

CONVEGNI

CARLO FIORIO

Il “doppio binario” penitenziario*

SOMMARIO: 1. L’(in)sicurezza penitenziaria. - 2. L’evoluzione dell’art. 4-*bis* ord. penit. - 3. La collaborazione quale succedaneo della rieducazione. - 4. L’attuale fisionomia normativa. - 5. I destinatari della normativa restrittiva. - 6. L’ambito oggettivo di operatività della norma. - 7. Le ricadute sul quotidiano carcerario: le limitazioni poste dalle altre fonti normative. - 8. Le cadenze procedimentali: la collaborazione. - 9. Gli organi del procedimento: i comitati provinciali per l’ordine e la sicurezza pubblica ed il questore. - 10. Il veto del magistrato antimafia. - 11. La procedura prevista per gli autori di reati a sfondo sessuale. - 12. Lo “scioglimento” del cumulo. - 13. L’art. 41-*bis* ord. penit.: generalità. - 14. Contenuti e destinatari del regime carcerario differenziato. - 15. I “danni collaterali” da delegificazione. - 16. Il procedimento applicativo ed il regime delle proroghe. - 17. Il sistema dei controlli. - 18. Prospettive *de iure condendo*.

1. L’(in)sicurezza penitenziaria

Sin dall’entrata in vigore della l. 26 luglio 1975, n. 354 (d’ora in avanti: ord. penit.), il diritto penitenziario ha convissuto con le emergenze criminali: terroristica, prima, camorristica e mafiosa in un secondo momento.

La gestione di tali fenomeni è attualmente assicurata, sul versante della giurisdizione, attraverso le preclusioni di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit., le quali inibiscono ovvero ritardano l’accesso alle misure alternative alla detenzione. Sul versante amministrativo, invece, si è provveduto a garantire l’ordine e la sicurezza, dapprima attraverso le carceri di massima sicurezza, poi attraverso una serie composita di circuiti differenziati. Sempre sul piano amministrativo, rappresentano strumenti “contenitivi” sia il regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* ord. penit.), sia quello di sospensione delle regole di trattamento, dapprima disciplinato dall’art. 90 ord. penit., oggi sostanzialmente riproposto dall’art. 41-*bis* ord. penit.

Ne deriva un assetto in cui la natura amministrativa dell’interlocutore (direzione, PRAP, DAP, ministro) rende spesso arduo l’accesso al giudice: circostanza, questa, più volte stigmatizzata dai massimi consessi europei. Per altro verso, anche le condizioni declinate dall’art. 4-*bis* ord. penit. (così come l’automatismo dei divieti caratterizzante l’art. 58-*quater* ord. penit.) tendono spesso ad introdurre presunzioni di pericolosità sociale a carico di taluni detenuti, difficili da superare con il normale strumentario processuale e non sempre giustificate da effettive esigenze securitarie.

A venticinque anni dalla loro introduzione nella legge penitenziaria, gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. sono stati oggetto di reiterati interventi normativi e colpiti da numerose sentenze di legittimità costituzionale che ne hanno drasticamente eroso la portata applicativa.

Nonostante ciò, e a dispetto del fatto che dal 1992 ad oggi si siano registrati cambiamenti epocali, le due norme continuano a porsi quali icone incontrastate del «doppio regime penitenziario»¹, da intendersi quale stabilizzazione dell'alternativa penitenziaria fondata sulla differenziazione esecutiva riconducibile alla natura del reato commesso.

Infatti, a dispetto delle sollecitazioni emerse anche negli ambienti istituzionali, gli interventi legislativi del 2013-2014, dichiaratamente volti ad uniformare il sistema penitenziario italiano alle autorevoli determinazioni della Corte di Strasburgo², non hanno inciso sugli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit.

Se le sorti della prima norma sono, però, lambite da un recentissimo criterio di delega legislativa, sulla seconda pesa un imbarazzante silenzio, nonostante essa sia una «vecchia conoscenza» della Corte europea dei diritti dell'uomo e, ancora di recente, sia stata interessata da plurimi scrutini di costituzionalità.

2. L'evoluzione dell'art. 4-*bis* ord. penit.

Icona dell'emergenza penitenziaria degli anni Novanta del secolo passato, l'art. 4-*bis* ord. penit. continua a rappresentare lo strumento privilegiato per una differenziazione esecutiva fondata sul titolo di reato³, riproponendo risalenti e discutibili concezioni soggettivistiche del diritto penale, esasperate, in modo particolare, dalla reintroduzione di arcaici automatismi sanzionatori, che privano il giudice della discrezionalità necessaria a graduare individualmente la pena. In prospettiva correlata, la disposizione penitenziaria continua a rappresentare «il testo di riferimento per una serie di altre disposizioni [...] dichiaratamente funzionali alla costruzione di un regime penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato»⁴.

Le ataviche difficoltà nella gestione della criminalità organizzata, non disgiunte dall'allarme suscitato da alcuni falliti episodi di applicazione di misure premiali nei confronti di alcuni condannati ritenuti di elevata pericolosità sociale, legittimarono, agli inizi degli anni Novanta del passato secolo, un'azione

* Testo con l'aggiunta delle note della Relazione tenuta al Convegno dell'Ucpi a Treviso il 24 marzo 2017 dal titolo «*Il lavoro sporco del diritto penale*» (atti in corso di pubbl.).

¹ V. per tutti GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 7.

² Cfr., specialmente, Corte e.d.u., Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia; nonché già, Id., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

³ Così GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e Pene*, 1992, n. 3, 123.

⁴ Ancora GREVI, *loc. cit.* V., a tal proposito, le necessarie operazioni di «raccordo», operate dall'art. 2 comma 27 lett. b) della legge n. 94 del 2009, sul testo degli artt. 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 lett. c), 50 comma 2, 50-*bis* comma 1, 58-*ter* comma 1 e 58-*quater* comma 5 ord. penit.

legislativa volta a ridefinire e delimitare i presupposti per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione⁵. Il risultato si è concretizzato in una decisa inversione di tendenza, rispetto alle motivazioni che avevano generato la legge Gozzini del 1986, inversione non disgiunta da un atteggiamento di diffusa condanna circa l'eccessivo permissivismo che avrebbe favorito gli sporadici, ma eclatanti episodi di insuccesso applicativo della normativa. Da qui, le istanze sociali che, a vario titolo, reclamavano al momento esecutivo del processo penale un maggior carico di afflittività, si tradussero ben presto in precise cordate politico-parlamentari per assurgere a fonte di produzione di interventi legislativi recanti un deciso irrigidimento delle norme in vigore⁶.

La tecnica legislativa attraverso cui si è concretizzata l'opera di ridimensionamento delle possibilità di utilizzazione di tutte le misure premiali extramurarie nei confronti dei condannati per i gravi delitti commessi nell'area della criminalità organizzata si è tradotta, almeno inizialmente, in forme di inversione dell'onere probatorio, rappresentando, pertanto, non solamente una sorta di controriforma rispetto alle linee del trattamento risocializzativo individuato, bensì una completa sconfessione del principio che vuole espunte dal sistema tutte le forme presuntive di accertamento della pericolosità sociale. In questo diffuso senso di emergenza è stato pienamente raggiunto l'obiettivo volto a differenziare l'operatività del momento esecutivo del processo penale nei confronti degli autori di delitti rivelanti una particolare propensione al crimine organizzato. Il risultato complessivo individua un vero e proprio «doppio regime» penitenziario, strutturato su di un criterio distintivo «sempre riconducibile alla natura del reato commesso, ma prevalentemente diretto a diversificare le regole probatorie dettate per l'ammissione alle varie misure»⁷. La disposizione chiave per la lettura del novellato *corpus* normativo è proprio l'art. 4-*bis* ord. penit., il quale, oltre ai contenuti di cui è autonomo portatore, costituisce altresì «testo di riferimento per una serie di altre disposizioni (cfr. gli artt. 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 lett. c), [30-*quater*,] 41-*bis* comma 2, [47-*ter* comma 1, 47-*quater* comma 9], 50 comma 2, [50-*bis*], 58-*ter*, 58-*quater* ord. penit.) dichiaratamente funzionali alla costruzione di un regime

⁵ V. GUAZZALOCA, *loc. ult. cit.*; MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Delitti e Pene*, 1991, n. 2, 143.

⁶ Cfr. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, 33.

⁷ Testualmente GREVI, *op. cit.*, 4.

penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato»⁸.

Norma di non agevole lettura, a causa della pluralità dei contenuti risultanti dalle numerose interpolazioni legislative⁹ e delle “limature” operate nel tempo da parte della Corte costituzionale¹⁰, l’art. 4 *bis*, ord. penit. introduceva, nella

⁸ Ancora GREVI, *op. cit.*, 7.

⁹ Oggetto di plurimi e ripetuti interventi normativi, l’art. 4-*bis* ord. penit. è stato inserito, nella legge fondamentale di ordinamento penitenziario, dall’art. 1 comma 1 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 e, poi, successivamente, modificato dall’art. 15 comma 1 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356; dall’art. 1 d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. dalla l. 12 agosto 1993, n. 296; dall’art. 11 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4; dall’art. 6 l. 19 marzo 2001, n. 92; dall’art. 11 l. 30 luglio 2002, n. 189; dall’art. 1 l. 23 dicembre 2002, n. 279; dall’art. 15 l. 6 febbraio 2006, n. 38; dall’art. 3 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38; dall’art. 2 comma 27 l. 15.7.2009, n. 94; dall’art. 15 comma 6 l. 23.7.2009, n. 99; dall’art. 7 l. 1° ottobre 2012, n. 172; dagli artt. 3-bis comma 1 e 20 comma 4 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43; dall’art. 1 comma 1 l. 23 febbraio 2015, n. 19.

¹⁰ Limitandoci, in questa sede, alle sole decisioni di illegittimità costituzionale, il giudice delle leggi ha, in un primo momento, dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 15 comma 2 del d.l. n. 306 del 1992, conv. dalla l. 356 del 1992, nella parte in cui stabiliva che le misure alternative alla detenzione fossero revocate, per i condannati per i delitti indicati nell’art. 4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit. non collaboranti con la giustizia a norma dell’art. 58-*ter* ord. penit., anche quando non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata (Corte cost., sent. n. 306 del 1993). Sviluppando, successivamente, le proprie precedenti considerazioni sull’opportunità di assimilare, per identità di *ratio*, «all’ipotesi in cui vi sia offerta di collaborazione oggettivamente irrillevante nei risultati» «quella in cui un’utile collaborazione non sia possibile perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell’organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipanti pertinenti al livello superiore» (*ibidem*), la Corte costituzionale ha, successivamente, sancito l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* comma 1 secondo periodo ord. penit., per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui escludeva l’accesso ai benefici di cui al primo periodo nelle ipotesi di collaborazione inesigibile stante la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso, accertata in sentenza, anche al di là dei casi di applicazione degli artt. 62 n. 6, 114 e 116 comma 2 c.p., a patto che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (Corte cost., sent. n. 357 del 1994) e di collaborazione impossibile per l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato nella sentenza irrevocabile di condanna, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (Corte cost., sent. n. 68 del 1995). Il Giudice delle leggi ha, successivamente, dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., nella parte in cui ostava alla concessione di ulteriori permessi premio nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 della medesima norma che non si trovassero nelle condizioni per l’applicazione dell’art. 58-*ter* ord. penit., anche quando questi ne avessero già fruito in precedenza e senza che fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (Corte cost., sent. n. 504 del 1995). L’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. è stato, inoltre, dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui precludeva la concessione dei benefici della semilibertà (Corte cost., sent. n. 445 del 1997) e del permesso premio (Corte cost., sent. n. 137 del 1999) ai condannati che, quantunque prima dell’entrata in vigore dell’art. 15 comma 1 del d.l. n. 306 del 1992, conv. dalla l. n. 356 del 1992 non ne avessero già fruito, avessero comunque raggiunto, prima di quella data, un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Nel sottolineare l’irragionevole «omologazione di trattamento» - stanti le profonde differenze, per *ratio* e contenuti normativi - tra il regime di

sua originaria formulazione, un concetto di pericolosità sociale ed un metodo di accertamento della medesima del tutto in contrasto con i principi posti alla base del sistema costituzionale e processuale penale. La “particolare” pericolosità degli individui condannati veniva desunta dal settore, legislativamente predeterminato, all’interno del quale era inserito il “tipo” di delitto commesso. Le fattispecie indicative della maggiore pericolosità del soggetto venivano divise in due fasce e l’inclusione nell’una o nell’altra comportava rilevanti differenze in ordine al profilo probatorio. Il primo gruppo comprendeva i condannati per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale (art. 270-*bis* c.p. e art. 11 l. 29 maggio 1982 n. 304), per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* c.p. (associazione di tipo mafioso) ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione) e all’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope). Per questi soggetti l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione veniva subordinata alla prova negativa avente ad oggetto l’acquisizione di «elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Tale perifrasi, espressione di un mai celato tentativo di reintrodurre categorie di reati ostativi, ripeteva in maniera testuale quella già adottata dal d.l. 12 gennaio 1991, n. 5, in relazione ad un unico gruppo di fattispecie delittuose connotate da matrici mafiose ovvero eversive.

