

## CAPITOLO I

### L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA PENITENZIARIA SUL TRATTAMENTO DI RIGORE

Sommario: *1. Introduzione.- 2. L'art. 90 dell'ordinamento penitenziario. Tra carcere di massima sicurezza e concreta applicazione".- 3. La legge n. 663 del 1986 e le modifiche al regime speciale.- 3.1. L'anno 1992 e la sconfitta dello Stato democratico".- 3.2. I punti problematici della legge n. 356/ 1992 - 4. La "stagione" delle riforme. Dalla legge n. 279 del 2002 alla legge di modifica n. 94 del 2009- 4.1. I risultati "sterili" della legge di riforma- 4.2. La legge n. 94 del 2009: diciassette anni di storia interminabile*

## ***1. INTRODUZIONE***

Come un'ombra l'anti-Stato è sempre stato presente, parallelamente alle prime forme di organizzazione sociale. Da ciò nasce spontaneo sottolineare un dato che potrebbe sorprendere ovvero, da un lato, l'esistenza della mafia da più di 150 anni nel nostro Paese, e dall'altro l'introduzione solo dal 1965 di una normativa statale di contrasto al fenomeno.

In quello stesso anno, è stata promulgata la legge 31 maggio 1965, n. 575<sup>1</sup>, recante “*Disposizioni contro la mafia*”. La *ratio* della presente legge è quella di estendere il campo di applicazione delle misure di prevenzione a determinati soggetti “sospettati” di appartenere ad associazioni mafiose. La forte volontà del legislatore è di creare uno strumento finalizzato, *in primis*, a risolvere il mutamento della realtà criminale in quegli anni e soprattutto migliorare la delicata situazione rappresentata dalle difficoltà incontrate nella ricerca di elementi probatori per addivenire ad una sentenza di condanna contro i primi arresti per reati di stampo mafioso. La legge 575 del 1965, tuttavia, non ha prodotto effetti risolutivi e concreti.

---

<sup>1</sup> La legge 31 maggio del 1965, n.575, fu introdotta a seguito alla costituzione della Commissione antimafia del 1962

Scorrendo in avanti la linea nel tempo, non possiamo non evidenziare che solo a seguito del verificarsi di eventi dolorosi e della perdita di uomini di Stato<sup>2</sup>, scomparsi a causa della furia efferata del fenomeno criminale, lo Stato italiano ha iniziato a prendere coraggio e consapevolezza che non era più tempo di rimanere inerti.

Nel 1982 vengono emanate due importanti leggi.

La prima è la legge 726 del 12 ottobre 1982, che reca come titolo “Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa”, attraverso la quale è stato istituito l’Alto Commissariato per il coordinamento contro la delinquenza mafiosa; questo organo gode di poteri autonomi per l’espletamento delle attività di indagini presso enti pubblici, banche, coadiuvato dalla polizia tributaria, ma è anche assoggettato agli ordini del Ministero degli Interni.

La seconda legge, a cui ho fatto riferimento, promulgata in questo stesso anno è la legge n. 646 del 1982 -conosciuta anche come “Rognoni-La Torre”- che introduce nel codice penale l’articolo 416-*bis*. Questa legge è importante perché qualifica come illecita l’organizzazione di stampo mafioso, prevedendo il sequestro come strumento efficace per colpire il sistema mafioso.

---

<sup>2</sup> S. Lupo nel suo libro, “*Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*”, Roma, Donzelli Editore, 2004, 339 ss, riporta l’uccisione del Procuratore Pietro Scaglione nel 1971, i magistrati Costa e Chinnici, il giudice Terranova

Lo Stato ormai è pronto ad accogliere, anche nel regime penitenziario, uno strumento che trovi applicazione nella fase dell'esecuzione della pena. Infatti, all'indomani delle violente stragi di stampo mafioso di Capaci e via D'Amelio, il legislatore, per tutelare le vittime dell'arma antistato e per sradicare le fondamenta della "criminalità" di stampo mafioso ha introdotto -seppur provvisoriamente- nel sistema del diritto dell'esecuzione penale alcuni strumenti per aggredire i fenomeni di criminalità organizzata.

L'introduzione dei regimi speciali di detenzione nell'ambito del diritto dell'esecuzione apre una parentesi comprendente notevoli problematiche di natura dogmatica e strutturale. Ciò è dimostrato, tanto più, se teniamo in debita considerazione che questa materia, nonostante la sua collocazione nell'ordinamento penitenziario che le fa da contenitore, ha anche dei collegamenti con i principi costituzionali delineati dall'art. 27 della costituzione.

Questi provvedimenti sono come un fulmine diretto ad abbattere il fenomeno radicato nello stato sociale- mafioso, una novità rispetto alle esperienze penitenziarie del passato, che ha avuto una ufficializzazione giuridica attraverso il suo inserimento nell'impianto della legge n.354 del 26 luglio 1975 e con la successiva modificazione

da parte della legge n. 279 del 23 dicembre 2002.

## ***2. L'ART 90. DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. TRA CARCERE DI MASSIMA SICUREZZA E CONCRETA APPLICAZIONE***

L'antecedente logico-giuridico al regime intramurale differenziato è rappresentato dallo *status* di emergenza sociale. La risposta alle prime forme di “*manifestazioni gravi avverso l'ordine e la sicurezza pubblica*” è l'articolo 90 della legge di ordinamento penitenziario n.354 del 1975, che rappresenta il “*pioniere*” per la lotta alla criminalità politica nei c.d. “anni di piombo”; di fatto è stata la prima esperienza normativa di soppressione e sospensione delle regole normali di trattamento in situazioni di emergenza, applicata nelle carceri di massima sicurezza. Le carceri di massima sicurezza sono state istituite con decreto interministeriale del 4 maggio 1977, emanato di concerto tra il Ministro di Grazia e Giustizia, il Ministro della Difesa e dell'Interno. In più è stato istituito l'ufficio per il coordinamento dei servizi di sicurezza degli istituti penitenziari. Grazie a questo provvedimento, si è data vita ad una collaborazione

tra l'amministrazione penitenziaria e gli organi di polizia esterni, ai quali è stato concesso un potere ampio di compiere ispezioni e visite presso gli istituti di pena e proporre l'adozione di misure speciali.

Per comprendere la natura giuridica dell'istituto dobbiamo partire dalla sua *ratio*, rappresentata dalla scarsa congruità strutturale del sistema carcerario ad affrontare il fenomeno terroristico che ha colpito lo stato italiano a partire dal 1977 fino al 1986. Così si è assistito al proliferare di decreti annuali di applicazione del regime *ex art. 90 o. p.* da parte del Ministro di Grazia e Giustizia .

E' possibile evidenziare, fin da ora, una prima crepa normativa costituita dalla scarsa idoneità ad offrire una differente disciplina di trattamento, giacché la sua applicazione era estesa a "tutti" i detenuti presenti negli istituti carcerari ai quali fosse stata applicato l'art. 90 o.p.

L'applicazione della prima forma di regime speciale è stata inizialmente limitata alle sole "carceri speciali" -come ho su detto- al cui interno erano presenti soggetti la cui pericolosità superava i limiti ordinari; successivamente è stato ampliato ad altri istituti a causa, *in primis*, dell'assenza primaria di strutture di massima sicurezza e, *in secundis*, della presenza di "questi soggetti pericolosi" in altri istituti

penitenziari. La situazione, appena delineata, ha prodotto una duplice conseguenza: all'estensione dell'applicazione del regime a soggetti non ritenuti pericolosi ed una lenta erosione dei presupposti del trattamento delineati, in conformità alla Carta costituzionale, dalla legge 354 /1975.

A questo proposito come non ricordare gli insegnamenti di Luigi Ferrajoli<sup>3</sup>, secondo il quale il diritto penale “insolito o di eccezione” permetterebbe una legislazione per l'appunto speciale rispetto ai parametri Costituzionali, con la conseguenza di un cambiamento legale delle regole in gioco. È soprattutto la giurisdizione d'eccezione ad essere ulteriormente avvilita rispetto alle leggi “emergenziali”; però queste ultime sono state utilizzate, da parte dei giudici, in maniera spropositata. Ciò, infatti, è stato dimostrato dalle consolidate consuetudini giudiziarie che hanno superato le stesse leggi “emergenziali”.

Continuando la trattazione della disciplina possiamo sottolineare un

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, “*Diritto e ragione del garantismo penale*”, Bari, Laterza, 1990, pp 844 ss. Afferma F. “... certamente, le leggi dell'emergenza hanno enormemente allargato il potere giudiziario di disposizione, legittimando arbitri e soprusi. Certamente la repressione del terrorismo e della criminalità organizzata ha richiesto negli anni passati processi difficili e complessi, dove maggiori che in quelli ordinari erano i margini di errore e così pure gli spazi aperti alle ingiustizie involontarie. Altrettanto certo è che in molti casi le ingiustizie sono state addirittura volute dalla legge. Ma la critica delle leggi eccezionali non può far tacere delle responsabilità di molti giudici che troppo spesso, di fatto hanno travalicato quelle leggi medesime”(p 845 ss)

ulteriore *vulnus* nel sistema, rappresentata dalla massima genericità del testo normativo, poiché lo stesso si è limitato a statuire che *“quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la Grazia e Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l’applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza”*. Il legislatore attraverso questa disposizione ha adottato le prime misure restrittive, concentrandosi su alcune regole ordinarie di trattamento come, ad esempio, la limitazione del passeggio all’aperto, la limitazione del numero dei colloqui, la limitazione e il controllo sulla corrispondenza e le comunicazioni telefoniche, il controllo e i divieti sull’introduzione dall’esterno nell’istituto penitenziario di determinati “generi” di beni.

Da questa prima disposizione rigorosa si può desumere che il comune denominatore è quello di impedire l’ingresso nel circuito penitenziario di armi, esplosivi, materiale preordinato ad inficiare l’ordine e la sicurezza interna. Se questo è vero, è altrettanto vero che la norma raffigura la prima forma di tutela preventiva, collegata all’esigenza di



troncare le comunicazioni tra i detenuti pericolosi e i “colleghi-operatori all'esterno”.

Infine, per concludere l'analisi della prima forma di rigore, evidenziamo una terza e ultima crepa nella disposizione normativa, rappresentata dall'attribuzione all'amministrazione penitenziaria, in via assoluta, di un ampio potere discrezionale per l'applicazione dell'art. 90 o.p., senza che vi fosse possibilità per il detenuto di esperire impugnazione alcuna avverso il provvedimento di applicazione del regime di rigore.

