

EDITORIALE

CARLO FIORIO

41-bis parliamone

SOMMARIO: 1. L'art. 41-*bis* ord. penit.: un pericoloso crocevia tra amministrazione e giurisdizione. - 2. L'assetto normativo vigente. - 3. L'ampliamento dei destinatari del decreto ministeriale. - 4. Le singole restrizioni e le circolari *contra legem*. - 5. Il procedimento applicativo: a) la legittimazione attiva. - 6. b) la durata del provvedimento ed il regime delle proroghe. - 7. c) i controlli. - 8. Considerazioni di sintesi.

1. A dispetto delle sollecitazioni emerse anche negli ambienti istituzionali¹, gli interventi legislativi dell'ultimo biennio², dichiaratamente volti ad uniformare il sistema penitenziario italiano alle più recenti determinazioni della Corte di Strasburgo³, non hanno inciso sulle icone dell'emergenza penitenziaria, rappresentate dagli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. Se le sorti della prima norma sono, però, lambite da un recentissimo criterio di delega legislativa⁴, sulla seconda pesa un imbarazzante silenzio, nonostante essa sia una "vecchia conoscenza" della Corte europea dei diritti dell'uomo e, ancora di recente, sia stata interessata da plurimi scrutini di costituzionalità.

Quanto ai profili sovranazionali, la Corte e.d.u. si è a più riprese pronunciata sulla compatibilità dell'art. 41-*bis* ord. penit. con le norme convenzionali, stabilendo che, in via generale, la disposizione penitenziaria non viola i principi stabiliti dalla C.e.d.u., configurandosi quale strumento necessario per interrompere definitivamente i legami tra i soggetti detenuti e le organizzazioni criminali, e non va al di là di quanto, in una società democratica, è necessario alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati, non mancando tuttavia, di intervenire in via correttiva su singoli aspetti della disciplina, de-

¹ Cfr. la *Relazione* della Commissione Mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza, in www.penalecontemporaneo.it, nonché il *Documento conclusivo* dei lavori della Commissione di Studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, *ivi*, 20 dicembre 2013, XII. Da ultimo, con il d.m. 8 maggio 2015 (integrato dal d.m. 19 giugno 2015), il Ministro della Giustizia Orlando ha nominato un Comitato di esperti incaricato di predisporre le linee d'azione per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati generali sulla esecuzione penale".

² V. d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. l. 9 agosto 2013, n. 94; d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10; d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. l. 11 agosto 2014, n. 117.

³ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia; nonché già, Id., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

⁴ V. l'art. 26 lett. c) d.d.l. di iniziativa ministeriale (C 2798), recante «Principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario», a margine del quale v. *Carceri: materiali per la riforma*, www.penalecontemporaneo.it.

nunciandone il contrasto con gli artt. 3, 6, 8 e 13 Convenzione⁵.

In prospettiva correlata, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (C.P.T.), nel suo Rapporto del 1997, già evidenziava (§ 82) la carenza di un contraddittorio preventivo sull'applicazione e la proroga del regime speciale, raccomandando altresì alle autorità italiane (§§ 89-91) «*de prendre des mesures d'urgence en vue de mettre à la disposition des détenus soumis au régime de l'article 41 bis des activités motivantes et de leur assurer un contact humain approprié*». Nel Rapporto del 2003, l'organismo internazionale criticava pesantemente la "militarizzazione" delle sezioni speciali realizzata attraverso la costituzione di un Gruppo Operativo Mobile (GOM) della polizia penitenziaria, responsabile della sicurezza del circuito differenziato. A tal proposito (§ 76), il C.P.T. raccomandava alle Autorità italiane «*de prendre d'urgence des mesures afin de restaurer un niveau de contact humain approprié entre le personnel pénitentiaire et les détenus soumis au régime "41-bis"*». Ancora, nel rapporto del 2006, il C.P.T., preso atto della "stabilizzazione" del regime speciale, operata con la l. n. 279 del 2002, rilevava (§ 88) come la disposizione penitenziaria «*entraîne de graves atteintes aux droits des détenus e ne devrait s'appliquer que de manière exceptionnelle et pour une durée limitée*» evidenziando come la generalizzata reiterazione di detto regime, invalsa nella prassi ministeriale, avesse favorito «*une situation qui peut être assimilée à la négation même du concept de traitement pénitentiaire*». Il C.P.T. non mancava, infine, di sottolineare che l'uso della disposizione «*comme un moyen d'exercer une pression psychologique afin de contraindre les détenus à coopérer avec le système judiciaire serait une pratique fort douteuse. Un tel usage pourrait soulever des questions au regard de l'article 27 de la Constitution italienne et d'instruments internationaux en matière de droits de l'homme auxquels l'Italie est Partie*».

