





Laura Cesaris

**Esigenze di ordine e sicurezza  
e ordinamento penitenziario**

*Biblioteca Delle Scienze  
Università degli Studi di Pavia  
2010*

**Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento  
penitenziario / Laura Cesaris. - Pavia : Biblioteca  
Delle Scienze, 2010. – 20 p.; 30 cm . – (Dispense  
Online)**

Soggetto: Istituti di prevenzione e di pena – Legislazione  
Classificazione: 344.45035 (21) – Diritto in materia di istituti  
di pena. Italia

© Laura Cesaris, 2010 – Pavia



Questo testo è liberamente scaricabile dal sito <http://www.dispenseonline.net>.  
La versione cartacea e la versione elettronica sono distribuite sotto licenza Creative  
Commons Attribuzione Non commerciale 2.5. Per maggiori informazioni si veda la pagina  
web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/it/deed>.

[www.dispenseonline.net](http://www.dispenseonline.net)  
[www.unipv.it/editoriaelettronica](http://www.unipv.it/editoriaelettronica)

**Pubblicato da:**

**Biblioteca Delle Scienze  
Università degli Studi di Pavia  
Via Bassi, 6  
27100 Pavia  
[www.unipv.it/bibscienze](http://www.unipv.it/bibscienze)**

**grafica e stampa:**

**Print Service  
Strada Nuova, 67  
27100 Pavia**

## Sommario

<b>Premessa</b> .....	3
<b>Gli interventi normativi del 2009 e l'art.4-bis ord.penet</b> .....	6
<b>Il regime differenziato <i>in peius</i> di cui all'art.41-bis comma 2 ord.penet</b> .....	11
<b>Il contenuto del provvedimento sospensivo</b> .....	15
<b>Il reclamo</b> .....	18
<b>Conclusioni</b> .....	20



## Premessa

Le espressioni “leggi emergenziali” ed “emergenza” sono state usate troppo e a sproposito: con il primo termine si è indicata per moltissimi anni, sino a farlo diventare sinonimo, la legislazione prodotta negli anni Ottanta per combattere il terrorismo; un tema, questo, che ha suscitato periodicamente intensi dibattiti: basti pensare per esempio che alla fine degli anni Novanta si discuteva di come, e a quali condizioni, chiudere il periodo degli “anni di piombo” e il dibattito prendeva avvio dalle leggi emergenziali varate per combattere il terrorismo.

Il termine “emergenza” assume un duplice significato, quello di circostanza, di difficoltà imprevista, di situazione critica e, in quest’ultima accezione, si associa spesso ad altri termini (emergenza mafia, emergenza rifiuti, emergenza siccità... e si potrebbe continuare). Ma ha anche il significato di ciò che emerge, che si segnala, che si pone all’attenzione e, quando un problema si pone all’attenzione con maggior frequenza o con maggior virulenza, o con modalità più evidenti, si assiste al proliferare di provvedimenti adottati per lo più con decretazione d’urgenza (ovvero con decreto-legge i cui presupposti sono la necessità e l’urgenza di provvedere) finalizzati a risolvere quei problemi. Provvedimenti adottati con decretazione d’urgenza, spesso non riconducibili a un disegno unitario razionale e logico, ma mossi dall’emotività del momento.

Se si analizzano le leggi emergenziali in ambito penalprocessualistico si constata che si tratta di interventi che introducono o modificano norme dirette a perseguire i reati secondo degli schemi che si sono consolidati e che presentano le seguenti caratteristiche.

A) Si è determinato un aggravamento della sanzione per taluni reati, ovvero per quelli di volta in volta forieri di maggior allarme sociale, con creazione di nuove figure criminali (terroristi, tossicodipendenti, immigrati, disturbati mentali, no global). A ciò ha corrisposto un’attenuazione, se non addirittura la cancellazione, delle norme penali volte a reprimere la criminalità dei colletti bianchi. L’esperienza di Tangentopoli è lontana, se ne è persa memoria, tanto che, se si usa questa espressione, molti giovani non sanno assolutamente a cosa si riferisca, e soprattutto non ha insegnato pressoché nulla, dato che si sono riscritte le regole del falso in bilancio, di fatto eliminandolo.

B) Le leggi emergenziali si accompagnano a politiche dell’ordine pubblico che procurano o fingono di procurare nuove risorse materiali, ma soprattutto elevano la soglia di attenzione delle forze di polizia verso certi comportamenti (che non necessariamente costituiscono reati). Si pensi, per fare un esempio, al patto per la sicurezza siglato tra i sindaci delle maggiori città e il ministro degli interni, che comporta la promessa di più mezzi, di più uomini, di più risorse. La conseguenza assai pericolosa è che viene meno in tal modo la distinzione fondamentale tra comportamenti penalmente rilevanti e comportamenti solo antisociali.

C) Queste leggi danno corpo alle esigenze di sicurezza e giustizia presenti nella società attraverso un linguaggio, che è sempre più ricorrente nei discorsi dei politici, e che spesso si riduce a meri slogan (uno per tutti, tolleranza zero) facilmente comprensibili dall’opinione pubblica e anzi di facile presa, con l’intento evidente di raccogliere consensi. Questo fenomeno è molto diffuso anche in altri Paesi, e con effetti ben più gravi: si pensi ad esempio alla Francia, dove le campagne presidenziali del 2002 e del 2007 sono state caratterizzate proprio dal tema della sicurezza e del contrasto alla delinquenza, e hanno portato all’emanazione di leggi particolarmente dure e repressive, specie nei confronti della devianza minorile.

Il “nemico” è sempre più o meno lo stesso (tossicodipendenti, emarginati, immigrati non necessariamente senza permesso di soggiorno, terroristi). La gestione del conflitto sociale diventa una questione di ordine pubblico, gli interventi per affrontare e cercare di risolvere il disagio sociale si tramutano in questioni di ordine pubblico.

Se si passa a esaminare gli interventi normativi riguardanti l'ambito più strettamente penitenziario, si può subito rilevare che la riforma del 1986 (l. 10 ottobre 1986, n. 663) è il risultato di una legge approvata in Parlamento a seguito di un regolare *iter* caratterizzato da un intenso dibattito parlamentare, mentre gli interventi successivi sono stati adottati con decreto-legge sotto la spinta di avvenimenti contingenti. Nel giro di poco tempo viene a mutare il quadro che aveva portato all'approvazione della novella del 1986: innanzitutto a causa dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale e della contestuale introduzione di riti speciali, quali l'abbreviato e il patteggiamento, i quali – comportando una riduzione (consistente) di pena – hanno come effetto immediato di eliminare la proporzionalità fra reato commesso e pena e di eliminare il presupposto oggettivo (il *quantum* di pena richiesto) per l'ammissione a taluni benefici penitenziari. Ciò si traduce nella percezione da parte dell'opinione pubblica, e non solo, di una premialità eccessiva correlata, altresì, al fenomeno delle decarcerizzazioni operate attraverso permessi premio e misure alternative.

A questi elementi si aggiunge il problema della criminalità organizzata, che in quegli anni acquista una dimensione sempre più preoccupante, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto quello qualitativo (omicidio del giudice Livatino, attentati ad altri giudici, omicidio di alcuni imprenditori, lotte intestine per il predominio). Non solo, alcuni condannati ammessi a misure alternative avevano approfittato proprio di queste misure per commettere altri gravi reati o per rendersi irreperibili. Questi episodi accentrano l'attenzione sulla questione penitenziaria, tanto che con la l. 19 marzo 1990, n. 55 si restringe l'ambito di applicabilità dei permessi premio: è il primo di una lunga serie di interventi diretti a imprimere una svolta in chiave restrittiva e a dedicare attenzione alla criminalità organizzata, in specie a quella mafiosa. Non a caso la legge 55/1990 è intitolata «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale» e, come si è appena ricordato, cerca di affrontare il problema della criminalità organizzata, che non era oggetto di specifica autonoma regolamentazione, se si eccettua il riferimento contenuto nel testo all'epoca vigente dell'art.47-ter comma 2 ord.penit., in cui si vietava la concessione della detenzione domiciliare quando fosse accertata la «attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». Al di là della scarsa coerenza rispetto al sistema di una simile preclusione volta a escludere la fruizione di una misura caratterizzata da finalità umanitarie e assistenziali correlate allo *status* del condannato, con la conseguenza di far prevalere ragioni di segno diverso (tutela dell'ordine pubblico e prevenzione della recidiva), non si può non sottolineare come il legislatore abbia fatto ricorso a espressioni assai poco tecniche. Qui si parla di collegamenti, nell'art.14-bis ord.penit. si fa riferimento a detenuti, che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri reclusi: si tratta di espressioni eleganti per alludere a fenomeni assai diffusi, nel primo caso allo stretto legame ideologico e materiale dell'affiliato con l'organizzazione di appartenenza (visto che è quest'ultima a provvedere al pagamento delle spese processuali e al mantenimento della famiglia), nel secondo caso si allude a fenomeni di asservimento ideologico e materiale.

Nell'originaria formulazione dell'art.47 si poneva il divieto di concessione in relazione a condanne per taluni delitti specificamente indicati (rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo estorsivo), che sono poi quelli che in quel momento suscitavano particolare allarme sociale. Con la legge 55/1990 nell'art.30-ter ord.penit. viene aggiunto un comma 1-bis (poi abrogato), in cui si subordina la concessione del permesso premio, quando la condanna sia intervenuta per sequestro di persona o per reati di criminalità organizzata o per reati commessi per finalità di terrorismo o eversione, all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La concessione è dunque subordinata a un regime probatorio differenziato, che si affermerà ben presto, dato che la formula e il regime probatorio a essa connesso verranno poi accolti nell'art.4-bis ord.penit.