### ***3. LA LEGGE N. 663 DEL 1986 E LE MODIFICHE AL REGIME SPECIALE***

L'individuazione delle lacune costitutive dell'art. 90 ordinamento penitenziario ha indotto il legislatore ad effettuare, nel corso del tempo, delle opere di modifica al regime speciale.

Infatti, appena terminati gli “anni di piombo”, la prima forma di intervento seria, ad opera del legislatore, è stata la legge n. 663 del 1986<sup>4</sup>, la c.d. legge Gozzini, dal nome del Senatore Mario Gozzini che

---

<sup>4</sup> La legge Gozzini era funzionale al raggiungimento di uno scopo principale, rendere più efficace la norma con strumenti più limpidi rispetto alla precedente normativa

la propose.

La legge innanzitutto si presentava, nella sua struttura, come differente dal sistema normativo penitenziario previgente per un duplice motivo.

Il legislatore prima di tutto ha evidenziato l'aspetto rieducativo dell'istituto carcerario attraverso disposizioni che concedevano benefici e nuove occasioni di "riscatto" per i condannati il cui comportamento, durante lo stato detentivo, fosse stato corretto e conforme alle direttive imposte dall'amministrazione penitenziaria.

Il legislatore inoltre ha sentito la necessità di espungere dal panorama normativo l'art. 90 o. p., che da più parti era stato denunciato come una norma funzionale a dar luogo a forme di lesione dei diritti dell'uomo, sostituendolo con una nuova struttura detentiva rigorosa. Quest'ultima identificata con due norme, l'articolo 14-*bis* o.p. e il 41-*bis* o.p.

In ordine alla prima previsione, la *ratio legis* sottesa del regime di sorveglianza particolare è correlata ad indici comportamentali, derivanti dal comportamento adottato dal singolo detenuto per questioni attinenti alla "sicurezza interna".

Il legislatore, attraverso questo nuovo strumento, ha individuato delle

necessità a fronte delle quali prevedere un trattamento diverso per tutti coloro che ponessero in atto condotte preordinate a mettere in pericolo la sicurezza interna carceraria. Il legislatore quindi ha voluto superare il concetto di massima sicurezza attraverso l'applicazione di un regime differenziato al fine di tutelare l'ordine e sicurezza ed evitare la *perpetuatio delicti*, ovvero evitare che il detenuto potesse reclutare nuovi adepti al fine di commettere nuovi reati.

Per comodità di trattazione possiamo esaminare la norma ponendoci alcuni quesiti .

È rilevante prima di tutto comprendere il momento in cui può essere applicato il 14-bis o. p . Sicuramente a *“seguito di comportamenti che compromettono la sicurezza ,ovvero turbano l'ordine negli istituti”* .

Inoltre *“a seguito del compimento di atti di violenza o minaccia che impediscono le attività di altri detenuti o internati”* e per finire *“a tutti coloro i quali si avvalgono dello status di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti”*.

L'individuazione dei “soggetti passivi” nei confronti dei quali è disposta la sorveglianza particolare è indispensabile per comprendere la portata della norma. Infatti ai sensi del 14-bis,I comma *“possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare per un periodo*

*non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, i condannati, gli internati e gli imputati:a) che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti;b) che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati;c) che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti. Infine, ai sensi del 14-bis,V comma “possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare, fin dal momento del loro ingresso in istituto, i condannati, gli internati e gli imputati, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti, indipendentemente dalla natura dell'imputazione, nello stato di libertà. L'autorità giudiziaria segnala gli eventuali elementi a sua conoscenza all'amministrazione penitenziaria che decide sulla adozione dei provvedimenti di sua competenza.*

In merito al procedimento che si instaura, la misura di rigore è *“emessa dall'amministrazione penitenziaria sentita l'autorità giudiziaria procedente e previo parere del Consiglio di disciplina, integrato da due esperti previsti dal 4° comma dell'art. 80 dell'o.p.”.*

È importante individuare, anche, il contenuto del provvedimento che è

rappresentato da restrizioni all'esercizio dei diritti dei detenuti e internati alle regole di trattamento disciplinate dall'o. p. Le limitazioni però non possono toccare i diritti costituzionalmente protetti come l'igiene, la salute, il vitto, il corredo, la formazione culturale, religiosa, intrattenere relazioni con i familiari, ed esercizio del diritto di difesa attraverso i colloqui con il difensore.

Per concludere risulta indispensabile inoltrarci nell'analisi del momento in cui si espleta il controllo giudiziario, giacché diversamente dalla norma previgente, il detenuto può esperire impugnazione avverso il provvedimento che dispone o proroga il 14-*bis* o.p. attraverso il reclamo al Tribunale di sorveglianza entro 10 gg dall'emissione del provvedimento definitivo. Il procedimento seguirà il rito camerale con la partecipazione del difensore del soggetto, del PM, la particolarità è data dalla possibilità anche per l'amministrazione penitenziaria di presentare memorie. Dopo di che il giudice procedente emetterà l'ordinanza ,in termini brevi, entro 10 gg dalla ricezione del reclamo.

Inoltre, come dicevo inizialmente, il legislatore ha introdotto una ulteriore norma rilevante nel sistema penitenziario, ovvero il 41-*bis* o. p. che recitava nel suo originario ed unico comma “ *in casi eccezionali*

*di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di Grazia e Giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto”.*

Dal dettamo normativo si può evincere ovviamente che non vi sono differenze sostanziali con il vecchio art. 90 o.p., sia nella sua accezione terminologica -che risulta identica-, sia in merito alle situazioni invocate -gravi ed eccezionali pericoli di ordine e sicurezza- e allo strumento di contrasto -sospensione delle regole di trattamento. L'unica differenza è data dalla scomparsa del riferimento ad un o più strutture penitenziarie, nonché scomparsa dell'applicazione estensiva del regime a più sedi penitenziarie.

Il regime speciale disciplinato dall'art. 41-*bis* o.p. quindi aveva sì grandi potenzialità, ma non efficacia. Perché ha riproposto i punti “dolenti” della disciplina previgente, ovvero genericità del contenuto e limite della mancata estensione a più istituti contemporaneamente. Per dette ragioni l'unico caso di applicazione si è avuto, nel 24 maggio del

1989, presso la VII casa circondariale di Palermo Ucciardone<sup>5</sup> fino al luglio dello stesso anno.

### ***3.1. L'ANNO 1992 E LA SCONFITTA DELLO STATO DEMOCRATICO***

L'articolo 41-*bis* o.p. diversamente dal suo predecessore- art. 90 o.p.- non ha rivolto più la sua attenzione solo alla sicurezza interna dell'istituto penitenziario, bensì ha alzato gli “occhi” verso l'esterno per scrutare, analizzare ed paralizzare il fenomeno criminale- più antico dello Stato- quello di stampo mafioso.

Il legislatore si è accorto ben presto che detto “fenomeno” ha la capacità di allungare i propri tentacoli aldilà delle mura dell'istituto penitenziario attraverso un atteggiamento dignitoso da parte dei boss di cosa nostra, e un sistema riservato di comunicazioni che non ha permesso il congelamento delle attività del sodalizio criminoso; dato che i “capi detenuti” riuscivano ad inviare messaggi all'esterno rendendo indistinguibile il contenuto degli stessi.

Per queste ragioni sono state avanzate una serie di critiche in ordine

---

<sup>5</sup> Denominato anche “*Grand Hotel Ucciardone*” ,chiamato all'epoca in questo modo per l'elevato tenore di vita che garantiva ai suoi detenuti

all'efficacia dell'art. 41- *bis* o.p, a partire dal1986. Sia i benefici, di cui si è data la possibilità di fruire<sup>6</sup>, sia l'irrilevanza del titolo di reato per ottenerli, sono giudicati inappropriati.

Di qui è nata l'esigenza del legislatore nel 1992 di apportare delle modifiche alla norma, soprattutto a seguito della morte dei giudici Falcone e Borsellino in due stragi ordite dalla mafia . Questo evento drammatico- che ha colpito la Repubblica Italiana nel suo insieme - può essere colto, al meglio ,dalle parole dell'allora presidente della Camera Oscar Luigi Scalfaro “... *in questi tremendi episodi pare sconfitto-appare dolorosamente sconfitto - lo Stato democratico, sconfitta la democrazia poiché è sconfitto l'uomo nei suoi diritti ,nella sua dignità ,nei suoi valori(...)*La democrazia vincerà la tremenda battaglia della prepotenza e del delitto .Sta a ciascuno di noi saperne dare certezza”<sup>7</sup> .

Dopo pochissimi giorni dalla morte del giudice Falcone è stato emanato il d. l. n. 306/1992, che reca come titolo “*Modifiche urgenti al codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla*

---

<sup>6</sup> Questi benefici, comunque, venivano concessi solo ad una cerchia ristretta di soggetti, ovvero coloro i quali fossero stati condannati a meno di 3 anni e coloro che avessero scontato un periodo sostanzioso di anni (per es. 10 anni per gli ergastolani). I benefici erano la concessione dei permessi premio, affidamento in prova ai servizi sociali.

<sup>7</sup> Resoconto stenografico del parlamento in seduta comune da mercoledì 13 a lunedì 25 maggio 1992



*criminalità organizzata*” convertito nella legge n. 356/1992 e successivamente prorogato nella sua vigenza.

Questa legge ha devoluto al Ministro della Giustizia il potere di sospendere le ordinarie regole di trattamento e gli istituti dell’ordinamento penitenziario a carico di soggetti che hanno risposto di gravi reati- cristallizzati nell’art. 4 *bis* o.p. della stessa legge-, quando ricorrono “*gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica*”.

L’inserimento di questa previsione normativa, all’interno dell’ordinamento penitenziario, è stato il frutto di una continua elaborazione di anni di osservazione e contrasto al fenomeno mafioso. Questa osservazione si è espletata nei confronti degli affiliati operanti all’esterno, che sono rimasti in attesa di ricevere comandi per la continuazione dell’attività illecita, modalità di reinvestimento degli utili. Il dato più rilevante è rappresentato dal principale effetto che causò il regime disciplinato dall’art. 41-*bis* o.p., ovvero un vero e proprio disorientamento in alcune realtà criminali abituate alla gestione governativa delle attività criminali che si sono espletate anche dall’istituto penitenziario. Conseguentemente tutte le nuove figure di vertice sono state assoggettate al regime differenziato, però ciò ha provocato un incremento del numero di detenuti assoggettati a

detto regime speciale.