Con riferimento ai profili interni, la "storia" costituzionale dell'art. 41-bis ord. penit. rappresenta, inoltre, una singolare prospettiva per analizzare i complessi rapporti tra amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza. Su tale terreno, invero, l'attività interpretativa della Corte costituzionale ha assunto connotazione e significato del tutto particolari, concretizzandosi progressivamente dapprima attraverso il riconoscimento della giurisdizione ordinaria quale esclusivo momento di controllo avverso provvedimenti diretta-

⁵ Cfr., specificamente, CORVI, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1189; MINNELLA, *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Riv. penit. crim.*, 2003, 137; ODDO, *Reclamo avverso il provvedimento ex art. 41-bis c. 2 ord. penit. e giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 909.

mente incidenti sui diritti soggettivi del condannato ⁽⁶⁾, poi, attraverso l'equiparazione di detto controllo, quanto al "tipo" procedimentale, con il sindacato esercitabile sui provvedimenti che dispongono ovvero prorogano la sorveglianza particolare *ex art. 14-ter* ord. penit.⁷ e, successivamente, attraverso rilevanti precisazioni⁸ circa l'ambito della *iurisdictio*, non limitata alla mera verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento, ma estesa al sindacato delle prescrizioni singolarmente considerate, la cui potenzialità lesiva dei diritti della persona detenuta va misurata con riferimento ai contenuti di cui l'art. 14-*quater* ord. penit. è portatore.

Più di recente⁹, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. *ff*, 2-*quinquies* e 2-*sexies* ord. penit., nella parte in cui non consente la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato a norma del co. 2 della stessa norma. La Consulta ha precisato come la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge¹⁰, abbia determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

E sempre nel senso di stabilire il regolamento di confini tra amministrazione e giurisdizione, una recente decisione costituzionale¹¹, nel decidere un conflitto di attribuzioni tra il DAP ed il tribunale di sorveglianza capitolino, ha statuito che le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14-*ter* ord. penit., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità. Nel precisare che non spettava al Ministro della Giustizia disporre che non fosse data esecuzione all'ordinanza del magistrato di sorveglianza che aveva ordinato all'amministrazione penitenziaria il ripristino della possibilità per un detenuto – sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. – di assistere a determinati programmi televisivi, la Consulta ha

⁶ Corte cost., sent. n. 349 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 2740.

⁷ Corte cost., sent. n. 410 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 3406.

⁸ Corte cost., sent. n. 351 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3043; Id., sent. n. 376 del 1997, *ivi*, 1997, 3623.

⁹ Corte cost., sent. n. 190 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2256.

¹⁰ Sulle "aspirazioni" della riforma del 2009 v. *infra*, §§ 2 e 4.

¹¹ Corte cost., sent. n. 135 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2073.

spianato la strada all'introduzione del reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35-*bis* ord. penit.

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

2. Ampliamento del novero dei destinatari, inasprimento del regime carcerario e neutralizzazione della discrezionalità giurisdizionale costituiscono, in sintesi, le direttrici lungo le quali muove la riforma normativa attuata dalla l. n. 94 del 2009. Con il manifesto intento di “ripristina[re] l'originario rigore del regime di detenzione”, la vocazione dichiarata della più recente legge è stata quella di “rendere ancor più difficile ai detenuti – in particolare ai condannati per il reato di associazione mafiosa – la possibilità di mantenere collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza”¹².

Tuttavia, lungi dal soddisfare il minimo etico della tassatività, imprescindibile in materia di libertà personale, l'art. 41-*bis*, co. 2, ord. penit., nonostante le modificazioni apportate, continua ad individuare un meccanismo particolarmente indeterminato nei presupposti. È infatti riconosciuta al Ministro della Giustizia, in presenza di gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica ed anche a richiesta del Ministro dell'Interno, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti contemplati dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La dottrina evidenzia trattarsi di “presupposti di labile consistenza”, “addirittura estesi, con il riferimento alla sicurezza “pubblica”, a fenomeni extrapenitenziari la cui riconduzione all'ambito endocarcerario risulta problematica e comunque indefinita”. Si rimarca, inoltre, come la latitudine del riferimento normativo “mira poi a dilatare, in termini vaghi e tendenzialmente onnicomprensivi, il contenuto del provvedi-

¹² Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, n. 733-A, *Relazione delle Commissioni permanenti 1^a e 2^a Riunite*, 7.

mento sospensivo, eludendo i riferimenti limitativi dell'art. 14-*quater*, ord. penit.¹³. A circoscriverne la portata non può certo servire il richiamo al “concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza” che tali regole o tali istituti dovrebbero presentare, visto che la clausola limitativa appare non solo di per sé vaga e fumosa, ma del tutto scollegata rispetto ai presupposti del provvedimento, e quindi inidonea a fungere da criterio direttivo per la definizione del suo contenuto. Se a legittimarne l'adozione possono intervenire anche ragioni extrapenitenziarie (la sicurezza “pubblica”), le esigenze “di ordine e di sicurezza” sulle quali il provvedimento dovrebbe essere calibrato non possono che risultare indefinite e potenzialmente, infinite¹⁴.

