

Una nuova manipolazione ad effetto sostitutivo: cade il divieto di scambiare oggetti all'interno della medesima "socialità" (riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 97 del 2020)*

di **Silvia Talini** – Ricercatrice in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Roma Tre

ABSTRACT: Starting from the judgment of the Italian Constitutional Court no. 97 of 2020, the paper proposes a reflection on the special prison regime (article 41-*bis* of the Prison Act, Law no. 354/1975). In particular, the Italian Constitutional Court affirms the illegitimacy of the absolute ban on the exchange of objects between prisoners of the same "social group"; this decision is analyzed in relation to the Italian penitentiary legislation and other previous judgments of the Italian Constitutional Court.

SOMMARIO: 1. Il regime speciale: nascita, evoluzione e contenuto. Prime riflessioni critiche in ordine all'automatica applicazione delle restrizioni imposte dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, o.p. – 2. La *quaestio legitimitatis* e la necessità di un intervento da parte del Giudice delle leggi – 3. L'accoglimento della questione di costituzionalità – 3.1. I limiti "interni" ed "esterni" all'applicazione del regime differenziato – 3.2. I fondamenti giurisprudenziali della decisione: le sentenze nn. 143 del 2013, 186 del 2018 e la giurisprudenza costituzionale in materia di illiceità delle presunzioni assolute in ambito penitenziario – 4. Considerazioni di sistema.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Il regime speciale: nascita, evoluzione e contenuto. Prime riflessioni critiche in ordine all'automatica applicazione delle restrizioni imposte dall'art. 41-bis, comma 2-quater, o.p.

Il 5 maggio 2020 la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta in materia di regime detentivo speciale con una sentenza (sostitutiva), la numero 97, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354¹, nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti» anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

Come noto, i confini del regime speciale, introdotto dalla legge n. 663 del 1986² per ovviare ai limiti applicativi dell'abrogato art. 90 o.p.³, vennero ampliati a seguito dello stragismo mafioso dei primi anni '90 con l'introduzione del discusso secondo comma, a norma del quale, quando ricorrono «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha (...) la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie

¹ Titolata "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

² Cosiddetta legge Gozzini.

³ Si trattava dall'unica norma presente nell'impianto originale della riforma del '75 volta a disciplinare situazioni di particolare allarme ed emergenza prevedendo che: «Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro per la Grazia e la Giustizia ha la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo di tempo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza».

Come si evince chiaramente dalla formulazione della disposizione, uno dei limiti più evidenti dell'abrogato articolo 90 o.p. risiedeva nell'applicazione generalizzata, non offrendo la possibilità di una differenziazione a seconda delle caratteristiche della persona reclusa.

per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente. (...)»⁴.

La disciplina, inizialmente introdotta quale strumento temporaneo volto a rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata, venne successivamente stabilizzata nell'ordinamento ad opera della legge n. 279 del 2002, in seguito riformata dalla legge n. 94 del 2009, segnando così una discussa inversione di tendenza rispetto allo spirito della grande riforma penitenziaria del '75 che, in ossequio ai principi costituzionali di umanità e finalismo rieducativo delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.), aveva posto l'accento sulla garanzia di un trattamento risocializzante per ogni condannato.

Come lo stesso Giudice delle leggi ricorda nella sentenza in commento⁵, con l'ultimo intervento normativo in materia, operato della richiamata legge n. 94 del 2009⁶, il legislatore ha profondamente inciso – in senso fortemente restrittivo – su diversi profili della disciplina contenuta nell'art. 41-*bis* o.p. In particolare, sul versante dei poteri di cognizione in ordine alla congruità del contenuto del provvedimento sospensivo, la novella del 2009 ha eliminato ogni riferimento testuale, attribuendo al Tribunale di sorveglianza il solo potere di decidere in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi del regime differenziato. Tale impossibilità di operare un sindacato giurisdizionale sulle singole restrizioni contenute nel comma 2-*quater* dell'articolo, tramite un bilanciamento in concreto da parte del giudice, è in larga parte imputabile alla standardizzazione del contenuto del provvedimento. In altri termini, l'intervento del 2009, sostituendo nel comma 2-

⁴ Il provvedimento ha una durata di quattro anni, prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi di due anni, qualora risulti ancora attuale la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza.

In generale, sul regime detentivo speciale la bibliografia è amplissima: cfr., *ex multis* e su differenti aspetti, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II., Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 455-478; la terza parte del volume F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Ediesse, Roma, 2013, 161-221; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Giuffrè, Milano, 2012; P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Cedam, Padova, 2010.

Un'ampia riflessione sull'istituto, prima della legge n. 94 del 2009, è contenuta in S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè, Milano, 2007.

Parte della dottrina individua nel regime speciale una finalità preventiva la cui efficacia travalica i confini della singola applicazione; in argomento cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994, 186 e, più recentemente, V. MANCA, *La finalità preventiva dell'art. 41-bis o.p. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 1, 2018.

⁵ Punto 5, *Considerato in diritto*.

⁶ Titolata "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" e contenente eterogenei interventi inerenti alla gestione della pubblica sicurezza (è nota anche come "pacchetto sicurezza").

quater la locuzione «può comportare» con «prevede», ha prodotto l'automatica sottoposizione del detenuto a tutte le limitazioni indicate nella disposizione, ivi compresa quella indicata nella norma censurata dalla sentenza n. 97 del 2020, relativa al divieto di scambiare oggetti anche tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità.

Il legislatore del 2009, quindi, ha fortemente inciso sul potere discrezionale della magistratura di sorveglianza in ordine a un provvedimento ormai divenuto a contenuto tassativo e vincolato. Il sindacato giurisdizionale sull'atto ministeriale che dispone il regime differenziato ha, dunque, natura strettamente formale, limitandosi a valutare la sussistenza dei presupposti applicativi, ivi compreso l'eventuale eccesso di potere in punto di ragionevolezza della scelta adottata⁷.

Vale la pena ricordare, in questa sede, che tale assetto normativo è stato avallato – seppur con una non secondaria indicazione interpretativa – dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 190 del 2010 con cui la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Roma in ordine all'illegittimità dell'art. 41-*bis*, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, o.p., «nella parte in cui non consente la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del comma 2 dello stesso articolo»⁸. I giudici costituzionali, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, hanno specificato che la prospettazione offerta dal giudice *a quo* «è frutto della mancata ricostruzione sistematica del quadro normativo»; il rimettente «non ha preso in considerazione un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, basata sulla constatazione della perdurante esistenza e utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-*ter* ord. pen. (...) quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti»⁹. In altri termini, secondo

⁷ Si è parlato, in proposito, di «neutralizzazione della discrezionalità dei tribunali di sorveglianza» (C. FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013, 1161).

