

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

***IL REGIME DI 41 BIS DELLA LEGGE DI ORDINAMENTO
PENITENZIARIO ITALIANO (L. 354/1975) ALLA PROVA DEI
DIRITTI FONDAMENTALI***

***THE 41 BIS REGIME OF THE ITALIAN PRISON LAW (LAW
354/1975) PUT TO THE TEST OF FUNDAMENTAL RIGHTS***

Camilla Caselli

Università degli Studi di Milano - Università Carlos III Madrid

Parole chiave: Detenzione, legge di ordinamento penitenziario, diritti fondamentali, giurisprudenza di legittimità, trattamenti inumani e degradanti.

Keywords: Detention, prison law, fundamental rights, case law, inhuman and degrading treatment.

Número: 19 Año: 2025

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Miguel A. Ramiro (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

IL REGIME DI 41 BIS DELLA LEGGE DI ORDINAMENTO PENITENZIARIO ITALIANO (L. 354/1975) ALLA PROVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

THE 41 BIS REGIME OF THE ITALIAN PRISON LAW (LAW 354/1975) PUT TO THE TEST OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Camilla Caselli

Università degli Studi di Milano - Università Carlos III Madrid

Abstract in italiano

L'articolo esamina il regime speciale di detenzione dell'art. 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario, dalla sua origine emergenziale alla stabilizzazione come strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Analizza l'impatto sulle garanzie del giusto processo, sulle condizioni di vita e sui limiti di legalità delle restrizioni, soffermandosi sul ruolo del Ministro della Giustizia e sul divieto per l'amministrazione penitenziaria di introdurre misure ulteriori non previste dal decreto ministeriale. Attraverso la giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU, si evidenzia l'esigenza di valutazioni individualizzate e proporzionate, specie nei casi di grave compromissione della salute del detenuto. In conclusione, si propone di qualificare il 41-bis come pena accessoria, sottoposta a riserva di giurisdizione e principio di legalità.

English abstract

The article examines the special detention regime under Article 41-bis of the Italian Prison Law, from its emergency origins to its consolidation as a tool against organised crime. It analyses its impact on fair trial guarantees, prison conditions, and the legality limits of restrictions, focusing on the Minister of Justice's role and the prohibition for prison authorities to impose additional measures not included in the ministerial decree. Drawing on Constitutional Court and ECHR case law, it highlights the need for individualised and proportionate assessments, especially in cases of severe health deterioration. The paper concludes by proposing to classify 41-bis as an ancillary penalty, subject to judicial authority and the principle of legality.

Resumen en español

El artículo examina el régimen especial de detención del art. 41-bis de la Ley Penitenciaria italiana, desde su origen como medida de emergencia hasta su consolidación como instrumento de lucha contra la delincuencia organizada. Analiza su impacto sobre las garantías del debido proceso, las condiciones de vida y los límites de legalidad de las restricciones, centrándose en el papel del ministro de Justicia y en la prohibición de que la administración penitenciaria imponga medidas adicionales no previstas en el decreto ministerial. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH, se subraya la necesidad de evaluaciones individualizadas y proporcionales, especialmente en casos de grave deterioro de la salud de la persona detenida. El trabajo concluye proponiendo calificar el 41-bis como pena accesoria, sujeta a reserva jurisdiccional y al principio de legalidad.

Parole chiave: Detenzione, legge di ordinamento penitenziario, diritti fondamentali, giurisprudenza di legittimità, trattamenti inumani e degradanti.

Keywords: Detention, prison law, fundamental rights, case law, inhuman and degrading treatment.

1 - Introduzione

Il regime del 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario italiano vide la luce in un contesto di crescente allarme per la violenza mafiosa che negli anni '70 e '80 aveva raggiunto livelli drammatici. In quel periodo, lo Stato italiano si trovava a fronteggiare non solo la criminalità organizzata tradizionale, ma anche il terrorismo politico. Inizialmente, l'articolo 41-bis fu introdotto con la legge n. 663 del 1986 (legge Gozzini) come strumento per permettere all'amministrazione penitenziaria di gestire situazioni di emergenza all'interno delle carceri, come rivolte o gravi turbative dell'ordine e della sicurezza.

