

RIFLESSIONI SUL 41-BIS A MARGINE DELLA SENTENZA *PROVENZANO C. ITALIA*

di Giulia Colavecchio

*(Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Università degli Studi di Messina)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il caso Provenzano. - 3. Compatibilità della detenzione con lo stato di salute del ricorrente. - 4. L'introduzione in Italia del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario, *ratio* di una norma discutibile. - 5. L'illegittima protrazione dell'applicazione del regime speciale di cui all'articolo 41-bis. - 6. Motivazione dei decreti di proroga e onere della prova: una sentenza timida. - 7. La *ratio* nascosta (ma non troppo) del "carcere duro". - 8. Per un carcere non più "duro". Un auspicio per il futuro.

1. «La Corte Europea di Strasburgo ha "condannato" l'Italia per aver tenuto in carcere duro fino alla morte il "signor" #Provenzano, 20 ergastoli per decine di omicidi. Ennesima dimostrazione dell'inutilità di questo baraccone europeo. Per l'Italia decidono gli Italiani, non altri»<sup>1</sup>: con queste parole il Ministro dell'Interno italiano Matteo Salvini ha accolto la sentenza di condanna della Corte Europea dei Diritti Umani *Provenzano c. Italia*<sup>2</sup>. La sentenza in questione, lungi dal rappresentare un'evoluzione nella giurisprudenza della Corte, si colloca in continuità rispetto alle sentenze già emesse in precedenza in materia di "carcere duro" ex art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Il divieto contenuto nell'art. 3 è assoluto. La Convenzione non consente infatti alcuna deroga a questa disposizione<sup>3</sup>, la cui *ratio* è da ricercare nell'esigenza di protezione del principio della dignità umana<sup>4</sup>, e proprio le persone private della libertà necessitano di una più stringente tutela dei diritti umani contro i pericoli specifici a cui sono tipicamente esposte a causa della loro condizione fisica, sociale e legale<sup>5</sup>. Il

<sup>1</sup> M. Salvini, messaggio twitter, 25 ottobre 2018, ore 12:48.

<sup>2</sup> C.eur., sent. 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*, ricorso n. 55080/13.

<sup>3</sup> Consiglio d'Europa, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 15.2: «No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision».

<sup>4</sup> P. Pustorino, Art. 3, *Proibizione delle Torture* in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo* a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova 2012, 65.

<sup>5</sup> S. Trechsel, *Human Rights of Persons Deprived of their Liberty*, in *Council of Europe, Rights of Persons Deprived of Their Liberty: Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Kehl am Rhein 1994, 30.

ruolo cruciale del divieto di tortura e di altri trattamenti inumani e degradanti è stato costantemente esaltato dalla Corte di Strasburgo, che sottolinea come l'articolo 3 «enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe»<sup>6</sup>.

La Corte europea dei diritti umani, come è superfluo sottolineare, non è una giurisdizione penale e pertanto - lungi dall'esprimere un giudizio di merito sugli efferati crimini commessi dal sig. Bernardo Provenzano - condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, con riferimento al provvedimento di proroga del regime di cui all'art. 41-bis Op emesso il 23 marzo 2016, pochi mesi prima della morte del ricorrente avvenuta in data 13 luglio 2016, accogliendo solo parzialmente le doglianze di quest'ultimo. I reclami avverso i decreti ministeriali di proroga del 41-bis Op, le richieste di revoca del regime differenziato e di rinvio dell'esecuzione della pena, nessuno dei quali accolto, avevano alla base le gravi condizioni di salute di Provenzano e il suo grave deterioramento cognitivo.

Con il ricorso, presentato dal figlio Angelo e dalla moglie di Provenzano nel luglio 2013, era lamentata la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia con riferimento alle condizioni di detenzione, che avrebbero impedito un trattamento sanitario adeguato, sia per quanto concerne il rinnovo del regime differenziato ex art. 41-bis Op, nonostante l'aggravarsi delle condizioni di salute del ricorrente.

2. Bernardo Provenzano, considerato il vertice dell'organizzazione criminale *Cosa Nostra*, veniva arrestato, dopo un quarantennio di latitanza, l'11 aprile 2006. Al momento del suo arresto il ricorrente aveva già riportato numerose condanne all'ergastolo per plurimi reati di associazione mafiosa, strage, omicidio, tentato omicidio aggravato, traffico di sostanze stupefacenti, sequestro di persona, estorsione, furto aggravato e possesso illegale di armi da fuoco.

Due giorni dopo il suo arresto, il 13 aprile 2006, veniva emanato il decreto ministeriale che applicava a Provenzano il regime differenziato ex art. 41-bis Op, successivamente prorogato costantemente fino al 2016, anno del suo decesso.

Già nel dicembre 2012 il G.u.p. del Tribunale di Palermo aveva disposto una perizia sulle condizioni di salute del ricorrente «al fine di valutare la sua capacità di comprendere e partecipare coscientemente all'udienza preliminare»<sup>7</sup>, non completata per il sopraggiungere di un'emergenza medica. A marzo 2013 fu effettuata una nuova perizia, che concludeva per l'incapacità di Provenzano di partecipare coscientemente

<sup>6</sup> C.eur., 7.7.1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, par. 88.

<sup>7</sup> C.eur., *Provenzano c. Italia*, cit., par. 8.

al giudizio in quanto «la situazione cognitiva del ricorrente inficiava la sua capacità di relazionarsi con il mondo esterno e di comunicare in modo congruo e proficuo»<sup>8</sup>, a cui seguiva la sospensione del procedimento.

Più volte i legali di Provenzano avevano presentato istanze di sospensione o differimento della pena detentiva per ragioni di salute a norma degli articoli 146<sup>9</sup> e 147<sup>10</sup> Cp e la sostituzione con misure restrittive più miti, ma con esito negativo. Da ultimo, l'11 luglio 2016 – due giorni prima della morte del ricorrente – un'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Milano aveva tuttavia stabilito che non vi fossero gli estremi per un provvedimento provvisorio d'urgenza di sospensione dell'esecuzione della pena<sup>11</sup>.

Bernardo Provenzano era capace di mantenere relazioni con la sua organizzazione criminale? Era necessario e quindi legittimo prorogare il regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis Op?

Provenzano era affetto da diverse patologie croniche, era stato sottoposto a diversi interventi chirurgici e le sue condizioni cliniche erano caratterizzate dal decadimento delle sue funzioni cognitive.

Nel periodo di reclusione nel carcere di Parma la salute di Provenzano era stata costantemente monitorata attraverso esami diagnostici e visite specialistiche a cui erano seguiti dettagliati piani terapeutici con ricorrenti ipotesi di ricovero ospedaliero. In tali circostanze i neurologi rilevavano segnali di un decadimento cerebrale degenerativo su base vascolare che ne causano le ricorrenti cadute. Pertanto, la cella del ricorrente veniva attrezzata con un letto dotato di sponde, un materasso speciale per prevenire le piaghe da decubito e una bombola di ossigeno da utilizzare in caso di emergenza. Inoltre, i sanitari predisponavano un piano di assistenza personalizzato, che comprendeva la calendarizzazione delle visite mediche, un piano di nutrizione e di idratazione nonché il supporto necessario per compiere gli atti quotidiani che Provenzano non era più in grado di svolgere. Nelle successive relazioni mediche del 2013 e del 2014 si sottolineava il grave deterioramento cognitivo del ricorrente, la presenza di un eloquio incomprensibile e la totale dipendenza dagli altri per qualsiasi atto, situazione poi confermata dai successivi rapporti medici.

Gli ultimi rapporti del 9 e 13 luglio 2016 constatavano il grave deterioramento delle condizioni cliniche del ricorrente, entrato in fase pre-terminale. Solo il 13 luglio 2016, stesso giorno del decesso, veniva dato ai familiari il permesso di accedere alla stanza di Provenzano.

