionale sulla legalità della misura, esponendo così l'Italia a probabili condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁽¹¹⁵⁾.

Nella parte motiva della sentenza vengono riportati alcuni passaggi sia della sentenza sul caso *Messina* contro Italia del 28 settembre 2000, laddove si affermava che l'inosservanza del termine legale per l'esame di un reclamo poteva pregiudicarne l'efficacia, sia della sentenza *Ganci*, con la quale il caso deciso dalla Cassazione pre-

⁽¹¹⁴⁾ Una decisione favorevole per il detenuto, da parte del tribunale di sorveglianza o della Cassazione, influenzerà l'esito anche del successivo decreto di proroga, del quale il detenuto o il suo difensore potranno chiedere la revoca al Ministro della giustizia, il quale dovrà fornire "elementi nuovi", non valutati in sede di reclamo o di ricorso in cassazione, se vuole mantenere in capo al detenuto il trattamento di rigore.

⁽¹¹⁵⁾ Come afferma L. BLASI, *Più garanzie sul «carcere duro»*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 31, la sentenza in esame segna un punto di svolta sul ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del tribunale di sorveglianza che decide sul reclamo in materia di applicazione o proroga del trattamento di rigore in quanto «i ricorrenti hanno il diritto effettivo e non più, con sin ora, meramente astratto ad un secondo grado di giudizio».

senta maggiori somiglianze. Osserva la Suprema Corte che ove gli organi giurisdizionali, oltre a non osservare i termini ordinatori fissati dalla legge per il loro intervento (cioè il caso deciso dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Messina*), «rifiutino altresì in merito al ricorso dell'interessato, a causa dell'inutile decorso del termine di efficacia della misura «l'absence de toute décision sur le fond des recours déposés contre les arrêtés du ministre de la Justice a violé le droit du requérant à ce que sa cause soit entendue par un tribunal» (Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 ottobre 2003, *Ganci c. Italia*)».

In verità, il superamento dell'autonomia della catena dei decreti ministeriali che applicano e prorogano il carcere duro, con conseguente stretto collegamento tra tutti i relativi decreti si pone in linea con l'orientamento di legittimità che tende ad invertire – a seguito della novella legislativa del 2002⁽¹¹⁶⁾ – l'onere della prova a carico del detenuto nei provvedimenti di proroga del trattamento penitenziario di rigore⁽¹¹⁷⁾.

Dunque, la sentenza della Cassazione, nella fase relativa all'ammissibilità del ricorso anche dopo lo spirare del termine di validità del decreto di sospensione delle regole trattamentali è una chiara dimostrazione della maggiore attenzione e applicazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo all'interno dell'ordinamento italiano. Giurisprudenza che è tanto preziosa, in termini di garanzie e di tutela giurisdizionale, quando si parla di diritti di persone ristrette della libertà personale e, a maggior ragione, laddove queste restrizioni comportano un notevole grado di afflizione per i detenuti sottoposti al trattamento differenziato di rigore ex art. 41-*bis* ord. penit.

⁽¹¹⁶⁾ Per S. ARDITA, *I presupposti della proroga del provvedimento di applicazione del regime 41- bis ord. penit dopo la novella della l. n. 279 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3406, «A differenza di ciò che la giurisprudenza aveva stabilito in passato, gli atti di proroga non possono essere più considerati provvedimenti completi, aventi una propria autonomia, ma recano con sé, quale presupposto di efficacia derivata, il contenuto del primo provvedimento, "stabilizzatosi" a seguito dell'esaurimento degli strumenti di gravame».

⁽¹¹⁷⁾ Ed infatti, nel merito del ricorso, il ricorrente denunciava la violazione di legge e mancanza di motivazione del decreto ministeriale di proroga della misura, sotto il profilo dell'omessa indicazione e valutazione di elementi di fatto comprovanti l'attuale permanenza di collegamenti con l'organizzazione camorristica di originaria appartenenza. La Suprema Corte ha ritenuto infondato il ricorso sostenendo che anche per i decreti di proroga si richieda un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale persistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire, non potendosi consentire che l'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit. «autorizzi semplici e immotivate proroghe del regime differenziato, ovvero motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di concretezza e attualità le misure disposte». In verità, il Collegio non è voluto entrare nell'annoso problema scaturente dalla nuova formulazione della disciplina del regime di rigore (avutasi a seguito della legge n. 279 del 2002) laddove prevede che le proroghe al carcere duro possono avvenire «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno». Su tale problematica vedi, *supra*, § 3.1.

Con questa pregevolissima pronuncia, il giudice di legittimità cerca di dare una risposta alternativa all'annoso problema della lunghezza dei tempi di esame dei reclami da parte dei tribunali di sorveglianza e del successivo ricorso per cassazione. Non intravedendosi, per il momento, spiragli di soluzione di questo problema (si veda § precedente), la soluzione giurisprudenziale data dalla Suprema Corte consente di garantire maggiore tutela giurisdizionale ai detenuti sottoposti al carcere duro e di superare le censure della Corte europea. Le violazioni degli artt. 6 e 13 Cedu sono, come detto, superate dal nuovo orientamento di legittimità sulla permanenza dell'interesse a ricorrere anche dopo la scadenza del decreto di applicazione o proroga del carcere duro e della efficacia diretta e immediata della decisione sul reclamo avverso il decreto stesso sulla validità dei decreti ministeriali successivi.