A prescindere da una breve parentesi temporale, nella quale il legislatore con il d.l. 13 novembre 1990, n. 324 intitolato «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e

buon andamento dell'attività amministrativa» pone un divieto di concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure alternative per coloro che fossero stati condannati per una serie di delitti ritenuti dal legislatore espressione di appartenenza alla criminalità organizzata o eversiva, vengono adottati ben tre decreti-legge che si susseguono e si legano a quello ora ricordato, essendo la reiterazione, con i quali si cerca di fissare una regola probatoria alla quale la magistratura di sorveglianza doveva attenersi nella concessione dei benefici penitenziari. Nel primo di questi decreti-legge l'applicazione era subordinata alla concreta sussistenza della prova negativa circa la «attualità» di collegamenti, negli altri decreti-legge (fino a giungere alla legge di conversione) si opta per un regime meno severo e si dividono in fasce i delitti riconducibili alla criminalità organizzata: la prima comprendeva delitti di sicura riferibilità a detta criminalità, in relazione ai quali la concessione era subordinata all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti»; la seconda comprendeva delitti di per sé non riferibili direttamente, in relazione ai quali la concessione era ammessa, salvo che fossero accertati «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva».

In questo modo si viene a delineare un doppio regime penitenziario (triplo con riferimento ai collaboratori di giustizia) correlato alla natura del reato commesso e alla pericolosità presunta connessa a tale reato. Si noti che l'operazione di controbilanciamento della legge 663/1986 viene realizzata con modifiche a norme preesistenti (artt.21, 30-ter, 50) e con l'introduzione di nuove norme (artt.4-bis, 58-ter, 58-quater). In particolare è l'art.4-bis a rivestire un ruolo fondamentale nella nuova politica penitenziaria: a sottolineare questo aspetto sta la collocazione tra i «principi direttivi», proprio per evidenziare la funzione di contrappeso alle disposizioni contenute tra quegli stessi principi e dedicate alle garanzie e ai diritti dei condannati. Non vi è dubbio, quindi, che con l'introduzione dell'art.4-bis si voleva controbilanciare un sistema che veniva ritenuto squilibrato in *favor rei*. Questa norma è stata oggetto di modifiche senza che la sua struttura sia mai stata intaccata nella sostanza, anche se non si può non cogliere in queste innovazioni un adeguamento, da un lato, a modifiche legislative in altri settori, dall'altro agli insegnamenti della Corte costituzionale intervenuta proprio sulla disciplina dell'art.4-bis.

Se si analizza il catalogo dei reati ostativi contemplati nelle versioni di volta in volta innovate, si può allora constatare come tale catalogo si estenda al verificarsi di fenomeni criminali che suscitano un particolare allarme sociale (traffico di immigrati, reati a sfondo sessuale, terrorismo). Sono proprio i reati di terrorismo a costituire una cartina al tornasole particolarmente interessante ed emblematica, con i loro spostamenti nelle diverse fasce considerate dall'art.4-bis, della *ratio* che caratterizza gli interventi in questo ambito, ovvero quella di inviare messaggi rassicuranti all'opinione pubblica. Infatti, tali fattispecie nella versione originaria comparivano nella prima fascia, confluivano poi con la riforma del 1992 nella terza fascia di delitti, quella meno rigorosa, che pone il divieto di ammissione ai benefici per l'esistenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, dato che l'allarme sociale suscitato da queste fattispecie era in gran parte scemato. Con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 queste fattispecie ritornano nella prima fascia, quella considerata più grave: la concessione è subordinata alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art.58-ter, con le eccezioni riconosciute dalla Corte costituzionale e trasfuse nel nuovo testo dell'art.4-bis.

## **Gli interventi normativi del 2009 e l'art.4-bis ord.penit.**

Il catalogo subisce ulteriori modifiche a opera del d.l. 23 febbraio 2009, n.11, che – varato sull'onda emotiva di alcuni gravi episodi – introduce accanto a quelli già inseriti nel primo periodo i reati previsti dagli artt.600-*bis* comma 1 c.p. (induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile) 600-*ter* commi 1 e 2 c.p. (pornografia minorile), 609-*bis* c.p. (violenza sessuale), 609-*ter* c.p. (violenza sessuale aggravata), 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minore infraquattordicenne o infrasedicenne compiuti da ascendente, genitore anche adottivo, il di lui convivente, tutore, o da colui al quale il minore sia affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia ), e 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo).

In realtà queste fattispecie erano già previste ma all'interno della terza fascia di destinatari dei divieti superabili ove non sussistano elementi dai quali desumere collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Lo spostamento di "fascia" evidenzia l'intenzione del legislatore di inasprire nei confronti degli autori di questi reati il regime trattamentale, richiedendo una collaborazione ai sensi dell'art.58-*ter* ord.penit., ma una simile previsione creava non pochi problemi interpretativi in ordine al concetto di collaborazione rapportato agli autori dei delitti a sfondo sessuale.

Anche la flessibilità del catalogo in ragione delle diverse emergenze conferma appunto come la norma voglia costituire un punto fermo a fronte di un sistema penitenziario che si presenta sempre più sfilacciato e incoerente, e che ha visto dilatarsi l'ambito di operatività di talune misure alternative solo in chiave di deflazione della popolazione detenuta (ad esempio la detenzione domiciliare nelle diverse ipotesi). L'art.4-*bis* citato vuole evitare che persone condannate per determinati delitti, di volta in volta ritenuti sintomatici di pericolosità sociale, possano lasciare il carcere: si è creata una presunzione di pericolosità superabile solo attraverso condotte collaborative o in presenza di determinati elementi.

La legge di conversione l. 23 aprile 2009, n. 38 rimodella l'art.4-*bis* suddividendo il 1 comma in 4 diversi commi ed espungendo dal 1 comma i delitti di violenza sessuale (artt.609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* c.p.) e richiedendo per l'ipotesi di cui all'art.609-*octies* c.p. la condizione di cui al comma 1-*quater*, oltre alla collaborazione.

L'intervento operato da ultimo con la l. 15 luglio 2009, n. 94 mira a razionalizzare la previsione contenuta nell'art.4-*bis* e soprattutto a correggere i coordinamenti interni sulla base delle modifiche intervenute. Il risultato di questo intervento è quello di disciplinare le diverse ipotesi, le "fasce" dei destinatari, in commi distinti per maggior chiarezza e di modificare, come si diceva, i riferimenti interni ad altre disposizioni là dove prima si faceva riferimento al comma 1 dell'art.4-*bis*.

L'art.4-*bis* – come già si è accennato – comporta un divieto di fruizione di benefici penitenziari individuati dal legislatore: lavoro all'esterno, permessi premio, misure alternative, eccezione fatta per le riduzioni di pena indicate dal legislatore con l'espressione liberazione anticipata (che è la rubrica dell'art.54 ord.penit.).

Il divieto non si estende ai permessi cosiddetti di necessità, al differimento di pena ex artt.146 e 147 c.p., alla detenzione domiciliare ex art.47-*ter* comma 1-*ter* ord.penit. (cioè nei casi di cui agli artt.146 e 147 c.p.) perché si ritiene prevalente il principio di umanità della pena sulle esigenze di sicurezza della collettività. Inoltre non opera nell'ipotesi di affidamento terapeutico, essendo la disciplina non più contenuta nella legge penitenziaria (a seguito di abrogazione tacita) ma nel d.P.R. 309/1990 (art.94). In merito qualche dubbio è sorto ove si consideri che l'art.656 comma 9 c.p.p. vieta l'operatività del meccanismo sospensivo dell'esecuzione ai condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* citato. Ma la collocazione della previsione al di fuori della legge penitenziaria e soprattutto la sua *ratio* inducono a ritenere che il *favor rei* non sia venuto meno: la condanna esclude la sospensione dell'esecuzione, ma non incide sulla fruibilità della misura.

L'art.47-*quater* comma 9 ord.penit. consente espressamente di concedere l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare ai soggetti affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria. Parimenti non opera il divieto per le misure di sicurezza, non essendo ricomprese nell'elenco dell'art.4-*bis*. Le preclusioni contenute nell'art.4-*bis* operano, invece, in relazione alla liberazione condizionale per effetto della previsione contenuta nel d.l. 152/1991 conv. l. 203/1991.

I destinatari del divieto espresso nell'art.4-*bis* sono indicati con la dizione generica «detenuti» e «internati»: più esattamente il divieto opera anche nei confronti degli imputati, dato che questi possono ottenere il lavoro all'esterno, che viene elencato tra i benefici per i quali opera la preclusione.

Prima di esaminare la disciplina attuale, è opportuno sottolineare che alcune delle ipotesi delittuose sono state indicate facendo riferimento alla norma che le prevede, altre vanno individuate verificando l'applicazione di circostanze aggravanti o attenuanti e altre valutando il contesto e le modalità di commissione. Nulla si dice nell'art.4-*bis* del tentativo, per cui ci si è chiesti se il delitto rimasto a tale stadio sia ricompreso nell'ambito di operatività della norma stessa. La giurisprudenza è orientata in senso affermativo, anche se non si può non sottolineare che, costituendo il tentativo una figura autonoma, dovrebbe non applicarsi il divieto.