Abbandonata dal successivo d.l. 13 marzo 1991, n. 76 a favore di una prova positiva, diretta alla dimostrazione dell’attualità di detti collegamenti, la prova negativa è stata reintrodotta dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 per i delitti della prima fascia, mentre per quelli della seconda (omicidio, rapina aggravata,

rigore sancito dall’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. e la peculiare misura alternativa della detenzione domiciliare speciale prevista dall’art. 47-*quinqües* ord. penit. a favore delle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni - volta essenzialmente a tutelare l’interesse del minore in tenera età - la Consulta ha dichiarato, di recente, l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., per contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui non esclude, in difetto di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata, dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall’art. 47-*quinqües* ord. penit. (Corte cost., sent. n. 239 del 2014). Con la medesima pronuncia, la Corte ha, altresì, dichiarato, in via consequenziale, l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall’art. 47-*ter* comma 1 lett. a) e b) ord. penit. - ferma restando la condizione dell’insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti - trattandosi di misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espriamere pene meno elevate.

estorsione aggravata, produzione e traffico illecito, in quantità ingente, di sostanze stupefacenti o psicotrope) venivano richiesti «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva».

3. La collaborazione quale sucedaneo della rieducazione

Se la politica penitenziaria espressa dai provvedimenti del biennio 1990-1991 evidenziava l'intento di utilizzare *anche* la fase dell'esecuzione penale a fini di deterrenza, nell'anno successivo, le strategie di politica criminale si concretizzarono nella strumentalizzazione del momento esecutivo a fini di prevenzione e di accertamento dei reati¹¹. Attraverso le disposizioni contenute nel d.l. 8 giugno 1992, n. 306 l'art. 4 *bis* ord. penit. ha infatti subito ulteriori modificazioni sia di carattere formale che sostanziale. Caratteristica peculiare della novella antimafia sta nell'essere tutta articolata intorno al concetto di collaborazione e, proprio nell'intento non celato di incentivare le opzioni rivolte in tale senso, le categorie previste dall'art. 4 *bis* ord. penit. sono state ulteriormente ridefinite. La prima fascia (comma 1 prima parte) riguarda i detenuti e gli internati per delitti di criminalità organizzata, soggetti questi, per i quali è negata presuntivamente l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (finanche la detenzione domiciliare, come espressamente disposto dall'art. 47 *ter* comma 1-*bis* ord. penit., così come novellato dall'art. 7 l. 5 dicembre 2005, n. 251), eccezion fatta per la liberazione anticipata, a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. (discorso, quello della collaborazione, non estensibile ai condannati per delitti associativi che delinquono per più di una volta: così come dispone l'art. 58 *quater* ord. penit., come modificato dall'art. 7 l. 5 dicembre 2005, n. 251). La seconda categoria contemplata dalla novellata formulazione dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., pur riferendosi ai medesimi *nomina delicti*, inaugura un regime differenziato per i soggetti cui sia stata riconosciuta almeno un'attenuante tra quelle previste dagli artt. 62, n. 6 (risarcimento del danno anche successivamente alla condanna), 114 (partecipazione criminosa di minima rilevanza) e 116 comma 2 c.p. (evento più grave di quello voluto). In simili ipotesi, i detenuti e gli internati potranno essere ammessi a godere dei benefici anche qualora il loro apporto collaborativo risulti oggettivamente irrilevante, sempre che venga acquisita, attraverso l'informativa del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, la prova di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. In ordine alla terza, ed ultima, categoria di fatti-

¹¹ In questo senso COMUCCI, *op. cit.*, p. 55.

specie delittuose la disposizione in discorso consente l'accesso alle misure premiali, a condizione che venga acquisita la prova positiva, da parte del questore, di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata od eversiva.

A seguito delle successive modificazioni normative¹² il legislatore ha implementato il novero dei reati-presupposto attraverso l'inserimento dei reati di terrorismo o di eversione realizzati mediante atti di violenza, riduzione in schiavitù, tratta di persone, del delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri e dei reati previsti dagli artt. 600-*bis* comma 1, 600-*ter* commi 1 e 2, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p.

Successivamente, attraverso l'art. 3 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, il Governo è ulteriormente intervenuto, sull'onda emotiva delle più recenti emergenze, collocando in "prima fascia" (art. 4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit.) talune *figurae criminis* in precedenza situate nella seconda. Ci si riferisce ai delitti di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis* comma 1 c.p.); pornografia minorile, limitatamente alle ipotesi di realizzazione di esibizioni pornografiche, di induzione a partecipare a esibizioni pornografiche, di produzione e commercio di materiale pornografico (art. 600-*ter* commi 1 e 2 c.p.); violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), eccezion fatta per il caso "di minore gravità" di cui al comma 3; violenza sessuale aggravata (art. 609-*ter* c.p.); compimento di atti sessuali con minore infraquattordicenne oppure infrasedicenne, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore sia affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza (art. 609-*quater* comma 1 c.p.); violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.). Per tali ipotesi, il mutamento di *sedes materiae* comportava il transito da un assetto che condiziona la concessione dei benefici penitenziari alla mancanza di "elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva", ad un regime che, com'è noto, subordina la concessione dei benefici alla collaborazione con la giustizia ex art. 58-*ter* ord. penit. Tale spazio vuoto veniva colmato da nuove ipotesi delittuose in precedenza estranee al sistema delle restrizioni penitenziarie. Trattasi dei delitti di prostituzione minorile di cui all'art. 600-*bis* commi 2 e 3 c.p.; di pornografia minorile (art. 600-*ter* comma 3 c.p.); di iniziative

¹² L. 23 dicembre 2002, n. 279; l. 6 febbraio 2006, n. 38; d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38; l. 15 luglio 2009, n. 94; l. 23 luglio 2009, n. 99.

turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.); del compimento di atti sessuali con minore che abbia compiuto i sedici anni da parte dell'ascendente, del genitore, anche adottivo, o del di lui convivente, o del tutore con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione (art. 609-*quater* comma 2 c.p.).

La legge di conversione (l. 23 aprile 2009, n. 38) ha apportato notevoli modificazioni alla struttura della disposizione e, anche al fine di agevolarne la lettura, il previgente comma 1 è stato suddiviso in quattro diversi commi. Dal comma 1, relativo ai delitti di "prima fascia", sono scomparsi i delitti di violenza sessuale (artt. 609 *bis* e 609 *ter* c.p.) e di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* comma 1 c.p.). Rimangono, invece, accanto alle ipotesi tradizionali, i delitti previsti dagli artt. 600-*bis* comma 1, 600-*ter* commi 1 e 2 e 609-*octies* c.p. Proprio con riferimento alla violenza sessuale di gruppo, il legislatore ha previsto un regime "rinforzato", contemplando, accanto alla tradizionale collaborazione con la giustizia, l'inedita condizione introdotta dal comma 1-*quater*, di cui si tratterà a breve. Resta invariata (comma 1-*bis*) l'operatività dell'"ammortizzatore" penitenziario rappresentato dai casi di collaborazione impossibile ovvero inutile, ma anche di quella "oggettivamente irrilevante", a condizione che, nei confronti del detenuto, siano state applicate talune, indicative, circostanze attenuanti (artt. 62 n. 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna; 114 e 116 comma 2 c.p.). Tale "cuscinetto", individuato dal legislatore del 2002 attraverso la metabolizzazione degli insegnamenti della Corte costituzionale¹³, consente agli autori dei gravi delitti di cui al comma 1 di accedere ai benefici purché «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

Nella "seconda fascia" (comma 1-*ter*), accanto alle primitive ipotesi, rientrano i delitti di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p.), e suscita qualche interrogativo la riproposizione del delitto di cui all'art. 609 *octies* c.p., già contemplata dal comma 1. In altri termini, se per tale fattispecie criminosa è già richiesta la collaborazione con la giustizia, quale senso può avere l'esazione di un ulteriore requisito nella stessa compreso?

Discorso diverso è da farsi in riferimento all'inedito comma 1-*quater*, il quale prevede che i detenuti e gli internati per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater* e 609-*octies* c.p. possano essere ammessi a fruire dei benefici

¹³ BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis c. 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 289.

penitenziari “solo sulla base dei risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti” di cui all’art. 80 comma 4 ord. penit. In questa ipotesi, l’esito positivo dell’osservazione scientifica costituisce un *quid pluris* rispetto all’attività collaborativa, condizionando autonomamente l’*iter* di concessione del beneficio. La prescrizione è fortemente innovativa, in quanto contempla un periodo di osservazione scientifica della personalità di gran lunga maggiore rispetto a quello previsto per gli altri condannati. Del pari, essa impone una particolare proceduralizzazione dell’attività, che si inserisce nel panorama probatorio del procedimento di sorveglianza, ai sensi dell’art. 678 comma 2 c.p.p.

4. L’attuale fisionomia normativa

Collocato tra i principi direttivi del trattamento penitenziario, nella sua formulazione attuale il “sistema multilivello”¹⁴ delineato dall’art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. annovera, in prima fascia, tra le fattispecie criminose, per le quali l’accesso ai benefici penitenziari è subordinato alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell’art. 58-*ter* ord. penit., i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; i delitti di associazione di tipo mafioso e di scambio elettorale politico-mafioso di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p.; i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolarne l’attività; i delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600, 600-*bis* comma 1, 600-*ter* commi 1 e 2, 601, 602; il delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all’art. 609-*octies*; il delitto di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione di cui all’art. 630 c.p.; il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di cui all’art. 12 commi 1 e 3 del d.lgs. 25.7.1998, n. 286; il delitto di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui all’art. 291-*quater* del d.P.R. 23.1.1973, n. 43 ed il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all’art. 74 d.P.R. 9.10.1990, n. 309. Metabolizzazione dei *dicta* della Corte costituzionale tradotte, legislativamente, dall’art. 1 comma 1 lett. a) della legge n. 279 del 2009, n. 279 e collocate nella cornice attuale dal *restyling* operato nel 2009, il comma 1-*bis* della disposizione in commento, a guisa di “ammortizzatore penitenziario”, estende la concedibilità dei benefici ai casi in cui in cui un’utile collaborazione con la

¹⁴ FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell’art. 4bis L. n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2012, 504.

giustizia risulti inesigibile, per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero impossibile, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile, nonché ai casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli «oggettivamente irrilevante», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6 (anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna), 114 o 116 comma 2 c.p.¹⁵. In tutte tali ipotesi, occorre, peraltro, che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

Sono collocate dall'art. 4-*bis* comma 1-*ter* ord. penit. tra i delitti di seconda fascia - per i quali la concedibilità dei benefici è subordinata all'accertamento dell'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva - oltre alle fattispecie già originariamente previste (quelle di cui agli artt. 575, 628 comma 3, 629 comma 2 c.p. e di cui all'art. 73 d.P.R. 9.10.1990, n. 309, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80 comma 2 del medesimo testo unico), anche quelle successivamente aggiunte, sino all'attuale sistematizzazione normativa. Trattasi, in dettaglio, di talune ipotesi criminose a sfondo sessuale commesse in danno di minorenni di cui agli artt. 600-*bis* comma 2 e 3, 600-*ter* comma 3 e 600-*quinqüies* c.p., dell'associazione a delinquere finalizzata allo scopo di commettere delitti di contraffazione di marchi o segni distintivi di cui agli artt. 473 e 474 c.p. o delitti contro la personalità individuale previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p. o delitti di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, violenza sessuale di gruppo di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p. o delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina anche nelle forme aggravate di cui all'art. 12 commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 ed, infine, delle fattispecie aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui all'art. 291-*ter* del d.P.R. 23.1.1973, n. 43.

