AIC
Associazione Italiana dei Costituzionalisti
Osservatorio costituzionale

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE
Codice ISSN: 2283-7515
Fasc. 5/2025
Data: 7 ottobre 2025

*Una boccata d'aria… per il 41 bis. Breve commento a Corte costituzionale, sentenza n. 30 del 2025**

di **Alessandro Pasqua** – *Dottorando in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Parma*

ABSTRACT: Premessi brevi cenni sulla storia e sulla ratio del regime carcerario previsto dall'art. 41 *bis* co. 2 della legge 26 luglio 1975, n. 354, per come ricostruite dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, il presente articolo, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte n. 30 del 2025, che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma contenuta nell'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. f), limitatamente all'inciso "*, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10*", e che ha quindi disposto l'applicabilità ai detenuti in regime di 41 *bis* co. 2 della norma generale contenuta all'art. 10 in materia di numero minimo di ore d'aria, si propone di esaminare, seppur brevemente, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di regime detentivo di cui all'art. 41 *bis* co. 2, nonché la compatibilità di siffatta disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario con le previsioni costituzionali, e in particolare con il principio del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

After briefly outlining the history and rationale behind the prison regime provided for in Article 41 *bis*, paragraph 2, of Law No. 354 of 26 July 1975, as reconstructed by the case law of the Constitutional Court, this article, taking its cue from the Court's ruling no. 30 of 2025, which

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

Contributo soggetto alla licenza "CC BY-NC-ND" Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate 4.0 Internazionale; https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/.

declared the unconstitutionality of the provision contained in Article 41 *bis*, paragraph 2 *quater*, letter f), limited to the phrase "*, for a duration not exceeding two hours per day, without prejudice to the minimum limit referred to in the first paragraph of Article 10*", and which therefore ruled that the general provision contained in Article 10 on the minimum number of hours of outdoor exercise was applicable to prisoners under the 41 *bis*, paragraph 2 regime, proposes to examine, although briefly, the evolution of constitutional case law on the detention regime referred to in Article 41 *bis*, paragraph 2, as well as the compatibility of this provision of the law on the prison system with constitutional provisions, and in particular with the principle of the rehabilitative purpose of punishment referred to in Article 27, paragraph 3, of the Constitution.

KEYWORDS: Corte Costituzionale, ordinamento penitenziario, 41 *bis,* regime carcerario, ore d'aria, finalismo rieducativo; Constitutional Court, prison system, 41 bis, prison regime, outdoor recreation time, rehabilitative purpose

SOMMARIO: 1. Introduzione: i presupposti della vicenda. – 2. Il regime del 41 bis nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Un breve excursus. – 3.1 La questione dell'ora d'aria nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Un precedente importante: la sentenza n. 190 del 2010. – 3.2 15 anni dopo: la sentenza n. 30 del 2025. Verso la definizione di un nuovo bilanciamento tra tutela dei diritti e esigenze di sicurezza? – 4. Conclusioni.

1. Introduzione: i presupposti della vicenda

Con la sentenza n. 30 del 2025, depositata lo scorso 18 marzo e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 19 marzo, la Corte Costituzionale, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità di una disposizione della legge 26 luglio 1975, n. 354[1], ha dichiarato l'incostituzionalità della norma contenuta nell'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. f), limitatamente all'inciso "*, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10*".

[1] Recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà.

Con la declaratoria di incostituzionalità, la Corte, ponendosi in continuità con diverse sue pronunzie degli ultimi anni[2], ha inciso sul complesso e articolato regime detentivo speciale previsto dal co. 2 dell'art. 41 *bis* e dai successivi commi, che, come si intuisce dalla numerazione, ne costituiscono un completamento. La lunga disposizione normativa, introdotta dal legislatore con l'art. 19 decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e diverse volte novellata negli anni, è stato infatti oggetto di numerose decisioni della Corte Costituzionale, che ne hanno profondamente modificato il disposto allo scopo di rimuovere quelle previsioni che realizzavano un intollerabile contrasto con i principi della Carta costituzionale.

Nel caso in esame, la vicenda trae origine da una richiesta formulata all'istituto penitenziario della Casa circondariale di Sassari-Bancali dal detenuto G. B., detenuto presso la stessa in regime differenziato *ex* art. 41 *bis*, co. 2. Lo stesso aveva domandato all'amministrazione penitenziaria di poter godere di almeno 4 ore d'aria al giorno, analogamente a quanto previsto dall'art. 10, co. 1, per i detenuti in regime ordinario. A fronte del rifiuto da parte della direzione penitenziaria, il detenuto si è rivolto al Magistrato di sorveglianza di Sassari, il quale ha dichiarato inammissibile il reclamo. Il detenuto ha allora presentato opposizione davanti al Tribunale di sorveglianza di Sassari, il quale ha rilevato il possibile contrasto tra tale limitazione temporale e diverse disposizioni costituzionali, in quanto priva di giustificazione in termini di sicurezza, pregiudizievole per la finalità rieducativa della pena e lesiva del diritto alla salute del detenuto.

Alla luce di queste considerazioni, allora, il Giudice *a quo*, con l'ordinanza di rimessione del 18 marzo 2024, n. 188, ha sollevato innanzi alla Corte Costituzionale il dubbio di legittimità avente a oggetto la norma di cui all'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. f), legge 26 luglio 1975, n. 354, con riferimento agli artt. 3, 27, co. 3, e 32 Cost.

2. Il regime del 41 *bis* nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Un breve *excursus*

In un passaggio centrale della sua motivazione, la Corte opera un'efficace e utile ricostruzione della *ratio* delle limitazioni di trattamento *ex* art. 41 *bis* co. 2, per come emersa dalle numerose sentenze della stessa Consulta susseguitesi nel corso degli anni.

[2] Di alcune di esse si darà conto nel prosieguo della trattazione.

Come già si anticipava, la lunga disposizione normativa di cui al co. 2 dell'art. 41 *bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, è stata introdotta dal legislatore con l'art. 19 decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356. Il particolare regime detentivo fu inserito dal legislatore nell'ordinamento penitenziario come reazione ai drammatici episodi di violenza di stampo mafioso che, negli ultimi decenni dello scorso secolo, sono culminati nell'omicidio di illustri magistrati e membri delle pubbliche istituzioni. Tra i tanti, non si possono non ricordare le note stragi di Capaci e di via D'Amelio, entrambe avute luogo nell'anno 1992, durante le quali persero la vita i magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, oltre a diversi uomini della scorta, ma anche l'omicidio di Piersanti Mattarella, fratello dell'attuale Presidente della Repubblica, avvenuta nel gennaio del 1980, sempre a Palermo[3].

I terribili fatti di cronaca, che inducono a parlare, con riferimento a quegli anni, di stagione stragista, resero urgente, anche agli occhi dell'opinione pubblica, l'esigenza di reprimere, mediante lo strumento della sanzione penale, tutte le forme di criminalità organizzata violente e sovversive[4].