Un ulteriore problema di particolare rilevanza è quello che attiene alla presenza di più condanne per reati non tutti ostativi e al cumulo delle pene inflitte. Si sono formati due orientamenti nettamente contrapposti: l'uno che riteneva inscindibile il cumulo e quindi il reato preclusivo in assoluto, escludendo la possibilità che si potesse ritenere espiata per prima la pena relativa al reato ostativo, l'altro favorevole allo scioglimento del cumulo delle pene, non potendo queste risolversi in un danno per il condannato; sicché, ove determinati effetti penali negativi fossero collegati alle singole pene e non fossero altrimenti determinabili se non in rapporto a una loro autonoma e distinta valutazione, le pene dovevano riacquistare la loro individualità, previo scioglimento temporaneo e parziale del cumulo. La Corte costituzionale, dichiarando non fondata una questione di legittimità costituzionale ed escludendo che il primo orientamento, pur ampiamente consolidato, costituisse "diritto vivente", ha ritenuto che «nella disciplina dell'art.4-*bis* non si rinvenivano dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall'art.4-*bis* abbia creato una sorta di *status* di "detenuto pericoloso" che permei di sé l'intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna. Al contrario, 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, deve ritenersi ulteriormente valorizzato il tradizionale insegnamento 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. La contraria opinione collega invece il permanere della pericolosità soggettiva al dato contingente di un rapporto esecutivo in atto; con la conseguenza che, per circostanze meramente casuali (dipendenti ad esempio dal sopravvenire di nuovi titoli detentivi nel corso dell'esecuzione della pena per precedenti condanne) verrebbe ad atteggiarsi in modo differente il regime dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative. Una tale conseguenza configurerebbe, sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione di situazioni tra loro assimilabili, la lesione dell'art.3 Cost.; sicché, in presenza del riferito contrasto di orientamenti giurisprudenziali deve comunque essere preferita la soluzione interpretativa conforme a Costituzione, che è quella di cui è espressione l'orientamento più tradizionale»<sup>1</sup>. Tuttavia ha continuato a sopravvivere un orientamento contrario alla scindibilità del cumulo, così che sono poi intervenute le Sezioni Unite<sup>2</sup>, che hanno affermato la necessità di sciogliere il cumulo e di calcolare come pena espiata per prima quella riferita al reato preclusivo.

---

<sup>1</sup> Così Corte cost. 19 luglio 1994, n. 361.

<sup>2</sup> Si tratta di Cass. Sez. Un. 30 giugno 1999, Ronga, in *Giust. pen.* 1994, II, c.164.

Per quanto riguarda l'effetto preclusivo, il legislatore ha operato distinzioni, suddividendo i detenuti in ragione del delitto imputato o ritenuto in sentenza, la dottrina al riguardo ha sempre preferito fare ricorso alla divisione in "fasce".

Nel comma 1 sono individuate le fattispecie ritenute dal legislatore più gravi, in relazione alle quali è posto un divieto di fruizione dei benefici superabile attraverso la collaborazione processuale così come definita nell'art.58-ter ord.penit. Si tratta dei delitti di associazione mafiosa (art.416-bis c.p.) e dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da quest'ultimo articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, dei delitti di cui agli artt.600 c.p. (riduzione in schiavitù), 600-bis comma 1 c.p. (induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile), 600-ter commi 1 e 2 c.p. (pornografia minorile), 601 c.p. (tratta di persone), 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi), 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo), qualora ricorra anche la condizione di cui al comma 1-quater, e 630 c.p., all'art.291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (d.P.R. 43/1973), e all'art.74 d.P.R. 309/1990 (associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti). Sono fatte salve le disposizioni degli artt. 16-nonies e 17-bis d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni.

Nel comma 1-bis è mantenuto il meccanismo in base al quale gli autori dei delitti indicati nel comma 1 sono ammessi ai benefici solo se siano acquisiti elementi sulla base dei quali escludere collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, o se per le modalità della partecipazione al fatto o per l'integrale accertamento del fatto la collaborazione sia oggettivamente irrilevante o non utile. Peraltro questa ipotesi non ha subito modifiche rispetto alla formulazione originaria dell'art.4-bis.

Il divieto posto nel comma 1 è superabile solo se vi sia collaborazione ai sensi dell'art.58-ter ord.penit., cioè se le persone si siano adoperate per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori o abbiano concretamente aiutato l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione e la cattura degli autori. L'accertamento di queste condotte è attribuito alla magistratura di sorveglianza, che deve assumere informazioni e sentire il p.m. presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata collaborazione. Si tratta, come ha sottolineato anche la giurisprudenza<sup>3</sup>, di un procedimento incidentale, che si inserisce in quello di sorveglianza principale, diretto a decidere in ordine alla richiesta di un beneficio presentata da chi si trovi detenuto per uno dei delitti in questione. E all'esito di questo procedimento incidentale è subordinata la concessione dei benefici richiesti. Il requisito della collaborazione viene meno quando si dimostri l'inutilità o l'ininfluenza, o ancora l'impossibilità: queste ipotesi sono frutto delle decisioni della Corte costituzionale, che è intervenuta sul punto con le sentenze 357/1994<sup>4</sup> e 68/1995<sup>5</sup> (recepite dal legislatore del 2002), per rimuovere situazioni di in-

---

<sup>3</sup> Cfr. fra le tante Cass. 14 novembre 1997, Tripodi, in *Riv. pen.* 1998, p. 290.

<sup>4</sup> È stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., dell'art. 4-bis comma 1, secondo periodo, ord.penit., nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

<sup>5</sup> È stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1, secondo periodo, ord.penit., come sostituito dall'art. 15 comma 1, lettera a), d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. l. 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. È stata dichiarata altresì l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. l. 12 luglio 1991, n. 203 nella parte in cui non prevede che i condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis possano essere ammessi alla liberazione condizionale anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

giustificata discriminazione a carico di chi, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o di persone o per un ruolo marginale, avesse dato uno scarso apporto alla giustizia. La collaborazione oggettivamente irrilevante compariva già nel testo nelle versioni previgenti e presuppone il riconoscimento di attenuanti nella sentenza di merito.

Nel comma 1-*ter* è ricompresa la c.d. terza fascia, il cui ambito di operatività è stato ampliato: accanto ai reati di omicidio (art.575), rapina (art.628 comma 3), estorsione (art.629 comma 2 c.p.), associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi (art.291-*ter* d.P.R. 43/1973), e detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti (art.73 d.P.R.309/1990) sono state inserite nuove fattispecie: l'art.600-*bis* comma 2 e 3 (prostituzione con minori di anni 18 o 16 ), 600-*ter* comma 3 c.p. (diffusione di materiale pornografico ai minori), 609-*bis* (violenza sessuale), 609-*ter* c.p. (circostanze aggravanti), 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenne) e 609-*octies* c.p. (violenza di gruppo).

Il comma 1-*quater* subordina la concessione dei benefici per gli autori di reati a valenza sessuale al requisito dell'osservazione scientifica della personalità condotta per almeno un anno con la partecipazione degli esperti di cui all'art.80 ord.penit. Al di là dei problemi di concreta realizzazione di questa previsione, a fronte dell'esiguo numero di tali operatori, si deve ribadire che essa riguarda solo coloro che sono detenuti.

Peraltro va sottolineato che non opera nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all'art.4-*bis* il meccanismo sospensivo dell'esecuzione penale di cui all'art.656 c.p.p., il cui comma 9 pone espressamente alcune preclusioni. La portata, quindi, dell'art.4-*bis* si estende operando fin dal primo atto d'inizio dell'esecuzione perché appunto va a incidere sull'ordine di esecuzione e sulla sua eventuale sospensione.

Problema ulteriore che si pone è se nei confronti degli autori di un delitto di cui all'art.609-*octies* c.p. valgono cumulativamente i due requisiti, cioè la collaborazione e l'osservazione della personalità, o siano disgiunti.

Si deve ancora fare cenno, seppur brevemente, a un altro problema derivante dall'assenza di norme transitorie che disciplinino l'applicazione del nuovo regime sia in relazione a quei soggetti, i quali, pur essendo comunque il delitto loro attribuito contemplato dall'art.4-*bis*, erano assoggettati a un diverso regime, sia in relazione a quei soggetti, che, invece, si ritrovano assoggettati a restrizioni a causa dei nuovi inserimenti negli elenchi di cui all'art.4-*bis*.

L'orientamento della Cassazione è pressoché costante nel ritenere le norme contenute nella legge penitenziaria di carattere processuale e come tali retroattive, vigendo appunto il principio *tempus regit actum*. Peraltro non si può non ricordare in proposito che nel 2002 la legge 2002/279, che aveva esteso l'ambito di operatività dell'art.4-*bis*, conteneva disposizioni transitorie dirette a escludere l'operatività nei confronti di coloro che avessero commesso i delitti antecedentemente alla data di entrata in vigore della predetta legge. L'assenza di una previsione di eguale tenore nella legge 94/2009 induce a ritenere che il legislatore del 2009 non volesse differenziare ma anzi imporre un regime più severo proprio nei confronti degli autori di talune fattispecie.

Tuttavia non si può non ricordare che analogo problema si era posto in relazione alle modifiche introdotte con il d.l. n.306/1992 conv. l. n.356/1992, che vietavano la concessione dei benefici indicati nell'art.4-*bis* ai condannati per delitti elencati nel primo periodo del 1 comma dello stesso articolo, i quali non si trovavano nella condizione prevista dall'art.58-*ter* ord.penit. La Corte costituzionale, in più occasioni<sup>6</sup> ha ritenuto illegittimo l'art.4-*bis* nella parte in cui non consente la fruizione di benefici a coloro che prima delle modifiche apportate già ne godevano (purché non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata) e ancora nella parte in cui non consente la fruizione di benefici a coloro che prima delle modifiche suddette avevano raggiunto uno stadio del percorso rieducativo tale da consentire la fruizione di benefici. La Corte ha, cioè, ri-

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost. 11 dicembre 1995, n. 504, 16 dicembre 1997, n. 445 e 14 aprile 1999, n. 137.

tenuto violato il finalismo rieducativo della pena, che trova, a differenza di altre funzioni della pena, espresso riconoscimento nell'art.27 Cost.: in particolare il principio della progressività trattamentale verrebbe compromesso da un meccanismo ablativo simile alla revoca, che opererebbe in modo del tutto automatico e indipendentemente dalla condotta negativa tenuta dal condannato.