5. I destinatari della normativa restrittiva

Nonostante il testo normativo appaia inequivocabilmente diretto a disciplinare l'accesso ai benefici penitenziari, la giurisprudenza, facendo leva su di un discutibile richiamo alla rubrica dell'art. 4-*bis*, ord. penit. ha talora affermato che le restrizioni ivi contemplate siano applicabili anche ai soggetti in custodia

¹⁵ BERNASCONI, *loc. ult. cit.*

cautelare¹⁶. Tale orientamento ha ricevuto conferma anche da parte della Corte costituzionale¹⁷, ove è stato discutibilmente¹⁸ precisato che «non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l'applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata».

6. L'ambito oggettivo di operatività della norma

Nel delimitare l'area dei benefici penitenziari oggetto della normativa restrittiva in commento, l'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. menziona espressamente l'assegnazione al lavoro all'esterno *ex art.* 21 ord. penit., i permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, ovverosia l'affidamento in prova al servizio sociale *ex art.* 47 ord. penit., le molteplici forme di detenzione domiciliare previste dall'art. 47-*ter* ord. penit.¹⁹ e la semilibertà di cui all'art. 50 ord. penit.

Per quanto concerne, in particolare, la preclusione alla concessione di permessi premio, occorre nuovamente rammentare la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 30-*ter* comma 4 lett. c) ord. penit., nella parte in cui non prevede una differenza di trattamento per la concessione dei permessi premio tra adulti e minorenni condannati per taluno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit.²⁰

In virtù del disposto di cui all'art. 2 comma 1 del d.l. 13.5.1991, n. 152, anche l'ammissione alla liberazione condizionale per i soggetti condannati per i delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. è subordinata alla ricorrenza dei presupposti ivi previsti.

Devono considerarsi, viceversa, dispensati dall'ambito di operatività della norma in esame, stante l'esplicita e non ambigua esclusione normativa, la liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit., nonché tutti gli altri benefici

¹⁶ Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, Virga, in *Mass. Uff.*, n. 230807; Id., Sez. I, 14 novembre 2003, Ganci, *ivi*, n. 226629; Id., Sez. I, 27 novembre 1996, Piarulli, *ivi*, n. 206447; Id., Sez. I, 5 giugno 1995, Ascione, *ivi*, n. 202135; Id., Sez. I, 3 giugno 1994, Carollo, in *Cass. pen.*, 1995, 2281.

¹⁷ V. Corte cost., sent. n. 376 del 1997.

¹⁸ In termini critici circa l'equiparazione dell'imputato al condannato, v. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41 bis ord. penit. come norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, 3188; FRIGO, *La deroga a regole generali impoverisce il sistema*, in *Guida dir.*, 2003, n. 1, 43.

¹⁹ Al "netto" di quanto statuito da Corte cost., sent. n. 239 del 2014 e della detenzione domiciliare riservata agli ultrasessantenni dal comma 01 dell'art. 47-*ter* ord. penit.

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 450 del 1998.

penitenziari non espressamente contemplati dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., ossia i permessi di necessità di cui all'art. 30 ord. penit., il rinvio dell'esecuzione della pena disciplinato dagli artt. 146 e 147 c.p. e l'affidamento in prova terapeutico ex art. 94 d.P.R. 9.10.1990, n. 309, nonché, ai sensi dell'art. 47-*quater* comma 9 ord. penit., le misure alternative alla detenzione applicabili nei confronti dei soggetti affetti da AIDS, per la concessione dei quali assume rilievo, anche in relazione ai condannati per delitto ostativo, solo la ricorrenza delle condizioni richieste ai fini dell'accesso alla misura di volta in volta invocata.

A seguito degli interventi correttivi della Corte costituzionale, devono considerarsi altresì sottratti dall'ambito di operatività delle preclusioni sancite dall'art. 4-*bis* ord. penit.:

1) la concessione di ulteriori permessi premio nei confronti dei condannati che, pur non trovandosi nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-*ter* ord. penit., ne abbiano già fruito in precedenza e nei riguardi dei quali sia accertata l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (Corte cost., sent. n. 504 del 1995);

2) la concessione della semilibertà e del permesso premio ai condannati che, quantunque non ne abbiano già fruito in precedenza, abbiano comunque raggiunto, prima dell'entrata in vigore della normativa restrittiva, un grado di riduzione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (cfr., rispettivamente, Corte cost. sent. n. 445 del 1997 e Corte cost., sent. n. 137 del 1999);

3) nonché la concessione della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit. e della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter* comma 1 lett. a) e b) ord. penit. in difetto di un accertamento concreto, e non presuntivo, della sussistenza e consistenza delle esigenze di protezione della società dal crimine tale da far ritenere, effettivamente, recessivo l'interesse del minore [Corte cost., sent. n. 239 n. 2014]²¹.

7. Le ricadute sul “quotidiano” carcerario: le limitazioni poste dalle altre fonti normative

Alle preclusioni stabilite dalla legge fondamentale di ordinamento penitenziario si aggiungono le limitazioni a vario titolo fissate dalla normativa extrapenitenziaria; dalla normativa penitenziaria speciale e dalla normativa penitenziaria regolamentare.

²¹ Opera tale utile ricostruzione, FARINELLI, *Art. 4-bis ord. penit.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 5° ed., a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2017.

Quanto alle prime, l'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. vieta la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 5 nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., introducendo, così, «una *praesumptio iuris et de iure* di pericolosità [...] che esclude in modo assoluto il diritto alla sospensione»²².

Per quanto concerne, invece, la legislazione penitenziaria speciale, vengono in rilievo l'inapplicabilità, ai condannati per taluno dei delitti indicati all'art. 4-*bis* ord. penit., dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi ex art. 1 comma 2 lett. a) l. 26.11.2010, n. 199²³ e della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva residua nel limite massimo di due anni nei confronti del condannato che abbia scontato almeno la metà della pena detentiva ex art. 1 comma 3 lett. a) l. 1.8.2003, n. 207²⁴.

Per quanto riguarda la normativa penitenziaria regolamentare, devono, infine, segnalarsi le restrizioni in materia di numero di colloqui visivi e telefonici fruibili mensilmente dai detenuti o internati per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit. Contemplate, in via esclusiva, dalla normativa regolamentare, le previsioni di cui agli artt. 37 commi 8 e 39 commi 2 e 7 d.P.R. 30.6.2000, n. 230 stabiliscono, invero, che il numero dei colloqui visivi non possa essere superiore a quattro al mese (anziché sei) e che quello dei colloqui telefonici non possa essere superiore a due al mese (anziché una volta alla settimana) e che debba sempre disporsi la registrazione delle conversazioni telefoniche autorizzate su richiesta di detenuti o internati per i reati indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit.

Chiamata a comporre il dissidio giurisprudenziale profilatosi a proposito della legittimità delle restrizioni introdotte dalla normativa regolamentare (e non previste anche dalla normativa primaria) e della eventuale disapplicabilità, da parte della magistratura di sorveglianza, dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria limitativi dei colloqui e della corrispondenza telefonica dei detenuti per delitti ostativi assunti sulla base della mede-

²² NORMANDO, *I limiti alla sospensione della esecuzione*, in IOVINO-KALB-MASSARO-NORMANDO-PIERRO-RANIERI, *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998, p. 87; TOMASSETTI, *La nuova lista dei reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione della pena: problemi interpretativi*, in *Giur. merito*, 2007, 477; TROISI, *Sospensione dell'esecuzione della pena per reato ex art. 609bis c.p. commesso fuori da uno schema associativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 456.

²³ PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in *Misure alternative alla detenzione*, a cura di Fiorentin, Torino, 2012, 311.

²⁴ DEGL'INNOCENTI-FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005, 273.

sima disciplina²⁵, la Cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha avallato la differenziazione operata in via regolamentare, ritenendola correlata alla valutazione di particolare pericolosità di taluni soggetti già operata dal legislatore con l'introduzione, nella legge penitenziaria, dell'art. 4-*bis* ord. penit. e, dunque, in definitiva perfettamente coerente con il principio di individuazione del trattamento penitenziario sancito dall'art. 1 comma 2 ord. penit.²⁶.

In proposito non possono non condividersi le fondate riserve critiche espresse a proposito dell'evidente contrasto costituzionale delle limitazioni ai colloqui sancite dalla normativa regolamentare - in assenza di espressa previsione di legge - nei confronti dei condannati ex art. 4-*bis* comma 1 primo periodo ord. penit., posto che «il carattere assoluto e immediatamente cogente della tutela costituzionale della libertà di comunicazione, salve le limitazioni poste dal legislatore con le garanzie della duplice riserva di legge e di giurisdizione, non può arrestarsi alle soglie del carcere»²⁷.

8. Le cadenze procedurali: la collaborazione.

Considerata quale presupposto operante allo stesso tempo per la concessione e per la revoca delle misure alternative alla detenzione (cfr. l'art. 15 d.l. 8 giugno 1992 n. 306), la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. assume rilevanza centrale. Il privilegio offerto ai collaboratori²⁸ pone in evidenza la svalutazione della funzione rieducativa della pena: l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, che garantiscono il recupero di quote di libertà in corrispondenza dei progressi compiuti, non viene rapportata all'osservazione, al trattamento, alla partecipazione all'opera di rieducazione, ma ad un diverso indice presuntivo di cessata pericolosità, agganciato a parametri probatori estranei ai normali canoni processuali e finalizzato a risultati diversi, sostanzialmente svincolati dalla rieducazione del condannato²⁹.

²⁵ Cfr., in senso favorevole, Mag. sorv. Firenze, 2 novembre 2000, Piccirillo, in *Riv. pen. econ.*, 2000, p. 233; Trib. sorv. Cagliari, 3 aprile 2001, Arra, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 629 e, in senso contrario, Cass., Sez. I, 15 maggio 2002, Ragaglia, in *Mass. Uff.*, n. 222547; Id., Sez. I, 15 maggio 2002, Valenti, *ivi*, n. 221624; Id., Sez. I, 18 aprile 2002, Balsamo, in *Cass. pen.*, 2004, 134.

²⁶ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, in *Cass. pen.*, 2003, 2961.

²⁷ FILIPPI, *Disapplicato il nuovo regolamento penitenziario perché lesivo dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 630; FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 1353.

²⁸ SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 871.

²⁹ IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262.

Accanto alla collaborazione “piena”, contemplata dall’art. 58-ter ord. penit. quale unico dato capace di superare la presunzione assoluta di pericolosità caratterizzante i delitti di cui al comma 1 dell’art. 4-bis, ord. penit., la disposizione in commento contempla altresì una seconda fattispecie collaborativa espressamente definita «oggettivamente irrilevante», caratterizzata dall’avvenuto riconoscimento, con sentenza di merito, di una delle attenuanti di cui agli artt. 62 comma 6, 114 o 116 c.p. Quanto alla natura degli apporti conoscitivi, mentre nell’ipotesi di collaborazione piena l’esclusione dell’attualità dei collegamenti è presunta come logica conseguenza dei danni oggettivamente prodotti all’organizzazione, nel caso della collaborazione attenuata si impone l’acquisizione della prova della non attualità dei collegamenti criminali, non foss’altro per controllare false ovvero strumentali dichiarazioni collaborative. L’“oggettiva irrilevanza” della collaborazione offerta si concretizza per lo scarso risultato degli inquirenti in rapporto alla quantità e qualità di informazioni ottenute, ma non con riferimento alla carenza di attività collaborativa. Il condannato e l’internato devono, infatti, adoperarsi versando il massimo contributo possibile; inconfidenti i moventi psicologici³⁰.

A queste due ipotesi normative, la Corte costituzionale, dipanando le proprie argomentazioni sull’esigenza di equiparare, per identità di *ratio*, la collaborazione oggettivamente irrilevante alla collaborazione inutile «perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell’organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipazioni pertinenti al livello superiore» (Corte cost., sent. n. 306 del 1993), ha elaborato il concetto di “collaborazione impossibile” legato alla «limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna» (Corte cost., sent. n. 357 del 1994], ovvero all’«integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile» (Corte cost., sent. n. 68 del 1995], sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Nel caso di collaborazione in senso stretto e di collaborazione irrilevante - rispetto alle quali assurgono rilievo «comportamenti attivi e operosi, variamente posti in essere nella fase di cognizione o anche dopo la condanna»³¹, l’accertamento funzionale all’accesso ai benefici penitenziari postula una valutazione a carattere ricognitivo, rispettivamente, della «significatività e della rilevanza della collaborazione già offerta in fase di cognizione o perfezionata *in*

³⁰ IOVINO, *op. cit.*, 1263 s.

