

ANTICIPAZIONI

FILIPPO GIUNCHEDI

Esecuzione e modalità di espiazione della pena*

SOMMARIO: Il *legal reasoning* del legislatore nel precario equilibrio tra canoni costituzionali e interventi per *spot*. - 2. Dalle “carceri speciali” ai “detenuti specializzati”. Un tracciato storico sintomatico della volontà di arginare la pericolosità sociale. - 3. Le limitazioni ai benefici penitenziari: l’art. 4 *bis* ord. penit. “*pivot*” della legislazione dell’emergenza. - 4. La “punta dell’*iceberg*”: il regime carcerario differenziato previsto dall’art. 41 *bis*, co. 2, ord. penit. - 5. Il circuito di “alta sorveglianza”: in balia dell’Amministrazione penitenziaria.

1. Il *legal reasoning* del legislatore nel precario equilibrio tra canoni costituzionali e interventi per *spot*

Le direttive di politica criminale che costantemente ammantano la tecnica di creazione ed emenda delle norme non potevano non incidere, nello specifico ambito approfondito con questo volume, anche nel segmento procedimentale *post rem iudicatam* ed in particolare sul trattamento penitenziario creando un c.d. doppio binario con ricadute di non poco momento sui parametri costituzionali ed in specie su quello che prevede la finalità risocializzante della pena¹.

Prima di addentrarsi in questo settore che costituisce l’oggetto del saggio, è opportuno soffermarsi a valutare se e in che misura questa differenziazione lambisca altri segmenti procedimentali e le ragioni sottese.

Già si è visto² come il “doppio binario” incida sulla scelta delle misure cautelari in ragione del tenore del co. 3 dell’art. 275 c.p.p. che prevede per taluni delitti una presunzione di adeguatezza assoluta e relativa³ della custodia cautelare in carcere, operando una decisa deroga al principio secondo cui la mas-

* Per gentile concessione dell’Editore UTET, in anticipazione questo contributo destinato al volume *L’associazione di tipo mafioso*, a cura di Gaito, Romano, Ronco, Spangher, Torino, in corso di pubblicazione.

¹ I profili costituzionali dell’esecuzione sono stati oggetto di un recente studio da parte di D’AMICO, sub art. 27, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 572.

² FIORIO, *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, in corso di pubblicazione nel medesimo Volume.

³ Soprattutto a seguito dell’importante stagione di “sistemizzazione” della materia, segnata da interventi incoerenti con la *ratio* che disciplina l’art. 275, co. 3, c.p.p. Per una completa ricostruzione, *inter alios*, con nota a margine dell’ultima decisione della Consulta sul punto (Corte cost., n. 232 del 2013), VERGINE, *Art. 275, comma 3, c.p.p.: una norma dall’utilizzo eccessivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 433, nonché, in chiave sostanziale, MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, *ibidem*, 457.

sima limitazione, in via preventiva, della libertà personale deve operare secondo il principio del minor sacrificio, con la conseguenza di ritenere il carcere l'*extrema ratio* alla quale ricorrere solo qualora ogni altra misura risulti inadeguata per prevenire le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.⁴.

D'altronde ciò risponde alle prospettive nuove emerse anche in sede legislativa ove – con decretazione d'urgenza, poi convertita in legge⁵ – è stato introdotto il divieto di applicazione della sola custodia cautelare in carcere qualora il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Proprio questo profilo è stato fonte di vibranti discussioni in sede di conversione del decreto-legge in quanto – nonostante la citata prognosi di pena massima triennale in concreto – si è deciso di escludere dall'area di coloro che possono fruire del più ampio tetto di pena irrogabile, preclusivo della custodia in carcere, gli imputati per procedimenti relativi a delitti di grave allarme sociale tra cui quelli ricompresi nell'art. 4 *bis* ord. pen.

Il procedimento di esecuzione, al contrario, avendo ad oggetto il comando contenuto nel titolo da eseguire⁶ – pur polimorfico nelle sue variegate peculiarità⁷ –, prescinde dalle modalità esecutive che saranno oggetto di una successiva ed eventuale fase – quella di competenza dei giudici della sorveglianza –, finalizzata a porsi in armonia con il diritto dell'individuo ad eseguire una pena con modalità tali da proiettarsi in funzione della sua rieducazione⁸.

Le coordinate concettuali, invero, non possono prescindere da alcuni aspetti che, a fronte della sottrazione al titolare dell'esecuzione – *id est* il pubblico ministero – di prerogative limitative della libertà personale in quanto meramente attuative del titolo esecutivo⁹, in effetti, soprattutto successivamente alla legislazione che ha introdotto il potere di sospendere l'esecuzione in vista di misure alternative alla detenzione¹⁰, tendono a vanificare il precetto costitu-

⁴ Per una sintetica ricostruzione, oltre FIORIO, *Custodia cautelare e presunzione di adeguatezza*, cit., sia consentito rinviare a GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in FURFARO, GIUNCHEDI, LA ROCCA, ANTINUCCI, FIORIO, *Le misure cautelari verso nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 2013, 710.

⁵ D.l. 26 giugno 2014, n. 92 recante «Disposizioni urgenti concernenti il risarcimento in favore dei detenuti, la custodia cautelare in carcere e ulteriori interventi in materia penitenziaria», conv., con modif., in l. 11 agosto 2014, n. 117.

⁶ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 82 s., il quale opportunamente specifica come di ciò ne sia «prova la struttura della pronuncia giurisdizionale, caratterizzata da un'attività valutativa (la "decisione") che sfocia in una manifestazione di volontà (il "comando")».

⁷ GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 23.

⁸ Sempre nella prospettiva dei valori costituzionali D'AMICO, sub art. 27, cit., 572.

⁹ Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, a cura di Conso, Grevi, Neppi Modona, Padova, 1989, 1368.

¹⁰ Il riferimento corre alla l. 27 maggio 1998, n. 165, recante «Modifiche all'art. 656 c.p.p. ed alla l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni».

zionale previsto dall'art. 111, co. 2, Cost. il quale, con riferimento alla fase esecutiva, si colloca nel solco dell'attribuzione di poteri paritetici ad accusa e difesa previsti indirettamente dalla direttiva n. 96 della legge-delega al codice di rito. Nonostante questi aspetti, i quali necessitano di una seria meditazione finalizzata ad elidere disarmonie strutturali che in epoca di giusto processo non hanno più ragion d'essere, la fase esecutiva non opera una differenziazione in merito alla tipologia di reato, se non per i *nomina delicti* di cui all'art. 656, co. 9, c.p.p.¹¹ che esclude, per quanto rileva in questa sede, i «condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni» dall'operatività della sospensione dell'ordine di esecuzione. Istituto che, come noto, consente al condannato di presentare istanza finalizzata ad usufruire di alcune misure alternative alla detenzione, qualora la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superi i limiti determinati dal legislatore.

Altro profilo sul quale occorre procedere a tutta prima è la conformità alla *Grundnorm* nazionale di elementi differenziali di non poco momento per i delitti inseriti in determinate fasce che impongono una deviazione dalle coordinate penitenziarie¹² mediante una metodologia d'approccio bifronte tale da vanificare quella filosofia della rieducazione che aveva spinto alla promulgazione della l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini¹³: da un verso, mediante un diverso trattamento penitenziario; dall'altro, ricorrendo alla premialità¹⁴. Un simile procedere nasce dall'esigenza di superare un'endemica ten-

¹¹ Giova rammentare che l'originario catalogo dei reati esclusi dall'operatività del co. 5 è stato via via ampliato soprattutto all'evidente scopo di assecondare varie pulsioni (emblematico il caso del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica»). Ciò ha comportato l'allontanarsi dalla *ratio* che aveva guidato il legislatore nell'apprestare le esclusioni. Proprio al fine di ricondurre l'impianto a sistematicità, la Consulta è intervenuta in chiave correttiva (Corte cost., n. 249 del 2010).

¹² Sul punto specifico, tra i vari studi, ricordiamo quello recente di FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 1139.

¹³ FIORIO, *La stabilizzazione delle «carceri-forzezza»: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in *Il «pacchetto sicurezza» 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 396, il quale spiega la tendenza «carcerocentrica» mediante «inedite fattispecie criminose inserite nella «lista nera» [che] incrementano le ipotesi di carcerazione obbligatoria (artt. 275, co. 3, e 656, co. 9, c.p.p.), [e che] riducono drasticamente la fruibilità dei benefici penitenziari (art. 4 *bis* ord. penit.) ed inaspriscono oltre ogni limite le condizioni di detenzione (art. 41 *bis* ord. penit.)». Efficacemente MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. Pen.*, V, Agg., Torino, 2010, 758, parla in termini di «svalutazione della funzione rieducativa della pena».