La salvaguardia del percorso risocializzante intrapreso dal detenuto ha condotto la Corte costituzionale a dichiarare con le sentenze 257/2006 e 79/2007 l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art.27 comma 3 Cost., delle previsioni contenute nella legge 251/2005, dirette a impedire la concessione di benefici nei confronti di detenuti ai quali sia stata applicata la recidiva specifica ex art.99 comma 4 c.p.<sup>7</sup>: la Corte mira a evitare immotivate interruzioni del percorso risocializzante nei confronti del detenuto, che prima dell'entrata in vigore di dette previsioni aveva aderito positivamente alle offerte trattamentali.

Questi numerosi precedenti inducono a ben sperare, e cioè che, ove venisse sollevata questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art.27 comma 3 Cost., dell'art.4-bis così come modificato, la Corte si allineerebbe all'orientamento da tempo seguito<sup>8</sup>.

Nel procedimento incidentale, cui si è fatto cenno sopra, acquista rilievo il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (c.p.o.s.), a cui vengono richieste dettagliate informazioni: il comitato (o il questore nei casi di cui al comma 1-ter) è il tramite, dunque, mediante il quale assumere le informazioni necessarie alla decisione. Decisione che interviene trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni: la previsione viene interpretata da taluni nel senso che il giudice non può decidere prima che sia decorso tale termine.

Si noti che il termine di trenta giorni ai sensi del comma 3 è prorogato di ulteriori trenta giorni, laddove il comitato ritenga che siano sussistenti «particolari esigenze di sicurezza» o che i collegamenti siano tenuti «con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali».

Quanto poi alle «dettagliate informazioni» si ritiene che esse non possano essere appunto generiche, ma debbano fornire elementi concreti, idonei a dimostrare la sussistenza o meno degli elementi comprovanti i collegamenti con la criminalità organizzata: si parla di rapporti di parentela, carichi pendenti, appartenenza a gruppo malavitoso.

La richiesta ha carattere obbligatorio, tanto che il provvedimento del giudice privo delle predette informazioni viene considerato nullo per omessa motivazione, mentre nel caso di informazioni tardive si reputa che il giudice possa e debba decidere. Quanto al parere espresso dal c.p.o.s. si ritiene non abbia carattere vincolante per il giudice, che in motivazione deve dare conto delle ragioni che lo inducono ad assumere una decisione in difformità dal parere acquisito.

La funzione di sbarramento attribuita alla previsione dell'art.4-bis si perfeziona con il divieto posto nel comma 3-bis di fruizione di misure alternative nei confronti di detenuti e internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La pericolosità sociale non è presunta sulla base del titolo di reato commesso, ma viene desunta dai collegamenti con la criminalità organizzata. Da un lato la previsione pare avere un ambito di operatività estremamente ampio, riferendosi gene-

---

<sup>7</sup> Il riferimento è all'art.30-*quater* ord.penit. in relazione ai permessi premio, e all'art.58-*quater* comma 7-*bis* ord.penit. in relazione all'affidamento in prova, alla detenzione domiciliare, alla semilibertà.

<sup>8</sup> E proprio rifacendosi a tale orientamento della Corte costituzionale è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art.4-bis comma 1, così come modificato dal d.l. 11/2009, che inseriva tra i delitti ostativi quello di cui all'art.609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenni) impedendo la fruizione dei permessi premio a chi precedentemente all'intervento normativo citato già ne godeva. Cfr. Trib. Sorv. Catanzaro 7 aprile 2009, XY, in *Gazz. uff.*, serie speciale, 24 giugno 2009, n. 25. Anche il Tribunale per i minori di Trento ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 27 comma 3 e 31 Cost., dell'art. 656 comma 9 c.p.p. e dell'art.4-bis ord.penit., nella parte in cui si riferiscono anche a condannati che commisero i fatti da minori precludendo loro l'accesso a misure alternative per i delitti di cui agli artt. 609-*quater* e 609-*octies* c.p. inseriti nell'art. 4-bis successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna in esecuzione. Cfr. Trib. min. Trento 6 luglio 2009, T.A., in *Gazz. uff.*, serie speciale, 14 ottobre 2010, n. 41.

ricamente a «delitti dolosi» di qualunque tipo, dall'altro collega il divieto all'attualità dei collegamenti: non vi è una presunzione assoluta di pericolosità, essendo questa dedotta dai predetti collegamenti. Peraltro sulla base del riferimento al procuratore antimafia sembrerebbe potersi circoscrivere l'operatività di questa previsione ai delitti a lui attribuiti in forza del rinvio operato nell'art.51 comma 3-bis c.p.p.

Al fine di delimitare l'ambito di operatività si è ritenuto che, benché non richiamata, la collaborazione prestata faccia venir meno il divieto.

La previsione suscita perplessità anche sotto un altro profilo giacché la norma è formulata in modo secco, ingenerando dubbi sulla valenza della comunicazione del Procuratore nazionale antimafia, che precluderebbe ogni margine di valutazione alla magistratura di sorveglianza (tanto che si è parlato di un potere di veto). Mi pare, invece, che tale comunicazione non sia vincolante e debba fondarsi su «precisi riscontri fattuali» e ancora che la magistratura debba procedere a un rigoroso controllo della logicità, compiutezza e idoneità delle circostanze di fatto che sottostanno al parere del Procuratore nazionale antimafia. Compito, questo, non facile perché nella formulazione si parla di “comunicazione” e non di informazioni, così che la prima potrebbe anche concretarsi in mere affermazioni prive di motivazione o di dati o di circostanze a supporto. Questa scelta del legislatore potrebbe forse trovare giustificazione nell'intento di tutelare la segretezza delle indagini, pur tuttavia, se si considera che per espressa previsione si rendono non operanti le garanzie di cui ai commi 2 e 3, la lesione della funzione giurisdizionale appare grave, posto che risultano gravemente limitati gli spazi decisionali del giudice.

Come si deduce anche dalla previsione del comma 3-bis, l'obiettivo era quello di imbrigliare la magistratura di sorveglianza, limitandone gli spazi di discrezionalità decisionale, tuttavia non è chiaro fino a che punto sia stato raggiunto, dato che secondo l'orientamento maggioritario della casazione, la magistratura di sorveglianza, come già si è accennato, deve esercitare un potere di controllo sulla comunicazione e non ne è vincolata.

Ma l'art.4-bis esplica la sua valenza ben oltre i suoi confini, dal momento che attraverso il riferimento ai delitti indicati nel 1° comma determina l'area dei destinatari del provvedimento sospensivo delle regole trattamentali di cui all'art.41-bis comma 2 ord.penit.

## **Il regime differenziato *in peius* di cui all'art.41-bis comma 2 ord.penit.**

La l. 15 luglio 2009, n.94 intende rispondere, secondo le intenzioni del Governo, alla «aggressione della criminalità diffusa e all'attività riconducibile alla criminalità organizzata, fenomeni che incidono direttamente sulla sicurezza dei cittadini». La legge si ricollega agli interventi varati nel 2008 (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. l. 24 luglio 2008, n. 125) e parimenti dedicati al tema della sicurezza pubblica. Il provvedimento si caratterizza per essere un contenitore di misure dirette a soddisfare la richiesta di sicurezza avanzata dai cittadini, i cui contenuti affrontano il tema dell'illegalità diffusa, della sicurezza urbana, compresa quella derivante dalla circolazione stradale, del degrado urbano, e delle misure di contrasto alla criminalità organizzata.

Proprio in questa prospettiva tale legge è intervenuta anche sul regime differenziato *in peius* di cui all'art.41-bis ord.penit., accentuando ancor più il sistema del “doppio binario”, introdotto con la legislazione degli anni Novanta del secolo scorso e via via successivamente perfezionato, diretto specialmente a combattere la criminalità organizzata, soprattutto quella mafiosa. In particolare le

modifiche sono rivolte a inasprire questo regime oltre che ad ampliarne l'ambito di operatività, con l'intento dichiarato di «rendere ancora 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»<sup>9</sup>. Il regime di cui al 2 comma dell'art.41-*bis* è stato inserito nell'ordinamento penitenziario nel 1992 (d.l. 306/1992 conv. l. 356/1992) dopo le stragi di Capaci e di Palermo (in cui furono uccisi i giudici Falcone, Morvillo, Borsellino e alcuni uomini delle loro scorte), con la finalità dichiarata di neutralizzare la pericolosità di esponenti mafiosi detenuti e di impedire qualunque collegamento tra costoro e il mondo esterno. Dapprima introdotta come norma a efficacia temporanea e fatta oggetto di numerose proroghe, è stata poi definitivamente inglobata nella legge penitenziaria con la legge 279/2002.

Rinviando a quanto esposto nel testo adottato per quel che concerne i profili generali dell'istituto in esame, mi limiterò qui a esaminare le modifiche introdotte con la novella del 2009.

Innanzitutto le modifiche mirano ad ampliare il novero dei destinatari del regime differenziato, rappresentati da «detenuti e internati»: è opportuno precisare subito che con l'espressione «detenuti» si ricomprendono non solo i condannati ma anche gli imputati e le persone sottoposte alle indagini, come si deduce dal riferimento «all'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari», e «all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice procedente», nonché alla misura cautelare sofferta dalla persona.