In argomento, ampiamente, F. FIORENTIN, *Regime penitenziario speciale del "41-bis" e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2013, 188-201.

⁸ Questione sollevata in riferimento agli artt. 13, secondo comma, 24, primo comma e 113, primo e secondo comma, Cost. Nel caso di specie, il reclamo era stato presentato avverso la limitazione della permanenza all'aperto del detenuto a un massimo di due ore al giorno proprio a seguito della modifica apportata all'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), o.p. dalla legge n. 94 del 2009.

⁹ Corte cost., sent. n. 190 del 2010 (punto 2.4, *Considerato in diritto*).

Riguardo alla permanenza all'aperto, la Corte ha precisato che la «riduzione del limite massimo di due ore decisa con i provvedimenti applicativi può essere sempre oggetto di reclamo al tribunale di sorveglianza, da parte di singoli detenuti, per violazione di un diritto soggettivo (quale, ad esempio, il diritto alla salute), nell'ambito del perdurante controllo di legalità orientato alla tutela dei diritti» (punto 3.1, *Considerato in diritto*).

la ricostruzione offerta dalla Corte, il venir meno di ogni riferimento alla sindacabilità delle misure adottate non ha «certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto».

In merito a tale questione si è ampiamente avuto modo di specificare, in diversa sede¹⁰, come la pronuncia del 2010 seppur apprezzabile nella parte in cui ribadisce l'esistenza di un controllo giurisdizionale sui limiti interni ed esterni del provvedimento sospensivo, avrebbe probabilmente potuto tradursi in una risposta maggiormente coraggiosa riguardo all'illegittimità di un'applicazione tassativa e automatica delle restrizioni previste dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p.

In effetti, la presunzione assoluta di adeguatezza dell'intero novero delle limitazioni contenute nella disposizione, sembra porsi in un difficile rapporto di coerenza non solo con la giurisprudenza costituzionale in materia di illegittimità di automatismi assoluti penitenziari in favore di un bilanciamento in concreto operato dal giudice su cui si tornerà a breve¹¹, quanto anche in relazione alla declinazione al singolare del termine "condannato" contenuta nell'art. 27, terzo comma, Cost. La statuizione costituzionale, guardando al detenuto come singolo, sembra consacrare l'illiceità di discipline fondate, come l'art. 41-*bis* o.p., su meccanismi presuntivi che guardano alla categoria e non alla persona. In altri termini, la previsione di restrizioni standardizzate in ragione del solo titolo di reato (o del regime applicato), sembra contraria all'obbligo costituzionale di individualizzazione anche in riferimento alle misure concernenti le effettive esigenze di sicurezza singolarmente valutate¹².

Sulla pronuncia v. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2511 ss.

Un'analisi della sentenza, nel più ampio contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di bilanciamento tra sicurezza e diritti nel corso dell'esecuzione penale, è contenuta in M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 21-22.

¹⁰ S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 298-310 (in generale, al "diritto all'effettività dei diritti" di tutti i detenuti è dedicato il quarto capitolo del volume, 285-334, nonché il più recente contributo *Il diritto all'effettività dei diritti: quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., 479-511).

¹¹ *Infra*, par. 3.2.

¹² Proprio in riferimento al regime differenziato, autorevole dottrina ha escluso la legittimità di presunzioni assolute in materia di misure restrittive della libertà personale: «se il soggetto destinatario delle norme è la persona, si deve partire dal principio di massima espansione delle libertà, enunciato da Paolo Barile e recepito dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza. Ogni compressione della libertà deve essere strettamente commisurata all'esecuzione di una pena detentiva inflitta in sede giurisdizionale. Ogni altra restrizione avrebbe solo un valore afflittivo supplementare, lesivo dello *status libertatis* che il condannato mantiene anche in carcere» (G. SILVESTRI, *Prefazione* a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, XII).

Una tale coraggiosa risposta, in termini di espressa dichiarazione di incostituzionalità di un'applicazione tassativa e automatica di tutte le restrizioni previste nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p., avrebbe indubbiamente posto un primo (e forse definitivo) argine alla necessità di ricorrere alla giustizia costituzionale in ipotesi come quella oggetto della decisione in commento.

2. La *quaestio legitimitatis* e la necessità di un intervento da parte del Giudice delle leggi

Venendo più specificamente alla questione risolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 97 del 2020, la decisione prende le mosse da due ordinanze della prima sezione penale della Corte di Cassazione con le quali viene posto un dubbio di legittimità sull'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera f), o.p., nella parte in cui prevede il divieto di scambiare oggetti per i detenuti in regime differenziato anche se appartenenti al medesimo gruppo di socialità, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.¹³.

La disposizione censurata, prevedendo testualmente l'adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi

Sul punto va ricordato che l'applicazione del regime speciale, indubbiamente incidente sul grado di privazione della libertà personale, non è disposta attraverso l'adozione di un provvedimento motivato da parte dell'autorità giudiziaria, ma con decreto del Ministro della Giustizia, ponendo forti dubbi di legittimità costituzionale anche in riferimento al rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, secondo comma, Cost. In argomento si concorda con chi ha sostenuto la non sufficienza di argomentare «la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria contro i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-*bis* è sempre riconosciuta, perché non è sufficiente che una qualche garanzia giurisdizionale sia prevista, ma è condizione necessaria che il provvedimento applicativo del regime speciale sia contenuto in un atto motivato dell'autorità giudiziaria» (L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, op. cit., 471).

In argomento anche A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 200, 264, nonché il Tavolo 16 degli Stati Generali sull'esecuzione penale (“Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo”), secondo cui la competenza del Ministro della Giustizia in ordine all'applicazione del regime detentivo speciale non appare «in linea con l'idea di matrice costituzionale che le limitazioni alle facoltà soggettive – soprattutto se incidenti su diritti fondamentali costituzionalmente presidiati – possano essere disposte soltanto su ordine dell'autorità giudiziaria, con le garanzie processuali stabilite dalla legge» (Relazione illustrativa del Tavolo, in *giustizia.it*, 26).

¹³ Per un'esaustiva esposizione delle vicende che hanno condotto alla proposizione della questione di costituzionalità si rinvia alle puntuali indicazioni contenute nel *Ritenuto in fatto* della sentenza in commento (v. spec. punto 2). In questa sede è sufficiente ricordare che entrambi i giudici rimettenti sono investiti della decisione su ricorsi proposti avverso due provvedimenti adottati dal Tribunale di sorveglianza di Perugia che hanno, in un caso, rigettato il reclamo dell'Amministrazione penitenziaria e, nell'altro, accolto il reclamo proposto da un detenuto in regime speciale, pervenendo alla medesima soluzione di consentire lo scambio di oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso “gruppo di socialità”.

di socialità, scambiare oggetti», impedirebbe tale ultima trasmissione anche tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità senza che vi siano comprovate esigenze di sicurezza a giustificazione della limitazione.