³¹ Testualmente, RICCI, “*Collaborazione impossibile*” e sistema penitenziario. *L’ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto “ostativo”*, Padova 201, 5 s.

executivis, al fine di verificare l'integrazione dei requisiti indicati dall'art. 58-ter Ord. penit.»³² o della già avvenuta applicazione di una delle circostanze attenuanti - risarcimento del danno avvenuto anche dopo la sentenza di condanna ex art. 62 n. 6 c.p., partecipazione criminosa di minima rilevanza ex art. 114 c.p., evento diverso più grave di quello voluto ex art. 116 comma 2 c.p. - significative di una minore pericolosità sociale del soggetto, a fronte di una collaborazione offerta che si appalesi oggettivamente irrilevante.

Dal momento che, al contrario, collaborazione impossibile e inesigibile si connotano concretamente come forme di «non-collaborazione», cioè a dire «in un atteggiamento passivo e silente del detenuto nella fase di esecuzione della pena», il giudizio accertativo richiede una approfondita analisi della motivazione della sentenza di condanna «al fine di verificare se sussistono o meno *post rem iudicatam* profili ed aspetti connessi al tema di merito oggetto del pregresso procedimento di cognizione non completamente provati, rimasti dubbi o non sufficientemente esplorati, o comunque, se presenti, accertare se siano o meno suscettibili di essere utilmente approfonditi con il contributo conoscitivo del detenuto»³³.

Tanto nelle ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante quanto in quelle di collaborazione inesigibile ed impossibile di cui al vigente art. 4-*bis* comma 1-*bis* Ord. penit. l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato - come si è già rilevato - alla valutazione dell'ulteriore requisito "di meritevolezza"³⁴ dell'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Nel delineare un'ipotesi di inversione dell'*onus probandi*, il legislatore pone a carico del soggetto che richieda l'accesso al beneficio l'onere della prova negativa - che si configura, a tutti gli effetti, come una vera e propria *probatio diabolica* - di dimostrare, spesso a notevole distanza di tempo, l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità³⁵.

In relazione ai soggetti condannati o internati per una delle figure criminose contemplate dall'art. 4-*bis* comma 1-*ter* ord. penit., i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, invece, a prescindere dall'accertamento di qualsivoglia tipologia di condotta collaborativa, sulla base della esclusiva valutazione della condizione di insussistenza ("purché non vi siano elementi tali da far

³² Ancora RICCI, *op. cit.*, 6; nonché BERNASCONI, *Indissolubile il legame tra collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari?*, in *Cass. pen.*, 1997, 3574; DEGL'INNOCENTI-FALDI, *op. cit.*, 221.

³³ Sempre RICCI, *op. cit.*, 5 s.

³⁴ Ancora RICCI, *op. cit.*, 72.

³⁵ V. COMUCCI, *op. cit.*, 40; GUAZZALOCA, *op. cit.*, 133; PRESUTTI, "Alternative" al carcere, regime di preclusioni e sistema della pena costituzionale, in EAD., *op. cit.*, 81.

ritenere la sussistenza”) di collegamenti criminali. Per l’esclusione delle misure, è, in altri termini, richiesta, «conformemente ai principi del nostro sistema processuale»³⁶, la prova positiva, da parte del p.m., dell’esistenza dei collegamenti con la criminalità³⁷.

9. Gli organi del procedimento: i comitati provinciali per l’ordine e la sicurezza pubblica ed il questore

Le scadenze procedurali imposte dall’art. 4 *bis* ord. penit. sono caratterizzate dall’obbligo, imposto alla magistratura di sorveglianza, di decidere in ordine alla concessione del beneficio richiesto previa richiesta di «dettagliate informazioni [acquisite] per il tramite del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica (d’ora in poi: C.P.O.S.) competente in relazione al luogo di detenzione del condannato» Nel caso dei delitti contemplati dal comma 1-*ter* dell’art. 4-*bis* ord. penit., il questore sostituisce i comitati provinciali per l’ordine e la sicurezza pubblica nella trasmissione dell’informativa.

Istituiti con gli artt. 18-20 l. 1 aprile 1981 n. 121 (ma v. già gli artt. 1-2 d.l. 15 dicembre 1979 n. 626, relativamente all’istituzione ed alle attribuzioni del Comitato nazionale), i C.P.O.S. costituiscono il tentativo, approntato dal legislatore nell’ottica di un migliore coordinamento delle forze di polizia, per fornire al ministro-autorità di pubblica sicurezza a livello nazionale, ed al prefetto, autorità di pubblica sicurezza a livello provinciale, un organo ausiliario di consulenza per l’esercizio delle attribuzioni loro conferite in materia.

Pesanti ipoteche di parzialità caratterizzano l’attività di detti organi prefettizi, i quali essendo deputati alla difesa sociale, saranno propensi ad individuare – piuttosto che ad escludere – indici di pericolosità in ogni condannato. Per altro verso, la partecipazione di detti organi nel procedimento di sorveglianza determina un’inaccettabile ingerenza dell’esecutivo in una fase che si vuole completamente ispirata a garanzie di giurisdizionalità.

La richiesta di dette informazioni da parte del Mag. o del Trib. sorv. costituisce atto dovuto, ma non vincolano il giudice, il quale è comunque tenuto a decidere trascorsi trenta giorni dalla formulazione della richiesta ovvero sessanta qualora il C.P.O.S. gli comunichi la sussistenza di «particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali».

Nonostante la fede privilegiata che dette informazioni rivestono nel procedimento di sorveglianza, la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nel legittimare

³⁶ V. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 64.

³⁷ Cfr. IOVINO, *op. cit.*, 1264 s.

timare il giudicante ad acquisire *aliunde* elementi utili alla formazione del proprio convincimento. Appartiene alla giurisdizione, invero, la valutazione, ai fini della sospensione dell'esecuzione, della sussistenza o meno dei requisiti richiesti dalla legge per l'ammissione in via di eccezione del condannato ai benefici penitenziari³⁸.

10. Il veto del magistrato antimafia.

Il comma 3-*bis* della disposizione penitenziaria contempla un intervento del procuratore antimafia, il quale, sia a livello distrettuale che nazionale, può inibire il godimento di tutti i benefici (liberazione anticipata compresa) nei confronti di detenuti o internati per delitti dolosi³⁹. Tale potere, unitamente alle ingerenze degli altri organi amministrativi, contraddice i postulati di un'esecuzione restituita dal nuovo codice alla giurisdizione, strutturandone le scadenze in termini di informalità e segretezza, nonché fondandone gli epiloghi su di un concetto di collaborazione poco spontanea e credibile, condizionata da un p.m. meno parte e nuovamente autorità.

Analogamente a quanto elaborato in ordine alla valutazione delle informazioni rese dai C.P.O.S., anche per la comunicazione del procuratore antimafia la giurisprudenza di legittimità impone al giudice di sorveglianza una rigorosa verifica in punto di fondatezza, censurando, per converso, quelle decisioni che si limitino a recepire acriticamente l'informazione resa dall'organo investigativo⁴⁰, quelle meramente assertorie che non contengano la specificazione dei dati fattuali e l'indicazione delle fonti⁴¹, quelle, ancora, che, disattendendo la comunicazione, non siano sorrette da un adeguato apparato argomentativo⁴².

³⁸ V. Cass., Sez. II, 15 aprile 2000, p.m. in c. Saponaro, in *Mass. Uff.*, n. 215904, specificando che “non spetta né al p.m. competente all'emissione dell'ordine di carcerazione per i delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.”, né al giudice dell'esecuzione.

³⁹ Cfr. BERTOLOTTO, *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306 del 1992: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993, 2392.

⁴⁰ V. Cass., Sez. I, 15 marzo 1994, Meles, in *Cass. pen.*, 1995, 3069; Id., Sez. I, 12 gennaio 1994, Vaccaro, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 426; Id., Sez. I, 11 gennaio 1994, Bellavia, in *Cass. pen.*, 1995, p. 703; Id., Sez. I, 29 novembre 1993, Spina, *ibidem*, 171; Id., Sez. I, 27 ottobre 1993, Sciascia, *ibidem*, p. 399; Id., Sez. I, 2 luglio 1993, Corrao, *Cass. pen.*, 1994, 2217; C I 1.7.1993, Altomonte, *ivi*, 1994, 2216; C I 9.3.1993, D'Ignoli, in *Riv. pen.*, 1994, 556; Id., Sez. I, 3 febbraio 1993, Ferro, *ivi*, 1994, 1065; Id., Sez. I, 10 febbraio 1993, Palladino, *ivi*, 1993, 2385.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. I, 6 maggio 1993, Li Vigni, in *Cass. pen.*, 1994, 1649.

⁴² V. Cass., Sez. I, 6 aprile 1994, Di Trapani, in *Cass. pen.*, 1995, 2279; Id., Sez. I, 13 gennaio 1994, Ricciardi, *ibidem*, 703.

11. La procedura prevista per gli autori di reati a sfondo sessuale

Inserito dall'art. 3 comma 1 lett. a) d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. dalla l. 23.4.2009, n. 38 - con il quale si è operato un *restyling* complessivo dell'originario comma 1 con gli attuali commi da 1 a 1-*quater* - ed oggetto, poi, di successive modifiche per effetto di quanto previsto dall'art. 2 comma 27 lett. a) n. 2 l. 15.7.2009, n. 94 e dall'art. 7 comma 1 l. 1.10.2012, n. 172, il comma 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. subordina, relativamente ai detenuti o internati per delitti a sfondo sessuale e ferme restando le altre condizioni previste *ex lege*, la concessione dei benefici di cui al comma 1 alla positiva valutazione degli esiti dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente, per almeno un anno, anche con la partecipazione di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica di cui all'art. 80 comma 4 ord. penit.⁴³.

Nell'assegnare «un valore determinante» all'osservazione della personalità da condursi per un periodo temporale di un anno, la previsione in esame sembra presumere «una condizione psicologica-criminogena e degli impulsi devianti del soggetto», così finendo per introdurre nel sistema «una condizione normativa legata al cd. tipo d'autore difficilmente compatibile con l'art. 3 Cost»⁴⁴.

Destinatari soggettivi della peculiare procedura prevista dall'art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. penit. sono i cd. *sex-offenders*, cioè a dire i soggetti detenuti in via definitiva o internati per delitti di matrice sessuale - commessi anche in danno di minorenni - di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis* (salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata), 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* c.p. Intervenuta a chiarire la portata dell'inciso finale della norma («salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata») posto in relazione al delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., la Cassazione ha chiarito che, per poter beneficiare di misure alternative alla detenzione, i condannati per il reato di violenza sessuale aggravata di cui all'art. 609-*ter* c.p. devono, comunque, essere sottoposti all'osservazione scientifica della personalità, condotta collegialmente, per almeno un anno, anche qualora sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis* comma 3 c.p.⁴⁵.

⁴³ Cfr. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di stalking*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 958 s.

⁴⁴ Ancora MARANDOLA, *op. cit.*, 959.

⁴⁵ V. Cass., Sez. I, 11 novembre 2010, Y.A., in *Mass. Uff.*, 249025; Id., Sez. I, 3 giugno 2010, T.S., *ivi*, n. 248579; Id., Sez. I, 13 maggio 2010, M.C., *ivi*, n. 247464.

Pur ribadendo le indiscusse peculiarità della disciplina prevista dall'art. 4-*bis* comma 1-*quater* ord. penit., tanto la dottrina⁴⁶ quanto la giurisprudenza⁴⁷ hanno precisato che, in relazione al soggetto condannato per il delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p. - compreso non solo nell'ambito dei delitti per i quali è richiesta l'osservazione scientifica della personalità, ma anche nel novero dei delitti ostativi di prima fascia di cui all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. - il divieto di concessione di benefici penitenziari è derogabile soltanto se ricorrono entrambe le condizioni previste dall'art. 4-*bis* commi 1, 1-*bis* e 1-*quater* ord. penit., cioè a dire la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. (o l'impossibilità di un'utile collaborazione con la giustizia) e l'apprezzabilità dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto condotta collegialmente per almeno un anno. Analoghe considerazioni valgono anche per le fattispecie delittuose di reclutamento, induzione e sfruttamento di prostituzione minorile di cui all'art. 600-*bis* comma 1 c.p. e di produzione e commercio di materiale pornografico minorile di cui all'art. 600-*ter* commi 1 e 2 c.p., in quanto anch'esse ricomprese in entrambi i cataloghi di delitti delle norme sopra considerate.

