

## **A. Della Bella, Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.**

*penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2017*

### **Recensione di Marco Pelissero**

La monografia di Angela Della Bella presenta la capacità di coniugare il rigore dell'analisi giuridica con l'attenzione alla prassi applicativa e all'inquadramento giuridico di un istituto come il c.d. **carcere duro (art. 41-bis ord. penit.)** tanto discusso quanto difficilmente rinunciabile da parte di un legislatore che si è misurato con lo stesso a partire dal 1992.

L'Autrice si interroga, anzitutto, sulle **ragioni che stanno alla base della presenza del nostro sistema dell'art. 41-bis** e testa la necessità di interrompere i legami tra detenuti per reati di criminalità organizzata e l'associazione di appartenenza, partendo opportunamente dall'analisi delle intercettazioni delle comunicazioni tra i detenuti per reati di criminalità organizzata e gli intermediari delle organizzazioni criminali. Dall'indagine emergono, da un lato, «l'assoluta vitalità dei detenuti 'di mafia' durante il periodo della detenzione», nonché la funzione di «ineliminabile *trait d'union* tra i detenuti e l'organizzazione esterna» svolta dai familiari, dall'altro lato, l'inidoneità del passaggio del tempo a costituire «fattore di per sé in grado di spezzare i legami tra il detenuto e l'associazione di appartenenza» (cap. I, § 5).

Segue un'attenta analisi della genesi e dello **sviluppo normativo della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.**, due norme strettamente connesse che configurano all'interno dell'ordinamento penitenziario un "doppio binario", in ragione dell'identità dei loro destinatari che, a partire dal nucleo originario degli autori di reati di criminalità organizzata di tipo mafioso, hanno interessato altri autori di reati che non sempre presentano elementi di omogeneità con il nucleo originario dei destinatari delle due norme.

Nei capitoli II e III l'Autrice si sofferma in particolare sullo sviluppo della disciplina e della giurisprudenza, specie costituzionale, che si è più volte misurata sulla **legittimità della differenziazione dei percorsi penitenziari**. Con riguardo all'art. 4-bis, comma 1 ord. penit., la differenziazione del trattamento penitenziario non contrasta di per sé con il principio di uguaglianza, quando sia giustificata dalla pericolosità del condannato o dalla previsione della collaborazione processuale (art. 58-ter ord. penit.), come manifestazione dell'avvenuto distacco dall'organizzazione e, di conseguenza, come condizione per accedere ai benefici penitenziari. Se non che l'Autrice evidenzia anche i problemi di legittimità costituzionale che tale disciplina pone in relazione ai condannati alla pena dell'ergastolo, per i quali il divieto di concessione dei benefici penitenziari e, soprattutto, della liberazione condizionale si può tradurre in una pena *de facto* perpetua (c.d. ergastolo ostativo), sebbene la mancata collaborazione non sempre sia sintomatica della mancata rieducazione del soggetto e della persistenza di legami con l'organizzazione criminale.

Quanto alla disciplina dell'art. 41-bis, il volume analizza il tormentato sviluppo normativo di un istituto che, nato come misura temporanea per far fronte ad una situazione di eccezionale recrudescenza del fenomeno mafioso, si è stabilmente inserito nell'ordinamento penitenziario come strumento finalizzato a scindere i legami tra alcune tipologie di detenuti e le organizzazioni criminali esterne. L'evoluzione della disciplina è strettamente riaccolta alle **pronunce della Corte costituzionale**, che hanno tracciato le condizioni di legittimità dell'istituto, quanto a determinazione del contenuto delle prescrizioni limitative dei diritti individuali e quanto a garanzie giurisdizionali, e che hanno rappresentato il terreno sul quale si è poi fondata la disciplina che ha reso permanente

l'istituto nel nostro ordinamento (l. 279/2002). La monografia ben mette in luce gli interventi successivi del legislatore che, nel 2009, ha modificato la disciplina del carcere duro in funzione di rafforzamento delle esigenze di difesa sociale, a scapito dei diritti individuali, anche per correggere alcune interpretazioni, ritenute troppo lassiste, dei tribunali di sorveglianza; al contempo, sono evidenziati gli interventi della Corte costituzionale finalizzati a garantire il sindacato giurisdizionale sulla congruità del regime speciale.

Il capitolo IV è dedicato all'ampia analisi dell'attuale articolato l'art. 41-*bis*, inquadrato all'interno dei circuiti penitenziari speciali: si evidenziano i profili critici della disciplina, anche alla luce di un dettagliato quadro statistico sui decreti di applicazione, sul loro andamento, sulla tipologia di destinatari (con netta preponderanza per i reati "di mafia", essendo del tutto marginale l'applicazione per i condannati *ex art. 270-bis c.p.*), sulla diversa affiliazione alle organizzazioni criminali. Particolarmente interessante è poi l'**analisi del contenuto delle prescrizioni del regime detentivo speciale (§ 6 ss.) e della durata dello stesso**, perché questi due dati danno conto del peso effettivo della contrazione dei diritti individuali; di qui l'attenzione che viene dedicata anche ai profili delle garanzie giurisdizionali.

Il quinto capitolo offre **importanti momenti di riflessione sull'inquadramento dell'istituto nell'ambito delle garanzie sovranazionali con particolare riguardo ai diritti sanciti dalla CEDU** che vengono analizzati, alla luce della giurisprudenza della Corte europea, in relazione ai diversi profili di disciplina dell'art. 41-*bis* che ne toccano gli ambiti di applicazione. Particolare attenzione meritano le riflessioni critiche sulla compatibilità con il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) della protrazione per una lunga durata del regime del carcere duro, basandosi sulla giurisprudenza della Corte europea che ha avuto modo di pronunciarsi su regimi speciali, analoghi all'art. 41-*bis*, presenti in altri ordinamenti. Sebbene la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo sia restia ad includere la disciplina dei regimi penitenziari speciali nella materia penale, ai fini delle garanzie convenzionali, non di meno, laddove l'incidenza sulla libertà personale delle modalità esecutive del regime speciale si sono presentate particolarmente rilevanti, la Corte non ha esitato a riconoscere alle stesse natura propriamente "penale".