E' da precisare che la legge n.356/1992 ha stabilito -nei confronti dei condannati appartenenti ad un sodalizio criminoso- che i benefici penitenziari sono concessi solo nei casi di collaborazione con la giustizia,salvo alcune ipotesi per le quali i benefici sono applicati anche se la collaborazione risultava oggettivamente superflua. Per di più, questa prima condizione è collegata da un ulteriore criterio, rappresentato dalla presenza di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con il sodalizio di appartenenza.

Siffatta previsione ha introdotto,come è stato precisato dal Giudice delle leggi<sup>8</sup>, un sistema basato su una preclusione per certi condannati, rimuovibile solo attraverso una condotta qualificata, ovvero la collaborazione; diversamente dal sistema previgente basato, su un regime di prova rafforzata per verificare l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

L'aggravamento dello stato di sofferenza rispetto all'ordinaria carcerazione, ha determinato come unico effetto, l'incentivazione

---

<sup>8</sup> Corte Cost., 22 febbraio 1995, sent. n. 504, in *Gius. Cost.*, 1996 cit "... pur restando sullo sfondo, quale generale presupposto per la concessione dei benefici, la verificata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, il decreto-legge 8 giugno 1992, n.306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n.356 ha obliterato fino a dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una condotta-quella collaborativa- che si assume come la sola idonea a dimostrare, *per facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti

delle collaborazioni con la giustizia<sup>9</sup>. L'obiettivo delineato dal legislatore, di incentivare le collaborazioni con la giustizia, si concretizzò nella realtà.

### ***3.2. I PUNTI PROBLEMATICI DELLA LEGGE N. 356 DEL 1992***

In sede parlamentare, al momento della discussione della conversione in legge del d. l. n. 306/1992, la questione di fondo è stato quello di trovare un equilibrio tra la tutela del “mafioso”-con provvedimenti che restringevano i diritti che avrebbe avuto un detenuto comune<sup>10</sup>- e il dovere, quasi morale, di tutelare la compagine sociale; legato ad un ulteriore presupposto, come su detto, quello di distinguere il detenuto di cui all'art. 41-*bis* o. p. che ha instaurato una relazione con gli organi inquirenti e l'ipotesi peculiare. La norma quindi, in sostanza, è finalizzata a favorire il c. d. pentitismo, ma soprattutto combattere ed

---

<sup>9</sup> Possiamo notare che il numero dei soggetti sottoposti al regime di rigore disciplinato dall'art.41-*bis* o.p. alla data del 31 dicembre 2006 era pari a 523. Il numero di detti detenuti, diversamente, dal momento dell'entrata in vigore della riforma- al 31 dicembre 2002- era pari a 659, anche se nel primo decennio di vigore dell'istituto il totale dei detenuti sottoposti al regime speciale che sono divenuti collaboratori di giustizia, alla data del 31 dicembre 2002 è complessivamente uguale a 126

<sup>10</sup> Ai sensi dell'art. 15 della legge n.356/1992 che riguarda il “Divieto di concessione di benefici e accertamento della pericolosità sociale”, non possono essere concessi lavori esterni al carcere -come si deduce, seppur tacitamente, dall'art. 21 ord. pen. -, né permessi premio, né misure alternative alla detenzione, ai detenuti appartenenti al sodalizio criminoso

evitare che i c.d. uomini d'onore incarcerati continuassero a rigenerare nell'istituto penitenziario scale gerarchiche attraverso un isolamento del detenuto, così spezzando i fili che collegavano quest'ultimo all'associazione criminale ribadendo la supremazia dello Stato.

Precisiamo inoltre che l'art. 19, della presente legge, affermava che l'istituto doveva cessare la sua efficacia decorsi 3 anni dalla sua entrata in vigore, però il legislatore ha mantenuto vivo il suo contenuto attraverso proroghe fino alla stabilizzazione nel 2002.

In pendenza della sua vigenza, soprattutto nei primi anni degli anni Novanta, il regime di rigore presentava un ventaglio non indifferente di aspetti problematici, alcuni dei quali sono stati oggetto di interventi da parte della Corte Costituzionale; dette questioni hanno costituito l'antecedente logico-giuridico della Legge di Riforma n. 279 del 2002, anche se è da precisare che tali aspetti problematici non sono venuti meno, nonostante l'introduzione della nuova disciplina.

Va osservato innanzitutto come, dal contenuto dell'art. 41-*bis* o.p. del 1992 emerge una eccessiva sinteticità in ordine ai presupposti di applicazione del regime speciale. La riferibilità e determinazione della tipologia di reato, ai fini dei quali si applicava il regime speciale, era espletata attraverso il "richiamo generico" all'art. 4 -*bis* o.p. della

medesima legge. Il citato articolo presentava due gruppi di fattispecie<sup>11</sup> dai quali si identificavano le preclusioni distinte in base al gruppo di reato<sup>12</sup>. Conseguentemente la destinazione del mezzo all'obiettivo prefissato dal legislatore del 1992 era sussumibile, non già dalla norma, bensì dalla prassi. Gli operatori del diritto hanno sperato un intervento successivo che illuminasse il cammino della norma descrivendo lo spazio di operatività e lo scopo dell'istituto .

Altro punto problematico dell'istituto è dato dall' assenza di un strumento di impugnazione; in quanto se è vero che solo nel 1998 la legge riconobbe il potere del Tribunale di Sorveglianza di decidere sul reclamo avverso il provvedimento di sospensione, è altrettanto vero che la legge presentava ancora delle lacune, come l'assenza di una reale specificazione del contenuto, procedure e limiti del controllo giurisdizionale.

Pare opportuno tuttavia evidenziare anche un altro difetto normativo, ovvero l'assenza di un collegamento con gli organi investigativi,

---

<sup>11</sup>Anche se, con l'introduzione dello speciale regime di rigore, in dottrina si è giunti a parlare di tre circuiti penitenziari: quello ordinario, quello per i collaboratori di giustizia - molto favorevole - e quello di rigore per i detenuti appartenenti a una delle categorie indicate nell'art. 4-*bis* o. p. che non collaborino

<sup>12</sup>A livello teorico il 41-*bis*, comma secondo o. p., poteva estendere i suoi effetti anche all'autore del c.d. "omicidio passionale", se vi era un generico riferimento al pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica

rappresentati dai procuratori distrettuali e nazionali anti-mafia.

Il quadro, dei vuoti normativi, non si esaurisce solo sui punti appena evidenziati perché abbiamo un altro punto problematico, dato dalla mancanza di parametri finalizzati alla proroga del regime .

In altre parole una volta provata, nella fase iniziale della detenzione, l'attualità del collegamento con l'organizzazione criminale, risultava difficile determinarne la cessazione. Alla scadenza dell'applicazione del decreto di sospensione, l'assenza di un compendio probatorio che provasse il collegamento era interpretato in senso negativo per il detenuto, conseguenza dell'efficacia della norma speciale.

#### ***4. “LA STAGIONE” DELLE RIFORME. DALLA LEGGE N. 279 DEL 2002 ALLA LEGGE DI MODIFICA N. 94 DEL 2009***

Il proemio della Riforma del 2002 è stato ricco di avvenimenti che hanno prodotto una serie di risultati.

In particolare modo da un lato l'innovazione di alcune condizioni dell'art. 4-*bis* o.p. e l'art. 41-*bis* o. p. e dall'altro l'immutabilità del regime di rigore. Prima di addentrarci nell'esame specifico delle

novità introdotte dalla legge n. 279 del 2002 dobbiamo analizzare le circostanze che hanno indotto e condotto il legislatore ad intervenire sul c.d. “*carcere duro*”.

Anzitutto pochi giorni prima dell’intervento normativo , nelle carceri si percepiva un elevato grado di tensione, tanté che la maggior parte dei detenuti, assoggettati al regime carcerario di rigore, parteciparono ad una petizione avanzata da Leoluca Bagarella durante una videoconferenza volta a “commuovere” gli ascoltatori per le condizioni di vita spiacevoli in cui vivevano. È facilmente comprensibile che interesse dei detenuti era inviare un messaggio di protesta in ordine alla “stabilizzazione” del regime speciale disciplinato dall’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario alle Camere del Parlamento.

Queste proteste intra- murarie non fecero altro che incalzare i tempi del Parlamento per debellare qualsiasi forma di illusione, proveniente dalla criminalità organizzata, che il regime di rigore potesse essere espunto dal sistema di prevenzione .

Alla riforma, inoltre, si è arrivato con un’ incessante e continuo differimento di riforma dell’art. 41-*bis* o.p. La prima proroga è avvenuta nel 1999, anno in cui l’Esecutivo ha conferito alla

Commissione ministeriale l'incarico di analizzare dettagliatamente i punti problematici dell' art. 41-*bis* o. p. per quanto riguarda l'aspetto dei diritti umani e soprattutto per uscire dalla logica emergenziale, tramite la legge n. 446<sup>13</sup>, del 26 novembre del 1999. La seconda e ultima proroga del regime, prima dell'introduzione in via definitiva del regime speciale, è quella del 2000.

A questo punto si è arrivati all'emanazione della legge del 23 dicembre n. 279 del 2002<sup>14</sup>, la quale è intervenuta sulla disciplina contenuta nell'articolo 4-*bis* dell'o.p. e sul contenuto del comma 2 e il comma 2 *bis* dell'art. 41-*bis* o.p. L'effetto principale che ha prodotto la novella legislativa in esame è quello di aver stabilizzato nel sistema “ il figlio dell'emergenza ”<sup>15</sup>. La normativa di cui si tratta non ha esaurito i suoi effetti solo attraverso l'inserimento<sup>16</sup> dell'art. 41-*bis*

---

<sup>13</sup> G. LA GRECA, *Una “stabilizzazione” per uscire dall'emergenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, n.4, 417 ss. Già nel dibattito parlamentare per l'approvazione della legge n.446 ,in esame, l'on. Neri dichiarò che “alcune finalità perseguite dal 41-*bis* o.p. non sono da considerare momentanee ed eccezionali, ma possono e devono rappresentare uno degli strumenti permanentemente disponibili per combattere la piaga dell'associazionismo criminale”

<sup>14</sup> Commissione antimafia, XIV legislatura nel “*documento di sintesi della discussione*” si precisa che la Commissione antimafia evidenziò come il regime di rigore fosse stato molto “permeabile” alla criminalità, indipendentemente dalle misure speciali adottate. In sostanza si concedevano al detenuto ampie possibilità di comunicazione con gesti tra detenuti e familiari durante i colloqui visivi.