¹⁴ Tra i primi ad esplicitare la «strategia» del legislatore, GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «premiabilità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio (Macerata, 13 maggio 1993)*, a cura di Giostra, Insolera, Milano, 1995, 141.

denza da parte di determinati detenuti, quelli c.d. mafiosi, a non temere il carcere ed anzi a creare al loro interno una serie di alleanze tali da consentire loro di continuare a tessere le trame dell'attività criminosa¹⁵.

Non a caso, di recente, la lotta alla criminalità, ed in particolare a quella mafiosa, si sta concentrando su un vasto utilizzo dell'istituto dell'ablazione, nel senso che le finalità cautelari anziché essere perseguite con le cautele personali – strumento assai controverso, ma sicuramente opportunamente disciplinato –, vengono fronteggiate anche sul piano della giustizia patrimoniale grazie ai sequestri cautelari – ed in particolare quello preventivo – i quali, originariamente, dovevano assolvere ad un ruolo ancillare rispetto ai provvedimenti personali coercitivi. Diversamente dalle misure coercitive, i sequestri con funzione cautelare sono disciplinati in modo meno rigoroso, lasciando campo libero all'interpretazione che, come noto, tende a plasmarsi sulla realtà e quindi anche sulle pulsioni sociali e di politica criminale. Non si trascuri che molto spesso – e soprattutto nel settore della criminalità organizzata di stampo mafioso – il sequestro preventivo assume un ruolo teleologico rispetto alla confisca la quale nell'ambito del diritto penale patrimoniale ha oramai assunto un ruolo di assoluto rilievo. Ciò perché dagli studi di politica criminale è emerso che le ragioni del delinquere hanno essenzialmente matrici economiche. Intervenedo, anche in via preventiva, con misure sanzionatorie a carattere patrimoniale si perseguono pertanto due obiettivi precipui: da un lato, l'effetto deterrente, posto che dall'accertamento della sua responsabilità il reo sa che vanificherà i vantaggi patrimoniali conseguiti con l'illecito e, dall'altro, l'effetto retributivo poiché venendo meno questi ultimi viene irrogata una pena equivalente e corrispondente al beneficio ottenuto con il crimine¹⁶. Il rischio, al pari di quanto avviene con la custodia in carcere, accentuato da una disciplina molto meno articolata, è non tanto quello di assecondare le esigenze endoprocessuali, ma piuttosto di utilizzare questi strumenti in funzione anticipatoria della pena¹⁷.

¹⁵ Un'articolata disamina di questi aspetti è contenuta nella *Relazione della Commissione antimafia nella V legislatura*, in *Testo integrale della relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia*, I, Roma, 1973, 75.

¹⁶ Così, esattamente, SANTORIELLO, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, XX s. che evidenzia, di contro, i rischi conseguenti legati alla mancanza di corrispondenza tra il grado di responsabilità del singolo ed il coinvolgimento della *res* nell'ambito del delitto, da una parte, e il valore del bene confiscato, dall'altra. A ciò deve aggiungersi un'attenuazione dello *standard* probatorio richiesto per l'adozione del provvedimento ablativo essendo sufficiente un generico collegamento tra l'illecito e il bene confiscabile, aspetto ulteriormente accentuato nella c.d. confisca per equivalente.

¹⁷ Sempre in questi termini SANTORIELLO, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, cit., XXI; nonché SCALFATI, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni*

Venendo ai valori costituzionali il testo dell'art. 27, co. 3, Cost., prevede che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». E che queste garanzie si realizzino agevolmente¹⁸ è un aspetto sul quale da sempre gli studiosi stanno approfondendo i loro sforzi interpretativi poiché appare impossibile conciliare una politica penitenziaria attenta a garantire determinate prerogative di sicurezza – spesso tali solo in astratto – e, al contempo, un trattamento in linea con i parametri costituzionali.

Questi ultimi pur essendo attenuati di fronte alle ipotesi rientranti nei delitti di cui all'art. 4 *bis* l. 26 luglio 1975, n. 354, vale a dire quelli per i quali corre un binario a sé stante, risultano giustificati in quanto espressione di una particolare forma di criminalità, vale a dire quella organizzata di stampo mafioso. Le ragioni per cui una simile differenziazione (*recte* discriminazione) risulta tollerabile sono due. Da una parte, perché è comunque previsto un controllo giurisdizionale che consente di verificare la conformità a legge di tali limitazioni¹⁹; dall'altra, perché tale limitazione va contenuta nei limiti della ragionevolezza, vale a dire con il minor sacrificio possibile in relazione al risultato da raggiungere²⁰.

Si tratta, in breve, di ricondurre la materia, gravida di implicazioni di politica criminale assecondate da una legislazione a-sistematizzata e per *spot*²¹, ad un preciso *ethos* costituzionale da svilupparsi secondo il principio della massima tutela dei diritti fondamentali con il minor sacrificio necessario per i diritti dei

al "tipo" cautelare, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 533 il quale spiega come l'istituto in discorso assolve ad una funzione repressiva *ante iudicium* oscurando il rapporto funzionale tra provvedimenti strumentali e pronuncia di merito.

¹⁸ Si vedano, ad esempio, i recenti sviluppi legislativi sulla scorta della decisione della Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia e della minaccia di una procedura di infrazione. Sul punto FILIPPI, *Ade-lante Pedro...* con (poco) juicio. *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 377.

¹⁹ Cfr. Corte cost., n. 349 del 1993 secondo la quale deve ritenersi implicito che i provvedimenti ministeriali debbano comunque recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti e sono certamente sindacabili dal giudice ordinario; e Id., n. 351 del 1996 per la quale il sindacato giurisdizionale può estendersi al contenuto delle singole misure disposte al fine di controllare sotto il profilo della legittimità sia la rispondenza delle restrizioni alle finalità di pubblico interesse che il provvedimento deve perseguire, sia l'assenza di lesioni di diritti costituzionalmente garantiti dei detenuti o di trattamenti contrari al senso di umanità, ammettendo la disapplicazione del provvedimento illegittimo da parte del giudice di sorveglianza.

²⁰ Corte cost., n. 376 del 1997 la quale, pur ritenendo legittima l'adozione di misure contrarie al senso di umanità o tali da vanificare del tutto la finalità rieducativa della pena, specifica che ciò non deve concretizzarsi nella soppressione o sospensione delle attività di osservazione e di trattamento individualizzato, né nella preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive, etc.

²¹ *Modus agendi* tipico della politica dell'emergenza che, proprio al fine di assecondare le contingenze di un determinato periodo storico, si disinteressa dell'armoniosa collocazione della norma nell'*habitat* in cui deve operare.

detenuti.

Il saggio non affronterà approfonditamente tutti i profili che attengono a questo delicato segmento procedimentale, ma si limiterà, rinviando alla bibliografia di settore²², ad analizzare peculiari aspetti nella prospettiva appena delineata.

2. Dalle “carceri speciali” ai “detenuti specializzati”. Un tracciato storico sintomatico della volontà di arginare la pericolosità sociale.

L'icastica espressione²³ sottende una differenziazione che al di là di etichette formali legate alla pericolosità sociale²⁴ risponde ad esigenze volte a rabbonire, talvolta per malcelati scopi politici, un'opinione pubblica «assetata di vendetta punitiva»²⁵. Ne consegue che la misura di meritevolezza dei benefici penitenziari viene determinata in nome di un'insindacabile parametro di valutazione costituito da un'astratta pericolosità sociale la quale, come è facilmente intuibile, risulta concretamente impossibile da apprezzare, oltre che variare a seconda del “momento” in cui viene richiamata poiché costituisce presupposto per applicare misure *ante, praeter e post delictum*²⁶, e per limitare i benefici penitenziari²⁷. Questa proteiformità²⁸ rischia di ammantare inadeguatamente la corretta interpretazione che di volta in volta deve offrirsi all'istituto. Da qui l'esigenza di parametrare costantemente fasciose definizioni che in realtà ben difficilmente si coniugano con quanto emerge negli ambulatori delle aule

²² Per tutti, anche per l'attualità del contributo e per l'ampia rassegna bibliografica contenuta, il già citato FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, cit., 1138 ss.

²³ Attribuibile a GUAZZALOCA, PAVARINI, *Esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 286.

²⁴ Sempre attuale risulta la definizione offerta da PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 35, per il quale la pericolosità può dirsi «l'insieme delle condizioni per le quali la cosa o la persona diventa probabile causa del verificarsi di un danno. Il pericolo esprime la esistenza della probabilità; la pericolosità il riferimento di essa a ciò che la pone in essere».