La forte incidenza sui diritti personali del carcere duro e le riflessioni alla luce delle garanzie sovranazionali consentono all'Autrice di sviluppare **un'originale riflessione sulla natura giuridica di tale istituto**. Si esclude anzitutto che la disciplina dell'art. 41-*bis* ord. penit. sia assimilabile ad una misura di prevenzione, in quanto si tratterebbe di strumento finalizzato a prevenire la commissione di reati attraverso i contatti con l'organizzazione criminale (come invece riconosce l'Amministrazione penitenziaria al fine di ritenere sufficienti, a base dell'adizione del provvedimento, prove a carattere indiziario, specie in relazione al persistere dei collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata): se così fosse, il carcere duro contrasterebbe con l'art. 5 CEDU che ammette misure privative della libertà personale, ma in limiti ristretti e certamente non per prevenire genericamente la commissione di reati.

Piuttosto la disciplina del carcere duro sembra assimilabile alla custodia preventiva di sicurezza a cui fa riferimento la Raccomandazione del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa del 14 febbraio 2014, relativa al trattamento dei delinquenti pericolosi: se così è, **vi sono elementi che supportano a riconoscere nella disciplina dell'art. 41-*bis* non semplicemente una modalità di esecuzione della pena, ma un'autonoma sanzione penale**. Ma quale sanzione penale?

L'Autrice esclude che si tratti di una **misura di sicurezza**, sebbene l'istituto sia funzionale a controllare soggetti ritenuti particolarmente pericolosi e presupponga l'accertamento della pericolosità del detenuto: osta, in particolare, a tale conclusione il fatto che il regime del carcere

duro sia contestuale all'esecuzione della pena e non segua alla stessa, come invece accade nella disciplina delle misure di sicurezza applicabili ai soggetti imputabili.

Appare allora **prospettabile una diversa soluzione che riconduce la disciplina del carcere duro all'interno della pena**: «la considerazione del regime detentivo speciale come una vera e propria *pena* da applicare agli autori dei reati-presupposto, nel caso in cui si accerti la sussistenza dei legami attuali con le associazioni criminali di appartenenza» (§ 4). Si tratterebbe non tanto di un'autonoma penale principale, quanto di una *pena accessoria*, in ragione dell'aggravio di limitazioni dei diritti individuali che il regime detentivo speciale comporta: delle pene accessorie l'art. 41-*bis* condivide funzioni (prevenzione speciale a mezzo di incapacitazione) e contenuto (limitazioni anche molto afflittive): si tratta di **una «pena accessoria speciale (che si potrebbe denominare, ad esempio, 'detenzione speciale')**, a carattere *discrezionale*, da eseguirsi *durante l'esecuzione della pena principale*» (§ 4).

Dal riconoscimento della natura propriamente penale del regime ex art. 41-*bis*, l'Autrice trae **importanti conseguenze sul piano delle garanzie applicabili**. Quanto al principio di **legalità**, va assicurata anzitutto la riserva di legge, per quanto attiene al contenuto delle limitazioni dei diritti individuali, che non possono essere lasciate alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, alla quale oggi si consente l'adizione di elevate misure di sicurezza interne ed esterne; la natura di pena accessoria ha poi come conseguenza l'applicazione del principio di **irretroattività** che, invece, non viene assicurato qualora del carcere duro si dia una interpretazione in chiave di norma di disciplina dell'ordinamento penitenziario, retto, come noto, dal principio *tempus regit actum*; infine, sul piano delle garanzie procedurali, va assicurata la riserva di giurisdizione nell'applicazione del regime detentivo speciale. **La natura di pena impone anche il rispetto della funzione rieducativa della pena, mentre sinora l'art. 41-*bis* si è retto su una logica di neutralizzazione della pericolosità dell'autore.**

Infine, **una riflessione importante è sviluppata sul terreno del principio di proporzione** che assume una funzione decisiva nella prospettiva del contenimento dell'ambito di applicazione del carcere duro: la riduzione del novero dei reati-presupposto (andrebbero esclusi quelli per i quali non vale la regola di esperienza della permanenza del legame con l'organizzazione criminale, nonostante lo stato di detenzione); la possibilità di sciogliere il cumulo, qualora sia stata espiata la parte di pena prevista per il reato-presupposto che giustifica il regime speciale; il contenimento delle limitazioni dei diritti del detenuto a quelle strettamente necessarie per prevenire i contatti con la criminalità organizzata. Quanto, infine, al problema della durata, considerato che «'il fattore tempo' ha un peso estremamente rilevante nella valutazione del grado di afflittività di una misura restrittiva» (§ 8.2), l'Autrice, pur non negando la necessità e l'efficacia della misura in presenza del persistere di collegamenti con la criminalità organizzata, propone di introdurre un regime detentivo speciale «*ad intensità decrescente*», con un riduzione delle limitazioni imposte in modo da «garantire u minimo di progressività nel ritorno alla vita sociale del detenuto» (§ 8.2).

Anche in quest'ultima parte, la monografia si fa apprezzare per la **capacità di coniugare l'originalità della soluzione proposta sull'inquadramento giuridico dell'istituto con una serie di conseguenze applicative** che dimostrano la **capacità di trovare un attento equilibrio** (non facile in relazione ad un istituto che interessa gravi forme di criminalità) **tra tutela dei diritti individuali ed esigenze di prevenzione.**