Essi sono individuati, come già si è accennato, attraverso il richiamo al primo periodo del comma 1 dell'art.4-*bis* ord.penit.: il catalogo, come già è stato ricordato, è stato arricchito di nuove fattispecie, così che, conseguentemente, risulta ampliato l'ambito di operatività. Non solo, ma con due interventi nel corpo stesso dell'art.41-*bis* il regime risulta ora applicabile a «coloro che abbiano commesso un delitto avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva». È evidente come attraverso questa formulazione, ripresa dall'art.4-*bis* ord.penit., il regime sia applicabile non più solo in ragione di specifici delitti indicati dal legislatore, ma per una qualunque ipotesi di reato comune che presenti le caratteristiche sopra ricordate, le quali coincidono con l'aggravante prevista dall'art.7 d.l. 152/1992 conv. legge 203/1992<sup>10</sup>. In tal modo, senza citare espressamente questa norma, il legislatore sembra qui recepire l'orientamento della Cassazione, secondo cui il regime sospensivo può essere applicato anche se non sia stata contestata e ritenuta in sentenza l'aggravante di cui al citato art.7.

Non solo, ma la disposizione contenuta nell'ultima parte dello stesso art.41-*bis*, secondo cui, in caso di unificazione di pene, non opera lo scioglimento del cumulo, così che la sospensione può essere adottata anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti di cui all'art.4-*bis*, rende evidente l'intenzione di estendere l'ambito di applicabilità del regime in esame. Si noti come la disposizione ora richiamata contrasti nettamente con l'orientamento della Cassazione, in particolare delle Sezioni Unite<sup>11</sup>, secondo cui si procede a scioglimento del cumulo tutte le volte in cui ne possa derivare un beneficio per il condannato. In realtà è stato recepito un orientamento relativamente recente e minoritario, che ritiene del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione

---

<sup>9</sup> Così si legge nella Relazione delle Commissioni permanenti 1° e 2° riunite, in *Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni*, XVI legislatura, stamp. n.733-A, p.6 sg.

<sup>10</sup> L'art. 7 l. 12 luglio 1991, n. 203, recita: «Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art.416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art.98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma primo, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

<sup>11</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 30 giugno 1999, Ronga, cit.

del regime speciale la circostanza che il detenuto abbia espiato la parte di pena relativa al reato o ai reati che legittimerebbero l'applicazione del regime sospensivo.

La disciplina così introdotta suscita perplessità in relazione all'art.3 Cost. e all'art.27 Cost. per violazione del principio di eguaglianza e del finalismo rieducativo. Non solo, ma si potrebbe determinare la situazione paradossale per cui uno stesso detenuto condannato per uno dei delitti di cui all'art.4-*bis* comma 1 potrebbe essere ammesso ai benefici avendo espiato la parte di pena relativa al reato ostativo, ma potrebbe anche essere destinatario di un provvedimento impositivo del regime differenziato.

Nulla è modificato per quanto concerne l'attribuzione del potere sospensivo in capo al ministro della giustizia, che può provvedere con decreto motivato anche su richiesta del ministro dell'interno. È stata invece oggetto di una pesante modifica la previsione relativa alla durata del provvedimento sospensivo, portata a quattro anni: nella previgente disciplina si disponeva che il regime differenziato avesse una durata non inferiore a un anno e non superiore a due, prorogabile per periodi ciascuno di un anno, sempre che si confermasse la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata. Attualmente la durata, come già si è precisato, è di quattro anni prorogabile per periodi ciascuno di due anni.

Si tratta di una scelta incomprensibile, che non trova giustificazione neppure di fronte ai tempi eccessivamente lunghi utilizzati dai tribunali di sorveglianza per decidere sui reclami, che erano stati stigmatizzati in più occasioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art.6 Cedu<sup>12</sup>. Il legislatore avrebbe dovuto adeguarsi a quanto indicato dalla Corte europea introducendo un sistema di garanzie effettive anziché dilatare a dismisura la durata del provvedimento.

È immediato constatare che, essendo predeterminata la durata, non è più possibile, neppure per il ministro, graduare il provvedimento, adattandolo alle concrete esigenze del singolo caso: sotto questo profilo appare evidente la violazione dell'art.3 Cost. giacché situazioni di pericolosità non eguali vengono trattate allo stesso modo. Ma è in relazione all'art.27 comma 2 Cost. che si pongono maggiori problemi di legittimità costituzionale della nuova previsione. Come già si è ricordato, il regime differenziato è applicabile anche agli indagati, che possono essere sottoposti a provvedimenti limitativi della libertà personale per un periodo massimo di sei anni se si tratta di un delitto punito con la pena dell'ergastolo o con la pena della reclusione superiore nel massimo a venti anni (art.303 ult. comma lettera *c* c.p.p.) o per un periodo massimo di quattro anni se si tratta di un delitto punito con la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni (art.303 ult. comma lettera *b* c.p.p.). La durata comunque della custodia cautelare non può, in caso di sospensione, superare il doppio dei termini previsti dall'art.303 commi 1, 2, 3 c.p.p.

A fronte della rigidità della previsione la persona indagata potrebbe essere sottoposta al regime *in peius* per tutto il periodo delle indagini preliminari, quando ancora nei suoi confronti non è stata formulata neppure un'imputazione, ma solo a causa dell'iscrizione della notizia di reato con una qualificazione giuridica ricompresa nell'elenco dell'art.4-*bis* comma 1 primo periodo, la quale potrebbe non essere confermata in sede di esercizio dell'azione penale. Non solo, le indagini potrebbero concludersi con la richiesta di archiviazione. È evidente, più ancora che con riferimento alla previgente disciplina, la violazione della presunzione di non colpevolezza. dato che indagati e imputati sono sottoposti al medesimo trattamento dei condannati. E ciò è ancora più grave ove si pensi che nel comma 2-*bis*, nel disciplinare le ipotesi di proroga, il legislatore ha fatto riferimento a «nuove incriminazioni non precedentemente valutate» (che giocano a sfavore del detenuto), ma non prende

---

<sup>12</sup> Cfr., fra le molte, Corte eur. dir. uomo 4 dicembre 2007 - 4 marzo 2008, Papalia c. Italia, 60395/00; Corte eur. dir. uomo 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, n.56317/00; Corte eur. dir. uomo 28 giugno Gallico c. Italia, n. 53723/00; Corte eur. dir. uomo 8 febbraio 2005, Bifulco c. Italia, n. 60915/00; Corte eur. dir. uomo 30 ottobre 2003, Ganci c. Italia, n.41576/98.

invece in considerazione l'ipotesi contraria di modifica *in melius* delle incriminazioni e comunque della situazione processuale, essendo stato soppresso il potere di revoca anticipata.

L'inasprimento determinato dalla rigida predeterminazione della durata risulta, dunque, più pesante anche per effetto dell'abrogazione della disposizione contenuta nel comma 2-ter dell'art.41-bis, che consentiva al ministro di revocare anticipatamente rispetto alla scadenza il provvedimento sospensivo, qualora fossero venute meno le condizioni che avevano legittimato l'adozione o la proroga del provvedimento stesso.

La proroga è basata su di una condizione espressa in negativo, ovvero che non sia venuta meno la capacità di mantenere contatti, che è parsa come una sorta di *probatio diabolica*, «non essendo possibile offrire la prova di ciò che non sussiste». Si noti come non si debba provare la cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, ma il venir meno della capacità di mantenere collegamenti, che è poi l'obiettivo del regime differenziato. Con il che tornano ad affiorare i dubbi sulla reale efficacia di questo regime a recidere i collegamenti con l'organizzazione criminale<sup>13</sup>, se appunto se ne rende necessaria una proroga.

Rispetto alla disciplina previgente, è stato introdotto per la valutazione del permanere della «capacità di mantenere collegamenti» il riferimento al «profilo criminale», alla «posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione», alla «perdurante operatività del sodalizio criminale», alla «sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate», agli «esiti del trattamento penitenziario» e al «tenore di vita dei familiari del sottoposto». Si tratta di parametri molto eterogenei tra di loro, utilizzati spesso dalla giurisprudenza in questi anni, che vengono recepiti dal legislatore. Alcuni di questi sono indicati con espressioni estranee alla sistematica del diritto penale e del processo penale: ad esempio l'espressione «profilo criminale», che richiama studi criminologici.

Si noti poi come il legislatore faccia riferimento al «trattamento penitenziario» e non a quello risocializzante: benché la Corte costituzionale<sup>14</sup> abbia affermato che non possono essere soppresse le «attività di osservazione e di trattamento individualizzato» previste dall'art. 13 ord.penit., né le «attività culturali, ricreative, sportive o di altro genere volte alla rieducazione della personalità previste dall'art.27» ord.penit., in realtà dette attività si riducono a ben poca cosa, dovendo essere organizzate nel rispetto delle esigenze di ordine e sicurezza al cui soddisfacimento mira il regime in esame<sup>15</sup>.

A questi parametri di valutazione viene aggiunto poi «il mero decorso del tempo», che non vale a «escludere appunto la capacità di mantenere collegamenti o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa». La precisazione è diretta a contrastare l'orientamento dei tribunali di sorveglianza, che annullavano il decreto ministeriale basandosi sul fattore temporale, e più precisamente sulla lunga permanenza in regime differenziato.

---

<sup>13</sup> Si pensi al caso del boss Antonio Cinà, che aveva cercato di progettare un attentato al Procuratore nazionale antimafia (in «Corriere della Sera», 28 aprile 2008, p.17) o al caso di altri boss (Sparta e Aparò), che tramite i colloqui con la famiglia continuavano a dirigere l'organizzazione cui appartenevano.