<sup>15</sup> Cfr. così chiamato da *Sebastiano Ardita* ,in “*Il regime detentivo speciale: 41-*bis*”*, XXV, Milano, Giuffrè, 2007, 228 ss.

<sup>16</sup> Anche se il *d.lg. Castelli* presentato dal Governo aveva proposto un ulteriore proroga del provvedimento fino al 2006, però l'opposizione preferì rinunciare al carattere



nell'ordinamento penitenziario, ma ha cercato di fornire certezza normativa, disciplinando i contenuti del regime, diversamente da quanto accadeva in precedenza, il cui contenuto in bianco era rimesso alla piena discrezionalità dell'autorità amministrativa, in conformità alle varie pronunce del Giudice delle leggi .

Ciò detto possiamo passare all'analisi delle singole disposizioni normative che sono state "toccate" dalla presente novella partendo dall'art. 4-*bis* dell'o.p. e concludendo con il regime di rigore.

Prima di tutto l'articolo 1<sup>17</sup> della legge 279/2002 è intervenuta sulla disciplina contenuta nell'articolo 4 -*bis* o. p., da una parte adeguando le fattispecie di reato alle "*nuove esigenze di politica criminale*", d'altra parte ha rispettato e introdotto le numerose indicazioni correttive da parte della Consulta e del Giudice di legittimità . La novella, inoltre, ha rinnovato e ristretto la categoria dei detenuti condannati<sup>18</sup> a cui è rivolta, che sono tutti coloro che hanno commesso

---

provvisorio del regime speciale

<sup>17</sup> Sono stati introdotti nel primo periodo dell'articolo 4 -*bis* o. p. anche i delitti di terrorismo, nazionale e internazionale, e di eversione dell'ordine democratico commessi con atti di violenza, nonché i reati di "riduzione in schiavitù", di "tratta e commercio di schiavi" e di "alienazione e acquisto di schiavi".

<sup>18</sup> Negli ultimi anni possiamo segnalare che la lotta al terrorismo è diventato uno degli scopi principali dei moderni regimi democratici occidentali, quindi secondo il legislatore, a coloro che commettono questo tipo di reati va applicata la disciplina più rigida a disposizione nell'ordinamento giuridico. Infatti la *ratio legis* dell'ampliamento della categoria dei soggetti destinatari del regime di rigore, novellato, è la richiesta di maggiori

reati di cui al comma primo, ovvero i *"delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordinamento democratico, mediante il compimento di atti di violenza; delitti di cui all'art 416 bis c.p. delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal suddetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; nel caso di detenuti condannati per i delitti previsti agli articoli 600,601, 602 e 630 del codice penale, all'articolo 291 quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 23/1/1973 n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti"*.

È importante sottolineare che per questo tipo di delitti, la legge 279 del 2002, come novità, ha subordinato l'accesso ai benefici penitenziari, esclusa la liberazione anticipata, alla presenza di un'utile collaborazione con la giustizia a norma dell'articolo 58 *ter* o.p. e all'accertamento di *"elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva"*.

Tuttavia appare rilevante, a parere dello scrivente, evidenziare

---

garanzie da parte dell'opinione pubblica anche verso il crimine internazionale a causa dell'attacco alle Torri Gemelle del 2001, patito dagli U. S. A.

ulteriori novità introdotta da questa legge, rappresentata dal richiamo alla disciplina speciale per i “*collaboratori di giustizia*” e soprattutto all’individuazione, definizione dei casi in cui la presenza di collegamenti attuali<sup>19</sup> con il “sodalizio criminoso” porti alla fruizione dei benefici, prescindendo dal requisito della collaborazione come affermato dall’art. 58 *ter* dell’o. p., quindi la c.d. “collaborazione irrilevante”. Originariamente invece l’art. 4-*bis* dell’o.p. era “aperto”, sotto il profilo della concessione dei benefici , solo nel caso in cui il detenuto avesse ricoperto un incarico o un ruolo marginale nel contesto dell’organizzazione criminale ; ossia nel caso in cui si fosse la presenza di indizi oggettivi che escludevano un’adesione qualsiasi con il gruppo criminale di appartenenza.

Quindi alla novella va il merito di aver fornito chiarezza sull’aspetto della “*marginalità del ruolo*”, diversamente dal vecchio regime,

---

<sup>19</sup> Diversamente dal sistema previgente, come ha avuto modo di precisare P.M. Corso, *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2000, 165, “*la labile consistenza dei presupposti applicativi del regime...*” ovvero “i gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica” costituivano uno degli aspetti problematici dell’art. 41-*bis* dell’o.p. previgente. In molti sostengono che il presupposto vigente per l’adozione del provvedimento ministeriale, non sia il *collegamento* in se per sé, bensì la *capacità di collegamento* con le associazioni criminali; cioè la *capacità di collegamento* deve essere tradotta come “consacrazione” di un interesse illecito, assoluto e senza condizioni del detenuto nei confronti del gruppo criminale di appartenenza operante all’esterno. Per di più si è sviluppato un filone giurisprudenziale di merito, a cui ha aderito rilevante dottrina, secondo il quale “*l’attualità della capacità di collegamento*” con l’organizzazione esterna non deve essere assimilata con “*l’attualità dei concreti contatti*”, poiché lo scopo del regime duro è quello di evitare che la prima si trasformi nella seconda

inquadrando le ipotesi in cui si è in presenza di una collaborazione oggettivamente irrilevante, ovvero *“caso di una limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendendo comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia [...]”*.

Di qui comprendiamo bene l'intenzione del legislatore di ricomprendere sotto l'alveo di un regime speciale tutti coloro che si trovano ad espiare pene per gravi delitti, ma allo stesso tempo ha voluto affiancare a tale modo, rigido, di espiazione della pena, un'aspettativa di recupero delle regole ordinarie con lo strumento della “collaborazione”.

In verità la legge 279/2002, modificando la classe dei detenuti destinatari del regime di rigore, ha forgiato due categorie di detenuti.

Il detenuto condannato per i reati elencati al primo periodo dell'art. 4 *bis* dell'o. p. ovvero i terroristi internazionali e nazionali, o i colpevoli di delitti commessi servendosi dei presupposti previsti dall'articolo 416 *bis* c. p., quali i delitti di tratta e commercio di schiavi, sequestri di persona, delitto di associazione a delinquere per il traffico di stupefacenti o tabacchi, e infine il delitto di associazione mafioso *ex*

art. 416-*bis* c. p. Per tutti questi detenuti la concessione dei benefici penitenziari, escludendo la liberazione anticipata ma non l'affidamento in prova al servizio sociale, è subordinato al criterio legale assunto dal legislatore per verificare la redenzione del detenuto ovvero la collaborazione con l'autorità giudiziaria a norma dell'art. 58 *ter* o. p., oppure ,come su detto, nell'ipotesi in cui “ *gli elementi acquisiti escludono l'attualità di collegamenti con il crimine organizzato, ovvero nella sentenza, divenuta definitiva, di condanna è stato accertato la limitata partecipazione al fatto criminoso, ovvero nella stessa sentenza vi è stato l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, oppure nei confronti dei condannati è stata applicata una delle circostanze attenuanti previste all'art. 62 n. 6 c.p., anche quando il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 e 116 c. p*” .

In siffatti casi per l'ottenimento dei vantaggi occorrono due condizioni. La dichiarazione che la collaborazione con la giustizia potrà risultare oggettivamente irrilevante e l'acquisizione di un materiale d'informazione che escludono l'attualità dei collegamenti con il crimine organizzato.

L'altra categoria invece ha incluso i condannati per delitti dolosi per i

quali gli organi garanti delle informazioni investigative e responsabili della sicurezza esterna, ovvero il Procuratore nazionale o distrettuale antimafia, segnali la persistenza dei rapporti con il crimine organizzato.

Per concludere l'esame delle modifiche apportate dalla legge 279 del 2002 è inevitabile soffermarci, in ordine alle novità introdotte, dalla stessa, al regime speciale.

In primo luogo l'art. 2 della novella ha riformulato il comma 2 e il comma 2 *bis* dell'originaria disposizione normativa, dettando una disciplina compatta dell'istituto. L'art. 3 ha, per di più, abrogato l'articolo 29, decreto-legge 8 giugno 1992 n. 306, determinando così la stabilità dell'istituto. Alla luce di ciò, come su detto, l'articolo 2 della legge 279 del 2002 non ha novellato il primo comma dell'art. 41 *bis* o. p., che è rimasto invariato quindi *"in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di giustizia ha la facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto"*, giacché ad essere

modificato è il secondo comma. La legge di riforma infatti, in *primis*, ha incuneato un mero limite al potere devoluto al Ministro di giustizia, tantè che è previsto che "*quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche su richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro della giustizia ha la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti previsti al primo periodo del comma 1 dell'art. 4 bis, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica ed eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla l. 354/1975 che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza*".

Da ciò desumiamo, come novità, l'ampliamento del c. d. "carcere duro" all'imputato o condannato per una fattispecie di reato diversa da quella dell'associazione per delinquere di stampo mafioso. Ancora l'adozione dei provvedimenti ministeriali di cui al comma 2, art. 41-bis o. p. sono adottati, conformemente al comma 2 bis dello stesso articolo, nella forma del decreto motivato<sup>20</sup> del Ministro della

---

<sup>20</sup> Nella motivazione del provvedimento ministeriale che dispone il particolare regime penitenziario, il ministro deve rispettare tre parametri, precisando la necessità di ogni singola restrizione con riferimento al "grado di pericolosità sociale" espressa dal detenuto in rapporto ai "legami intrattenuti dallo stesso con la criminalità organizzata" e alla sua "collocazione in seno all'organizzazione criminale"

Giustizia al fine moderare il potere conferito al Governo e d'altro canto enucleare la doppia finalità cui deve protendere la sospensione delle regole del trattamento, prospettando il divieto tassativo di adottare restrizioni in misura superiore a quelle resa necessaria dal raggiungimento delle finalità suddette nel caso concreto.

Un'altra importante novità, introdotta nel comma 2 *bis*, è data dal rispetto dell'obbligo di compiere una complessa istruttoria da parte del Ministro prima di adottare il decreto infatti *"i provvedimenti emessi ai sensi del comma 2 sono adottati con decreto motivato del Ministro della giustizia, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice che procede ed acquista ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze"*.