Il regime detentivo del 41 *bis*, poiché imperniato sulla drastica riduzione dei contatti con il mondo esterno e tra gli stessi detenuti, perseguiva l'obiettivo di recidere i rapporti tra i detenuti che

[3] Per dovere di cronaca, e senza alcuna pretesa di completezza, nel rispetto delle numerose vittime di mafia di quegli anni e delle loro famiglie, si riportano, citando fonte enciclopedica, alcuni dei nominativi di giornalisti, avvocati, imprenditori, magistrati, esponenti delle forze dell'ordine e comuni cittadini che persero tristemente la vita per mano dell'organizzazione criminale di Cosa Nostra: Mauro De Mauro, Giovanni Spampinato, Giuseppe Russo, Peppino Impastato, Giorgio Ambrosoli, Emanuele e Filippo Basile, Gaetano Costa, Pio La Torre, Giovanni Gambino, Rocco Chinnici, Giuseppe e Antonio Fava, Pietro Busetta, Ninni Cassarà, Antonio e Stefano Saetta, Luigi Ranieri, Giacomo Palazzolo, Emanuele Piazza, Gaspare Palmeri, Libero Grassi. Salvo Lima, Vincenzo D'Agostino, Vincenzo Napolitano, Ignazio Salvo, Giuseppe Borsellino, Beppe Alfano, Pino Puglisi, Giuseppe Montalto, Giuseppe Lo Nigro, Giuseppe La Franca, Domenico Geraci.

Come le indagini che si svolsero nei mesi successivi all'omicidio del giudice Falcone ebbero modo di rivelare, molti delitti di mafia di quegli anni erano stati voluti ed organizzati da soggetti apicali delle organizzazioni criminali di stampo mafioso che si trovavano ristretti in carcere (sul punto si veda il rapporto della Commissione stragi, XI legislatura, Processi verbali Ufficio di presidenza, Seduta n. 2 (30 giugno 1993), p. 3, in *Archivio storico del Senato*). Per questo motivo, si rendeva necessario adottare ogni possibile misura atta a recidere i rapporti tra i boss mafiosi e le rispettive organizzazioni, o, quanto meno, "*neutralizzare la pericolosità di detenuti che, in virtù dei legami con le associazioni criminali di appartenenza, continuavano dal carcere ad impartire ordini e direttive agli associati*" (in tal senso, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. XIII e XIV).

[4] L'introduzione del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* co. 2 rappresentava uno degli strumenti attraverso cui perseguire gli scopi di ordine e sicurezza pubblica tanto avvertiti durante quegli anni. Scrive S. ARDITA, ne *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 15: "*L'esperienza nel contrasto alle compagini criminali più agguerrite aveva infatti consentito di individuare, nei capi detenuti delle organizzazioni mafiose, veri punti di riferimento per gli affiliati operanti all'esterno del carcere. […] Il primo rilevante effetto d'impatto del regime speciale 41 bis, all'indomani della sua introduzione, era stato infatti quello di determinare disorientamento in talune realtà criminali, abituate alla gestione verticistica di governo delle attività criminali che si attuava anche dalla condizione di detenzione*".

rivestono posizioni apicali all'interno delle compagini criminali e l'organizzazione di riferimento, soddisfacendo in tal modo fondamentali esigenze di sicurezza. La persistenza del vincolo associativo anche durante l'esecuzione di una misura privativa della libertà personale consente infatti ai detenuti in ruoli apicali di proseguire nelle loro attività illecite[5]. Il regime detentivo speciale previsto dal 41 *bis*, quindi, permettendo all'amministrazione penitenziaria di recidere o quanto meno limitare i contatti tra i detenuti e le organizzazioni criminali di appartenenza, si rendeva quanto mai necessario per fornire una risposta forte agli episodi di violenza perpetrati dalle associazioni mafiose negli anni '80 e '90 del secolo scorso[6].

In quegli anni, infatti, si assistette a un profondo mutamento degli atteggiamenti politici prevalenti interni alla principale organizzazione criminale di stampo mafioso, ossia Cosa Nostra. Come evidenziato dalla Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari nel '93, "*prima, le relazioni esterne erano guidate da un assioma enunciato da Gaetano Badalamenti, capo della commissione provinciale di Palermo fino al 1976: «Noi non possiamo fare la guerra allo Stato». Si ricorreva piuttosto alla infiltrazione, alla minaccia, alla corruzione, ma non allo scontro aperto. Negli anni successivi, lo scenario si trasforma. Cambiano le tecniche d'intervento. Cosa Nostra ricorre con sempre maggiore frequenza all'attacco terroristico. Si afferma il potere dei Corleonesi: non più soltanto una famiglia, ma una corrente organizzata, che dispone di propri uomini nell'ambito di ciascuna delle famiglie tradizionali, e costruisce progressivamente una struttura di comando segreta, anche attraverso l'affiliazione riservata di personaggi non generalmente conosciuti come uomini d'onore all'interno dell'organizzazione. […] Contemporaneamente, è più ampio e devastante il ricorso all'omicidio, all'aggressione contro uomini delle istituzioni, alle stragi*"[7].

[5] Sulla "resistenza" del vincolo associativo allo stato detentivo si vedano, a titolo esemplificativo, le sentenze Cass. 23 novembre 1992, n. 4804, Cass. 22 novembre 2006, n. 1073 e Cass. 22 ottobre 2015, n. 46065.

[6] Alcuni autori hanno riportato come, in realtà, neppure la sottoposizione al regime detentivo del 41 *bis* persegue efficacemente lo scopo di prevenzione che lo stesso si propone, non sempre riuscendo a spezzare i legami tra il detenuto di mafia e l'associazione di riferimento. Sul punto si veda la ricostruzione operata da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 50-70, in cui l'autrice riporta alcuni recenti episodi giudiziari che hanno dimostrato il coinvolgimento di detenuti reclusi in regime di 41 *bis*. In ogni caso, la stessa autrice evidenzia che "*si tratta di casi eclatanti, […] e che se, da un lato, dimostrano l'intrinseca insufficienza del regime detentivo speciale ad impedire del tutto i collegamenti tra i detenuti e la loro associazione di appartenenza, dall'altro, consentono però di toccare con mano l'indubbia utilità di questo strumento, che costituisce un serio ostacolo alle comunicazioni dei boss*" (A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 51).

[7] Il breve estratto è preso dalla "*Relazione sulle risultanze del Forum promosso il 5 febbraio dalla Commissione parlamentare Antimafia, con la Direzione nazionale Antimafia, con le Direzioni distrettuali e con il gruppo di lavoro per gli interventi del CSM nelle zone colpite dalla criminalità*", approvata dalla Commissione Parlamentare d'inchiesta

L'introduzione nell'ordinamento penitenziario di un regime carcerario capace di spezzare i rapporti tra gli appartenenti all'organizzazione costituiva dunque allora uno strumento indispensabile per indebolire l'associazione mafiosa, impedendo ai capi mafia detenuti di continuare a dirigere le attività criminali dell'organizzazione anche dall'interno degli istituti penitenziari.

Nel nuovo millennio, però, si è assistito a una profonda trasformazione delle realtà criminali organizzate: se infatti negli ultimi decenni del secolo scorso, le associazioni di stampo mafioso si sono sempre poste in aperto conflitto con lo Stato e le istituzioni, attraverso la commissione di efferati ed eclatanti delitti, negli ultimi anni paiono piuttosto aver tentato di evitare lo scontro diretto con la pubblica autorità e di inserirsi subdolamente, invece, nella realtà economica e nei traffici commerciali, leciti e illeciti, nazionali ed internazionali[8].

La radicale evoluzione del *modus operandi* di Cosa Nostra ha comportato una drastica diminuzione degli episodi di violenza di stampo mafioso. Questo ha costretto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale a una seria riflessione culturale e giuridica sul regime del 41 *bis*, il che ha condotto la Corte, attraverso una serie di importanti pronunzie, a rimeditare il bilanciamento tra le esigenze sicuritarie che la norma mira a perseguire e la tutela dei diritti fondamentali del detenuto. I numerosi dubbi sulla tenuta costituzionale delle previsioni contenute nella norma in questione hanno portato la Corte a incidere profondamente sulla disciplina prevista dal 41 *bis* co. 2, attraverso numerose sentenze di accoglimento che hanno fortemente attenuato l'originaria rigidità del regime carcerario[9].