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost. 26 novembre 1997, n. 376.

<sup>15</sup> Non si può non ricordare che il Comitato per la prevenzione della tortura a seguito della visita effettuata nel 2004 segnalava il pericolo derivante dalle proroghe automatiche e dalla lunga sottoposizione al regime in esame caratterizzato da pesanti restrizioni che lo equiparavano alla negazione stessa del trattamento penitenziario (cfr. il Rapporto 2004, in [www.coe.int](http://www.coe.int)).

## Il contenuto del provvedimento sospensivo

Le modifiche del 2009 hanno inciso in modo particolarmente pesante sul contenuto del provvedimento sospensivo delle regole trattamentali delineato nel comma 2-*quater*.

La nuova formulazione premette all'elenco delle restrizioni la precisazione che i soggetti sottoposti al regime *in peius* sono «ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria». Questa precisazione riflette quella che è da sempre la prassi dell'amministrazione penitenziaria diretta a custodire questi soggetti in istituti o sezioni di istituto a essi riservati e con la vigilanza effettuata da un nucleo di polizia penitenziaria particolare<sup>16</sup>. L'inserimento della previsione all'interno dell'articolo in esame mira forse a trasformare la prassi in disposizione normativa e soprattutto a offrire strumenti idonei a perseguire l'obiettivo di isolare le persone, come conferma anche la previsione contenuta nella lettera *f*) volta a consentire l'adozione di «accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione» per impedire contatti fra detenuti.

Senonché il riferimento a istituti posti in «aree insulari» suscita non poche perplessità, perché, se è pur vero che nelle intenzioni dell'amministrazione penitenziaria e del ministro è da intendersi a istituti collocati su due specifiche isole, Pianosa e Asinara (un tempo destinate a ospitare detenuti considerati di particolare pericolosità<sup>17</sup>), la formula usata, per la sua estrema genericità, potrebbe essere estesa anche ad altre isole e, paradossalmente, anche alla Sicilia, da cui provengono in larga misura i destinatari del regime particolare.

Al di là di questa svista lessicale, altre sono le modifiche rilevanti: già nel secondo periodo del comma 2-*quater* si dice che la sospensione «prevede», anziché, come nella versione previgente, «può prevedere», volendo così significare che non è possibile modulare il contenuto del decreto ministeriale in ragione delle esigenze riscontrate nel caso concreto, ma che necessariamente sono imposte tutte le limitazioni indicate nel comma 2-*quater*. Si è così eliminato ogni possibile spazio discrezionale. Il che suscita non poche perplessità, ove si rifletta sul carattere che deve contraddistinguere le restrizioni adottate, che secondo quanto disposto dall'art.41-*bis* comma 2 devono essere «necessarie per il soddisfacimento delle esigenze di ordine e sicurezza». Deve cioè sussistere, come ha precisato la Corte costituzionale<sup>18</sup>, un rapporto di congruità tra restrizioni e salvaguardia delle esigenze, così che dovrebbero essere espunte dal decreto ministeriale quelle limitazioni che non rispondano allo scopo indicato dal legislatore, ma soprattutto che non siano necessarie e sufficienti a soddisfare le esigenze di ordine e sicurezza. In realtà la modifica intervenuta mira a cristallizzare il contenuto dei provvedimenti e a renderli tutti eguali, come sembrerebbe confermato dal fatto che

---

<sup>16</sup> Si tratta del G.o.m., Gruppo operativo mobile (ora denominato R.o.m., Reparto operativo mobile), istituito nel 1997 con provvedimento del Direttore Generale del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e riconosciuto con il d.m.14 febbraio1999, firmato dall'allora ministro della giustizia Oliviero Diliberto. Il G.o.m., che ai sensi del d.m. citato opera alle dirette dipendenze del Capo del DAP, è chiamato a vigilare sul buon funzionamento del regime di detenzione speciale, e, su richiesta della Direzione Generale dei detenuti e del trattamento, nelle sezioni dove sono reclusi i soggetti sottoposti al regime previsto dall'art.41-*bis* ovvero in tutti gli altri casi nei quali vi siano speciali ragioni di sicurezza. Al fine di aumentare i livelli di sicurezza, il personale del G.o.m non è stanziale nella sede dove presta servizio e ruota con cadenza quadrimestrale nei reparti operativi dislocati nei diversi istituti penitenziari del territorio. Il G.o.m. ha sede in Roma e dispone di dodici reparti operativi periferici costituiti in seno alle sedi penitenziarie periferiche di Ascoli Piceno, Cuneo, Firenze, L'Aquila, Milano, Roma, Spoleto, Terni, Tolmezzo, Novara, Viterbo, Reggio Emilia: il personale complessivamente impiegato è di circa 700 unità.

<sup>17</sup> Vi furono reclusi dapprima i terroristi appartenenti alle B.R. e poi i mafiosi sottoposti al carcere duro.

Nel piano carceri del governo è prevista la riapertura degli istituti di Pianosa e di Asinara, che si inserisce nella strategia dei circuiti penitenziari differenziati e nell'individuazione di strutture che abbiano una vocazione specifica nella custodia dei detenuti in regime differenziato.

<sup>18</sup> Cfr. Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351 e Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 376.

non è più consentito al Tribunale di sorveglianza il sindacato sulla congruità del contenuto, essendo invece ora possibile solo il controllo sulla sussistenza delle condizioni legittimanti il provvedimento stesso. Una simile previsione suscita perplessità sotto il profilo del finalismo rieducativo che deve caratterizzare l'esecuzione della pena, perché – come già si è osservato – non sarà più possibile ritagliare il contenuto del provvedimento, adattandolo alle esigenze concrete, e altresì sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza, dato che gli indagati e gli imputati vengono sottoposti al regime dei condannati determinandosi così anche una violazione dell'art.3 Cost.

Oggetto di modifiche sono state anche singole regole trattamentali: in linea generale si ricorda che le limitazioni sono dirette a incidere su due fronti, quello dei rapporti con il mondo esterno e quello relativo alla vita interna all'istituto penitenziario.

Per quanto concerne il primo versante, è stata profondamente rivisitata la disciplina dei colloqui (contenuta nella lettera *b*), precedentemente previsti nella misura da uno a due mensili, che si svolgono in locali attrezzati in modo tale da impedire il passaggio di oggetti, e sono suscettibili di controllo auditivo e di registrazione<sup>19</sup>. I colloqui sono autorizzati solo con familiari e conviventi, mentre sono esclusi i terzi, salvo casi eccezionali autorizzati dal direttore dell'istituto, e per gli imputati fino alla sentenza di primo grado sono autorizzati dall'autorità giudiziaria competente *ex art.11 ord.penit.* A seguito delle modifiche il numero dei colloqui è ridotto a uno solo mensile, che si effettua con quelle modalità di controllo già ricordate, che divengono obbligatorie, sempre previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria precedente, a cui si aggiunge la videoregistrazione. I colloqui telefonici sono previsti solo per coloro che non effettuino colloqui diretti, purché siano decorsi sei mesi dalla sottoposizione al regime speciale, e nella misura di uno al mese e per la durata di dieci minuti: sono autorizzati dal direttore con provvedimento motivato e sono sempre registrati<sup>20</sup>.

Le modifiche apportate alla disciplina dei colloqui rendono molto evidente l'intenzione di limitare il più possibile i contatti con il mondo esterno. A fronte della previsione dell'obbligo di videoregistrazione e di controllo auditivo, si fatica a comprendere la *ratio* di una disciplina così limitativa, e allo stesso modo è incomprensibile la riduzione del numero dei colloqui con i familiari, dato che comunque si svolgono in locali muniti di vetri divisorii e con citofono per «impedire il passaggio di oggetti». Si evidenzia una certa qual diffidenza nei confronti dei familiari, che potrebbero fungere da intermediari con l'organizzazione criminale. Se non si può negare che la famiglia possa essere il tramite con gli appartenenti all'associazione criminale di riferimento, come ha confermato anche la cronaca giudiziaria, non può non suscitare perplessità la previsione di un controllo auditivo, che è invece espressamente escluso dall'art.18 ord.penit., che consente il controllo «a vista, non auditivo».

La volontà di inasprire il regime, e soprattutto di rendere ancora più duro l'isolamento, non ha risparmiato neppure i contatti con il difensore: infatti, sono stati ridotti al numero massimo di tre alla settimana, sia che si tratti di colloqui diretti o di conversazioni telefoniche, che avranno la stessa durata di quelli dei familiari<sup>21</sup>.

Le particolari modalità di controllo descritte nella lettera *b*) non sono applicabili ai colloqui con i difensori: si tratta di una precisazione probabilmente superflua, dato che la Corte costituzionale, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art.18 ord.penit. nella parte in cui non prevedeva il diritto del detenuto a conferire con il difensore dall'inizio dell'esecuzione, aveva sottolineato che

---

<sup>19</sup> Si ricorda che la disciplina generale dei colloqui di cui all'art.18 ord.penit. e all'art.37 reg.esec. consente il controllo dei colloqui «solo a vista e non auditivo». Per effettuare il controllo con modalità diverse è necessaria l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente.

<sup>20</sup> L'art.39 comma 7 reg. esec. dispone la registrazione obbligatoria delle conversazioni telefoniche richieste dai detenuti per i reati di cui all'art.4-*bis* ord.penit. e dunque anche per coloro che vengano sottoposti al regime in esame.