²⁵ Così, plasticamente, GUAZZALOCA, PAVARINI, *Esecuzione penitenziaria*, cit., 310. In effetti i decorsi storici testimoniano come il legislatore abbia utilizzato un trattamento penitenziario differenziato per offrire risposte immediate mediante un fenomeno definito di «inequivocabile radicalizzazione delle posizioni politiche ad esse sottesa» (FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 396).

²⁶ Vale a dire le misure di prevenzione e quelle di sicurezza.

²⁷ I polimorfici significati dettati dal momento processuale, oltre che dai diversi legislatori, non consentono di poter definire con precisione il concetto di pericolosità sociale e le inevitabili ricadute sul piano delle garanzie. Sui diversi significati del concetto di pericolosità PROCACCINO, voce *Pericolosità sociale (accertamento della)*, in *Dig. Pen.*, III, *Agg.*, Torino, 2005, 1051 ss.

²⁸ TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 6, spiega che «il solo pronunciare la parola ‘pericolosità’ richiama alla mente dello studioso di diritto penale, ma non solo a lui, anche al sociologo, al politico e, oggi, possiamo dire, all'uomo comune, un complesso vastissimo di significati, di implicanze, di scelte politiche e legislative, nonché di problemi sempre presenti e solo parzialmente risolti».

di giustizia²⁹.

Un dato concreto, forse l'unico, può ricavarsi dall'art. 203 c.p. il quale in riferimento alle misure *post delictum* prescrive al co. 2 che «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133», aspetto che proietta in una dimensione concreta soprattutto in funzione della gravità del reato ancorata a indici oggettivi quali le modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa, l'intensità del dolo e il grado della colpa. Il vero punto critico del riferimento all'art. 133 c.p., però, è dettato dal rapporto tra pericolosità sociale e capacità a delinquere poiché la correlazione tra le due va differentemente determinata a seconda che la capacità a delinquere venga proiettata verso il passato cogliendone in tal modo la dimensione etico-retributiva, o verso il futuro costituendo l'attitudine a commettere nuovi reati³⁰.

Soprattutto questo ultimo aspetto che involge nel suo complesso la difficoltà nel formulare prognosi di recidiva sganciate da elementi oggettivi³¹, ha portato ad una profonda crisi della pericolosità sociale che investe sia il fondamento scientifico che la sua concreta praticabilità. Il codice di rito, infatti, esclude, quantomeno per la fase cognitiva, la possibilità di esperire una perizia criminologica³². Ma, pur delimitando i confini di un'indagine personologica, devono registrarsi dei momenti di cedimento dettati dalla possibilità di accedere ad una valutazione *post rem iudicatam*, quasi come se terminato l'accertamento del fatto, l'ordinamento cedesse a forme più blande non solo sul piano formale – in una sorta di metodologia di stampo inquisitorio –, ma anche sul fronte della sostanza consentendo ciò che prima risulta bandito³³.

In questa peculiare indagine è però necessario non farsi ammaliare dalle sirene le quali, nell'ipotesi in esame, raffigurano un lessico mutato. L'art. 31 l. 10 ottobre 1986, n. 663 ha abrogato l'art. 204 c.p. ove al co. 2 stabiliva che tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che chi ha commesso il fatto sia persona socialmente pericolosa. Ciò pareva aver depu-

²⁹ BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità (misure di prevenzione e sorveglianza e misure alternative alla detenzione)*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, I, Torino, 2008, 580.

³⁰ Così si esprime GRASSO, sub *art. 203*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, 399, al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia richiamata.

³¹ Per GRASSO, sub *art. 203*, cit., 400 «gli elementi indicati nell'art. 133, proprio perché sforniti per la loro assoluta genericità di un qualunque significato indiziante di una probabilità di recidiva, non consentono in alcun modo la formulazione di un giudizio di prognosi criminale dotato di caratteri di scientificità, basato cioè su leggi scientifiche o su massime di esperienza collaudate».

³² Per una recente e compiuta indagine dell'istituto MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013.

³³ Per più ampie considerazioni non possibili in questa sede sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, 60 ss.

rato il sistema da una presunzione *iuris et de iure*, fondata sull'appartenenza a determinate categorie che andavano a connaturare un giudizio non solo sull'esistenza della pericolosità, ma anche della sua persistenza³⁴. In realtà oggi ogni qualvolta si tratta di pericolosità sociale – e non solo nel campo delle misure di sicurezza – si registrano situazioni che, salvo ipotesi in cui continua a permanere una presunzione assoluta, si è al cospetto di presunzioni *iuris tantum*, nonostante il “garantismo” sia legato a varianti linguistiche che in concreto non intaccano il retaggio culturale di una metodologia inquisitoria fondata sull'inversione dell'onere della prova che spesso, per la difficoltà di ancorare il giudizio sulla pericolosità a dati oggettivi, si risolve in una mera lustra esterna rimessa alla vacua formula della libera valutazione del giudice³⁵ *in action* fondata su solipsistiche intuizioni circa la probabilità di reiterazione del reato³⁶. Ne è chiaro esempio il *refrain* della giurisprudenza secondo cui «nel caso di condanna per associazione di tipo mafioso l'applicazione della misura di sicurezza, quale prevista dall'art. 417 c.p., non richiede l'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto; il che, peraltro, non dà luogo alla configurabilità di una pericolosità sociale presunta *ex lege* (istituto espunto dall'ordinamento in forza dell'art. 31 l. 10 ottobre 1986, n. 663), dovendosi invece ritenere l'operatività di una presunzione semplice (desunta dalle caratteristiche del sodalizio criminoso e dalla connaturata persistenza nel tempo del vincolo malavitoso), la quale è pertanto superabile quando siano acquisiti elementi idonei ad escludere la concreta sussistenza della pericolosità»³⁷. Insomma, pur astraendo l'accertamento da un mero *status*, i parametri di riferimento risultano legati a peculiarità talmente indeterminate che viene consegnata al libero convincimento del giudice la determinazione della sussistenza e persistenza della pericolosità.

Quest'aspetto trova avallo anche in riferimento a misure ablative che si fondano su meri automatismi. Si pensi alla confisca penale dei proventi mafiosi che, in forza dell'art. 416 *bis*, co. 7, c.p. va sempre disposta nei confronti del condannato per il delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso in riferimento alle «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato

³⁴ Un esauriente tracciato storico è effettuato da PROCACCINO, voce *Pericolosità sociale (accertamento della)*, cit., 1053 ss.

³⁵ CALABRIA, voce *Pericolosità sociale*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, 459, la quale ritiene sia opportuno «ancorare il giudizio di pericolosità a fattispecie legali criminologicamente fondate o ad indici normativi criminologicamente significativi» il che tende a privilegiare l'accertamento successivo alla condanna con la possibilità di fruire di quel formidabile strumento costituito dalla perizia criminologica.

³⁶ CALABRIA, voce *Pericolosità sociale*, cit., 464, che prospetta delle soluzioni inquadrabili in tre grandi categorie: quella dell'indagine individualizzata; quella della predeterminazione legislativa di indici di pericolosità ed infine quella della predeterminazione legislativa di fattispecie soggettive di pericolosità.

³⁷ Cass., Sez. I, 29 ottobre 2007, Abbate, in *Mass. Uff.*, n. 238651.

e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego». È una disposizione che, in realtà, si basa su autentici automatismi senza indagare sul rapporto eziologico tra la *res* oggetto di *adprehensio* ed il reato. In tema di confisca gli esempi potrebbero proseguire, ma continuerebbero ad essere accomunati dall'inversione dell'onere della prova che profila ipotesi di incostituzionalità alle quali la giurisprudenza pare sorda³⁸.

In sintesi, si può affermare con tranquillante certezza che le opzioni caratterizzanti l'intenso passaggio dal modello illuminista a quello positivo³⁹, seppur con profonde divaricazioni – conseguenza delle posizioni politiche che ammantavano il susseguirsi delle dispute metodologiche circa la necessità di individuare la pericolosità per tipo, classi o ceto –, continuano a permanere tutt'oggi, quando, pur nella eterogeneità terminologica si celano afasie interpretative di non poco momento che lasciano “carta bianca” a coloro che devono valutare la sussistenza e la persistenza della pericolosità sociale.