Come accennato in precedenza, immediatamente dopo l'arresto di Provenzano il

---

<sup>8</sup> *Ivi*, par. 11.

<sup>9</sup> Rinvio obbligatorio della esecuzione della pena.

<sup>10</sup> Rinvio facoltativo della esecuzione della pena.

<sup>11</sup> C.eur., *Provenzano c. Italia*, cit., par. 55.

Ministro della Giustizia disponeva l'applicazione al detenuto del regime detentivo speciale di cui al comma 2 dell'articolo 41-bis Op, decreto successivamente prorogato per periodi di uno o due anni.

A seguito della sospensione del procedimento dinanzi al giudice per l'udienza preliminare di Palermo, nel marzo 2013, la difesa del ricorrente chiedeva la revoca del regime detentivo speciale previsto dall'articolo 41-bis Op, rispetto alla quale la DDA di Caltanissetta esprimeva parere favorevole rilevando che, sulla base della documentazione medica e in considerazione del deterioramento cognitivo del ricorrente e della compromissione della sua capacità di comunicare, non esistevano più le ragioni per l'applicazione delle misure speciali.

L'istanza era dichiarata inammissibile, in quanto la facoltà di revoca del regime speciale era ritenuta dal Tribunale di Sorveglianza competenza esclusiva del Ministro della Giustizia. Era quindi presentata una nuova istanza al Ministero, avverso al cui rigetto la difesa di Provenzano presentava, infruttuosamente, ricorso al Tribunale di Roma.

Il regime differenziato veniva nuovamente prorogato, nonostante i pareri contrari rappresentati dalle DDA competenti in considerazione delle condizioni di salute del ricorrente, poiché, si argomentava, non poteva essere esclusa l'eventualità che il ricorrente potesse comunicare con l'esterno, impartendo ordini a Cosa Nostra, non essendo comprovato uno scadimento cognitivo totale.

E così più e più volte erano emanati i decreti ministeriali di proroga del regime detentivo speciale ed erano rigettate con motivazioni costanti i successivi ricorsi al Tribunale di sorveglianza.

3. Il diritto alla salute non è contenuto nel catalogo dei diritti garantiti dalla Convenzione europea, tuttavia riceve una tutela *par ricochet*<sup>12</sup> qualora venga leso un altro diritto convenzionalmente riconosciuto<sup>13</sup>. In particolar modo, il diritto alla salute è stato oggetto di un'interpretazione "costruttiva" dell'art. 3<sup>14</sup> che obbliga a garantire condizioni detentive conformi al rispetto della dignità umana<sup>15</sup>. Pertanto, una pena

---

<sup>12</sup> A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino 2008, 222.

<sup>13</sup> D. Ranalli, *Recenti interventi giurisprudenziali in tema di diritti dei detenuti*, in *RassPenitCrim*, 3, 2013; F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in La tutela della salute nei "luoghi di detenzione"*, a cura di A. Massaro, Roma 2017.

<sup>14</sup> F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris 2017; D. Ranalli, *Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario*, in *RassPenitCrim*, 2, 2013, 159.

<sup>15</sup> E. E. Aksoy, *La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus*, in *Politiques pénitentiaires et droits des détenus*, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28

detentiva può essere rilevante come violazione ai sensi dell'art. 3 per il modo in cui viene eseguita.

La Corte, a tal proposito, con un'interpretazione ormai consolidata, ha argomentato che le modalità di esecuzione delle misure detentive non devono comportare che la persona interessata sia sottoposta a difficoltà o umiliazioni tali da superare il livello inevitabile di sofferenza connessa con la privazione della libertà in esecuzione di una pena legittima<sup>16</sup>. Ciò implica, tra l'altro, anche l'obbligo di assicurare la salute e il benessere del detenuto, in considerazione delle peculiari condizioni di salute, con particolare riguardo per la somministrazione di cure mediche adeguate<sup>17</sup>.

Provenzano, con la presentazione del ricorso in oggetto, lamentava in primo luogo una violazione dell'art. 3 della Convenzione per non aver ricevuto adeguate cure mediche in carcere, considerando la detenzione incompatibile con la sua età e le sue pessime condizioni di salute. Rispetto a questa doglianza i giudici europei, all'unanimità, concludono per la non violazione.

In proposito la Corte sottolinea come non sia possibile stabilire un livello corretto di assistenza sanitaria valido universalmente, essendo necessaria una valutazione del caso concreto<sup>18</sup>. L'adeguatezza delle cure mediche, infatti, è un elemento di non semplice determinazione che non consente nessun automatismo a seguito della mera circostanza che il paziente sia stato visitato da un medico e che gli sia stata prescritta una cura<sup>19</sup>. Diagnosi e cure devono essere tempestive e scrupolose<sup>20</sup> e qualora sia ragionevole – in base alle condizioni di salute – i controlli devono essere effettuati in modo regolare e sistematico e non su base sintomatica<sup>21</sup>. Inoltre, le condizioni di salute e le cure a cui è sottoposto un detenuto devono essere dettagliatamente annotate in un apposito registro<sup>22</sup> e, qualora le condizioni lo richiedano, lo Stato è tenuto a rilasciare o trasferire il detenuto in ospedale<sup>23</sup>.

Un passaggio della sentenza che merita una breve riflessione è quello in cui la Corte evidenzia che le accuse di maltrattamento devono essere supportate da elementi probatori «oltre ogni ragionevole dubbio», aggiungendo quanto già sostenuto nella

---

juin 2008, Nijmegen 2008, 56.

<sup>16</sup> C.eur., 25.4.1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, par. 30; C.eur., *Soering c. Regno Unito*, cit., par. 100; C.eur., GC, 26.10.2000, *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96, par. 92; C.eur., 16.7.2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ricorso n. 22635/03, par. 39.

<sup>17</sup> C.eur., GC, *Kudla c. Polonia*, cit., par. 94.

<sup>18</sup> C.eur., 22.12.2008, *Aleksanyan c. Russia*, ricorso n. 46468/06, par. 140.

<sup>19</sup> C.eur., 29.11.2007, *Hummatov c. Azerbaigian*, ricorso nn. 9852/03 e 13413/04, par. 116.

<sup>20</sup> C.eur., 28.3.2006, *Melnik c. Ucraina*, ricorso n. 72286/01, par. 104-106; C.eur., *Hummatov c. Azerbaigian*, cit., par. 115.

<sup>21</sup> C.eur., 23.3.2016, *Blokhin c. Russia*, ricorso n. 47152/06, par. 137.

<sup>22</sup> C.eur., *Provenzano c. Italia*, cit., par. 128; C.eur., 26.10.2006, *Khudobin c. Russia*, ricorso n. 59696, par. 83.

<sup>23</sup> C.eur., 23.2.2016, *Mozer c. Moldova e Russia*, ricorso n. 11138/10, par. 179.



sentenza *Enea c. Italia*, e cioè che tale prova può derivare dalla coesistenza di inferenze sufficientemente forti, chiare e concordanti o di analoghe presunzioni di fatto non confutate<sup>24</sup>.

La “prova oltre ogni ragionevole dubbio” a carico del ricorrente, tipica del processo penale, è un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che tuttavia nel tempo è stato mitigato con l’introduzione, in determinate circostanze, di una “presunzione di responsabilità” in capo allo Stato per le violazioni dell’art. 3 della Convenzione. Infatti, le persone che si trovano sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, tra cui i detenuti, in virtù della loro posizione di vulnerabilità, potrebbero trovarsi in una condizione di impossibilità a fornire elementi certi di prova a supporto delle proprie affermazioni.