In un'ottica di “contenimento” della discrezionalità giurisdizionale, a suo tempo autorevolmente esaltata¹⁵, l'*incipit* dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, ord. penit. aspira a “blindare” il contenuto afflittivo del regime differenziato, attraverso l'inserimento dell'indicativo presente (“prevede”) in luogo del maggiormente duttile uso della forma servile (“può comportare”), ed inserendo ulteriori limitazioni rispetto a quelle contemplate dal testo normativo precedente.

Resta, tuttavia, “più apparente che reale” la tipizzazione delle previsioni, dal momento che la lett. a) del co. 2-*quater* legittima tuttora “l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti” con l'esterno¹⁶.

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

¹³ Così PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 185-187.

¹⁴ Ancora PADOVANI, *loc. ult. cit.* V. altresì MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1993, 212.

¹⁵ V. Corte cost., sent. n. 351 del 1996, cit., la quale, nell'affermare “la pienezza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti” ministeriali, evidenziava “la necessità di estendere il controllo giurisdizionale sul provvedimento alle singole misure in esso disposte”, al fine di garantire i “limiti esterni” che “l'amministrazione non può valicare nel configurare detto regime”.

¹⁶ Così PETRINI, *Il regime di “carcere duro” diventa definitivo: l. 23 dicembre 2002, n. 279 (artt. 1-6)*, in *Leg. pen.*, 2003, 247.

provvedimento ministeriale. Dall'altro lato, il tradizionale "parallelismo" tra gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. è stato drasticamente intaccato dalla legge del 2009.

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

In prospettiva diversificata, lo iato tra amministrazione e giurisdizione è altresì evidenziato dal novellato co. 2 dell'art. 41-*bis* ord. penit., laddove si stabilisce che, "[i]n caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, il regime carcerario speciale può essere disposto anche quando sia stata espia la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nel suddetto art. 4-*bis*". La precisazione normativa pone fine ad un contrasto interpretativo che vedeva la giurisprudenza schierata su fronti contrapposti. Da un lato, sulla scorta di autorevoli insegnamenti giurisprudenziali¹⁷, i tribunali di sorveglianza ritenevano che il regime carcerario differenziato potesse "permanere fintanto che il detenuto non [avesse] scontato quella porzione di pena relativa alla condanna per uno dei reati per i quali è previsto l'art. 41 *bis*" ord. penit.¹⁸. In prospettiva diametralmente opposta, un più re-

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, in *Mass. Uff.*, n. 214355; nonché, già, Corte cost., sent. n. 361 del 1994.

¹⁸ V. Trib. sorv. Perugia, 17 giugno 2003, De Martino, inedita.

cente orientamento della giurisprudenza di legittimità, considera “irrelevante la circostanza che il condannato, detenuto in virtù di un cumulo comprensivo di pene per reati legittimanti l’applicazione del predetto regime e per altri reati, abbia già espiato la parte di pena relativa ai primi reati, tenuto conto non solo del principio di unicità della pena di cui all’art. 76, co. 1, c.p., ma anche delle specifiche finalità di ordine e sicurezza del regime differenziato”¹⁹.

Piuttosto, l’esplicito riferimento alla “misura cautelare”, sinora dissimulato attraverso l’indeterminato riferimento alla “detenzione”, suscita allarmanti interrogativi. Avallato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, sulla base di argomentazioni non particolarmente risolutive, volte ad individuare anche negli imputati dei soggetti sottoposti ad una forma di “trattamento”²⁰, l’assoggettamento al regime carcerario differenziato di soggetti non condannati con pronuncia irrevocabile si risolve in una palese violazione della presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento.

Dove, allora, l’esecuzione? Dove il “penitenziario”? Trattasi, piuttosto, di misure cautelari atipiche, in aperto contrasto con i principi di tassatività (art. 272) e di giurisdizionalità cautelari (art. 279).

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

Quanto alle singole misure, va registrato il drastico contingentamento dei colloqui, ridotti dai due potenziali ad uno, il quale dovrà sempre essere sottoposto a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione. Sempre in un’ottica preventiva, il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato esclusivamente nei confronti di coloro che non abbiano effettuato colloqui *de visu*²¹.

¹⁹ Cass., Sez. I, 11 luglio 2008, p.m. in c. Della Ventura, in *Mass. Uff.*, n. 240938.

²⁰ V., per tutte, Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, Virga, in *Mass. Uff.*, n. 230807. Tale orientamento ha ricevuto conferma anche da parte di Corte cost., sent. n. 376 del 1997.

²¹ Cass., Sez. I, 12 dicembre 2014, X., in *Dir. e giust.*, 2015.

Ma veniamo ai danni da delegificazione.