Dopo aver sancito l'immediata applicabilità della nuova disposizione introdotta dal d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. dalla l. 23.4.2009, n. 38 anche ai procedimenti pendenti alla data della sua entrata in vigore⁴⁸, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, ai fini della decisione in ordine alla concessione delle misure alternative in favore dei condannati per reati di violenza sessuale, il Tribunale di sorveglianza debba tener conto dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità svolta eventualmente anche nel periodo antecedente l'entrata in vigore della novella del 2009⁴⁹, nonché i risultati dell'osservazione svolta nel periodo di custodia cautelare carceraria sofferta prima dell'entrata in vigore della legge⁵⁰.

Nell'ambito delle numerose modifiche apportate dal legislatore con la legge di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale dei minori di Lanzarote del 2007, l'art. 7 comma 2 l. 1 ottobre 2012, n. 172 ha introdotto, nel corpo della disposizione in commento, un

⁴⁶ Cfr. CORTESI, *L'inspimento del trattamento penitenziario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1091; CORVI, *op. cit.*, 68; SCOMPARN, *Con la differenziazione trattamentale dei sex offenders confermato il ruolo degli psicologi nel contesto penitenziario*, in *Legislazione pen.*, 2013, p. 86.

⁴⁷ V. Cass., Sez. I, 22 maggio 2013, S.U., in *Mass. Uff.*, n. 256343.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 24 novembre 2009, A.S., *Mass. Uff.*, n. 245947; Id., Sez. I, 12. novembre 2009, D.M.G., *ivi*, n. 245689.

⁴⁹ V. Cass., Sez. I, 11 marzo 2010, N.A., *Mass. Uff.*, n. 247574.

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 18 febbraio 2010, M.F., *Mass. Uff.*, n. 246374.

nuovo comma 1-*quinquies*, mediante la quale ha previsto che, ai fini della concessione dei benefici penitenziari ai detenuti e internati ristretti per tutta una serie di delitti di carattere sessuale commessi in danno di minorenni (artt. 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p.; artt. 609-*bis* e 609-*octies* c.p. commessi in danno di persona minorenne), il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza, salvo quanto previsto in via generale dall'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., è tenuto a valutare, altresì, la positiva partecipazione dell'interessato al programma di riabilitazione specifica di tipo psicologico di cui all'art. 13-*bis* ord. penit. In senso critico, rispetto alla tecnica legislativa utilizzata, la dottrina ne ha rilevato la "ridondanza", posto che i contenuti dell'art. 13-*bis* ord. penit. non sembrano aggiungere molto a quanto già previsto nello stesso art. 4-*bis* ord. penit.⁵¹.

12. Lo "scioglimento" del cumulo.

Istituto di creazione giurisprudenziale, dai non trascurabili risvolti di ordine pratico, lo scioglimento del cumulo consente di scindere idealmente il cumulo - sia materiale (art. 73 c.p.) che giuridico (art. 81 c.p.)⁵² - delle pene inflitte con plurime sentenze di condanna per titoli di reato diversi (solo in parte ostativi *ex* art. 4-*bis* ord. penit.), preimputando la pena già espiata al titolo di condanna ostativo e imputando la pena espianda a quello non ostativo, così da poter invocare, in relazione a quest'ultima, il riconoscimento di un beneficio penitenziario altrimenti precluso⁵³.

A dispetto dell'orientamento contrario sviluppatosi inizialmente nell'ambito della giurisprudenza di legittimità⁵⁴, la Corte costituzionale, nell'escludere che siffatte interpretazioni giurisprudenziali potessero costituire «diritto vivente», ritenne, al contrario, che, «proprio perché la disciplina sulle misure alternative si articola, ancor più che nel passato, in termini diversi in relazione alla tipologia dei reati per i quali è stata pronunciata condanna la cui pena è in esecuzione», dovesse ritenersi «ulteriormente valorizzato il tradizionale insegna-

⁵¹ V. SCOMPARIN, *op. cit.*, 87.

⁵² Competente ad operare lo scioglimento del cumulo non è il giudice dell'esecuzione ma la magistratura di sorveglianza investita dell'istanza relativa all'applicazione del beneficio penitenziario richiesto, trattandosi di operazione funzionale alla possibilità di fruizione del beneficio medesimo (Cass., Sez. I, 15 ottobre 2009, De Lido, *Mass. Uff.*, n. 245075; Id., Sez. I, 2 ottobre 2008, confl. comp. in proc. Riina, *Mass. Uff.*, n. 241311; Id., Sez. I, 7 giugno 2000, Mammoliti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1842; Id., Sez. I, 2 febbraio 1999, Pistone, *Mass. Uff.*, n. 212673; Id., Sez. I, 23 aprile 1997, Nolano, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 183).

⁵³ Testualmente, FARINELLI, *op. cit.*, p. abcd. In argomento v., per tutti, RICCI, *op. cit.*, 60.

⁵⁴ Cfr., tra le tante, Cass., Sez. I, 18 giugno 1993, Sfara, in *Cass. pen.*, 1994, 1948.

mento giurisprudenziale della necessità dello scioglimento del cumulo in presenza di istituti che, ai fini della loro applicabilità, richiedano la separata considerazione dei titoli di condanna e delle relative pene»⁵⁵.

Nonostante l'autorevole intervento della Consulta, la giurisprudenza di legittimità successivamente pronunciatisi sull'argomento, valorizzando la natura unitaria del rapporto esecutivo in corso ed escludendo, al contempo, la vincolatività della motivazione addotta dalla Consulta, ha continuato a negare l'operatività del meccanismo dello scioglimento del cumulo, fino al risolutivo intervento delle Sezioni Unite⁵⁶. Nell'occasione la Cassazione, nella sua più ampia composizione, ha, infatti, espressamente riconosciuto la scindibilità, nel corso dell'esecuzione, anche del cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato ai fini della fruizione dei benefici penitenziari in ordine ai reati che non ne impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espiato la pena relativa ai delitti ostativi.

Per quanto concerne il calcolo del periodo minimo di pena espiata necessario per la concessione di misure alternative alla detenzione, la Cassazione ha precisato che il *dies a quo* decorre, nel caso di cumulo comprensivo anche di pene inflitte per reati ostativi, dal momento in cui si è esaurita l'espiazione delle pene relative a tali reati e non da quello di inizio della detenzione⁵⁷, posto che sarebbe illogico rendere inoperante il cumulo giuridico delle pene al fine di ritenere espiata la parte di pena imputabile al delitto ostativo e, a un tempo, farlo rivivere al fine di far decorrere fin dall'inizio il predetto termine di pena espiata.

In prospettiva diversificata, si è ritenuto che, stante l'unitarietà del rapporto esecutivo, da affermarsi anche una volta operato lo scioglimento del cumulo, il limite minimo di pena espiata richiesto per l'accesso ai benefici penitenziari deve essere sempre calcolato con decorrenza dal primo giorno di carcerazione subita in conseguenza della pena cumulata⁵⁸.

Altra rilevante questione interpretativa profilatasi in argomento è quella concernente l'applicabilità del meccanismo dello scioglimento del cumulo in relazione al cumulo di pene omogenee derivante dall'esecuzione di più titoli di condanna tutti ostativi, al fine di circoscrivere l'oggetto del giudizio relativo all'accertamento dell'impossibilità o inesigibilità della condotta collaborativa

⁵⁵ Così Corte cost., sent. n. 361 del 1994.

⁵⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, Ronga, in *Cass. pen.*, 2000, 570.

⁵⁷ V. Cass., Sez. I, 9 aprile 2014, C.P., *Mass. Urb.*, n. 260539 in tema di semilibertà; nonché Id., Sez. I, 10 dicembre 2009, Fracapane, *ivi*, n. 245954, in tema di permessi-premio.

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 15 febbraio 2008, Jerinò, *ivi*, n. 239183; nonché Id., Sez. I, 14 novembre 2001, Caroppo, *ivi*, n. 220374.

«soltanto a quei fatti storico-giudiziali per i quali deve ancora ritenersi in esecuzione la relativa quota-pena al momento della presentazione della domanda», consentendo, così, all'interessato di «escludere dall'ambito del giudizio quei fatti per i quali, invocando il meccanismo dello scorporo, la pena inflitta possa considerarsi già espiata»⁵⁹. Nel dare atto dell'ondivago orientamento formatosi in materia in seno alla magistratura di sorveglianza - in parte propensa a ritenere applicabile l'ordinario meccanismo di scorporo anche tra più titoli ugualmente ostativi e in parte nettamente contraria - la dottrina ha escluso che, ai fini del giudizio di accertamento dell'impossibilità o inesigibilità di un'utile collaborazione con la giustizia, si potesse prescindere da alcuno dei titoli di condanna per delitti ostativi inclusi nel provvedimento di cumulo⁶⁰.

In forza del principio di unicità dell'esecuzione, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente escluso che potesse procedersi allo scioglimento del cumulo di pene concorrenti al fine di considerare espiate quelle riferite a reati commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni di tipo mafioso che impongono la sospensione delle regole di trattamento di cui all'art. 41-*bis* Ord. penit., posto che lo scopo della norma da ultimo citata è quello di verificare se, in concreto, un soggetto condannato per delitti di mafia sia tuttora pericoloso in quanto in grado di mantenere collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza⁶¹.

Al fine di rendere immune il regime carcerario differenziato dal dictum costituzionale, il comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit., stabilisce che, «[i]n caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, il regime carcerario speciale può essere disposto anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nel suddetto art. 4-*bis*».

13. L'art. 41-*bis* ord. penit.: generalità

L'art. 41-*bis* ord. penit. evidenzia un pericoloso crocevia tra amministrazione e giurisdizione. La sua "storia" costituzionale rappresenta, infatti, una singolare prospettiva per analizzare i complessi rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza. Su tale terreno, invero, l'attività inter-

⁵⁹ Così RICCI, *op. cit.*, 60 s.

⁶⁰ Ancora RICCI, *op. cit.*, 61 ss.

⁶¹ V. Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, G.A., in *Cass. pen.*, 2010, 2843.

pretativa della Corte costituzionale ha assunto connotazione e significato del tutto particolari, concretizzandosi progressivamente dapprima attraverso il riconoscimento della giurisdizione ordinaria quale esclusivo momento di controllo avverso provvedimenti direttamente incidenti sui diritti soggettivi del condannato⁶², poi, attraverso l'equiparazione di detto controllo, quanto al "tipo" procedimentale, con il sindacato esercitabile sui provvedimenti che dispongono ovvero prorogano la sorveglianza particolare *ex art. 14-ter* ord. penit.⁶³ e, successivamente, attraverso rilevanti precisazioni⁶⁴ circa l'ambito della *iurisdictio*, non limitata alla mera verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento, ma estesa al sindacato delle prescrizioni singolarmente considerate, la cui potenzialità lesiva dei diritti della persona detenuta va misurata con riferimento ai contenuti di cui l'*art. 14-quater* ord. penit. è portatore.

Più di recente⁶⁵, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale del vigente *art. 41-bis* comma *2-quater*, lett. *h*), *2-quinquies* e *2-sexies* ord. penit., nella parte in cui non consentirebbe la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del comma 2 della stessa norma. La Consulta ha precisato come la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, abbia determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

E sempre nel senso di stabilire il regolamento di confini tra amministrazione e giurisdizione, una recente decisione costituzionale⁶⁶, nel decidere un conflitto di attribuzioni tra il DAP ed il tribunale di sorveglianza capitolino, ha statuito che le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'*art. 14-ter* ord. penit., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità. Nel precisare che non spettava al Ministro della

⁶² Cfr. Corte cost., sent. n. 349 del 1993.

⁶³ V. Corte cost., sent. n. 410 del 1993.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996; Id., sent. n. 376 del 1997.

⁶⁵ V. Corte cost., sent. n. 190 del 2010.

⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2013.

Giustizia disporre che non fosse data esecuzione all'ordinanza del magistrato di sorveglianza che aveva ordinato all'amministrazione penitenziaria il ripristino della possibilità per un detenuto – sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. – di assistere a determinati programmi televisivi, la Consulta ha spianato la strada all'introduzione del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

La pronuncia più significativa, quanto meno sotto il profilo della “forza” del dispositivo, è tuttavia la sentenza n. 143 del 2013, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*), ultimo periodo, ord. penit., limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari». Nell'espungere una grave limitazione al diritto di difesa, il giudice delle leggi ha precisato che il rigido contingentamento dei colloqui difensivi non può trovare giustificazione nel bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi di pari rilevanza costituzionale, quali la protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

14. Contenuti e durata del regime carcerario differenziato

Quanto al vigente assetto normativo (1992-2002-2009) le direttrici lungo le quali si è mossa la riforma normativa attuata dalla l. n. 94 del 2009 sono state: a) l'ampliamento del novero dei destinatari; b) l'inasprimento del regime carcerario e c) la neutralizzazione della discrezionalità giurisdizionale. Con il manifesto intento di «ripristina[re] l'originario rigore del regime di detenzione», la vocazione dichiarata della più recente legge è stata quella di «rendere ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza»⁶⁷.

Tuttavia, lungi dal soddisfare il minimo etico della tassatività, imprescindibile in materia di libertà personale, l'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., nonostante le modificazioni apportate, continua ad individuare un meccanismo particolarmente indeterminato nei presupposti. È infatti riconosciuta al Ministro della Giustizia, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica ed anche a richiesta del Ministro dell'Interno, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti contemplati dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con

⁶⁷ Testualmente, SENATO DELLA REPUBBLICA, n. 733-A, *Relazione delle Commissioni permanenti 1^a e 2^a Riunite*, 7.

le esigenze di ordine e di sicurezza. La dottrina evidenzia trattarsi di «presupposti di labile consistenza», «addirittura estesi, con il riferimento alla sicurezza “pubblica”, a fenomeni extrapenitenziari la cui riconduzione all’ambito endocarcerario risulta problematica e comunque indefinita». Si rimarca, inoltre, come la latitudine del riferimento normativo «mira poi a dilatare, in termini vaghi e tendenzialmente onnicomprensivi, il contenuto del provvedimento sospensivo, eludendo i riferimenti limitativi dell’art. 14-*quater*; ord. penit.»⁶⁸. A circoscriverne la portata non può certo servire il richiamo al «concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza» che tali regole o tali istituti dovrebbero presentare, visto che la clausola limitativa appare non solo di per sé vaga e fumosa, ma del tutto scollegata rispetto ai presupposti del provvedimento, e quindi inidonea a fungere da criterio direttivo per la definizione del suo contenuto. Se a legittimarne l’adozione possono intervenire anche ragioni extrapenitenziarie (la sicurezza «pubblica»), le esigenze “di ordine e di sicurezza” sulle quali il provvedimento dovrebbe essere calibrato non possono che risultare indefinite e potenzialmente, infinite»⁶⁹.

In un’ottica di “contenimento” della discrezionalità giurisdizionale, a suo tempo autorevolmente esaltata⁷⁰, l’*incipit* dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit. aspira a “blindare” il contenuto afflittivo del regime differenziato, attraverso l’inserimento dell’indicativo presente (“prevede”) in luogo del maggiormente duttile uso della forma servile (“può comportare”), ed inserendo ulteriori limitazioni rispetto a quelle contemplate dal testo normativo precedente.

Resta, tuttavia, “più apparente che reale” la tipizzazione delle previsioni, dal momento che la lett. a) del comma 2-*quater* legittima tuttora “l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti” con l’esterno.

Particolarmente incisive sono state le novità introdotte dalla legge n. 94 del 2009 in ordine al novero dei destinatari del regime differenziato. Benché, infatti, sia rimasto immutato il riferimento ai soggetti «detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit.», si impongono alcuni rilievi intimamente legati all’incalzare dello *ius superveniens*: da un lato, il continuo incremento delle ipotesi contemplate dall’art. 4-*bis* ord. penit. comporta delle rilevanti ricadute in ordine all’assoggettabilità al provvedimento ministeriale. Dall’altro lato, il tradizionale

⁶⁸ Così PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all’approdo della legalità*, in GREVI, *op. cit.*, 185 ss.

⁶⁹ Ancora PADOVANI, *ibidem*.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 351 del 1996.

“parallelismo” tra gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. è stato drasticamente intaccato dalla legge del 2009.

Ci si riferisce, in modo particolare, alla decisa dilatazione dei destinatari del regime differenziato operata attraverso il riferimento alle persone, detenute ovvero internate «per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso». Tale espressione – peraltro pedissequamente ripetitiva di quanto già contenuto nell’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. – suscita qualche perplessità. Lungi, infatti, dall’ipotizzare un *lapsus calami*, pare potersi ritenere che il legislatore abbia inteso svincolare le prerogative del potere amministrativo dalle garanzie offerte dalla giurisdizione. Detto altrimenti, quand’anche le limitazioni derivanti dall’art. 4-*bis* ord. penit. dovessero venir meno, o per avvenuta espiazione del c.d. delitto ostativo, o per effetto di attività collaborative, il potere ablativo dell’amministrazione rimarrebbe intatto, assolutamente autonomo dalle vicende concernenti l’accesso ai benefici, configurandosi a guisa di regime penitenziario “speciale”. Certo è che si è persa un’importante occasione per fare chiarezza in ordine ad una complessa *querelle* interpretativa. Benché le due disposizioni penitenziarie ripropongano testualmente il contenuto descrittivo della c.d. aggravante del metodo e della finalità mafiosi (art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203), esse prescindono da ogni richiamo esplicito, propendendo per una indicazione eccessivamente “aperta”, foriera di inevitabili disparità trattamentali.

In prospettiva diversificata, lo iato tra amministrazione e giurisdizione è altresì evidenziato dal novellato comma 2 dell’art. 41-*bis* ord. penit., laddove si stabilisce che, «*in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, il regime carcerario speciale può essere disposto anche quando sia stata espia la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nel suddetto art. 4-bis*». La precisazione normativa pone fine ad un contrasto interpretativo che vedeva la giurisprudenza schierata su fronti contrapposti. Da un lato, sulla scorta di autorevoli insegnamenti giurisprudenziali⁷¹, i tribunali di sorveglianza ritenevano che il regime carcerario differenziato potesse «permanere fintanto che il detenuto non [avesse] scontato quella porzione di pena relativa alla condanna per uno dei reati per i quali è previsto l’art. 41 *bis* ord. penit.».

In prospettiva diametralmente opposta, un più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, considerava «irrilevante la circostanza che il condannato, detenuto in virtù di un cumulo comprensivo di pene per reati

⁷¹ Cass., Sez. Un. 30.6.1999, Ronga, cit.

legittimanti l'applicazione del predetto regime e per altri reati, abbia già espia-
to la parte di pena relativa ai primi reati, tenuto conto non solo del principio
di unicità della pena di cui all'art. 76, comma 1, c.p., ma anche delle specifi-
che finalità di ordine e sicurezza del regime differenziato»⁷².

Piuttosto, l'esplicito riferimento alla «misura cautelare», sinora dissimulato
attraverso l'indeterminato riferimento alla “detenzione”, suscita allarmanti
interrogativi. Avallato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, sulla base di
argomentazioni non particolarmente risolutive, volte ad individuare anche
negli imputati dei soggetti sottoposti ad una forma di “trattamento”⁷³,
l'assoggettamento al regime carcerario differenziato di soggetti non condanna-
ti con pronuncia irrevocabile si risolve in una palese violazione della presun-
zione di non colpevolezza quale regola di trattamento.

Dove, allora, l'esecuzione? Dove il “penitenziario”? Trattasi, piuttosto, di mi-
sure cautelari atipiche, in aperto contrasto con i principi di tassatività (art. 272
c.p.p.) e di giurisdizionalità cautelari (art. 279 c.p.p.).

Con riferimento al *locus detentionis*, la vigente formulazione normativa pre-
vede che i detenuti sottoposti al regime carcerario speciale siano ristretti
all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente
in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logistica-
mente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della
polizia penitenziaria. Al di là del *remake* delle c.d. carceri-fortezza, peraltro
difficilmente riproponibile, quanto meno a breve termine, considerato il fal-
limento del c.d. piano carceri, la disposizione fotografa l'esistente, cioè a dire
le sezioni appositamente costituite presso alcuni istituti penitenziari, nonché
la gestione dei detenuti ivi ristretti da parte del Gruppo Operativo Mobile della
Polizia penitenziaria.

Quanto alle singole misure, va registrato il drastico contingentamento dei col-
loqui, ridotti dai due potenziali ad uno, il quale dovrà sempre essere sottopo-
sto a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione. Sempre in
un'ottica preventiva, il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato
esclusivamente nei confronti di coloro che non abbiano effettuato colloqui
de visu.

⁷² Così Cass., Sez. I, 11 luglio 2008, p.m. in c. Della Ventura, *Mass. Uff.*, n. 240938.

⁷³ V., per tutte, Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, Virga, *Mass. Uff.*, n. 230807. Tale orientamento ha ricevuto conferma anche da parte di Corte cost., sent. n. 376 del 1997, ove si è precisato che «non può invocarsi la presunzione di non colpevolezza per impedire l'applicazione di misure che non hanno e non possono avere natura e contenuto di anticipazione della sanzione penale, bensì solo di cautela in relazione a pericoli attuali per l'ordine e la sicurezza, collegati in concreto alla detenzione di determinati condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata».

15. I “danni collaterali” da delegificazione

Di particolare rilievo, nel corso di questi venticinque anni, è stata la produzione sub normativa del DAP, il quale, con svariate circolari ha ulteriormente limitato i diritti soggettivi delle persone detenute, rispetto ai contenuti – già di per sé critici – dell’art. 41-*bis* ord. penit.

Il riferimento corre, innanzi tutto, alla regolamentazione dei colloqui con i figli minori. A tal proposito le circ. DAP n. 0140006/2013 del 18 aprile 2013 e n. 0183805 del 23 maggio 2013, prevedevano che, nel caso in cui il detenuto avesse intrattenuto il c.d. “sesto” del colloquio mensile (dieci minuti) senza vetro divisorio con i soli figli minori di anni 12, gli altri familiari maggiori di anni 12 [avrebbero dovuto] attendere fuori dalla sala colloquio e non presenziare dall’altra parte del vetro».

Derogando *in malam partem* a prescrizioni legislative di rango sovraordinato (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *b*) ord. penit.; art. 37, comma 10, reg. es.), i suddetti provvedimenti amministrativi⁷⁴ riducevano, da un lato, la durata del colloquio con il nucleo familiare, costringendo, dall’altro lato, il detenuto ad una scelta inumana tra il contatto fisico con i congiunti in tenera età ed il contatto visivo con gli altri familiari. A ciò si aggiunga che, in presenza di neonati o bambini comunque di pochi anni, la presenza o meno del genitore libero costituisce dato relevantissimo sia per la tranquillità psicologica dell’infante, sia per la positiva evoluzione del colloquio stesso.

Un primo orientamento di merito⁷⁵ aveva affermato l’illegittimità della circolare per contrasto con l’art. 8 Cedu; gli artt. 3 ed 8 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, gli artt. 2, 24, 27, 29, 30 e 31 Cost., e l’art. 28 ord. penit. La S.C. ha, invece affermato che è inammissibile, in quanto non incidente su diritti soggettivi, il reclamo avverso i provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria che, disciplinando le modalità di svolgimento dei colloqui visivi tra minori, figli o nipoti di età inferiore a 12 anni di detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato di cui all’art. 41-*bis* ord. penit., prescrivono il divieto di assistervi da parte di altri familiari adulti, per la porzione della loro durata che si svolge in assenza di vetro divisorio (nella specie, la Corte ha precisato che il detenuto è titolare di un mero interesse legittimo all’estensione delle condizioni valide per il minore ad un adulto che lo accompagni, di tal che la sua posizione giuridica soggettiva cede

⁷⁴ Avallati dalla S.C.: cfr. Cass., Sez. I, 21 aprile 2017, n. 22923, in *Diritto & Giustizia*, 11 maggio 2017.