La novità apprezzabile è l'introduzione di un limite temporale al trattamento speciale; il legislatore nello stesso comma ha determinato, di fatto, la durata minima e massima del provvedimento restrittivo, non inferiore a un anno e non superiore a due anni (e facoltà di



proroga<sup>21</sup> di un anno ciascuno). Se vengono meno i presupposti<sup>22</sup> che legittimano il Ministro all'adozione del provvedimento, questi, anche d'ufficio, procede alla revoca con decreto motivato.

In ogni caso il comma 2- *quater* ex art. 41 *bis* o. p. compendia, in un'elencazione tassativa, gli effetti causati dall'applicazione del regime differenziato, determinando ,nella *lettera a)*, l'adozione di “*misure di elevata sicurezza interna ed esterna*”, al fine di prevenire i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza<sup>23</sup>. In aggiunta, anche

---

<sup>21</sup> È fondamentale sottolineare il problema, oggetto di un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, dell'inesplicabilità nell'individuare “concreti” atti grazie ai quali comprovare “l'attualità” della capacità di collegamenti al di fuori ,delle mura dell'istituto penitenziario, del detenuto; pertanto la *Direzione Nazionale Antimafia, Dipartimento Studi e documentazione*, in *Linee di orientamento sull'applicazione del regime speciale di detenzione ex art 4-bis o. p., alla luce della giurisprudenza costituzionale*, 1998, ha offerto un enorme contributo per gli operatori pratici, fornendo una completa elencazione di indici indicativi della capacità ad intrattenere collegamenti, ovvero: che la società criminale sia venuta meno- desumibile dall'attività investigativa degli organi inquirenti-, la continua presenza di “capi” sul territorio, permanenza dei ruoli direttivi in seno all'associazione criminale di appartenenza nonostante l'applicazione del regime differenziato previsto dall'art. 41-*bis* o.p.- desumibile dalle dichiarazioni dei collaboratori giustizia, l'attualità di somministrazione dei mezzi finanziari da parte dell'organizzazione, dedotto dal tenore di vita della famiglia del detenuto. L'onere probatorio è ripartito tra Ministro della giustizia e detenuto, con un chiaro rinvio all'art. 275 c. p. p.

<sup>22</sup> Da tempo la giurisprudenza di merito aveva chiarito che al fine di protrarre la disciplina speciale, questa deve essere contemplata in un provvedimento autonomo, rispetto a quello emesso precedentemente, sia sotto il profilo della motivazione, sia delle circostanze obiettive; cfr. Sez. I, 24 marzo 1995, n. 200819, Meli, in *CED Cass.*, 1995. Oggi la legge di riforma ha inserito nel panorama normativo l'art. 41-*bis*, il comma 2-*ter* che rievoca la disciplina generale sulla revoca degli atti amministrativi

<sup>23</sup> Coerentemente con quanto affermato dalla Corte Costituzionale in una recentissima ordinanza n. 220 emessa il 9 giugno del 2010 (e depositata il 17 giugno del 2010), cioè le restrizioni connesse al regime di rigore sono giustificate solo nella misura in cui esse siano imposte “*dall'esigenza di contenere la pericolosità di determinati soggetti, individuati non secondo una logica presuntiva, ma in esito ad una valutazione specifica*”

se le specifiche misure da utilizzare non sono tipizzate specificatamente dal legislatore<sup>24</sup> e possono variare in base al grado di pericolosità sociale del condannato o del ruolo dallo stesso assunto all'interno dell'organizzazione criminale, è altresì vero che la legge, in alcune occasioni, ha fissato una “*cornice legale*”<sup>25</sup> come limite alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria; i colloqui, ad esempio, sono determinati in un numero non inferiore ad 1 e non superiore a 2<sup>26</sup> al mese, da svolgersi con intervalli determinati e in luoghi attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali, determinati di volta in volta dal direttore dell'istituto

---

*ed individuale”.*

<sup>24</sup> Questa disposizione, che potrebbe indurre l'interprete ad un dubbio circa l'esatta natura delle misure adottabili, potrebbe essere interpretata quale autorità aggiuntiva, devoluta “in bianco” al poter dell'organo dell'Esecutivo di dettare discrezionalmente i contenuti del regime di rigore, quasi come se fosse una “clausola di apertura” al fine di modificare il regime ordinario *bay passando* il controllo preliminare della fonte primaria

<sup>25</sup> Il legislatore, sin dalla presentazione del primo disegno di legge, nel determinare normativamente lo schema delle singole misure di sospensione delle ordinarie regole di trattamento e degli istituti previsti dall'o.p., ha prospettato un adeguamento del contenuto del regime speciale ai principi espressi dalla Consulta negli anni : Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. cost., cit.*; Corte cost., 18 ottobre 1996 , n. 351, in *Giur. Cost.*; cfr. Corte cost., 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. cost.* Queste pronunzie hanno un comune denominatore, ovvero hanno tracciato una linea di demarcazione oltre i quali i provvedimenti ministeriali di applicazione del regime differenziato, previsto dall'art. 41-*bis* o.p., non possono spingersi

<sup>26</sup> Il legislatore ha rinunciato al c.d. “schema aperto” previsto nel disegno di legge di iniziativa governativa, che specificava la natura delle misure limitative adottabili, demandando alla discrezionalità dell'organo dell'Esecutivo l'individuazione del *quantum* delle stesse

ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del comma 2 dell'art. 11 o. p.". La legge ha conferito al direttore dell'istituto penitenziario e all'autorità giudiziaria procedente, il potere di autorizzare un colloquio mensile della durata massima di dieci minuti – sottoposto a registrazione- a condizione che siano decorsi almeno sei mesi dall'applicazione del regime differenziato e solo con i familiari o conviventi. È essenziale, inoltre, mettere in risalto un aspetto rilevante, ovvero che queste disposizioni non si applicano ai colloqui con i difensori, che sono manifestazioni in concreto del diritto di difesa, costituzionalmente garantito all'art. 24, comma secondo Cost.<sup>27</sup>.

Ci sono, anche, limitazioni in ordine alla disponibilità di beni, somme di denaro<sup>28</sup>, ma non solo, infatti è interessante notare la disciplina

---

<sup>27</sup> Diversamente da quello che è accaduto a seguito dell'emanazione della legge n. 94 del 2009, che ha modificato in *peius* il *41-bis, comma 2-quarter, lettera b)*, ultimo periodo, della legge n. 354 del 1975 aggiungendo le 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*», prevedendo per la prima volta dei condizionamenti legislativi di tipo “*quantitativo*” al diritto dei detenuti in questione a conferire con i propri difensori

<sup>28</sup> Dalla nuova legge si può comprendere bene che il legislatore ha posto restrizioni, divieti solo in ordine alla ricezione delle somme di denaro e degli oggetti ,diversamente dal passato, tralasciando il loro “invio” da parte di chi è sottoposto al regime duro ex *art. 41-bis ,lettera c), comma 2-quarter*. Questo perché la realtà pratica aveva evidenziato situazioni nelle quali, anche, il divieto di invio di somme verso l'esterno, boicottava con

della permanenza all'aperto durante le c.d. ore d'aria<sup>29</sup>, “*non può svolgersi in gruppi superiori a cinque persone, con una durata non superiore a quattro ore il giorno*” . È curioso questo speciale *modus operandi* del sistema normativo in ordine alla permanenza all'aperto, dato che agevola il contatto e l'incontro tra i detenuti , nonostante l'auspicio contrario in ossequio al caposaldo e scopo della norma, rappresentato dalla “sicurezza pubblica”.

Oltre a ciò c'è una ulteriore limitazione, quello sulla corrispondenza<sup>30</sup>, disposta dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 18 o. p. e non già dal Ministro in conformità alla doppia riserva di legge e giurisdizione posta dall'art 15, comma secondo Cost., eccezion fatta per il carteggio, effettuata con i organi nazionali e sovranazionali aventi competenza in materia di giustizia.

---

le intenzioni diverse dall'attività di “*checkup*” del business illecito.

<sup>29</sup> Per comprendere l'assenza di una “*adeguata pregevolezza*” di questa previsione amministrativa contenuta nella legge in esame rimando al chiarissimo esempio fatto da *Sebastiano Ardita*, in “*il regime detentivo speciale: 41-bis*”, Giuffrè, 2007, pag.104, § 4.4.6, nota 17

<sup>30</sup> Il controllo della corrispondenza è condizionata alla previa autorizzazione rilasciata dall'autorità giudiziaria competente ,questa autorizzazione è una forma di garanzia rispetto al sacrificio dell'inviolabilità dell'art. 15 Cost. È importante sottolineare che la materia dei controlli sulla corrispondenza è stata modificata dalla *legge 8 aprile 2004 , n. 95* e tramite l'introduzione dell'articolo *18 -ter* si sono fissati in ordine ai controlli : limiti oggettivi , la competenza a disporli, la possibile impugnazione e ,in ultimo, l'organo deputato a decidere; la cui iniziativa di applicazione del controllo è rimessa al PM , direttore dell'istituto, giudice precedente ,inoltre la durata massima della misura è di sei mesi con possibilità di proroga per un periodo non superiore a tre mesi.

Come una clausola di salvaguardia, per non far eclissare del tutto la funzione rieducativa della pena, si eleva una ulteriore circostanza; ossia l'applicazione del regime speciale non può mai comportare la sospensione dell'attività di osservazione e trattamento individualizzato previste dall'art. 13 o.p., né determinare la preclusione alla partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive e di altro genere, volte alla rieducazione della personalità, fine previsto dall'art. 27 o.p.; dette attività dovranno essere organizzate, per i detenuti soggetti a tale regime, *"con modalità idonee ad escludere o a ridurre al minimo i rischi dei contatti o dei collegamenti che il provvedimento ministeriale tende a prevenire. Tutto questo per valutare la partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione ai fini della liberazione anticipata"*.