Le stragi del 1992 segnarono un punto di svolta. Fu in questo clima che il 41-bis assunse una connotazione del tutto nuova: da norma pensata per situazioni interne alle carceri, divenne uno strumento fondamentale per la lotta alla mafia. Il decreto-legge Scotti-Martelli, emanato nel 1992 e poi convertito in legge (n. 356/1992), permise la sospensione delle normali regole del trattamento penitenziario per i detenuti accusati di reati di mafia o terrorismo, nei casi in cui sussistesse il pericolo di mantenimento dei contatti con l'organizzazione criminale. In particolare, il legislatore introdusse una misura straordinaria all'interno dell'art. 41-bis ord. penit., che consente al Ministro della Giustizia di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione

del regime penitenziario ordinario per motivi di ordine e sicurezza pubblica. L'obiettivo era quello di interrompere il legame tra il detenuto e l'organizzazione criminale, impedendo che il carcere fungesse da centro di comando operativo per i boss mafiosi. Il 41-bis fu quindi concepito come un dispositivo emergenziale, limitato nel tempo, ma con una funzione chiara: isolare particolari detenuti per impedirne la comunicazione con l'esterno e ridurre la capacità di esercitare il controllo sul territorio o intimidire testimoni e collaboratori di giustizia. Da politica penitenziaria, è stato in realtà impiegato come politica penale (diretta a rompere il vincolo associativo e a favorire la collaborazione con la giustizia)¹.

Negli anni successivi, il legislatore intervenne più volte per rafforzare e stabilizzare il 41-bis. Un passaggio fondamentale avvenne con la legge n. 279 del 23 dicembre 2002, che lo trasformò da misura straordinaria a dispositivo permanente del sistema penitenziario italiano: si sancì, infatti, la possibilità di prorogare il regime in modo continuativo, previa verifica periodica della sussistenza dei presupposti.

Nel corso degli anni 2000, le restrizioni previste dal 41-bis sono state progressivamente inasprite. Sono state introdotte limitazioni sempre più severe alla vita detentiva: la possibilità di ricevere visite familiari è stata ridotta e vincolata a rigorosi controlli, la corrispondenza è soggetta a censura, le attività ricreative e sociali sono vietate o fortemente limitate, e le occasioni di contatto tra i detenuti sono ridotte al minimo. L'obiettivo dichiarato rimane tuttavia quello di impedire la comunicazione con l'esterno e la possibilità di impartire ordini alla struttura criminale.

Parallelamente, proprio perché il fine dichiarato non dovrebbe avere nulla a che fare con l'afflittività della pena, si è sviluppata una riflessione giuridica e costituzionale sulla legittimità del regime, che ha portato a un maggiore affinamento delle sue garanzie procedurali: in particolare, le proroghe devono essere motivate sulla base di elementi concreti e attuali, e il provvedimento è sottoposto al controllo del magistrato di sorveglianza. Gli interventi della Corte costituzionale e della Corte EDU hanno contribuito a delineare i confini del regime, richiamando il legislatore al rispetto dei diritti fondamentali della persona detenuta, anche in un contesto di massima sicurezza. La Corte costituzionale, in particolare, pur non avendo mai dichiarato l'illegittimità del regime in sé, ha più volte richiamato la necessità di un controllo giurisdizionale effettivo, a garanzia dei diritti fondamentali del detenuto (sentt. n. 349/1993, 376/1997, 143/2013).

¹ V. Verdolini, *L'istituzione reietta, Spazi e dinamiche del carcere in Italia*, Roma, Carocci Editore, 2022.

Negli ultimi anni, il regime ha continuato a evolversi, mantenendo la sua funzione di contenimento delle organizzazioni mafiose ma con una maggiore attenzione al bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti fondamentali. Tuttavia, le voci critiche non mancano e il monitoraggio della difficile concordanza tra fine dichiarato e diritto in atto è costante.