In altri termini, secondo i giudici *a quibus*, non sarebbe possibile rinvenire «alcuna congruità» tra la suddetta interdizione e «il fine perseguito dal regime differenziato, costituito dalla necessità di recidere i collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza». In effetti, secondo consolidata (e decennale) giurisprudenza costituzionale, le forti limitazioni derivanti dall'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. devono essere funzionali a impedire qualsiasi legame con l'organizzazione criminale di appartenenza; per converso, le restrizioni che non trovano puntuale giustificazione in tale funzione assumono una connotazione puramente afflittiva e, come tali, confliggono con il finalismo rieducativo e il senso di umanità delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.)¹⁴.

Ben argomentato è poi il profilo inerente all'impossibilità di un'interpretazione conforme. Sul punto entrambe le ordinanze muovono dalla condivisione dell'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità ha offerto della previsione censurata.

Come espressamente affermato dalla stessa prima sezione penale della Suprema Corte, «tenendo conto del significato e della connessione delle parole e dei segni grafici utilizzati, nonché del senso logico del testo», deve ritenersi, «soprattutto in considerazione dell'inserimento del segno di interpunzione della virgola fra le parole “socialità” e “scambiare”, (...) che, nel periodo sintattico in esame, le varie proposizioni riferite a comportamenti dei detenuti, in ordine ai quali va perseguita la “assoluta impossibilità” di realizzazione, siano costituiti, per un verso, dalla comunicazione fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e, per altro verso, dallo scambio di oggetti e dalla cottura di cibi». Diversamente, infatti, «la disposizione avrebbe contemplato “la assoluta

¹⁴ In argomento la giurisprudenza costituzionale è vasta: si vedano, tra le tante, le sentt. nn. 349 del 1993; 351 del 1996; 212 e 376 del 1997; 26 del 1999; 417 del 2004; 341 del 2006; 38 del 2009; 190 del 2010; 56 del 2011; 135 e 143 del 2013 nonché la 122 del 2017 (su cui vedi nota n. 28).

In riferimento al progressivo irrigidimento del bilanciamento in favore delle esigenze di sicurezza volto a impedire ogni contatto tra il detenuto e l'associazione criminale di appartenenza, v. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit., in particolare 24-27 e, dello stesso Autore, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, 213-228 con relativa appendice di aggiornamento pubblicata a seguito delle modifiche apportate al regime dalla legge n. 279 del 2002.

impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, e di cuocere cibi”»¹⁵.

Ne consegue che il divieto assoluto deve intendersi riferito «alle comunicazioni fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, con l’ovvia conseguenza che non è richiesto di impedire in modo così radicale le comunicazioni fra i detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità»; al contrario, qui il punto centrale della questione, «la necessità di assicurare la “assoluta impossibilità” dello scambio di oggetti riguarda tutti gli scambi fra detenuti, e non è limitata ai soli scambi fra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità»¹⁶.

Siffatto approdo interpretativo della Corte di Cassazione, che impone un divieto assoluto di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti allo stesso gruppo di socialità, ha subito un progressivo consolidamento nella giurisprudenza di legittimità assurgendo al rango di diritto vivente¹⁷.

Alla Suprema Corte non restava, dunque, che sollevare la questione avendo la giurisprudenza costituzionale più volte ribadito, anche recentemente, che «laddove il rimettente abbia considerato la possibilità di un’interpretazione idonea a eliminare il dubbio di legittimità costituzionale, e l’abbia motivatamente scartata (come in questo caso), la valutazione sulla correttezza dell’opzione ermeneutica prescelta riguarda non già l’ammissibilità della questione sollevata, bensì il merito di essa»¹⁸.

Attraverso tale esaustiva ricostruzione esegetica – condivisa dalla Corte costituzionale nel testo della sentenza –, il rimettente sospetta della legittimità costituzionale del divieto di scambio di oggetti tra detenuti sottoposti a regime speciale appartenenti al medesimo gruppo di socialità, ritenendola in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

In riferimento al primo profilo – violazione dell’art. 3 Cost. – il divieto assoluto si tradurrebbe sia in un’ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai detenuti comuni, ai quali è consentito scambiarsi oggetti “di modico valore”, sia in una irragionevole afflizione che non trova alcuna giustificazione nella citata funzione del regime detentivo speciale (interrompere i legami con l’organizzazione criminale).

¹⁵ Corte di Cassazione, prima sezione penale, sent. n. 5977 dell’8 febbraio 2017.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Tra le sentenze che hanno successivamente consolidando la richiamata interpretazione della Suprema Corte, cfr. n. 41651 del 10 ottobre 2019; n. 38223 del 16 settembre 2019; n. 29301 del 4 luglio 2019 e n. 4993 del 1° febbraio 2018.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 50 del 2020.

In argomento si vedano, *ex multis*, le pronunce nn. 11 del 2020; 241 e 189 del 2019; 135 del 2018 e 42 del 2017.

Quanto al secondo parametro – art. 27, terzo comma, Cost. – il divieto assoluto si tradurrebbe in una illegittima limitazione al regime penitenziario ordinario non conciliabile con i principi di umanità e finalismo rieducativo delle pene.

3. L'accoglimento della questione di costituzionalità

Come anticipato, il Giudice delle leggi accoglie la questione dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), o.p. nella parte in cui prevede l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata «la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti», anziché «la assoluta impossibilità di comunicare e scambiare oggetti tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità».

La manipolazione sostitutiva operata dalla Corte affonda le sue radici sia nella decennale, e in parte già citata, giurisprudenza costituzionale in materia di limiti “interni” ed “esterni” riguardanti l'applicazione del regime speciale, sia in alcuni interventi specifici – e più recenti – che di quella giurisprudenza sono tipica espressione.

3.1. I limiti “interni” ed “esterni” all'applicazione del regime differenziato

Con riferimento ai “confini” interni del regime speciale, la giurisprudenza costituzionale ha chiaramente affermato che il potere ministeriale, attraverso l'adozione del provvedimento applicativo del regime differenziato, può sospendere solo le regole e gli istituti che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. Più nel dettaglio i giudici costituzionali, nella sentenza n. 351 del 1996, hanno chiarito che il potere riconosciuto al Ministro della Giustizia non può spingersi sino al punto di disporre limitazioni che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o che siano palesemente inidonee (o incongrue) rispetto a tale fine.