---

sul fenomeno della Mafia e sulle altre associazioni criminali similari il 9 marzo 1993, consultabile al sito: https://legislature.camera.it/_dati/leg11/lavori/stampati/pdf/36309.pdf, p. 8.

[8] S. ARDITA, *op. cit.*, p. XI, parla di "*problema di percezione della loro stessa presenza*". Recentemente l'emersione della questione è stata favorita dal noto processo Aemilia, conclusosi il 31 ottobre 2018, il quale, portando alla condanna di 125 imputati, ha rivelato la fortissima presenza e radicalizzazione dell'organizzazione criminale nota come 'ndrangheta nella Regione Emilia-Romagna. Sul tema ha scritto anche Fernando Dalla Chiesa, figlio del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, vittima della strage di via Carini del 3 settembre 1982, il quale ha pubblicato il libro F. DALLA CHIESA, *Rosso Mafia. La 'Ndrangheta a Reggio Emilia*, Bompiani Editore, Milano, 2019.

L'infiltrazione delle organizzazioni criminali di stampo mafioso nel tessuto economico del Paese risultavano già evidenti nei primi anni '90, come testimoniato dalla già citata "*Relazione sulle risultanze del Forum promosso il 5 febbraio dalla Commissione parlamentare Antimafia, con la Direzione nazionale Antimafia, con le Direzioni distrettuali e con il gruppo di lavoro per gli interventi del CSM nelle zone colpite dalla criminalità*", nella quale gli autori evidenziano la presenza di associazioni mafiose in diverse Regioni del Nord Italia allo scopo di gestire traffici di sostanze stupefacenti e investire nel settore immobiliare.

[9] Nel prosieguo si darà conto di numerose pronunzie della Corte Costituzionale che hanno rimosso dalla disciplina in oggetto una serie di previsioni contrarie ai principi costituzionali.

Un ruolo fondamentale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è comunque da attribuire anche alle forti pressioni provenienti dalle Corti internazionali, e *in primis* dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[10].

Se in un primo tempo, infatti, la Corte Costituzionale ha giustificato la rigidità del regime speciale del co. 2 dell'art. 41 *bis*, ritenendo tale disciplina essenziale al soddisfacimento di esigenze sicuritarie fortemente avvertite, più tardi, anche grazie alla fondamentale spinta della Corte di Strasburgo, la Consulta ha realizzato una progressiva umanizzazione del regime detentivo speciale, elidendo dal complesso normativo costituito dalla disposizione in esame tutta una serie di previsioni che si ponevano in netto contrasto con il dettato costituzionale, oltre che con le previsioni contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[11].

Il progressivo ammorbidimento del regime di cui al co. 2 dell'art. 41 *bis*, realizzato attraverso le sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale, è frutto, peraltro, di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza, oltre che della stessa collettività, al tema delle condizioni detentive, come testimoniato dalla popolarità di prodotti documentaristici e di intrattenimento destinati al grande pubblico che si propongono, tra l'altro, di rappresentare e documentare la realtà carceraria[12].

[10] Sul rapporto tra la Corte di Strasburgo e l'evoluzione giurisprudenziale italiana in materia penitenziaria si veda F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *Manuale di Diritto penitenziario*, III edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2023, p. 8, che afferma: "*La giurisprudenza della Corte e.d.u. ha esercitato un'azione propulsiva, condizionando positivamente sia la produzione legislativa, sia l'elaborazione giurisprudenziale, sia gli orientamenti dell'amministrazione penitenziaria*".

Tra le tante pronunzie, non possono non ricordarsi Corte EDU, Sez. II, sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia e Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, in tema di sovraffollamento carcerario, le quali hanno fissato i limiti dimensionali della cella di pernottamento, al di sotto dei quali la detenzione costituisce un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU, e la recentissima Corte EDU, Sez. I, sent. 10 aprile 2025, Morabito c. Italia, con la quale la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU per la scelta dell'amministrazione penitenziaria di prorogare il regime di 41 *bis* nei confronti di una persona reclusa con diagnosi di progressivo deterioramento cognitivo.

[11] In particolare con l'art. 3 della CEDU, in virtù del quale "*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*". Sul punto è importante evidenziare come, sebbene la Corte di Strasburgo abbia in diverse occasioni evidenziato le criticità del regime detentivo speciale italiano, intimando al nostro Paese di adeguare le condizioni detentive alla luce del dettato dell'art. 3, la stessa non si è mai spinta a dichiarare il regime del 41 *bis* come contrario ai principi della CEDU, affermando piuttosto "*il regime carcerario di rigore non ha raggiunto quel minimo di gravità necessario affinché si configuri un trattamento inumano o degradante e che le restrizioni applicate sono misure severe ma proporzionate alla gravità dei reati commessi*" (Corte EDU, Sez. I, sent. 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia; conclusioni analoghe raggiunte anche, più tardi, in Corte EDU, sent. 23 maggio 2006, Gelsomino c. Italia).

[12] Alcuni esempi, in tal senso, sono la celebre serie televisiva prodotta in Italia dal titolo "*Mare Fuori*", nella quale i protagonisti della storia sono ragazzi detenuti all'interno di un istituto penitenziario minorile, o anche il documentario "*Viaggio in Italia - La Corte Costituzionale nelle carceri*", realizzato nel 2019, nel quale i Giudici della stessa Corte fanno visita a diversi istituti penitenziari sparsi sul territorio nazionale per meglio comprendere la situazione carceraria, oppure ancora possono citarsi serie televisive come "*Gomorra*", ispirato all'omonimo romanzo di Roberto Saviano, e

Nello stesso senso muovono anche le conclusioni raggiunte in occasione degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale[13] e, ancor più in generale, dai recenti interventi normativi che puntano verso l'introduzione nell'ordinamento di strumenti di giustizia riparativa che sostituiscano o quanto meno diminuiscano la durata dell'esecuzione della pena in carcere[14].

Nel recente passato, dunque, la Corte Costituzionale, pur senza mettere mai in dubbio l'esistenza di fondamentali esigenze di sicurezza che il regime del 41 *bis* co. 2 mira a soddisfare, ha progressivamente operato una riscrittura del bilanciamento tra i contrapposti interessi coinvolti.

In particolare, come la stessa Corte ricorda nella pronunzia di cui si discute, deve ritenersi ormai pacifica la legittimità delle stringenti e rigide restrizioni imposte ai detenuti in regime detentivo speciale, in quanto finalizzate al soddisfacimento di fondamentali esigenze sicuritarie; tuttavia, tali limitazioni devono essere esclusivamente finalizzate a contenere la forte pericolosità sociale dei detenuti, impedendo che gli stessi possano avere contatti con gli appartenenti alle organizzazioni criminali di appartenenza. Inoltre, la legittimità delle limitazioni è subordinata alla condizione che esse non appaiano sproporzionate rispetto al fine che si intende perseguire o tali da vanificare del tutto la funzione rieducativa della pena o da sacrificare altri interessi costituzionalmente protetti[15].

"*Romanzo criminale*", entrambe estremamente popolari, che, tra l'altro, descrivono, seppure in maniera romanzata, le difficoltà della vita all'interno delle mura carceraria.