2 - Il diritto al giusto processo: tra competenze del ministro della giustizia e videoconferenze.

Il regime del 41-bis, incide in modo particolarmente forte su alcuni dei diritti fondamentali delle persone detenute che vi sono sottoposte. Una delle questioni più discusse riguarda proprio l'impatto che queste limitazioni hanno sul diritto al giusto processo, in particolare in relazione alla decisione ministeriale di applicare il regime speciale e all'obbligo per l'imputato di partecipare ai processi solo tramite videoconferenza.

Il provvedimento di sottoposizione a tale regime è di natura amministrativa e viene adottato dal Ministro della Giustizia, su proposta del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), previa istruttoria articolata. Già questo primo elemento pone rilievi critici in quanto il potere di applicare misure che abbiano un tale effetto deve spettare «sempre e in ogni caso al giudice, non perché restrittive della libertà personale ma perché giudicare le persone, e degradarle, sono per costituzione mansioni giudiziali, quale che sia la restrizione di libertà a cui conducono»².

La durata è fissata in quattro anni per il primo provvedimento, e in due anni per i successivi rinnovi. Tuttavia, la normativa consente un rinnovo potenzialmente indefinito, purché venga accertata la persistente sussistenza del pericolo che il soggetto mantenga collegamenti con l'esterno in funzione dell'organizzazione criminale di appartenenza.

Il rinnovo del regime 41-bis rappresenta una delle aree più controverse della disciplina. In teoria, ogni rinnovo dovrebbe essere preceduto da una nuova istruttoria, aggiornata e individualizzata, che accerti in concreto la permanenza della pericolosità sociale del detenuto e l'attualità del rischio. In concreto, però, si è riscontrata una certa tendenza alla meccanizzazione dei rinnovi, spesso fondati su valutazioni stereotipate o su elementi non direttamente collegati al comportamento carcerario del detenuto. Si assiste, cioè, a un processo di cristallizzazione della pericolosità, dove la mera appartenenza originaria a un sodalizio criminale può di per sé legittimare il protrarsi del regime differenziato. Questa dinamica ha sollevato profili critici anche sul piano costituzionale. In particolare, si è evidenziato il rischio

² G. Amato, *Commento all'art. 13 cost.*, in G. Branca (a cura di), *COmmento della costituzione*, 1977, p. 47

che il 41-bis, anziché conservare la sua funzione meramente preventiva, si trasformi in una misura punitiva aggiuntiva e permanente, lesiva dei principi di finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), di proporzionalità e di legalità. Proprio la mancanza di un progetto orientato alla rieducazione³ che dia specificità a quel tipo di detenzione implica una impossibilità di stimolare la persona detenuta alla rescissione del legame con l'associazione di appartenenza e di monitorare i progressi in tal senso attraverso l'attività del gruppo di osservazione e trattamento⁴.

Da ultima, si è espressa sull'argomento anche la Corte Europea dei Diritti Umani. La Corte, nel caso *Morabito c. Italia*⁵, ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 3 della Convenzione (divieto di trattamenti inumani o degradanti) in relazione alla proroga del regime detentivo speciale ex art. 41-bis ord. penit., applicato a un detenuto affetto da gravi patologie neurodegenerative. Il ricorrente aveva denunciato l'incompatibilità del regime con il proprio deterioramento cognitivo e stato di salute, sostenendo che tali condizioni avessero reso la misura non solo ingiustificata sotto il profilo della pericolosità sociale, ma altresì pregiudizievole per la propria integrità psico-fisica. Di contro, il Governo italiano aveva giustificato la proroga del 41-bis richiamando vari elementi: la gravità dei reati, il ruolo apicale del detenuto nella consorte mafiosa, il suo comportamento carcerario ritenuto espressivo di mancata revisione critica, l'attualità operativa dell'organizzazione e il contenuto delle conversazioni con i familiari.