Inoltre, specifica ancora la Corte nella medesima occasione, si verificherebbe una certa violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. qualora fosse consentito all'amministrazione di

introdurre senza alcun controllo di contenuto restrizioni all'ordinario regime carcerario, verificandosi una doppia inosservanza dell'evocato parametro costituzionale: per un verso, introducendo una tale generica facoltà per le autorità amministrative non si esclude che possano realizzarsi trattamenti contrari al senso di umanità (violazione del principio di umanizzazione); per l'altro, potendo comportare la cessazione delle attività di osservazione e di trattamento, verrebbe meno tutta la strumentazione giuridica prevista dall'ordinamento penitenziario per l'attuazione della finalità rieducativa delle pene (violazione del finalismo risocializzante dell'esecuzione).

Ancora in riferimento ai limiti interni, la Corte, come anticipato, ha chiarito quali siano le esigenze di sicurezza che giustificano l'applicazione del regime differenziato, precisando che il provvedimento applicativo trova il suo fondamento «sull'effettivo pericolo della permanenza dei collegamenti interni ed esterni con le organizzazioni criminali e con le loro attività, e non sull'essere i detenuti autori di particolari categorie di reati»¹⁹.

Riguardo ai "limiti esterni", il riferimento è, soprattutto, alle restrizioni concernenti la discrezionalità amministrativa. Sul punto la Corte ebbe a pronunciarsi già negli anni '90, specificando l'esistenza di un divieto di adozione di misure comunque incidenti sulla qualità e quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto: «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»²⁰.

Tre anni più tardi i giudici costituzionali affermarono altresì il divieto di azioni che precludano, o condizionino, in via di diritto l'applicabilità ai detenuti di benefici che incidono sullo stato di libertà, ferme restando le limitazioni che in generale la legge ha posto in tale materia nei confronti dei condannati per taluni delitti²¹.

¹⁹ Ord. n. 417 del 2004.

²⁰ Sent. n. 349 del 1993 (punto 4.2, *Considerato in diritto*).

²¹ Corte cost., sent. n. 351 del 1996.

Sul punto, v. anche le sent. n. 376 del 1997 e le ord. nn. 192 del 1998, nonché la già citata decisione n. 417 del 2004.

3.2. La “socialità” quale momento funzionale alla realizzazione del finalismo rieducativo

La sentenza n. 97 del 2020, per i motivi sinora richiamati (e su cui si tornerà), si pone in linea di continuità con la strada ben tracciata dalla Corte verso un “riallineamento” del regime differenziato ai rigidi confini “interni” ed “esterni” sottesi alla sua applicazione.

Sotto questo profilo, in ordine alla tutela delle esigenze di sicurezza, nonostante la caducazione del divieto di cui all’art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. f), o.p., è qui utile soffermarsi, con maggiore puntualità, sul contenuto della cosiddetta “socialità” e sulle sue modalità di godimento.

Introdotta con la citata novella del 2002 (legge n. 279), la “socialità” consente ai detenuti di trascorrere il tempo in compagnia, all’infuori delle attività di lavoro o di studio, in diversi luoghi richiamati anche nel testo della sentenza n. 97 del 2020 (le c.d. “salette” per le attività in comune, i cortili di passeggio, le camere di pernottamento durante il consumo dei pasti, etc.).

È evidente come tali occasioni possano rappresentare, in riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale, delle occasioni di dialogo potenzialmente idonee a tradursi in una comunicazione verso l’esterno (si pensi, ad esempio, al caso in cui uno dei familiari degli interlocutori si renda disponibile a fungere da intermediario con l’organizzazione criminale all’esterno).

Per limitare tale rischio e, al contempo, al fine di garantire le occasioni di “socialità” anche ai detenuti in regime differenziato è stato predisposto un complesso sistema di regole e prescrizioni.

In primis, la citata riforma del 2009 (legge n. 94) ha previsto la costituzione di ridotti “gruppi di socialità” composti da un massimo di quattro persone, alle quali è consentito svolgere attività in comune esclusivamente tra di loro. Al detenuto in regime speciale, dunque, resta preclusa qualunque altra forma di contatto sia con i ristretti in regime ordinario sia con altri detenuti reclusi *ex art. 41-bis* o.p.

Quanto alla specifica formazione dei gruppi, l’individuazione dei quattro componenti della “socialità” è operata in base a una serie di puntuali parametri – derivanti dalla prassi penitenziaria – raccolti dall’Amministrazione, da ultimo, nella circolare del 1° ottobre 2017 che, in questa sede, appare particolarmente utile richiamare nella sua interezza al fine di comprendere l’ambito in cui la norma censurata si inserisce e le numerose cautele adottate per la composizione della “socialità”.

La circolare stabilisce che nella «determinazione dei gruppi (...) il direttore dell’istituto, avvalendosi del personale dedicato alla custodia, deve:

1. prevedere la limitazione degli incontri tra i vertici delle medesime famiglie, di gruppi alleati e di gruppi o clan contrapposti;
2. individuare la regione di provenienza del detenuto, il clan di appartenenza e la relativa zona in cui opera la consorteria;
3. verificare se presso altri istituti, lo stesso detenuto abbia avuto problemi di incolumità con altri detenuti/internati, al fine di individuare se all'interno della sezione vi siano soggetti dello stesso clan o di clan vicini che abbiano avuto motivi di incompatibilità con il detenuto/internato da inserire nel gruppo;
4. verificare se il soggetto ha manifestato in precedenza problematiche che richiedano l'applicazione di particolari misure custodiali in ordine alla sicurezza attiva o passiva. In tali casi dovrà essere valutato ed effettuato l'inserimento in un gruppo di socialità composto da soggetti che vanno ad equilibrare le caratteristiche del detenuto/internato da inserire;
5. effettuare verifiche sulla corrispondenza epistolare del detenuto/internato, con l'ausilio degli addetti all'ufficio posta e censura, al fine di verificare i contatti attuali che il detenuto/internato ha con altri soggetti, anche ristretti al regime 41-bis, orientando così l'inserimento in un gruppo anche in relazione ai contatti esterni e ai relativi collegamenti che questi hanno con i detenuti/internati presenti nella sezione 41-bis;
6. assicurare una attenta attività di osservazione al fine di studiare e analizzare le dinamiche dei gruppi e apportare le dovute modifiche con l'obiettivo di impedire tentativi di "avvicinamento" e/o "condivisione" di interessi tra consorterie mafiose espressione di differenti provenienze territoriali, evitando di formare gruppi di socialità "aggregati" e comunque coesi;
7. esaminare i gruppi di socialità in cui il detenuto è stato inserito presso gli altri istituti penitenziari.