[13] Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, voluti dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando, avviati il 19 maggio 2015 all'istituto di Bollate e conclusi il 19 aprile 2016 a Rebibbia, hanno rappresentato un percorso di riflessione e approfondimento durante il quale 18 Tavoli di lavoro, composti da personalità esperte del sistema penitenziario, hanno dibattuto e prodotto riflessioni e proposte circa l'esecuzione della pena. L'obiettivo è quello di vedere affermato un modello conforme ai principi costituzionali, che possa effettivamente recuperare alla legalità il detenuto, per una maggiore sicurezza dell'intera comunità. Per visionare il documento finale, si rinvia al sito web: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.wp?previsiousPage=mg_2_19. Pare comunque utile, in questa sede, citare un passaggio del documento conclusivo che riporta alcune delle riflessioni maturate in merito al regime detentivo del 41 *bis* e che, alla luce della sentenza in esame, paiono quanto mai pertinenti: "*[…] Si allude all'opportunità di aumentare, da un lato, l'attuale durata sia del colloquio visivo, sia di quello telefonico (v. co. 2-quater lett. b), dato che in questo caso la limitazione assume un carattere puramente afflittivo; dall'altro, la parentesi oraria di permanenza all'esterno della camera (co. 2-quater lett. f): non solo per la stessa ragione che si è appena indicata, ma anche per salvaguardare il benessere psicofisico di chi subisce una detenzione implicante restrizioni potenzialmente nocive per la sua salute*".

[14] Introdotta dalla riforma Cartabia con gli artt. 42-67 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, la giustizia riparativa è un approccio alla risoluzione dei conflitti che mira a riparare il danno causato da un reato, coinvolgendo sia la vittima che l'autore del reato in un processo di dialogo e mediazione.

[15] In questo senso, tra le tante, si rammenti la sentenza n. 18 del 2022, nella quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. *e*), della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione al visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori. In quella circostanza, la Corte ha riconosciuto l'inidoneità della misura a impedire che il detenuto o l'internato possano continuare a intrattenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza, e ha rilevato che la stessa appare "*eccessiva rispetto allo scopo perseguito, in quanto sottopone a controllo preventivo tutte le comunicazioni del detenuto con il difensore, in assenza di qualsiasi elemento concreto che consenta di ipotizzare*

La Corte, quindi, ha chiarito che le limitazioni alle libertà residue devono risultare funzionali e congrue rispetto alla finalità di impedire al detenuto in regime detentivo speciale comunicazioni con l'esterno e non, al contrario, risolversi in una mera afflizione[16].

I più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale in materia di regime detentivo speciale che si è voluto, in questa sede, ricordare, risultano in perfetta sintonia con la posizione che, da più di 30 anni, la Corte ha adottato, in generale, con riferimento al rapporto tra la pena detentiva e le libertà individuali. In una storica sentenza, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato: "*la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione*"[17]. La Corte

condotte illecite di quest'ultimo, finendo per gettare una luce di sospetto sul ruolo insostituibile che la professione forense svolge per la tutela non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso". La Corte ha quindi affermato che "*le limitazioni dei diritti fondamentali imposte ai detenuti o internati sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41 bis comma 2 sono costituzionalmente legittime soltanto in quanto appaiano, da un lato, funzionali rispetto alla peculiare finalità del regime speciale in parola, che mira non già ad assicurare un surplus di punizione per gli autori di reati di speciale gravità, bensì esclusivamente a contenere la persistente pericolosità di singoli detenuti, in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà; e, dall'altro, non risultino sproporzionate, in quanto eccessive rispetto a tale scopo legittimo, e irragionevolmente gravose rispetto ai diritti fondamentali di cui restano titolari anche le persone sottoposte al regime differenziato di cui all'art. 41 bis comma 2, ovvero siano tali da vanificare del tutto la funzione rieducativa della pena; o ancora si risolvano, addirittura, in trattamenti contrari al senso di umanità*".

[16] In tal senso anche la sentenza n. 97 del 2020, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., l'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. *f*), della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui prevedeva l'adozione delle necessarie misure di sicurezza volte a garantire che fosse 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 Consulta ha evidenziato l'irragionevolezza del divieto di scambiare oggetti tra i detenuti inseriti nel medesimo gruppo di socialità, in quanto applicato a prescindere dalle esigenze del caso concreto. La Corte ha ritenuto la norma né funzionale né congrua rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo detenuto al regime differenziato, ossia impedire le sue comunicazioni con l'esterno, finendo così per assumere un significato meramente afflittivo. Particolarmente significativo, a parere di chi scrive, è il seguente passaggio della motivazione della Corte: "*Sebbene non esista un diritto fondamentale del detenuto sottoposto al regime differenziato a scambiare oggetti, nemmeno con i detenuti assegnati al suo stesso gruppo di socialità, tuttavia scambiare oggetti - come cuocere cibi - sono facoltà dell'individuo 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*".

[17] In questo senso, la celebre sentenza n. 349 del 1993, nella quale la Corte, sebbene abbia dichiarate non fondate le censure proposte nei confronti dell'art. 41 *bis* co. 2 legge 26 luglio 1975, n. 354, ha affermato che "*la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta*". Le conclusioni appena evidenziate sono state riprese, pochi mesi dopo, nella sentenza n. 410 del 1993, la quale, tra l'altro, ha avuto il merito di individuare nel Tribunale di Sorveglianza l'autorità giudiziaria competente a sindacare il provvedimento ministeriale impositivo del regime di cui al 41 *bis*, assicurando in tal modo, nel silenzio del legislatore, una tutela giurisdizionale dinnanzi al Giudice ordinario avverso il decreto del Ministro della Giustizia.

Costituzionale, adottando per la prima volta un'espressione che ancora oggi viene frequentemente impiegata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ha parlato, con riferimento alle libertà della persona che non possono essere soppresse neppure come conseguenza della sanzione detentiva, di "*residuo di libertà*", che costituisce, secondo la Corte, "*l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*".

Da quanto detto se ne ricava che "*la libertà personale, in quanto libertà della persona, ha una tale valenza espansiva da non tollerare di venir integralmente sacrificata neppure in caso di detenzione*"[18]. Autorevole dottrina ha evidenziato quindi che il "*principio supremo del rispetto della personalità e della pari dignità di tutti, [trova applicazione anche] alla particolare condizione del detenuto, a cui la Carta costituzionale riconosce il rispetto della personalità, nonché dei diritti fondamentali il cui esercizio non sia incompatibile con lo stato di detenzione*"[19].

3.1 La questione dell'ora d'aria nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Un precedente importante: la sentenza n. 190 del 2010

Dopo aver efficacemente ricostruito la *ratio* della disposizione di cui al co. 2 dell'art. 41 *bis*, la Corte Costituzionale, nella motivazione della sentenza in esame, ha chiarito il *discrimen* tra questa pronunzia e la sentenza n. 190 del 2010, con la quale la stessa Corte aveva dichiarato inammissibili analoghe questioni di legittimità costituzionale.

La declaratoria di inammissibilità, dice la Corte, era in quell'occasione giustificata dall'ambiguità del *petitum*, poiché il Giudice rimettente, non circoscrivendo correttamente i confini della domanda, aveva chiesto alla Corte una pronunzia che avrebbe ecceduto i suoi poteri, presupponendo una manifestazione di volontà che compete esclusivamente al legislatore. Ad avviso della Corte, infatti, dal tenore dell'ordinanza di rimessione non era chiaro "*se il Giudice rimettente* [intendesse] *domandare alla Corte una rimozione completa della norma che prevedeva una diversità di trattamento dei detenuti in regime speciale rispetto ai detenuti in regime ordinario oppure una differente quantificazione delle ore d'aria concedibili ai primi*". In ogni caso, rilevava

La centralità delle pronunzie appena citate è stata evidenziata anche in M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte Costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Riv. A.I.C.*, 2016, p. 3.