<sup>21</sup> È opportuno ricordare che i colloqui telefonici con i difensori sono disciplinati da particolari regole, che sono dettate dalla necessità di identificare le persone tra le quali avviene la conversazione telefonica e di impedire sostituzioni di persone nel corso della telefonata o deviazioni della telefonata stessa ad altra utenza. Si richiede la comunicazione del giorno e dell'ora del colloquio al difensore e la sua presenza nell'istituto penitenziario più vicino alla sede del proprio studio professionale.

l'esercizio di tale diritto, essendo «strumentale al diritto di difesa... non può essere rimesso a valutazioni discrezionali» dell'amministrazione penitenziaria. Tuttavia la precisazione seppure *ad abundantiam* non guasta a fronte della previsione così lata contenuta nella lettera a), che consente l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna.

La scelta di delimitare il numero e la durata dei colloqui, venendo a incidere sulle concrete possibilità di scegliere, discutere e preparare la propria linea difensiva, viola il diritto di difesa sancito nell'art.24 Cost. e nell'art.6 CEDU, in particolar modo nei confronti degli indagati e degli imputati, per i quali, appunto, i colloqui con il difensore assumono una valenza estremamente significativa. Sotto questo profilo, in relazione cioè al diritto riconosciuto a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa, la limitazione dei colloqui contrasta anche con i principi del giusto processo sancito nell'art.111 Cost. Inoltre si pone in contrasto con l'art.3 Cost., venendo a concretare una disparità di trattamento fra detenuti sottoposti al particolare regime, a prescindere dalla posizione processuale rivestita, e detenuti nella stessa posizione ma non sottoposti al regime *in peius*.

Non si può peraltro non evidenziare che le limitazioni introdotte in materia di colloqui con i difensori non paiono giustificate da esigenze di sicurezza o dalla finalità di evitare contatti con l'esterno, dato che i colloqui non possono essere sottoposti ai controlli, che invece vengono esercitati su quelli che avvengono con i familiari, così che appaiono irragionevoli<sup>22</sup>.

Le restrizioni apportate al diritto di difesa sono in stretta connessione con il nuovo reato introdotto con l'art.391-*bis* c.p., che va a screditare e criminalizzare la categoria dei difensori. La nuova fattispecie penale punisce con la reclusione da uno a quattro anni coloro che consentono a un detenuto sottoposto al regime *in peius* di «comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uso imposte» e nel 2 comma introduce una specifica aggravante se il delitto è commesso da «un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense», applicando la pena della reclusione da due a cinque anni.

Per impedire che il regime differenziato venga «perforato», come spesso è accaduto in passato, il legislatore non interviene solo nei confronti dei detenuti inasprendo il regime stesso, ma con la nuova fattispecie mira a colpire coloro che a vario titolo e con le più diverse condotte contribuiscono a eludere il regime. Traspare una certa qual diffidenza nei confronti della classe forense, ritenuta a torto o a ragione connivente con i propri assistiti, tanto da prestarsi a essere strumento per comunicare con l'esterno.

Per quanto riguarda la vita all'interno dell'istituto, l'intervento del luglio 2009, in stretta relazione con quanto esaminato poco sopra, si preoccupa di impedire i contatti tra detenuti, disponendo che dovranno essere adottate «le necessarie misure di sicurezza» volte a garantire «anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione» la «assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi».

Viene quindi confermata, anche attraverso questa previsione, la *ratio* del regime, quella cioè di impedire contatti tra detenuti nonché tra detenuti e persone libere e al fine ultimo di evitare collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza. In questa prospettiva se può trovare giustificazione la previsione che vieta lo scambio di oggetti, è invece incomprensibile quella che vieta la cottura di cibi, la quale finisce dunque per assumere solo una valenza vessatoria. Francamente non si riesce a comprendere quale pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica possa derivare dal cucinare in proprio il vitto, così che il divieto sembra rispondere all'intento di affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto nei confronti di chi utilizza le regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio «prestigio criminale».

---

<sup>22</sup> La previsione è oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Mag.sorv. Cuneo, 18 dicembre 2009, A.D, in *Gazz. uff.*, serie speciale 10 febbraio 2010, n. 6.

Nella prospettiva di limitare i contatti si inserisce la modifica relativa alla permanenza all'aperto, che ha ridotto il numero dei partecipanti al gruppo (da cinque a quattro) e il numero di ore all'aria aperta, cioè due (fatto sempre salvo il limite minimo previsto dall'art.10 ord.penit.).

## Il reclamo

È stato profondamente innovato anche il sistema dei controlli, essendo stato abrogato, come già si è precisato, il potere di revoca del ministro. L'unica forma di controllo è rappresentata dal reclamo al tribunale di sorveglianza disciplinato nei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, che sono stati integralmente riscritti. Per meglio comprendere il significato di queste modifiche è opportuno ricordare che il mezzo per impugnare è il reclamo, che poteva essere presentato dal diretto interessato e dal suo difensore entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento applicativo o dalla proroga e la competenza era attribuita al tribunale di sorveglianza individuato secondo il criterio del *locus custodiae*, risultando del tutto ininfluenza un eventuale trasferimento del ricorrente.

L'attuale comma 2-*quinquies* prevede un termine doppio rispetto a quello precedentemente indicato (pari a venti giorni), che sembra rispondere a esigenze difensive: un termine più ampio pare consentire all'interessato e al suo difensore di ponderare meglio la linea strategica da perseguire. Tuttavia non si può dimenticare che la presentazione del reclamo non ha effetto sospensivo e che quindi la persona rimarrà sottoposta per un periodo più lungo al regime *in peius* in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza.

In realtà, forse, l'ampliamento del termine trova giustificazione nella nuova disposizione, che attribuisce la competenza a decidere in capo al solo tribunale di sorveglianza di Roma in relazione a tutti i reclami presentati, indipendentemente dal *locus custodiae*. Si tratta di una previsione che suscita non pochi dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con il principio espresso nell'art.25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. In realtà, proprio nell'ambito penitenziario, ricorre un criterio analogo in relazione ai procedimenti di sorveglianza riguardanti collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione: l'art.16-*nonies* comma 8 d.l. 15 gennaio 1991, n.8 conv. l. 15 marzo 1991, n. 82, modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45, individua, per la concessione di benefici, la competenza della magistratura di sorveglianza del luogo in cui la persona protetta «ha eletto il domicilio a norma dell'art.12 comma 3-*bis*» della stessa legge, cioè nel luogo in cui ha sede la commissione centrale di cui all'art.10 della medesima legge. Sulla base di questa indicazione viene, dunque, investita la magistratura di sorveglianza che ha sede a Roma. La *ratio* di tale indicazione è facilmente individuabile nell'esigenza di mantenere segreto il luogo in cui si trova il collaboratore di giustizia per garantirne la maggiore protezione possibile<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Il criterio che assegna la competenza alla magistratura di sorveglianza di Roma era stato individuato dalla giurisprudenza in relazione all'art.13-*ter* comma 3 ed è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale per violazione dell'art.25 comma 2. La Corte con sentenza 227/1999 ha dichiarato manifestamente infondata la questione rilevando che «sotto il profilo dell'organizzazione giurisdizionale la previsione d'una speciale competenza territoriale non ha mai portato [...] ad affermare la violazione del principio del divieto d'istituzione di giudici straordinari o speciali a proposito di organi giurisdizionali "centralizzati" che assorbitano una speciale competenza in ordine a particolari affari». E «quanto al fatto che la Commissione centrale ha sede nella capitale solo per una scelta dell'amministrazione dell'Interno, si osserva che la precostituzione viene in tal modo riferita non al giudice, bensì alla Commissione che non è organo giurisdizionale, per la quale non vige, quindi, il principio del giudice naturale. Del resto, mutamenti del regime della competenza dovuti a fatti modificativi, in ragione dell'applicazione delle sue stesse regole, sono possibili senza che ciò comporti una lesione del principio di precostituzione del giudice naturale».

Ben diversa appare la *ratio* che ha spinto il legislatore del 2009 a radicare la competenza in via esclusiva al tribunale di sorveglianza di Roma e che mira a evitare «orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali»<sup>24</sup>.

Per questo la nuova previsione dà corpo a forti dubbi proprio perché volta a ottenere interpretazioni e applicazioni dell'art.41-*bis* e dei provvedimenti applicativi il più possibile omogenee. Non solo, sottraendo la competenza alla magistratura del luogo in cui il detenuto è sottoposto al regime detentivo speciale, si verrebbe a determinare, almeno per quanto riguarda i condannati, una lesione anche dell'art.27 comma 3 Cost., dato che il controllo sul processo rieducativo viene sottratto a chi, avendo conoscenza diretta del detenuto, può meglio valutarlo.

L'intenzione del legislatore del 2009 di ridimensionare i poteri della magistratura di sorveglianza e di ottenere, come si diceva, interpretazioni omogenee è confermata anche dalle modifiche intervenute nel comma 2-*sexies*, che ridisciplina in modo assai sensibile il procedimento. Fermo restando che si osservano le forme degli artt.666 e 678 c.p.p., le funzioni di pubblico ministero possono essere svolte non solo dal procuratore generale presso la corte d'appello ma anche da un rappresentante dell'ufficio del procuratore della repubblica che procede alle indagini preliminari o presso il giudice precedente o del procuratore nazionale antimafia. La previsione, che consegue all'attribuzione della competenza in capo alla magistratura di sorveglianza di Roma, vuole consentire ai rappresentanti del pubblico ministero, che hanno una conoscenza maggiore del caso, di partecipare all'udienza. Al contrario la partecipazione del diretto interessato avviene a distanza<sup>25</sup>, secondo quanto previsto dall'art.146-*bis* comma 1-*bis* e comma 3 disp.att. c.p.p., al fine di evitare traduzioni che metterebbero fortemente a rischio le esigenze di ordine e sicurezza pubblica e soprattutto vanificherebbero la sorta di isolamento cui è sottoposto il detenuto. Nonostante questa esplicita previsione, il legislatore del 2009 ha inserito nell'art.41-*bis* il nuovo comma 2-*septies*, che riafferma in modo del tutto superfluo il ricorso alla particolare forma di partecipazione "a distanza".