L'amministrazione penitenziaria deve anche:

- evitare di ammettere all'aria aperta in comune ovvero alla socialità in comune soggetti che abbiano già avuto periodi di permanenza in comune;
- evitare contatti tra nuovi entrati nel circuito e coloro che da più tempo sono sottoposti al regime: i nuovi entrati, infatti, dovranno fare socialità tra loro o con altri soggetti da meno tempo inseriti nel circuito, al precipuo scopo di evitare che vengano comunicati ordini, informazioni e notizie provenienti dall'esterno;

- evitare contatti tra i personaggi di spicco, preferendosi che i gruppi siano formati da un personaggio di spessore ed altri di minor calibro;

- evitare che facciano parte dello stesso gruppo soggetti della medesima organizzazione, ovvero componenti di rilievo di organizzazioni operanti in alleanza o in contrapposizione fra loro o su territori confinanti».

Sul punto, occorre da ultimo specificare che la formazione dei gruppi di socialità, secondo le predette “linee guida”, è sempre operata dall’amministrazione con un ampio margine di discrezionalità e, come specificato nella stessa circolare del 2017, all’amministrazione è sempre attribuito il potere di «valutare l’opportunità di disporre modifiche nella formazione dei gruppi», anche in riferimento alle risultanze derivanti da una puntuale e prolungata osservazione.

La norma censurata, dunque, si inserisce in un contesto di specifici, puntali e rigidi criteri che guidano l’amministrazione penitenziaria nella formazione dei gruppi di socialità, sì da ridurre fortemente il rischio di una trasmissione di messaggi con l’esterno, consentendo – al contempo – di garantire momenti di vita in comune anche ai detenuti sottoposti al regime differenziato.

In effetti, come di recente chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità, la “socialità” rappresenta un momento centrale nel percorso rieducativo di ogni condannato anche se recluso ai sensi dell’art. 41-*bis* o.p. Lo svolgimento delle attività in comune è, cioè, funzionale alla realizzazione del finalismo rieducativo delle pene e, dunque, «non può essere del tutto pretermesso neppure di fronte ai detenuti connotati da allarmante pericolosità sociale, come appunto quelli sottoposti al regime differenziato», ai quali occorre garantire «il soddisfacimento delle esigenze e degli interessi culturali, relazionali e di trattamento»²².

3.3. I fondamenti giurisprudenziali della decisione: le sentenze nn. 143 del 2013, 186 del 2018 e la giurisprudenza costituzionale in materia di illiceità delle presunzioni assolute in ambito penitenziario

Ripercorsa la giurisprudenza costituzionale in materia di limiti “interni” ed “esterni” all’applicazione del regime speciale – e chiarito il contesto normativo e applicativo in cui la

²² Corte di Cassazione, prima sezione penale, sent. n. 44609 del 2018.

censurata previsione si inserisce –, occorre da ultimo soffermarsi su alcuni più puntuali interventi del Giudice delle leggi posti a fondamento della sentenza n. 97 del 2020.

Un precedente specifico si rinviene, *in primis*, nella sentenza della Corte n. 143 del 2013, riguardante la disciplina dei colloqui con i difensori. In particolare, a seguito delle modifiche introdotte dalla citata legge n. 94 del 2009, l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), o.p., imponeva ai detenuti in regime differenziato una serie di stringenti limitazioni quantitative ai colloqui anche con il difensore: telefonate di dieci minuti fino a un massimo di tre volte alla settimana o, in alternativa, un colloquio visivo della durata di un'ora.

La novella del 2009 aveva dunque introdotto, per la prima volta, dei limiti legislativi “quantitativi” al diritto dei detenuti in regime speciale a conferire con i propri difensori, restrizioni evidentemente motivate dal sospetto che i legali potessero prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Investita della questione di costituzionalità dal Magistrato di sorveglianza di Viterbo per l'illegittima compressione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e delle garanzie del giusto processo (art. 111 Cost.), la Corte costituzionale ha dichiarato la fondatezza della questione in riferimento all'art. 24 Cost.: al decremento di un diritto fondamentale (alla difesa) «non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango», non essendo le limitazioni funzionali a “spezzare” i legami con l'organizzazione di appartenenza.

Nel motivare la decisione, i giudici costituzionali utilizzano una logica che sarà ripresa nella sentenza in commento. Dopo aver specificato che «l'eventualità che gli avvocati (...) si prestino a fungere da tramite (...), se non può escludersi a priori, neppure può essere assunta a regola di esperienza, tradotta in un enunciato normativo», la Corte svolge una puntuale riflessione di natura pratica a dimostrazione dell'irragionevolezza della compressione del diritto. Se anche la temuta eventualità si materializzasse, le restrizioni non sarebbero «comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti. Posto, infatti, che i colloqui con i difensori (...) restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a

circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi criminosi»²³.

La novella introdotta nel 2009, dunque, confligge «con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa (...) non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini»²⁴.

Si tratta di un *iter* logico seguito dai giudici costituzionali anche nella sentenza n. 97 del 2020.

La Corte chiarisce che i detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità «hanno varie occasioni di comunicare qualsiasi messaggio tra loro in forma orale, senza poter essere ascoltati (...). In quelle stesse occasioni, pur essendo sottoposti a continua videosorveglianza, i detenuti ben possono inoltre scambiare comunicazioni in forma gestuale, dal significato non facilmente intelligibile»²⁵. Così nelle diverse occasioni di socialità ben può immaginarsi «che il più criptico significato simbolico o convenzionale di un oggetto scambiato possa essere agevolmente sostituito da un'esternazione orale o gestuale, apparentemente casuale, ma in realtà dal contenuto chiaro (solo) all'altro detenuto che ascolta od osserva». Su tale constatazione si fonda «un giudizio di incongruità rispetto allo scopo, cui non può non accompagnarsi, di conseguenza, la sottolineatura del carattere inutilmente e meramente afflittivo della misura»²⁶.

In questo modo, seguendo la medesima logica sottesa alla sentenza n. 143 del 2013, la Corte giunge a dichiarare l'incostituzionalità del divieto: «alla certa compressione di una forma minima di socialità – estrinsecantesi, peraltro, nell'ambito di una cerchia assai ristretta di soggetti, e consistente nello scambio di cose di scarso valore e di immediata utilità, nella prospettiva di una (assai parziale) “normalità” di rapporti interpersonali – non corrisponde un accrescimento delle

²³ Punto 7, *Considerato in diritto*.

²⁴ *Idem*.

Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 2013, cfr. V. MANES, VALERIO NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2013; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 3, 2013 e, dello stesso Autore, *Tra integrazione e maieutica*, op. cit., in cui la pronuncia viene qualificata come «di accoglimento parziale con effetto “espansivo” del diritto compresso» (24).