[18] Così C. COLAPIETRO e M. RUOTOLO, *Diritti e Libertà*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 52.

[19] In questo senso M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

la Corte, anche ritenendo che il rimettente avesse inteso far valere la ritenuta insufficienza del numero di ore previste per la permanenza all'aperto, "*una simile richiesta sarebbe stata estranea alla competenza della Corte, che non può sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore*"[20].

Siffatta precisazione è evidentemente finalizzata a chiarire come la Corte Costituzionale, lungi dall'aver mutato il proprio orientamento sulle questioni di legittimità costituzionale oggetto delle due pronunzie, sia piuttosto giunta a conclusioni differenti sulla sola base di elementi formali, più che sostanziali; nella pronunzia del 2010, infatti, la Corte Costituzionale non si era neppure pronunziata sulla fondatezza delle censure proposte dal Giudice *a quo*, ma il proprio giudizio era rimasto circoscritto al solo tema dell'ammissibilità del quesito per come formulato nell'ordinanza di rimessione. Questo passaggio della motivazione della Corte, che traccia un confine tra due decisioni di segno opposto aventi a oggetto la medesima questione, potrebbe apparire un significativo tentativo dei Giudici costituzionali di assicurare la coerenza delle proprie decisioni, in quanto, come sottolineato dalla Corte in una recente decisione, "*il tendenziale rispetto dei propri precedenti [è] una condizione essenziale per l'autorevolezza delle decisioni di qualsiasi giurisdizione superiore*"[21].

3.2 15 anni dopo: la sentenza n. 30 del 2025. Verso la definizione di un nuovo bilanciamento tra tutela dei diritti e esigenze di sicurezza?

Chiamata nuovamente a pronunziarsi, a distanza di 15 anni, sulla medesima questione, la Corte ha questa volta accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice *a quo*, rilevando l'insussistenza, nell'ordinanza di rimessione, delle stesse criticità che, 15 anni prima, avevano condotto a una pronunzia di inammissibilità.

Nel caso in esame, infatti, il rimettente non ha domandato una discrezionale rideterminazione del numero di ore d'aria, bensì l'estensione al regime detentivo speciale della disciplina del regime

[20] Così si è espressa la Corte nel Considerato in Diritto 3.1 della pronunzia in esame.

[21] Così la Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 24 del 2025, avente anch'essa a oggetto la legittimità costituzionale di una disposizione della legge 26 luglio 1975, n. 354. La Corte, tuttavia, prosegue ricordando come "*[sia ben possibile] rimeditare i propri orientamenti, e se del caso modificarli, allorché sussistano ragioni di particolare cogenza che rendano non più sostenibili le soluzioni precedentemente adottate [alla luce del]l'inconciliabilità dei precedenti con il successivo sviluppo della stessa giurisprudenza di questa Corte o di quella delle Corti europee, [de]l mutato contesto sociale o ordinamentale nel quale si colloca la nuova decisione o [de]l sopravvenire di circostanze […] non considerate in precedenza*".

detentivo comune, per come recentemente modificato. Infatti, con il recente d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il legislatore, modificando il previgente art. 10 legge 26 luglio 1975, n. 354, ha raddoppiato il periodo di permanenza minima all'esterno, elevando il numero minimo di ore d'aria da 2 a 4 ore, riconoscendo in tal modo che le ore di socialità all'esterno rappresentano un momento fondamentale per garantire l'equilibrio psicofisico dei detenuti. La modifica normativa non ha però riguardato i soggetti detenuti in regime di 41 *bis* co. 2, ai quali, in virtù della finalità sicuritaria che la disciplina detentiva speciale mira a soddisfare, continuava ad applicarsi la ben più stringente previsione precedente.

Tuttavia, è proprio alla luce della finalità che il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* co. 2 mira a realizzare che la disposizione censurata risulta incongrua e irrazionale.

La Corte, infatti, rileva come durante le ore d'aria il detenuto in regime di 41 *bis* co. 2, a differenza di quanto avviene per i detenuti in regime ordinario, è ammesso a una socialità "delimitata", e non invece indistinta, non potendo che avere contatti con i soli appartenenti al gruppo di socialità molto ristretto (composto oggi da un massimo di quattro persone[22]) opportunamente selezionato dall'amministrazione penitenziaria.

Tale selezione è realizzata dalla direzione dell'istituto penitenziario in modo da soddisfare le esigenze sicuritarie verso cui il regime detentivo speciale protende: è la accurata selezione dei membri del gruppo ristretto di socialità, oltre che l'adozione delle misure necessarie ad impedire che il detenuto abbia contatti con detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità[23], che impedisce al detenuto di mantenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza, oltre che tutelare l'incolumità dello stesso detenuto da violenze, fisiche o morali, da parte di altri detenuti, ad esempio appartenenti a organizzazioni criminali rivali.

In tutto questo, afferma la Corte, accogliendo quindi la ricostruzione operata dal Giudice rimettente, non ha alcuna incidenza la durata temporale di tali momenti di socialità esterna, sicché la compressione dell'ora d'aria entro così stringenti limiti di tempo realizza unicamente un improprio *surplus* di punizione, in violazione del principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost.,

[22] Per effetto della modifica operata dall'art. 2, co. 25, lett. f), n. 3, legge 15 luglio 2009, n. 94.

[23] Il già citato art. 2, co. 25, lett. f), n. 3, legge 15 luglio 2009, n. 94, aveva inserito all'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. f), legge 26 luglio 1975, n. 354, un nuovo periodo, che prevedeva: "*Saranno inoltre adottate 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 di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi*". Il divieto di scambiare oggetti e cuocere cibi è stato oggi rimosso grazie alle recenti pronunzie della Corte Costituzionale n. 186 del 2018 e n. 97 del 2020.

e del finalismo rieducativo della pena, di cui all'art. 27, co. 3, Cost., atteso che le ore di socialità esterna apportano notevoli benefici psico-fisici al detenuto, con conseguente miglior esito del percorso trattamentale.

Per queste ragioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della previsione impugnata relativamente all'inciso "*, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'articolo 10*".

La declaratoria di illegittimità costituzionale, per come formulata, comporta la riespansione della complessiva disciplina generale contenuta all'art. 10, per come modificata dalla già citata riforma del 2018, fatte salve le norme incompatibili contenute nell'art. 41 *bis* co. 2.

Tale riespansione, tuttavia, concerne non soltanto il numero minimo di ore d'aria, che passano così da 2 a 4 giornaliere, ma anche la previsione di una maggiore discrezionalità in capo all'amministrazione penitenziaria nella determinazione di una riduzione del periodo di permanenza all'esterno, adottabile, dal 2018, non più in presenza di "*motivi eccezionali*", ma di generici "*giustificati motivi*".

La Corte, peraltro, con questa pronunzia risolve definitivamente, eliminandolo alla radice, il problema costituito dall'interpretazione del richiamo che l'art. 41 *bis*, co. 2 *quater*, lett. f), legge 26 luglio 1975, n. 354, faceva all'art. 10 co. 1 della stessa legge. Per la giurisprudenza di legittimità, infatti, tale richiamo doveva intendersi come un rinvio fisso, non mobile, e quindi insensibile alla modifica della disposizione richiamata realizzata con la riforma del 2018, che, come prima ricordato, già raddoppiava il periodo di permanenza minima all'esterno per i detenuti ordinari; tale interpretazione, assistita, a parere di chi scrive, da una convincente motivazione, realizzava l'effetto di differenziare i regimi detentivi ordinario e speciale e impediva al Giudice di sorveglianza di applicare la ben più favorevole disciplina di cui all'art. 10 ai detenuti in regime di 41 *bis* co. 2[24].

