



SIMONE VESCIO

RI-APPLICAZIONE DEL 41 BIS A SEGUITO DI REVOCA

Spunti per una "sospensione del regime con messa alla prova"

Il regime di cui all'art. 41 bis O.P. è uno dei protagonisti dell'attuale dibattito giuridico e sociale. L'onore delle cronache è certamente legato alla nota vicenda di Alfredo Cospito, da poco conclusasi con il rigetto del ricorso da parte della Corte di cassazione. Tuttavia, fuori dal caso specifico, è opinione diffusa che si debba tornare a discutere sull'istituto in parola e, qui nello specifico, sui profili delle motivazioni e delle fonti che reggono i provvedimenti amministrativi e giudiziari sul tema.

In effetti, per il dibattito giuridico – che deve distinguersi da quello sociale – è sempre il tempo di tornare ad interrogarsi su istituti come il "41 bis", che sono il prodotto della c.d. "decretazione d'urgenza". Essa, quale situazione ontologicamente straordinaria rispetto al corso normale delle cose, impone di essere periodicamente attenzionata, così come le sue conseguenze meritano eventualmente di essere aggiornate e riadattate al mutato contesto post-emergenziale.

L'urgenza ha una doppia anima e per essere colta più da vicino basti guardare alle conseguenze della pandemia appena trascorsa. L'emergenza sanitaria, da un lato, ha illuminato di nuova luce l'importanza di alcuni valori che riteniamo ancora fondamentali ed ha consentito di riscoprirne altri che carat-

terizzavano la nostra vita quasi senza saperlo (l'oralità, l'immediatezza, la libertà personale, che non sono solo principi penalistici); dall'altro, ha prodotto innovazioni e suggerito soluzioni che in situazioni normali non venivano da pensare o da realizzare (banalmente e su tutte, il deposito della lista testi via p.e.c.) e che hanno meritato di essere mantenute anche quando l'urgenza che le aveva imposte è finita.

Come spesso accade, c'è poi una terza categoria in cui sono ricomprese le cose che si sospendono o si creano per via dell'urgenza e che poi devono essere riattivate, eventualmente riadattate o radicalmente abbandonate. C'è però una differenza importante tra la fase emergenziale e quella successiva: se nell'urgenza il tempo della riflessione è per forza di cose fugace e deve raggiungere una soluzione utile, nel post-emergenza la riflessione dev'essere meditata e raggiungere una soluzione tendenzialmente migliore e stabile. In questa fase, per dirla con Camilleri – citando Sciascia che rispondeva ad un suo amico aduso ad iniziare ogni frase dicendo "io penso che..." – bisognerebbe quindi "*riflettere molto prima di pensare*".

Anche per questo, è indispensabile che siano tenuti distinti il dibattito giuridico e quello sociale, poiché essi, per quanto entrambi necessari, corrono a velocità di pen-

siero sideralmente diverse e nel dibattito giuridico è indispensabile una velocità che consenta di "riflettere anche prima di pensare".

È con questa consapevolezza, sommessamente, che l'istituto del 41 bis O.P. merita di essere discusso, tenendo conto che tra il mantenimento del regime e la sua radicale abolizione, vi sono nel mezzo un buon numero di soluzioni intermedie. È nel "mezzo" che, secondo Aristotele (Etica Nicomachea), riposerebbe la virtù.

Poste queste brevi riflessioni e andando alla Legge, è noto che non mutano solamente i tempi, i contesti e le regole, ma cambiano anche le persone. Di questo, pare esserne espressione anche l'art. 41 bis, co. 2 bis, laddove detta i tempi di durata del provvedimento che applica il regime restrittivo e di quello che ne dispone la proroga, aprendo costantemente spazi di rivaluta-

zione che impongono di aggiornare e di rivedere le decisioni assunte. Alle rivalutazioni dell'organo amministrativo, si unisce poi la possibilità per il detenuto o il suo difensore di instaurare un successivo momento di controllo giudiziale, necessario ad innescare il contraddittorio sulla validità della *ratione decidendi* e su eventuali mutamenti intervenuti *medio tempore*. D'altro canto, la norma prevede "sospensioni" delle regole di trattamento e non "revocche": tutto è legato a contingenze ed emergenze, carcerarie e normative, con effetti ontologicamente temporanei e contenuti nei limiti del necessario.