Questa inversione opera certamente nel caso in cui una persona privata della libertà, in condizioni di buona salute, successivamente allo stato di detenzione abbia subito traumi o lesioni rispetto alle quali le autorità nazionali non forniscano una spiegazione ragionevole che le giustifichi<sup>25</sup>. Inoltre, relativamente alle condizioni di detenzione, il governo convenuto è spesso l’unico attore ad avere pieno accesso alla documentazione e alle informazioni che possono confermare o confutare le affermazioni del ricorrente individuale<sup>26</sup>, come evidenziato anche nella nota sentenza *Torreggiani c. Italia*<sup>27</sup>.

Nel caso di specie, ritenere che sia onore del ricorrente supportare attraverso elementi probatori la fondatezza, in fatto, delle proprie doglianze, significa in concreto escludere qualsiasi responsabilità dello Stato. Il ricorrente in senso sostanziale infatti non solo si trovava in condizione di detenzione sotto regime speciale, come tale integralmente sottoposto all’autorità e al controllo dell’amministrazione penitenziaria, ma anche impossibilitato a comunicare e gravemente limitato nella propria autonomia quotidiana a causa delle malattie croniche che lo affliggevano. Di contro, ai ricorrenti in senso formale, cioè ai familiari, e agli stessi avvocati, era evidentemente impedita qualsiasi attività volta ad acquisire elementi probatori che non transitassero attraverso le informazioni e i documenti direttamente forniti dalla stessa amministrazione

---

<sup>24</sup> C.eur., 17.09.2009, *Enea c. Italia*, ricorso n. 74912/01, par. 55.

<sup>25</sup> C.eur., GC, 28.7.1999, *Selmouni c. Francia*, ricorso n. 25803/94, par. 87; C.eur., 27.8.1992, *Tomasi c. Francia*, ricorso n. 12850/87, par. 108-111; C.eur., 4.12.1995, *Ribitsch c. Austria*, ricorso n. 18896/91, par. 34.

<sup>26</sup> C.eur., 8.11.2005, *Khoudoyorov c. Russia*, ricorso n. 6847/02, par. 113; C.eur., 10.5.2007, *Benediktov c. Russia*, ricorso n. 106/02, par. 34; C.eur., 7.4.2009, *Brândușe c. Romania*, ricorso n. 6586/03, par. 48; C.eur., 10.1.2012, *Ananyev e altri c. Russia*, ricorsi nn. 42525/07 e 60800/08, par. 123. Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal e L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2016, 167; D. Ranalli, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovrappollamento*, in *RassPenCrim*, 3/2014, 166.

<sup>27</sup> C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, par. 72.

penitenziaria, considerando anche che nulla era possibile apprendere dai pur limitati e “filtrati” contatti con lo stesso detenuto consentiti dal regime *ex art. 41-bis Op.* In tale contesto, ritenere onere del ricorrente la prova di quanto lamentato equivale a richiedere che vi sia un atto di natura “confessoria” dell’amministrazione penitenziaria e quindi, in ultima analisi, rimetterlo alla disponibilità di parte resistente.

La Corte ritiene che le condizioni di salute di Provenzano siano state monitorate costantemente dal personale medico e infermieristico e che egli abbia beneficiato di una assistenza sanitaria completa e adeguata. Inoltre, relativamente alla lamentata carenza nelle esigenze igieniche di Provenzano, i giudici europei rilevavano che il ricorrente non aveva fornito informazioni dettagliate, tra le quali l’arco temporale di riferimento, mentre il Governo aveva invece documentato l’esistenza di un piano per la gestione dell’igiene personale e dell’incontinenza del ricorrente. Pertanto, tale insufficienza di elementi non consente alla Corte di trarre conclusioni.

Che questo piano di cura della persona venisse eseguito o meno, certamente Bernardo Provenzano negli ultimi anni della sua vita, gravemente malato e incapace di comunicare, non avrebbe mai potuto avere la capacità di provarlo, né di dogliarsene con parenti e legali né tantomeno con l’amministrazione penitenziaria. Questa situazione di subordinazione olistica e di assenza di possibilità di controllo mina il principio di effettività e concretezza nella garanzia del diritto, ponendosi in contraddizione con l’interpretazione della Convenzione come strumento di tutela concreta ed effettiva dei diritti.

Nella sentenza viene espressa preoccupazione circa la mancanza di tempestività nel dotare di sbarre il letto del ricorrente. Il ritardo nell’adozione di questo rimedio ha provocato il ripetersi di cadute e un conseguente intervento chirurgico d’urgenza. La Corte, tuttavia, non ritiene che questi fatti abbiano raggiunto la “soglia minima di gravità”<sup>28</sup> utile ad integrare una la violazione dell’art. 3.

La Corte non ha quindi ritenuto, nonostante le gravi condizioni di salute del ricorrente e la sua età avanzata, che vi fosse un’incompatibilità della misura detentiva con la Convenzione e che le esigenze pratiche di Provenzano, la sua salute e il suo benessere fossero stati adeguatamente tutelati nel corso della reclusione.

*Mutatis mutandis* a questa unanime conclusione della Corte è possibile accostare l’opinione parzialmente dissenziente dei giudici *Kovler* e *Gyulumyan* resa con la sentenza *Enea c. Italia* secondo cui, a tutela dell’integrità fisica del ricorrente, non si

---

<sup>28</sup> La soglia minima di gravità è un criterio giurisprudenziale definito per la prima volta dalla Corte europea nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio del 1978, ricorso n. 5310/71, parr. 162 e 167. Sull’argomento cfr. Y. Arai-Yokoi, *Grading scale of degradation: identifying the threshold of degrading treatment or punishment under article 3 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21/3, 385-421, M. Fornari, *L’art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano 2006, 355-358.

può considerare sufficiente l'aver seguito attentamente l'evoluzione dello stato di salute dell'interessato per giungere ad una constatazione di non violazione dell'art. 3. Sarebbe, infatti, opportuno tener conto di ulteriori aspetti relativi alle condizioni detentive del ricorrente quale l'isolamento reale e protratto a cui è stato sottoposto che ha aggravato la sofferenza del ricorrente causata dalla malattia. Osservano i giudici dissenzienti che «la valutazione del livello minimo di gravità richiesto affinché un trattamento ricada nel campo di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione è una questione soggettiva. A nostro avviso nel caso di specie questo livello è stato raggiunto»<sup>29</sup>.

4. Prima di analizzare quanto giudicato relativamente all'applicazione del regime differenziato appare necessario un sintetico inquadramento della genesi e dalla *ratio* dell'art. 41-bis, Op.

L'art. 41-bis co. 2 della legge n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario ha assunto la sua attuale conformazione principalmente a seguito delle novità introdotte, insieme ad altri strumenti di contrasto alla criminalità organizzata, come risposta allo shock causato dalla recrudescenza stragista mafiosa nei primi anni Novanta, e in particolare dopo gli attentati di Capaci e di via D'Amelio, che avevano colpito i magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino e gli agenti delle loro scorte.

Nella sua versione originaria, l'art. 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, che prevede la possibilità di sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti, era stato inserito nell'ordinamento penitenziario dall'art. 10, legge 663/1986, n. 663, c.d. "Legge Gozzini", esclusivamente in ipotesi eccezionali di rivolte carcerarie o altre gravi situazioni di emergenza; una norma ritenuta, a torto o a ragione, normalizzatrice a conclusione del periodo emergenziale attraversato dall'Italia durante i c.d. *anni di piombo*<sup>30</sup>.

Già nel 1991, il Legislatore, con il d.l. 13 maggio 1991, n. 1525, aveva introdotto una serie di strumenti di differenziazione del regime penitenziario, individuando in particolare due fasce di condannati presuntivamente legati alla criminalità organizzata o eversiva cui limitare la concessione di benefici.