Particolarmente allarmante è la produzione sub normativa del DAP, il quale, con alcune circolari ha regolamentato i colloqui con i figli minori²². Più di recente, le circ. DAP n. 0140006/2013 del 18 aprile 2013 e n. 0183805 del 23 maggio 2013, prevedono che, nel caso in cui il detenuto intrattenga il cosiddetto “sesto” del colloquio (dieci minuti) senza vetro divisorio con i soli figli minori di anni 12, gli altri familiari maggiori di anni 12 “devono attendere fuori dalla sala colloquio e non presenziare dall’altra parte del vetro”.

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

Un primo orientamento di merito²³ aveva affermato l’illegittimità della circ. per contrasto con l’art. 8 Cedu; gli artt. 3 ed 8 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176, gli artt. 2, 24, 27, 29, 30 e 31 Cost., e l’art. 28 ord. penit. La S.C. ha, invece affermato che è inammissibile, in quanto non incidente su diritti soggettivi, il reclamo avverso i provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria che, disciplinando le modalità di svolgimento dei colloqui visivi tra minori, figli o nipoti di età inferiore a 12 anni di detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato di cui all’art. 41-*bis* ord. penit., prescrivono il divieto di assistervi da parte di altri familiari adulti, per la porzione della loro durata che si svolge in assenza di vetro divisorio (nella specie, la Corte ha precisato che il detenuto è titolare di un mero interesse legittimo all’estensione delle condizioni valide per il minore ad un adulto che lo accompagni, di tal che la sua posizione giuridica soggettiva cede di fronte al preminente interesse dello Stato alla tutela della collettività sotto il profilo della sicurezza pubblica)²⁴.

Una morbosa tendenza alla biblioclastia sembrerebbe, poi, essere alla base del-

²² V. già le circ. DAP n. 3592/6042 del 9 ottobre 2003 e successive integrazioni.

²³ Mag. Sorv. Spoleto, 10 luglio 2013, X, *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, 221, con nota di MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*.

²⁴ Cass., Sez. I, 11 giugno 2014, Min. Giust. in c. Pariante, in *Mass. Uff.*, n. 260357; Id., Sez. I, 4 giugno 2014, Min. Giust. in c. Maranzano, *ivz*, n. 260128; Id., Sez. I, 4 giugno 2014, Licciardi, *ivz*, n. 260808.

la circ. n. 434055/2011, con cui il DAP ha imposto: *a)* l'eliminazione dalle biblioteche degli istituti penitenziari dei libri contenenti tecniche di comunicazione criptata; *b)* il divieto di acquisto di stampa autorizzata (quotidiani, riviste, libri), al di fuori dell'istituto penitenziario; *c)* il divieto di ricezione di libri e riviste da parte dei familiari, anche tramite pacco consegnato al colloquio o spedito per posta, così come l'invio del predetto materiale ai familiari da parte del detenuto; *d)* il divieto di accumulo di un numero eccessivo di testi, anche al fine di agevolare le operazioni di perquisizione ordinaria; *e)* il divieto di scambio di libri e riviste tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. La S.C. ha avallato la stretta amministrativa, affermando trattarsi di forme particolari di comunicazione che non rientrano nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza ai sensi dell'art. 18-*ter* ord. penit., né rinvenendosi, nelle disposizioni della normativa secondaria in questione, un'eccessiva ed ingiustificata limitazione del diritto di informazione e di studio²⁵.

Del tutto oscura, poi, se parametrata alle esigenze che ispirano il regime differenziato, risulta essere la prescrizione secondo cui la permanenza all'aperto non potrà svolgersi in gruppi superiori a quattro persone²⁶, in luogo delle previgenti cinque, per un tempo non superiore alle due ore al giorno contro le precedenti quattro. Al di là della "stretta" retributiva, la norma non pare approntare particolari presidi alle esigenze di "ordine e sicurezza pubblica", che l'art. 41-*bis* ord. penit. intende tutelare. In tal senso, invece, parrebbe operare l'*addenda* alla lett. *f* del co. 2-*quater*, che attribuisce al ministro della giustizia il potere di adottare "tutte le necessarie misure di sicurezza anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi".

5. Nel ribadire la competenza del Ministro della giustizia, «anche a richiesta del Ministro dell'interno»²⁷, la formulazione del vigente art. 41-*bis*, co. 2-*bis*,

²⁵ Cfr. Cass., Sez. I., 29 settembre 2014, p.m. in c. Tarallo, in *Mass. Uff.*, n., 261858; Id., Sez. I, 23 settembre 2013, p.m. in c. Gullotti, *ivi*, n. 257473. In argomento v. FAZZONE, PICOZZI, *La ricezione di pubblicazioni da parte delle persone sottoposte al regime detentivo speciale 41-bis*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, 2, 132; RUOTOLO, *I diritti alla corrispondenza, all'informazione e allo studio dei detenuti in regime di 41-bis a proposito delle limitazioni nelle modalità di ricezione ed inoltro di libri, giornali e riviste*, in *Cass. pen.*, 2015, 842.