Nel mezzo di questa concatenazione di provvedimenti, v'è una disposizione "di collegamento" che offre spunti interessanti e che si applica quando l'ultimo provvedimento emesso dal Tribunale di Sorveglianza è di accoglimento del reclamo e, quindi, di revoca del regime restrittivo: in questo



caso, «il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo» (art. 41 bis, co. 2 sexies). A ben vedere, nell'articolo in esame si possono quindi individuare tre generi di provvedimenti con caratteristiche diverse: quello applicativo, quello di proroga e quello di applicazione a seguito di precedente revoca.

Se nei primi due la valutazione concerne direttamente la sussistenza o la permanenza dei presupposti per applicare il regime restrittivo, nel terzo caso, tra la decisione di revoca e quella di ri-applicazione deve intervenire un elemento di novità. A ben vedere, però, a seguito di revoca c'è sempre un elemento di novità implicito, che è il tempo trascorso dal detenuto fuori dal regime restrittivo nel periodo che intercorre

tra la decisione di revoca e quella di riapplicazione, ossia, la detenzione in regime ordinario, di cui la motivazione non può non tenere conto. Da questo angolo di visuale, il ragionamento può essere esteso non solo ai casi di ri-applicazione dopo intervenuta revoca, ma anche a quei casi in cui il detenuto, che fin dall'ingresso in detenzione si trovava in regime ordinario, subisce dopo tempo l'applicazione del regime restrittivo. Ri-applicare il regime in parola ad un soggetto che, in virtù della revoca, trascorrevva la detenzione in regime ordinario, implica superare, di fatto, una presunzione di favore in capo al detenuto, ossia la sua comprovata capacità di trascorrere la detenzione, ad esempio, in alta sicurezza, senza porre alcun pericolo di collegamento con l'esterno.

Se ne deducono due dati fondamentali allorché si discuta della ri-applicazione del "41 bis" ad un soggetto rispetto al quale è



decisa la revoca: non solo deve sussistere un elemento nuovo o non valutato che imponga nuovamente il "carcere duro", ma ben più importante è che detto elemento non può che essere *individualizzante*, ossia, provenire direttamente dal soggetto che subirebbe nuovamente il regime.

Il ragionamento motivazionale deve quindi muovere dal fatto che il detenuto "revocato" proviene da una prova in regime ordinario, che può essere smentita solo ed esclusivamente da un *comportamento suo proprio* che faccia venir meno le rassicurazioni provenienti dal giudizio di revoca. Se così è, convince poco la rilevanza delle operazioni giudiziarie compiute all'esterno o i sussulti interni alle vecchie compagini d'appartenenza al fine di giustificare le restrizioni vitali della persona che normalmente è detenuta da molti anni e, spesso, per tutta la vita.

A questo, si aggiunge che non cambiano solo i contesti esterni ed interni, ma cambiano anche le persone. È innegabile che i fenomeni umani – e quelli associativi in particolare, anche terroristici o mafiosi – si determinano mediante un'interazione tra il singolo ed il contesto che lo circonda ed entrambe queste componenti non rappresentano i numeri, ma due incognite dell'equazione sottesa alla decisione giuridica. In questo rapporto, l'attualizzazione della "variabile soggettiva", il detenuto, la sua storia e la sua personalità, costituiscono l'incognita più complessa e più difficile da decifrare, ma al contempo anche la più importante al fine di formulare il giudizio prognostico sotteso all'applicazione del regime, ove non è oggetto di valutazione ciò che è, bensì ciò che potrebbe essere in assenza della sospensione dei diritti contemplati dall'art. 41 bis O.P.