²⁵ Punto 7.1, *Considerato in diritto*.

²⁶ *Idem*.

garanzie di difesa sociale e sicurezza pubblica»²⁷. Comprensibile se riferito a detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, il divieto «mostra la sua irragionevolezza se necessariamente applicato anche ai detenuti assegnati al medesimo gruppo»²⁸.

Un più recente precedente della sentenza n. 97 del 2020 si rinviene nella decisione n. 186 del 2018, con la quale i giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettera f) o.p. nella parte in cui prevedeva il divieto di cuocere cibi²⁹.

La proibizione di scambiare oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità non trova, al pari del divieto di cottura dei cibi, una puntuale giustificazione nella tutela delle contrapposte esigenze di sicurezza. Al riguardo, la Corte afferma che l'inutilità del divieto censurato è evidente «anche in rapporto alla necessità di prevenire la formazione o il consolidamento di logiche di prevaricazione all'interno del medesimo gruppo di socialità, a tanto bastando – secondo principi ribaditi (...) nella sentenza n. 186 del 2018 – la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario», tra le quali rileva, in

²⁷ *Idem*.

²⁸ In argomento, occorre ricordare che la Corte costituzionale è giunta a un risultato di segno opposto in riferimento al diverso divieto di scambiare libri e riviste con l'esterno, quale risultante dall'applicazione delle misure di cui alle lettere a) e c) del comma 2-*quater* dell'art. 41-bis, o.p. (sent. n. 122 del 2017).

Il tratto differenziale delle pronunce sembra risiedere nella provenienza dell'oggetto: dall'esterno, nella sentenza n. 122 del 2017, dall'interno e solo tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, nella pronuncia in commento.

Sulla sentenza n. 122 del 2017, cfr. S. AMATO, *Un messaggio nella bottiglia (e un'occasione perduta)*, in *Giur. pen. Web*, 2017, 7-8; A. DELLA BELLA, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6, 2017, 256 ss.; A. LONGO, «Est modus in rebus». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos*, 3, 2017; F. MANNELLA, *Le restrizioni alla libertà di corrispondenza, di informazione e di studio dei detenuti in regime di c.d. carcere duro: la Corte costituzionale, in accordo con la Cassazione, salva l'art. 41-bis ord. pen. e la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria in materia*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2017.

Per una riflessione sul tema antecedente alla sentenza n. 122 del 2017, v. M. RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis. A proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. penale*, fasc. 2, 2015, 842 ss.

Sul diritto all'informazione e alla riservatezza in carcere, si veda M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, op. cit., vol. II, di I. DEL VECCHIO, *L'informazione in carcere nella tensione tra la tutela del diritto e le esigenze di prevenzione e sicurezza*, 283-312 e A. TURTURRO, *Il diritto alla riservatezza: la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la protezione dei dati personali*, 313-358. Sulla libertà di comunicazione in carcere, si veda, da ultimo, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, Jovene editore, 2015, 107-121.

²⁹ Più nel dettaglio l'intervento manipolativo è ottenuto dalla Corte attraverso l'eliminazione delle parole «e cuocere cibi» dalla disposizione.

Sulla decisione n. 186 del 2018, v. G. ALBERTI, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2018 e S. STURNIOLO, «Dis-moi ce que tu manges, je te dirai ce que tu es». *Cade il divieto di «cuocere cibi» per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-bis ord. pen. Riflessioni a seguito della sentenza n. 186/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. fond.*, fasc. 1, 2019, 18 marzo 2019.

particolare, la prescrizione generale contenuta nell'art. 15 reg. esec.³⁰, «che consente la cessione o lo scambio unicamente di “oggetti di modico valore”»³¹.

In effetti, già nella decisione del 2018, i giudici costituzionali avevano chiarito che il manifestarsi, all'interno delle mura detentive, di forme di “potere” dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le organizzazioni criminali, deve essere impedito «attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario» e «non potrebbe, per converso, considerarsi legittimo, a questo scopo, l'impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti»³².

Ma le due pronunce non si pongono su un piano di continuità esclusivamente in riferimento alla necessità di rispettare i richiamati limiti interni ed esterni nell'applicazione del regime speciale, quanto anche con riguardo all'oggetto del giudizio.

In particolare, la Corte in linea con la sentenza n. 186 del 2018 in cui non si era trattato di affermare «l'esistenza di un “diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella”», quanto «piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana (...)» – così, allo stesso modo, specifica che non esiste «un diritto fondamentale a scambiare oggetti, nemmeno con i detenuti assegnati allo stesso gruppo di socialità. E tuttavia, sia cuocere cibi, sia scambiare oggetti, sono facoltà dell'individuo, anche se posto in detenzione, che fanno parte di quei “piccoli gesti di normalità quotidiana”, (...) tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la libertà del detenuto stesso»³³.

³⁰ “Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario” (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

Analoga logica è posta a fondamento della circolare n. 0202222 del DGDG del 20 maggio 2011, che consente ai reclusi sottoposti al regime differenziato la ricezione di uno o due capi firmati, ma non la formazione di interi guardaroba costituiti da generi di lusso. La Magistratura di sorveglianza di Reggio Emilia, accogliendo il ricorso presentato da due detenuti, aveva disapplicato la circolare: nessuna limitazione ulteriore, oltre alle restrizioni contenute nel decreto ministeriale che applica il regime, può essere imposta dell'amministrazione. Pronuncia successivamente ritenuta viziata da illogicità manifesta da parte della Corte di Cassazione, secondo cui il limite all'acquisto dei beni di lusso è volto a preservare la parità tra i detenuti e a non riproporre posizioni di predominio (Corte di Cassazione, prima sezione penale, sent. n. 42605 del 2013).

Sul punto F. PICOZZI, *È applicabile anche ai detenuti “41-bis” il divieto di possedere vestiti costosi?*, in *Cass. pen.*, 53, 7-8, 2013, 2801 ss.

³¹ Punto 2.1, *Considerato in diritto*.

³² Punto 4.4, *Considerato in diritto*.

³³ Punto 8, *Considerato in diritto*.

È, dunque, in quel residuo di libertà che i giudici costituzionali ancorano l'accoglimento di entrambe le questioni e, ancor prima, la massima espansione del principio di umanità delle pene, quale fondamento posto dalla Costituzione a tutela di ogni individuo, prescindendo dai comportamenti messi in atto, compresa l'eventuale scelta di porsi gravemente in contrasto con i precetti giuridici su cui la Repubblica fonda la convivenza sociale.