In questa difficoltà esegetica il legislatore da un iniziale proposito, costituito dalla necessità di arginare l'allarme sociale destato dal fenomeno delle evasioni mediante la costruzione di carceri e l'istituzione di sezioni specializzate⁴⁰, pian piano è scivolato dalla tutela della sicurezza esterna a quella interna⁴¹; intervento questo che ha investito detenuti estranei alle ipotesi originariamente determinanti situazioni di massima sicurezza. Dal che, contraddicendo la *ratio* originaria, si optò per la sospensione delle regole di trattamento ai sensi dell'art. 90 ord. pen.⁴² – norma che ha poi ceduto il passo all'art. 41 *bis* ord. pen.⁴³ – in nome di esigenze di sicurezza. Si riteneva, infatti, che questo costituisse l'*escamotage* necessario per evitare di incorrere nella “mannaia” della declaratoria di incostituzionalità poiché la momentanea operatività della sospensione della norma, a mezzo dei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 90 ord. pen., la mette a tacere solo momentaneamente per mezzo di

³⁸ Ad esempio ne è testimone Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, in *Guida dir.*, 2004, 8, 63, spec. § 9 dei «Motivi della decisione», in riferimento alla ritenuta violazione degli artt. 24, 27, co. 2, 42 Cost.

³⁹ Una ricca ricostruzione comprensiva dei risvolti in punto di accertamento è contenuta nella dotta voce di TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, cit., 8 ss.

⁴⁰ L'analisi delle ragioni del processo di differenziazione e delle ragioni politiche delle “carceri speciali” sono ben sintetizzate in GUAZZALOCA, PAVARINI, *Esecuzione penitenziaria*, cit., 284 ss.

⁴¹ Immagine suggestiva attribuibile a PADOVANI, *Ordine e sicurezza negli stabilimenti penitenziari: una evasione della legalità*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, 307. Altrettanto significativa l'espressione utilizzata da GUAZZALOCA, PAVARINI, *Esecuzione penitenziaria*, cit., 287, secondo cui «non si veniva assegnati ad un istituto di massima sicurezza perché differenziati, ma si era considerati differenziati in quanto assegnati ad un istituto di massima sicurezza».

⁴² Relativo alle «Esigenze di sicurezza» e successivamente abrogato dall'art. 10 della legge Gozzini.

⁴³ L'articolato percorso normativo è ben ricostruito da FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, cit., 1138 ss.

provvedimento che, caso per caso e volta per volta, comprime diritti costituzionalmente garantiti. Ciò ovviamente va ad infrangersi con uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento e cioè che i diritti costituzionali possono subire menomazioni solo con provvedimento motivato dell'autorità giurisdizionale.

3. Le limitazioni ai benefici penitenziari: l'art. 4-*bis* ord. pen. “*pivot*” della legislazione dell'emergenza.

Le emergenze criminali (terroristica in un primo tempo, mafiosa poi) sono state gestite dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 che con tali situazioni ha fin da subito dovuto convivere cercando di attenuarne gli effetti⁴⁴.

Strumenti di questa politica sono costituiti, sul versante della giurisdizione, dagli artt. 4-*bis* («Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti») e 58-*quater* ord. pen. («Divieto di concessione di benefici»)⁴⁵ e, sul piano amministrativo, dagli artt. 14-*bis* («Regime di sorveglianza particolare») e 90 ord. pen. («Esigenze di sicurezza»), quest'ultimo, come detto, “riprodotto” dall'art. 41-*bis* ord. pen. («Situazioni di emergenza»).

Le conseguenze di questo sistema spurio, di natura tendenzialmente amministrativa, sono rappresentate dalla “lontananza” del giudice e da un meccanismo di presunzioni di pericolosità difficili da vincere anche in ragione del limitato *habitat* probatorio⁴⁶ con il fine precipuo di diversificare l'ammissione alle varie misure alternative e ai benefici penitenziari in genere⁴⁷.

La norma cardine per attuare questa politica dell'emergenza è costituita dall'art. 4-*bis* ord. pen. che, originariamente, dettava un concetto di pericolosità sociale e le modalità per accertarla del tutto avulse dai principi posti a ba-

⁴⁴ La genesi e la funzione dell'art. 4-*bis* ord. pen. sono stati oggetto di un approfondito studio da parte di CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, spec. 37 ss., alla quale si rinvia.

⁴⁵ Norma questa che ai fini del presente studio ha una rilevanza residuale limitandosi a prevedere per i condannati per delitti previsti dall'art. 4-*bis* ord. pen. un innalzamento di pena espiata per fruire – sussistenti i presupposti di quest'ultima norma – dei benefici penitenziari (due terzi o ventisei anni nel caso di ergastolo). Per i necessari approfondimenti FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. pen.*, cit., 1155, il quale coglie la *ratio* del divieto introdotto dall'art. 58-*quater* ritenendolo «contiguo e servente rispetto all'art. 4-*bis* ord. pen. [...] rafforza del primo la logica del divieto, introducendo una maggiore selettività nell'accesso ai percorsi alternativi, seppur differenziandosene nella finalità più retributiva che inibitoria». V., anche CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 107.

⁴⁶ Sul punto specifico sia nuovamente concesso il rinvio a GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 44 ss. e 60 ss.

⁴⁷ Già GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 4.

se del sistema costituzionale e processuale per l'accertamento del fatto. Nello specifico la pericolosità del detenuto veniva, e – seppur con qualche variante, più che altro terminologica – viene tuttora, (pre)determinata in funzione del tipo di delitto commesso sulla base di informazioni⁴⁸ acquisite tramite il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica o il questore.

Nello specifico sono previste differenti fasce che, soprattutto negli ultimi anni⁴⁹, hanno fortemente risentito degli smottamenti causati dalla politica emergenziale del terzo millennio⁵⁰. Oggigiorno la situazione che si presenta all'interprete, con differenti implicazioni sul piano probatorio, è la seguente.

Innanzitutto il co. 1 prevede una serie di *nomina delicti* che impediscono, in assenza di collaborazione con la giustizia, l'accesso ai benefici penitenziari ad esclusione della liberazione anticipata. Limitatamente al campo di indagine prefissato, il catalogo di reati che interessa attiene, oltre al delitto di associazione di stampo mafioso, anche ai «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste» (art. 4-bis, co. 1, ord. pen.)⁵¹.

Posta la prima condizione per superare il divieto di concessione di benefici, vale a dire la collaborazione con la giustizia, i commi successivi, come anticipato, prevedono situazioni che consentono di vincere la presunzione di pericolosità dettata dall'essere stati condannati per i delitti anzidetti che implicano ripercussioni sul piano probatorio che si profila a gradazione variabile.

Secondo il co. 1-bis, infatti, sono comunque concedibili qualora «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata [...], altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertato nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono

⁴⁸ L'art. 4-bis, co. 2, parla di «*dettagliate* informazioni», ma l'aggettivo, il più delle volte, costituisce una mera lustra esterna non rinvenibile in concreto posto che le informazioni spesso riproducono in modo affastellato, confuso e temporalmente indistinto atti, spesso superati da provvedimenti giurisdizionali. Le preoccupazioni per questa metodologia di accertamento sono ben evidenziate da GAITO, *Il controllo sulle informazioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Giur. it.*, 1992, II, 698. Più di recente CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 94.

⁴⁹ Ci si riferisce alle l. 23 dicembre 2002, n. 279, l. 6 febbraio 2006, n. 38, al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, dalle l. 15 luglio 2009, n. 94 e l. 23 luglio 2009, n. 99.

⁵⁰ Il percorso storico è efficacemente ricostruito da FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. pen.*, cit., 1139 ss.

⁵¹ Va segnalata, quale monade isolata, l'ordinanza di Trib. Sorv. L'Aquila, 18 novembre 2014, T., in *questa Rivista* on line, nella quale si sottolinea che il giudice di sorveglianza, ai fini dell'operatività delle preclusioni dettate dall'art. 4-bis ord. pen., possa desumere dalla sentenza di condanna la sussistenza del metodo mafioso o della agevolazione mafiosa previsti dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, anche in assenza di esplicita pronuncia sul punto da parte del giudice di merito.

comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero dall'art. 116, co. 2, c.p.».

Le ipotesi che si stagliano per l'interprete sono molteplici, ma quella che crea maggiori problemi è legata all'acquisizione di elementi che escludano collegamenti attuali con la criminalità organizzata, *c'est à dire* una prova negativa, diabolica invero, circa la sussistenza di elementi che dimostrino l'assenza di collegamenti. Detto diversamente il legislatore richiede la prova positiva dell'assenza di un fatto preclusivo. Tali informazioni devono essere acquisite mediante il C.P.O.S. (comitato eventualmente integrato dal direttore del carcere ove è detenuto il condannato) che deve fornire entro trenta giorni dalla richiesta, dopo di che il magistrato o il tribunale di sorveglianza sono tenuti a decidere.