L'anno successivo, con l'art. 19, d.l. 8 giugno 1992 n. 306, veniva inserito il secondo comma dell'art. 41-bis della legge n. 354/1975, che amplia la possibilità di sospensione delle ordinarie regole di trattamento «nei confronti dei detenuti o internati per taluno

---

<sup>29</sup> C.eur., *Enea c. Italia*, cit., partly dissenting opinion of judges Kovler and Gyulumyan. Traduzione italiana a cura del Ministero della Giustizia.

<sup>30</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 751-752; C.G. De Vito, *Camosci e Girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari 2009.



dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis<sup>31</sup>, 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». Il regime di detenzione speciale in oggetto consiste, pertanto, in un insieme di limitazioni finalizzate a impedire la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva e a evitare che dal carcere si continuino a gestire le attività illecite.

Nello stesso decreto, all'art. 29, era stabilito che tali disposizioni, di evidente carattere emergenziale, dovessero avere una durata limitata nel tempo, in principio individuata in tre anni. Tale termine è stato più volte prorogato<sup>32</sup>, fino all'emanazione della legge 23 dicembre 2002, n. 279, che ha reso definitivo il regime penitenziario previsto dall'art. 41-bis Op.

Nel decennio trascorso tra il 1992-2002, il regime differenziato è stato quindi caratterizzato dalla temporaneità; inoltre non vi era alcuna disposizione né in ordine alla durata della sospensione, né in ordine alle eventuali proroghe, né all'attività istruttoria e non era presente neppure una disciplina per procedimento del reclamo<sup>33</sup>.

Il legislatore è intervenuto con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 di "Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario" - sollecitato delle importanti pronunce giurisdizionali tanto della Corte Costituzionale<sup>34</sup>, quanto della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>35</sup> - al fine di limitare

---

<sup>31</sup>Che comprende i reati di criminalità organizzata, terrorismo, eversione.

<sup>32</sup> L'art. 1 della l. 16 febbraio 1995, n. 36, prorogava il termine di applicazione dell'art. 41-bis Op fino al 31 dicembre 1999, in seguito la l. 26 novembre 1999, n. 446, prorogava al 31 dicembre 2000, infine il d. l. 341/2000, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, prorogava al 31 dicembre 2002.

<sup>33</sup> Per una ricostruzione storico-domatica del regime detentivo speciale si veda A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis, comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona*, in *Libertà dal Carcere Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di Gaboardi, Gargani, Morgante, Presotto, Serraino, Torino 2013, 117 ss.; 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.*, Milano, 2016. In argomento, anche S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano 2007; S. Ardita e M. Pavarini, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia*, 2007, 249 ss.; M. Ronco, *Riflessioni su una "nuova" sanzione: l'art. 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino, raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, a cura di M. Amisano e M. Caterini, Napoli 2012, 217 ss.

<sup>34</sup> La Corte Costituzionale si è pronunciata quattro volte, con le sentenze del 28 luglio 1993 n. 349, del 19 luglio 1994 n. 357, del 18 ottobre 1996, n. 351 e 5 dicembre 1997, n. 376, sulla costituzionalità dell'art. 41-bis co.2 Op, e nonostante non abbia accolto le istanze di incostituzionalità sollevate, considerando tale disposizione un *male necessario*, ha cercato di darne delle interpretazioni conformi ai principi costituzionali, precisandone i confini.

<sup>35</sup> C.eur., Commissione, 18.5.1998, *Natoli c. Italia*, ricorso n. 26161/95; C.eur., 6.4.2000, *Labita c. Italia*, ricorso n. 26772/95, C.eur., 28.9.2000, *Messina c. Italy (2)*, ricorso n. 25498/94.

l'indeterminatezza di molti punti che avevano fatto parlare di una “delega in bianco” data dal Legislatore al Governo e all'Amministrazione penitenziaria<sup>36</sup>.

In evidente controtendenza rispetto alla precedente novella si pone la l. 94/2009 che ha apportato ulteriori modifiche all'articolo 41-bis, Op.

Il nuovo comma 2 si caratterizza, infatti, per l'ampliamento dei presupposti di applicazione, per l'inasprimento del contenuto delle restrizioni e per la valorizzazione del ruolo proprio del Ministro dell'Interno nel procedimento di adozione del decreto che lo dispone. Si interviene sulla efficacia temporale dei decreti di applicazione e di proroga ampliandola rispettivamente a quattro e due anni, sulla revoca anticipata del decreto, sulla procedura di impugnazione del medesimo provvedimento e sul trattamento penitenziario, con interventi volti a impedire comunicazioni non consentite e il passaggio di oggetti tra detenuti inseriti in diversi gruppi di socialità. Tra le modifiche introdotte, al comma 2-*quater*, si prevede che i detenuti sottoposti al regime carcerario speciale debbano essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria. Inoltre, si stabilisce che la permanenza all'aperto durante le ore d'aria non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, con una durata non superiore a due ore il giorno, rispetto alle quattro previste precedentemente.

La sospensione delle regole del trattamento trova la sua *ratio* nella lotta alla criminalità organizzata; quindi, è uno strumento che viene adottato non per garantire la sicurezza interna del carcere, ma per motivi di sicurezza sociale. I destinatari del provvedimento *ex art. 41-bis Op* sono individuati nei detenuti che hanno commesso reati di crimine organizzato o sono accusati di appartenere a taluna organizzazione criminale, e pertanto sono considerati particolarmente pericolosi per la società. Questi detenuti subiscono le restrizioni imposte dal provvedimento ministeriale solo sulla base del titolo di reato ad essi attribuito, indipendentemente da eventuali comportamenti che possono costituire indice di particolare pericolosità. È come se per questi soggetti si presumesse l'inefficacia (se non l'inutilità) degli strumenti predisposti dall'ordinamento penitenziario in ossequio all'idea rieducativa ed è quindi ribaltata la portata normativa del regime di rigore, che cessa di essere condizione eccezionale, per divenire normalità<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Sull'adeguamento normativo a seguito della sentenza *Messina c. Italia* (2) cfr. C. Minnella, *Il prezioso contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *RassPenitCrimin*, 160-163; C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *RassPenitCrimin*, 3/2004, 226-229.

<sup>37</sup> M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Torino 2002, 213.

L'art. 41-bis co. 2 Op attribuisce al Ministro della Giustizia un'ampia discrezionalità decisionale tanto sull'individuazione di chi sottoporre a detto regime, tanto sugli istituti dell'ordinamento penitenziario che possono essere sospesi, essendo mancante qualsiasi rinvio alla norma generale che individui un nucleo di disposizioni incompressibili, applicabili ad esempio ai detenuti rientranti nel circuito di alta sicurezza. Ciononostante in dottrina si è affermato come il provvedimento di sospensione non possa spingersi fino alla compressione di un nocciolo duro di diritti inviolabili, che garantiscono il principio di umanità e la finalità rieducativa, costituito dal rispetto della dignità ed integrità personale; dal diritto all'igiene e alla salute; dal diritto a professare liberamente la propria religione; dal diritto a mantenere i contatti con la propria famiglia; dal diritto alla difesa, attraverso i regolari colloqui con l'avvocato<sup>38</sup>, dal diritto allo studio<sup>39</sup>.

5. La seconda doglianza di Provenzano all'analisi della Corte è relativa alle continue proroghe del regime speciale di cui all'articolo 41-bis Op. La difesa del ricorrente ha argomentato come, in considerazione del suo grave stato di salute e del deterioramento delle sue funzioni cognitive, non continuassero a sussistere motivi di applicazione del regime differenziato.