Infine, con la pronuncia n. 97 del 2020, la Corte prosegue lungo la strada tracciata da quegli approdi della giurisprudenza costituzionale volti alla trasformazione delle presunzioni legislative da assolute a relative, sì da consentire la valorizzazione di una valutazione casistica operata dai giudici in base agli elementi del caso concreto.

Sul punto la giurisprudenza costituzionale è ormai amplissima.

Vale qui (sinteticamente) la pena di ricordare in ambito penitenziario la nota decisione n. 253 del 2019, con cui la Corte è giunta a dichiarare l'illegittimità dell'art. 4-bis, comma 1, o.p.³⁴, nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti connessi alla criminalità organizzata, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di una collaborazione con la giustizia (art. 58-ter o.p.),

L'espressione "residuo di libertà" è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 349 del 1993: «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (Punto 4.2, *Considerato in diritto*).

Su tale centrale decisione v., tra i molti, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 51-54. Lo stesso Autore, in diverso scritto, riapre la riflessione prendendo le mosse dalla successiva sentenza n. 526 del 2000, nella quale i giudici costituzionali hanno ritenuto che le perquisizioni, configurandosi quali "misure di trattamento" e attenendo alle modalità concrete di attuazione del regime carcerario, non incidono sul "residuo" di libertà del detenuto (M. RUOTOLO, *L'effettività "rinneante" della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, 4127 ss.).

Per una riflessione critica sull'utilizzo del termine "residuo", v. G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del "capro espiatorio". Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. e soc.*, 2015, 7; S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 1-2.

³⁴ Si tratta, come noto, della disposizione che pone in riferimento ad eterogenee fattispecie di reato, un divieto assoluto di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata), ai detenuti che non abbiano collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p. La disposizione, come la previsione censurata nella sentenza n. 97 del 2020, è espressione della legislazione speciale che, a partire dall'inizio degli anni '90, fu approvata al fine di introdurre strumenti che potessero rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata.

Per un'esauritiva e recente analisi dell'art. 4-bis o.p., anche in riferimento al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o.p., v. L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale*, op. cit., 437-478.

Sul meccanismo preclusivo all'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari, v. anche L. CARACENI, C. CESARI, sub *Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 2015, 53 ss.; 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.*, 3, 2003, 439 ss.

allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti³⁵.

Logica analoga è posta a fondamento della recentissima sentenza n. 18 del 2020 in cui il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illiceità dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, o.p., nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da grave disabilità³⁶.

A fondamento dell'accoglimento, in ambedue le pronunce, non risiede la mancata possibilità di concedere la misura alternativa – o il beneficio penitenziario – quanto, piuttosto, l'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice una valutazione casistica che possa valorizzare l'ideale rieducativo (sent. n. 253 del 2019), o far emergere la funzione di garanzia del minore sottesa all'introduzione della detenzione domiciliare speciale nella normativa penitenziaria (sent. n. 18 del 2020).

È un percorso argomentativo seguito dai giudici costituzionali anche nella sentenza in commento: in motivazione la Corte afferma che «l'applicazione necessaria e generalizzata del divieto di scambiare oggetti anche ai detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, sconta il limite di essere frutto di un bilanciamento condotto ex ante dal legislatore, a prescindere, perciò,

³⁵ Si tratta di una decisione storica a cui ha fatto immediato seguito la sentenza n. 263 del medesimo anno, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, del nuovo ordinamento penitenziario minorile (d.lgs. n. 121 del 2018) nella parte in cui, ai fini della concessione delle misure penali di comunità, dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, prevede l'applicazione – anche nei confronti dei condannati minorenni – del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, o.p.

Un commento unitario alle due pronunce è contenuto in A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 1, 501 ss.

Sulla sentenza n. 253 del 2019 v., *ex plurimis*, in questa Rivista: M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, fasc. 1, 2020, 4 febbraio 2020; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, fasc. 2, 2020, 3 marzo 2020; S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019)*, n. 253, fasc. 2, 2020, 3 marzo 2020; M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, fasc. 2, 2020, 3 marzo 2020. Si vedano, altresì, M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019; S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, fasc. 3, 2019.

³⁶ Sulla sentenza n. 18 del 2020 v. G. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *Sist. Pen.*, 17 febbraio 2020; A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in questa Rivista, fasc. 3, 3030, 2 giugno 2020; S. TALINI, *Disabilità, rapporto genitoriale e preclusioni penitenziarie: la sent. n. 18/2020 quale "plurimo approdo" della giurisprudenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, in corso di pubblicazione.

da una verifica in concreto dell'esistenza delle ricordate, specifiche, esigenze di sicurezza, e senza possibilità di adattamenti calibrati sulle peculiarità dei singoli casi. È, in definitiva, la previsione ex lege del divieto assoluto a costituire misura sproporzionata, anche sotto questo profilo in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.»³⁷. Ne consegue la possibilità per l'amministrazione penitenziaria, anche a seguito dell'accoglimento della questione, «di disciplinare le modalità di effettuazione degli scambi tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo (...), nonché di predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni»³⁸.

Dunque, anche nella sentenza n. 97 del 2020, l'incostituzionalità risiede nella predeterminazione ex lege di un automatismo assoluto, la cui incontrovertibilità si pone in contrasto, oltreché con i richiamati limiti interni ed esterni del regime differenziato, con i principi costituzionali di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza³⁹.

³⁷ Punto 8, *Considerato in diritto*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Ancora in riferimento alla giurisprudenza costituzionale volta alla trasformazione delle presunzioni legislative da assolute a relative in materia di meccanismi ostativi, v. sentt. nn. 239 del 2014, 76 del 2017 e, più recentemente, 149 del 2018. Espressione di tale filone giurisprudenziale sono altresì le sentenze riguardanti l'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere a seguito delle modifiche apportate all'art. 275, 3 comma, c.p.p. dal richiamato "pacchetto sicurezza" del 2009.

Sulla sentenza n. 239 del 2014, cfr. A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Cacucci, Bari, 2018, 216 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

Riguardo alla decisione n. 76 del 2017, cfr. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017, 321-329; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, in particolare 737, 738.

Da ultimo, sull'ultima decisione n. 149 del 2018, cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in questa Rivista, fasc. 3, 2018, 19 novembre 2018, 405-416; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, 504-510.

Per una ricostruzione delle vicende relative all'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere a seguito delle novelle introdotte nel 2009, v., anche in riferimento all'ampia dottrina richiamata, M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 142-152 e S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 159-175.