Appare allora evidente la discrasia che si viene a verificare: al procedimento può partecipare il p.m. che, avendo una migliore conoscenza del caso, può meglio suffragare gli argomenti addotti a sostegno del provvedimento sospensivo delle regole trattamentali, mentre l'interessato può partecipare solo a distanza, con una forte compromissione del contraddittorio. Non solo, ma – già lo si è accennato – è sottratta la giurisdizione al giudice che ha una più diretta e immediata conoscenza del soggetto. La salvaguardia delle esigenze di ordine e sicurezza prevale ancora una volta sull'esercizio del diritto di difesa.

Le scelte del legislatore del 2009 volte a incidere anche sul sistema dei controlli hanno interessato, come già si è ricordato, i poteri dell'organo decidente, dato che quest'ultimo può esercitare solo un controllo sulla «sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento», essendo stato eliminato dalla nuova formulazione del comma 2-*sexies* il riferimento alla valutazione della «congruità del contenuto» del provvedimento stesso «rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Conseguenza, questa, che parrebbe inevitabile, posto che il contenuto del provvedimento sospensivo è predeterminato dal legislatore e soprattutto non è più modulabile in funzione delle esigenze del caso concreto. Il legislatore sembra aver posto una presunzione di congruità del contenuto così come delineato nel comma 2-*quater* rispetto alle finalità del regime sospensivo.

Ma non si può dimenticare che la Corte costituzionale ha sottolineato l'ambito del controllo, che concerne i «limiti esterni» e «interni» posti all'esercizio del potere ministeriale, cioè per un verso il rispetto della libertà personale e della finalità rieducativa, per l'altro la congruità delle misure rispetto alla tutela dell'ordine e della sicurezza. La predeterminazione del contenuto del decreto mi-

---

<sup>24</sup> Cfr. la scheda redatta dal Servizio Studi del Senato sul d.d.l. contenente «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», in *Senato della Repubblica. Disegni di legge e relazioni*, XVI legislatura, stamp. n.733-B, maggio 2009, n.127, p.195 sg.

<sup>25</sup> Viene attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula in cui si tiene il procedimento e il luogo della custodia, con la possibilità per il difensore di scegliere se stare in aula o accanto al proprio assistito.

nisteriale, ovvero delle singole limitazioni, non pare allora sufficiente per evitare il controllo di legittimità e congruità. Questo perché, sempre secondo la Corte costituzionale, il tribunale di sorveglianza, «in quanto giudice di diritti, si pronuncia sui diritti e sul trattamento del detenuto sulla base delle norme legislative e regolamentari applicabili»<sup>26</sup>.

Corollario di questa previsione è che è stato eliminato ogni riferimento all'accoglimento parziale del reclamo, che interveniva qualora il tribunale di sorveglianza ritenesse di accogliere solo in parte il reclamo presentato dal detenuto o dall'internato. Nel comma 2-*sexies* si prevede, infatti, la possibilità per il ministro, «se il reclamo viene accolto», di ripristinare il decreto annullato, *rectius* revocato, indicando «elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo», tenuto «conto della decisione del tribunale».

## Conclusioni

Le modifiche dell'art.4-*bis* e le vicende dell'art.41-*bis* sono emblematiche – come già si è sottolineato – degli adattamenti alle diverse esigenze e agli allarmi sociali di volta in volta all'attenzione del legislatore di turno.

Ma è parimenti preoccupante l'assenza di una linea uniforme: non si può, infatti, ignorare che alla legislazione in chiave restrittiva degli anni Novanta è seguita la l. 27 maggio 1998, n. 165 (legge Simeone) comportante maggiori opportunità di accesso alle misure alternative e poi nel 2003 il c.d. indultino (poi dichiarato incostituzionale), cui ha fatto seguito una serie di inasprimenti per talune categorie di detenuti, in particolare per i recidivi.

Non è oltremodo tollerabile che nel settore penalprocessualistico, e in specie in quello penitenziario, si legiferi sulla base o meglio sulla spinta di emergenze, non importa se gli interventi siano motivati dalle condizioni disumane di coloro che sono detenuti<sup>27</sup> o dall'esigenza di sicurezza della collettività: si passa da provvedimenti in ordine alla circolazione stradale, a quelli in tema di criminalità organizzata, a quelli in tema di immigrazione clandestina, con la creazione di nuovi reati, con il rafforzamento dei poteri del prefetto, l'estensione fino a centottanta giorni della permanenza nei centri di identificazione ed espulsione, con l'istituzione delle “ronde” tanto reclamate ma per fortuna poco o nulla utilizzate<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Così Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 351.

<sup>27</sup> Proprio in questi giorni si discute in Commissione giustizia della Camera un d.d.l. che contiene l'ipotesi secondo cui «la pena detentiva non superiore a dodici mesi, anche se parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza». Sono previste situazioni ostative: condanna per uno dei delitti di cui all'art.4-*bis*, la dichiarazione di abitudine, professionalità, tendenza, la sottoposizione ai regimi *in peius*. La competenza, nel caso in cui il condannato fosse già detenuto, verrebbe attribuita al magistrato di sorveglianza. Si prevede altresì l'estensione agli adulti dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Senza entrare nel merito delle singole disposizioni, non si può non sottolineare che si tratta di un provvedimento mascherato volto a incidere sul sovraffollamento degli istituti senza che tuttavia venga previsto un incremento dell'organico degli operatori dell'UEPE e anzi precisando che «dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato». Cfr. il d.d.l. presentato dal ministro della giustizia il 9 marzo 2010, contenente «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a un anno e sospensione del procedimento con messa alla prova», in *Camera dei deputati. XVI legislatura, Disegni di legge e relazioni*, stamp. n. 3291, cui è stato abbinato il d.d.l. d'iniziativa del deputato Vitali contenente «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di sospensione condizionale della pena subordinatamente alla prestazione di lavoro di pubblica utilità, nonché di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato», presentato il 2 dicembre, *ivi*, stamp. n. 3009.

<sup>28</sup> La Corte costituzionale (con sentenza 28 aprile 2010, n. 226) ha ritenuto illegittimo, per violazione dell'art.117 commi 2, lettera h), 4 e 6 Cost., l'art.3 comma 40 l. 15 luglio 2009, n. 94 limitatamente alla parte in cui prevede il ricorso alla «collaborazione di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali [...] situazioni di disa-

Il sistema precautelare e cautelare, con l'ampliamento delle ipotesi di custodia cautelare "obbligatoria", esce rafforzato dagli interventi del 2008 e del 2009, maggiori poteri sono attribuiti alla polizia giudiziaria, è stato potenziato il ricorso ai riti differenziati che anticipano il dibattimento (direttissimo, immediato): il processo penale vede ripetutamente accentuato il carattere di strumento di controllo sociale. Le scelte del legislatore sono sempre più influenzate dalla percezione dell'opinione pubblica di una giustizia inefficiente e inefficace, con il risultato che vengono alimentate politiche criminali in chiave fortemente repressiva, senza tuttavia che tale percezione venga in qualche modo scalfita.

E ancora mi pare che non sia tollerabile che si continui a legiferare con decretazione d'urgenza, reiterando i provvedimenti e incidendo su quelli già vigenti in chiave di inasprimento: paiono le grida manzoniane, il risultato è un'impressione diffusa di inefficienza e inefficacia del sistema giustizia (si vedano ad esempio gli interventi sul fronte della violenza in occasione di manifestazioni sportive o quelli dettati dalla diffusione di reati a valenza sessuale).

Non solo, le scelte di politica criminale non possono ignorare le politiche dettate in materia dall'Unione europea, nelle quali la sicurezza è senza dubbio una componente essenziale, ma è sempre unita a due concetti fondamentali, libertà e giustizia, come risulta dal Programma dell'Aja, nel quale si richiamano gli Stati a muoversi nell'ambito di un «quadro unitario normativo» e sulla linea dell'integrazione europea delle politiche di libertà, giustizia e sicurezza. E questo obiettivo appare inconciliabile con provvedimenti settoriali ed emergenziali.

---

gio sociale», ritenendo che non si tratti di «interventi inquadrabili nella materia "ordine pubblico e sicurezza", demandata alla legislazione esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.». La Corte sottolinea come l'espressione «disagio sociale» abbia una valenza semantica assai più distante, rispetto a quella di sicurezza urbana, dall'ambito di materia previsto dall'art.117 comma 2 Cost. e ricomprenda «una vasta platea di ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell'individuo nel tessuto sociale, derivanti dalle più varie cause (condizioni economiche, di salute, età, rapporti familiari e altre): situazioni, che reclamano interventi ispirati a finalità di politica sociale, riconducibili segnatamente alla materia dei "servizi sociali"». Materia attribuita alla potestà legislativa residuale delle regioni.

Peralto si ricorda che suscitava non poche perplessità il fatto che situazioni di disagio sociale dovessero essere segnalate alle forze di polizia dello Stato o locali, e non, invece, ai servizi di assistenza sociale. Il legislatore sembrava voler ricondurre i problemi connessi al disagio sociale a un circuito repressivo di polizia, più che a un sistema di prevenzione e di aiuto di carattere socio-assistenziale. La Corte costituzionale, espungendo dall'art.3 comma 40 l'espressione «situazioni di disagio sociale» risolve il problema, eliminando ogni dubbio al riguardo.

---

*Appunti*

---

## *Appunti*

---

*Appunti*