Problematiche meno accese pongono gli altri aspetti costituiti dalla limitata partecipazione al fatto criminoso accertata con sentenza di condanna irrevocabile che rendono utilmente esperibile la collaborazione⁵², ovvero in presenza di determinate circostanze attenuanti costituite dall'aver risarcito il danno prima, ma anche dopo la sentenza di condanna (art. 62, n. 6, c.p.), in ipotesi di limitata partecipazione al fatto (art. 114 c.p.) o di reato diverso da quello voluto (art. 116 c.p.).

Un'altra fascia, disciplinata dal co. 1 *ter*, attiene a delitti che, rispetto a quelli di cui alla prima fascia, producono un impatto attenuato in termini di pericolosità (omicidio volontario, rapina ed estorsione aggravate, associazione a delinquere di stampo mafioso con ruolo di mero partecipe, produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanza stupefacente aggravate dall'ingente quantità, etc.). I benefici, in queste ipotesi, possono essere concessi a condizione che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». L'onere della prova, come appare all'evidenza, non è più invertito, ma è posto a carico dell'autorità giudiziaria la quale, come si spiegava, si avvale del questore che deve fornirle «dettagliate informazioni» (co. 2-*bis*), decidendo comunque entro trenta giorni da

⁵² Per un esauriente inquadramento del tema, non possibile in questa sede, si rinvia all'approfondito studio di RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. pen.*, 2011, I, 100 ss.

Nella giurisprudenza di merito è stato escluso che il divieto di concessione di benefici penitenziari ai detenuti per delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. (nell'ipotesi condannati alla pena dell'ergastolo) contrasti con l'art. 3 C.e.d.u. (Trib. Sorv. L'Aquila, 20 maggio 2014, R., in *questa Rivista* on line).

detta richiesta.

Un'ulteriore fascia di recente creazione è rappresentata dal co. 1 *quater*⁵³ riferito ad una particolare categoria di detenuti o internati, vale a dire coloro ristretti per delitti a sfondo pedopornografico (artt. 600 *bis*-600 *quinquies* c.p.) o sessuale (artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*nonies* c.p.), per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata all'esito «dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al co. 4 dell'art. 80» ord. pen.

La l. 1° ottobre 2012, n. 172 - precisamente mediante l'art. 7, co. 2, - ha aggiunto all'art. 4-*bis* un co. ulteriore, il 1-*quinquies*, con il quale il legislatore ha ulteriormente specificato il tipo di prova richiesta per la concessione dei benefici a detenuti o internati per reati sessuali in danno di minori (artt. 600-*bis*, 600-*ter*; anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p.) richiedendo un *quid pluris* in tema di trattamento, costituito dalla partecipazione ad un programma di riabilitazione scientifica di tipo psicologico con finalità di recupero e sostegno come previsto dall'art. 13-*bis* ord. pen. introdotto dall'art. 7, co. 3, legge n. 172 del 2012; partecipazione che deve essere valutata positivamente dal magistrato o dal tribunale di sorveglianza. Evidente come la formulazione vaga, disancorata da elementi oggettivi, renda vacua la previsione legislativa, rimettendola, ancora una volta in questo settore, alla libera valutazione del giudice, difficilmente controllabile nei giudizi di impugnazione.

Come visto la concessione dei benefici penitenziari, soprattutto nelle ipotesi previste dai co. 1-*bis* e 1-*ter* sono strettamente legate ai contenuti delle informazioni acquisite per tramite, rispettivamente, del C.P.O.S. o del questore.

Le informazioni, «freudiana concessione ai modelli istruttori di natura amministrativa»⁵⁴, sono - o quantomeno a ciò sembra riferirsi il legislatore - quelle attività che investono l'aspetto probatorio fattuale finalizzato a ricercare «nozioni utili per l'esercizio di una funzione giurisdizionale, oggettivamente dai confini molto ampi»⁵⁵. I limiti, decisamente indefiniti - tanto che un'elencazione tassativa non è semplice effettuarla, dovendosi piuttosto basarsi su un'empirica rassegna pratica -, suscitano non poche perplessità in consi-

⁵³ Il co. 1 *quater* è stato inserito dall'art. 3, co. 1, lett. a), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha sostituito l'originario co. 1 con gli attuali commi da 1 a 1 *quater*. Un'ulteriore modifica è stata apportata dall'art. 2, co. 27, lett. a), n. 2, l. 15 luglio 2009, n. 94 e dall'art. 7, co. 1, l. 1° ottobre 2012, n. 172.

⁵⁴ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 112.

⁵⁵ IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, 198 s., e negli stessi termini FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, 7, *Modelli differenziati e di accertamento*, a cura di Garuti, Torino, 2011, 737 ss.

derazione della provenienza aliena rispetto al procedimento penale, costituita da attività di carattere amministrativo che non prevedono nemmeno l'avviso di avvio del procedimento previsto dall'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241. Se poi si pensa che la maggior parte di queste informazioni rivestono un ruolo fondamentale nell'ambito del procedimento, appaiono chiare le riserve manifestate di fronte a prove dalla fisionomia variabile⁵⁶.

Passando da contesti generali a quelli oggetto di indagine, le informazioni, acquisite tanto dal C.P.O.S. che dal questore, costituiscono quei dettagliati elementi gnoseologici circa la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata che il magistrato e il tribunale di sorveglianza devono richiedere ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 2 e 2-*bis*, ord. pen. per decidere in ordine alla concessione dei benefici penitenziari, quali le misure alternative alla detenzione, ovvero ai fini dell'applicazione del regime carcerario differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. pen.

Allo stesso tempo informazioni possono essere richieste in relazione alle persone sottoposte a speciale programma di protezione *ex art. 16-nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 che abbiano proposto domanda di ammissione ai benefici penitenziari⁵⁷.

Le informazioni consistono in dati gnoseologici precostituiti al procedimento ovvero sono frutto di attività investigativa⁵⁸ e tendenzialmente vengono fornite mediante comunicazione scritta.

Molto più garantisticamente, al fine di offrire un contraddittorio effettivo fondato non sul dato, ma sulla fonte, sarebbe opportuno un confronto dialettico, quantomeno con le modalità informali dettate dall'art. 185 disp. att.⁵⁹, elemento questo estremamente importante in quanto consente di infirmare informative spesso datate e stereotipate fondate su clausole di stile riprodotte il testo di legge in ordine alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Per chiudere questa sintetica e non esaustiva trattazione sulle multiformi problematiche legate all'art. 4-*bis* ord. pen., si deve accennare a due peculiari aspetti.

Il primo profilo attiene alla possibilità di concessione dei benefici per coloro che risultano condannati per delitti c.d. ostativi (rientranti, cioè, nel catalogo previsto dalla norma in discorso) in ipotesi di concorso reati comuni. La giurisprudenza utilizza, condivisibilmente, l'*escamotage* del c.d. scioglimento del

⁵⁶ Così CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 373, delle quali offrono una rassegna; FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, cit., 738.

⁵⁷ Per ulteriori considerazioni FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, cit., 738.

⁵⁸ CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 373.

⁵⁹ Perviene a questa conclusione FIORIO, *Procedimenti e provvedimenti penitenziari*, cit., 738.

cumulo giuridico delle pene irrogate⁶⁰ che risulta «scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espiato la pena relativa ai delitti ostativi»⁶¹. Le Sezioni unite⁶², in particolare, hanno ripreso il percorso avviato dalla Consulta che dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, primo periodo, ord. pen., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost. nella parte in cui non vieta la concessione di misure alternative alla detenzione ai condannati per reati di cui alla predetta norma dell'ordinamento penitenziario, ha ritenuto non costituisca diritto vivente un opposto indirizzo interpretativo che inibisca lo scioglimento del cumulo per la concessione di benefici penitenziari⁶³.

Aspetto quest'ultimo ripreso di recente per risolvere il *busillis* della c.d. liberazione anticipata speciale⁶⁴ introdotta con l'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146⁶⁵ che consentiva, in presenza di determinate condizioni (aver dato prova, durante la detenzione, di un concreto recupero sociale desumibile da comportamenti tali da rivelare un positivo evolversi della personalità) la concessione della liberazione anticipata speciale (ex art. 4, co. 2, anche quale integrazione di quella già goduta in via ordinaria) anche ai condannati per delitti previsti dall'art. 4-*bis* ord. pen.

Nello specifico il decreto-legge in parola, a fronte della necessità di superare l'emergenza carceri implosa a seguito della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Torreggiani c. Italia*⁶⁶ consentiva per il periodo 1° gennaio 2010⁶⁷-23 dicembre 2015 di fruire di un periodo di liberazione anticipata pari a settantacinque giorni a semestre, in luogo dei canonici quarantacinque. La conversione in l. 21 febbraio 2014, n. 10, portò alla soppressione dell'art. 4, co. 4, del decreto-legge, sulla scorta di quello che appariva un eccesso di indulgenza, escludendo dal beneficio i condannati per i reati compresi nell'art. 4-*bis* comportando tutta una serie di problematiche interpretative⁶⁸, risolte nel

⁶⁰ Cfr., però, l'esclusione prevista in materia di regime carcerario differenziato ex art. 41-*bis*, co. 2, ord. penit., *infra* § 4.