4. Considerazioni di sistema

Si è già avuto modo di affermare come una scelta maggiormente coraggiosa del Giudice delle leggi nella sentenza n. 190 del 2010, in termini di espressa incostituzionalità di un'applicazione tassativa e automatica dell'intero novero di restrizioni previste nel comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* o.p., avrebbe posto un primo argine alla necessità di ricorrere alla giustizia costituzionale in ipotesi come quella oggetto della decisione n. 97 del 2020.

Al di là di tale considerazione, si è ricordato come la Corte sia più volte intervenuta, anche nell'immediato seguito della cosiddetta legislazione antimafia, per riequilibrare il delicato bilanciamento costituzionale tra esigenze di sicurezza (interna ed esterna agli istituti) e la garanzia dei diritti anche di coloro che siano sottoposti al regime differenziato. Ne sono nitida espressione il richiamato intervento del 1993, in cui i giudici costituzionali riconobbero un'irrinunciabile «residuo di libertà» di ciascun detenuto⁴⁰ e, successivamente, la nota sentenza n. 26 del 1999: le coordinate costituzionali di cui al terzo comma dell'articolo 27 Cost. si traducono «non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. (...) L'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà»⁴¹.

L'umanità e il fine risocializzante di ogni pena, unitamente al principio supremo della libertà-dignità dei ciascun individuo discendente dagli artt. 2 e 3 Cost.⁴², impongono, cioè, che «la dignità della persona (...) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – [sia] dalla Costituzione protetta attraverso il

⁴⁰ Sent. n. 349 del 1993 (v. precedente nota n. 20).

⁴¹ Punto 3.1, *Considerato in diritto*.

La decisione è pubblicata in *Giur. cost.* del 1999 con note di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria?*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*.

⁴² L'espressione è contenuta in F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 107.

bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»⁴³.

Tutela dei diritti, uguaglianza, umanità e (tentativo di) risocializzazione di ogni condannato costituiscono, dunque, i presupposti costituzionali della fase esecutiva, imponendo un arretramento del potere coercitivo dei pubblici poteri ogni qual volta consista «in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27, terzo comma, Cost.).

È in questa osmosi che la giurisprudenza costituzionale individua, finanche nella sentenza n. 97 del 2020, il punto di bilanciamento tra “diritto alla sicurezza” e “sicurezza dei diritti”⁴⁴: alle persone private della libertà spettano tutti i diritti (inviolabili) costituzionalmente garantiti, la cui compressione può avvenire esclusivamente in ragione di comprovate, attuali e specifiche esigenze di sicurezza connaturate allo *status detentionis*⁴⁵.

Tale riflessione consente un'ultima considerazione di sistema.

I ripetuti interventi della Corte costituzionale in materia di regime differenziato pongono l'attenzione su quella che potrebbe definirsi una preoccupante “spia costituzionale” in ordine alla necessità di un ripensamento complessivo della disciplina, non solo del regime detentivo speciale ma, più in generale, anche del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-bis o.p.

Il costante pronunciarsi delle Corti – anche sovranazionali⁴⁶ – è, in effetti, dovuto a una ormai perdurante inerzia del legislatore soprattutto in ambiti legati alla tutela dei diritti, inattività a cui hanno fatto seguito sempre più incisive pronunce della Corte costituzionale spintesi ben al di là del

⁴³ Di nuovo Corte cost., sent. n. 26 del 1999 (punto 3.1, *Considerato in diritto*).

Pone recentemente in luce la centralità della tutela della dignità soprattutto in stato di privazione della libertà personale G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, 21 novembre 2014: «non può esservi dignità senza libertà e viceversa; fermo restando che la persona conserva la propria dignità, il diritto al rispetto di essa, la propria libertà morale, anche (anzi, soprattutto) quando la sua libertà fisica o la sua capacità di autodeterminazione siano ristrette in modo illegittimo o legittimo» (25).

⁴⁴ Tale contrapposizione è contenuta in A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Franco Angeli, Roma, 2001, 19 ss.

⁴⁵ Cfr., tra le più note, sentt. nn. 204 del 1974, 185 del 1985, 312 del 1985, 374 del 1987, 53 del 1993, 26 del 1999, 158 del 2001, 341 del 2006.

⁴⁶ Sono numerose le sentenze di condanna pronunciate nei confronti dell'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di privazione della libertà personale.

Con specifico riferimento alla compatibilità del regime speciale e del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-bis o.p. con le norme convenzionali (spec. artt. 3, 8 e 13), cfr., *ex plurimis* e su diversi aspetti: sentt. *Viola c. Italia* del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16; *Provenzano c. Italia* del 25 ottobre 2018 ric. n. 55080/13; *Paolello c. Italia* del 24 settembre 2015, ric. n. 37648/02; *Vincenzo Guidi c. Italia* del 27 marzo 2008, ric. n. 28320/02; *Enea, Argenti, Campisi c. Italia*, dell'11 luglio 2006 ric. n. 24358/02; *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000, ric. n. 26772/85; *Messina c. Italia* del 28 settembre 2000, ric. n. 25498/94.

noto argine crisafulliano della “rime obbligate”⁴⁷ (si pensi, su tutte, anche alla vicenda del cosiddetto caso Cappato e, ancor più di recente, all’ord. n. 132 del 2020, con cui la Corte ha rinviato l’udienza di un anno per consentire al Parlamento di modificare la disciplina sanzionatoria della diffamazione a mezzo stampa)⁴⁸.

Il decennale consolidamento di quello che, in diversa sede, è stato definito un “cortocircuito istituzionale”⁴⁹ porta con sé evidenti e gravi criticità attinenti anche alla certezza del diritto: un longevo perdurare degli effetti prodotti da norme reputate costituzionalmente non compatibili e, sotto il profilo dell’interazione tra gli attori istituzionali, l’instaurazione di un “rapporto anomalo” tra forze politiche e Corte in cui i giudici hanno spesso assunto la veste di attori principali nell’ampliamento costituzionalmente orientato del perimetro dei diritti tramite l’opera esegetica.

È in questo più ampio contesto di sistema che si inserisce anche la sentenza n. 97 del 2020, la quale diviene chiara espressione della necessità di una netta inversione di tendenza affinché, proseguendo lungo la strada aperta dalla riforma penitenziaria del 1975, sia dato un ampio seguito legislativo al principio della «massima espansione delle libertà costituzionali»⁵⁰ anche in riferimento ai detenuti ristretti in regime speciale.

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2, Cedam, Padova, 1984, 402-409.

⁴⁸ Per una recente e ampia riflessione in argomento v., anche in riferimento alla dottrina richiamata, M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e soc.*, fasc. 1, 2020.

⁴⁹ S. TALINI, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo. Considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul “caso cappato”*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2029, 63-94; S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁵⁰ L’espressione, è noto, si deve a P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 41.