²⁶ Con riferimento alla c.d. area riservata, girone nel girone, circuito atipico di un regime anomalo, sconosciuta alla normativa vigente e anche a quella previgente, sia consentito il rinvio a FIORIO, *L'isola che non c'è: "area riservata" e art. 41-bis ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2014, 2833.

²⁷ Nel senso che la sottoscrizione, in via d'urgenza, del relativo decreto applicativo da parte del Sottosegretario di Stato delegato, non integri difetto assoluto di attribuzione con conseguente nullità del provvedimento, bensì vizio di incompetenza che determina annullabilità dell'atto medesimo, sanabile a se-

ord. penit. conferma il definitivo tramonto degli aneliti alla giurisdizionalizzazione auspicati in dottrina²⁸, a vantaggio di una più marcata connotazione amministrativa del procedimento.

Quanto all'attività istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento, è stata confermata l'obbligatorietà del parere del p.m. "che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente", nonché l'acquisizione di "ogni altra necessaria informazione" presso la DNA e gli organi di polizia specializzati nell'attività di contrasto al crimine organizzato. Continua, per converso, a rimanere estranea al procedimento applicativo ogni forma - anche embrionale - di contraddittorio preventivo, di tal che rimangono attuali le censure di dubbia costituzionalità del regime differenziato per violazione dell'art. 111 Cost.²⁹.

6. Il provvedimento applicativo, assunto nella veste del decreto motivato, ha visto nella nuova legge macroscopicamente dilatata la sua vigenza. Rispetto alla previgente formulazione normativa, che ne contemplava la durata in misura "non inferiore ad un anno e non superiore a due", la novella ha inibito ogni discrezionalità ministeriale in ordine al *quantum*, prevedendo che il decreto si applichi, in prima battuta per la durata di quattro anni. Una tale previsione non può che suscitare allarmanti interrogativi sia in ragione dell'inevitabile afflittività del regime, sia in ordine alle recondite ragioni giustificatrici di siffatto innalzamento. Già nel 2002, infatti, la previsione legislativa di un termine doppio rispetto a quello individuato nella prassi ministeriale³⁰ veniva giustificato sulla scorta della irragionevole durata del procedimento per reclamo dinanzi al tribunale di sorveglianza, stigmatizzata, oltre che dalla dottrina³¹, anche dai massimi consessi europei. Il legislatore del 2009, invece di approntare un sistema rispettoso delle garanzie, ha prolungato in maniera smisurata lo *spatium temporis* di efficacia del provvedimento, incidendo altresì sulla durata delle proroghe, che possono essere disposte, volta per volta, per periodi di due anni.

guito di successiva convalida da parte del Ministro, v. Cass., Sez. I, 28 maggio 2014, Falsone, CED, 261268.

²⁸ V. specialmente FILIPPI, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la costituzione e con la Convenzione europea*, CP2003, 30.

²⁹ Ancora FILIPPI, *La "novella"*, cit., 31.

³⁰ La durata di sei mesi di vigenza del provvedimento veniva ricavata da un *obiter dictum* di Corte cost., sent. n. 410 del 1993, cit.

³¹ Cfr. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis c. 2 ord. penit.*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino 2003, 298.

Oltre alla dilatazione temporale dell'efficacia delle singole proroghe, la novel-la ha inciso in maniera rilevante sui presupposti legittimanti la reiterazione della misura. Innovando rispetto alla formulazione del 2002, che legittimava la proroga del regime carcerario differenziato «purché non risulti che la capa-cità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con associazioni cri-minali, terroristiche o eversive sia venuta meno», il testo vigente dell'art. 41-*bis*, co. 2-*bis*, ord. penit., nella formulazione introdotta nel 2009, stabilisce che «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere colle-gamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta me-no».

Come si ricorderà, la previgente formulazione, declinata attraverso il riferi-mento ad una condizione negativa («purché non [...]sia venuta meno»), aveva dato luogo a più d'un problema interpretativo, non essendo pacifico, in giuri-sprudenza, se la proroga potesse disporsi ogni qualvolta non fossero emersi elementi nuovi tali da incidere sulla capacità “comunicativa” del detenuto³², ovvero se, al contrario, fossero necessarie ulteriori prove attestanti la perdu-rante attualità dei collegamenti del detenuto interessato con l'organizzazione criminale di appartenenza³³. In coerente sviluppo di tale, ultimo orientamen-to, la riforma ha cristallizzato la “negativa” della formulazione precedente: in particolare, la locuzione «[l]a proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno» parrebbe scongiurare i dubbi di *probatio diabolica*, talo-ra adombrati in letteratura, a vantaggio di un assetto che postula un inequivoca-bile onere motivazionale in capo al Ministro della Giustizia³⁴.