⁶¹ Cass, Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, in *Cass. pen.*, 2000, 570.

⁶² Cass, Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, cit.

⁶³ Corte cost., n. 361 del 1994.

⁶⁴ Istituto sul quale v., per tutti, BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, in *questa Rivista*, 2014, 619 ss., il quale affronta le problematiche legate alla conversione in legge del decreto-legge n. 146 del 2013 ed il venir meno della possibilità per i detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. di fruire dell'incremento del periodo di liberazione anticipata.

⁶⁵ Recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria».

⁶⁶ Cfr. la nota 18.

⁶⁷ E ai semestri in corso di espiazione a quella data.

⁶⁸ Sul punto si vadano le soluzioni prospettate da BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata spe-*

senso di escludere l'applicabilità di una norma non più vigente per mancata conversione in legge *in parte qua* del decreto-legge⁶⁹, ritenendo, però, la possibilità di accedere all'istituto anche a quei detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. che, previo scioglimento del cumulo giuridico di pene concorrenti, abbiano espiato il c.d. reato ostativo⁷⁰.

Il secondo aspetto da evidenziare è rappresentato dal fatto che il divieto di concessione dei benefici penitenziari non opera quale presunzione assoluta in talune ipotesi che trovano la loro *ratio* in valori costituzionali e che quindi non possono recedere di fronte ad esigenze di sicurezza.

Il riferimento è alle misure alternative alla detenzione. Nello specifico la detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. pen.) è esclusa per i condannati per reati *ex art. 4-bis* sia nell'ipotesi di detenuto che abbia superato i settanta anni di età (co. 01), sia in quella in cui la misura in parola costituisce «parte residua di maggiore pena» (co. 1-*bis*).

L'art. 47-*quater* ord. pen. che attiene alle «Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria», e quindi costituisce un'ipotesi «umanitaria», trova un limite relativo per i detenuti per i reati ostativi in quanto devono essere acquisite le informazioni previste dai co. 2, 2-*bis* e 3 in riferimento alle esigenze di sicurezza e alla persistenza dei collegamenti con associazioni criminali. Si tratta, come è facile intuire, di una limitazione al diritto alla salute⁷¹.

La detenzione domiciliare speciale disciplinata dall'art. 47-*quinqües* ord. pen. è stata di recente oggetto di scrutinio di legittimità costituzionale. Al vaglio della Consulta era la questione circa le preclusioni dettate dall'art. 4-*bis* per l'accesso alla detenzione domiciliare per le detenute madri di prole inferiore ad anni dieci, con il conseguente diritto di quest'ultima a crescere con la madre in ambiente estraneo al carcere; diritto fino ad ora receduto a fronte di esigenze di sicurezza per la presunta pericolosità sociale delle condannate per delitti ostativi. Secondo il giudice delle leggi la preclusione contrasta con i diritti di cui agli artt. 3, 29-31 Cost.⁷², tanto che, in via consequenziale, nella me-

ciale», cit., 633 ss. e MINNELLA, *Il "bonus" della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in *questa Rivista* on line.

⁶⁹ Cfr., per l'appunto Cass., Sez. I, 31 luglio 2014, Panno, in *questa Rivista* on line; Id., Sez. I, 22 dicembre 2014, Ciriello, in www.cortedicassazione.it.

⁷⁰ Cass., Sez. I, 22 dicembre 2014, Ciriello, cit., secondo cui in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, è legittimo nel corso dell'esecuzione lo scioglimento del cumulo, quando occorre procedere al giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione della liberazione anticipata speciale, ostacolata dalla circostanza che nel cumulo è compreso un reato rientrante nel novero di quelli elencati nell'art. 4-*bis* ord. pen., a condizione che il condannato abbia espiato la parte di pena relativa al delitto ostativo.

⁷¹ Sul tema diffusamente FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002, 170 ss.

⁷² Corte cost., n. 239 del 2014. A commento della decisione CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le*

desima decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, sempre in riferimento ai predetti parametri, dell'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b)⁷³, qualora il giudice escluda il pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Da ultimo, anche l'ammissione alla semilibertà (art. 50 ord. pen.) trova un inasprimento relativamente alla pena da espiare.

4. La "punta dell'iceberg": il regime carcerario differenziato previsto dall'art. 41-bis, co. 2, ord. penit.

Il maggiore punto di emersione della legislazione dell'emergenza nel segmento procedimentale *post rem iudicatam* è costituito dalla sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati mediante lo speciale regime previsto dall'art. 41-bis ord. pen. e, più specificamente per i "mafiosi", l'ipotesi delineata dal co. 2⁷⁴, la quale prevede, in presenza di «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», l'anzidetta sospensione a carico di detenuti o internati per i delitti previsti dall'art. 4-bis ord. pen. o comunque per quelli commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa⁷⁵ qualora vi siano «elementi tal da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

L'istituto originariamente istituito con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356 e fondato su un carattere di temporaneità, con l. 23 dicembre 2002, n. 279, acquisì maggiore determinatezza circa i contenuti con limiti contrastanti con i canoni costituzionali⁷⁶. La dichiarata volontà di ripristinare il rigore originario dello speciale regime detentivo ha comportato un successivo intervento legislativo (l. 15 luglio 2009, n. 94)⁷⁷ che ha reso ancor più difficile ai detenuti, ed in particolare quelli condannati per il delitto di associazione mafiosa, la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza.

madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4bis, co. 1, ord. pen. ma impone la regola di giudizio, in questa Rivista on line.

⁷³ Anche queste ipotesi attinenti al rapporto genitori-prole.

⁷⁴ Il co. 1 contempla l'ipotesi di «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza» in relazione alle quali la sospensione delle normali regole di trattamento si giustifica «dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza».

⁷⁵ Si ricorda che lo special regime in discorso può essere applicato anche in fase cautelare.

⁷⁶ Corte cost., n. 349 del 1993; Id., n. 410 del 1993; Id., n. 351 del 1996. A commento di quest'ultima decisione v. le condivisibili e attuali considerazioni di FIORIO, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli organi amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3056 ss.

⁷⁷ Sulla nuova fisionomia dell'istituto, *inter alios*, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 113 ss.; FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, cit., 1161 ss.; MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 757 ss.

La novella legislativa è intervenuta su vari aspetti, ma in particolare deve sottolinearsi come scopo del legislatore sia stato quello di evitare orientamenti giurisprudenziali disomogenei nel procedimento di reclamo (da qui la competenza giurisdizionale generalizzata esclusivamente in capo al Tribunale di sorveglianza di Roma ai sensi del co. 2-*quinquies*⁷⁸) e di impedire lo scioglimento del cumulo in ossequio ai principi di matrice giurisprudenziale già richiamati⁷⁹ con uno specifico inciso previsto nell'ultimo periodo del co. 2, nonostante nell'ultima fase di vigenza della precedente disciplina un piano indirizzo ermeneutico tendesse ad escludere questo tipo di *escamotage*⁸⁰. Da ultimo appare evidente la minor flessibilità delle limitazioni che sono state fatte oggetto di scrutinio costituzionale per l'erosione della discrezionalità giurisdizionale sui contenuti del regime carcerario differenziato (determinazione dei colloqui, limitazione delle somme e dei beni che possono essere ricevuti dall'esterno, della permanenza all'aperto, etc.), in parte risoltosi con una declaratoria di inammissibilità⁸¹.

Una singolare restrizione, che - conformemente alle unanimi critiche della dottrina⁸² - è stata dichiarata in contrasto con il diritto di difesa, è la previsione di cui al co. 2-*quater*, lett. b), ultimo periodo, relativa ai colloqui «con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», vale a dire pari a dieci minuti e ad un'ora. Secondo la Corte costituzionale tale disposto è costituzionalmente illegittimo poiché «la norma censurata, introducendo limiti di durata e di frequenza dei colloqui visivi e telefonici con i propri difensori - limiti che operano a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il detenuto è coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare -, determina una compressione del diritto ai colloqui in

⁷⁸ La concentrazione di tutti i reclami in capo ad un unico organo che, nell'ottica del legislatore, deve assolvere all'esigenza di evitare disorientamenti giurisprudenziali suscettibili di vanificare il regime carcerario differenziato, appare una duplicazione del compito nomofilattico posto in capo alla Corte di cassazione, chiamata al controllo di legittimità dell'ordinanza che decide sul reclamo al tribunale di sorveglianza. Diffusamente su questo specifico profilo MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 786 s.