Si premette che la giurisprudenza della Corte circa la compatibilità astratta delle previsioni dell'articolo 41-bis Op con la tutela garantita dall'art. 3 della Convenzione europea si è mantenuta costante sin dai primi anni dall'introduzione del regime speciale. La Commissione europea dei diritti dell'uomo, già nella decisione sul caso Natoli contro Italia del 1998, ha ritenuto che le restrizioni imposte dall'art. 41-bis co. 2 fossero  *misure severe* , ma proporzionate rispetto alla gravità dei reati commessi e allo scopo perseguito di tagliare i legami del detenuto con l'organizzazione criminale

---

<sup>38</sup> Tra i primi A. Martini, *Sospensione delle normali regole di trattamento*, in LP, 1993, 207. Cfr. anche L. Cesaris, *Commento all'art. 41 bis o.p. in Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Padova 2015, 457; V. Manca, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Archivio Penale*, 1/2018, 35 ss; M. Palma, *Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*, in *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, 185.

<sup>39</sup> A. Della Bella, *Libri e riviste al 41 bis: la Consulta ritiene legittimi i divieti contenuti nelle circolari*, in *DirPenProc*, 1/2008, 68. L'autrice lega in maniera indissolubile il diritto allo studio e l'accesso alla cultura dei detenuti sottoposti al regime speciale alla funzione rieducativa della pena: «*Nei confronti di questa categoria di detenuti, la funzione rieducativa della pena - alla quale lo Stato non può mai abdicare - può realizzarsi soltanto attraverso interventi finalizzati alla rottura del vincolo associativo e quindi basati essenzialmente su percorsi di studio, sulla lettura e, più in generale, su occasioni di crescita culturale all'interno dell'istituto*». Cfr. anche R. Bartoli, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *RIDPP*, 2013, 732.

d'origine<sup>40</sup>.

Relativamente al caso Provenzano la Corte non è stata chiamata ad esprimere una valutazione sul regime differenziato in quanto tale, bensì a stabilire se le proroghe rinnovate negli ultimi anni di vita del ricorrente fossero legittime alla luce delle condizioni di salute fisica e mentale del ricorrente di cui si è ampiamente dato conto in precedenza.

Occorre sottolineare che il regime di cui al 41-bis non ha (o almeno non dovrebbe avere) finalità punitive, ma puramente preventive e di sicurezza.

Nella sentenza resa, la Corte ribadisce che la pietra angolare della Convenzione, come strumento di tutela dei singoli individui, è il rispetto della dignità umana e che sottoporre un detenuto a delle restrizioni aggiuntive discrezionali «*senza fornire motivi sufficienti e pertinenti basati su una valutazione personalizzata della necessità, compromette la sua dignità umana e comporta la violazione del diritto di cui all'articolo 3*»<sup>41</sup>.

Tuttavia, i giudici europei hanno concluso per una non violazione della Convenzione per quanto concerne il decreto di proroga del regime differenziato del marzo 2014, nonostante l'espressione di una «*certa preoccupazione*» rispetto alla scarsa attenzione che il decreto dedica al deterioramento cognitivo del ricorrente, malgrado la sua gravità e le sue potenziali conseguenze sulla perdurante necessità di misure restrittive speciali.

Esito differente hanno le considerazioni dei giudici della I Sezione relative al decreto di proroga del Ministro della Giustizia del marzo 2016. La provata storia clinica a disposizione della Corte dimostra che nel biennio trascorso tra l'emissione del decreto di proroga del marzo 2014, e l'emissione del successivo, la già compromessa condizione di salute del ricorrente si era ulteriormente aggravata.

Malgrado la gravità ed il continuo peggioramento delle condizioni di salute fisica e mentale del ricorrente – che entrava in fase pre-terminale nel luglio 2016, pochi mesi dopo l'atto di proroga del regime speciale – il decreto ministeriale non teneva conto del deterioramento cognitivo di Provenzano. Ulteriormente, secondo il parere della Corte, il decreto di proroga non conteneva «*alcuna traccia visibile di una esplicita e autonoma valutazione da parte del Ministro della giustizia della situazione cognitiva del ricorrente al momento in cui è stata presa la decisione*»<sup>42</sup>.

L'assenza di elementi riscontrabili di una valutazione attuale delle capacità psichiche del ricorrente ha pregiudicato alla Corte la possibilità di accertare se e in quale modo si fosse tenuto conto del suo declino cognitivo nel prorogare il regime

---

<sup>40</sup> C.eur., *Natoli c. Italia*, cit.

<sup>41</sup> C.eur., *Provenzano c. Italia*, cit., par. 152.

<sup>42</sup> C.eur., *Provenzano c. Italia*, cit., par. 156.

differenziato.

In assenza di un'adeguata motivazione, a decorrere dall'emanazione del decreto di proroga del 23 marzo 2016, i giudici accertano la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

6. Come era semplice immaginare, la sentenza di condanna dell'Italia nel caso Provenzano è stata accompagnata da un'ondata di "populismo penale" e di biasimo nei confronti dei giudici di Strasburgo, "rei" di non comprendere la portata criminale di Provenzano e l'importanza della lotta alla criminalità organizzata. Questa percezione è tuttavia profondamente diversa dalla realtà.

Infatti, dall'analisi di questa sentenza e della giurisprudenza complessiva della Corte in materia di 41-bis emerge una spiccata sensibilità rispetto all'ideologia e alle esigenze di ordine pubblico e pubblica sicurezza individuate dal legislatore. Il regime speciale, lungi dall'essere scalfito, è considerato una misura proporzionata tra la persistenza di un pericolo di collegamento con la criminalità organizzata e la tutela dei diritti individuali. Infatti, le maggiori restrizioni applicate ai detenuti sottoposti al 41-bis non sono ritenute astrattamente idonee ad arrecare un grado di sofferenza superiore a quello connaturato al normale trattamento penitenziario tale da configurare una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Peraltro, l'asserita sussistenza di una proporzionalità tra gravità dei fatti oggetto di condanna e trattamento penitenziario adottato non tiene conto di due circostanze importanti: tale regime speciale può essere comminato per il semplice reato di associazione che, per quanto possa destare allarme sociale, prevede pene comunque contenute nella durata; il regime differenziato può essere applicato anche ai danni di un detenuto che sia in attesa di giudizio<sup>43</sup>.

La sentenza Provenzano non si può certamente considerare un *leading case*, non contenendo elementi di discontinuità con il passato, né di grande coraggio, in quanto commina una condanna che rappresenta una tutela timida dell'articolo 3, che, come interpretato dalla Corte stessa, è una norma nell'applicazione della quale non si può operare alcun tipo di bilanciamento tra i beni giuridici da essa tutelati ed ogni altro tipo di valore pur meritevole di tutela<sup>44</sup>.

Tuttavia, questa pronuncia contiene degli elementi interessanti che meritano una riflessione sulla motivazione dei decreti di proroga e sull'onere della prova, anche alla luce del *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis* redatto

---

<sup>43</sup> Si veda in proposito C.eur., *Labita c. Italia*, cit.

<sup>44</sup> C.eur., 7.7.2009, *Groni c. Albania*, ricorso n. 25336/04 par. 131; C.eur., GC, 15.11.1996, *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, par. 79; C.eur., GC, 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, par. 107.



dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica e dei Rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT).

In primo luogo, si nota la mancata constatazione della violazione dell'art. 3 relativamente al decreto di proroga del regime differenziato del 2014. Come ampiamente documentato dalle relazioni mediche, Provenzano era un ottuagenario afflitto da patologie che gli avevano comportato un grave decadimento motorio e cognitivo costringendolo in uno stato semi-vegetativo. È difficile immaginare come una persona incapace di intendere e di volere, impossibilitata ad occuparsi financo delle proprie esigenze biologiche elementari potesse intrattenere rapporti penalmente rilevanti con un'organizzazione criminale.