Questa soluzione non realizza l'*optimum* in termini di effettività della tutela dei diritti del detenuto di rigore, la quale richiederebbe la pronuncia del tribunale di sorveglianza entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo e una celere definizione dell'eventuale e susseguente ricorso per cassazione⁽¹¹⁸⁾. Tuttavia, tra la mancanza di tutela effettiva – che si poteva avere prima della sentenza della Cassazione con la dichiarazione di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse del reclamo o ricorso avverso il provvedimento ex art. 41-*bis* ord. penit. – e una tutela effettiva, ma *ritardata*, a causa del sovraccarico di lavoro della magistratura di sorveglianza rispetto agli organici attualmente esistenti, è indiscutibilmente preferibile quest'ultima.

RIASSUNTO

L'articolo analizza la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario e la sua applicazione nell'ordinamento interno.

Gli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno più volte valutato la compatibilità del trattamento penitenziario di rigore e l'art. 3 CEDU che vieta i trattamenti inumani o degradanti. Anche se non hanno mai

⁽¹¹⁸⁾ Per L. BLASI, *Più garanzie sul «carcere duro»*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 31, sarebbe stato sufficiente che, in sede di novella legislativa, il termine ordinatorio di dieci giorni, entro il quale il tribunale di sorveglianza deve decidere sul reclamo, fosse stato sostituito da un termine perentorio. Secondo F. GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. penit.*, cit., p. 359, invece, «se prima non era previsto un termine per la decisione (solamente *per relationem* si mutuava quello di cui all'art. 14-*ter* ord. penit.), la sua introduzione non può che tradursi nel considerarlo cogente», con conseguente caducazione del regime del 41-*bis* in caso di violazione del termine di dieci giorni dalla ricezione del reclamo per decidere sullo stesso. Ma la soluzione di considerare o introdurre la perentorietà del termine si scontra con l'enorme mole di reclami che i Tribunali di sorveglianza sono chiamati a decidere in materia penitenziaria.

dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU, sono sempre attenti a verificare le limitazioni che nel singolo caso concreto sono state adottate e le motivazioni dei provvedimenti applicativi del "carcere duro".

La Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, ha dato importanti indicazioni sui regimi penitenziari speciali in alcune recenti sentenze che, pur non riguardando direttamente l'Italia, hanno importanti riflessi anche per la disciplina dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario.

La Corte di Strasburgo ha anche verificato se il trattamento penitenziario di rigore viola il rispetto della vita familiare e il diritto di corrispondenza del detenuto, previsti e tutelati dall'art. 8 CEDU.

Sotto il profilo processuale, la Corte europea la Corte è invece intervenuta in due sentenze di condanna per l'Italia – sentenze sul caso Messina del 28 settembre 2000 e sul caso Ganci del 30 ottobre 2003 – che hanno ritenuto in contrasto con l'art. 6 e 13 CEDU il sistema di tutela che il detenuto può azionare contro il provvedimento che dispone o proroga il trattamento penitenziario di rigore.

Infine, si è descritto come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul 41-*bis* è stata applicata nell'ordinamento italiano, sia dalla legge n. 279 del 2002 che dalla giurisprudenza.

SUMMARY

The article analyses the jurisprudence of the European Court of human rights in the 41-bis article of the penitentiary system and his application in the inside system.

The organs of the European Convention of human rights have often taken into account the consistency of penitentiary obligatory treatment and the article 3 CEDU that forbids inhuman or degrading treatments. Even if they have never stated the breach of the article 3 CEDU, they always pay attention to check restrictions, that in the single, actual case have been adopted and the reasons of the precautions of the "hard prison".

The European Court of human rights, besides, has given important information about the rules of the special penitentiaries in some new sentences that, even if it doesn't regard directly Italy, have important reflections, also, for the discipline of the 41-bis article of the penitentiary system.

The Court of Strasbourg has also checked, if the penitentiary obligatory treatment breaks the family life and the prisoner's right of correspondance, anticipated and protected by the 8 CEDU article.

From the point of view of the law, the European Court interfered instead in two sentences for Italy – the sentences about Messina's case on the 28th of September 2000 and about Ganci's case of the 30th of October 2003 – that considered against the article 6 and 13 CEDU, the protection system that the prisoner can apply against the measure that he has got or that can extend the penitentiary obligatory treatment.

At last, it was described, as the law of the European Court of human rights on the 41-*bis* article, has been applied in the italian system, both from the law number 279 of the 2002 and from the jurisprudence.

RÉSUMÉ

L'article analyse la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le régime de l'article 41-*bis* qui prévoit l'organisation pénitentiaire et son application dans l'organisation interne.

Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ont souvent évalué la compatibilité du traitement pénitentiaire de rigueur et l'article 3 CEDU qui interdit les traitements inhumains ou dégradants malgré qu'ils n'aient jamais déclaré la violation de l'article 3 CEDU, ils vérifient toujours les limitations adoptées pour chaque individu et les motivations des mesures applicatives de la «prison dure».

En outre, la Cour européenne des droits de l'homme, a fourni d'importantes indications sur les régimes pénitentiaires spéciaux grâce à certaines récentes sentences, qui même si elles ne concernent pas directement l'Italie, possèdent d'importants éléments pour la discipline de l'article 41-*bis* du système pénitentiaire.

La Cour de Strasbourg, a aussi vérifié si le traitement pénitentiaire de rigueur viole le respect de la vie familiale et le droit de correspondance du détenu, prévus et protégés par l'article 8 CEDU.

Sous le profil du procès, la Cour européenne est intervenue dans deux sentences de condamnation pour l'Italie – sentence sur le cas Messina du 28 septembre 2000 et sur le cas Ganci du 30 octobre 2003 – qui ont retenu en contraste l'article 3 et 13 CEDU avec le système de tutèle que le détenu peut mettre en action contre les mesures qui disposent ou prorogent le traitement pénitentiaire en rigueur.

Enfin, on décrit de quelle manière la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 41-*bis* a été appliquée dans le système italien, aussi bien par la loi n. 279 de l'année 2002 que par la jurisprudence.