La nuova formulazione, in altri termini, fugando i dubbi interpretativi sorti nella vigenza della vecchia norma, chiarisce senza ambiguità che non si può prefigurare né tollerare alcuna inversione dell'onere della prova, ma che spet-ta all'amministrazione penitenziaria accertare la persistente capacità del dete-nuto di mantenere i collegamenti con la sua associazione. Del resto, anche la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 417 del 2004, recependo il “diritto vi-vente” metabolizzato nella giurisprudenza di legittimità, aveva escluso che

³² V. Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, in *Cass. pen.*, 2008, 4587; nonché, in precedenza, Id., Sez. I, 14 novembre 2003, Mazzitelli, in *Mass. Uff.*, n. 226471.

³³ Questo, invero, era l'orientamento maggioritario dei tribunali di sorveglianza: cfr., *ex plurimis*, Trib. sorv. Torino, 21 febbraio 2007, Madonia, in *Foro it.*, 2007, 245; Id. Perugia, 12 ottobre 2006, Timmirel-lo, *ibid.*, 246; ma altresì della giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. I, 4 aprile 2006, Orefice, in *Cass. pen.*, 2008, 4600; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, in *Giust. pen.*, 2004, II, 299; Id., Sez. I, 5 febbraio 2004, Zara, in *Cass. pen.*, 2004, 2294.

³⁴ Onere ribadito a più riprese: cfr. Corte cost., sent. n. 417 del 2004; Id., sent. n. 376 dl 1997; Cass., Sez. I, 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4589; Id., Sez. I, 22 dicembre 2004, Marchese, cit.

l'art. 41-*bis*, co. 2-*bis*, ord. penit. comportasse «una inversione dell'onere della prova, in quanto rimane intatto l'obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui “risulti” che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno».

Nella medesima prospettiva, la giurisprudenza più recente, successiva alla riforma del 2009, insiste nello statuire che per i provvedimenti in materia di art. 41-*bis* ord. penit. (applicativi o di proroga: è lo stesso), «sussista a carico dell'Amministrazione l'onere di indicare i positivi elementi che fondano il pericolo di collegamenti con l'associazione mafiosa di provenienza e il dovere, per il tribunale di sorveglianza, di valutare, in sede di reclamo, gli indici di pericolosità qualificata prospettati e di motivare sulla sussistenza ed effettiva permanenza delle ragioni che legittimano la sospensione del trattamento»³⁵. Diversificati i parametri da tenere in considerazione nell'assolvimento dell'onere motivazionale sia nel momento dispositivo che in quelli successivi di controllo: la capacità di mantenere collegamenti (non più contatti) con l'associazione criminale, terroristica o eversiva deve essere desunta sulla base di criteri già evidenziati nel corso dell'elaborazione giurisprudenziale³⁶ e oggi normativizzati. Più specificamente, la motivazione del decreto di proroga dovrà riguardare il profilo criminale e la posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione³⁷; la perdurante operatività del sodalizio criminale³⁸; la soprav-

³⁵ Così Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, Zagaria, in *Mass. Uff.*, n., 245048. Nel senso che il decreto ministeriale debba recare «congrua ed autonoma motivazione in ordine agli specifici elementi dai quali desumere la permanenza attuale delle eccezionali ragioni di ordine e di sicurezza, correlate ai pericoli connessi alla persistente capacità del condannato di tenere contatti con la criminalità organizzata», v. Id., Sez. I, 6 ottobre 2011, Lucchese, in *Mass. Uff.*, n. 251583. Da ultimo, Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, Di Grazia, in *Mass. Uff.*, n., 256495, ha specificato che anche a seguito della novella del 2009, «il controllo di legalità del Tribunale di sorveglianza in ordine ai decreti di proroga del regime di detenzione differenziato deve consistere nel verificare se sussiste l'effettivo pericolo di permanenza di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata».

³⁶ V., specialmente, Cass., 16 gennaio 2007, Putrone, cit., 4588-4589; nonché Id., 3 marzo 2006, P.M. in c. Di Giacomo, in *Mass. Uff.*, n. 233944; Id., 15 novembre 2005, Graviano, *ivz*, n. 233194; Id., 28 settembre 2005, Emmanuele, *ivz*, n. 232684.

³⁷ Cfr. Cass., 22 gennaio, 2008, Lioce, in *Mass. Uff.*, n., 242784, secondo cui il provvedimento di proroga «deve contenere una adeguata valutazione sulla permanenza dei dati indicativi del collegamento del detenuto con la criminalità organizzata ed eversiva» (nel caso di specie la suprema Corte ha ritenuto adeguatamente motivato il decreto di proroga con il richiamo al ruolo di vertice ricoperto dalla persona detenuta nell'organizzazione eversiva B.R.-P.C.C., alla possibilità di una ripresa della lotta armata ad opera di tale sodalizio, ai dati di recente acquisizione indicativi del mantenimento di siffatto ruolo e dell'esistenza di contatti tra militanti dell'organizzazione eversiva detenuti e militanti in libertà; nonché, già, Id., 15 novembre 2005, Graviano, *ivz*, n. 233194, secondo cui, «una volta verificata con sentenza passata in giudicato l'affiliazione di un detenuto a “Cosa Nostra” e la sua posizione apicale, la permanenza del vincolo associativo può ritenersi connotata all'ontologia di tale associazione, in quanto è legittimo dedurre — purché sia data rigorosa motivazione circa la mancanza di elementi atti a dimostrare il venire meno della capacità di collegamento con l'organizzazione criminale — che l'ordinario regime

venienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate; gli esiti del trattamento penitenziario ed il tenore di vita dei familiari del sottoposto³⁹. Viene, infine, specificato che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa⁴⁰.