⁷⁵ Cfr. Mag. sorv. Spoleto, 10 luglio 2013, X, in *Dir. fam. Persone*, 2014, n. 1, p. 221, con nota MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*.

di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica)⁷⁶.

Di recente, con l'art. 16 comma 5 della circ. DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017 (in parte anticipato dalla nota DAP 151557-2014), l'amministrazione è tornata sui propri passi, consentendo che i colloqui della persona detenuta o internata con i figli o i nipoti in linea retta minori di anni 1, «avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro».

Una morbosa tendenza alla biblioclastia continua⁷⁷, invece, ad imperare negli ambienti DAP, il quale, già con la circ. n. 434055/2011, imponeva: *a*) l'eliminazione dalle biblioteche degli istituti penitenziari dei libri contenenti tecniche di comunicazione criptata; *b*) il divieto di acquisto di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri), al di fuori dell'istituto penitenziario; *c*) il divieto di ricezione di libri e riviste da parte dei familiari, anche tramite pacco consegnato al colloquio o spedito per posta, così come l'invio del predetto materiale ai familiari da parte del detenuto; *d*) il divieto di accumulo di un numero eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di perquisizione ordinaria; *e*) il divieto di scambio di libri e riviste tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. La S.C. ha avallato la stretta amministrativa, affermando trattarsi di forme particolari di comunicazione che non rientrano nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza ai sensi dell'art. 18-ter ord. penit., né rinvenendosi, nelle disposizioni della normativa secondaria in questione, un'eccessiva ed ingiustificata limitazione del diritto di informazione e di studio⁷⁸. Di recente, anche la Corte Costituzionale⁷⁹ ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis comma 2-quater ord. penit., laddove consente all'amministrazione penitenziaria di vietare la ricezione e l'invio di libri e riviste tra i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale e l'esterno.

Ulteriori limitazioni stabilite dalla recentissima circolare riguardano il possesso in camera di taluni oggetti e generi (art. 6), l'acquisto di prodotti al c.d. sopravvitto (art. 7 e mod. 72), il peculio ed il potere di spesa (art. 7.1), l'accesso alla stampa locale (art. 7.2), la cottura di cibi (art. 8), il possesso di taluni capi di abbigliamento e/o accessori (art. 12), la detenzione di immagini e simboli

⁷⁶ V. Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, min. giust. in c. Pariante, *Mass. Uff.*, n. 260357; Id., Sez. I, 4 giugno 2014, min. giust. in c. Maranzano, *ivz*, n. 260128; Id., Sez. I, 4 giugno 2014, Licciardi, *ivz*, n. 260808.

⁷⁷ Cfr. gli artt. 11.6 circ. DAP n. 3676/616 del 2 ottobre 2017.

⁷⁸ C. Cass., Sez. I, 29 settembre 2014, p.m. in c. Tarallo, *Mass. Uff.*, n. 261858; Id., Sez. I, 23 settembre 2013, p.m. in c. Gullotti, *ivz*, n. 257473.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 122 del 2017.

religiosi e/o fotografie (art. 13)⁸⁰, la fruizione di taluni canali televisivi (art. 14)⁸¹, il possesso di personal computers (art. 14.1), i colloqui visivi con le cc.dd. terze persone (art. 16.1), la ricezione di pacchi (art. 20),

16. Il procedimento applicativo ed il regime delle proroghe

Nel ribadire la competenza del Ministro della giustizia, «anche a richiesta del Ministro dell'interno», la formulazione del vigente art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, ord. penit. conferma il definitivo tramonto degli aneliti alla giurisdizionalizzazione auspicati in dottrina⁸², a vantaggio di una più marcata connotazione amministrativa del procedimento.

Quanto all'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento, è stata confermata l'obbligatorietà del parere del p.m. «che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente», nonché l'acquisizione di «ogni altra necessaria informazione» presso la DNA e gli organi di polizia specializzati nell'attività di contrasto al crimine organizzato. Continua, per converso, a rimanere estranea al procedimento applicativo ogni forma - anche embrionale - di contraddittorio preventivo, di tal che rimangono attuali le censure di dubbia costituzionalità del regime differenziato per violazione dell'art. 111 Cost.

Il provvedimento applicativo, assunto nella veste del decreto motivato, ha visto nella nuova legge macroscopicamente dilatata la sua vigenza. Rispetto alla previgente formulazione normativa, che ne contemplava la durata in misura «non inferiore ad un anno e non superiore a due», la novella ha inibito ogni discrezionalità ministeriale in ordine al *quantum*, prevedendo che il decreto si applichi, in prima battuta per la durata di quattro anni. Una tale previsione non può che suscitare allarmanti interrogativi sia in ragione dell'innegabile afflittività del regime, sia in ordine alle recondite ragioni giustificatrici di siffatto innalzamento. Già nel 2002, infatti, la previsione legislativa di un termine doppio rispetto a quello individuato nella prassi ministeriale⁸³ veniva giustifica-

⁸⁰ «[I]n numero non superiore a 30 e di dimensione non superiore a 20x30».

⁸¹ V., peraltro, Corte cost., sent. 135 del 2013.

⁸² Cfr. FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, 30; Nel senso che «[l']obiettivo di "giurisdizionalizzare" la fase applicativa dell'art. 41-*bis* Ord. penit. [...] costituisca l'erroneo epilogo di una iniziativa suggerita da nobili intenti», v., peraltro, BERNASCONI, *op. cit.*, 293, nota 16.

⁸³ La durata di sei mesi di vigenza del provvedimento era stata ricavata da un *obiter dictum* di Corte cost., sent. n. 410 del 1993, la quale, nel riconoscere al Tribunale di sorveglianza la giurisdizione sui decreti ministeriali, rilevava come «nell'ambito dell'ordinamento penitenziario [fosse] già espressamente previsto un tipo di regime detentivo - il regime di sorveglianza particolare - disciplinato dagli artt. 14-*bis* e seguenti, che nella sua concreta applicazione viene ad assumere un contenuto largamente coincidente

to sulla scorta della irragionevole durata del procedimento per reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza, stigmatizzata, oltre che dalla dottrina⁸⁴, anche dai massimi consessi europei. Il legislatore del 2009, invece di approntare un sistema rispettoso delle garanzie, ha prolungato in maniera smisurata lo *spatium temporis* di efficacia del provvedimento, incidendo altresì sulla durata delle proroghe, che possono essere disposte, volta per volta, per periodi di due anni.

Oltre alla dilatazione temporale dell'efficacia delle singole proroghe, la novella ha inciso in maniera rilevante sui presupposti legittimanti la reiterazione della misura. Innovando rispetto alla formulazione del 2002, che legittimava la proroga del regime carcerario differenziato «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno», il testo vigente dell'art. 41-bis, comma 2-bis, ord. penit., nella formulazione introdotta nel 2009, stabilisce che «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno».

Come si ricorderà, la previgente formulazione, declinata attraverso il riferimento ad una condizione negativa («purché non [...]sia venuta meno»), aveva dato luogo a più d'un problema interpretativo, non essendo pacifico, in giurisprudenza, se la proroga potesse disporsi ogni qualvolta non fossero emersi elementi nuovi tali da incidere sulla capacità “comunicativa” del detenuto⁸⁵, ovvero se, al contrario, fossero necessarie ulteriori prove attestanti la perdurante attualità dei collegamenti del detenuto interessato con l'organizzazione criminale di appartenenza⁸⁶. In coerente sviluppo di tale, ultimo orientamento, la riforma ha cristallizzato la “negativa” della formulazione precedente: in particolare, la locuzione «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno» parrebbe scongiurare i dubbi di *probatio diabolica*, talo-

con il regime differenziato introdotto con il provvedimento ex art. 41-bis comma 2, di sospensione del trattamento penitenziario».

⁸⁴ Cfr. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis c. 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino 2003, 298.

⁸⁵ V. Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, in *Cass. pen.*, 2008, 4587; nonché, in precedenza, Id., Sez. I, 14 novembre 2003, Mazzitelli, *Mass. Uff.*, n. 226471.

⁸⁶ Questo, invero, era l'orientamento maggioritario dei tribunali di sorveglianza: cfr., *ex plurimis*, Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007, Madonia, in *Foro it.*, 2007, 245; Trib. Sorv. Perugia, 12 ottobre 2006, Timirello, *ibidem*, 246; ma altresì della giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, Orefice, in *Cass. pen.*, 2008, 4600; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, in *Giust. pen.*, 2004, II, c. 299; Id., Sez. I, 5 febbraio 2004, Zara, in *Cass. pen.*, 2004, 2294.

ra adombrati in letteratura, a vantaggio di un assetto che postula un inequivocabile onere motivazionale in capo al Ministro della Giustizia⁸⁷. La nuova formulazione, in altri termini, fugando i dubbi interpretativi sorti nella vigenza della vecchia norma, chiarisce senza ambiguità che non si può prefigurare né tollerare alcuna inversione dell'onere della prova, ma che spetta all'amministrazione penitenziaria accertare la persistente capacità del detenuto di mantenere i collegamenti con la sua associazione. Del resto, anche la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 417 del 2004, recependo il "diritto vivente" metabolizzato nella giurisprudenza di legittimità, aveva escluso che l'art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, ord. penit. comportasse «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».

Nella medesima prospettiva, la giurisprudenza più recente, successiva alla riforma del 2009, insiste nello statuire che per i provvedimenti in materia di art. 41-*bis* ord. penit. (applicativi o di proroga: è lo stesso), «sussista a carico dell'Amministrazione l'onere di indicare i positivi elementi che fondano il pericolo di collegamenti con l'associazione mafiosa di provenienza e il dovere, per il tribunale di sorveglianza, di valutare, in sede di reclamo, gli indici di pericolosità qualificata prospettati e di motivare sulla sussistenza ed effettiva permanenza delle ragioni che legittimano la sospensione del trattamento»⁸⁸.

Diversificati i parametri da tenere in considerazione nell'assolvimento dell'onere motivazionale sia nel momento dispositivo che in quelli successivi di controllo: la capacità di mantenere collegamenti (non più contatti) con l'associazione criminale, terroristica o eversiva deve essere desunta sulla base di criteri già evidenziati nel corso dell'elaborazione giurisprudenziale⁸⁹ e oggi normativizzati. Più specificamente, la motivazione del decreto di proroga do-

⁸⁷ Onere ribadito a più riprese: cfr. Corte cost., sent. n. 417 del 2004; Id., sent. n. 376 del 1997; Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4589; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, cit.

⁸⁸ Così Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, Zagaria, *Mass. Uff.*, n. 245048. Nel senso che il decreto ministeriale debba recare «congrua ed autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi dai quali desumere la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e di sicurezza, correlate ai pericoli connessi alla persistente capacità del condannato di tenere contatti con la criminalità organizzata», v. Id., Sez. I, 6 ottobre 2011, Lucchese, *ibidem*, 251583. Da ultimo, Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, Di Grazia, *ibidem*, 256495, ha specificato che anche a seguito della novella del 2009, «il controllo di legalità del Tribunale di sorveglianza in ordine ai decreti di proroga del regime di detenzione differenziato deve consistere nel verificare se sussiste l'effettivo pericolo di permanenza di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata».

⁸⁹ V., specialmente, Cass., 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4588-4589; nonché Id., 3 marzo 2006, P.M. in c. Di Giacomo, *Mass. Uff.*, n. 233944; Id., 15 novembre 2005, Graviano, *ibidem*, 233194; Id., 28 settembre 2005, Emmanuello, *ivi*, n. 232684.

vrà riguardare il profilo criminale e la posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione⁹⁰; la perdurante operatività del sodalizio criminale⁹¹; la sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate; gli esiti del trattamento penitenziario ed il tenore di vita dei familiari del sottoposto⁹². La norma, infine, specifica che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa⁹³.