La Corte EDU ha preliminarmente ribadito la legittimità del regime ex art. 41-bis quale misura di natura preventiva, volta a interrompere i legami tra detenuti e reti criminali. Tuttavia, ha sottolineato come la sua applicazione prolungata possa, in determinate circostanze, integrare un trattamento contrario all'art. 3 CEDU, specie ove non si tenga conto dell'evoluzione delle condizioni di salute del soggetto interessato.

Nel caso di specie, i giudici hanno rilevato una carente considerazione dell'aggravarsi dello stato clinico del ricorrente nelle decisioni di proroga del 2018, 2020 e 2022. In particolare, non

³ E. Cataldo, *Il regime del 41 bis o.p. e la rieducazione penitenziaria*, Roma, Aracne, 2023.

⁴ Nel contesto penitenziario italiano, il Gruppo di Osservazione e Trattamento (GOT) è l'organo multidisciplinare incaricato dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto e dell'elaborazione del programma trattamentale individualizzato, come previsto dall'art. 13 dell'Ordinamento Penitenziario e dall'art. 29 del D.P.R. 230/2000. Composto dal direttore dell'istituto (che lo presiede), dall'educatore, da operatori sanitari, assistenti sociali, psicologi, dal comandante della polizia penitenziaria e da altri esperti, il GOT svolge una funzione tecnica e consultiva, senza poteri decisionali. Il suo compito è valutare la condotta, la personalità e le condizioni del detenuto, proponendo interventi rieducativi mirati e fornendo relazioni che supportano il magistrato di sorveglianza nelle decisioni su benefici penitenziari o misure alternative e che potrebbero supportare anche il ministro nella decisione di rinnovo o meno di sottoposizione al regime di 41-bis ord. penit.

⁵ La sentenza è consultabile al seguente link: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#/%22itemid%22:\[%22001-242639%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#/%22itemid%22:[%22001-242639%22]})

era stata adeguatamente valorizzata la diagnosi di Alzheimer, il proscioglimento per vizio totale di mente in un altro procedimento penale e l'interruzione di altri processi per incapacità di partecipazione. Tali elementi avrebbero dovuto sollevare dubbi sulla sussistenza della pericolosità attuale del soggetto e sull'idoneità del 41-bis a perseguire ancora scopi legittimi. La Corte ha concluso che non è plausibile ritenere che una persona affetta da una grave patologia degenerativa, incapace di comprendere le proprie azioni o partecipare a un processo, possa comunque conservare la capacità di mantenere contatti operativi con un'organizzazione mafiosa. La mancata valutazione di queste circostanze, nonché dei possibili effetti negativi del regime detentivo sulla salute del ricorrente, ha condotto la Corte a dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU.

Precedentemente, la Corte EDU si era espressa su un caso simile: *Provenzano c. Italia*⁶, con il quale si è stabilito, il 25 ottobre 2018, che l'Italia abbia violato l'articolo 3 CEDU per avere prorogato il regime carcerario speciale 41-bis a Bernardo Provenzano, nonostante le sue gravi condizioni di salute. La Corte ha invece escluso che le condizioni generali della sua detenzione costituissero una violazione della Convenzione. Uno degli aspetti centrali della decisione è il richiamo all'obbligo, da parte dello Stato, di compiere una valutazione individualizzata delle condizioni del detenuto prima di imporre o prorogare misure eccezionali come il regime carcerario speciale previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario. La Corte ha infatti ritenuto illegittimo che l'estensione del 41-bis nei confronti di Provenzano sia avvenuta senza una reale e approfondita considerazione del suo stato di salute, in particolare del grave declino cognitivo che lo aveva colpito negli ultimi anni di vita.