[24] In tal senso, Cass. penale, sez. I, 12 ottobre 2022, n. 38400, la quale affermava quanto segue: "*Com'è noto, quando una disposizione rinvia ad altra per definire il proprio contenuto normativo, il rinvio può presentare due fondamentali forme di manifestazione. Esso può essere statico, materiale, redazionale, recettizio, fisso, oppure può essere dinamico, formale, non recettizio, o mobile. Mentre nel primo caso si assiste a una incorporazione della disposizione oggetto del rinvio in quella rinviante, nel secondo, viceversa, il rinvio è alla fonte, sicché viene riconosciuta rilevanza a tutte le norme che la fonte, di volta in volta, è in grado di produrre e, quindi, a tutte le modifiche che interessano la disposizione richiamata. Benché la Corte costituzionale, nell'individuare i criteri per stabilire la natura statica o dinamica del rinvio, abbia affermato la sussistenza di una presunzione di rinvio formale (cfr. per tutte Corte cost., 3 novembre 2014, n. 250), detta presunzione ha, comunque, carattere relativo, sicché spetta all'interprete indagare sull'intento del legislatore, al fine di stabilirne, nel caso concreto, la natura. Nel caso in esame, giova rilevare che secondo quanto messo in luce nello stesso ricorso, il d.lgs. n. 123 del 2018 deve ritenersi inapplicabile ai detenuti sottoposti a regime differenziato, secondo quanto si evince dai principi della delega legislativa*

Con la pronunzia in esame, però, la Corte Costituzionale ha superato una volta per tutte il problema, sopprimendo nella disposizione censurata il richiamo alla disciplina generale contenuta all'articolo 10, co. 1, legge 26 luglio 1975, n. 354.

4. Conclusioni

Già con il caso Cospito[25], il tema del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41 *bis* co. 2 era tornato al centro del dibattito della dottrina. La vicenda, ripresa dai principali *mass media*, ha messo in luce con evidenza le criticità del regime detentivo speciale e le forti limitazioni che lo caratterizzano. Con le sue ultime recentissime pronunzie[26], la Corte Costituzionale sembra aver preso atto delle forti criticità dell'attuale[27] impianto normativo dell'art. 41 *bis* co. 2, accogliendo

approvata con legge n. 103 del 2017, che in nessuna delle sue disposizioni ha preso in considerazione il regime detentivo previsto dall'art. 41- bis, Ord. pen. e che, anzi, all'art. 1, comma 85, lett. e), ha espressamente escluso dalla riforma le «condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale», unitamente ai «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati», e, dunque, il regime detentivo di cui all'art. 41-bis, Ord. pen. Tale circostanza induce, pertanto, a ritenere che il rinvio al primo comma dell'art. 10 Ord. pen. operato dalla lett. f) del comma 2-quater dell'art. 41-bis abbia natura statica e recettizia e che la disposizione oggetto del rinvio, costituita dal primo comma del citato articolo, sia stata incorporata in quella rinviante, rendendo le vicende abrogative che hanno interessato la disposizione oggetto di rinvio irrilevanti rispetto al contenuto della disposizione incorporante".

[25] Alfredo Cospito, terrorista e anarchico italiano componente della Federazione anarchica informale e del Fronte rivoluzionario internazionale, è stato protagonista di una vicenda giudiziaria che ha recentemente attirato l'attenzione della stampa, dell'opinione pubblica e degli studiosi sulla natura del regime detentivo speciale del 41 *bis* e sulle forti limitazioni che questo comporta. Dopo essere stato condannato a 9 anni e 5 mesi di reclusione per il ferimento del dirigente dell'impresa "Ansaldo Nucleare", Roberto Adinolfi, nonché ad altri 23 anni di reclusione per il posizionamento di due ordigni esplosi nel giugno 2006 alla Scuola Allievi Carabinieri di Fossano, a causa dei numerosi messaggi che, durante lo stato di detenzione, inviava ai propri compagni anarchici, il 5 maggio 2022 Cospito è stato posto in regime di reclusione ex 41 *bis* co. 2 nella Casa circondariale di Sassari-Bancali. Pochi mesi dopo, Cospito ha iniziato uno sciopero della fame in segno di protesta contro le durissime condizioni detentive che caratterizzano il regime del 41 *bis* co. 2, stimolando, così, il dibattito sul tema.

[26] Tra le tante, si rammentino le sentenze n. 143 del 2013, con la quale la Corte ha soppresso la norma che poneva limiti quantitativi ai colloqui con il difensore, la n. 186 del 2018, che ha comportato la eliminazione del divieto per i detenuti in regime speciale di cuocere i cibi, la n. 97 del 2020, che ha rimosso la previsione che vietava lo scambio di oggetti tra detenuti in regime speciale appartenenti allo stesso gruppo di socialità, e la n. 18 del 2022, che ha dichiarato la norma censurata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non escludeva dalla sottoposizione al visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori.

[27] È bene evidenziare, infatti, che nel presente commento ci si è voluti esclusivamente concentrare sulla disciplina del 41 *bis* per come modificata dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279. Quest'ultima, accogliendo le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, aveva provveduto non soltanto a incidere sul regime temporale della norma, trasformando la misura "*da risposta emergenziale a strumento permanente di prevenzione speciale*" (A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 116), ma altresì a chiarire e regolare ulteriori profili della disciplina precedentemente privi di regolamentazione (si pensi agli strumenti di tutela giurisdizionale avverso il decreto ministeriale). Nell'esposizione, dunque, si sono

diverse questioni di legittimità riguardanti limitazioni alle libertà residue contenute nella disciplina del regime detentivo speciale.

Tuttavia, a tal proposito, appare particolarmente significativo uno specifico passaggio della sentenza n. 30 del 2025, oggetto della presente disamina. Nel Considerato in Diritto 2.2, in un passaggio apparentemente marginale, la Corte si preoccupa di precisare che la questione di legittimità costituzionale che si trova a risolvere "*non pone in alcun modo in discussione l'impianto complessivo del regime speciale di cui all'art. 41 bis legge 26 luglio 1975, n. 354, ma interessa esclusivamente un segmento particolare della relativa disciplina, qual è quello concernente la permanenza del detenuto all'aperto*".

Siffatta precisazione, ad avviso dello scrivente, tradisce le preoccupazioni della Corte, timorosa di intaccare, con una propria decisione, un regime detentivo che, sebbene ritenuto da larga parte della dottrina gravemente contrario ai principi costituzionali sotto diversi aspetti, appare, tanto al legislatore quanto all'opinione pubblica, un pilastro dell'ordinamento penitenziario, mirando a soddisfare, nelle intenzioni del legislatore, rilevantissime esigenze di sicurezza. L'inciso si pone peraltro in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni: se è pur vero che attraverso numerose pronunzie la Corte Costituzionale ha profondamente inciso sulle rigide e irragionevoli limitazioni previste dalla norma di cui all'art. 41 *bis* co. 2, decostruendo, pezzo dopo pezzo, il complesso e rigido sistema detentivo, allo stesso tempo il Giudice costituzionale "*non ne ha mai censurato le ragioni fondamentali, riconoscendo l'utilità dello strumento nel contrasto alla criminalità mafiosa*"[28].