⁷⁹ Corte cost., n. 361 del 1994; Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, cit.

⁸⁰ Tra le tante Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, G.A., in *Mass. Uff.*, n. 245047, richiamante il principio di unicità dell'esecuzione della pena.

⁸¹ Corte cost., n. 190 del 2010. A commento della decisione FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2268.

⁸² CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 158 ss.; FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, cit., 1165 s.; MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 774 s.

modo automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale. Né le limitazioni in esame possono 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. Infatti - anche in conformità con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale la limitazione dei contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato può avvenire solo se assolutamente necessario - nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango⁸³.

Rinviano ad altri studi⁸⁴ per gli aspetti non possibili da trattare in questa sede ove si è cercato di focalizzare le divergenze rispetto al trattamento ordinario, è nostro proposito concentrarsi sulle modalità di accertamento dei presupposti per disapplicare le normali regole di trattamento per i detenuti, e cioè la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata (co. 2) e, relativamente alla proroga di dette limitazioni, «quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale terroristica o eversiva non è venuta meno» (co. 2-bis).

In concreto la restrizione delle ordinarie regole di trattamento viene disposta dal Ministro della giustizia, anche su proposta del Ministero dell'interno, dal che la natura amministrativa del provvedimento. Per valutare la sussistenza dei presupposti legittimanti la differenziazione sul piano trattamentale, vale a dire, in chiave generale, «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica» e, in posizione individualizzante, «la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva», viene attivata un'istruttoria finalizzata ad acquisire le «informazioni» della Direzione nazionale antimafia e degli «organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva», nonché il parere del pubblico ministero che svolge le indagini ovvero di quello presso il giudice che procede; tutti dati conoscitivi che costituiscono vere e proprie condizioni del procedere⁸⁵. Nell'ipotesi in cui il destinatario della restrizione sia detenuto a titolo definitivo non è richiesto il parere del p.m., così come quando siano stati acquisiti i pareri della Direzione distrettuale e della Direzione nazionale antimafia, or-

⁸³ Corte cost., n. 143 del 2013. A commento dell'importante decisione v., tra i tanti, i contributi di FIORENTIN, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2014, 2180 e RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni del diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, *ibidem*, 2176.

⁸⁴ Quelli degli Autori indicati alla nota 77 anche per la bibliografia da essi richiamata.

⁸⁵ MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1290; GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. pen.*, *ibidem*, 358.

ganismi di coordinamento investigativo tra le diverse procure territoriali⁸⁶.

Il procedimento finalizzato all'emissione del decreto di sospensione non prevede alcuna forma di contraddittorio e nemmeno richiede la comunicazione all'interessato prevista dall'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241 con conseguente facoltà di accesso agli atti. Ciò suscita dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio del contraddittorio⁸⁷, nonostante si ritenga che l'attività interna svolta dall'Amministrazione abbia natura prodromica che si concretizza nel provvedimento amministrativo soggetto a reclamo, mediante il quale si instaura un procedimento giurisdizionale con cui l'interessato può svolgere tutta l'attività necessaria alla propria difesa⁸⁸.

Il provvedimento che applica o proroga il regime carcerario differenziato - che assume la forma del decreto motivato - indica le restrizioni imposte e la durata della sospensione delle ordinarie regole di trattamento. Nella versione novellata la durata non è più rimessa alla discrezionalità del Ministro, ma viene determinata dalla legge⁸⁹.

A fronte dell'esangue descrizione dei presupposti applicativi, dal contenuto assai indeterminato, maggiori parametri sono stati posti dal legislatore ai fini della proroga, in gran parte recettivi della giurisprudenza di legittimità creatasi sotto il previgente regime⁹⁰. Quale presupposto "in negativo" per la persistenza del regime differenziato il co. 2-*bis* richiede che «risult[il] che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non [sia] venuta meno» in base ad una serie di dati costituiti dal «profilo cri-

⁸⁶ MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 761.

⁸⁷ FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 406, il quale spiega che «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.».

⁸⁸ Così, esattamente, MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 761, alla quale si rinvia anche per gli ampi richiami giurisprudenziali.

⁸⁹ Con la legge n. 94 del 2009 si è passati da una durata non inferiore ad un anno e non superiore a due, prorogabile per un anno, ad una durata di quattro anni, in sede di prima applicazione, prorogabile per successivi periodi, ciascuno di due anni.

⁹⁰ Cass., Sez. I, 3 marzo 2006, Di Giacomo, in *Mass. Uff.*, n. 233944, secondo cui «in tema di proroga della sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento penitenziario, ex art. 41-*bis* legge n. 354 del 1975, la sussistenza dei collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale deve consistere nella concreta possibilità per il condannato di riprendere i vincoli associativi e di continuare ad essere utile alla organizzazione anche all'interno del circuito carcerario ordinario, qualora il regime detentivo differenziato dovesse venire meno. Per valutare tali requisiti occorre tenere conto di vari parametri, quali, ad esempio, il profilo criminale del soggetto, i risultati del trattamento penitenziario, la pregressa posizione dello stesso all'interno della "cosca" di appartenenza, l'operatività del sodalizio criminale alla luce delle informazioni fornite dalle autorità, il tenore di vita dei familiari; non è peraltro necessaria l'analisi e l'utilizzazione di tutti i parametri, essendo sufficiente anche la presenza di alcuni di essi purché le risultanze non siano in contraddizione con elementi di elevato spessore, quali ad esempio la dissociazione o la prova dell'avvenuta estromissione del detenuto dal circuito criminale».

minale», dalla «posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione», dalla «perdurante operatività del sodalizio criminale», dalla «sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate», dagli «esiti del trattamento penitenziario e d[ella] tenore di vita dei familiari del sottoposto». «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 stessa». È una elencazione non tassativa, ma meramente esemplificativa, posto che si tratta di elementi sintomatici della grave pericolosità del detenuto, tale da giustificare un trattamento particolarmente rigido. Piuttosto quel che rileva in questa sede, è la circostanza che ci si trova al cospetto di informazioni raccolte solipsisticamente dagli organi di polizia, con i quali ben difficilmente è possibile effettuare un riscontro in udienza, fondandosi il tribunale di sorveglianza sul dato cartaceo con la conseguenza che la difesa potrà solo cercare di infirmarne il contenuto con dati di segno opposto, ma non potrà valersi di quel *quid pluris* sul piano euristico che può scaturire dall'esame incrociato⁹¹.

Piuttosto non si possono ritenere superati gli arresti della giurisprudenza costituzionale chiari nel sottolineare che «ogni provvedimento di proroga deve [...] contenere una autonoma congrua motivazione in ordine alla permanenza attuale dei pericoli per l'ordine e la sicurezza che le misure medesime mirano a prevenire [e nel contempo] un'adeguata motivazione sulla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato, vale a dire sugli specifici ed autonomi elementi da cui risulti la persistente capacità di tenere contatti con le organizzazioni criminali [di guisa che] in sede di controllo giurisdizionale spetterà al giudice verificare in concreto - anche alla luce delle circostanze eventualmente allegare dal detenuto - se gli elementi posti dall'amministrazione a fondamento del provvedimento di proroga siano sufficienti a dimostrare la permanenza delle eccezionali ragioni di ordine e sicurezza che, sole, legittimano l'adozione del regime speciale»⁹².

Sulla base di ciò, ancora oggi, è necessario non discostarsi dagli approdi estremamente garantistici cui è giunta la Cassazione nel pretendere un «rigoroso accertamento mediante la valutazione di fatti precisi e concreti», l'unica che può fondare la restrizione o la proroga dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento penitenziario, non essendo ammesse «scorciatoie probatorie fondate su giudizi presuntivi»⁹³. Proprio per evitare tali storture, il

⁹¹ Su quest'aspetto si rinvia alle considerazioni di SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, in *Dig. Pen.*, III, Agg., 2005, 557 ss., e, volendo, di GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 53 ss.

⁹² Così Corte cost., n. 417 del 2004.