7. Espressamente abrogato, il co. 2-ter dell'art. 41-bis ord. penit. contemplava un potere di revoca ministeriale del provvedimento se, anche prima della scadenza, fossero venute meno le condizioni che ne avevano legittimato l'adozione o la proroga⁴¹. L'unica forma di controllo, allo stato, resta quella giurisdizionale, affidata al tribunale di sorveglianza, che decide all'esito del procedimento per reclamo disciplinato dai co. 2-quinquies e 2-sexies dell'art. 41-bis ord. penit. La Suprema corte⁴² ha precisato che l'istanza di revoca, "pur ritualmente presentata, non può più essere presa in considerazione, in virtù del principio *tempus regit actum*, dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha soppresso l'istituto, ma può essere valutata, ricorrendone le condizioni, come reclamo contro il d.m. di sottoposizione al regime

detentivo risulti inidoneo ad interrompere tale capacità di collegamento».

³⁸ Nel senso che ai fini della proroga del regime di detenzione differenziata non sia «necessario l'accertamento della permanenza dell'attività della cosca di appartenenza e la mancanza di sintomi rilevanti, effettivi e concreti, di una dissociazione del condannato dalla stessa, essendo sufficiente la potenzialità, attuale e concreta, di collegamenti con l'ambiente malavitoso che non potrebbe essere adeguatamente fronteggiata con il regime carcerario ordinario», v. Cass., 2 dicembre 2008, Rogoli, in *Mass. Uff.*, n. 242071. V., tuttavia, Id., 14 gennaio 2009, Riedo, *ivi*, n. 242797, secondo cui il provvedimento di proroga «non può trovare giustificazione soltanto nella permanenza in vita dell'associazione mafiosa e nell'assenza di atteggiamento collaborativo da parte del detenuto che con detta associazione abbia tenuto contatti».

³⁹ V. Cass., 3 marzo 2006, P.M. in c. Di Giacomo, cit.

⁴⁰ In senso conforme, cfr. Cass., 16 gennaio 2007, Putrone, cit. *Contra*, Trib. sorv. Torino, 8 febbraio 2006, *inedita*, secondo cui il provvedimento di proroga «deve essere annullato quando la lunga permanenza in regime differenziato ha contribuito ad una cessazione dei collegamenti con l'associazione di appartenenza e pertanto rispetto al provvedimento di prima applicazione della misura, sono venuti meno i presupposti per l'applicazione di tale regime». Rilevava, con la consueta efficacia, il CPT come, «pendant la visite en 2004, la délégation a noté que – comme en 1995 et en 2000 – pour un nombre considérable de détenus "41 bis", si ce n'est la totalité d'entre eux, l'application de cette disposition avait été renouvelée presque automatiquement pour des périodes prolongées; en conséquence, les détenus concernés avaient été soumis durant des années à un régime pénitentiaire caractérisé par de sévères restrictions, une situation qui peut être assimilée à la négation même de traitement pénitentiaire ("trattamento penitenziario")» (CPT/Inf (2006), p. 43).

⁴¹ Cfr. BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma*, cit., 300; nonché, più di recente, BOCCHINI, *Revoca anticipata del regime differenziato: "la logica dello strumento" tra involuzioni normative e giurisprudenza adeguatrice*, in *Giur. it.*, 2013, 8.

⁴² Cass., Sez. I, 18 settembre 2009, Gionta, in *Mass. Uff.*, n. 245046.

di detenzione speciale. Più di recente, tuttavia, la Suprema corte⁴³ ha affermato che è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti, benché con la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento, e ciò in ragione del carattere di rimedio generale dell'istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14-*ter* ord. penit., precisando che⁴⁴, a seguito della legge n. 84 del 2009, la competenza a decidere sul reclamo avverso il provvedimento ministeriale di rigetto, per silenzio-rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del decreto impositivo del regime detentivo previsto ha affermato che, a dall'art. 41-*bis* ord. penit. spetta al tribunale di sorveglianza di Roma.