Con le proprie decisioni, quindi, la Corte ha piuttosto ricondotto la disciplina dell'art. 41 *bis* entro i confini di costituzionalità, tentando di stabilire il difficile punto di equilibrio tra esigenze di

volutamente ignorate tutte quelle pronunzie della Corte Costituzionale precedenti alla novella del 2002 che sanzionavano la disciplina previgente e che risultano oggi non più attuali.

L'originaria formulazione dell'art. 41 *bis*, che valse al regime detentivo speciale la denominazione di "carcere duro", venne quindi profondamente riformata dalla novella del 2002, che si propose di rimuovere quelle previsioni che realizzavano un'intollerabile limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali del detenuto. Venuta meno la originaria "brutalità" del regime, il 41 *bis* attraversò una fase di profonda crisi: per diversi anni, la misura non fu sostanzialmente applicata e, in quei pochi casi in cui trovò attuazione, l'ammorbidimento del regime impedì allo stesso di soddisfare lo scopo sicuritario perseguito. Per ridare vitalità ed efficacia alla misura, con la legge 15 luglio 2009, n. 94, il legislatore intervenne su alcuni profili della disciplina che ebbero l'effetto di restituire rigore e assicurare maggiore effettività al regime detentivo speciale (per una puntuale ricostruzione delle modifiche normative si rimanda ad A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 152 ss.). All'indomani della novella, ripresero gli interventi della Corte Costituzionale, primo tra tutti la già richiamata e discussa ordinanza n. 190 del 2010, nonché le diverse sentenze che in questa sede si sono brevemente ricordate.

[28] In tal senso A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 116.

tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e il rispetto dei diritti fondamentali del detenuto, dichiarando l'illegittimità costituzionale di quelle sole previsioni che si ponevano in evidente contrasto con il dettato costituzionale[29].

Sebbene la Corte Costituzionale abbia fino ad oggi mostrato una certa prudenza nelle sue decisioni in materia di 41 *bis*, larga parte della dottrina[30] sostiene invece la tesi della contrarietà del regime detentivo speciale alle norme costituzionali, e in particolare al principio del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co 3, Cost.[31].

La tesi espressa da molti autorevoli studiosi si fonda su una indagine critica circa la natura giuridica del regime detentivo speciale. È indubbio che il regime del 41 *bis* comporti un carico afflittivo ben superiore rispetto a quello connesso all'esecuzione ordinaria di una pena detentiva[32]; la Corte Costituzionale, nel tentativo di evitare una decisione che comporterebbe la completa demolizione dell'articolato normativo in esame, ha sempre affermato che le misure e le limitazioni in cui si sostanzia il regime detentivo speciale siano mere modalità di esecuzione della pena detentiva e, in quanto tali, escluse aprioristicamente dalle garanzie costituzionali che assistono le sanzioni penali[33].

La Corte, dunque, dimostra di adottare un approccio formalistico, puramente nominale, in aperta contraddizione quindi con l'approccio sostanziale costantemente impiegato della giurisprudenza europea[34], che impone di prescindere dalla qualificazione giuridica operata dal legislatore e di

[29] Come ci si è già premurati di evidenziare nel corso della presente trattazione.

[30] Tra i tanti si possono citare Giovanni Fiandaca ed Emilio Dolcini e alcune opere in cui gli autori sollevano numerosi dubbi di compatibilità tra il regime detentivo speciale del 41 *bis* e i principi costituzionali, come G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *Questione Giustizia*, 2021, G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Cost*., in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1991, E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019.

[31] S. ARDITA, interrogandosi sul regime detentivo speciale del 41 *bis* co. 2, sintetizza in questi termini le principali critiche sollevate alla giurisprudenza di merito: "*…i detenuti [vengono] selezionati, quasi semplicemente in base al titolo di reato, ad un regime indiscriminatamente sanzionatorio, ispirato ad un'ottica di mera neutralizzazione, contrastante, per di più, anche con il principio di individualizzazione dell'esecuzione penale. […] La sospensione delle regole di trattamento per un tempo rilevante [implica] la rinunzia a qualsivoglia intervento dello Stato inteso a rimuovere le cause del disadattamento sociale, ritenendosi così obliterata la funzione del trattamento rieducativo, cui [viene] riconosciuto il rango di vero e proprio diritto del condannato*" (S. ARDITA, *op. cit.*, p. 50).

[32] Si pensi, tra le tante differenze, al fatto che il detenuto in regime ordinario gode di una libertà di movimento all'interno della propria sezione dell'istituto penitenziario nel quale si trova ristretto; al contrario, il detenuto in regime di 41 *bis* non gode di alcuna libertà di movimento all'interno dell'istituto.

[33] In questo senso anche la già citata sentenza n. 349 del 1993.

[34] In tal senso, non può non citarsi la celebre sentenza Corte EDU, Adunanza Plenaria, sent. 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, da cui prendono il nome i noti criteri Engels per l'individuazione delle sanzioni penali.

interrogarsi sul contenuto delle restrizioni in concreto applicate. In sostanza, quindi, contrariamente a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, enucleando i famosi criteri Engel, impone all'interprete di non limitarsi, nell'individuazione della sanzione penale, alla "etichetta" impiegata dal legislatore, ma al contrario di verificare il concreto grado di afflittività della stessa, il Giudice costituzionale definisce il regime detentivo speciale come una mera modalità di esecuzione della pena detentiva, basandosi esclusivamente sulla qualificazione giuridica operata dal legislatore, omettendo di considerare le forti limitazioni che l'applicazione del 41 *bis* comporta.

Pare piuttosto convincente, invece, la tesi di quanti sostengono che "*il 41 bis non possa essere considerato come una mera modalità esecutiva della pena detentiva perché, se è vero che le restrizioni che esso implica attengono soltanto al regime penitenziario intra-murario, è vero anche che la tipologia e la severità delle stesse sono tali da modificare radicalmente la fisionomia della pena detentiva nella sua configurazione ordinaria. Mentre, infatti, come sappiamo, il criterio a cui si ispira la legge di ordinamento penitenziario nel disciplinare l'esecuzione della pena detentiva per i detenuti comuni è (almeno idealmente) quello della conservazione dei legami familiari e dell'apertura verso l'esterno, in un'ottica di progressiva risocializzazione del condannato, il 41 bis fuoriesce nettamente da questa logica, essendo al contrario finalizzato a garantire l'impermeabilità del carcere rispetto all'esterno, in un'ottica orientata prevalentemente alla neutralizzazione. Ci pare allora di poter ribadire la nostra convinzione, secondo cui il 41 bis rappresenta un quid pluris rispetto alla detenzione ordinaria, poiché determina una modifica sostanziale nella natura e nel grado di privazione della libertà dei soggetti che vi sono sottoposti*"[35].

Una volta accettata l'idea secondo cui il regime detentivo speciale del 41 *bis* sia una vera e propria sanzione penale, la logica conseguenza è la necessaria applicazione delle garanzie proprie che assistono il diritto penale, tra cui il principio di legalità, il principio di irretroattività, la riserva di giurisdizione e la finalità rieducativa della pena[36].

Con specifico riferimento a quest'ultima, che ha costituito il motivo della decisione oggetto della presente disamina, è fuor di dubbio che le esigenze sicuritarie che il regime detentivo mira a

[35] Così A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 374 e 375, ma anche M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 214 e A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 64.

[36] Le considerazioni che seguiranno non mutano anche se dovesse accedersi alla tesi secondo cui si tratterebbe di una pena accessoria. Quest'ultima, infatti, è pur sempre una pena, assistita da tutte le garanzie processuali e sostanziali del diritto penale. In questo senso anche F. PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 243. Tra i sostenitori della natura di pena accessoria del regime detentivo speciale, A. DELLA BELLA, *op. cit.*, pp. 386 ss.

soddisfare non possano spingersi fino a giustificare la rinunzia all'obiettivo della risocializzazione del condannato[37], espressamente individuato dalla Costituzione come scopo cui la pena deve tendere[38].