Anche in presenza di motivazioni legate alla sicurezza e alla prevenzione del crimine organizzato, lo Stato non può agire in maniera automatica o generica, ma deve giustificare le sue decisioni con motivazioni concrete e documentate, proporzionate alla situazione specifica del detenuto. La Corte non contesta l'esistenza o la legittimità del regime 41-bis in sé, ma ne limita l'applicabilità a quei casi in cui sia dimostrata, con elementi attuali e individuali, la necessità di un simile trattamento. In assenza di una tale dimostrazione, come è avvenuto nel caso di Provenzano, il prolungamento del regime speciale può costituire un trattamento inumano e degradante, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Questa sentenza si inserisce nel solco di altre pronunce della Corte EDU, come nei casi *Enea*, *Argenti* e *Paolello*, che già avevano posto l'accento sui limiti del regime 41-bis, ma segna un ulteriore passo avanti

⁶ La sentenza è consultabile al seguente link: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-187186%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-187186%22]})

nel controllo sull'operato del Ministro della giustizia nel procedimento di proroga di un regime così fortemente capace di comprimere i diritti umani.

Prima di arrivare agli strumenti di tutela giurisdizionale internazionali, l'ordinamento interno prevede la possibilità di proporre reclamo al Tribunale di Sorveglianza di Roma, organo dotato di competenza esclusiva in materia. Il procedimento ha natura giurisdizionale, ma si svolge in modo scritto e semplificato, escludendo la partecipazione personale del detenuto. Anche questa impostazione ha suscitato rilievi critici, poiché può determinare un indebolimento delle garanzie difensive e una limitazione del contraddittorio.

La persona detenuta in regime di 41-bis ord. penit. vede limitata la sua presenza fisica a tutti i processi che lo riguardano, non solo in quello appena menzionato. Questa scelta nasce da esigenze di sicurezza: evitare spostamenti, fughe, o contatti indesiderati. Tuttavia, ha sollevato forti dubbi dal punto di vista dei diritti dell'imputato. La videoconferenza, infatti, può compromettere la qualità della difesa in diversi modi. In primo luogo, limita la comunicazione diretta e riservata tra imputato e avvocato, rendendo più difficile la preparazione del processo e l'adattamento delle strategie difensive durante l'udienza. Inoltre, la presenza fisica dell'imputato in aula ha un significato ulteriore: consente ai giudici e alle altre parti di valutarne atteggiamenti, reazioni e linguaggio del corpo, tutti elementi che in una videoconferenza rischiano di essere attenuati o distorti.

Tanto la Corte costituzionale italiana quanto la Corte Europea dei Diritti Umani si sono occupate di tale questione. Entrambe le corti hanno riconosciuto che l'utilizzo della videoconferenza non è di per sé contrario al diritto a un processo equo. Tuttavia, hanno anche sottolineato che essa può essere ammessa solo a determinate condizioni, ovvero quando non compromette il pieno esercizio del contraddittorio, della difesa e del diritto dell'imputato di comprendere e partecipare attivamente al procedimento.

Il cuore della questione, dunque, sta nuovamente nel bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali.

3 - La possibilità per l'amministrazione penitenziaria di introdurre restrizioni aggiuntive e le condizioni di vita delle persone sottoposte a regime di 41-bis ord. penit.

In quanto deroga ai principi generali dell'esecuzione penale, il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis dell'Ordinamento Penitenziario è sottoposto a rigorosi limiti di legalità,

necessità e proporzionalità, secondo quanto stabilito anche dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale⁷.

In questo quadro, si pone la questione circa l'eventuale possibilità, per il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), di introdurre unilateralmente restrizioni ulteriori rispetto a quelle previste nel decreto ministeriale che dispone l'applicazione del 41-bis. La risposta della giurisprudenza è costantemente negativa.

Secondo la Corte costituzionale, il contenuto delle limitazioni applicabili nell'ambito del 41-bis deve essere tassativamente indicato nel provvedimento adottato dal Ministro della Giustizia, il quale assume valore vincolante⁸. Ne consegue che all'amministrazione penitenziaria è preclusa ogni possibilità di integrare o aggravare le condizioni detentive attraverso atti di natura meramente amministrativa. In assenza di una previsione formale e motivata nel decreto ministeriale, ogni ulteriore restrizione si configura come illegittima e lesiva dei diritti fondamentali della persona detenuta.