Il testo di riforma per di più ha potenziato<sup>31</sup> i poteri di intervento dei Tribunali di Sorveglianza<sup>32</sup> sul provvedimento ministeriale ,derogando

---

<sup>31</sup> Infatti è la legge 7 gennaio 1998, n.11 che ha aggiunto il comma 2-*bis* dell'art.41-*bis*, attraverso il quale si devolveva espressamente al Tribunale di Sorveglianza il potere di risolvere le problematiche prospettate dai detenuti attraverso il ricorso avverso il provvedimento ministeriale. Questo intervento normativo è il prodotto di una emaciata omologazione del legislatore alla giurisprudenza "creativa" della Corte cost., n. 351/ 1996

<sup>32</sup> La novella, in esame, nel fissare la competenza per territorio del Tribunale di Sorveglianza ha negato, implicitamente, quanto era stato prospettato dal Disegno di legge *Modifica degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*,cit.,art.2 ,ovvero un ipotetico trasferimento parziale al Tribunale del riesame per i reclami esperiti da detenuti in status di custodia cautelare, e mantenendo la competenza del Tribunale di Sorveglianza per i detenuti condannati.

le regole generali sulla competenza a conoscere e rispetto ai poteri del giudice ordinario in ordine all'atto amministrativo, ma in ossequio all'opinione della Corte costituzionale. I commi 2 *quinquies* e 2 *sexies* infatti disciplinano il regime d'impugnabilità del provvedimento emesso dal Ministro *"Il reclamo può essere proposto dal detenuto o dall'internato ovvero dal difensore nei confronti del quale è stata disposta o confermata l'applicazione di cui al comma 2. Il reclamo deve essere proposto entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento"*. Competente a decidere sul reclamo è il Tribunale di Sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di pena in cui l'interessato è assegnato<sup>33</sup>. Tale competenza a decidere non cambia in caso di trasferimento del detenuto o dell'internato da parte dell'amministrazione penitenziaria, per le ragioni disposte dall'art. 42 dell'o.p. In merito all'impugnabilità del provvedimento di sottoposizione al regime *ex art. 41 bis* o.p., in passato il Giudice di

---

<sup>33</sup> Sul punto va precisato che l'istituto di assegnazione è quello ove l'interessato è destinato stabilmente con provvedimento della direzione generale detenuti del DAP. Questa materia, inoltre, è stato oggetto, in più di una occasione, di conflitto di competenza tra Tribunali di Sorveglianza diversi, a cui la Cassazione ha dettato ordine affermando che *"il legislatore ha inteso sostituire il criterio di collegamento tra istituto in cui il condannato si trova e Tribunale di sorveglianza del luogo, con quello del collegamento tra condannato e tribunale di sorveglianza del luogo in cui si trova l'istituto penitenziario designato dal Ministro. Tale competenza rimane fissata anche in caso di trasferimento non definitivo del condannato in altri istituti per ragioni di giustizia, salute, di colloqui con i familiari ecc., e permane fino a quando non venga eventualmente disposta una nuova assegnazione"*, cfr. Cass., Sez. I, 16 dicembre 2005, Striscioglio, in CED Cass., n. 4386/2006

legittimità ha ribadito che il ricorso in cassazione è esperibile solo dopo l'esaurimento del grado di giudizio dinanzi al Tribunale di Sorveglianza. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato; attraverso ciò il legislatore ha voluto ribadire le esigenze di prevenzione speciale attribuite al provvedimento ministeriale.

È importante comprendere come il tribunale di sorveglianza decide sul reclamo, contro il provvedimento di sottoposizione al regime di cui all'art. 41 *bis* o. p., nelle forme previste dagli articoli 666 e 678 del c.p.p., ovvero sulle disposizioni che in generale disciplinano il provvedimento di sorveglianza, con la partecipazione del ricorrente alla udienza, diversamente dal sistema previgente, del reclamo, conforme al modello dell'art. 14-*ter* o. p. Può accadere che gli stessi soggetti legittimati a proporre ricorso per cassazione, chiedano al Tribunale di Sorveglianza di sospendere l'esecuzione del provvedimento impugnato. Il giudice dovrà valutare la sussistenza di un *fumus boni iuris* con riferimento alla fondatezza dei motivi del ricorso rispetto alla motivazione adottata in sede di reclamo e ravvisare un *periculum in mora*, che in questo caso è tacito. Il riferimento legislativo, contenuto nella novella del 2002, agli art. 666 e 678 c. p. p. consente di applicare a questo procedimento di reclamo

dinanzi al Tribunale di Sorveglianza un'altra disposizione importante, contenuta nel comma quinto dell'art. 666 c. p. p., in forza della quale il *giudice può esercitare d'ufficio poteri istruttori integrativi, acquisendo informazioni e documenti che reputi necessari ed ove occorra può assumere prove purché proceda in udienza nel rispetto del contraddittorio.*

A questo punto il tribunale di sorveglianza potrebbe rigettare il reclamo del detenuto con ordinanza e l'eventuale accoglimento della sospensione ai sensi del comma 7 dell'art. 666 c. p. p. non può produrre alcun effetto modificativo. Da ciò ne diviene una carenza di interesse del detenuto all'ottenimento del provvedimento di sospensione.

Qualora il Tribunale di sorveglianza accolga la richiesta di sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza, congiuntamente alla proposizione del ricorso per cassazione proposto dal Procuratore generale presso la Corte di Appello, sebbene tale provvedimento determini il passaggio del regime differenziato al regime ordinario, durante il giudizio di legittimità, v'è la permanenza del detenuto al regime speciale e maggiormente restrittivo. Oltre a ciò, in caso di



accoglimento in toto o parziale<sup>34</sup> del reclamo da parte del Tribunale di sorveglianza che dispone la revoca del provvedimento ministeriale, l'intenzione del Ministro della giustizia di disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma secondo dell'art. 41 *bis* o.p., è condizionato alla decisione del Tribunale, in più deve evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo.

Il giudice delle leggi ha, in più di una occasione , affermato che il sindacato esercitato dal Tribunale di sorveglianza sui provvedimenti ministeriali, ha natura di legittimità. Questa verifica pertanto deve riguardare i tipici parametri di competenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere. In più tale accertamento deve essere diretta ad appurare, specialmente con riguardo a quest'ultimo vizio, se la motivazione del provvedimento nel suo complesso o nelle singole statuizioni sia conforme alle finalità di pubblico interesse ad esso

---

<sup>34</sup> L'accettazione parziale del ricorso contro il provvedimento, che dispone il regime speciale, dovrebbe tradursi solo come mero potere del giudice ordinario di controllare la legalità dell'atto amministrativo, debellando le disposizioni che entrano in frizione con i "limiti" del provvedimenti, precisati dalla Consulta, Corte cost., 28 luglio 1993, n.349, in *Giur. Cost.*, cit. La giurisprudenza di merito, inoltre, è intervenuta spesso a modificare parzialmente i decreti, soprattutto, in ordine alle singole statuizione relative al numero dei colloqui e degli oggetti , e dichiarandone la nullità sostenevano che *"il decreto dovrebbe quanto meno specificare il perché ha ridotto ad un uno, anziché ad esempio a due, il colloquio visivo"*, cfr. Trib. Sorv. Torino, 25 giugno 2003, Caiazza, ord. n. 3846/03; Trib. Sorv. Torino, 26 febbraio 2003, Dell'Anna, ord. n. 1212/03. Anche se alcuni in dottrina, Sebastiano Ardita, sostengono che il *"ragionamento, posto a fondamento di tale decisione, potrebbe-dovrebbe essere invertito"* giacché il "colloquio" costituisce il principale mezzo di comunicazione con l'esterno, a cui la funzione preventiva del regime duro è diretta ad affievolire

assegnate dalla legge. Detta finalità infatti consiste essenzialmente nella salvaguardia delle esigenze di ordine e sicurezza, nonché di impedire i collegamenti con l'associazione criminale.

Il Tribunale deve anche vagliare che determinate limitazioni non irrigidiscono il regime carcerario a tal punto da ledere diritti essenziali della persona umana costituzionalmente garantiti, o difformi dal principio sancito dall'art. 27, comma terzo, Cost. Il sindacato di legittimità del Tribunale di Sorveglianza inoltre può portare, secondo i principi generali, in caso di accertata esistenza dei vizi ad una pronuncia di disapplicazione delle restrizioni contrari ai principi su detti e di annullamento<sup>35</sup> parziale. Tale disapplicazione potrà riguardare o l'intero provvedimento, qualora i vizi accertati riguardino

---

<sup>35</sup> Anche se è da precisare, a parere dello scrivente, che un precedente orientamento della Cassazione negava il potere del Tribunale di sorveglianza di procedere ad annullare alcune parti dei decreti di sottoposizione al regime speciale, poiché si sarebbe stravolto lo schema impiegato dall'amministrazione penitenziaria per il perseguimento del fine speciale- preventivo imposte dalla legge. La Corte di Cassazione, infatti, riconosceva solo il potere giurisdizionale di annullamento, conferma in capo al Tribunale di Sorveglianza solo rispetto ad una valutazione attinente alla sussistenza di presupposti per l'adozione del provvedimento, come era stato confermato dal Disegno di legge, invece nel testo approvato dal Parlamento si è devoluta la competenza esclusiva del Tribunale di Sorveglianza affiancando alla forma di vaglio precedente la conoscenza della "congruità del contenuto del provvedimento"rispetto alle esigenze di cui al comma II. Però,tenendo conto di una decisione in particolare della Consulta ,cfr. Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 351,in *Giur. Cost.*, 1996, 3050 ; secondo autorevole dottrina , la disposizione del comma 2-*sexies* ,pur devolvendo al Tribunale di Sorveglianza una valutazione sulla congruità, deve essere interpretato nel senso che l'accertamento giudiziario dovrebbe limitarsi su previsioni del provvedimento ministeriale che superi i limiti previsti dalla legge e su disposizioni devolutive all'amministrazione del potere di adottare misure di sicurezza senza determinane il contenuto

la sussistenza dei gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica o la valutazione della pericolosità del detenuto e quindi possibile permanenza dei collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza, ovvero tutte le limitazioni del normale trattamento penitenziario. Potrà riferirsi tuttavia anche a singole statuizioni relative a specifiche limitazioni del normale trattamento senza estendersi ad altre. Per di più il sindacato di legittimità del tribunale di sorveglianza non può arrivare fino a modificare l'atto amministrativo, ciò comporterebbe una sostituzione dell'autorità giudiziaria ai poteri di apprezzamento della pubblica amministrazione. Gli effetti che si determinano si traducono nel dichiarare l'atto amministrativo illegittimo, disponendone la disapplicazione e determinandone l'inefficacia, con conseguente ripristino nei confronti del detenuto del regime carcerario ordinario.