Particolarmente rilevanti le novità apportate dalla riforma del 2009: innanzi tutto, la competenza a decidere i reclami avverso il provvedimento è stata concentrata nel tribunale di sorveglianza capitolino. L'opzione per una competenza funzionale inderogabile, ricalcata sul foro speciale previsto per le persone sottoposte a speciali misure di protezione (artt. 16-*nonies* co. 8, 12 co., 3-*bis* e 10 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8), merita qualche riflessione: se la *ratio* alla base della disciplina in tema di collaboratori risponde all'esigenza di garantire la segretezza del loro domicilio, attraverso un'elezione obbligatoria del medesimo, nel caso del reclamo avverso il provvedimento che applica o proroga il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. l'interpolazione viene espressamente giustificata con l'esigenza di "evitare orientamenti giurisprudenziali eterogenei da parte dei diversi tribunali"⁴⁵, quasi a configurare un tribunale "speciale" di cui, francamente, non si avvertiva il bisogno.

Va sottolineato che, rispetto agli ordinari criteri attributivi della competenza dei tribunali di sorveglianza, articolati secondo la regola del *locus custodiae* (art. 677, co. 1, c.p.p.), il testo previgente del co. 2-*quinquies* garantiva una soddisfacente stabilità, specificando che tale competenza rimanesse immune dagli eventuali, successivi trasferimenti del detenuto o dell'internato, disposti ai sensi dell'art. 42 ord. penit. La concentrazione delle reg Giudicande presso il tribunale capitolino, pertanto, si giustifica esclusivamente in ragione della necessità politica di evitare, per quanto possibile, disorientamenti giurisprudenziali.

⁴³ Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, Manciaracina, in *Mass. Uff.*, n. 250272.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 18 settembre 2012, confl. comp. in c. Iacolare, in *Mass. Uff.*, n. 253288.

⁴⁵ Così SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Disegno di legge A.S. n. 733-B. "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"*, maggio 2009, 127, 205.

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

Come già evidenziato, la Corte costituzionale (sent. n. 351 del 1996) aveva ribadito con forza l'imprescindibilità di un controllo sui “limiti esterni” e su quelli “interni” posti all'esercizio del potere ministeriale. Detto altrimenti, al giudice ordinario è sempre demandata una valutazione circa il rispetto della libertà personale e della - pur compressa - finalità rieducativa della pena, nonché circa la “congruità” delle singole restrizioni rispetto alla tutela dell'“ordine” e della “sicurezza pubblica”. Il principio, comunque, è stato ribadito più di recente con la sentenza costituzionale n. 190 del 2010, quando la Consulta ha precisato che la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha sì determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto.

8. L'art. 26 lett. c) del recente d.d.l. di iniziativa ministeriale (C 2798), recante «Principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario» impone l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena

dell'ergastolo».

Il sostantivo (eliminazione) non pare lasciare dubbi di sorta: il criterio di delega impone sia di proseguire nell'opera di "riabilitazione" dei recidivi reiterati, parzialmente realizzata dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, sia nel ripudio del "doppio binario", introdotto anche in ambito penitenziario attraverso il d.l. n. 306 del 1992 e progressivamente implementato, dapprima per effetto della l. 23 dicembre 2002, n. 279 e, successivamente, tramite la l. 23 aprile 2009 n. 38.

Con riferimento specifico alla differenziazione per titolo di reato, il pensiero corre proprio agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit., che continuano a precludere le potenzialità trattamentali insite nella legge penitenziaria, attraverso un anacronistico "patteggiamento" tra rieducazione e collaborazione.

Se, nel primo decennio applicativo, il combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. aveva forse contribuito a fronteggiare la criminalità organizzata *in executivis*, le successive interpolazioni della prima norma, volte ad utilizzare il "contenitore" penitenziario come espressione di emergenze contingenti ed eterogenee, da reprimere "buttando via la chiave", hanno evidenziato un assetto che suscita svariate perplessità sul piano costituzionale, violando gli artt. 3, 25, co. 1, e 27, co. 3, Cost. Anche la prassi applicativa da tempo registra solo richieste di collaborazione c.d. impossibile o inesigibile con il rischio di appesantire ancor più gli esigui ranghi della magistratura di sorveglianza.

È giunto il momento, insomma, che la politica abbandoni l'ipocrisia *bipartisan* che da troppo tempo caratterizza l'approccio al carcere e affronti con serenità l'idea che «doppio binario» e «pena» sono entità diverse e che non può negarsi il diritto alla rieducazione in nome di "verità" che il sistema dovrebbe acquisire senza ricatto. Del resto, in riferimento alla differenziazione esecutiva i numeri non mentono: alla data del 31 dicembre 2014 solo il 12% dei detenuti definitivi stava scontando pene residue superiori ai dieci anni di reclusione, a fronte di un 31,2% di condannati ad eguali pene inflitte. È quindi da ritenere che l'onda lunga delle condanne per fatti di criminalità organizzata sia lentamente scemata, sì da rendere plausibile ed opportuna una rimediazione politico-sistemica delle due norme⁴⁶.

⁴⁶ Sul punto, anche la Corte cost., nella celebre sent. n. 306 del 1993 (§ 11 del considerato in diritto) precisava quanto segue: «Non si può non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione delle finalità rieducative della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