Ad ogni visita periodica effettuata in Italia dal CPT, la delegazione ha esaminato dettagliatamente i decreti che rinnovavano l'applicazione del 41-bis Op riscontrando, da ultimo nel 2016, come il regime differenziato venisse rinnovato in modo pressoché automatico motivandolo sulla base della perdurante esistenza di attività criminali dell'organizzazione di appartenenza del detenuto nella sua regione di provenienza<sup>45</sup>.

Secondo il CPT questi rinnovi automatici riguarderebbero un numero considerevole di detenuti al 41-bis, se non la totalità, e le restrizioni loro applicate potrebbero rappresentare una negazione del trattamento penitenziario<sup>46</sup> individualizzato che ha come obiettivo, costituzionalmente previsto, la riabilitazione del reo<sup>47</sup>.

L'effetto di decreti di rinnovo che prorogano ripetutamente l'applicazione del regime differenziato, come evidenziato dal rapporto del Senato, è la restrizione aggravata di detenuti anziani «che perdono progressivamente le proprie capacità di discernimento». Per questa ragione, la stessa Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani avverte il bisogno di segnalare l'opportunità di una revisione della legislazione consolidata e «raccomanda una più accurata istruttoria da parte degli uffici competenti in merito al rinnovo dell'applicazione del regime speciale, onde evitare la sottoposizione al regime speciale di persone incapaci di intendere e di volere»<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy from 8 to 21 April 2016, CPT/Inf (2017) 23, Strasbourg, 8 September 2017, par. 52.

<sup>46</sup> CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 26 September 2008, CPT/Inf (2010) 12, par. 82. cfr. A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 323.

<sup>47</sup> Costituzione della Repubblica italiana art. 27 co. 3: *Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.*

<sup>48</sup> Senato della Repubblica italiana, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, XVII Legislatura, *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis*, aprile

La Corte europea, relativamente al rinnovo del marzo 2014, conclude per una non violazione della Convenzione, nonostante registri con una “certa preoccupazione” la scarsa attenzione in sede motivazionale al deterioramento cognitivo del ricorrente, alla sua gravità e alle potenziali conseguenze. E ciò perché, osservano i giudici europei, in qualche misura le carenze motivazionali del decreto del Ministro della Giustizia sarebbero state integrate dalle valutazioni successivamente svolte dal Tribunale di Sorveglianza di Roma nell’ordinanza emessa in esito all’impugnazione del decreto stesso. Attraverso tale provvedimento l’organo giudicante, a seguito degli accertamenti istruttori effettuati, era giunto alla conclusione motivata secondo la quale non era possibile escludere con certezza l’eventualità che Provenzano continuasse ad intrattenere comunicazioni con la propria organizzazione criminale.

Tale argomentazione appare poco convincente in quanto, non solo i giudici di Strasburgo non riconoscono una violazione sostanziale dell’art. 3 della Convenzione rispetto alla permanenza di un detenuto nelle condizioni di salute di Provenzano al regime speciale ma, pur riscontrando una carenza di motivazione sul punto nel decreto ministeriale di rinnovo, concludono nel ritenere tale deficit argomentativo in qualche misura sanato dalla successiva ordinanza del Tribunale di Sorveglianza. E ciò nonostante si tratti di una motivazione non solo postuma, ma anche resa da un soggetto diverso e in quel momento chiamato a svolgere una funzione di controllo e di sindacato sull’esercizio del potere coercitivo a tutela della posizione dell’individuo.

Alla luce di queste circostanze la Corte ha ritenuto che fossero state considerate in maniera individualizzata e attuale le condizioni di salute di Provenzano al momento del decreto di proroga del 2014.

Anche la condanna comminata all’Italia per il decreto di proroga del 23 marzo 2016 appare molto tiepida nelle motivazioni. La Corte, infatti, sancisce la violazione dell’art. 3 relativamente ad una carenza di motivazione del decreto, dal quale non si evince che sia stata effettuata una effettiva rivalutazione dello stato di salute del ricorrente tenendo in debito conto il suo declino cognitivo. Questo fa logicamente dedurre che, se con una formulazione analoga a quella utilizzata dal Tribunale di Sorveglianza nel 2014 il provvedimento avesse vagliato la situazione clinica del ricorrente e concluso per l’impossibilità escludere con “assoluta certezza” che il ricorrente potesse trasmettere a Cosa Nostra messaggi penalmente rilevanti i giudici, avrebbero concluso per una non violazione.

Si ritiene, pertanto, che una giusta censura sarebbe stata una condanna per violazione dell’art. 3 relativamente ad entrambi i decreti di proroga analizzati, motivata dal fatto che l’applicazione del regime differenziato nei confronti di un uomo incapace di intendere e di volere non risponde ad alcuna finalità preventiva e di

sicurezza e lede profondamente la dignità della persona detenuta. Nella sentenza *Provenzano c. Italia* si è persa l'occasione di ribadire con forza che, in uno Stato diritto vanno, infatti, rispettati i diritti di tutti gli individui, anche di quello che si considera il "peggiore tra gli uomini".

In merito ai limiti dei decreti di proroga del regime speciale rispetto alla motivazione del provvedimento e all'onere della prova la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, co. 2-bis Op, come modificato dall'art. 2 della legge 23 dicembre 2002, n. 279, nella parte in cui prevede che i provvedimenti ministeriali di sospensione delle regole di trattamento siano prorogabili «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno». Questa formulazione negativa, secondo il giudice remittente consentiva «di prolungare la durata del regime differenziato a prescindere dalla sussistenza di reali esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza, mediante provvedimenti di proroga privi di motivazione o con motivazioni inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte»<sup>49</sup>.

La Corte, con l'ordinanza n. 417/2004, ha ribadito che ogni provvedimento di proroga deve contenere una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza derivanti dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa<sup>50</sup>. Nonostante la formulazione negativa, la Consulta ritiene che non

---

<sup>49</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza n. 417 del 13 dicembre 2004, pubblicata in G. U. 29/12/2004 n. 50.

<sup>50</sup> *Ibidem* la Corte rileva "che ogni provvedimento di proroga deve pertanto contenere «una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire» e non possono ammettersi «motivazioni apparenti o stereotipe, inidonee a giustificare in termini di attualità le misure disposte» (v. in particolare sentenza n. 376 del 1997); che le modifiche apportate dalla legge n. 279 del 2002 alla disciplina della proroga del regime differenziato, prevista nel comma 2-bis dell'art. 41-bis, devono essere interpretate in conformità ai principî affermati nella giurisprudenza costituzionale per quanto riguarda sia i presupposti e i contenuti dell'istituto che il controllo giurisdizionale sul provvedimento di proroga; che tali principî sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione al nuovo comma 2-bis dell'art. 41-bis, la quale ha ribadito che ai fini della proroga è necessaria un'autonoma e congrua motivazione in ordine alla attuale esistenza del pericolo per l'ordine e la sicurezza derivante dalla persistenza dei vincoli con la criminalità organizzata e della capacità del detenuto di mantenere contatti con essa; che la giurisprudenza di legittimità ha pure sottolineato che l'inciso di cui al comma 2-bis («purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno») non comporta una inversione dell'onere della prova, in quanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui 'risulti' che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno; che i dubbi di costituzionalità sollevati dal rimettente non hanno pertanto ragion d'essere, posto che è possibile attribuire ai presupposti del provvedimento di proroga di cui al comma 2-bis dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario una interpretazione conforme a Costituzione; che, in particolare, il provvedimento di proroga deve contenere una adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi

vi sia alcuna inversione dell'onere della prova, sussistendo l'obbligo di fornire una congrua motivazione circa gli elementi che fanno supporre l'attuale sussistenza del pericolo di comunicazione del detenuto con il suo sodalizio criminale.