Il legislatore costituente, infatti, memore della appena conclusasi esperienza fascista, con l'art. 27, co. 3, Cost. ha, da un lato, posto il divieto che la pena si risolva in trattamenti contrari al senso di umanità, e, dall'altro, ha individuato la funzione della pena nel reinserimento sociale del condannato[39]. I Padri costituenti hanno dunque preferito alla teoria della funzione polivalente della pena, quella della funzione esclusivamente rieducativa della pena[40], da intendersi come "*finalizzazione dell'esecuzione penale al raggiungimento del reinserimento sociale del reo*"[41].

Al co. 3 dell'art. 27 Cost., quindi, l'Assemblea costituente ha scelto di consacrare il principio del finalismo rieducativo della pena, individuando l'obiettivo ultimo della sanzione penale nel

[37] Sul punto si ritiene utile ricordare il dibattito, ancora attuale, sul tema del fine pena mai, espressione con cui ci si riferisce all'istituto dell'ergastolo ostativo, ossia il particolare regime detentivo cui sono sottoposti, a norma dell'art. 4 *bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, i condannati all'ergastolo per determinati reati. La disciplina in esame impedisce ai condannati all'ergastolo per determinati reati di accedere a una serie di benefici penitenziari, come la liberazione condizionale, i permessi premio e il lavoro esterno, a meno che non collaborino con la giustizia per l'accertamento di altri reati. Molti autori hanno mosso aspre critiche ai rigidi automatismi legali previsti dall'art. 4 *bis* che, sulla base di una mera presunzione, impediscono il perseguimento della rieducazione del condannato; tra questi, F. CORLEONE e S. ANASTASIA hanno scritto "*[L'ergastolo ostativo] nega la speranza, elimina il futuro e trasforma il soggetto in oggetto, privandolo della sostanza stessa della propria umanità, di quel residuo di libertà e di responsabilità su di sé e sul proprio futuro che nessuna pena può legittimamente cancellare*" (F. Corleone e S. Anastasia, *Le buone e tenaci ragioni per l'abolizione dell'ergastolo*, in F. CORLEONE e S. ANASTASIA (a cura di) *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Ediesse, Roma, 2009, p. 17. Analoghe riflessioni sono state condivise anche dalla Corte Costituzionale, che ha affermato che "*dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione […] che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale*" (sentenza n. 306 del 1993).

Un punto di svolta nel dibattito sull'ergastolo ostativo è rappresentato dalla recente Corte EDU Sez. I, sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia, che ha rilevato il contrasto tra l'istituto e l'art. 3 CEDU, in quanto la previsione di un automatismo legale che impedisce all'ergastolano non collaborante di godere dei benefici penitenziari non consente di verificare periodicamente il reale ravvedimento del condannato, anche in assenza di collaborazione. La Corte Costituzionale, aderendo alle conclusioni raggiunte dalla Corte di Strasburgo, ha recentemente affermato: "*tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost. […] l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza*" (sentenza n. 253 del 2019).

[38] Sulla riferibilità della finalità rieducativa della pena alle pene accessorie si veda G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Cost.*, *op. cit.*, p. 316.

[39] Sul rapporto tra i due periodi del co. 3 dell'art. 27 Cost. si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013, con la quale il Giudice costituzionale ha evidenziato che, nell'ipotesi di trattamenti inumani nei confronti del condannato, l'obiettivo della sua rieducazione viene ad essere inesorabilmente compromesso.

[40] In tal senso si esprime anche F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 3.

[41] In questo senso, S. ARDITA, *op. cit.*, p. 50.

reinserimento sociale del condannato e non già in una mera repressione, prevenzione o, peggio, afflizione del reo[42].

Medesime conclusioni sono state raggiunte anche dalla giurisprudenza costituzionale, che ha accolto la teoria della funzione rieducativa della pena affermando "*la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*"[43].

Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* co. 2, come già anticipato, risulta essere caratterizzato da forti limitazioni alle libertà residue. Si tratta di un regime carcerario connotato da una grande rigidità, il che lascia ben pochi spazi all'amministrazione penitenziaria per offrire, e al detenuto per intraprendere, un percorso trattamentale che persegua la finalità rieducativa prevista dalla Costituzionale[44]. Sicuramente la persistenza di legami associativi durante lo stato di detenzione impedisce la risocializzazione del condannato, in quanto dimostra la totale mancanza da parte del reo della disponibilità ad aderire al progetto rieducativo. Tuttavia, anche nei confronti di soggetti che si rendono "*impermeabili a qualsiasi istanza di dialogo con l'ordinamento*", si ritiene

[42] Tanto in giurisprudenza quanto in dottrina si è per lungo tempo ritenuto che il verbo "*tendere*", impiegato dalla Costituzione, tradisse la natura di norma programmatica della disposizione di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Siffatta impostazione appare oggi superata, dovendosi piuttosto accogliere la tesi di quanti sostengono che il verbo impiegato dal legislatore costituente voglia indicare "*il ripudio di qualsiasi forma di trattamento penitenziario coattivo, […] tipico degli Stati totalitari*" (F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 4). In questo stesso senso si è espressa anche la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990, con la quale i Giudici costituzionali hanno affermato che il verbo "tendere" fa riferimento alla "*divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione*".

[43] Così i Giudici costituzionali nella sentenza n. 313 del 1990. A onor del vero, la Corte Costituzionale è poi in parte ritornata sui suoi passi, riavvicinandosi alla concezione polifunzionale della pena, ma sempre tenendo ferma la necessità che la pena tenda in primo luogo alla rieducazione del condannato: "*la funzione rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena che siano astrattamente perseguibili*" (sentenza n. 322 del 2007).

[44] A nulla rileva l'individuazione, da parte della Corte Costituzionale, di limiti esterni – come l'impossibilità, per l'Amministrazione penitenziaria, di adottare misure che incidono sulla qualità e quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto (in tal senso la già citata sentenza n. 349 del 1993) – e limiti interni – come la riconducibilità della misura al soddisfacimento di esigenze sicuritarie – al regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis* co. 2. La rigidità del sistema detentivo speciale, infatti, è tale per cui, pur nel rispetto dei summenzionati limiti, che costituiscono un requisito fondamentale per la legalità della misura, residuano ben pochi spazi per il buon esito di un percorso trattamentale che possa, concretamente, condurre a una rieducazione del reo. Sul punto si veda S. ARDITA, *op. cit.*, pp. 51-54.

che lo Stato abbia comunque il dovere di "*mantenere aperta un'offerta trattamentale*"[45], nel rispetto del dettato costituzionale, potenziando all'opposto quegli interventi trattamentali finalizzati alla rottura del vincolo associativo[46].

Per queste ragioni, a parere di chi scrive, appare quanto mai essenziale una rilettura del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* co. 2 alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., in quanto, nei termini brevemente illustrati, emerge la sua incapacità di perseguire la finalità rieducativa cui la pena dovrebbe essere orientata e rischia di tradursi in un *surplus* afflittivo incompatibile con il dettato costituzionale.

[45] Citazioni prese da R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 732.

[46] La dissociazione dall'organizzazione criminale di appartenenza, poi, dovrebbe costituire motivo per la revoca del regime detentivo speciale, con conseguente ampliamento dell'offerta trattamentale. In tal senso A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 419.