17. Il sistema dei controlli

Espressamente abrogato, il comma 2-ter dell'art. 41-bis ord. penit. contemplava un potere di revoca ministeriale del provvedimento se, anche prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni che ne avevano legittimato

⁹⁰ Cfr. Cass., 22 gennaio, 2008, Lioce, *Mass. Uff.*, n. 242784, secondo cui il provvedimento di proroga «deve contenere una adeguata valutazione sulla permanenza dei dati indicativi del collegamento del detenuto con la criminalità organizzata ed eversiva» (nel caso di specie la suprema Corte ha ritenuto adeguatamente motivato il decreto di proroga con il richiamo al ruolo di vertice ricoperto dalla persona detenuta nell'organizzazione eversiva B.R.-P.C.C., alla possibilità di una ripresa della lotta armata ad opera di tale sodalizio, ai dati di recente acquisizione indicativi del mantenimento di siffatto ruolo e dell'esistenza di contatti tra militanti dell'organizzazione eversiva detenuti e militanti in libertà; nonché, già, Id., 15 novembre 2005, Graviano, *ibidem*, 233194, secondo cui, «una volta verificata con sentenza passata in giudicato l'affiliazione di un detenuto a “Cosa Nostra” e la sua posizione apicale, la permanenza del vincolo associativo può ritenersi connaturata all'ontologia di tale associazione, in quanto è legittimo dedurre – purché sia data rigorosa motivazione circa la mancanza di elementi atti a dimostrare il venire meno della capacità di collegamento con l'organizzazione criminale – che l'ordinario regime detentivo risulti inidoneo ad interrompere tale capacità di collegamento».

⁹¹ Nel senso che ai fini della proroga del regime di detenzione differenziata non sia «necessario l'accertamento della permanenza dell'attività della cosca di appartenenza e la mancanza di sintomi rilevanti, effettivi e concreti, di una dissociazione del condannato dalla stessa, essendo sufficiente la potenzialità, attuale e concreta, di collegamenti con l'ambiente malavitoso che non potrebbe essere adeguatamente fronteggiata con il regime carcerario ordinario», v. Cass., 2 dicembre 2008, Rogoli, *ibidem*, 242071. V., tuttavia, Id., 14 gennaio 2009, Riedo, *ibidem*, 242797, secondo cui il provvedimento di proroga «non può trovare giustificazione soltanto nella permanenza in vita dell'associazione mafiosa e nell'assenza di atteggiamento collaborativo da parte del detenuto che con detta associazione abbia tenuto contatti».

⁹² V. Cass., 3 marzo 2006, p.m. in c. Di Giacomo, cit.

⁹³ In senso conforme, cfr. Cass., 16 gennaio 2007, Putrone, cit. *Contra*, Trib. sorv. Torino, 8 febbraio 2006, *inedita*, secondo cui il provvedimento di proroga «deve essere annullato quando la lunga permanenza in regime differenziato ha contribuito ad una cessazione dei collegamenti con l'associazione di appartenenza e pertanto rispetto al provvedimento di prima applicazione della misura, sono venuti meno i presupposti per l'applicazione di tale regime». Rilevava, con la consueta efficacia, il CPT come, «pendant la visite en 2004, la délégation a noté que – comme en 1995 et en 2000 – pour un nombre considérable de détenus “41 bis”, si ce n'est la totalité d'entre eux, l'application de cette disposition avait été renouvelée presque automatiquement pour des périodes prolongées; en conséquence, les détenus concernés avaient été soumis durant des années à un régime pénitentiaire caractérisé par de sévères restrictions, une situation qui peut être assimilée à la négation même de traitement pénitentiaire (“trattamento penitenziario”)» (CPT/Inf (2006), p. 43).

l'adozione o la proroga⁹⁴. L'unica forma di controllo, allo stato, resta quella giurisdizionale, affidata al tribunale di sorveglianza, che decide all'esito del procedimento per reclamo disciplinato dai commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* ord. penit. La Suprema Corte⁹⁵ ha precisato che l'istanza di revoca, pur ritualmente presentata, non può più essere presa in considerazione, in virtù del principio *tempus regit actum*, dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha soppresso l'istituto, ma può essere valutata, ricorrendone le condizioni, come reclamo contro il d.m. di sottoposizione al regime di detenzione speciale. Più di recente, tuttavia, la medesima Corte⁹⁶ ha affermato che è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti, benché con la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento, e ciò in ragione del carattere di rimedio generale dell'istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14-*ter* ord. penit., precisando che⁹⁷, a seguito della legge n. 84 del 2009, la competenza a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale di rigetto, per silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del decreto impositivo del regime detentivo previsto ha affermato che, a dall'art. 41-*bis* ord. penit. spetta al tribunale di sorveglianza di Roma.

Particolarmente rilevanti le novità apportate dalla riforma del 2009: innanzi tutto, la competenza a decidere i reclami avverso il provvedimento è stata concentrata nel tribunale di sorveglianza capitolino. L'opzione per una competenza funzionale inderogabile, ricalcata sul foro speciale previsto per le persone sottoposte a speciali misure di protezione (artt. 16-*nonies* comma 8, 12 comma, 3-*bis* e 10 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8), merita qualche riflessione: se la *ratio* alla base della disciplina in tema di collaboratori risponde all'esigenza di garantire la segretezza del loro domicilio, attraverso un'elezione obbligatoria

⁹⁴ Cfr. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., p. 300; nonché, più di recente, BOCCHINI, *Revoca anticipata del regime differenziato: "la logica dello strumento" tra involuzioni normative e giurisprudenza adeguatrice*, in *Giur. it.*, 2013, p. 8.

⁹⁵ V. Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, Gionta, *Mass. Uff.*, n. 245046.

⁹⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 20 settembre 2016, *Mass. Uff.*, n. 47568, secondo cui «[i]n tema di regime detentivo differenziato, è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza - stante il suo carattere di rimedio generale a garanzia dei detenuti - il rigetto, perfezionatosi a seguito di silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sottoposizione al regime di sorveglianza particolare, previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen.».

⁹⁷ V. Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, confl. comp. in c. Iacolare, *Mass. Uff.*, n. 253288.

del medesimo, nel caso del reclamo avverso il provvedimento che applica o proroga il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. l'interpolazione viene espressamente giustificata con l'esigenza di «evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali»⁹⁸, quasi a riproporre un tribunale “speciale” di cui, francamente, non si avvertiva il bisogno.

Va sottolineato che, rispetto agli ordinari criteri attributivi della competenza dei tribunali di sorveglianza, articolati secondo la regola del *locus custodiae* (art. 677, comma 1, c.p.p.), il testo previgente del comma 2-*quinquies* garantiva una soddisfacente stabilità, specificando che tale competenza rimanesse immune dagli eventuali, successivi trasferimenti del detenuto o dell'internato, disposti ai sensi dell'art. 42 ord. penit. La concentrazione delle regiudicande presso il tribunale capitolino, pertanto, si giustifica esclusivamente in ragione della necessità politica di evitare, per quanto possibile, disorientamenti giurisprudenziali suscettibili di vanificare il regime differenziato. Nondimeno, in mancanza di una norma transitoria, la modificazione della competenza giurisdizionale resterà inevitabilmente segnata dall'operatività del canone *tempus regit actum*.

Quanto alle dinamiche procedurali, al di là di un intervento sul termine di proposizione del reclamo, che viene elevato a venti giorni, le novità riguardano principalmente le limitazioni dei poteri del giudice. Il testo risultante dalla riforma del 2002, nel metabolizzare gli insegnamenti della Corte costituzionale, prevedeva espressamente che il tribunale di sorveglianza, in sede di reclamo, decidesse «sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Nel nuovo testo cade ogni riferimento alla «congruità», quasi che il contenuto predeterminato per legge sia sufficiente ad impedire ogni controllo giurisdizionale sull'operato dell'amministrazione, con particolare riferimento ai limiti cui esso è condizionato. A tal proposito, peraltro, va rilevato che la lett. a) del comma 1-*quater* continua a configurarsi quale “norma in bianco, idonea ad essere estesa sino a comprendere misure diverse da quelle che la l. n. 94 del 2009 vorrebbe declinare in maniera tassativa.

Come già evidenziato, la Corte costituzionale (sent. n. 351 del 1996) aveva ribadito con forza l'imprescindibilità di un controllo sui «limiti esterni» e su quelli «interni» posti all'esercizio del potere ministeriale. Detto altrimenti, al giudice ordinario è sempre demandata una valutazione circa il rispetto della libertà personale e della - pur compressa - finalità rieducativa della pena, non-

⁹⁸ Così SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Disegno di legge A.S. n. 733-B. “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”*, maggio 2009, n. 127, 205.

ché circa la “congruità” delle singole restrizioni rispetto alla tutela dell’“ordine” e della “sicurezza pubblica”. Il principio, comunque, è stato ribadito più di recente con la sentenza costituzionale n. 190 del 2010, quando la Consulta ha precisato che la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l’introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha sì determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell’atto, in ordine all’eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

18. Prospettive *de iure condendo*

Le scelte di campo operate dal legislatore delegante (art. 1 comma 85 l. 23 giugno 2017, n. 103) evidenziano marcate contraddizioni: nel corso della *navette* parlamentare, infatti, al nucleo originario della delega, di matrice garantistica, sono stati apposti taluni “temperamenti” di sapore securitario. Il riferimento corre all’*incipit* del co. 85, nel quale si sancisce l’immutabilità («*Fermo restando*») dell’art. 41-*bis* ord. penit., nonché alle lett. *b*) ed *e*), laddove le previsioni ivi contenute non si applicherebbero ai condannati per i delitti di mafia e di terrorismo.

Tra i venti criteri direttivi, per quanto qui più interessa, assume particolare rilievo la lett. *e*)⁹⁹, cardine della riforma¹⁰⁰, la quale impone di riesaminare il “doppio binario” penitenziario inaugurato nel 1990-1991 e stabilizzato con il d.l. n. 306/1992. I numeri, del resto, sono significativi: alla data del 30.06.2017 solo il 12,% dei detenuti definitivi stava scontando pene residue superiori ai dieci anni di reclusione, a fronte di un 28% di condannati ad eguali pene inflitte. È quindi da ritenere che l’onda lunga delle condanne per fatti di criminalità organizzata sia lentamente scemata, sì da rendere plausibile ed opportuna una rimeditazione politico-sistematica dell’art. 4-*bis* ord. penit.

⁹⁹ «[E]liminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».

¹⁰⁰ Così FIORENTIN, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017, p. 315; più in generale, per uno sguardo d’insieme anche ad altri istituti afferenti la criminalità organizzata, MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 67 ss. e, quivi, 107 ss..

il quale ben potrebbe essere limitato alle sole ipotesi di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p., in una prospettiva speculare a quella del vigente art. 275 co. 3 c.p.p. In prospettiva correlata, poi, potrebbe essere eliminato il presupposto della collaborazione con la giustizia (con contestuale soppressione dell'art. 58-*ter* ord. penit.) ed introdotto l'opposto criterio della prova positiva della permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale al momento della richiesta dei benefici penitenziari. In tale ottica, anche le ipotesi di collaborazione inutile, impossibile ed inesigibile non avrebbero più razionale giustificazione.

In un'ottica di sistema, infine, dovrebbero abrogarsi le preclusioni dagli artt. 47-*ter* commi 1-*bis* e 9-*bis* ord. penit., le limitazioni stabilite dall'art. 58-*quater* comma 5 ord. penit., nonché, più in generale, il sistema delle "quote esplicative maggiorate" legato all'art. 4-*bis* ord. penit. (artt. 21, 30-*ter* lett. c), 50 co. 2 ord. penit.).

Sul versante regolamentare, poi, le abrogazioni parziali degli artt. 38 comma 8 e 39 comma 2 ultimo periodo reg. es., relative ai detenuti "4-*bis*", potrebbero eliminare palesi opzioni retributive in ambiti trattamentali di fondamentale importanza. In prospettiva correlata, l'abrogazione dell'art. 30-*quater*, dell'ultima parte del co. 01 dell'art. 47-*ter* e del comma 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit., completerebbe l'attività di "bonifica" della legge n. 251 del 2005, avviata dopo le riforme post Torreggiani.

Quanto all'ergastolo ostativo, infine, l'affrancamento della liberazione condizionale dai limiti dell'art. 4-*bis* ord. penit., attraverso l'abrogazione dell'art. 2 comma 1 d.l. n. 152/1991, conv. dalla l. n. 203/1991, ostituirebbe un'importante *chance* per i condannati a pena perpetua.

È giunto il momento, insomma, che la politica abbandoni l'ipocrisia *bipartisan* che da troppo tempo caratterizza l'approccio al carcere e affronti con serenità l'idea che «doppio binario» e «pena» sono entità diverse e che non può negarsi il diritto alla rieducazione in nome di "verità" che il sistema dovrebbe acquisire senza ricatto.