La condivisibile interpretazione dei giudici costituzionali della norma, come argomentato in precedenza, trova poco riscontro nella prassi ministeriale ed è comunque precedente alla novella legislativa del 2009. Una posizione fortemente discordante anche quella sostenuta in audizione al Senato dal procuratore Roberti, all'epoca procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, quindi vertice della DNA che ha reso parere favorevole alla proroga dell'applicazione del "carcere duro", tra gli altri, a Bernardo Provenzano nel 2014 e nel 2016. Roberti ha evidenziato il fatto che la natura del regime differenziato quale misura di prevenzione, comporta che gli elementi di prova richiesti abbiano carattere meramente indiziario, pertanto spetta al detenuto dimostrare che la capacità di mantenere i collegamenti con l'organizzazione è venuta meno<sup>51</sup>.

Ma come fare a provare che qualcosa non avverrebbe? Legittimi dubbi sono stati sollevati anche dal CPT, valutando il testo in discussione alla Camera dei Deputati di modifica dell'art. 41-bis Op, poi divenuto la Legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha ulteriormente inasprito il regime detentivo differenziato. Il Comitato ha, infatti, espresso la sua preoccupazione circa l'inversione dell'onere della prova che pone il detenuto nella condizione di dover dimostrare di aver interrotto tutti i potenziali collegamenti con l'organizzazione a cui appartiene<sup>52</sup>.

Questo sistema comporta una vera e propria *probatio diabolica* che mette il recluso in una condizione di impossibilità giuridica e di fatto di dimostrare l'insussistenza delle motivazioni di applicazione o di rinnovo del regime speciale.

7. Nell'evidenziare la timidezza della Corte di Strasburgo, che non ha riconosciuto alcune, peraltro evidenti, violazioni sostanziali dell'art. 3 della Convenzione, appare opportuno sottolineare la distanza di valutazione che intercorre tra le conclusioni dei giudici europei, che hanno sempre sostenuto la sostanziale legittimità del 41-bis, co. 2 Op, rispetto a quelle del CPT.

È possibile ipotizzare che tale radicale differenza di giudizio possa fondarsi sulla

---

*da cui risulti la persistente capacità del condannato di tenere contatti con le organizzazioni criminali; che, a sua volta, in sede di controllo giurisdizionale, spetterà al giudice verificare in concreto - anche alla luce delle circostanze eventualmente allegate dal detenuto - se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale".*

<sup>51</sup> Senato della Repubblica italiana, *Rapporto sul regime detentivo speciale*, cit., 28.

<sup>52</sup> CPT/Inf (2010) 12, cit., par. 83.

circostanza che il Comitato, a differenza della Corte, opera attraverso un sistema di visite dirette ai luoghi di privazione della libertà, in grado di far constatare la triste condizione di tali detenuti.

Il Comitato, infatti, in più occasioni non ha mancato di evidenziare come questo regime speciale susciti forti dubbi circa la sua funzionalità rispetto all'obiettivo di impedire i rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza. Il CPT ha anzi avanzato il sospetto che la reale finalità del "carcere duro" sia di tipo ricattatorio, volta a costringere i detenuti a collaborare con la giustizia<sup>53</sup>, ritenendo, in generale, che dovrebbe essere applicato solo in circostanze eccezionali e per una durata di tempo limitata<sup>54</sup>.

Convince l'argomentazione di Pugiotto secondo il quale l'esistenza della finalità del 41-bis di avviare cooperazioni sia dimostrata «*per tabulas* dal suo combinato disposto con l'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Articolo che impedisce l'accesso a qualunque beneficio agli ergastolani condannati per delitti gravissimi riconducibili alla criminalità organizzata, salvo che non collaborino con la giustizia»<sup>55</sup>.

Il sospetto che la *ratio* non dichiarata del 41-bis Op sia quella di spezzare la volontà dell'individuo attraverso isolamento e privazioni al fine di ottenere informazioni utili alla lotta alla criminalità organizzata si è acuito con l'inasprimento delle misure apportato dalla riforma del 2009.

Tale obiettivo solleverebbe forti criticità rispetto al dettato costituzionale e alle convenzioni sui diritti umani a cui l'Italia è vincolata, tra cui *Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (UNCAT).

Alla luce di questo fine occulto, infatti, si potrebbe descrivere il regime differenziato come un "*atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitte ad una persona, da agenti della funzione pubblica, forti sofferenze mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa informazioni o confessioni*". Tutti i termini utilizzati per comporre

---

<sup>53</sup> Cfr. S. Ardita - M. Pavarini, op. cit., 265. Pavarini sottolinea come il dubbio che il regime speciale abbia l'obiettivo di "sciogliere le lingue" emerge naturalmente dall'esistenza di una corrispondenza speculare tra questo e il regime di premialità per i collaboratori di giustizia: «*il regime di cui all'art. 41-bis comma 2 dell'ordinamento penitenziario si contrappone specularmente, ma con segno opposto, al regime di premialità per il collaboratore mafioso: da un lato un'offerta sostanzialmente indulgenziale, fino al limite di una mal dissimulata rinuncia a punire, a fronte di forme estreme di sofferenza (che vanno ben oltre a quelle giudizialmente comminate dal giudice del fatto, per quanto concerne i condannati e a quelle altrimenti giustificabili per chi deve essere ancora presunto innocente)*».

<sup>54</sup> CPT, Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 21 novembre au 3 décembre 2004, CPT/Inf (2006) 16, par. 88; CPT/Inf (2010) 12, cit., par. 83; CPT, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012, CPT/Inf (2013) 32, par. 58; CPT/Inf (2017) 23, cit., par. 52.

<sup>55</sup> A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. Corleone e A. Pugiotto (a cura di), op. cit., 206-207.



questa frase sono riportati dal testo dell'art. 1 par. 1 UNCAT che definisce la tortura.

Perché una determinata fattispecie possa essere considerata tortura secondo la definizione data dalla Convenzione è necessaria la compresenza di più elementi: l'intenzionalità, la qualità dell'atto che infligga dolore o sofferenze acute, l'elemento teleologico, la qualifica dell'autore, l'eventuale legittimità delle sofferenze inflitte.

Analizzando singolarmente questi fattori l'intenzionalità, quale elemento soggettivo della condotta è immediatamente riscontrabile nell'atto di emanazione del decreto che dispone o rinnova il regime differenziato. Non si tratta, infatti, di un atto dovuto, ma dell'esercizio di un potere discrezionale, proprio del Ministro della Giustizia.

L'applicazione ad una persona del regime di cui all'art. 41-bis, specie se per lungo tempo, provoca certamente in essa una sofferenza acuta causata dalle misure restrittive e in particolare dall'isolamento interno-interno ed interno-esterno che comprende anche una limitatissima possibilità di colloqui familiari.

Questa compressione dei diritti fondamentali comporta effetti tangibili sulle condizioni mentali dei detenuti sottoposti al regime speciale. A titolo di esempio, si evidenzia come nel Rapporto del CPT relativo alla visita periodica effettuata in Italia nel 2008, il Comitato rileva che, in una sezione visitata, diciassette detenuti sui venti complessivamente al 41-bis assumevano farmaci psicotropici, in particolare erano sottoposti a trattamenti antidepressivi, neurolettici, ansiolitici o ipnotici<sup>56</sup>.