⁹³ In questi termini gli ancora attuali insegnamenti di Cass., Sez. I, 20 gennaio 2005, Bruno, in *Giur. it.*,

tribunale di sorveglianza chiamato a valutare la sussistenza di questi dati gno-seologici, dovrà «sottoporli ad autonomo vaglio critico, accertando se le informazioni delle autorità competenti forniscano dati realmente significativi sulla persistente capacità di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, ovvero se dette informazioni, magari risalenti nel tempo, si limitino a riprodurre la biografia delinquenziale e giudiziaria del detenuto, senza alcun riferimento ad altre apprezzabili e concrete circostanze idonee a provare l'attuale pericolosità del detenuto e la cessazione dei collegamenti con l'associazione criminale, quali l'importanza e non del ruolo ricoperto, l'eventuale dissolvimento del sodalizio cui il detenuto apparteneva, la durata della sottoposizione al regime differenziato e i risultati del trattamento carcerario, che rimane un parametro ineludibile in relazione alla funzione rieducativa della pena»⁹⁴. In buona sostanza si renderà necessaria una seria e concreta verifica effettuata valutando tutti i dati idonei a rendere concreto il giudizio sulla pericolosità del detenuto, altrimenti la motivazione rischia di divenire vuota tautologia⁹⁵. E questo capillare controllo potrà avvenire anche utilizzando il miglior metodo dialettico che l'ordinamento processuale oggi conosce, e cioè il principio del contraddittorio per la formazione della prova, abbandonando arcaici strumenti tipici del processo inquisitorio.

Proprio sulla base degli insegnamenti della Corte costituzionale e della Suprema Corte, nella giurisprudenza di merito è affiorato un responsabile indirizzo ermeneutico tendente a respingere la disinvolta impostazione seguita dal Guardasigilli. Il tribunale di sorveglianza dovrà valutare in positivo l'attuale esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata mediante il riscontro con dati concreti relativi alla posizione del detenuto, costituiti da «condizione attuale, esistenza o meno di messaggi da quegli impartiti, sussistenza di elementi atti a dimostrare la sua capacità di gestire azioni criminali dall'interno del carcere, *et similia*»⁹⁶, rifuggendo, invece, il ricorso a informative generiche riguardanti il gruppo criminale di presunta appartenenza, in quanto diversamente si ammetterebbe un «processo valutativo giurisdizionale di fattori somiglianti a voci correnti»⁹⁷. Questi *standards* probatori rispondono ai moniti della dottrina più sensibile fermamente orientata a «scongiurare i dubbi di *probatio diabolica*, talora adombrati in letteratura, a vantaggio di un assetto

2005, 2354.

⁹⁴ In questi termini si esprime anche Cass., Sez. I, 10 dicembre 2004, Galatolo, in *Foro it.*, 2005, II, 186.

⁹⁵ Cass., Sez. I, 20 gennaio 2005, Bruno, cit.

⁹⁶ In questi termini Trib. Sorv. Perugia, 30 giugno 2005, Benenati, inedita; in termini analoghi, Id., 14 luglio 2005, Sole, inedita.

⁹⁷ Ancora Trib. Sorv. Perugia, 30 giugno 2005, Benenati, cit.

che postula un inequivocabile onere motivazionale in capo al Ministro»⁹⁸. A queste critiche legate all'accertamento dei presupposti legittimanti l'applicazione - in particolare - e la proroga dello speciale regime, deve aggiungersi un'altra nota stonata. La limitatezza di elementi che consentono di disapplicare le ordinarie regole di trattamento - la maggiore specificazione dei presupposti per la proroga, tende a salvare questo profilo - si fondano su un sistema fondato su elementi molto analogo alle presunzioni. Il richiamo al catalogo dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. - oggi implementato con delitti molto lontani dalla *ratio* originaria, tale da operare un livellamento verso il basso del delinquente socialmente pericoloso⁹⁹ -, innesca un meccanismo quasi presuntivo che, a fronte dell'eterogeneità dei reati presupposto, intacca la tenuta dello stesso in quanto maggiore è l'ampiezza delle fattispecie concrete riconducibili alla previsione considerata, minore è il grado di resistenza della presunzione, in quanto diviene proporzionalmente più agevole ipotizzare situazioni non ragionevolmente comparabili sul piano della gravità a quelle che, invece, in realtà sono pregne di un significato meno ambiguo e allarmante come sicuramente avviene per la figura associativa di stampo mafioso. Questa è l'unica che incarna i presupposti di pericolosità costituiti dalla specificità del vincolo tra i partecipanti, frutto della capacità intimidatoria e di assoggettamento del sodalizio come di recente ha ricordato la Consulta secondo cui l'associazione *ex art. 416-bis* c.p. si fonda, da un lato, su «una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, [su] una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso»¹⁰⁰. Da qui l'esigenza, solo a seguito di una valutazione individualizzante, di effettuare le limitazioni previste dal carcere «duro» per «tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine [sussistendo] il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti»¹⁰¹.

⁹⁸ Così FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 411; analogamente CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 180 ss.; e per la disciplina previgente, volendo, GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standards probatori dell'art. 41-bis ord. pen.*, in *Giur. it.*, 2005, 2356; ID., *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41-bis ord. pen.*, cit., 355 ss.

⁹⁹ FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, cit., 1150 s.

¹⁰⁰ Corte cost., n. 231 del 2011.

¹⁰¹ Così, *mutatis mutandis*, in riferimento alle presunzioni previste dall'art. 275, co. 3, c.p.p., Corte eur., 6 novembre 2003, Pantano c. Italia.

5. Il circuito di “alta sorveglianza”: in balia dell’Amministrazione penitenziaria.

Fedele alla prospettiva di inasprire le condizioni di vita all’interno degli istituti carcerari mediante una serie di restrizioni particolarmente afflittive¹⁰² e valendosi ancora una volta del discrimine operato con l’art. 4 *bis* ord. penit. talune categorie di detenuti vengono assegnati a determinati circuiti penitenziari¹⁰³ disciplinati da circolari ministeriali, nello specifico del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria (D.A.P.).

Il D.A.P. che costituisce l’organo deputato a stabilire l’assegnazione ad un determinato circuito o sottocircuito e la “declassificazione” ad altro – accanto a quello ad “alta sorveglianza” (A.S.) vi sono quelli a “media sorveglianza” (M.S.) e “bassa sorveglianza” (B.S.) –, spogliando in tal modo di un potere di controllo, salvo quanto si spiegherà più avanti, l’autorità giudiziaria.

Abolito il circuito di “elevato indice di vigilanza” (E.I.V.)¹⁰⁴ e ristrutturato con tre sottocircuiti di “alta sorveglianza” (A.S.)¹⁰⁵, destinati ai detenuti per fatti di criminalità organizzata, lo specifico settore si propone, mediante la collocazione dei detenuti in «dedicate sezioni differenti, che prevedono impossibilità di comunicazione»¹⁰⁶, «di impedire che la detenzione indifferenziata nel medesimo istituto, di detenuti comuni e di soggetti appartenenti a consorterie organizzative di tipo mafioso o terroristico, possa provocare fenomeni di assoggettamento dei primi sui secondi, di reclutamento criminale, di strumentalizzazione ai fini di turbamento della sicurezza degli istituti». Ciò comporta l’assegnazione a specifiche sezioni ove vige un particolare rigore con notevoli ripercussioni sulla vita quotidiana del detenuto e la possibile compressione dei diritti.

La giurisprudenza, conscia di un vuoto di tutela da parte dell’ordinamento, ha raggiunto un (non completamente apprezzabile) punto di equilibrio, sottraendo ad un’ingerenza esclusivamente amministrativa l’accertamento della conformità ai diritti fondamentali, affidandola all’autorità giudiziaria – in prima istanza costituita dal magistrato di sorveglianza adito ai sensi dell’art. 35 ord. pen. – chiamata al controllo circa l’effettiva lesione dei diritti dei ristretti¹⁰⁷.

Il detenuto reclamante avverso l’assegnazione ad un circuito penitenziario

¹⁰² CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 22; MARGARITELLI, voce *Regime penitenziario di rigore*, cit., 759.

¹⁰³ Istituti con circolare D.A.P. 21 aprile 1993, n. 3359/5809.

¹⁰⁴ Istituito con circolare D.A.P. 9 luglio 1998, n. 3479 e abolito con quella 21 aprile 2009, n. 3619/6069.

¹⁰⁵ Cfr. sul punto, ad esempio, la circolare D.A.P. 9 gennaio 2007, n. 20.

¹⁰⁶ Così la circolare D.A.P. 21 aprile 2009, n. 3619/6069.

¹⁰⁷ Corte cost., n. 266 del 2009; Id., n. 26 del 1999; e nella giurisprudenza europea Corte eur., 11 gennaio 2005, Musumeci c. Italia.

non può, però, lamentare la sottoposizione a questo a meno che non ecceda la funzione che gli è propria e quindi non sia suscettibile di ledere diritti soggettivi, ma può proporre reclamo avverso «le singole disposizioni che lo accompagnano o lo seguono o gli atti esecutivi che siano in concreto lesivi di diritti»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cass., Sez. I, 10 giugno 2009, C.A., in *Mass. Uff.*, n. 244830, in riferimento all'abolito circuito E.I.V.