La Corte di cassazione ha ribadito che le misure limitative devono essere "necessariamente motivate" e "collegate a concrete e attuali esigenze di sicurezza", pena la violazione degli artt. 13 e 27 Cost., nonché dell'art. 3 CEDU⁹. In più occasioni, sono state censurate prassi adottate dal DAP che hanno determinato un trattamento ulteriormente afflittivo per le persone sottoposte al regime detentivo differenziato. Anche l'art. 41-bis, comma 2-quater, stabilisce espressamente che le restrizioni ulteriori possono essere disposte "con decreto motivato del Ministro della Giustizia, su proposta del DAP e sentito il parere dell'autorità giudiziaria competente". Tale meccanismo conferma la necessità di un controllo centralizzato e giurisdizionale delle misure limitative, escludendo ogni possibilità di intervento unilaterale da parte dell'amministrazione.

A tal riguardo, la Cassazione ha dichiarato l'illegittimità di numerose prassi operative adottate dal DAP, in quanto prive di base normativa, sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti, o lesive della dignità umana. Si tratta di decisioni che affermano con chiarezza il principio di legalità dell'azione amministrativa anche in ambito penitenziario, riaffermando il ruolo della giurisdizione nella tutela dei diritti del detenuto.

Un primo rilevante filone giurisprudenziale riguarda le modalità delle perquisizioni personali. In più occasioni la Corte ha censurato le perquisizioni effettuate mediante denudamento integrale e imposizione di flessioni fisiche, se disposte in assenza di indizi concreti o di

⁷ Corte EDU, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009.

⁸ Corte Cost., sent. n. 143/2013.

⁹ Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2011, n. 1072; Cass. pen., sez. I, 14 luglio 2016, n. 36826.

esigenze particolarmente stringenti di sicurezza. Tali pratiche, quando automatiche e generalizzate, sono state ritenute lesive della dignità personale e sproporzionate rispetto allo scopo di prevenzione. In tal senso si collocano le sentenze Cass. pen., 22 maggio 2008, n. 24715, Cass. pen., 19 novembre 2008, n. 46263 (Rv. 242066) e Cass. pen., 16 febbraio 2011, n. 23996 (Rv. 249685), nelle quali la Corte ha affermato che simili modalità non possono costituire una prassi routinaria, pena la violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti ex art. 3 CEDU.

Altro ambito oggetto di scrutinio è quello dei contatti familiari. La Corte ha ritenuto illegittimi quei provvedimenti del DAP che vietano, in modo automatico e senza previa verifica del concreto pericolo per la sicurezza, lo svolgimento di colloqui o lo scambio di corrispondenza tra detenuti sottoposti a 41-bis ord. penit. appartenenti alla medesima famiglia. Tali misure, secondo i giudici, devono fondarsi su elementi specifici e attuali, e non su presunzioni astratte o generalizzazioni, altrimenti si configurano come lesive del diritto alla vita familiare tutelato dall'art. 8 CEDU e dall'art. 2 Cost.

Analogo giudizio di illegittimità è stato espresso rispetto al divieto di accesso a determinati canali televisivi, ove non giustificato da motivi di sicurezza. Il diritto all'informazione e all'intrattenimento, pur limitabile, non può essere sacrificato senza motivazione congrua, né tantomeno in via automatica per la sola appartenenza al circuito del 41-bis.

Un *leading case* di particolare rilievo riguarda il divieto di accedere a pratiche di procreazione medicalmente assistita. La sentenza Cass. pen., 30 gennaio 2008, n. 7791 (Rv. 238721) ha ritenuto tale divieto lesivo del diritto alla genitorialità, non potendo il regime di cui all'art. 41-bis tradursi in una negazione di diritti fondamentali non incompatibili con le esigenze di sicurezza. La Corte ha affermato che il DAP non può frapporre ostacoli all'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, se non nei limiti strettamente necessari e proporzionati. Infine, merita menzione la sentenza Cass. pen., 8 marzo 2011, n. 20979 (Rv. 250506) che ha dichiarato l'illegittimità del divieto per un detenuto di incontrare un ministro di culto di religione diversa da quella cattolica. In tale occasione, la Corte ha riaffermato il principio di libertà religiosa, che deve essere garantito anche nei contesti detentivi più restrittivi, salvo che sussistano motivi specifici e documentati di pericolo concreto.