#### ***4.1. I RISULTATI “STERILI” DELLA LEGGE DI RIFORMA***

Si può comprendere bene che il sistema risultante dalla legge di riforma non ha prodotto i risultati sperati. Innanzitutto, è apparso troppo influenzato dall'esigenza di compensare le lacune del sistema

previgente; poiché se è vero che si è stabilizzato il contenuto dei provvedimenti attraverso la legge, al fine di sottrarre potere e discrezionalità all'amministrazione, è altresì vero che le sicurezze normativamente indicate sulla sostanza dell'istituto iniziarono a oscillare a causa del riconoscimento del potere di annullamento parziale conferito ai Tribunali di Sorveglianza, al fine di accertare la congruità delle misure rispetto alla necessità di ordine e sicurezza, nonché rispetto allo scopo di recidere i collegamenti verso l'esterno. La novella infatti permise ai Tribunali di Sorveglianza di scavalcare, in alcune occasioni, il cancello costruito dalla legge. Questo ha prodotto un aumento dei casi di annullamento dei decreti applicativi<sup>36</sup>, per l'assenza di elementi probatori "attuali" sul collegamento tra detenuto e consorzio criminale di appartenenza.

Come se non bastasse la divisione delle competenze, l'assenza di un vero coinvolgimento e raccordo degli organi giudiziari deputati a promuovere gli strumenti di prevenzione, quindi incapacità nel creare una rete di comunicazione istituzionale tra gli organi giudiziari, il deficit del ruolo di informativa del procuratore nazionale antimafia rispetto all'attività dei procuratori generali presso i tribunali di

---

<sup>36</sup> Infatti dal 1° gennaio al 30 giugno 2003 erano stati annullati dai Tribunali di Sorveglianza 48 provvedimenti ministeriali di applicazione del regime di rigore

sorveglianza competenti a decidere sui ricorsi, la scarsità delle impugnazioni dei procuratori generali, il mancato riconoscimento della facoltà di esperire ricorso per Cassazione per il Dicastero della Giustizia avverso i provvedimenti di annullamento e di modifica emessi dal Tribunale di Sorveglianza, hanno dato luogo ineluttabilmente alla caducazione di una serie di provvedimenti ministeriali. Nonostante ci fossero state circostanze che hanno dimostrato il contrario, che hanno determinato la riattivazione della misura, questo ha prodotto una “circolazione promiscua” tra circuiti, arrecando pregiudizio alla finalità del regime di rigore, come si può desumere dalla tabella riportata.

ANNO	Soggetti fuoriusciti dal 41-bis su provvedimenti del Tribunale di Sorveglianza
1992	0
1993	36
1994	62
1995	22
1996	24
1997	31
1998	8
1999	12
2000	25
2001	29
2002	53
2003	72
2004	34
2005	53
2006	89

Ciò detto, è inevitabile soffermarci sul giudizio della Commissione parlamentare antimafia sul regime di rigore dopo la legge di riforma.

Dal contenuto della relazione dell'organo parlamentare, che si rifà passivamente alle questioni prospettate in una nota nell'ottobre 2003 dal DAP, si ricava che l'organo parlamentare è giunto alle stesse conclusioni del DAP. In primo luogo ha ribadito la rilevanza e la necessità di creare un "vero" coordinamento tra procure antimafia e tribunale di sorveglianza, data l'assenza di una collaborazione tra i due "emisferi" dell'anticrimine. In aggiunta ha prospettato un recupero del deficit di conoscenza dell'ambiente criminale di riferimento, da parte del Procuratore Generale del luogo, in cui si svolge il processo camerale sulla legittimità della misura, a causa dell'obiettiva distanza rispetto alle zone ove si manifestano le esigenze di prevenzione, a cui tende il regime speciale disciplinato dall'art. 41-*bis* o. p.

Inoltre, aldilà delle valutazioni politiche effettuate in quella sede, ha evidenziato il merito e il rispetto di questi giudici e delle loro decisioni conformi ai compiti che li sono stati assegnati, nonostante "l'inadeguatezza" della loro competenza in ordine alla valutazione delle esigenze di prevenzione antimafia.

La Commissione parlamentare oltre tutto ha notato l'assenza di una

azione strutturale che estrapolasse i lati oscuri del provvedimento e della sua applicazione. Come controprova di ciò infatti, l'organo parlamentare ha rilevato come l'obiettivo dell'art. 41-*bis* o. p. è stato schivato dai soggetti<sup>37</sup> ai quali il regime di rigore era diretto, nonostante dodici anni della sua applicazione.

Per concludere la Commissione bicamerale ha preferito continuare a monitorare il *trend* dell'istituto e gli orientamenti giurisprudenziali, rispetto ad una nuova ipotesi di intervento legislativo; per di più ha posto l'accento sulla necessità di svolgere una attività di accertamento costante, attraverso uno scambio effettivo di informazioni tra organi giudiziari, sui segnali di possibili strategie criminali che potrebbero prospettare al fine di svuotare, più di quanto sia stato già fatto<sup>38</sup>, la concreta applicazione del c.d. “*carcere duro*”.

---

<sup>37</sup> Infatti i boss continuavano a serbare un comportamento inidoneo allo scopo del regime speciale, come: la trasmissione di documenti, gli ordini, i progetti strategici tramite bigliettini cuciti nella giacca, o in pendenza del colloquio, ma soprattutto i bigliettini lasciati nei caloriferi delle aule di tribunale; cfr. <http://altrodiritto.unifi.it/ricerche/misure/fontanel/cap.2.htm#55>

<sup>38</sup> N. Dalla Chiesa, “*La convergenza: mafia e politica nella seconda Repubblica*”, Milano, ed. Melampo, 2010, pag. 159, cit. di Ilda Boccassini, *La Repubblica*, 21 maggio 2002: “*Chiedono di ricostruire il loro potere e c'è chi gli da spago, a quanto pare*”, così commentò Ilda Boccassini, allora Pubblico Ministero



## **4.2. LA LEGGE N. 94 DEL 2009: DICIASSETTE ANNI DI STORIA INTERMINABILE**

Come il pennello di Bacon esprimeva la realtà attraverso la “*sfigurazione*”, anche il regime speciale è stato “*deformato*” dal pennello del legislatore.

Giacché, a seguito della valutazione della Commissione Parlamentare antimafia, il Parlamento è intervenuto nuovamente sulla struttura dell’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario con la legge n. 94 del 2009.

La riforma del 2009, indirizzata verso il delicato tema della sicurezza pubblica, ha prodotto una esacerbazione del regime di rigore, sia sotto il profilo dell’inalterabilità dell’applicazione e sia sotto quello dell’inasprimento delle regole di trattamento penitenziario.

Di fatto, rispetto al primo profilo, ha innalzato la durata del provvedimento ministeriale a quattro anni per la prima applicazione e a due anni per le eventuali proroghe. È stata prevista un’ estensione dei reati per i quali può essere disposto il regime differenziato, modificando il *comma 2, primo periodo*; infatti dopo la parola: «4-*bis*» sono inserite le seguenti: «*o comunque per un delitto che sia*

*stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso».* La novella inoltre ha ristretto le eventualità di esperire reclamo, poi la legge è intervenuta escludendo l'annullamento parziale, e soprattutto ha devoluta la competenza territoriale esclusiva a decidere sul reclamo al Tribunale di Sorveglianza di Roma.

Il testo normativo è intervenuto anche sotto il profilo della regole di gestione e di trattamento. In particolare, ai sensi dell'articolo 41-bis, secondo comma, *quater* o. p., il contenuto del provvedimento ministeriale è il seguente: nella *lettera b)*<sup>39</sup> un solo colloquio o una telefonata<sup>40</sup> da effettuare, di regola con i propri familiari e conviventi

---

<sup>39</sup> Sul punto va osservato che la legge n. 94 del 2009, novellando la citata *lettera b)* ha aggiunto le 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*». Introducendo per la prima volta dei limiti legislativi di tipo “quantitativo” al diritto dei detenuti in questione a conferire con i propri difensori

<sup>40</sup> La Corte di Cassazione è intervenuta sul tema dei colloqui telefonici- anche supplementari o straordinari- dei detenuti e degli internati con i figli minori di anni dieci, previsti dall'art. 39, comma III, del D.P.R., 30 giugno 2000, n. 230, “*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*”. La questione è stata portata all'attenzione della Corte a seguito di un ricorso effettuato da un detenuto, in custodia cautelare, al quale il giudice precedente non aveva concesso due telefonate mensili, ulteriori, con i figli minori. Il ricorrente ha sostenuto, inoltre, che l'art. 39, comma III, Reg., non subordina a situazioni di particolare rilevanza, urgenza la deroga al limite delle corrispondenze telefoniche. La Suprema Corte non ha accolto la tesi del ricorrente, affermando che in base al combinato disposto del II e III comma del citato art. 39, “i colloqui telefonici straordinari possono essere autorizzati con figli minori soltanto in presenza di situazione di particolare rilevanza e urgenza”. Tale soluzione ermeneutica differisce da quella, finora maggioritaria nella prassi, dell'Amministrazione penitenziaria e determina una diversa individuazione dei casi in cui è possibile autorizzare le telefonate ulteriori, e anche una diversa configurazione

sottoposti entrambi a controllo. Nella *lettera c)* inoltre restrizioni in ordine alla ricezione dall'esterno di somme, beni, oggetti; l'estromissione dalle rappresentanze dei detenuti, nella *lettera d)*; la sottoposizione a censura della corrispondenza, salvo casi eccezionali, nella *lettera e)*. Una novità di grande interesse la rileviamo nella *lettera f)* ove si afferma che la permanenza all'aperto si effettua solo *“per due ore e con un gruppo limitato di quattro persone”*. In aggiunta, è contemplata ad una altra restrizione della socialità tra detenuti ovvero *“l'impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, e il divieto di scambiare oggetti e cuocere cibi”*. Aldilà di quest'ultima particolarità e condizione, possiamo notare una sostanziale differenza tra la legge di riforma del 2002 e del 2009.

La prima imponeva che la permanenza all'aperto dovesse compiersi *“in gruppi non superiori a cinque persone, con una durata non superiore a quattro ore il giorno”*.

La legge di riforma inoltre ha aggiunto al comma secondo, il seguente periodo: *“In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza*

---

dell'istituto; Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 32569, del 4/06/2010, in *“Contrasti interpretativi in materia di corrispondenza telefonica dei detenuti con i figli minori di dieci anni”*, F. Picozzi, 2011

*di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'articolo 4-bis”.*

In altri termini in caso di unificazione di pene concorrenti, o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare il regime speciale continua a produrre i suoi effetti a carico del detenuto, che abbia già scontato la porzione di pena o di custodia cautelare imputabile ai reati presupposto che legittimavano l'adozione del provvedimento *ex art. 41-bis o.p.* Questa disposizione è conforme ad un principio affermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche se con esclusivo riferimento all'espiazione parziale della pena<sup>41</sup>.