L'elemento teleologico sarebbe costituito proprio dall'inconfessata volontà di indurre il detenuto a collaborare con la giustizia, quindi la finalità di ottenere informazioni o confessioni. Sin dal preambolo gli Stati parte della Convenzione hanno individuato nella dignità il fondamento dei diritti umani<sup>57</sup>, per cui ogni interpretazione deve tenere conto del concetto olistico di dignità che comprende l'integrità di coscienza e il conseguente divieto di piegare la volontà. Proprio in questa caratteristica risiede la differenza con gli altri delitti, il bene giuridico offeso dalla tortura non è infatti il corpo, ma la dignità della persona<sup>58</sup>. Ottenere informazioni o confessioni non può, tuttavia, essere considerato l'unico obiettivo "segreto" del carcere duro, sussiste anche un fine esclusivamente punitivo. Una dimostrazione di quanto affermato si può desumere proprio dal caso Provenzano, in cui l'unico obiettivo ipotizzabile per

---

<sup>56</sup> CPT/Inf (2010) 12, par. 78. La letteratura medica suggerisce l'esistenza di una stretta relazione tra l'isolamento carcerario protratto e il declino delle capacità cognitive e, più in generale, della salute mentale. Cfr. M. Pisellia - L. Attademo, R. Garinella, A. Rella, S. Antinarelli, A. Tamantini, R. Quartesan, F. Stracci e K. M. Abram, *Psychiatric needs of male prison inmates in Italy*, in *IJLP*, 2015, 82 ss.

<sup>57</sup> UN, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, entry into force on 26 June 1987 United Nations Treaty Series, vol. 1465, p. 85, preamble: «[...] those rights derive from the inherent dignity of the human person [...]».

<sup>58</sup> P. Gonnella, *La tortura in Italia. Parole, luoghi e pratiche della violenza pubblica*, Roma 2013, 38.

l'applicazione del regime carcerario ad una persona incapace di comunicare è uno scopo meramente retributivo.

La qualifica dell'autore, nel caso di una persona reclusa, non ha bisogno di alcuna spiegazione essendo *in re ipsa*.

Si potrebbe, invece, obiettare che le sofferenze inflitte dal regime differenziato debbano essere escluse dalla fattispecie di tortura in quanto il dolore e le sofferenze inflitte al detenuto sono conseguenza di una *sanzione legittima*. Tale deroga è, infatti, suscettibile di differenti interpretazioni in considerazione delle differenze degli ordinamenti interni degli Stati membri. Questa previsione crea pertanto evidenti contraddizioni, considerando le enormi differenze delle legislazioni penali degli Stati parte, con la conseguenza che uno stesso comportamento brutale (pene corporali comprese) possa essere considerato come violazione della Convenzione se attuato in taluni Stati e non se attuato in altri<sup>59</sup>.

Per superare l'incertezza e la discrezionalità dell'espressione *lawful sanctions* si può ricorrere al Trattato di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che, all'art. 31.1 prevede che gli Stati debbano interpretare le disposizioni dei trattati in buona fede rispettandone l'oggetto e lo scopo<sup>60</sup>. Questa previsione può essere letta in combinato disposto con l'art. 27 dello stesso, che stabilisce l'impossibilità per lo Stato di invocare l'ordinamento giuridico nazionale come giustificazione per la violazione delle disposizioni di un trattato di cui è parte<sup>61</sup>. Ne consegue che, indipendentemente dall'assenza di una esplicita previsione in tal senso, le leggi nazionali degli Stati firmatari dovrebbero essere conformi allo spirito della Convenzione e non prevedere atti di tortura, e pene o trattamenti manifestamente inumani.

8. In uno Stato di diritto, che assicuri rispetto e salvaguardia dei diritti e delle libertà dell'uomo, «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti»<sup>62</sup>, un ulteriore aggravamento della pena è illegittimo configurando un'eccedenza

---

<sup>59</sup> A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari 2005, pp. 179-180.

<sup>60</sup> M. Fornari, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, a cura di L. Pineschi, Milano 2006, 207-208; UN, Vienna Convention on the law of treaties, concluded at Vienna on 23 May 1969, entry into force 27 January 1980, in accordance with article 84(1), United Nations, Treaty Series, vol. 1155, 331., art. 31.1: «*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*».

<sup>61</sup> *Ivi*, art. 27: «*A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty [...]*».

<sup>62</sup> A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU, Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014, 12.

sanzionatoria e afflittiva<sup>63</sup>.

La reclusione, inoltre, non può svolgere una funzione meramente retributiva, al contrario sono principi fondanti della Repubblica italiana l'umanità della pena e la sua tensione verso la rieducazione (Cost. art. 27.3), nonché il divieto di ogni violenza fisica e morale sui detenuti (Cost. art. 13.4).

Non è qui possibile interrogarsi se la pena detentiva riesca in generale ad assolvere la funzione immaginata dall'Assemblea costituente<sup>64</sup>, ma certamente il nome gergale del regime differenziato previsto dall'art. 41-bis Op, "carcere duro", è sintomo dell'aggiunta di elementi afflittivi alla detenzione e di un'abdicazione dello Stato rispetto alla funzione riabilitativa della pena.

Il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti contenuto nell'art. 3 della Convenzione non può essere interpretato meramente come un obbligo di *non facere*, al contrario esso sancisce a carico degli Stati contraenti un obbligo positivo che, relativamente alla questione carceraria, consiste nell'assicurare a ogni recluso condizioni detentive compatibili con il rispetto della dignità umana. Non possono ritenersi tali le misure previste dal regime differenziato che, soprattutto se protratte per lunghi periodi, producono effetti desocializzanti e quindi disumanizzanti.

La Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza, con un implicito riferimento all'art. 1 della Convenzione contro la tortura delle Nazioni Unite, ha ripetutamente sottolineato che le modalità di esecuzione del provvedimento restrittivo non devono provocare all'interessato uno sconforto e un malessere di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza legato alla detenzione<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> Per una riflessione in materia cfr. L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone e F. Resta, *Abolire il carcere: Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano 2005; G. Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Milano 2012.

<sup>65</sup> C.eur., Kudla c. Polonia, cit., par. 94: «Nevertheless, under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance (see, mutatis mutandis, the Aerts v. Belgium judgment of 30 July 1998, Reports 1998-V, p. 1966, §§ 64 et seq)»; C.eur., 19.7.2007, Trepachkine c. Russia, ricorso n. 36898/03, par. 91: «Legitimate measures depriving a person of his liberty may often involve an element of suffering and humiliation. Yet it cannot be said that detention on remand in itself raises an issue under Article 3 of the Convention. What the State must do under this provision is to ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (*ibid.*, § 102). When assessing conditions of detention, one must consider their cumulative effects as well as the applicant's specific allegations (see *Dougoz v. Greece*, no. 40907/98, § 46, ECHR 2001-II)».

L'auspicio è che questo principio si possa applicare anche all'Italia nella tutela delle persone sottoposte al regime penitenziario differenziato. Se il fine del 41-bis di interrompere la catena di comando delle organizzazioni criminali può essere considerato legittimo, non lo è la sua applicazione e non lo sono le misure che non hanno alcuna relazione con l'obiettivo indicato dal legislatore, come ad esempio l'isolamento giornaliero prolungato fino a 22 ore, la limitazione degli effetti personali tra cui fotografie e biancheria, le limitazioni nell'acquisto, nella ricezione e nella cottura di cibi<sup>66</sup> e bevande, il divieto di lavorare, l'indicazione di un numero massimo di libri che è possibile tenere in cella, le limitazioni all'uso di radio e televisione.

Il regime di cui all'41-bis Op non dovrebbe essere considerato, con un automatismo inaccettabile, una misura sempre proporzionata rispetto alla necessaria tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Al contrario, una censura della Corte di Strasburgo potrebbe innescare l'apertura di un necessario ripensamento normativo che azzeri le misure vessatorie e ristabilisca l'equilibrio tra i poteri dello Stato attribuendo la facoltà di applicare eventuali limitazioni ulteriori alla libertà personale al potere giudiziario e non all'esecutivo.

---

<sup>66</sup> La Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 26.9.2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di cuocere cibi contenuto all'art. 41-bis co. 2-quater lett. OP per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione; ciononostante, permangono limiti all'accesso ai fornelli derivanti da regolamenti carcerari e circolari del DAP. Per un commento alla decisione vedi: G. Alberti, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018.