Nel loro insieme, queste pronunce sanciscono un principio di fondo: il potere amministrativo in ambito penitenziario incontra un limite invalicabile nel rispetto della legalità, della dignità della persona e nella necessità di un controllo giurisdizionale effettivo. Ogni prassi che si discosti da tali parametri è suscettibile di essere censurata.

4. Conclusioni. Per una possibile censura del regime di 41-bis ord. penit. sotto il profilo dell'art. 5 CEDU e per un inquadramento secondo la logica delle pene accessorie.

Il regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario rappresenta uno degli strumenti più incisivi per il contrasto alla criminalità organizzata. Tuttavia, proprio in virtù della sua eccezionalità, esso richiede una costante verifica di compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali, in particolare con l'art. 5 CEDU, che tutela la libertà personale sottoponendo ogni restrizione a uno scrutinio di legittimità, idoneità, necessità e proporzionalità.

Il fine dichiarato del 41-bis è quello di impedire i contatti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza. Tale obiettivo, riconducibile alla prevenzione dei reati, è in linea con le finalità legittime previste dalla Convenzione. Tuttavia, la sola legittimità dello scopo non è sufficiente: le misure adottate devono essere anche idonee e necessarie. Alcune restrizioni, come la riduzione dei colloqui o il controllo della corrispondenza, possono dirsi funzionali, ma altre — come la limitazione arbitraria delle ore d'aria o le modalità invasive di perquisizione — risultano difficilmente giustificabili. È in questo contesto che emerge la proposta di Angela Della Bella di qualificare il 41-bis come pena accessoria, ossia come misura sanzionatoria disposta dal giudice e non più affidata alla discrezionalità amministrativa.

Questa riconfigurazione avrebbe implicazioni rilevanti sul piano delle garanzie. Innanzitutto, il 41-bis, in quanto pena accessoria, dovrebbe essere sottoposto al rispetto del principio di legalità: ne andrebbero chiariti presupposti, contenuto e durata, tutti elementi attualmente caratterizzati da ampia indeterminatezza. Inoltre, la misura dovrebbe rispettare il principio di irretroattività e la riserva di giurisdizione, essendo il potere punitivo in capo al giudice, non all'amministrazione. Ne conseguirebbe anche la necessità di determinare la durata del 41-bis in sede giudiziaria, con margini ben più ristretti di revisione e proroga.

Una simile proposta solleva, tuttavia, la questione della compatibilità del 41-bis con la finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, co. 3 Cost. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 313/1990, ha affermato che la rieducazione è una tensione che non può sempre realizzarsi, soprattutto quando il detenuto non mostra alcuna disponibilità a interrompere i legami con l'organizzazione criminale. Tuttavia, ciò non può giustificare l'abbandono dell'offerta trattamentale: essa va invece adattata a tali casi, orientandosi alla rottura del vincolo associativo e al recupero, anche parziale, del condannato.

In definitiva, configurare il 41-bis come pena accessoria significherebbe ricondurre una misura tanto incisiva entro un perimetro di legalità e garanzie, in linea con i principi dello Stato di diritto. Non si tratterebbe di indebolire lo strumento, ma di rafforzarne la legittimità e la

sostenibilità costituzionale, assicurando che anche la neutralizzazione del pericolo sociale avvenga sotto il controllo del giudice e nel rispetto dei diritti fondamentali della persona. Rimangono tuttavia aperte questioni legate alla forma che il garantismo può assumere nel nostro ordinamento: da garantismo inteso in senso radicale come teoria che non ammette la creazione di un doppio binario penale e un garantismo moderato che è disposto a riconoscere, in una certa misura, un doppio binario penale in cui però non sia compreso anche il nocciolo duro dei diritti fondamentali delle persone sottoposte a misure come il regime di cui all'art. 41-bis ord. penit.