Se la pena si applica per un fatto che non lascia spazio a dubbi ragionevoli, la sospensione dei "diritti penitenziari" si applica per un fatto ragionevolmente dubbio. Inoltre, se nel primo caso, è il fatto commesso nella sua staticità storica a definire l'uomo, nel

secondo caso è la proiezione di quell'uomo, che ha commesso un certo fatto, a dire chi egli è o sarà e quali intenzioni esprime per il futuro. Dunque, davanti ad un fatto solo futuribile, in assenza di un fatto storico da giudicare, di una testimonianza o prova concreta della prognosi inizialmente formulata, in che modo rintracciare un fatto nuovo per attualizzare soggettivamente il pericolo che la norma vorrebbe evitare e "rimeditare" in concreto le precedenti decisioni applicative? Si apre, dunque, un problema di fonti della decisione.

Si potrebbe ragionare su una "sospensione del 41 bis con messa alla prova"?

Come detto, a seguito di revoca, la motivazione sulla ri-applicazione del regime deve necessariamente confrontarsi con il tempo trascorso in regime ordinario, che costituisce una prova da superare necessariamente con un elemento individualizzante, ossia, è necessario cercare nel detenuto stesso la prova contraria (es. il tentativo di comunicare con l'esterno): se tale elemento manca, non potrebbe esservi ri-applicazione, mentre, se è il detenuto ad innescare il pericolo, quella presunzione positiva è da lui stesso superata, con possibilità di riapplicare il regime restrittivo.

La medesima situazione si potrebbe ricreare fuori dai casi di revoca, su istanza motivata del detenuto che chiede di essere "messo alla prova" in regime ordinario, prova a cui è implicitamente sottoposto chi ha già ottenuto una volta la revoca. In questo caso, molto dipenderebbe davvero dal detenuto e, segnatamente, da quello che è all'oggi. Un'istanza motivata ed "allegata" sulla scorta di elementi che non attengono solo al passato (il pentimento, la collaborazione con l'autorità giudiziaria, la giustizia riparativa), ma che, pur senza prescindere totalmente, riguardano il futuro, sintomatici, cioè, di quello che potrebbe essere, non di quello che è stato (di cui già si occupa la pena). In tal modo si aggiungerebbe una nuova fonte per le decisioni

amministrative e giudiziali, ossia l'esito della messa alla prova, in grado di riempire quell'attuale vuoto valutativo sulla variabile soggettiva, che comprende anche le "intenzioni del detenuto", rispetto alla quale la motivazione non può ovviamente sfuggire.

In conclusione, quella di chi scrive è una futuristica sollecitazione che prende suggestivamente il nome di "sospensione del 41 bis con messa alla prova", che concerne i presupposti applicativi e prescinde dal tema di

plicazione del regime in parola, dunque, tra pericolo per la sicurezza pubblica da un lato e rischio di una restrizione ingiustificata dall'altro. Trattandosi di giudizio prognostico, infatti, necessariamente c'è il rischio che le cose non vadano come pronosticate, ossia, che una restrizione possa essere anche inutile perché un pericolo di collegamento non ci sarebbe mai stato. Ecco, questo è il rischio che va redistribuito, su base individuale e alla luce di valutazioni socio-criminologiche aggiornate all'oggi.



come il regime si svolga in concreto. Gli obiettivi sono essenzialmente due: da un lato, ricercare *aliunde* una nuova e diversa legittimazione dell'istituto che resti ancorata al principio di personalità, che non può non uniformare la pena anche nella sua dimensione carceraria e concreta; dall'altro lato – ed è questo un tema presupposto che bisognerebbe approfondire – rimeditare una nuova *redistribuzione del rischio, tra lo Stato e il cittadino*, derivante dalla non ap-

Tuttavia, ciò che più preme evidenziare è che, allorquando si discute di rinnovare o riapplicare il regime in parola, non si può prescindere da una partecipazione attiva del detenuto, a cui potrebbe darsi la possibilità di mettersi alla prova aggiungendo dati conoscitivi soggettivi indispensabili, sulla scorta dei quali si possa fondatamente ritenere che il rischio posto dall'assenza di restrizioni possa essere ragionevolmente redistribuito tra detenuto e interesse pubblico.