La novella ha inoltre abrogato il comma *2-ter* dell'art. 41-*bis o.p.*, espungendo dunque la stessa possibilità di revoca *anticipata* del provvedimento di disposizione del regime, adottato da parte del Ministro, quando fossero venute meno le ragioni che lo avevano spinto ad emanarlo. Le novità del novellato testo normativo non sono esaurite, poiché la legge del 2009 ha ridotto considerevolmente il potere discrezionale del Ministro di Giustizia. Il legislatore difatti nel

---

<sup>41</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2008, *Della Ventura*, RV 240938, in *Dir. pen. e proc.*; e Cass. Pen. Sez. I, 9 gennaio 2009, *Saponaro*, RV 242842, in *CED Cass.*

comma 2, *quater* dell'articolo 41-*bis* o.p. , ha rimpiazzato all'espressione "*può prevedere*" la formula "*prevede*". L'effetto che produce quest'ultima modificazione è intuibile , ovvero l'inabilità a regolare il contenuto del provvedimento ministeriale<sup>42</sup>.

C'è di più anche se il comma 2, *quater* del 41-*bis* o.p. contiene un elenco di restrizione che si potrebbe ritenere tassativo. In realtà la lettera *a)* consente all'amministrazione penitenziaria di adottare "*misure di elevata sicurezza interna e esterna*". Il legislatore quindi ha conferito all'amministrazione penitenziaria il potere di emettere provvedimenti dal contenuto diverso da quello su detto, per dare priorità alla "*sicurezza*".

La legge n. 94 del 2009 ha fornito agli operatori pratici un reale procedimento di reclamo. La legge in questione ha sostituito il comma 2, *quinquies* , con un "*quinquies novellato*", infatti ha dato la possibilità all'internato, detenuto, ovvero il loro difensore, al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, anche il Procuratore Nazionale Antimafia ed il pubblico ministero sentito ai sensi del

---

<sup>42</sup> Sul punto è importante rilevare che questo "ritocco normativo" ha suscitato dubbi in dottrina in ordine a tre principi costituzionali cardini: l'artt. 3; 27 comma 2, 3, giacché "*immobilizzando*" il contenuto del decreto ministeriale rendendolo uguale per tutti "*non sarà più possibile ritagliare il contenuto del provvedimento, adattandolo alle esigenze concrete, e (...) gli indagati e gli imputati verranno sottoposti ad un medesimo regime*", v. L. Cesaris, "*art. 41 bis*", in Rassegna Penitenziaria e criminologica, 2013, 466 ss

comma 2-*bis* dell'art. 41-*bis* o.p. al momento dell'adozione del Provvedimento, di esperire reclamo entro 20 gg, non più entro 10 gg, dalla comunicazione del provvedimento ministeriale.

Per quanto riguarda l'art. 41-*bis* o.p., comma 2-*sexies*<sup>43</sup>, il Tribunale di Sorveglianza di Roma entro dieci gg dal ricevimento del reclamo deve

---

<sup>43</sup> Cfr. C. Cost., sentenza del 3 Giugno 2010, n. 22, in *G.U.*, il tribunale di sorveglianza di Roma ha sollevato, con ordinanza 6 ottobre 2009, in *G.U.*, 1° s.s., n. 1 del 2010 (R.O. 313/2009), due questioni di legittimità costituzionale, avente ad oggetto le recenti modifiche all'art. 41 *bis* della l. 354/1975, recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, determinate dall'entrata in vigore della l. 94/2009, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (c.d. pacchetto sicurezza). Innanzitutto il giudice *a quo* lamenta l'incostituzionalità per violazione delle norme costituzionali poste a tutela della libertà personale, del diritto di difesa, della tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a. dei commi 2 *quinquies* e 2 *sexies* del citato art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario. Secondo il giudice remittente le norme, nella loro attuale formulazione, violano i ricordati parametri costituzionali dato che "non consentono la presentazione di un reclamo, per difetto di congruità del contenuto, avverso il provvedimento di sospensione delle regole trattamentali adottato dal Ministro della giustizia ai sensi del comma II dell'art. 41 *bis* stesso". Quindi il giudice *a quo* osserva, a questo proposito, che il venir meno del controllo di legalità sui contenuti del provvedimento ministeriale non può che determinare una violazione degli artt. 13, comma 2, 24, comma 1 e 113, commi 1 e 2 Cost. Il giudice delle leggi ha affermato che "... invece, la questione è inammissibile perché il rimettente ha mancato di operare una ricostruzione sistematica del quadro normativo di riferimento... e, soprattutto, della giurisprudenza costituzionale sul punto, dalla quale sarebbe invece emerso che, anche in assenza di una previsione legislativa espressa del diritto di reclamo, deve comunque ritenersi sussistente la competenza del giudice ordinario, ex art. 14 *ter* dell'o. p., a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria". La seconda questione di legittimità costituzionale, inoltre, è stata sollevata in riferimento agli artt. 3, comma 1 e 27, comma 3, Cost. ed ha ad oggetto il comma 2 *quater*, lett. f), dell'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, anch'esso recentemente modificato dall'art. 1, comma 25, lett. f), n. 3 della l. 94/2009. In altri termini il remittente ha denunciato la violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui la norma prevede una riduzione del numero di ore che possono passare all'aperto i detenuti in regime speciale. Provocando una irragionevole disparità di trattamento tra detenuti non giustificata dal regime detentivo speciale, e in più una violazione dell'art. 27, comma 3, Cost., in quanto tesa a prevedere un trattamento detentivo contrario al senso di umanità. Anche in ordine a questa seconda denuncia la Corte Cost., non ha mancato di rilevare l'inammissibilità della questione a causa "dell'imprecisione del giudice *a quo*, che si tradurrebbe inevitabilmente nell'ambivalenza del *petitum* ...". Ciò detto, è rilevante evidenziare che quest'ultima "imprecisione" del giudice remittente non ha impedito al giudice delle leggi di fornire diverse indicazioni di merito

emettere la decisione ,in camera di consiglio,nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c. p. p.

La legge inoltre ha previsto che avverso la decisione del giudice l'interessato ha la possibilità di esperire ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 comma 7, Cost., entro dieci giorni dalla decisione del Tribunale di Sorveglianza.

Il legislatore ha inserito nel testo normativo, in esame, il comma 2, *septies*,che prevede per la partecipazione del detenuto o dell'internato al dibattito a distanza si applicano le disposizioni di cui all'articolo 146-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

Per concludere l'art. 2, comma 26, della L. 2009, n.94 ha inserito nel libro II, titolo III che reca come titolo “*Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*”, capo II intitolato “*Dei delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*” del codice penale, il reato “*di agevolazione ai detenuti sottoposti al regime carcerario speciale, con pene fino a cinque anni di reclusione*”<sup>44</sup> , cristallizzato

---

<sup>44</sup> Rel. n. III/09/09 Roma, 27 luglio 2009, Corte di Cassazione, “Novità legislative – Legge 15 luglio 2009, n. 94 – Disposizioni in materia di sicurezza pubblica” . Si tratta di un delitto doloso , la cui condotta tipica consiste nel consentire a un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, di comunicare con altri

nell'art. 391-*bis* c. p..

C'è da precisare tuttavia che dalla parafrasi di quest'ultima norma si può desumere chiaramente che il legislatore opera una distinzione nei due commi costitutivi della norma, sotto un profilo meramente soggettivo; sicché il primo comma è introdotto dal sostantivo "*chiunque*"; invece nel secondo comma, diversamente, il legislatore con più precisione indirizza il reato ad una categoria soggettiva in particolare, ovvero "*pubblico ufficiale ,incaricato di un pubblico servizio ovvero i privati che esercitano la professione forense ai sensi dell'articolo 359,comma 1, n. 1, c. p.*". La differenza non è rinvenibile

---

eludendo le prescrizioni imposte in proposito a quest'ultimo. Ad avviso della Suprema Corte l'intervento legislativo "– che deve essere letto congiuntamente alle modifiche apportate alla disciplina del citato art. 41-*bis* dall'art. 2, comma 25,della legge - viene a colmare una lacuna nel complesso ed articolato sistema normativo intessuto per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata";giacché a seguito di alcuni riscontri pratici, maturati nel tempo, si è appurato che il regime speciale può essere tranquillamente aggirato attraverso la connivenza di "agenti corrotti o compiacenti, difensori "organici" ai sodalizi medesimi o, più spesso,i familiari ammessi ai colloqui". Attraverso questi meccanismi di elusione del regime, in esame, permette ai detenuti sottoposti a tale regime di continuare ad intrattenere rapporti con i propri "*accoliti*",fino al punto di garantire ai "capi" delle organizzazioni criminali di continuare a impartire ordini ed istruzioni, come sistematicamente è stato registrato dalle cronache. In particolare,"oggetto dell'attività di agevolazione,è la comunicazione del detenuto con altre persone, la quale può essere instaurata con qualsiasi mezzo". Perciò verrà perseguito penalmente sia colui che ricopre la carica di trasmittente, per conto del detenuto ad altri, e tanto chi assume l'incarico di Consegna ... "alle stesse persone degli scritti provenienti dal medesimo detenuto o, ad esempio, gli recapiti clandestinamente un telefono cellulare con cui mettersi in contatto con terzi". *Nulla questio* in ordine alla necessità che la "comunicazione" sia diretta verso l'esterno dell'istituto penitenziario,e in ordine all'oggetto della comunicazione, dato che non sono profili rilevanti ai fini della norma in esame. Quindi , sotto il profilo normativo,il legislatore ha forgiato una fattispecie giuridicamente monosoggettiva, anche se dal piano naturalistico ne discende una fattispecie plurisoggettiva, dato che ci sono due protagonisti per la commissione del reato, l'autore del fatto incriminato ed il detenuto favorito



esclusivamente sotto il profilo soggettivo, bensì anche in ordine al limite della forbice edittale di pena comminata dalla legge. La prima categoria è punita con la reclusione da uno a quattro anni. Per la seconda categoria si applica la pena delle reclusione da due a cinque anni.

Per di più, a mio avviso, è necessario evidenziare una leggera “*lacuna legis*” nell’articolo 391-*bis* del codice penale, comma 2. Dal momento che non si riesce a comprendere bene il motivo per il quale il reato in esame, è applicato solo ai “*privati che esercitano professioni forensi*” e non già a tutta la categoria delle “*persone esercenti un servizio di pubblica necessità*” ex articolo 359 c. p.